

Risico-oriëntatie in samengevoegde WID en Wet MOT



*Mr. B.J.G.L. Jaeger en
mr. P. de Haas zijn beiden
werkzaam als fiscaal advocaten,
bij respectievelijk Jaeger
Advocaten-belastingkundigen
te Amsterdam en Hertogh
advocaten-belastingkundigen
te Breda*

De plicht voor adviseurs om cliënten te identificeren ingevolge de Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en om de bij de dienstverlening aangetroffen ongebruikelijke transacties te melden ingevolge de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) bestaat inmiddels alweer viereneenhalf jaar. Een aantal ervaringen rijker, een aantal wijzigingen van de regelgeving verder, zullen binnenkort de wetten worden samengevoegd, tegelijk met de implementatie van de Derde (Europese) Antiwitwasrichtlijn. De nieuwe regelgeving zal de noodzaak scheppen de intake van cliënten te herzien en risicoprofielen op te stellen. Hopelijk reiken de diverse beroepsorganisaties ons de komende maanden de hand en geven zij de aanzet om op gepaste wijze en zonder al te veel extra rompslomp te voldoen aan de nieuwe verlangens om witwassen tegen te gaan. Een inventarisatie en oproep.

DE WET TER VOORKOMING VAN WITWASSEN EN FINANCIEREN VAN TERRORISME

De WID en Wet MOT zijn in dit vakblad in het verleden al breed uitgemeten.¹ Met dit artikel vragen we aandacht voor een naderende, ingrijpende wetswijziging. Verder gaan we in op de veranderde opstelling van de toezichthouder, het Bureau Financieel Toezicht (BFT), dat de eerste klachten tegen (onder meer) notarissen en advocaten bij de tuchtcolleges heeft neergelegd. De vragen die daarbij rijzen, zijn: hoever reikt het toezicht en wat moet/mag ter inzage aan een toezichthouder worden gegeven?

IMPLEMENTATIE DERDE ANTIWITWAS- RICHTLIJN

De wetsvoorstellen² die thans bij de Tweede Kamer liggen, behelzen de implementatie van de Derde Richtlijn³ in de WID en de Wet MOT, alsmede een voorstel tot samenvoeging van beide wetten. De implementatie had eigenlijk vóór 15 december jl. moeten plaatshebben, maar in tegenstelling tot de eerste implementatie waarbij Nederland nog haantje de voorste was, is die termijn ditmaal niet gehaald. In het vervolg zal de samengevoegde wet de naam 'Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme' gaan dragen. Een zinvolle afkorting daarvan staat ons nog niet voor ogen.

De richtlijn, en in navolging daarvan de komende wet, introduceert meer specifieke en gedetailleerde voorschriften ter identificatie, alsmede een permanent volgsysteem. Een begrip dat tevens zijn intrede doet, is de 'uiteindelijk begunstigde' (zie kader). De omvang van de te treffen cliëntonderzoeksmatregelen moet worden afgestemd op het risico van witwassen, oftewel de *risk-based approach*.

UITEINDELIJK BEGUNSTIGDE

De uiteindelijk begunstigde wordt - grofweg - gedefinieerd als eenieder met een belang van 25% in de onderneming of trust (art. 1, eerste lid, onder d). Door deze *ultimate beneficial owner* (UBO) eveneens te identificeren, zou het onmogelijk moeten worden voor cliënten om zich achter een reeks in het buitenland eindigende aandeelhouders te verschuilen. Het (simpelweg) opnemen van de UBO in de bij de Kamer van Koophandel te registreren gegevens zodat deze extra identificatie weinig inspanning kost, wordt door de wetgever met weinig indruk makende argumenten van de hand gewezen. Hoe dan ook, de adviseur zal op het desbetreffende risico afgestemde, adequate maatregelen moeten nemen om de identiteit van de uiteindelijk begunstigde vast te stellen. Welke middelen hem ten dienste staan om zichzelf inzicht te verschaffen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur, anders dan door te vertrouwen op de gegevens die hem door cliënt(en) zijn aangedragen, is onduidelijk.

Laten we beginnen met de prettige gevolgen van de nieuwe wet, die een administratievelastenverlichting beogen, om te vervolgen met de maatregelen die dat effect in ieder geval ontberen.

