

De meld- en identificatieplicht

Algemene Raad

Nederlandse Orde van Advocaten

Op 1 juni 2003 treedt voor advocaten de meld- en identificatieplicht op grond van de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) en de identificatieplicht op grond van de Wet identificatie bij dienstverlening (WID) in werking. De Algemene Raad geeft hierover in dit stuk deels objectieve voorlichting en deels zijn eigen opinie. In de paragraaf-aanduiding ziet u het onderscheid.

In het bijzonder de identificatieplicht zal voor advocaten/kantoren die in het meldplichtig domein werkzaam zijn, aanzienlijke gevolgen voor de administratieve praktijkvoering hebben. Een daarop gerichte handleiding volgt later. Deze zal in overleg met enkele vertegenwoordigers uit de praktijk totstandkomen. Evenals deze brief en alle andere relevante (wet)teksten zal ook die praktijkhandleiding via *BalieNet*, *wet- en regelgeving*, *dossier WID/MOT*, raadpleegbaar worden.

KORTE WESHISTORIE (VOORLICHTING)¹

Met de totstandkoming van de algemene maatregel van bestuur tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Stb. 2003, 94²) is de implementatie van de gewijzigde Europese anti-witwasrichtlijn in de Nederlandse wetgeving voltooid. Deze wetten zijn gewijzigd bij de wet van 13 december 2001, Stb. 2001, 665 (de Wet identificatie bij financiële dienstverlening is herdoopt tot Wet identificatie bij dienstverlening). Deze wetswijzigingen en de totstandkoming van de algemene maatregel van bestuur strekken tot implementatie van de Europese richtlijn nr. 2001/97/EG van 4 december 2001, waarbij richtlijn 1991/308/EEG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld werd gewijzigd. Bij deze wijziging van de Europese anti-witwasrichtlijn is een meldplicht voor – onder anderen – advocaten ingevoerd.

EUROPESE RICHTLIJN (VOORLICHTEND EN OPINIËREND)

De Europese balies, waaronder de Orde, hebben bij de totstandkoming van de gewijzigde richtlijn hun principiële bezwaren tegen deze meldplicht uitvoerig uiteengezet. Met deze bezwaren is in zoverre rekening gehouden dat de richtlijn uiteindelijk een sterk geclausuleerde meldplicht inhoudt. Naar het oordeel van de Algemene Raad is bij de implementatie in de Nederlandse wetgeving onvoldoende rekening gehouden met de uiteindelijk door het Europees Parlement en Raad vastgestelde tekst. Zo is in het bijzonder onvoldoende aandacht besteed aan Overweging 17 van de richtlijn betreffende de positie van de advocaat als juridisch adviseur³; zie nader onder 4.

Hoezeer de Algemene Raad het uitgangspunt van een zuiver betalingsverkeer en een integere rol van de advocaat daarbij vanzelfsprekend onderschrijft, principieel bezwaar blijft hij houden tegen de ten gunste van dat uitgangspunt gemaakte inbreuk op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de advocaat. Nu de wettelijke regeling, die derogert aan bestaande bepalingen zoals art. 272 Wetboek van Strafrecht, van kracht is geworden, dient daaraan de hand te worden gehouden. Overtredingen van de verplichtingen van de Wet MOT en WID leveren economische delicten op. Eventuele strijd tussen het nationale recht en het gemeenschapsrecht kan de nationale (straf)rechter evenwel toetsen en zo nodig via een prejudiciële procedure aan het Europees Hof van Justitie voorleggen.

TOELICHTING OP DE MELDPlicht (VOORLICHTING)

De Algemene Raad volstaat hier met een korte toelichting op de meld en identificatieplicht. Naast lezing van richtlijn, Wet MOT en WID, en de AMvB alsmede de toelichting daarop (vooral het deel onder 4) plus de indicatoren, en de in de noten vermelde tijdschriftartikelen verwijst de Raad naar bijgevoegde *brochure van de ministeries van Financiën en Justitie*. Voorts zij verwezen naar de door de *Nederlandse Orde van Belastingadviseurs* in samenwerking met andere beroepsorganisaties (o.a. de Orde) opgestelde *Richtsnoeren* voor de interpretatie van de Wet MOT en de – louter ten dienste van de Wet MOT fungerende – WID. Deze richtsnoeren zijn weliswaar bestemd voor belastingadviseurs en openbaar accountants, maar eveneens voor advocaten relevant, in het bijzonder inzake de WID-verplichtingen die ook voor advocatenkantoren (voorzover werkzaam in een meldplichtig domein) grote gevolgen kunnen hebben (zie op *BalieNet*, *wet- en regelgeving*, *dossier WID/MOT*, of www.nob.net, tabblad NOB, subtap WID/MOT, onderwerp richtsnoeren).

