

DE BELASTINGADVISEUR ALS INSTRUMENT IN DE STRIJD TEGEN MONEY LAUNDERING

mr. B.J.G.L. Jaeger, L.R.L. Spijkervet, mr. P.E. Muller *

Een vergelijking tussen het Nederlandse en het Antilliaanse systeem met betrekking tot de melding van ongebruikelijke transacties en de identificatie bij dienstverlening

Inleiding

Onlangs is in Nederland een wijziging van kracht geworden in de regelgeving omtrent de melding van ongebruikelijke transacties, alsmede een verplichting tot (deugdelijke) identificatie van cliënten ingevoerd. Bij Algemene Maatregel van Bestuur¹ zijn met ingang van 1 juni 2003 ook dienstverleners zoals belastingadviseurs, notarissen en advocaten onder de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties gebracht. Deze verplichting gold al jaren voor banken en soortgelijke instellingen, wat korter voor onder andere de kunstwereld, diamantairs en de autobranche. Ook de dienstverleners moeten nu ongebruikelijke transacties melden voorzover zij, kort gezegd, een dienst voor hun cliënten verrichten die niet gerelateerd is aan procederen.

Ook in de Nederlandse Antillen is wetgeving van kracht die tracht het witwassen van geld te bestrijden. In dit artikel doen wij een poging de beide regelingen met elkaar te vergelijken en trachten we ons een mening te vormen omtrent het belang van de recente Nederlandse ontwikkelingen voor de Nederlandse Antillen. Deze regelingen zijn met name door fiscale ogen gezien. Voor de overzichtelijkheid zullen wij beginnen met het geven van een kort overzicht van de beide regelingen. Als aanleiding van dit artikel en als basis van het deel over de Nederlandse regeling geldt een eerder artikel van de heer mr. B.J.G.L. Jaeger.²

Nederland

Historie

De Nederlandse Wet MOT (Melding Ongebruikelijke Transacties) is in werking getreden in 1994 en vormt de implementatie van de Europese witwasrichtlijn: Richtlijn 91/308/EEG tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van gelden. Deze richtlijn bevatte voornamelijk regelingen voor het bestrijden van witwaspraktijken in de traditionele financiële sector. Deze eerste Wet MOT was daardoor dan ook voornamelijk gericht op banken en wisselkantoren. De meldingsplicht die

* mr B.J.G.L. Jaeger is als advocaat-belastingkundige werkzaam bij Jaeger Advocaten-belastingkundigen te Amsterdam, L.R.L. Spijkervet is student fiscaal en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en is momenteel als stagiair werkzaam bij Muller & Associates te Curaçao, mr P.E. Muller is als belastingadviseur werkzaam bij Muller & Associates te Curaçao en als redacteur verbonden aan TAR-Justicia.

¹ 24-02-2003, stb. 2003, 94.

² MKB-adviseur, nummer 6, 2003.

op de banken kwam te liggen, leidde ertoe dat de witwaspraktijk meer en meer gebruik ging maken van financieel adviseurs.³ In december 2001 kwam de Europese Commissie met een richtlijn die een veel grotere groep van dienstverleners onder de meldplicht bracht. Implementatie van deze richtlijn heeft onder andere geleid tot de eerdergenoemde AMvB waarbij zoals gezegd nu ook belastingadviseurs, notarissen, advocaten en accountants onder de werkingsfeer van de MOT zijn gebracht.

De MOT en de WID (Wet Identificatie bij Dienstverlening) vormen een twee-eenheid. Immers, zou Justitie actie willen ondernemen ten aanzien van een melding van een ongebruikelijke transactie, dan is het van belang op adequate wijze de identiteit van de handelende persoon te kunnen vaststellen.

Wie zijn meldingsplichtig?

Ingevolge de AMvB geldt de meldingsplicht sinds 1 juni 2003 (onder andere) voor accountants en belastingadviseurs die bedrijfseconomische of fiscale werkzaamheden verrichten die kwalificeren als het geven van belastingadvies en het verzorgen van aangiften en handelingen omtrent jaarrekeningen en administraties. Deze meldingsplicht rust niet op de adviseur persoonlijk, maar op de organisatie waarin hij werkzaam is. De natuurlijke personen in dienst bij een organisatie verrichten immers in beginsel niet persoonlijk beroeps- of bedrijfsmatig diensten, maar doen dit uit hoofde van hun dienstverband. In de formulering van de nieuwe regeling wordt gesteld dat de plicht tot melden rust op de natuurlijk persoon, rechtspersoon of vennootschap die als openbare registeraccountant, openbare accountant-administratieconsulent, belastingadviseur dan wel anderszins zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig bedrijfseconomische of fiscale werkzaamheden verricht. Dat houdt dus in dat niet alleen het feit dat men belastingadviseur of accountant is, bepaalt of er sprake is van een meldingsplicht, maar doorslaggevend is wat voor soort werkzaamheden men voor de cliënt verricht.

