

Drie jaar Wid en Wet MOT voor advocaten

Inleiding

Harde gegevens ontbreken, maar de omvang van witwassen in Nederland schijnt nogal groot te zijn. Unger schatte kort geleden dat ongeveer 3,8 miljard euro per jaar wordt witgewassen van uit Nederland afkomstige criminele activiteiten en een extra 21 miljard euro dat afkomstig is van buitenlandse criminaliteit.¹ Dat is weliswaar de helft van wat oorspronkelijk voor Nederland werd geschat, maar het is toch nog zo'n 5% van het Nederlandse BBP.² Nederland is een doorvoerland voor criminaliteit, zo schrijft Unger.³ Dat is onder andere het geval vanwege de Nederlandse expertise in financiële dienstverlening.

Misschien is dat wel de reden waarom Nederland zo voortvarend de tweede Europese anti-witwasrichtlijn (hierna: de Tweede anti-witwasrichtlijn) in zijn rechtsstelsel heeft geïmplementeerd.⁴ In de Tweede anti-witwasrichtlijn wordt overwogen dat witwassers niet alleen de diensten van de typisch financiële instellingen, zoals banken, gebruiken voor hun witwasdoeleinden, maar ook de meer financieel getinte diensten van (onder andere) onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, zoals advocaten. De lidstaten werden verplicht die onafhankelijke beroepsbeoefenaars een meldplicht op te leggen voor ongebruikelijke transacties die bij bepaalde diensten worden verricht of voorgenomen. En om de witwassers te kunnen traceren werden de lidstaten verplicht erop toe te zien dat de betreffende beroepsbeoefenaars hun cliënten voor aanvang van de dienst identificeren. In Nederland bestond de meldplicht en de identificatieplicht al voor financiële instellingen onder de Wet identificatie bij dienstverlening (hierna: Wid) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (hierna: Wet MOT). Op 1 juni 2003 kwamen deze wetten ook te gelden voor advocaten.

De prompte implementatie van de verplichtingen onder de Tweede anti-witwasrichtlijn heeft al snel tot veel kritiek geleid. Het werd ervaren als een frontale aanval op de voor de rechtsstaat essentiële vertrouwensrelatie tussen de advocaat en de cliënt.⁵ Onzorgvuldig, onuitvoerbaar en onduide-

lijk was dit stukje wetgeving.⁶ Advocaat-generaal bij de Hoge Raad Huydecoper verwoordde de kritiek krachtig toen hij schreef dat de bedoelde wetgeving niet te verantwoorden is en zo gauw mogelijk weer ongedaan gemaakt dient te worden.⁷

Inmiddels zijn drie jaren verstreken. De verplichtingen onder de Wid en de Wet MOT voor advocaten zijn, ondanks de kritiek, niet ongedaan gemaakt. De vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt wordt nog steeds bedreigd en het 'stukje wetgeving' is nog immer op punten onuitvoerbaar, onduidelijk en voor meerdere interpretaties vatbaar, al is met kleine flarden regelgeving getracht de uitvoering van de wetten te vereenvoudigen. De kritiek op de verplichtingen onder de Tweede anti-witwasrichtlijn was nog niet geluwd of Europa kwam met een derde richtlijn (hierna: de Derde anti-witwasrichtlijn). Die richtlijn heeft niet alleen betrekking op witwassen, maar ook op financiering van terrorisme.⁸ De Derde anti-witwasrichtlijn dient vóór 15 december 2007 in Nederlandse regelgeving te zijn geïmplementeerd. Eind 2004 heeft de Minister van Financiën een concept voor een wetsvoorstel tot wijziging van de Wid ter consultatie voorgelegd.⁹ Dat concept voorspelde niet veel goeds voor de wijze waarop de Derde anti-witwasrichtlijn (die toen overigens nog niet definitief was vastgesteld) zal worden geïmplementeerd.¹⁰

In deze bijdrage wordt een aantal hardnekkige knelpunten van de Wid en de Wet MOT beschreven en een aantal ontwikkelingen dat zich in de afgelopen drie jaar op dat gebied heeft voorgedaan.