Van belang is dat de minister van Financiën de Orde heeft bericht dat op het moment van inwerkingtreding van de AMvB geen plicht ontstaat tot het identificeren van het complete bestaande cliëntenstand. Slechts op het moment dat een dienst wordt verleend die volgens de AMvB onder de meldplicht valt, dient identificatie volgens de WID plaats te vinden. Op zichzelf is die identificatieplicht niet nieuw. De richtlijnen van de Orde ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen bevatten hierover ook

bepalingen (zie Vademecum wet- en regelgeving 2003, p. 335).

In deze brief wil de Algemene Raad volstaan met een uitleg van de *dubbele beperking* van de meldplicht voor advocaten en met het aanstippen van het ‘tipping off-verbod’, de aansprakelijkheden en de verhouding met de Orde-richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid bij criminele handelingen.

Beperkt zijn ten eerste de soort dienstverlening naar rechtsgebied en ten tweede de soort werkzaamheden van de advocaat.

In de AMvB aangewezen diensten (art. 4 AMvB)

De meldplicht geldt alleen bij het geven van advies dan wel het verlenen van bijstand door (onder meer) advocaten bij:

- a het aan- of verkopen van onroerende zaken;
- b het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden;
- c het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in art. 2, eerste lid, onderdeel b, van de Algemene wet inzake rijksbelastingen;
- d het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen;
- e werkzaamheden op fiscaal gebied;
- f het optreden in naam en voor rekening van een cliënt bij enigerlei financiële of onroerendezaaktransactie.

Dit is het meldplichtig domein naar rechtsgebied, waarin vooral de onder c en d genoemde diensten voor de advocatuur van belang zijn.

Soorten werkzaamheden (art. 1, tweede lid, Wet MOT en art. 4, tweede lid, AMvB)

Niet meldplichtig zijn de werkzaamheden betreffende de bepaling van de rechtspositie van de cliënt (met inbegrip van het ‘verkennd gesprek’ met de cliënt dat onder alle omstandigheden vertrouwelijk blijft; zie toelichting op art. 4 AMvB), diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding, of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.

Illustratie: Andre Klijsen



Tipping off-verbod

Volgens art. 19 Wet MOT is het verboden een gedane melding aan de cliënt mee te delen; de melder is tot geheimhouding verplicht. Dit voor de advocatuur uiterst bezwaarlijk en tuchtrechtelijk niet te rijmen verbod is in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd ondanks het feit dat de richtlijn de lidstaten de ruimte biedt dit verbod niet voor onder meer advocaten over te nemen.

Aansprakelijkheden

Strafrechtelijk levert overtreding van de Wet MOT of WID een economisch delict op (art. 1 WED). Zie voorts art. 12 Wet MOT voor de strafrechtelijke vrijwaring van de melder zelf.

Een hiermee verband houdende – vermoedelijk zeldzame – casus is dat een advocaat naar achteraf blijkt ten onrechte een melding heeft gedaan. In dat geval is de advocaat strafbaar op grond van overtreding van art. 272 Wetboek van Strafrecht. De regering heeft in de toelichting (onder 4.3) op de Algemene Maatregel van Bestuur aangekondigd voor dit geval art. 12 Wet MOT te willen aanvullen. De toelichting zegt hierover het volgende: ‘Deze aanpassing zou ertoe moeten leiden dat gegevens of inlichtingen die in verband met de in de wet opgenomen meldingsplicht zijn verstrekt niet als

grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek kunnen dienen tegen degene die deze gegevens heeft verstrekt wegens verdenking van overtreding van artikel 272 van het Wetboek van Strafrecht. Zolang deze specifieke, strafrechtelijke vrijwaring nog niet wettelijk zal zijn vastgelegd, zal vrijwaring als strafvorderlijke beleidslijn gelden op basis van afspraken tussen het Openbaar Ministerie en de betrokken beroepsbeoefenaren.’