Geen cliëntenonderzoek

Geen cliëntenonderzoek hoeft (meer) te worden gedaan bij:

- beursgenoteerde vennootschappen, inclusief die uit derde landen, voor zover ze zijn onderworpen aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving;
- uiteindelijke begunstigten van gezamenlijke rekeningen, aangehouden door notarissen en andere onafhankelijke beoefenaren van juridische beroepen, inclusief die uit derde landen, mits de dienstverlener onderworpen is aan (afdoende) verplichtingen ter bestrijding van witwassen van geld en financiering van terrorisme en mits de identiteit van de uiteindelijk begunstigde op verzoek beschikbaar is voor de depositaris van de gezamenlijke rekening;
- binnenlandse overheidsinstanties;
- onder toezicht staande Europese openbare of semi-openbare entiteiten met transparante activiteiten en boekhoudkundige praktijken.

Om nodeloze identificatie te voorkomen, mag een instelling de gegevens uit het cliëntenonderzoek van een andere WID-plichtige overnemen

Bovendien is toegestaan dat een instelling, om nodeloze identificatie te voorkomen, de gegevens uit het cliëntenonderzoek van een andere WID-plichtige overneemt.

Verscherpt cliëntenonderzoek

Een verscherpt cliëntenonderzoek dient plaats te vinden in situaties die omwille van hun aard of gelet op de cliënt een extra risico op witwassen of financiering van terrorisme vertegenwoordigen, zoals in de (niet limitatief) in de richtlijn opgesomde situaties. In dat geval dienen een of meer van de volgende maatregelen te worden getroffen:

- vaststellen van de identiteit van de cliënt aan de hand van aanvullende documenten, gegevens of informatie, bovenop bijvoorbeeld een kopie van het paspoort of een uittreksel KvK;

1 B.J.G.L. Jaeger, De Wet MOT: de advocaat, notaris, accountant en belastingadviseur als klikspaan, MKB/CB-adviseur 2003, afl. 6, blz. 6 e.v.; I.L.J.M. Schröder, Identificatieplicht van cliënten sinds 1 juni 2003 verplicht, MKB/CB-adviseur 2003, afl. 7/8, blz. 23 e.v. alsook B.J.G.L. Jaeger, De identificatieplicht en de meldplicht voor adviseurs: een update, MKB/CB-adviseur 2005, afl. 7/8, blz. 17 e.v.

2 Kamerstukken II, 31 238, nr. 2.

3 Richtlijn 2005/60/EG van 26 oktober 2005.

- het nemen van aanvullende maatregelen om de overgelegde documenten te verifiëren of te certificeren, dan wel het eisen van een tot bevestiging strekkende certificatie van een onder deze richtlijn vallende kredietinstelling of financiële instelling;
- waarborgen dat de eerste betaling van de verrichting geschiedt via een rekening die op naam van de cliënt bij een kredietinstelling is geopend.

Transacties of zakelijke relaties met politiek prominente personen uit een andere lidstaat of een derde land hebben per definitie het predikaat hoog risico

Transacties of zakelijke relaties met politiek prominente personen (en aanverwanten) uit een andere lidstaat of een derde land hebben per definitie het predikaat hoog risico. In dat geval is vereist dat de adviseur:

- over passende op risico gebaseerde procedures beschikt om uit te maken of een cliënt een politiek prominente persoon is. Hieronder dienen te worden verstaan: staatshoofden, regeringsleiders, ministers, staatssecretarissen en parlementsleden. Leden van hooggerechtshoven, constitutionele hoven en andere rechterlijke instanties die arresten wijzen in laatste instantie, leden van rekenkamers en directies van centrale banken vallen eveneens onder deze categorie, alsmede ambassadeurs, zaakgelastigden, hoge legerofficieren en leden van bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende organen van overheidsbedrijven. Enkel ambtenaren uit het middenkader, alsmede lagere ambtenaren, vallen buiten deze categorie. Onder aanverwanten dient te worden verstaan: naaste familieleden of geassocieerden.
 - toestemming heeft van de hoge bedrijfsleiding om zakelijke relaties met dergelijke cliënten aan te gaan;
 - adequate maatregelen neemt om de bron van het vermogen en van de fondsen vast te stellen die bij de zakelijke relatie of transactie worden gebruikt;
 - de zakelijke relatie doorlopend verscherpt controleert.
- Overigens dient te worden opgemerkt dat de status van politiek prominent persoon vervalt als iemand één jaar of langer geen publieke functie meer bekleedt.