Ook notarissen of advocaten die zich op het terrein van de fiscale adviespraktijk en/of de transactiepraktijk begeven, vallen onder de meldingsplicht. Gezien de formulering wordt een heel breed spectrum aan werkzaamheden in de kijker van de overheid gebracht: bij wijze van spreken van het invullen van een T-biljet tot het opzetten van een holdingstructuur. Wel bestaat er een uitzondering voor werkzaamheden in verband met de bepaling van de rechtspositie van de cliënt en de vertegenwoordiging in rechte voor, tijdens en na een geding. Dit geldt eveneens indien deze diensten worden verricht door een fiscaal adviseur. De ontwerp-AMvB kende de vrijstellingen van de meldingsplicht slechts toe aan de verschoningsgerechtigden van oudsher, de advocaten en notarissen. Uitvoerig lobbywerk van de beroepsorganisaties van belastingadviseurs en accountants moest er aan te pas komen om de overheid duidelijk te maken dat met name belastingadviseurs cliënten vaak

³ paragraaf 1, blz. 7, Nota van Toelichting op de AmvB.

in fiscale procedures bijstaan. In de uiteindelijke implementatie is de formulering van de vrijstellingen voor alle beroepsgroepen (vrijwel) gelijkgetrokken. Volgens de Nota van Toelichting op de AMvB⁴ moet de vrijstelling van de meldingsplicht bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt restrictief worden uitgelegd. In de zin dat de dienstverlener de gelegenheid moet hebben om te bepalen of de gevraagde werkzaamheden onder één van de uitzonderingen vallen danwel dat de meldingsplicht gewoon van toepassing is. Gesteld wordt dat een kennismakingsgesprek om deze reden altijd vertrouwelijk dient te zijn, tenzij tijdens dat gesprek al nadere werkzaamheden worden verricht die wel onder de meldingsplicht zullen vallen of vooraf al duidelijk is welke dienst wordt verlangd. Dit kan tot nogal wat onduidelijkheden aanleiding geven, met voor de adviseur de sanctie om de hoek. Het niet voldoen aan de wettelijke meldingsplicht levert een economisch delict op.⁵

Waarvoor geldt de meldingsplicht?

De meldingsplicht geldt voor door de cliënt verrichtte of nog te verrichten ongebruikelijke transacties, aldus art. 9 MOT. Wat moet hieronder worden verstaan? Van belang is een nadere invulling van de begrippen transacties en ongebruikelijk. Belangrijk om te weten is, dat in het kader van de MOT het begrip transactie een bredere interpretatie heeft dan men in de civielrechtelijke zin van het woord zou verwachten. Het moet in ieder geval gaan om een (voorgenomen) 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. Dit betreft dus een ruimer bereik aan handelingen dan slechts het sluiten van overeenkomsten. Voorts wordt aansluiting gezocht bij de witwasbepaling uit het Wetboek van Strafrecht. Het verhelen of verhullen van de werkelijke aard of oorsprong en zelfs het enkele bezit van voorwerpen, wetende dat deze verworven zijn uit een criminele activiteit, komen daarmee onder het begrip 'transactie' te vallen.

Om een nadere invulling aan het begrip ongebruikelijk te kunnen geven, zijn bij ministeriële regeling een aantal indicatoren vastgesteld, welke uiteenvalt in objectieve en subjectieve. Dit onderscheid is van belang om te bepalen of er sprake is van verplichte melding (objectief) danwel dat de verplichting afhankelijk is van het oordeel van de meldingsplichtige (subjectief). In een brochure van het Ministerie van Financiën wordt nader invulling aan deze begrippen gegeven. Met name de eerste subjectieve indicator is voor de adviespraktijk van belang: transacties die door de situatie als ongebruikelijk en als mogelijk verbandhoudend met witwassen kunnen worden aangemerkt. Om meer houvast bij deze indicator te kunnen geven, zijn in de brochure van het Ministerie per beroepsgroep een aantal voorbeelden gegeven.

⁴ paragraaf 4.3, blz. 17.

