

De meldproblematiek

Frank Erkens^{1 2}

Inleiding

Op 1 juni 2003 zijn de wet Identificatie bij dienstverlening (hierna de WID) en de wet Melding ongebruikelijke transactie (hierna de wet MOT) ook van toepassing verklaard op professionele dienstverleners, zoals advocaten, belastingadviseurs, makelaars en accountants. Dienstverleners die gezamenlijk een breed scala van diensten aan hun cliënten aanbieden. In sommige gevallen zijn hun cliënten, zoals antiquairs, autohandelaren en casino's, zelf ook onderworpen aan de eerdergenoemde anti-witwaswetgeving. In andere gevallen geldt daarnaast ook nog aanvullende regelgeving voor hun cliënten, zoals voor banken, en trust- en verzekeringsmaatschappijen op het terrein van integriteit. Zo kan het gebeuren dat verschillende professionele dienstverleners, elk vanuit hun eigen professie, een cliënt terzijde staan, bijvoorbeeld bij de aankoop van een omvangrijk onroerend goedproject. Een dergelijke aankoop wordt veelal voor een belangrijk deel gefinancierd door een bank. Wanneer de cliënt de herkomst van beschikbare eigen financiële middelen niet adequaat kan verantwoorden, zit elk van de partijen opgezadeld met een dilemma: moeten wij iets melden? Deze situatie komt in de praktijk in vele verschijningsvormen voor en vormt aanleiding tot veel vragen. Deze problematiek is voor de dienstverleners echter nog zo nieuw dat de wetgever, toezichthouders en rechter over weinig pasklare antwoorden beschikt. Dit artikel houdt verschillende vraagstukken tegen het licht.

Nieuwe ontwikkelingen

In mijn bijdrage aan het Jaarboek Compliance 2003 geef ik een overzicht van de wet- en regelgeving zoals die bestond tot 7 juni 2003, toen De Nederlandsche Bank (hierna DNB) de banken verzocht kennis te nemen het rapport 'Customer due diligence for banks' van het Bazels Comité. In de daaropvolgende periode heeft de wetgever verschillende aanvullende initiatieven genomen om invulling te geven aan haar voornemens genoemd in de nota 'Integriteit financiële sector en terrorismebestrijding' van 16 november 2001. Een aantal van deze initiatieven is:

- 'Besluit tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties' van 24 februari 2003, waarmee professionele dienstverleners per 1 juni 2003 onder de werking van deze wetten zijn gebracht;
- 'Besluit integrale bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars' van 18 december 2003, waarin kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen geacht worden een adequaat beleid te formuleren om verstrengeling van tegenstrijdige belangen tegen te gaan;
- 'Besluit integriteitgevoelige functies' van 23 december 2003, waarbij kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen beleid moeten vaststellen en implementeren met betrekking tot integriteitgevoelige functies;
- 'Besluit CDD (volut Customer due diligence) kredietinstellingen en verzekeraars' van 23 december 2003, waarbij kredietinstellingen en verzekeringsmaatschappijen beleid met betrekking tot cliënten moeten vaststellen en implementeren;

¹ Frank Erkens is managing director van Holland Integrity Group.

² De schrijver bedankt Rob Bakker en Vincent Mul voor het geven van constructieve feed back op het artikel.

- ‘Regeling integere bedrijfsvoering voor trustmaatschappijen’, waarin geregeld is dat ook trustmaatschappijen organisatorische en administratieve maatregelen dienen te treffen om de integriteit rondom hun dienstverlening te bevorderen.

Daarnaast zijn de navolgende belangrijke documenten door verschillende gerenommeerde instellingen onder de aandacht van de Nederlandse financiële instellingen en haar toezichthouders gebracht:

- Een aanvullende rapportage ‘General Guide to Account Opening and Customer Identification’ van het Bazels Comité van februari 2003;
- Toelichting op ‘Customer due diligence for banks’ van 8 mei 2003 door DNB en de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna NVB);
- Gezamenlijke publicatie van het Joint Forum, bestaande uit het Bazels Comité, de International Organization of Securities Commissions (hierna IOSC) en de International Association of Insurance Supervisors (hierna IAIS), van 12 juni 2003 waarin haar initiatieven in de strijd tegen het witwassen en terrorismefinanciering uiteen worden gezet;
- Een consultatiedocument ‘Consolidated KYC Risk Management’ van het Bazels Comité van 30 oktober 2003.