Het is aan de adviseur om de omvang en reikwijdte te bepalen van de permanente controle

Vervolgonderzoek

Naast de identificatie bij de intake wordt een voortdurende controle op iedere zakelijke relatie verlangd, met inbegrip van een nauwlettend toezicht op de tijdens de gehele duur

van deze relatie verrichte transacties, om te verzekeren dat deze stroken met het zakelijk en risicoprofiel van de cliënt. Het is aan de adviseur om de omvang en reikwijdte te bepalen van deze permanente controle, naar gelang de risicogevoeligheid van het type cliënt, zakelijke relatie, product of transactie. De opsporingstaak van de adviseur is hiermee echter niet klaar. In voorkomende gevallen dient namelijk bovendien een onderzoek naar de bron van het vermogen van de cliënt te worden ingesteld.

Identificatie gedurende dienst

De verificatie van de identiteit van de cliënt en de uiteindelijke begunstigde dient normaliter plaats te vinden vóór het aangaan van een zakelijke relatie of het uitvoeren van een transactie. Het is echter toegestaan de verificatie te voltooien tijdens het aangaan van een zakelijke relatie als dit noodzakelijk is om de normale gang van zaken niet te verstoren en er weinig risico op witwassen of financiering van terrorisme bestaat.

Gevolgen voor de praktijk

Advieskantoren, de kleinere hopelijk geholpen met aanzetten daartoe van de desbetreffende beroepsorganisatie, moeten adequate en passende beleidslijnen en procedures invoeren op het gebied van risicobeoordeling, risicogeorieënterd cliëntenonderzoek, de melding van verdachte transacties, het bewaren van bewijsstukken, de interne controle en de *compliance*. De wijze waarop aan de identificatieverplichtingen moet worden voldaan, is niet meer voorgeschreven, maar slechts het doel dat ermee moet worden bereikt: het witwassen van geld en het voorkomen en verhinderen van de financiering van terrorisme. Het wetsvoorstel laat nog veel vragen open over de manier waarop aan de *risk-approach* benadering moet worden voldaan. Naar alle waarschijnlijkheid zullen er de komende maanden initiatieven komen van allerhande beroepsorganisaties om tot een zinvolle invulling van de open normen te komen.

Het wetsvoorstel laat nog veel vragen open over de manier waarop aan de risk-approach benadering moet worden voldaan

Hoewel er geen overgangperiode is opgenomen waarbinnen aan de nieuwe benadering moet zijn voldaan, is er straks ontegenzeggelijk weer flink wat werk aan de winkel: we zullen er immers niet aan ontkomen om de intake weer (volledig) tegen het licht te houden.

TOEZICHT OP DE REGELGEVING

Voor wat betreft het toezicht vallen de wijzigingen wel mee: de aangewezen diensten zijn niet veranderd, de procesvrijstelling boet niet aan kracht in en het mededelingsverbod

blijft gehandhaafd. Alleen de in de huidige regeling te beperkte mogelijkheid om tussen overheidsinstanties informatie uit te wisselen wordt aangepast.

De aangewezen diensten

Alle beroeps- en bedrijfsmatige activiteiten van accountants en belastingadviseurs blijven onder de regeling vallen, alsmede – kort gezegd – juridische diensten voor zover die betrekking hebben op de specifiek in de wet genoemde activiteiten, wellicht gemakshalve samen te vatten als de vastgoed- en transactiepraktijk. Het gaat er dus niet zozeer om hoe iemand zich noemt (accountant, adviseur, notaris), als wel om wat hij feitelijk doet (administratievoering, belastingadvies, juridische diensten). Het invullen van belastingaangiften door accountants en belastingadviseurs zal, vanwege het lage risico van de dienstverlening, voorwerp worden van een vrijstelling. Voorwaarde is wel dat het gaat om het invullen van de aangiften van personen die in loondienst zijn, geen of weinig inkomsten uit winst of overige werkzaamheden hebben, geen aanmerkelijke belangen houden, en over een vermogen in box 3 beschikken dat niet boven een bepaalde drempel uitstijgt. Ook het invullen van aangiften met betrekking tot successierechten wordt uitgezonderd.

Het gaat er niet zozeer om hoe iemand zich noemt, als wel om wat hij feitelijk doet

De procesvrijstelling

Naast een beperking in het soort diensten dat onder de wet is gebracht, beperkt de procesvrijstelling nog verder de reikwijdte van de regelgeving en het toezicht. Voor zover een adviseur werkzaamheden verricht waarin de rechtspositie van de cliënt wordt bepaald, dan wel waarin hij deze in rechte vertegenwoordigt en/of een advies geeft dat betrekking heeft op een procedure, dan wel waarmee wordt getracht een procedure te voorkomen, vallen die werkzaamheden onder regelgeving noch toezicht.