⁵ Ingevolge de Wet economische delicten is de opzetvariant goed voor een gevangenisstraf van 2 jaar en een geldboete van € 11.250 voor particulieren of € 45.000 voor rechtspersonen. Bij culpa geldt de zelfde maximale boete, maar is de gevangenisstraf beperkt tot 6 maanden.

Identificatieplicht

Zoals wij hierboven al hebben aangegeven is het voor een bruikbare melding voor Justitie van belang de identiteit van diegene waarover gemeld wordt te kunnen vaststellen. Bij de implementatie van de Europese Richtlijn is dan ook de Wet Identificatie bij Dienstverlening in gelijke zin als de MOT aangepast. Voordat de adviseur overgaat tot zijn dienstverlening, dient hij de identiteit van zijn cliënt vast te stellen. De WID kent in art. 8 een verbodsbepaling voor advisering voordat de identiteit is vastgesteld. Er vindt een verdeling in vijf groepen plaats waarvoor telkens aparte bepalingen voor de identificatie gelden. Is er twijfel ten aanzien van de juistheid van de gegevens, dan mag er geen niet vrijgestelde dienst worden verricht, tot nader onderzoek voldoende zekerheid geeft. Complicaties kunnen zich echter voordoen ingeval er sprake is vertegenwoordiging. Ingevolge de Nota van Toelichting⁶ dient de instelling zich naar vermogen en binnen redelijke grenzen in te spannen om de identiteit vast te stellen van de natuurlijk persoon of de rechtspersoon ten behoeve van wie de dienst zal worden verricht. Bestaat het vermoeden dat degene die als cliënt verschijnt, handelt als vertegenwoordiger voor een andere natuurlijke persoon of rechtspersoon, dan moet ook getracht worden de identiteit van de achterliggende persoon te achterhalen. Het criterium lijkt te zijn ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Gaat het om een directeur-grotaandeelhouder (dga) dié advies wil aangaande de fiscale status van zijn vennootschap(pen) dan dient de dga geïdentificeerd te worden en in geval van advies voor een werkmaatschappij moet worden gezien of wellicht ten behoeve van een moeder advies wordt gevraagd en is op het eerste gezicht identificatie van de achterliggende aandeelhouder(s) niet noodzakelijk. Het kan nogal eens voorkomen dat een cliënt niet in persoon verschijnt. Zeker in de internationale praktijk. In een dergelijke situatie is het toegestaan de identificatie namens de dienstverlener te laten verrichten door een derde die wel in staat is om de cliënt in persoon te ontmoeten, mits identificatie plaatsvindt conform de Nederlandse regelgeving. Bij de situatie van een niet-verschijnende cliënt kan men in veel gevallen ook denken aan een verwijzing door een andere instelling. In art. 5 lid 5 WID wordt de mogelijkheid geboden vrijstelling van de identificatieplicht te geven aan nader te noemen instellingen. Voor wat betreft verwijzing door een in één van de lidstaten van de EU gevestigde advocaat of (kandidaat-) notaris heeft een uitbreiding plaatsgevonden van de uitvoeringsregeling WID⁷, zodat een cliënt door hen verwezen niet opnieuw hoeft te worden geïdentificeerd. Wel moet men zich er van verzekeren dat de identificatie volgens de regels heeft plaatsgevonden.

Ook voor de identificatieplicht gelden dezelfde uitzonderingsbepalingen als in het kader van de MOT.

Gevolgen van het voldoen aan de meldingsplicht

Wanneer men gevolg geeft aan de meldingsplicht, dient men dit tegenover de cliënt te verzwijgen. Kan een derde die schade heeft geleden als gevolg

⁶ paragraaf 2.1.2, blz. 10.

⁷ 28-05-2003, stb. 2003, 102.

van de melding aannemelijk maken dat gezien de omstandigheden van het geval in redelijkheid geen melding had moeten plaatsvinden dan kan hij de melder aansprakelijk stellen. In beginsel wordt aansprakelijkheid van de melder echter uitgesloten. Ook is nadrukkelijk bepaald dat de melding niet kan leiden tot een vervolging voor het niet in acht nemen van de geheimhoudingsverplichting. De gegevens van de cliënt dienen gedurende vijf jaren op een toegankelijke wijze te worden bewaard. Verzuimt een adviseur aan de meldingsplicht of de identificatieplicht te voldoen, dan levert dat een economisch delict op.