Namens de Algemene Raad is de voorzitter van het College van procureurs-generaal schriftelijk verzocht een dergelijke afspraak te maken. Deze afspraak zou in elk geval moeten inhouden dat in een dergelijk geval niet dan met de uiterste behoedzaamheid en zo mogelijk na overleg met de lokale deken tot een opsporingsonderzoek of vervolging wordt besloten. Het antwoord van het College van procureurs-generaal zal op *BalieNet*, wet- en regelgeving, dossier WID/MOT, worden geplaatst.

Art. 13 Wet MOT bevat een civielrechtelijke vrijwaring. In dit verband is nog van belang dat blijkens de toelichting bij de AMvB (2.2.1.) de advocaat zelf verantwoordelijk is voor de naleving van de meldplicht. Dit geldt dus ook wanneer, zoals op grote kantoren waarschijnlijk het geval zal zijn, de melding via een centrale kan-

toorvoorziening wordt gedaan.

Verhouding met gedragsregels en richtlijnen voorkoming betrokkenheid bij criminele handelingen

Het is duidelijk dat de gedragsregels en in het bijzonder de richtlijnen voorkoming betrokkenheid bij criminele handelingen (Vademecum 2003 p. 335) een ruimer werkingsgebied hebben dan de meld- en identificatieplicht ex MOT en WID. Deze richtlijnen worden dan ook niet overbodig.

De zogenaamde subjectieve indicatoren op grond van de Wet MOT ter beoordeling van de vraag of een verrichte of voorgenomen transactie ongebruikelijk is, en de daarbij gegeven voorbeelden komen materieel sterk overeen met de richtlijnen voorkoming betrokkenheid bij criminele handelingen.

OPINIE VAN DE ALGEMENE RAAD OVER DE REIKWIJDTE VAN DE MELDPlicht T.A.V. HET JURIDISCH ADVIES (OPINIËREND)

De hiervoor vermelde beperking van art. 1, tweede lid, Wet MOT en art. 4, tweede lid, AMvB doet naar het oordeel van de Algemene Raad onvoldoende recht aan Overweging 17

NOTEN

- ¹ Zie o.m. over de wetsgeschiedenis en de betekenis van meld- en identificatieplicht in de praktijk D. Doorenbos en D. van der Landen in de rubriek Financieel strafrecht, Delikt en Delinkwent 32 (2002) afl. 10, C. Heck-Vink, Wettelijke identificatie- en meldplicht voor het notariaat, WPNR 02/6508, en M.V. Lambooi, Belastingadviseurs en het voorkomen van witwassen van geld, Weekblad voor fiscaal recht 4 juli 2002.
- ² Het advies van de Raad van State en het nader rapport inzake de amvb zijn op BalieNet te lezen.
- ³ Zie Auke Baas, Wijziging van witwasrichtlijn goedgekeurd, Advocatenblad 2002 nr. 1.
- ⁴ Luidende: Wanneer echter onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen, 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 voor, tijdens of na een gerechtelijke procedure, of bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. Bijgevolg (in de Engelse tekst: Thus) blijft juridisch advies onderworpen aan de beroepsgeheimhoudingsplicht, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden wordt versterkt, of de advocaat weet of redenen heeft om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden.
- ⁵ Dit is ook de opvatting van de Conseil des Barreaux de l'Union Européenne (CCBE). Deze heeft aan de aangesloten Ordes laten weten dat bij

(onderdeel van de considerans van de richtlijn).⁴ Deze Overweging beschermt volgens de Algemene Raad het juridisch advies meer en verder dan de Nederlandse implementatiewetgeving, die het advies van meldplicht slechts vrijstelt voorzover het gedinggebonden is. Ondanks de toelichting onder nr. 2.2.2. op de AMvB blijft er derhalve volgens de Algemene Raad licht zitten tussen de verdergaande vrijstelling van juridisch advies van de meldplicht zoals uit Overweging 17 blijkt, en de artt. 1 Wet MOT en 4 AMvB die het niet gedinggebonden juridisch advies categoriaal in het meldplichtig domein plaatsen.⁵ In de interpretatie van de Algemene Raad zou dit betekenen dat elk advies van een advocaat vrij is van meld- en identificatieplicht, tenzij de advocaat instrumenteel is bij witwasactiviteiten of redenen heeft om aan te nemen dat te zijn.⁶ De (straf)rechter heeft hierover vanzelfsprekend het laatste woord.