INPERKING VAN DE PROCESVRIJSTELLING

Toezichthouder BFT neemt het standpunt in dat de (fiscale) bezwaarfase geen procedure is, maar gewoon dienstverlening die valt onder de WID en de Wet MOT. Wij menen dat dit standpunt onhoudbaar is. De bezwaarfase is een rechtsgeding, althans op zijn minst de voorloper daarvan, en valt daarmee onder de werkingssfeer van het recht op een eerlijk proces. Een meldplicht bij een door de wetgever verplicht gestelde voorloper van elk administratief rechtsgeding zou de vrijstelling bij het *echte* rechtsgeding volstrekt illusoir maken. Het mogelijke gevolg dat cliënten pas in een later stadium informatie gaan verschaffen, leidt tot onwenselijke resultaten. De bezwaarfase verwordt daarmee tot een farce.

Mededelingsverbod

Het mededelingsverbod blijft van kracht. Het blijft dus verboden een cliënt te vertellen dat er aanleiding is gevonden om een ongebruikelijke transactie te melden. In navolging van de richtlijn is het nu echter wel toegestaan om opmerkingen te maken, met de bedoeling dat een cliënt afziet van een onwettige handeling.

Inlichtingenplicht BFT

Als het BFT bij de uitoefening van zijn taak feiten ontdekt die duiden op witwassen, heling of financiering van terrorisme, dient het daarvan ingevolge art. 25 van het wetsvoorstel melding te doen bij de projectorganisatie FIU-Nederland (voorheen Meldpunt Ongebruikelijke Transacties). In de memorie van toelichting wordt daartoe opgemerkt dat het BFT geen specifieke geheimhoudingsbepaling kent die deze inlichtingenplicht beperkt. Het meldpunt heeft de mogelijkheid het BFT te informeren omtrent het meldgedrag van een instelling. Van deze bevoegdheid kan gebruik worden gemaakt als het meldpunt of het BFT vermoedt dat een instelling de voorschriften niet goed naleeft, en dus op beider initiatief. De Belastingdienst heeft inmiddels ook de wens geuit om voor fiscale doeleinden gebruik te mogen maken van de aan FIU-Nederland verstrekte gegevens. Dat zou betekenen dat de vertrouwelijkheid van gegevens nog verder wordt aangetast dan alleen maar ten behoeve van de bestrijding van witwassen en de financiering van terrorisme. Vooralsnog wordt aan dit verzoek van de Belastingdienst geen gevolg gegeven.

Toezichthouder BFT neemt ten onrechte het standpunt in dat de (fiscale) bezwaarfase geen procedure is, maar gewoon dienstverlening die valt onder de WID en de Wet MOT

RECHTVAARDIGT TOEZICHT OOK INZAGE IN HET DOSSIER?

Verschillen in interpretatie tussen dienstverleners en de toezichthouder komen met name op tafel bij de aankondiging van een controle. Aan wie is het oordeel overgelaten om te bepalen of een dossier, c.q. dienst al dan niet WID-plichtig is? En als die hobbel is genomen: wie heeft vervolgens te beoordelen, en aan de hand van welke bescheiden, dat meldingen terecht al dan niet achterwege zijn gebleven? Wij menen dat de opvatting van de adviseur hierin leidend is.

Geheimhoudingsplicht boven inzage

Het oordeel of iets onder het verschoningsrecht valt, komt in het civiel- en strafrecht in beginsel toe aan de verschoningsgerechtigde.⁴ Het komt ons voor dat de daar uitgezet-

INZAGE BIJ NOTARISSEN

Op 25 oktober jl. heeft de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam (LJN BB6708) bepaald dat in ieder geval voor notarissen de geheimhouding boven inzage gaat: '6.7. Naar het oordeel van het hof leidt die afweging van belangen niet tot de gevolgtrekking dat de notaris gehouden is de door het BFT gevorderde inlichtingen te vertrekken. Aan dat oordeel ligt ten grondslag het vertrouwen dat men in het algemeen mag hebben in het notariaat, alsmede de resterende mogelijkheden om achteraf op te treden als een transactie in de openbaarheid komt en blijkt dat die - ten onrechte - niet is gemeld. De vorderingen betreffen bovendien niet noodzakelijkerwijs ongebruikelijke transacties. Voorts is de noodzaak om de naleving van de Wet MOT en de WID door het notariaat te kunnen controleren, niet een zo zwaarwegend vereiste van algemeen belang dat daarvoor zonder wettelijke grondslag het beroepsgeheim kan worden beperkt. Aldus wordt immers aan het wezen van het beroepsgeheim, zoals dat hiervoor is omschreven, afbreuk gedaan, terwijl niet is gebleken dat vorderingen als de onderhavige de enige mogelijkheid bieden om de juiste naleving van de Wet MOT en de WID te verzekeren.'

