

# Wijziging van witwasrichtlijn goedgekeurd

*Medio november 2001 bereikten het Europees Parlement en de Raad na lang onderhandelen overeenstemming over een aanzienlijke uitbreiding van de Witwasrichtlijn. Over de positie van de advocaat als adviseur werd tot het laatste moment onderhandeld. De Nederlandse uitvoeringswetgeving hield met het later bereikte compromis geen rekening, en was daarmee onzorgvuldig snel.*

## Auke Baas

Lid van de juridische dienst van het Europees Parlement<sup>1</sup>

De Witwasrichtlijn werd in 1991 aangenomen. Zij kwam voort uit de erkenning dat de (eengemaakte) kapitaalmarkt door criminelen en criminele organisaties werd gebruikt voor de omzetting van crimineel in 'wit' vermogen, waarbij de criminele oorsprong van het vermogen werd verhuuld.

Dergelijke transacties en de personen daarachter dienen dan ook in kaart gebracht en bestreden te worden. De richtlijn voorzag in een systematische identificatieplicht bij financiële transacties en opening van rekeningen, en een *monitoring* van verdachte financiële transacties. Voornemens voor zulke transacties moesten eigener beweging worden gemeld bij de bevoegde autoriteiten. Tevens werd een verplichting geïntroduceerd tot het verspreken van alle vereiste inlichtingen aan deze autoriteiten. De Lid-Staten dienden de richtlijn om te zetten in nationale wetgeving. In Nederland werden daartoe de wet Melding Ongebruikelijke Transacties (MOT) en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening (Wif) vastgesteld.

De oorspronkelijke richtlijn had echter een beperkt toepassingsbereik. Zij richtte zich slechts op de opbrengsten van drugs-criminaliteit. En hoewel art. 12 de Lid-Staten verplicht om ook andere 'witwasgevoelige' beroepen en ondernemingen onder de richtlijn te brengen, bleef de uitvoering beperkt tot de financiële wereld.

## Nieuw voorstel

In 1999 deed de Europese Commissie dan ook een voorstel tot wijziging<sup>2</sup> dat beoogde de werkingsfeer aanzienlijk uit te breiden. Enerzijds zouden ook opbrengsten uit cri-

minele activiteiten zonder meer (met name georganiseerde criminaliteit, fraude en corruptie) onder de richtlijn moeten vallen. Dit is een logisch sluitstuk op de activiteiten van de Unie op het gebied van algemene criminaliteits- en fraudebestrijding, waarvoor sedert de Verdragen van Maastricht en Amsterdam rechtsgrondslagen bestaan. Anderzijds diende ook de kring van personen die informatie over transacties verstrekken te worden uitgebreid: 'witwassers' maken steeds meer gebruik van niet-financiële ondernemingen. De Commissie en naderhand ook de Raad<sup>3</sup> stelden voor om ook advocaten<sup>4</sup> onder de meldingsplicht van de Richtlijn te laten vallen voor zover ze cliënten bijstaan of vertegenwoordigen bij transacties (art. 2bis), met dien verstande dat de Raad daarin verder wilde gaan: ook belastingadvies zou onder deze definitie moeten vallen. Een uitzondering op deze verplichtingen kon gemaakt in geval advocaten 'de rechtspositie van hun cliënt bepalen' of voor hem in rechte optreden.

Daarbij zat echter een addertje onder het gras: hoewel de overwegingen (nummer 24 in het Commissievoorstel; nummer 16 in het gemeenschappelijk standpunt) uitgaan van een 'harde' uitzondering, bepaalde het corresponderende art. 6 lid 3 nieuw dat de Lid-Staten 'er niet toe gehouden zijn' om de meldingsplicht in zulke gevallen op te leggen - een optie derhalve en geen verplichting.

Het Europees Parlement heeft tijdens de wetgevingsprocedure met nadruk gewezen op de noodzaak van aanscherping van de

richtlijn en uitbreiding van haar werkings-sfeer. Het EP was zich echter bewust van het spanningsveld tussen enerzijds samenwerking bij het opsporen van criminele handelingen en anderzijds geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht van de advocaat. Niet de advocaat die als trustee of anderszins zelf bij beheer of transacties betrokken was: voor zover al toegelaten door nationale rechts- of gedragsregels dienen deze activiteiten gewoon onder de richtlijn te vallen.