HELPDESK

De Algemene Raad realiseert zich dat de invoering van de meld- en identificatieplicht voor die kantoren die werkzaam zijn in het meldplichtig domein, veel voeten in de aarde

de implementatie van de richtlijn in de lidstaten gelet moest worden op de positie van het juridisch advies: Although the wording of Article 6.3, second paragraph, (van de richtlijn) does not specifically refer to legal advice, it is essential in order to maintain consistency throughout the EU that Member States implementing legislation should make it clear that legal advice is so included, subject to the conditions referred to in recital 17 of the agreed text. Accordingly, Bars and Law Societies when consulting with their National Governments should as a matter of priority seek to ensure that national legislation is expressed in this way. De Algemene Raad heeft de betekenis van Overweging 17 met klem en herhaaldelijk, maar vergeefs onder de aandacht van de ministers van justitie en van financiën en van de Staten-Generaal gebracht. In de Duitse Geldwäschegesetz is met Overweging 17 wel rekening gehouden.

- ⁶ Ook de Raad van State gaat in zijn advies over de amvb in op de verhouding tussen Overweging 17 en art. 6, lid 3. De Raad van State schrijft hierover: Voor zover de vraag zou zijn of overweging 17 van de wijzigingsrichtlijn ertoe noopt dat, met gebruikmaking van de keuzemogelijkheid die artikel 6, derde lid, tweede alinea, biedt, in het ontwerpbesluit er voor zou worden gekozen de eigenlijke taken/werkzaamheden vrij te stellen van de meldingsplicht, heeft deze vraag geen praktische betekenis meer, nu, voor die uitzondering is gekozen. Het lijkt echter dat de desbetreffende beroepsgroepen het standpunt innemen dat volgens overweging 17 alle juridisch advies van de advocaat aan de beroepsgeheimhoudingsplicht blijft onderworpen en dat de

kan hebben (zoals aanpassing administratieve systemen om aan de WID-verplichtingen te voldoen) en vragen oproept, bijvoorbeeld over de precieze reikwijdte van de meldplicht. De raad heeft de wijsheid natuurlijk ook niet in pacht, maar biedt naast de nog op te stellen handleiding voor de administratieve praktijkvoering aan desgewenst beschikbaar te zijn als centraal punt voor uitwisseling van informatie, voor het zo mogelijk beantwoorden van vragen, voor bemiddeling richting Financiën of Justitie, en het volgen hoe de meldplicht in de praktijk verloopt en welke problemen zich daarbij aandienen. U kunt zich met uw vragen en commentaar wenden tot de helpdesk van het Bureau van de Orde tel. 070-335 35 71/86, helpdesk@advocatenorde.nl Nogmaals, het dossier WID/MOT vindt u op *Balinet*, *wet- en regelgeving*, dossier WID/MOT.



overweging integraal bestanddeel van de wijzigingsrichtlijn is. Daarentrent het volgende. Zou aan overweging 17 een ruimere betekenis toekomen dan art. 6, derde lid, tweede alinea, dan zou de vraag opkomen welk onderdeel de doorslag geeft. Volgens het college leert de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen dat een overweging niet bindend is. De Raad meent dat de tekst van artikel 6 zou moeten prevaleren. Daarmee is de zaak beslist. Ten overvloede voegt het college het volgende toe. De nota van toelichting - onderdeel 2.2.2. - gaat kennelijk uit van de tweedeling van de praktijk. Deze gedachtegang impliceert dat overweging 17 met de woorden "juridisch advies" in de derde zin aansluit bij de eerste en tweede zin voor zover die -kort gezegd - een meldingsplicht niet aangewezen achten voor de eigenlijke taken/werkzaamheden. Die interpretatie lijkt niet onjuist. Het college acht een redenering dat overweging 17 noopt tot de uitleg van artikel 6, derde lid, tweede alinea, die erop zou neerkomen dat alle werkzaamheden van advocaten vrijgesteld zouden worden van de meldingsplicht, niet verdedigbaar.

Tot zover het advies van de Raad van State. De Algemene Raad verschilt van opinie over de betekenis van overweging 17. Deze is op het laatst in een conciliatieprocedure tot stand gekomen en drukt de sterke intentie van de richtlijngever uit. Zie voorts de vorige noot.