De Nederlandse wetgever geeft aldus op voortvarende wijze invulling aan de verzoeken van de Europese Gemeenschap, het Bazels Comité en andere internationale instanties om een breed spectrum van financiële instellingen, specifieke ondernemingen en professionele dienstverleners alsmede hun diensten onder de werking van integriteitbevorderende wet- en regelgeving te brengen. Deze voortvarendheid heeft ertoe geleid dat Nederland menig ander land op het Europese vaste land achter zich heeft gelaten met betrekking tot deze materie. Na de inwerkingtreding van de verschillende wetten en regelingen is duidelijk geworden dat de onderlinge verhoudingen tussen de betrokken instellingen, ondernemingen en professionele dienstverleners in het kader van deze integriteitwet- en regelgeving nog onvoldoende zijn uitgekristaliseerd. In de praktijk blijkt tevens onduidelijkheid te bestaan over veel vraagstukken. Daarvan noem ik hier:

- Vallen professionele dienstverleners, zoals accountants, advocaten of belastingadviseurs in voorkomende gevallen ook onder de CDD bepalingen, indien zij ten behoeve van hun cliënt als intermediair of aanbrenger optreden in de richting van de bank of een trustmaatschappij?
- Is een accountant verplicht ongebruikelijke transacties te melden die hij in het kader van zijn jaarrekeningcontrole bij een meldingsplichtige instelling (zoals een bank, autohandelaar of casino) tegenkomt?
- Zijn de makelaar, notaris, belastingadviseur en advocaat verplicht om een ongebruikelijke transactie bij het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (hierna het MOT) te melden, indien zij elk vanuit hun eigen discipline een cliënt adviseren bijvoorbeeld bij een ongebruikelijke onroerend goedtransactie?
- Kan de accountant vragen van het MOT verwachten, indien hij bij zijn jaarrekeningcontrole de hiervoor genoemde transactie niet heeft signaleerd?
- Wat moet een Nederlandse accountant doen, indien hij bij de controle van de jaarrekening van een Nederlandse verzekeringsmaatschappij bij een Zwitserse dochter ongebruikelijke transacties tegenkomt?
- Wat moet een belastingadviseur, advocaat of accountant doen, indien een cliënt hem om advies vraagt over de fiscale aftrekbaarheid van de buitenlandse steekpenningen?

- Is de wetenschap van de ene beroepsbeoefenaar inzake de achtergronden van een ongewenste cliënt toe te rekenen aan zijn collega uit dezelfde praktijk?
- Hoe ver reikt de verplichting van financiële instellingen en professionele dienstverleners om onderzoek te doen naar de achtergrond van een cliënt?
- Kan een meldingsplichtige beroepsbeoefenaar, onderneming of financiële instelling (geheel of gedeeltelijk) aansprakelijk gesteld worden voor de gevolgen van een fraude bij een derde, indien de melder de hiermee samenhangende ongebruikelijke transacties had kunnen signaleren?

Bovengenoemde vraagstukken is slechts een selectie van een omvangrijke reeks problemen en vragen die het afgelopen jaar naar voren zijn gekomen. Opvallend is dat veel vragen betrekking hebben op de reikwijdte van de wet MOT. Zo bestaat bij veel professionele dienstverleners, ondernemingen en financiële instellingen onduidelijkheid over de grenzen van hun verantwoordelijkheid. Dit is mogelijk te wijten aan twee elementen, namelijk de nog beperkte kennis bij de melders over de verschijningsvormen van witwassen, fraudes en daarmee samenhangende ongebruikelijke transacties, waardoor zij moeite hebben ongebruikelijke transacties als zodanig te herkennen. Ten tweede speelt het gebrek aan jurisprudentie en concrete uitspraken over verschillende casussen en vraagstukken een rol. Deze bijdrage beoogt een aanzet te geven tot de discussie over de interpretatie van de verschillende casussen.

Algemeen

Met de totstandkoming van de 2e Europese Money Laundering Richtlijn op 4 december 2001, waarmee de Richtlijn van 1991 is aangepast, heeft de Europese wetgever te kennen gegeven dat ‘the obligations of the Directive concerning customer identification, record keeping and the reporting of suspicious transactions should be extended to a limited number of activities which have been shown vulnerable to money laundering’³. De verplichtingen die in Nederland al met ingang van 1 februari 1994 bestonden voor de banken op het terrein van de identificatie van cliënten en de melding van ongebruikelijke transacties, zijn in de daaropvolgende jaren ook van toepassing verklaard op de casino’s, handelaren in zaken van grote waarden en de professionele dienstverleners. Uit de wetsgeschiedenis valt mijns inziens niet op te maken dat voor de later toegevoegde ondernemingen en professionele dienstverleners andersoortige verplichtingen op dit terrein zijn gaan gelden dan voor de banken. Daarom moeten door de uitbreiding van de identificatie- en meldingswetgeving de ‘toetredende’ ondernemingen en dienstverleners vergelijkbare maatregelen treffen als banken om tegemoet te komen aan de opgelegde verplichtingen. Bij het treffen van maatregelen kan wel rekening gehouden worden met de specifieke omstandigheden van de verschillende branches. De maatregelen hebben ten doel potentiële risico’s op het terrein van witwassen en andere onregelmatigheden te onderkennen, adequate maatregelen te treffen, mogelijke aanwijzingen van witwassen en andere vormen van financiële criminaliteit te signaleren en vervolgens ongebruikelijke transacties aan het MOT te melden.