Het probleem was de advocaat *als juri-*

## De Nederlandse regering had kunnen weten dat over de positie van de advocaat een compromis in de maak was; snelheid heeft hier niet tot zorgvuldigheid geleid

*disch adviseur 'sec'*: deze kan al snel worden gezien als betrokkene bij transacties zonder dat hij onder de uitzondering van art. 6 lid 3 valt. Toepasselijkheid van de meldingsplicht op de adviserende advocaat zonder meer zou op gespannen voet staan met de vertrouwensrelatie tussen advocaat en cliënt. Hier stond het Parlement niet alleen: ook diverse balies en de CCBE hebben hierop gewezen<sup>5</sup>. Het dilemma was hetzelfde: de advocaat staat niet boven de wet, maar in het belang van een goede rechtspleging dient in het geval van juridische advisering geheimhouding te worden gegarandeerd.

Ook het facultatieve karakter van de uitzonderingen is door het Europees parlement bestreden. Het gemeenschappelijk standpunt van de Raad werd dan ook in die zin geamendeerd<sup>6</sup>.

Snel werd duidelijk dat de Raad deze amendementen niet wilde aanvaarden. Met name de uitzondering voor advieswerk zou aan de richtlijn haar nuttig effect ontnemen.

### Bemiddelingsprocedure en compromis

De toepasselijke procedureregels (art. 251 EG) leidden tot het bijeenroepen, medio september 2001, van een zogeheten bemiddelingscomité dat de taak had om voor eind oktober 2001 een compromis te vinden. Dit zag er in de zomer van 2001 nog uit als een uitzichtloze taak. De aanslagen in de VS, gepleegd door een financieel goed georganiseerd terroristisch netwerk, plaatste de (ontwerp-) richtlijn plotseling in het licht van maatregelen ter bestrijding van ter-

rorisme. Zo had de Gemeenschapswetgever het niet bedoeld, maar deze politieke realiteit kon niet worden genegeerd. Men kwam derhalve relatief snel tot overeenstemming. Die kan als volgt worden samengevat:

- Art. 6 lid 3 blijft zoals voorgesteld. Dit betekent dat de Lid-Staten de verplichtingen op grond van de Richtlijn niet hoeven toe te passen op advocaten in verband met de vertegenwoordiging in rechte, inclusief advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding;
- De door het Europees Parlement voorgestelde vrijstelling van de meldingsplicht in geval van advisering wordt opgenomen in Overweging 17, dat ik hierbij gemakshalve citeer, zij het met een belangrijke (door mij gecursiveerde) beperking:

(17) 'Wanneer echter onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen die juridisch advies verstrekken, zoals advocaten, de rechtspositie van een cliënt bepalen of een cliënt in rechte vertegenwoordigen, is het niet aangewezen om deze beroepsbeoefenaren voor deze activiteiten krachtens de richtlijn een verplichting op te leggen vermoedens van witwassen te melden. Er moeten vrijstellingen zijn van elke verplichting om informatie te melden die is verkregen vóór, tijdens

of na een gerechtelijke procedure, of bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. *Bijgevolg blijft juridisch advies onderworpen aan de beroepsgeheimhoudingsplicht, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoel-einden wordt verstrekt, of de advocaat weet of redenen heeft om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden*'.

Over de zinsnede 'redenen heeft om aan te nemen' is nog tot het laatst gediscussieerd tussen de delegaties van Raad en Parlement. Dit bleek echter een achterhoedegevecht. Het bemiddelingscomité keurde op 24 oktober de gemeenschappelijke tekst goed<sup>7</sup>.

Deze tekst bevat overigens ook de (niet betwiste) overweging 20, die bepaalt dat de Lid-Staten de balies aan kunnen wijzen als meldingsinstantie en intermediairs tussen advocaat en bevoegde autoriteiten.

De tekst werd inmiddels ook formeel goedgekeurd door het EP<sup>8</sup> en door de Raad.<sup>9 10</sup> In het EP niet zonder kritiek van een minderheid onder leiding van de heer Rothley, die van mening is dat de beperking van de 'adviesvrijstelling' te ver gaat.<sup>11</sup>

### Overhaaste invoering

De Gemeenschapswetgever heeft zijn werk gedaan. Of het compromis houdbaar en werkbaar is, zal moeten blijken. Het woord is in eerste instantie aan de nationale wetgever: de Richtlijn dient immers 18 maanden na publicatie te worden omgezet in nationale wetgeving. De gebruikelijke kritiek dat Nederland te laat implementeert is dit keer bij voorbaat onterecht. Op 2 november 2001, nog voordat de richtlijn officieel werd vastgesteld en gepubliceerd, werd door de regering bij de Tweede Kamer een nota van wijziging van het voorstel van wet tot wijziging van de wetten MOT en de Wif ingediend. Het voorstel ligt inmiddels bij de Eerste Kamer<sup>12</sup>. De lezers van het *Advocatenblad* zijn hierover reeds in een eerder stadium geïnformeerd<sup>13</sup>.