Wid

Artikel 2 Wid bepaalt dat de *instelling* – waaronder de advocaat – verplicht is de identiteit van een cliënt vast te stellen voordat zij aan die cliënt een *dienst* verleent. Een *dienst* in de zin van de Wid is niet anders dan een *dienst* in de zin van de Wet MOT. Wat daaronder wordt verstaan, zal hierna worden besproken in het kader van de Wet MOT.

Op de praktische uitvoerbaarheid van de Wid is veel aan te merken. Daarover is al zoveel geschreven dat hierna slechts kort een aantal knelpunten wordt besproken.

Een belangrijk pijnpunt is dat de identificatie van natuurlijke personen *in persoon* dient te geschieden aan de hand van

1. B. Unger, De omvang en het effect van witwassen, *Justitiële verkenningen* 2006, nr. 2, p. 27 en 31.
 2. J. Walker, How big is global money laundering, *Journal of money laundering control* 1999, nr. 1; Unger 2006, p. 22.
 3. Unger 2006, p. 28.
 4. Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.
 5. O.a. R. van der Hoeven & M.J.C. Visser, Identificatie- en meldplicht van de advocaat. Een frontale aanval op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht, *NJB* 2003, p. 1124 e.v.; J.L.R.A. Huydecoper, Klikspaan, boterspaan; oftewel: het beroepsgeheim en de meldplicht, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 513 e.v.

6. R. van der Hoeven & M.J.C. Visser, Praktische gevolgen van de invoering van identificatie- en meldingsplicht, *Advocatenblad* 2003, p. 508 e.v.
 7. Huydecoper 2003, p. 518.
 8. Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.
 9. Voorstel van wet tot wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening ter implementatie van internationale aanbevelingen en vermindering van administratieve lasten.
 10. Zie o.a. K.W.H. Broekhuizen & J.L.S.M. Hillen, *Wet identificatie bij dienstverlening*, *Financieel Recht* 2005, nr. 1/2, p. 21 e.v.

een identificatiedocument. Identificatie aan de hand van een kopie is in beginsel niet voldoende. Dat is lastig. De advocaat is niet altijd in de gelegenheid om de cliënt te ontmoeten, bijvoorbeeld omdat de cliënt zich in het buitenland bevindt. De minister heeft dit probleem onder ogen gezien en heeft toegestaan dat in dergelijke gevallen de identificatie namens de advocaat kan worden verricht door een derde die wel in staat is de cliënt in persoon te ontmoeten.¹¹ Wie die derde is, doet er niet toe. Het is dan ook maar de vraag of deze mogelijkheid erg veel toevoegt aan identificatie aan de hand van een kopietje alleen.

De identificatie van buitenlandse rechtspersonen is ook problematisch. De wet bepaalt dat de identiteit van een buitenlandse rechtspersoon dient te worden vastgesteld met behulp van een gewaarmerkt uittreksel uit het officiële handelsregister van de staat waar zich de statutaire zetel van die rechtspersoon bevindt, dan wel met behulp van een verklaring, afgegeven door een notaris of door een andere van die rechtspersoon onafhankelijke functionaris uit die staat (art. 3 lid 3 Wid). In dat uittreksel of die verklaring zou een aantal gegevens moeten worden opgenomen. Een probleem is dat niet alle landen een officieel handelsregister hebben. Bovendien is er geen land te vinden dat uittreksels verstrekt waarin alle vereiste gegevens zijn opgenomen. Dat blijft dus modderen.

Op – in het beste geval – lacherigheid stuit de advocaat die een cliënt/publiekrechtelijke rechtspersoon moet identificeren, zoals een gemeente. Dat gebeurt aan de hand van een verklaring van ‘het bestuursorgaan’, waarin, ook weer, allerlei gegevens moeten worden opgenomen (art. 3 lid 4 Wid). De praktijk leert dat de identificatie van een publiekrechtelijke rechtspersoon zelden in korte tijd voltooid kan worden, omdat de publiekrechtelijke rechtspersonen, zelfs als de verklaring panklaar wordt aangeleverd, zich veelal slecht raad weten met de identificatie door hun advocaat.