Uit de teksten van de bovengenoemde wetten, regelingen en toelichtingen komt duidelijk naar voren dat de wetgever een gestructureerde formulering van beleid en daarmee samenhangende implementatie van procedurele en organisatorische maatregelen in de organisatie voorstaat. In het kader van dit artikel zal daarbij alleen ingegaan worden op de vraagstukken met betrekking tot cliënten. Het is evident dat sommige onderdelen ook zijn te vertalen naar integriteit-vraagstukken die samenhangen met medewerkers, zakenrelaties of met het handelen van de eigen organisatie.

³ EC Directive 2001/97/EC.

Hier is het wel van belang kort stil te staan bij het belang van de behandeling van de verplichtingen om de identiteit van (potentiële) cliënten vast te stellen in relatie tot de verplichtingen om ongebruikelijke transacties van cliënten te melden. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met de invoering van de WID (indertijd WIF geheten) werd beoogd het bestrijden en voorkomen van het witwassen van met criminele activiteiten verdiende gelden. Door het schriftelijk vastleggen van bepaalde relevante gegevens van de cliënt en zijn transacties kan een zogeheten ‘audit trail’ worden gecreëerd, hetgeen de politie en andere opsporingsdiensten de mogelijkheid geeft nader financieel onderzoek uit te voeren. De wet MOT verplicht daarnaast instellingen ongebruikelijke transacties van cliënten te onderkennen en onder de aandacht van de autoriteiten te brengen.

Diensten

De wetgever heeft de identificatie- en meldingsplicht gekoppeld aan de aard van de dienstverlening en niet opgelegd aan specifieke dienstverleners, ondernemingen of instellingen. In de wet MOT zijn specifieke diensten omschreven waarvoor de meldingsplicht geldt. Nu blijkt in de praktijk dat bij professionele dienstverleners onduidelijkheid bestaat over de consequenties die verbonden moeten worden aan deze meldingsplicht. Deze onduidelijkheid is terug te voeren op de omschrijving van het begrip ‘transactie’ in de wet MOT: ‘een handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen van een dienst’. In de discussie zijn twee redeneringen te onderkennen, namelijk:

- De beperkte meldingsplicht, waarbij alleen die ongebruikelijke transacties gemeld moeten worden die betrekking hebben op de relatie tussen de professionele dienstverlener en zijn cliënt;
- De uitgebreide meldingsplicht, waarbij alle ongebruikelijke transacties van de cliënt waar de dienstverlener beroepsmatig bij betrokken is, gemeld moeten worden.

Bij de beperkte uitleg zal bijvoorbeeld de accountant in het kader van de jaarrekeningcontrole alleen de ongebruikelijke betalingen (zoals een contante betaling of van een voor hem onbekende Luxemburgse bankrekening) van zijn facturen door de cliënt aan het Meldpunt moeten melden. In het geval van de uitgebreide meldingsplicht zal de accountant alle ongebruikelijke transacties moeten melden die hij bij zijn controle in (of buiten) de administratie van zijn cliënt aantreft. Daaronder vallen dus ook de (ongebruikelijke) transacties tussen zijn cliënt en derden, bijvoorbeeld leveranciers, afnemers en andere zakenrelaties.

De beperkte uitleg is het gevolg van de taalkundige explicatie die gegeven wordt aan de woorden ‘(...) in verband met het afnemen van een dienst’. Taalkundig is er mogelijk iets te zeggen voor deze uitleg, maar onduidelijk is of de rechter deze uitleg ook zal volgen. De uitgebreide meldingsplicht sluit mijns inziens beter aan bij de geldende praktijk bij banken, waarbij de ongebruikelijke transacties tussen de rekeninghouder enerzijds en afzenders en begunstigden anderzijds gemeld worden. Ook het ministerie van Financiën staat een uitgebreide meldingsplicht voor, gelet op de verscheidenheid aan voorbeelden die in de brochure van het ministerie worden genoemd, waarbij de beroepsbeoefenaar geacht wordt te melden.