Vanuit het perspectief van de richtlijn zoals deze is goedgekeurd valt op dat de Nederlandse regering, weliswaar in een nieuw lid 2 van art. 1 MOT, art. 6 lid 3

(nieuw) van de Richtlijn implementeert (meldingsvrijstelling bij optreden in rechte en aanverwante advisering), maar geen aandacht lijkt te schenken aan het 'plat de résistance' van Overweging 17, de positie van de advocaat als juridisch adviseur.

Dat kòn de Nederlandse regering wellicht ook niet, omdat bij de ambtelijke voorbereiding van de nota van wijziging (d.d. 2 november 2001) waarschijnlijk nog geen bekendheid bestond met de uiteindelijke tekst van Overweging 17 die pas na langdurige *finetuning* op 24 oktober tot stand kwam. Blijkens de toelichting wilde men na 11 september snel handelen – dat is dan ook gebeurd. Er is nu echter wel sprake van een ommissie op een belangrijk punt (een overweging is naar jurisprudentie van het Hof EG een integraal bestanddeel van een richtlijn) dat bovendien cruciaal is omdat hierin een moeilijk onderhandelingsresultaat zijn weerslag vindt. De Nederlandse regering had kunnen weten dat hierover een compromis in de maak was. Snelheid heeft hier dus niet tot zorgvuldigheid geleid.

Ook wordt geconstateerd dat, hoewel de richtlijn de Nederlandse wetgever de mogelijkheid geeft om de balie bij de uitvoering van de wet in te schakelen, de Nederlandse regering van deze mogelijkheid geen gebruik heeft gemaakt. Overwegingen van efficiency en snelheid blijken ten grondslag te liggen aan de keuze om de richtlijn slechts middels wijzigingen van de MOT/Wif te implementeren, en sectorale wetgeving zoals de Advocatenwet niet te wijzigen. Ook hier lijkt snelheid het gewonnen te hebben van afweging. ■

## Noten

- 1 Deze bijdrage is op persoonlijke titel geschreven.
- 2 COM (1999)352 def, PbEG 2000, C 177 E/14
- 3 Gemeenschappelijk standpunt 5/2001 van 30 november 2000, PbEG 2001, C 36/24.
- 4 idem notarissen, bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingsadviseurs
- 5 Zie CCBE Statement of position on lawyers' confidentiality, CCBE 22 februari 2001, gepubliceerd op de CCBE website.
- 6 Laatste tijdens de zitting van 5 april 2001 ([www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int); plenaire zittingen; aangenomen teksten van 5 april 2001)
- 7 zie [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int), bemiddelingscomité, 'background information and results', 'concluded conciliations', nummer 4.
- 8 Verslag Lehne 5 november 2001, PE 287.597, Resolutie A5-0380/2001 van 13 november 2001, [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int), Plenaire zittingen, aangenomen teksten 13.11.2001.
- 9 op 20 november 2001, zie Agence Europe 21.11.2001.
- 10 Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, PBEG 1991, L 166/77. Na afsluiting van deze bijdrage werd de tekst van de wijzigingsrichtlijn officieel gepubliceerd: Richtlijn 2001/97/EG van het EP 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, PbEG L 344 van 28.12.2001, p. 76.
- 11 Handelingen EP 13 november 2001, [www.europarl.eu.int](http://www.europarl.eu.int), Plenaire zittingen.
- 12 Tweede kamer 2001-2002 28018 Nr 5; inmiddels Eerste Kamer 2001-2002, 28018, Nr 116.
- 13 Lex van Almelo, 'Vraagtekens bij effectiviteit meldingsplicht', *Advocatenblad* 2001-20, 16 november 2001.

(advertentie)


**Kloermakelij sinds 1937**

*Bernard Poelman*

leverancier van o.a. de Eijks Toega's en de Toega's van het Internationaal Geniechhof der Verenigde Naties

**superieure toega's**  
op uw maat gemaakt  
leverbaar in lichtgewicht en half-wiel/tandem  
of in zwaar wiel (ultra-lichtgewicht)  
volgende hebben in voorraad  
eventueel levering kleine kritale dagen mogelijk





**Langs Potos 19 / 2511 CM IJen Haag**  
telefoon 070 - 346 17-42 fax 070 - 343 11 70  
e-mail INFO@Bernard-Poelman.nl  
[www.Bernard-Poelman.nl](http://www.Bernard-Poelman.nl)