Al helemaal lastig is het om onder alle omstandigheden te voldoen aan het vereiste dat de identificatie moet zijn voltooid vóór aanvang van de dienstverlening. Dat is lang niet altijd haalbaar, althans, niet zonder dat cliëntenverlies dreigt. Vooral in de (internationale) transactiepraktijk van de advocaat, veelal de praktijk waarbinnen de te verrichten diensten *Wid-plichtig* zijn, moet vaak snel worden gehandeld. Doet de advocaat dat niet, dan is de kans groot dat de cliënt naar een andere advocaat uitwijkt, die wel bereid is met de dienstverlening aan te vangen.

Consultatie wetsvoorstel november 2004

De wetgever heeft ingezien dat de uitbreiding van de reikwijdte van de Wid in 2003 met de diensten van juridische

11. Nota van toelichting bij het Besluit van 24 februari 2003 tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (‘Aanwijzingsbesluit’), Stb. 2003, 94, p. 9.

dienstverleners een aanzienlijk effect heeft gehad op de administratieve lasten voor deze categorie. Die lasten werden voor juristen geschat op een bedrag van ongeveer EUR 16 miljoen per jaar.¹² (Daarbij is uitgegaan van een uurtarief van de jurist van EUR 40 tot EUR 75!) De wetgever heeft daarop besloten ernaar te streven de administratieve lasten zoveel als mogelijk terug te dringen. In november 2004 werd daartoe een concept van een wetsvoorstel aan de markt voorgelegd.¹³ Jammer was dat het concept-wetsvoorstel op zich niet veel bepalingen liet zien waaruit het terugdringen van de administratieve lasten zou moeten blijken. In het concept van de memorie van toelichting werd veelal verwezen naar algemene maatregelen van bestuur waarin de vereenvoudigingen daadwerkelijk zouden worden opgenomen, maar concepten dáárvan werden niet aan de markt voorgelegd.

Het concept-wetsvoorstel diende een tweeledig doel. Niet alleen ging het de wetgever om terugdringing van de administratieve lasten, maar ook was het te doen om de implementatie van de op handen zijnde Derde anti-witwasrichtlijn. Die richtlijn werd voorafgegaan door veertig aanbevelingen van de Financial Action Task Force against money laundering (hierna: FATF), een groep van een dertigtal landen die de strijd tegen witwassen en financiering van terrorisme zijn aangegaan. De laatstelijk in 2003 gewijzigde aanbevelingen van de FATF zijn vrijwel geheel overgenomen in de Derde anti-witwasrichtlijn. Het punt is nu, dat die aanbevelingen (en dus ook de Derde anti-witwasrichtlijn en het concept-wetsvoorstel) weliswaar enige mogelijke vereenvoudigingen van de meld- en identificatieplicht toestonden, maar ook vele verzwaringen voorschreven, zoals de plicht tot identificatie van de *beneficial owner*, de uiteindelijk belanghebbende bij de dienst. Uiteindelijk belanghebbende werd in het concept wetsvoorstel onder andere gedefinieerd als de natuurlijke persoon die een belang houdt van 20% of meer in een rechtspersoon, dan wel daarmee vergelijkbare zeggenschap kan uitoefenen. Het spreekt voor zich dat het heel wat werk kan meebrengen om uit te zoeken wie de beneficial owners zijn.

Op het concept-wetsvoorstel kwam veel kritiek. Het is dan ook niet tot een heus wetsvoorstel gekomen. Besloten is nu dat voorafgaand aan een wetsvoorstel tot wijziging van de Wid en de Wet MOT eerst diepgaander onderzoek dient plaats te vinden naar de knelpunten waar de dienstverleners in de praktijk tegenaan lopen. Dat onderzoek loopt inmiddels.