De registratie en verwerking van de meldingen is opgedragen aan een centraal orgaan, het zogenaamde Meldpunt Ongebruikelijke Transacties. Het Meldpunt verzamelt de gegevens, analyseert ze en fungeert als buffer tussen de meldingsplichtigen en Justitie en politie. In die zin dat ze slechts gegevens aan de laatste instanties verstrekt als ze van belang kunnen zijn voor de voorkoming en opsporing van witwaspraktijken. Dat is althans het beeld dat het Meldpunt naar de buitenwereld toe schetst⁸. Er zitten overigens wel ambtenaren van de FIOD bij het meldpunt: een melding die niets te maken heeft met witwassen zal dan wel niet worden doorgemeld aan justitie, maar een garantie dat het niet bij de belastingdienst terecht komt is er in het geheel niet.

Nederlandse Antillen

Historie

De wetgeving die ziet op de bestrijding van het witwassen van gelden dateert uit 1996. In dat jaar werd een tweetal Landsverordeningen ingevoerd die in samenhang met elkaar beoogden de strijd aan te binden tegen witwaspraktijken. Dat de regering van de Nederlandse Antillen veel waarde hechtte aan de aanbevelingen van de Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) blijkt wel uit de vermelding van deze organisatie in de overweging van beide Landsverordeningen. Het bevorderen van de integriteit van de financiële dienstverlening vormde een belangrijke drijfveer evenals het vertrouwen van het publiek in een goed functionerende financiële sector.⁹ De FATF kent een lijst met een veertigtal aanbevelingen om witwaspraktijken te bestrijden. Ook brengt de organisatie rapporten uit waarin zij verslag doet van de vorderingen van haar leden met betrekking tot het maken van wetgeving en de uitvoering daarvan. Zo werden in het jaarverslag van 1998-1999 de Nederlandse Antillen aangespoord regelingen te treffen om haar wetgeving met betrekking tot de trust- en offshoresector uit te breiden ten einde ook in deze sectoren eventuele witwaspraktijken effectief te kunnen bestrijden. De FATF heeft in juni 2003 haar veertig aanbevelingen uitgebreid en verdiept. Een van de wijzigingen betreft aanbeveling 12. Deze maakt dat nu ook belastingadviseurs zich moeten gaan houden aan zogenaamde

⁸ Jaarverslag Meldpunt Ongebruikelijke transacties 2001.

⁹ Overweging 3.2, Memorie van Toelichting, zittingsjaar 1994-1995 n.a.v. MOT 11 Curaçao als internationaal financieel centrum in moeilijke tijden: over witwassen, harmful tax competition en financieel toezicht; mr. dr. Roan Lamp, AJV Nieuwsbrief no. 2, 2001.

CDD (Customer Due Diligence Bepalingen) alsmede aan de "Record keeping Requirements van aanbevelingen 5,6 en 8 tot en met 11.

Wie zijn meldingsplichtig?

Op wie een meldingsplicht rust staat vermeld in art. 11 MOT: een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een financiële dienst verleent, is verplicht een daarbij verrichtte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden aan het meldpunt. Ook bij de Antilliaanse regeling valt op dat het niet zozeer draait om de persoon, maar de vraag of deze persoon een financiële dienst verleent. Van belang is dan wat onder het begrip financiële diensten moet worden begrepen. In art. 1 sub a wordt een aantal handelingen onder dit begrip gebracht die voornamelijk verband houden met het bank- en verzekeringswezen. Onder punt 9 wordt de bevoegdheid verleent om bij landsbesluit een aantal andere diensten aan te wijzen. Hier is een aantal malen gebruik van gemaakt, maar dat betrof voornamelijk diensten ten aanzien van creditcards en money transfer transacties.¹⁰ Interessanter in dit verband is de aanwijzing welke is gedaan bij Landsbesluit PB 2002 n. 33. Gevolg werd gegeven aan de zojuist vermelde aansporing van FATF en er werd een nieuw onderdeel d¹¹ toegevoegd waarbij de trustsector mede onder het verlenen van financiële diensten werd gebracht. De tekst spreekt over het al dan niet tegen vergoeding verlenen van diensten van beheer in of vanuit de Nederlandse Antillen voor en ten behoeve van buitengaatse ondernemingen, waaronder in ieder geval wordt begrepen: 1. het ten behoeve van buitengaatse ondernemingen beschikbaar stellen van natuurlijke of rechtspersonen als directeur, vertegenwoordiger of andere functionaris; 2. de verlening van domicilie en kantoorfaciliteiten ten behoeve van buitengaatse ondernemingen; het in opdracht maar voor rekening van derden oprichten of doen oprichten van buitengaatse ondernemingen of het liquideren of doen liquideren daarvan. Deze formulering is ontleend aan art. 1 onderdeel g van de Landsverordening toezicht fiduciair bedrijf. Opmerking verdient dat de Nota van Toelichting zegt dat de offshoresector en de trustsector al reeds langere tijd onder de meldingsplicht vielen voorzover zij diensten verrichtten die kwalificeerden als financiële diensten in de zin van de MOT. Dat ligt in lijn met de idee dat het niet om de persoon, maar om de dienst handelt.

