

# Toelaten van meer financieel toezicht is

Jan Suyver

algemeen secretaris Orde

Advocaten moeten de cliënt sinds 2003 bij bepaalde diensten conform Wid identificeren en volgens de Wet MOT bepaalde ongebruikelijke transacties<sup>1</sup> aan het overheidsmeldpunt melden. Deze regelgeving is de Nederlandse overzetting van de in 2001 herziene (tweede) Europese richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld. Het Bureau financieel toezicht (Bft) is aangewezen als toezichthouder op de naleving van de verplichtingen ex Wid/Wet MOT, onder meer door advocaten.

## VAN DE ORDE

Om met de eigen regelgeving te beginnen: de Algemene Raad heeft het College van Afgevaardigden voorgesteld om via een verordening een eigen Ordetoezicht op de naleving van deze regelgeving op te zetten. Het College heeft de verordening, die met ingang van 1 januari 2006 van kracht is geworden, vastgesteld (*Advocatenblad* 2005-17, p. 808-810). Dit voorstel heeft de Algemene Raad niet gedaan, zoals door sommigen werd aangenomen, omdat hij door de knieën is gegaan voor de overheid in het algemeen en het Bft in het bijzonder. Integendeel, de Algemene Raad is van oordeel dat de Orde een eigen verantwoordelijkheid heeft, los van die van de toezichthouder, om het redelijke te doen om advocaten te controleren op het voldoen aan hun Wid/Wet MOT-verplichtingen. De Raad beschouwt dit als een wezenlijk onderdeel van het integriteitstoezicht.

Het gaat hier niet zozeer om nieuwe regels. In feite wordt in de verordening geregeld dat de bewaarverplichtingen die de advocaat al krachtens de Wid en Wet MOT heeft, worden gecontroleerd. Ten eerste via

**Rust om de Wid en Wet MOT een plaats te geven in de kantooradministratie, wordt de advocaat nauwelijks gegund. Brussel, de nationale wetgever en de Orde komen met nieuwe regels. Verplichte identificatie van wie er bij de klant aan de touwtjes trekt, nieuwe aanwijzingen voor de administratieve organisatie, en eigen toezicht op de naleving van anti-witwasregels: 'Het verschoningsrecht is geen rustig bezit. Toezicht is een politiek feit en zal eerder scherper dan zwakker worden.'**

uw eigen CCV-opgave, ten tweede via per steekproef uit te voeren audits (te onderscheiden van de audits bij de gefinancierde rechtshulpverleners). Lastenverzwaring? Ja, dat is de prijs om onze reputatie hoog te houden: advocaten dragen het hunne bij aan de integriteit van het financiële stelsel.

Het is in dit verband goed te weten – zoals eerder in het College van Afgevaardigden aangekondigd – dat de Algemene Raad voornemens is voor te stellen de Bruyninckx-richtlijnen van 1995 (richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen) aan te passen en tot verordening te verheffen. Overlappingsen met de Wid moeten worden opgeruimd.

## UIT BRUSSEL

Dan de wetgeving uit Brussel. Nog voor de evaluatie van de tweede richtlijn is de derde witwasrichtlijn vastgesteld.<sup>2</sup> De lidstaten hebben twee jaar de tijd voor overzetting. Wid en Wet MOT blijven dus nog jaren grondig in de steigers staan. De verbouwing zal in het algemeen niet tot verlichting van de verplichtingen en lasten voor de balie leiden. De derde richtlijn consolideert, en komt in de plaats van de eerste en de tweede. Hij is gedetailleerder dan zijn voorgangers. Voorkoming van terrorismefinanciering is nu naast de bestrijding van witwassen uitdrukkelijk doelstelling.