12. Memorie van toelichting (concept-)voorstel van wet tot wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening ter implementatie van internationale aanbevelingen en vermindering van administratieve lasten, par. 6.

13. Memorie van toelichting (concept-)voorstel van wet tot wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening ter implementatie van internationale aanbevelingen en vermindering van administratieve lasten, par. 6.

Wet MOT

Kernbepaling van de Wet MOT – en eigenlijk ook van de Wid, die niet los van de Wet MOT kan worden gezien – is artikel 9. Dat artikel bepaalt dat eenieder die beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verleent, verplicht is een daarbij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden aan het meldpunt. Met ‘het meldpunt’ wordt bedoeld: het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties te Zoetermeer (hierna: het Meldpunt). Er wordt dus niet rechtstreeks gemeld aan de politie.

Uit het artikel volgt dat (cumulatief) aan een aantal voorwaarden dient te worden voldaan voordat een melding zou moeten worden gedaan.

Allereerst moet er sprake zijn van een *dienst* in de zin van de Wet MOT. Dat is onder andere het geval als de advocaat adviseert bij de aan- of verkoop van onroerende zaken, het oprichten of beheren van vennootschappen, het overnemen van ondernemingen of bij werkzaamheden op fiscaal gebied.¹⁴ Het gaat in die gevallen, althans volgens de minister, om werkzaamheden die ook kunnen worden verricht door anderen dan advocaten – de niet-typisch advocatuurlijke werkzaamheden. De minister onderscheidt deze werkzaamheden van die welke voor de advocatuur als meer klassiek hebben te gelden. Expliciet niet als *dienst* worden aangemerkt: de bepaling van de rechtspositie van de cliënt; diens vertegenwoordiging in rechte; het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding; en het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding. De advocaat heeft dus geen meldplicht als hij bij de verlening van die laatste diensten geconfronteerd wordt met een overduidelijk ongebruikelijke transactie. Dat neemt overigens niet weg dat hij op grond van de Bruininrichtlijnen in dat geval wel eens zijn dienstverlening zou moeten staken, maar dat is wat anders.¹⁵

De tweede voorwaarde is dat er sprake moet zijn van een *transactie* in de zin van de Wet MOT. *Transactie* is in die wet gedefinieerd als ‘een handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen of het verlenen van een of meer diensten’ (art. 1 lid 1 onderdeel c Wet MOT). Dat is een wel heel ruim geformuleerde definitie, waar van alles onder kan vallen. Anders dan in het spraakgebruik wordt geen verband verondersteld met de overdracht van iets dat een bepaalde geldelijke waarde vertegenwoordigt.

Dan moet de transactie nog *ongebruikelijk* zijn. Om te kunnen bepalen of een transactie ongebruikelijk is, zijn indicatoren opgesteld. Vooruitlopend op de implementatie van de Derde anti-witwasrichtlijn zijn de indicatoren in november 2005 gewijzigd.¹⁶ Volgens de nieuwe regeling is een transactie ‘ongebruikelijk’:

1. bij transacties van EUR 15.000 of meer, betaald aan of door tussenkomst van de beroepsbeoefenaar in contanten, met cheques aan toonder of soortgelijke betaalmiddelen; en/of
2. bij transacties waarbij aanleiding is om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.

De eerste indicator is concreet en wordt dan ook de ‘objectieve indicator’ genoemd. Komt er een cliënt met een buidel geld van meer dan EUR 15.000, dan is de transactie ongebruikelijk, zelfs indien duidelijk is dat de transactie niets met witwassen van doen heeft. De tweede, de zogenoemde ‘subjectieve indicator’, is minder gemakkelijk toepasbaar. Wanneer is er *aanleiding* om te *veronderstellen* dat de transactie verband *kan* houden met witwassen of terrorismefinanciering? Aanbeveling 25 van de FATF bepaalt dat voor de uitleg van deze subjectieve indicator richtlijnen dienen te worden opgesteld door de lidstaten. Nederland heeft daaraan voldaan in de vorm van een aantal voorbeelden.¹⁷

Tot slot dient de ongebruikelijke transactie te zijn verricht of voorgenomen bij de dienst. Dat staat zo in de wet. Een ongebruikelijke transactie die is verricht of voorgenomen buiten het kader van de dienstverlening, valt niet onder de meldplicht van artikel 9 Wet MOT.