Waarvoor geldt de meldingsplicht?

Meldingsplicht bestaat voor de ongebruikelijke transacties. Opmerking verdient dat ook in het kader van de Antilliaanse MOT het begrip transacties breed dient te worden uitgelegd en handelingen of een samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen van een of meer financiële diensten omvat. Ook hierbij gaat het, net als bij de Nederlandse regeling, om verrichte én voorgenomen handelingen. In het Jaarrapport 2001 van het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties Nederlandse Antillen (hierna MOT N.A.) staat een aansporing

¹⁰ Landsbesluit aanwijzing financiële diensten melding ongebruikelijke transacties PB 2000, no 120.

¹¹ Toevoeging aan art 1 lid 1 van het Landsbesluit aanwijzing financiële diensten.

om toch vooral voorgenomen transacties te melden, omdat hieruit normaal gesproken waardevolle informatie kan worden getrokken. Of sprake is van ongebruikelijke transacties kan worden beoordeeld aan de hand van indicatoren die bij ministeriële beschikking worden vastgesteld.¹² De indicatoren worden in beginsel vastgesteld voor een periode van zes maanden. Omdat dit telkens bij Ministeriële beschikking geschiedt kan snel en adequaat worden gereageerd op de nieuwste ontwikkelingen in de witwaspraktijk.¹³ Net als bij de Nederlandse regeling zijn deze indicatoren onderverdeeld in een aantal waarbij melding verplicht is en een aantal waarbij de meldingsplicht afhankelijk is van het oordeel van de meldingsplichtige. Overigens wordt de meldingsplichtige niet heel erg veel beoordelingsruimte gegund; in de loop der tijd steeds minder. Per transactie wordt een lijst van subindicatoren gegeven waarvan tenminste twee aanwezig dienen te zijn. Slechts bij de indicatoren voor de transacties inzake creditcards, money transfers en hazardspelen wordt van de dienstverlener meer verwacht. Dan dient beoordeeld te worden of er sprake zou kunnen zijn van vermoedelijke witwastransacties.¹⁴ Betreffende het trustwezen zijn specifieke indicatoren in voorbereiding.¹⁵

Know your customer

De Landsverordening MOT en de Landsverordening identificatie bij financiële dienstverlening (Lif) zijn net als de vergelijkbare regelingen in Nederland onlosmakelijk aan elkaar verbonden. De Landsverordening identificatie bij financiële dienstverlening dateert uit 1996 en is een uitvoering van de aanbevelingen 12, 13 en 14 van de FATF. Alvorens over te gaan tot het verlenen van een financiële dienst, is de dienstverlener verplicht de identiteit van zijn cliënt vast te stellen, zo stelt art. 2 lid 1.

Op het eerste oog lijkt de formulering van art. 1 sub a Lif een breder bereik te hebben dan het vergelijkbare art. 1 sub a WID. Waar de laatste een nauwkeurig omschreven lijst met instellingen kent die alle onder de meldingsplichtigen worden gebracht, vermeldt de Lif slechts dat als meldingsplichtige wordt aangemerkt een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een financiële dienst verricht.¹⁶ Ons inziens is ook na het lezen van de Memorie van Toelichting¹⁷ nog niet geheel duidelijk of hier getracht wordt een redelijk afgebakende groep van dienstverleners aan te duiden, zoals ook in de MOT-NA het geval is, of dat deze bepaling met opzet zo ruim is geformuleerd.

De diensten die kunnen worden aangemerkt als financiële dienst in het kader van de Lif worden nader uitgesplitst in art. 1 onder b en betreffen voornamelijk de werkzaamheden die liggen op het terrein van de bancaire wereld en het verzekeringswezen. Uitbreiding is mogelijk bij landsbesluit om zodanig adequaat te kunnen reageren op ontwikkelingen in het witwascircuit. Hiervan is gebruik gemaakt om ook de trustsector en het offshorewezen onder de identificatieplicht te brengen, gelijk bij de MOT

¹² Deze zijn laatstelijk gepubliceerd in PB 2001 n. 48.

¹³ Memorie van toelichting.

¹⁴ PB 2000, no 127 en PB 2001, no 60.

¹⁵ PB 2002, no 33.