De gevallen waarin de advocaat richtlijnconform moet identificeren of melden, blijven zoals die zijn. Kort gezegd, het gaat om min of meer financieel-economische diensten. Uitgezonderd van de identificatie- en meldverplichting blijven het procederen, het adviseren daaromheen en het vaststellen van de juridische positie van de klant. Het verbod op informeren van de cliënt over een melding (*tipping off*) is nu in de richtlijn opgenomen. In de tweede richtlijn was dit facultatief gesteld. De Nederlandse wetgever heeft *tipping off* echter in art. 18 Wet MOT al verboden.

Nieuw is dat de hele benadering van de derde richtlijn meer gebaseerd is op risicoanalyses. Zo kent de richtlijn een hoofdstuk over vereenvoudigde en een hoofdstuk over verhoogde *customer due diligence*, afhankelijk van risico's. Derdengeldrekeningen worden onder het eenvoudige regiem gebracht.

De due diligence wordt zwaarder. Die zal niet alleen voor nieuwe cliënten gelden, maar ook moeten op gezette tijden bestaande cliënten op basis van een risicoanalyse door de due diligence-molen.

Een belangrijke nieuwigheid is de introductie van de *beneficial owner*, die ook geïdentificeerd zal moeten worden. De *beneficial owner* is, samengevat, de natuurlijke persoon die uiteindelijk achter de klant zit, of in de rechtspersoon aan de touwtjes trekt (*he who ultimately owns or controls the customer*; alles nader gedefinieerd als het om rechtspersonen

*Verplichte identificatie van wie er bij de klant aan de touwtjes trekt, is een nieuwe, loodzware last uit Brussel*

# de prijs om de reputatie hoog te houden



gaat), of de persoon namens wie een transactie of activiteit wordt uitgevoerd, inclusief een transactie of activiteit op internet. Met het achterhalen van de beneficial owner zal

in veel gevallen een loodzware last op de balie worden gelegd, zwaarder dan de nu geldende lichte inspanningsverplichting van art. 5, vierde lid, Wid.

Voor de internationale praktijk zijn de uitgebreide regels over de *performance by third parties* (identificatie door instanties of instellingen anders dan de advocaat) van groot belang. De lidstaten hebben de bevoegdheid de door derde partijen uitgevoerde due diligence toe te staan – waarvoor nu ook al in een aantal gevallen door Financiën toestemming is gegeven –, maar de advocaat blijft zelf uiteindelijk verantwoordelijk. Hij kan dus geen verantwoordelijkheid overdragen.

*In advocatenogen lijkt het er op dat de gerichtheid op terreurbestrijding tot een ernstige tunnelvisie leidt, maar ook de advocatuur kan aan tunnelvisie lijden*



De precieze regelgeving in ons land zal afhangen van de nationale wetgever die de derde richtlijn moet implementeren. Behalve op het punt van de *beneficial owner* zijn geen principiële wijzigingen in Wid en Wet MOT te verwachten. Een voorbehoud is echter op zijn plaats, reeds omdat de richtlijn de lidstaten toestaat strenger te zijn dan de richtlijn zelf is.

#### PREJUDICIËLE VRAGEN

De Belgische advocatenordes hebben de tweede richtlijn en de Belgische implementatie in rechte aangevochten, in het bijzonder op het punt van de schending van het beroepsgeheim en daarmee van het recht op een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 van de Europese Conventie. Het Belgische Hof van Arbitrage heeft deze vragen bij arrest van 13 juli 2005 in de vorm van prejudiciële vragen aan het EU Hof van Justitie gesteld. Ook onze eigen EU-advocatenkoepel, de CCBE, heeft zich namens de EU-balies in dit geding gevoegd. De uitspraak, die niet voor eind 2006 valt te verwachten, kan van verstrekkende betekenis zijn. Hoe dit ook zij, het Europees Parlement en de Raad hebben met de derde richtlijn niet op die uitspraak gewacht. Onze nationale wetgever zal dat evenmin doen.