Een hardnekkig misverstand

De laatste voorwaarde, dat de ongebruikelijke transactie moet zijn verricht of voorgenomen bij de dienst, wordt nog wel eens over het hoofd gezien. Dat blijkt uit voorbeelden die door het Meldpunt en de toezichthouder, het Bureau financieel toezicht (hierna: het Bft), zijn beschreven om de *instellingen* bewust te maken van situaties die tot melding nopen. Zo geeft het Meldpunt een voorbeeld van een accountant – accountants zijn eveneens gebonden aan de Wid en de Wet MOT – die tijdens controlewerkzaamheden in de boeken van zijn cliënt een ongebruikelijke transactie constateert die een derde heeft verricht. Het Meldpunt is van mening dat de controlerende accountant op basis van de subjectieve indicator hiervan een melding moet doen.¹⁸

14. Art. 4 lid 1 onderdeel f Aanwijzingsbesluit (Stb. 2003, 94) jo. art. 1 lid 1 onderdeel a onder 10^e Wet MOT.

15. ‘Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen’, behandeld en goedgekeurd in de vergadering van het College van Afgevaardigden van 30 juni 1995, Advocatenblad 1995, p. 809-814, laatstelijk gewijzigd bij verordening van 30 november 2001.

16. Regeling indicatoren ongebruikelijke transacties 2005, Stcrt. 2005, 164, p. 7; bijlage bij art. 5c Besluit van 13 april 2006 tot wijziging van het koninklijk besluit van 24 februari 2003 tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Stb. 2006, 212).

17. Identificatie- en meldplicht voor beroepsgroepen, Centrale Directie Voorlichting van het ministerie van Financiën, maart 2003, www.minfin.nl.

18. Vraag en Antwoord Meldpunt Ongebruikelijke Transacties, www.justitie.nl/mot.

In het vorenstaande voorbeeld gaat het Meldpunt ervan uit dat de transactie gemeld dient te worden omdat die ongebruikelijk is. Dat is echter nog niet genoeg om een melding te rechtvaardigen. De accountant heeft misschien een (reeds uitgevoerde) ongebruikelijke transactie *geconstateerd* toen hij een dienst voor de cliënt verrichtte, maar die ongebruikelijke transactie is niet *verricht of voorgenomen bij de dienst* van de accountant aan de cliënt, zoals de wet vereist.

In de relevante regelgeving en de wetsgeschiedenis is voor deze hardnekkige – onjuiste – interpretatie van artikel 9 Wet MOT geen steun te vinden. Zij rijmt ook niet met de strekking van de wet en die van de daaraan ten grondslag liggende Europese richtlijnen. Bedoeld is immers om het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme te voorkomen. Beschermd wordt de integriteit van de dienstverlenende instellingen. Het is niet de bedoeling dat de dienstverlener ook meldingen doet van ongebruikelijke transacties die deze integriteit niet bedreigen.

Voor de advocaat en de relatie met zijn cliënt is dit interpretatieverschil vanzelfsprekend van belang. De rol van de advocaat in de interpretatie zoals het Meldpunt en het Bft deze lijken voor te staan, neigt te veel naar die van opsporingsambtenaar. Met de rol van vertrouwenspersoon is dat niet te rijmen. Het gaat nog een stap verder dan de toch al onwenselijke situatie waarin de advocaat melding moet doen van mogelijke witwasactiviteiten die de witwasser verricht (of wil verrichten) met behulp van de door de advocaat verleende diensten.