¹⁶ Hetgeen wordt verstaan onder het begrip dienstverlener.

¹⁷ Zittingsjaar 1994-1995 n.a.v. de Lif.

heeft plaatsgevonden.¹⁸ Dit naar aanleiding van de zinsnede in het eerder genoemde jaarverslag van de FATF, waarin werd opgemerkt dat de leden van VOB (nu CIFA) zich weliswaar vrijwillig hadden verbonden tot regels met betrekking tot de identificatie van cliënten, maar dat de regering van de Nederlandse Antillen toch regels diende te treffen om te verzekeren dat deelnemers in de offshoresector onderworpen zouden zijn aan bindende verplichtingen om cliënten te identificeren, hiervan administratie bij te houden, en dergelijke. In art. 2 lid 2 Lif wordt nog een nadere invulling aan het begrip gegeven voor transacties die weliswaar niet direct kwalificeren voor de identificatieplicht, maar wel ongebruikelijk zijn in de zin van de MOT of indien bekend is of vermoed wordt dat deze transacties deel uitmaken van met elkaar samenhangende transacties en waarbij een aantal dienstverleners is betrokken. De dienstverlener dient op dit punt alert te zijn en eventueel vragen stellen, aldus de MvT.

Vervolgens dient afhankelijk van het karakter van de cliënt de identiteit te worden vastgesteld. Hiervoor zijn per categorie regels vastgesteld al naar gelang men te maken heeft met natuurlijke personen of rechtspersonen die al dan niet in de Nederlandse Antillen zijn gevestigd.¹⁹ Deze bepalingen zijn soberder en beperkter dan de vrij uitgebreide Nederlandse regels. Voor in het buitenland gevestigde rechtspersonen dient de identiteit te worden vastgesteld door een notaris. Zolang de gegevens van de cliënt niet ouder zijn dan vijf jaren, hoeft niet opnieuw registratie plaats te vinden. Eveneens is de dienstverlener ontheven van de verplichting tot identificatie, wanneer de cliënt naar hem verwezen is door een onderneming, instelling of levensverzekeringsbedrijf waar registratie heeft plaatsgevonden.

Gevolgen van het voldoen aan de meldingsplicht

De bufferfunctie van het Meldpunt komt ook in de Nederlandse Antillen naar voren. In de Memorie van Toelichting wordt hierbij nader opgemerkt dat het als staatsrechtelijk onwenselijk wordt gezien particuliere instellingen te verplichten rechtstreeks aan de politie melding te maken van gedragingen van hun cliënten. De taak van het meldpunt is in beginsel beperkt tot het vergaren van informatie en tot het analyseren van de verzamelde gegevens. Zodra blijkt dat deze gegevens van belang kunnen zijn voor politie of justitie dient dit te worden doorgemeld. Ingevolge art. 6 MOT rust op het meldpunt de plicht om bepaalde gegevens door te sluisen aan opsporingsambtenaren indien deze kunnen worden gerangschikt onder een van de in dat artikel genoemde categorieën. Dit in tegenstelling tot de Nederlandse regeling waarin een dergelijke plicht niet is opgenomen en de wetgever aan het Meldpunt een grotere beoordelingsbevoegdheid heeft gelaten. Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het Meldpunt zelf allerlei opsporingsactiviteiten gaat verrichten.

Om strafrechtelijke vervolging of civielrechtelijke aansprakelijkheid te voorkomen zijn een aantal bepalingen opgenomen. De mogelijkheid bestaat immers dat de financiële instelling of medewerkers daarvan geld

¹⁸ Bij Landsbesluit aanwijzing financiële diensten bij identificatie bij financiële dienstverlening PB 2002, no. 34.

¹⁹ art. 3 Lif.

aannemen, waarvan zij weten of redelijkerwijze kunnen vermoeden dat het geld een criminele achtergrond heeft. Bovendien zou de vrees voor een schadeclaim uit wanprestatie of onrechtmatige daad een voorspoedige uitvoering van de wetgeving kunnen frustreren.²⁰

In dit verband verdient het nog een opmerking te maken ten aanzien de expliciete vermelding van strafbepalingen in tegenstelling tot de Nederlandse regelingen. Hetgeen overigens gebruikelijk is in de Antilliaanse wetgeving. Hierover werd onlangs nog spijtig opgemerkt dat de overzichtelijkheid van de strafrechtelijke bepalingen zo langzamerhand zoek is, omdat in vele verschillende regelingen strafbepalingen zijn opgenomen.²¹ Weliswaar is het niet voldoen aan de identificatie- en meldplicht ook in Nederland strafbaar, maar dit wordt apart vermeld in de Wet op de economische delicten²².