#### AANWIJZINGEN VOOR ADMINISTRATIE

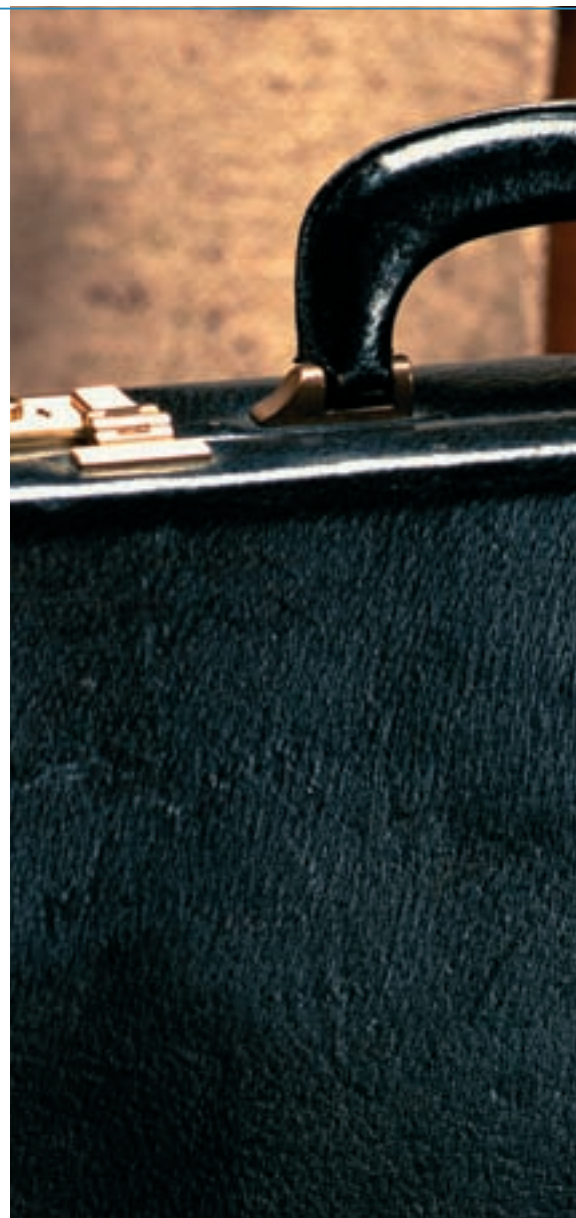
Dichterbij dan de implementatie van de derde richtlijn is het door de Tweede Kamer onlangs aanvaarde wetsvoorstel 29 990. De minister van Financiën krijgt daarin een groot aantal bestuursrechtelijke bevoegdheden om de naleving van de beide wetten af te dwingen. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen die bevoegdheden aan de toezichthouder, in ons geval het Bft, worden overgedragen. De strafrechtelijke sancties blijven onverminderd bestaan. Het is overigens niet de bedoeling dat strafrecht, bestuursrecht en tuchtrecht samenlopen. Een convenant tussen Bft en Openbaar Ministerie zal hiertegen moeten waken, aldus de toelichting. Deze lijkt te miskennen dat de deken in het tuchtrecht ook een eigenstandige bevoegdheid (art. 46f) heeft. Partij bij dat convenant is hij echter niet.

De bestuursrechtelijke handhavingsmiddelen betreffen de bestuursrechtelijke boete,

de last onder dwangsom, het ter openbare kennis brengen van een boete of last en de aanwijzing. De boete en last zullen voorlopig niet van toepassing zijn op degenen die aan tuchtrecht zijn onderworpen. Het Bft kan volgens de toelichting bij (lichte) overtreding van Wid en Wet MOT een zaak bij de tuchtrechter aanhangig maken, via de deken dus. De voorschriften van Wid en Wet MOT 'worden geacht deel uit te maken van het beroepshandelen', aldus de toelichting. We zullen de tuchtrechtspraak op dit punt moeten afwachten. Artikel 46 Advocatenwet is zo ruim dat daaronder ongetwijfeld ook bepaalde overtredingen van Wid en Wet MOT kunnen vallen. Blijkt de tuchtrechtspraak op dit vlak niet voldoende te werken, dan kan de wetgever met één penne streep de vrije beroepen alsnog onder de bestuurlijke sancties brengen.