Aanval op de vertrouwelijkheid

Het grootste bezwaar van de toepasselijkheid van de Wet MOT voor advocaten is natuurlijk de inbreuk die een mogelijke melding maakt op de vertrouwelijke relatie tussen cliënt en advocaat. Die vertrouwelijkheid is essentieel in ons rechtssysteem en dat is ook steeds zo erkend door de wetgever en de Hoge Raad. Op de geheimhoudingsplicht van de advocaat zijn slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden uitzonderingen denkbaar. Aan de advocaat wordt overgelaten te bepalen of een inbreuk op de geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd is. Dat is zelfs zo als zijn cliënt met die mogelijke inbreuk instemt. Een plicht tot doorbreking van de geheimhoudingsplicht bestaat echter alleen onder de Wet MOT. Dat is toch vreemd. Het kan toch niet zo zijn dat iedere transactie die mogelijk – niet zeker – verband houdt met witwassen of financiering van terrorisme of die bestaat uit een contante betaling van EUR 15.000 of meer per definitie zo'n inbreuk rechtvaardigt.¹⁹

Bijdrage advocatuur bescherming integriteit financiële stelsel

Als de samenleving het zo belangrijk vindt dat een inbreuk op de geheimhoudingsplicht van advocaten wordt gerecht-

vaardigd en die samenleving het er bovendien voor over heeft dat met de uitvoering van de regelgeving zoveel kosten (zie Wid) zijn gemoeid, dient daar toch wel heel wat tegenover te staan. De bijdrage door meldingen van advocaten aan de bescherming van de integriteit van het financiële stelsel moet dan toch echt wel substantieel zijn.

Tot nu toe is dat echter nog niet gebleken. Bij het ter perse gaan van dit artikel was het Jaaroverzicht 2005 van het Meldpunt nog niet verschenen, maar volgens het Jaaroverzicht 2004 werden in dat jaar 174.835 ongebruikelijke transacties gemeld bij het Meldpunt.²⁰ Daarvan waren er 18 afkomstig van advocaten. Het Meldpunt noemde die score niet per se teleurstellend – een relatief groot deel van deze meldingen kon door het Meldpunt als verdacht worden aangemerkt – en verwachtte dat er nog wel een en ander aan voorlichting kan worden gedaan om de *awareness* onder advocaten te vergroten.²¹ Het Meldpunt wijst hierbij onder andere op de meldplicht in het geval van advies bij toepassing van de inkeerregeling van de artikelen 67n en 69 lid 3 Algemene wet inzake rijksbelastingen (die volgens ons juist niet noopt tot melding).

Al met al kunnen wij ons niet aan de indruk onttrekken dat de bijdrage van advocaten door het doen van meldingen niet erg groot was en ook niet erg groot zal worden. Een rechtvaardiging van de inbreuk op de geheimhouding van advocaten is hier niet in te vinden. En afgezet tegen de kosten, de administratieve lasten en de commerciële lasten die de uitvoering van de Wid en de Wet MOT meebrengt voor advocaten, schiet toepassing van die wetten voor advocaten haar doel voorbij.

Slotopmerking

Een belangrijk aantal knelpunten van de Wid en de Wet MOT is sinds de inwerkingtreding van deze wetten – drie jaar geleden – nog even manifest. De meest belangrijke daarvan is de inbreuk die de Wet MOT maakt op de geheimhoudingsplicht van de advocaat en de vertrouwelijke relatie tussen de advocaat en de cliënt. Huydecoper pleitte al snel na inwerkingtreding van de Wid en de Wet MOT voor buitenwerkingstelling van de toepasselijkheid daarvan voor advocaten. Daar is het niet van gekomen. De argumenten voor deze buitenwerkingstelling zijn echter nog steeds aanwezig. Misschien moeten advocaten toch wat meer in opstand komen tegen deze regelgeving.

*Mr. P.M.L. de Zeeuw-Schmelzer
Mr. A.A.W. Oosters
Mr. A.F. Hermans
NautaDutilh*

19. Zo ook en meer uitgebreid Huydecoper 2003, p. 515.

20. Jaaroverzicht 2004 Meldingen Ongebruikelijke Transacties, Meldpunt Ongebruikelijke Transacties, Zoetermeer.

21. Jaaroverzicht 2004, p. 30.