Vergelijking/fiscale advisering

Bij een globale lezing valt op dat de beide regelingen grote overeenkomsten vertonen. Toch is er bij nadere bestudering een aantal punten van verschil, die ons inziens zeker voor de adviseurs onder u werkzaam op fiscaal terrein van belang kunnen zijn. De laatste ontwikkelingen in Nederland in ogenschouw nemend, valt op dat weliswaar een steeds grotere verscheidenheid aan financiële diensten onder de meldings- en administratieplicht wordt gebracht, maar dat voor iedere uitbreiding wel telkenmale een nadere AMvB nodig blijkt. Zoals al eerder werd opgemerkt was de wetgeving oorspronkelijk gericht op de traditionele witwaspraktijken waarbij de bancaire wereld en het verzekeringswezen werden ingeschakeld en diende de fiscale adviespraktijk expliciet onder het begrip financiële dienstverlening te worden gebracht. Ook in de Nederlandse Antillen is een vergelijkbare tendens te signaleren, maar deze beperkt zich tot dusverre tot de fiduciaire sector en laat de zuiver fiscale praktijk vooralsnog links liggen. Dit geldt zowel voor de MOT als de Lif. In de Memorie van Toelichting bij de Antilliaanse MOT wordt wel expliciet verwezen naar de meldplicht van advocaten, notarissen en accountants (over belastingadviseurs wordt niets vermeld) voorzover zij financiële diensten verrichten. Helder lijkt het ons dat wanneer deze beroepsbeoefenaars betrokken zijn bij de fiduciaire sector of andere financiële diensten verrichten die kwalificeren onder de MOT en de Lif, dat de identificatie- en meldingsplicht dus ook gewoon voor hen van toepassing is. En dat geldt zeker ook voor de fiscale adviespraktijk, die toch geregeld betrokken is bij werkzaamheden rondom het trustwezen. Of sterker nog, geregeld op verzoek van de cliënt de initiator is van het opzetten van een fiduciaire constructie. En dan spreken

²⁰ Zie hiervoor ook de Memorie van Toelichting n.a.v. de Lif, vergaderjaar 1994-1995
²¹ mr. dr. R.M.I. Lamp, De Landsverordening Aanmeldingsplicht van Grensoverschrijdende Geldtransporten (LAGG), TAR-Justicia 2002 nr. 4.

²² WED, art. 1 sub 2 vermeldt dat economische delicten zijn overtredingen van voorschriften, gesteld bij of krachtens: ... de Wet identificatie bij dienstverlening, de artikelen 2, eerste, tweede en zevende lid, 5, 6, 7 en 8; ...; de Wet melding ongebruikelijke transacties, de artikelen 9, 10, tweede lid, en 19, alsmede voor zover aangeduid als strafbare feiten, overtreding van krachtens artikel 11 gegeven voorschriften; etc.

we in deze niet alleen over fiscaal juristen, maar zeker ook over de advocaten, notarissen en accountants betrokken bij deze fiscale advisering.