Maar voorlopig dus geen bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom voor de balie. Met de aanwijzingen kunnen de kantoren echter wel van doen krijgen. Het Bft zal, wanneer dit voorstel wet is geworden, bindende aanwijzingen kunnen geven voor de administratieve organisatie en interne controle op de kantoren. Dit kunnen ook aanwijzingen zijn voor de opleiding en training van werknemers. In de nota naar aanleiding van het verslag van 14 september jl. (29 990, nr. 7) wordt herhaaldelijk opgemerkt dat het toezicht voornamelijk ziet op de administratieve organisatie en interne controle, vooral op de vraag of deze zodanig zijn ingericht dat advocaten ongebruikelijke transacties kunnen herkennen. In grote organisaties zijn deze begrippen gesneden koek, maar in kleine? Kleine kantoren die Wid/Wet MOT-plichtige diensten leveren, zullen hieraan aandacht moeten besteden.

Tot slot zij vermeld dat de Wet MOT eindelijk strafrechtelijke vrijwaring invoert in verband met een inbreuk op de geheimhoudingsplicht indien een meldplichtige informatie aan het meldpunt verstrekt. Civielrechtelijke vrijwaring is vastgelegd in art. 13 Wet MOT. Deze vrijwaring berustte tot dusver op een afspraak tussen Orde en College van procureurs-generaal. U hoeft dus niet bang te zijn voor vervolging op grond van overtreding van art. 272 Sr.



#### WIE HEEFT TUNNELVISIE?

Tot zover een zakelijke weergave van aanstormende Wid/Wet MOT-gerelateerde regelgeving. Dat veel van deze ingewikkelde regelgeving naast de grote belasting voor de

- 1 Zie ook Regeling indicatoren ongebruikelijke transacties 2005, *Staatscourant* 25 augustus 2005, p. 7, die op 1 november 2005 in werking is getreden en de indicatoren vereenvoudigt en vermindert.
- 2 Richtlijn 2005/60/EG van 26 oktober 2005, *Publicatieblad* van de EU 25 november 2005, in werking getreden per 15 december 2005.
- 3 Het rapport van de commissie-Hammerstein over het notariaat adviseert in aanbeveling 6.9 in de wet op te nemen dat de geheimhoudingsplicht van de notaris niet kan worden tegengeworpen aan het Bft in het kader van een door de voorzitter van de toezichtkamer aan het Bft opgedragen onderzoek.

De raad is van oordeel dat door klager onvoldoende is aangetoond dat mr. X in de kwestie C als advocaat is opgetreden voor J. De raad merkt op dat door mr. X onbetwist gesteld is dat hij nimmer een rekening aan J heeft toegezonden. Ware dit anders dan had klager eenvoudig kunnen volstaan met het in het geding brengen van die nota. Dit betekent tevens dat het verwijt inhoudende dat mr. X en mr. Y ten opzichte van J hun geheimhoudingsplicht hebben geschonden geen doel treft. Als mr. Y in de procedure al gesteld heeft dat mr. X geen bemoeienis gehad heeft met het totstandkomen van de vervallenverklaring van de optie-overeenkomst tussen C en J dan is kennelijk bedoeld te stellen dat mr. X met J geen tuchtrechtelijk relevante bemoeienis heeft gehad.

De onderdelen 1, 3 en 4 zullen als ongegrond moeten worden afgewezen.

## Ad onderdeel 2

Dit onderdeel betreft mr. X.

In de advocatuur heerst de opvatting dat de advocaat zich met een partij betreffende een aangelegenheid waarin deze naar hij weet door een advocaat wordt bijgestaan niet anders in verbinding mag stellen dan door tussenkomst van die advocaat. Vaststaat dat mr. X met J telefonisch contact opnam betreffende de procedure tussen J en A terwijl hij wist – althans kon weten – dat J werd bijgestaan door klager.