te lijn ook toepasbaar is op toezicht. Onze toezichthouder voert de discussie daarentegen met name op basis van de bepalingen in de Algemene wet bestuursrecht. De tot nog toe gestelde vraag is of art. 5:20, tweede lid Awb ook in het kader van toezicht een recht geeft op geheimhouding. Als de toezichthouder dossiers niet kan beoordelen, komt er weinig van toezicht. Hij wil dus kunnen beoordelen of er sprake is van bijvoorbeeld de procesvrijstelling. Naar onze mening dient, zodra een adviseur aangeeft dat het om beroepsmatige diensten gaat waar het toezicht zich niet over uitstrekt en kennisneming van de stukken tot schending van het beroepsgeheim leidt, dit standpunt te worden gerespecteerd.

Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden prevaleert de waarheidsvinding, maar ook dan dient de inbreuk niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk is

Dit tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat dit standpunt evident onjuist is. Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden prevaleert de waarheidsvinding, maar ook dan dient de inbreuk niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk is om die waarheid aan het licht te brengen.⁵ Het onvoldoende gescheiden houden van gegevens die onder het geheimhoudingsrecht vallen van zaken waarin toezichthouders inzage dienen te krijgen, terwijl zo'n

scheiding wel mogelijk is, kan echter wel reden zijn voor doorbreking van het verschoningsrecht.⁶

Aan deze discussie gaat echter nog een vraag vooraf: de toezichtbepalingen van de Awb gelden slechts, en het wettelijk toezicht is alleen aangewezen als de activiteiten van de adviseur in de wet zijn aangewezen. Bij niet-aangewezen diensten is het BFT geen toezichthouder en heeft het alleen al om die reden niets te willen.

Overzien wij deze (selectie van) jurisprudentie, dan heeft een toezichthouder in beginsel geen recht op inzage in dossiers, zeker niet als de gemaakte afweging of een dienst onder de regelgeving valt – in de zin van een lijst ja/nee – apart is gehouden, tezamen met de identificatiegegevens bij onderworpenheid.

In zijn algemeenheid lijkt men ervan uit te gaan dat deze uitspraak in ieder geval ook opgaat voor advocaten. Wij zien niet in waarom dit anders is voor andere professionals die een (wettelijk) tuchtrecht en een geheimhoudingsplicht hebben. Zelfs bij belastingadviseurs met een geheimhoudingsplicht, dan wel andere adviseurs met een contractueel overeengekomen geheimhouding is het de vraag of de Awb niet het recht biedt om het toezicht te beperken tot systeembeoordeling.

TEN SLOTTE

De risico-oriëntatiegerichte benadering brengt geen verandering teweeg in het dienstenbegrip, noch in de procesvrijstelling. In zoverre is er dus niets nieuws onder de zon. Als echter een WID-plichtige dienst wordt verricht, lijkt de implementatie van de Derde richtlijn te hinken op twee gedachten: een versoepeling van het cliëntenonderzoek in die gevallen waarin witwassen niet in de rede ligt en een verzwaring van het cliëntenonderzoek bij een verhoogd risico. Hoe de beroepsbeoefenaar tot deze risicotaxatie dient te komen, wordt er niet bij verteld, net zomin als het antwoord op de vraag welke deskundigheid mag worden verwacht om gegeven inlichtingen of documenten te verifiëren. Een grote taak lijkt dan ook weggelegd voor de beroepsorganisaties om hun leden van handvatten te voorzien. Zelf dienen de beroepsbeoefenaren de intakeformulieren weer eens goed tegen het licht te houden. Gezien de actievare controle door de toezichthouder is dit belang verder toegenomen.

Het is verdedigbaar te stellen dat de toezichthouder geen inzagerecht heeft in de individuele dossiers, maar dit standpunt wint aan kracht als uit de intakeformulieren duidelijk de hierbij gemaakte afwegingen vallen op te maken.

4 Zie o.a. HR 29 maart 1994, NJ 1994, 537.

5 HR 30 november 1999, NJ 2002, 438.

6 Hof Arnhem 5 februari 1986, V-N 1987/1783 en BNB 1987/210.