Met betrekking tot advocaten en notarissen is het overigens interessant een blik te werpen op de (in eerste instantie slechts voor hen) in de regelgeving opgenomen uitzonderingsbepalingen, die samenhangen met de redengeving waarom zij ook een wettelijk verschoningsrecht kennen, zelfs indien zij fiscale werkzaamheden verrichten. In de Nederlandse MOT was reeds voor de inwerkingtreding van de AMvB per 1 juni, in art. 1 lid 2 een uitzondering opgenomen met betrekking tot de diensten van art. 1 lid 1 ten tiende aangaande de werkzaamheden van een advocaat of notaris betreffende de bepaling van de rechtspositie van de cliënt en de advisering voor, tijdens en na afloop van een geding. Daarmee werd onderkend dat de meldingsplicht voor bepaalde diensten van een advocaat of notaris in strijd zou komen met het beginsel dat een cliënt in vertrouwen een raadsman moet kunnen raadplegen. Dit alles dus nog voordat deze beroepsgroepen expliciet onder de werking van de MOT en de WID werden gebracht. Illustratief in dit verband is de uitvoerige discussie die plaats heeft gevonden bij de behandeling van de Richtlijn in het Europees Parlement en de kritiek die is geuit naar aanleiding van de ontwerp-AMvB, waarbij overigens ook de positie van de belastingadviseur in overweging werd genomen. Zoals wij al bij de behandeling van de meldingsplicht van de Nederlandse MOT hebben vermeld zijn bij de definitieve AMvB de uitzonderingsbepalingen voor de belastingadviseurs en de accountant zelfs gelijkgetrokken met die voor advocaten en notarissen. Weliswaar zijn tot op heden de advocaten en notarissen niet expliciet onder de werking van de Antilliaanse MOT gebracht, in de memorie werd zoals gezegd wel de mogelijkheid geopperd dat deze beroepsgroepen in aanraking zouden kunnen komen met de meldplicht. Met de onlangs aangebrachte aanpassingen in de MOT en de Lif betreffende fiduciaire werkzaamheden is de kans aanzienlijk groter geworden dat advocaten, notarissen en zeker ook belastingadviseurs in aanraking komen met de meldings- en identificatieplicht. De rechtspositie van een cliënt kan een integraal onderdeel vormen van fiduciaire werkzaamheden die worden gezien als financiële diensten in het kader van zowel de MOT als de Lif. De oprichting of liquidatie van een vennootschap, in verband met het opzetten van een trustconstructie vaak geïnitieerd door een fiscaal adviseur, kan aanleiding geven tot juridische strubbelingen.²³ Ons inziens kan men zich in een dergelijk geval afvragen of de belangen van de cliënt voldoende beschermd zijn. Het lijkt erop dat waar de Nederlandse wetgeving voor een uitzondering op de meldplicht aansluit bij een bepaalde categorie financiële diensten²⁴, de Antilliaanse wetgever dit laat hangen van de beroepsgroep. Advocaten en notarissen in de Nederlandse Antillen moeten in geval de belangen van een cliënt botsen met de plicht tot identificeren en melden, een beroep doen op hun algemene wettelijke verschoningsrecht. Belastingadviseurs die deze zelfde diensten verrichten

²³

"het in opdracht maar voor rekening van derden oprichten of doen oprichten van buitengaats ondernemingen of het liquideren daarvan" wordt expliciet genoemd als een financiële dienst in het kader van de Antilliaanse MOT en Lif.

²⁴

Art. 4 leden 2 en 3 MOT en art. 2 leden 2 en 3 WID.

en niet zelden de initiator zijn, kennen niet een dergelijk algemeen verschoningsrecht en dienen dus wel gevolg aan de meldings- en identificatieplicht te geven. Dit lijkt niet geheel in lijn te liggen met de gedachte dat het niet moet uitmaken door wie de dienst wordt verricht, maar welke dienst wordt verricht. Een gedachte die met betrekking tot de meldings- en identificatieplicht eveneens aan de Antilliaanse MOT en Lif ten grondslag ligt.²⁵ In de Nederlandse wetgeving is deze gedachte klaarblijkelijk beter verwoord. Zeker wanneer bedacht wordt dat op het Meldpunt de plicht rust de meldingen te zeven en die meldingen die van belang geacht kunnen worden voor de voorkoming of opsporing van witwaspraktijken en de criminaliteit daaromtrent, door te melden aan politie en justitie.

Conclusie

Een redenering parallel aan de ontwikkelingen in de Nederlandse regelgeving met betrekking tot de meldings- en indentificatieplicht zou tot de conclusie kunnen leiden dat vooralsnog de Antilliaanse advies- en transactiepraktijk de dans ontspringt, maar dat het erop wachten is dat de in Nederland ingevoerde uitbreiding ook in de Nederlandse Antillen wordt ingevoerd. Echter op dit moment ontwaren wij nog geen tendensen die hier op wijzen. Voorlopig lijkt het erop dat in de Nederlandse Antillen vooral veel waarde wordt gehecht aan de controle op het trust- en offshorewezen. Hierbij wordt gedeeltelijk voorbijgegaan aan de rol die belastingadviseurs, notarissen en advocaten op deze gebieden spelen. Met andere woorden: de eerder in Nederland onderkende botsing tussen de bescherming van de belangen van de cliënt en de maatschappelijke belangen betreffende de opsporing en vervolging van witwaspraktijken lijkt hier nog niet door de wetgever te zijn gesignaleerd. De gedachte die aan de regelgeving ten grondslag ligt dat het niet uitmaakt door wie de diensten worden verricht, maar dat de meldings- en identificatieplicht afhankelijk is van de aard van verrichtte of te verrichten diensten dient ons inziens nog consequenter in de Antilliaanse wetgeving te worden gehanteerd. Wellicht kan dit een aansporing vormen voor een meer evenwichtige regelgeving op dit terrein.

²⁵ Zie hiervoor ook de paragraaf over de vraag wie meldingsplichtig is onder de Antilliaanse MOT.