Mr. X meent dat, gezien de reden waarom hij zich met J in verbinding stelde, zijn handeling niet als klachtwaardig kan worden aangemerkt. Mr. X heeft gesteld dat er door de contacten die hij voorheen had met J in de kwestie C een vriendschappelijke verhouding was ontstaan

tussen hem en de familie J. Toen mr. X van een vakantie terugkwam en bemerkte dat zijn kantoorgenoot, mr. Y, in de procedure voor A opkwam, vond mr. X zulks vervelend. Het was daarom, zo stelt hij, dat hij J wilde laten weten dat het optreden van zijn kantoor tegen J op een misverstand beruiste en dat hij zijn positie in dezen onaangenaam vond. Mr. X stelt voorts dat hij van zijn kant niet met J gesproken heeft over de inhoud van de lopende procedure. Klager stelt dat zijn cliënten hem hebben gezegd, dat in het bewuste telefoongesprek over de inhoud van de procedure gesproken is. Nu mr. X zulks evenwel ontkent staat dit niet vast.

De raad overweegt dat de uitleg van de zijde van mr. X, waarom hij J meende te moeten bellen, niet onaannemelijk is. Weliswaar had mr. X er beter aan gedaan om zich met klager in verbinding te stellen doch de raad is van oordeel dat, gezien de reden waarom mr. X J belde, zulks geen overschrijding betekent van de norm die in artikel 18 van de Gedragsregels bedoeld is. De bedoeling van deze norm is om te voorkomen dat de wederpartij op een onjuiste wijze wordt beïnvloed. Dit onderdeel van de klacht zal als ongegrond moeten worden afgewezen.

## Beslissing

De raad wijst alle onderdelen van de klacht als ongegrond af. ●

(advertentie)

### Te koop aangeboden:

- NJ 1972 t/m 2005 met registers.
- WR in originele band 1998 t/m 2005
- losbladige editie Huurrecht, bijgewerkt t/m supplement 10 december 2005
- monografieën Nieuw BW, rood (22 delen) en groen (44 delen) met register

W.G. Dormaar  
030 - 212 16 51

# FIF 33

RECHERCHE- EN INFORMATIEBUREAU

Voor bedrijven, particulieren en advocatuur

**30 jaar ERVARING**

- Onrechtmatig ziekteverzuim
- Alimentatiezaken
- Controle werkzaamheden
- Handelsinformatie
- Fraude / Bedrijfsdiefstal
- Privé-onderzoeken

**010 - 477 33 22** [www.fif33.nl](http://www.fif33.nl)

Goedgekeurd door Min. van Justitie POB 238  
Heemraadssingel 186 • 3021 DM Rotterdam  
Fax: 010 - 477 08 30 • e-mail: [info@fif33.nl](mailto:info@fif33.nl)





advocaat aan de poten van het beroepsgeheim zaagt, is een open deur. Hierover valt veel te zeggen dat buiten het bestek van dit artikel over nieuwe regels valt. Toch een paar opmerkingen.

De Algemene Raad is zich de bedreiging terdege bewust. Hij zal alles in het werk stellen om verdere schade te voorkomen. Nieuw is dit niet. Bij de tweede richtlijn van 2001 is de spanning tussen beroepsgeheim en meldplicht gecreëerd. De richtlijn heeft die spanning zoveel mogelijk verminderd door de advocatendiensten die onder het bereik van de richtlijn vallen, te beperken, en door het procederen en het adviseren ter voorkoming van procederen uit te sluiten. Dit is het, mede door de lobby van de CCBE, bereikte Brusselse compromis met zijn ongelukkige en arbitraire onderscheid tussen 'eigenlijke'

(niet-Wid/MOT-plichtige) en 'oneigenlijke' (Wid/MOT-plichtige) advocatendiensten.

Van groot belang is wat de Commissie Advocatuur straks zal zeggen in haar rapport over omvang en reikwijdte van het beroepsgeheim en het verschoningsrecht, ook omdat zo duidelijkheid kan ontstaan over de vraag waar de grenzen van de toezichthoudende bevoegdheden van het Bft liggen. Ook de politieke discussie naar aanleiding van het rapport en het kabinetsstandpunt zijn belangrijk. Verscheidene opiniemakers, zoals leden van de Tweede Kamer (laatstelijk nog de CDA-woordvoerder bij de behandeling van de justitiebegroting), menen op grond van rapporten van politie, OM en van wetenschappelijke zijde, dat van misbruik van het beroepsgeheim sprake is. Het beroepsgeheim zou als schild of scherm dienen waarachter al dan niet opzettelijk strafbare feiten worden begaan. Zij begrijpen ook de kritiek van de Orde op de meldplicht niet. Het dilemma tussen beroepsgeheim en meldplicht wordt gewoonweg niet gezien. In advocatenogen lijkt het er dan ook op dat de prominente gerichtheid op terreurbestrijding tot een ernstige vorm van tunnelvisie leidt.

Maar het is oppassen met dit soort analyses: ook de advocatuur kan aan tunnelvisie lijden. Niet valt uit te sluiten dat het in wezen gaat om de visie op de positie van de advocaat in het rechtsbestel: heeft hij ook het algemeen belang te dienen, en zo ja, hoe precies? Dit is de hoofdplicht van de commissie-Van Wijmen.

Intussen aanvaardt men wel dat misbruik van de geheimhouding of strafbaar gedrag van advocaten slechts een enkel geval betreft, maar de enkele gevallen zijn helaas beelden en opiniebepalend. Deze ontwikkeling, die internationaal is waar te nemen, moet dus gekeerd worden door onverdroten acties en voorlichting van de advocatenberoepsorganisaties.

Het domst is het om parlementariërs ondeskundigheid en onwetendheid te verwijten. Terecht dat zij over al of niet vermeende misstanden die hun ter ore komen, vragen stellen aan het kabinet. De Orde heeft vervolgens de taak feitelijke voorlichting te geven. Nog belangrijker zijn eigen daadwerkelijke initiatieven als regelgeving en toezicht, zoals

nu de Wid/Wet MOT-verordening. Het is de plicht van de Orde het maximale te doen om te voorkomen dat in de beroepsgroep ook maar één rotte appel zit.

#### GEEN RUSTIG BEZIT

Tot slot nog iets meer over de bevoegdheden van het Bft. In de verhouding tussen Bft en balie is het verschoningsrecht van art. 5:20 tweede lid Awb van toepassing. Het politieke klimaat maakt deze toepasselijkheid op dit moment niet tot een rustig bezit. Deze bepaling maakt onder uitzonderlijke omstandigheden behoorlijk toezicht immers onmogelijk. U denkt misschien: *so what?* We moeten ons echter realiseren dat toezicht een politiek feit is en dat het eerder scherper dan zwakker zal worden. Ook de derde richtlijn schrijft de lidstaten toezicht met adequate bevoegdheden voor. Juist daarom is het zaak dat de bevoegdheden van de toezichthouder goed geregeld zijn.

De Algemene Raad is van mening dat van doorbreking van het beroepsgeheim in het reguliere toezicht, dat immers op de administratieve organisatie is gericht, nooit sprake mag zijn. Nimmer inzage in individuele dossiers derhalve. De vraag is of dat onder omstandigheden wel bij het fenomeen 'bijzondere onderzoeken' zou moeten. Bij dit type onderzoek is sprake van een aanleiding die op een strafvorderlijke verdenking lijkt. De rechter of de wetgever zal hier op den duur een knoop moeten doorhakken.<sup>3</sup> Er moet hoe dan ook een effectieve regeling en rechtsbescherming komen voor conflicten tussen advocaat of deken enerzijds, en Bft anderzijds. Die regeling zal moeten zien op de reikwijdte van de bevoegdheden van het Bft in relatie tot het beroepsgeheim in het geval van een bijzonder onderzoek, naar analogie van de regels bij strafvorderlijke doorzoekingen in een advocatenkantoor. ●