Dienstverleners

Zoals hierboven opgemerkt, is de meldingsplicht gekoppeld aan diensten en niet aan specifieke beroepen. Dat verschillende beroepsgroepen worden genoemd, is waarschijnlijk het gevolg van het creëren van herkenbaarheid en van het creëren van indicatorenlijsten. In artikel

4 van het Besluit⁴ wordt een opsomming gegeven van de diensten, waarvoor een meldingsplicht bestaat. In het geval van diensten door financiële instellingen wordt verwezen naar de inschrijving van deze instellingen in de bestaande registers. De identificatie- en meldingsplicht hangt derhalve direct samen met deze inschrijving. Dit is echter niet het geval bij de professionele dienstverleners, waarvoor in sommige gevallen ook registers of andere vormen van formele inschrijvingen bestaan. Alle dienstverleners die de genoemde diensten verstrekken, zijn identificatie- en meldingsplichtig. Hierdoor is de groep van (professionele) dienstverleners waarop de wetgeving van toepassing is behoorlijk omvangrijk. De vraagstukken die in dit artikel aan de orde komen, zijn daarom niet alleen van toepassing op advocaten, notarissen, belastingadviseurs, makelaars en accountants, maar op ‘eenieder die beroeps- of bedrijfsmatig een daartoe aangewezen dienst verleent’. Dat betekent dat een verscheidenheid aan dienstverleners, zoals onder meer juridische en fiscale advieskantoren, administratiekantoren en corporate finance adviseurs, met genoemde wetgeving te maken hebben. Veel van deze dienstverleners en instellingen zijn zich hiervan niet of onvoldoende bewust. Naar alle waarschijnlijkheid is dat ook een moedwillige houding zeker als we bedenken dat de dienstverlener, autohandelaar of antiquair met naam en toenaam als melder in de processen-verbaal van de politie naar voren komen, indien de door hem aan het MOT gemelde ongebruikelijke transactie als verdachte transactie aan de politie wordt doorgemeld. De verdachte weet na het lezen van zijn dossier wie een bijdrage heeft geleverd aan zijn aanhouding. Deze bewuste keuze van de wetgever zal menig ondernemer en dienstverlener slapeloze nachten bezorgen. Bij grotere instellingen en ondernemingen is de relatie tussen accountmanager en cliënt doorgaans afstandelijker en onpersoonlijker dan bij kleinere ondernemingen waar vaak sprake is van een persoonlijke relatie.

In de praktijk blijkt ook dat de formulering van de ‘zelfstandig onafhankelijke beroeps- of bedrijfsmatige uitoefening’ in het bovengenoemde Besluit vragen oproept. Onduidelijk is of de verplichtingen in het kader van de onderhavige wetgeving nog van toepassing zijn, indien een derde een bepaald belang in de onderneming van de professionele dienstverlener heeft. Met andere woorden, wanneer stopt de zelfstandig onafhankelijke bedrijfsmatige uitoefening? Zo bestaan voorbeelden van zowel deelnemingen als volle dochternemingen van internationaal opererende ondernemingen die beleidsmatig zelfstandig en financieel onafhankelijk van de moedermaatschappij diensten op het terrein van financiële dienstverlening en corporate finance in de markt zetten. Deze diensten kunnen onder meer bestaan uit het geven van adviezen over de oprichting van rechtspersonen, over het overnemen van andere ondernemingen alsmede over de fiscale gevolgen van de oprichting en overname van ondernemingen. Momenteel is het onduidelijk wanneer deze adviseurs identificatie- en meldingsplichtig worden.

Samenhang met Customer due diligence (CDD)

Met ingang van 1 januari 2004 is het ‘Besluit CDD kredietinstellingen en verzekeraars’ op instellingen zoals bedoeld in voorgaande paragraaf van toepassing. In deze regeling zijn nadere voorschriften op het terrein van cliëntacceptatie en -verificatie, transactiemonitoring en risicomanagement beschreven die zijn afgeleid van het eerdergenoemde rapport van het Bazels Comité. Banken moesten op verzoek van DNB de afgelopen periode al invulling aan deze regeling geven. Verzekeraars moeten voor 1 juli 2004 zorgdragen voor de aanpassing van haar beleid en procedures op dit terrein. Met de inwerkingtreding van deze regeling sluit Nederland zich aan bij de bestaande situatie in landen zoals het Verenigd Koninkrijk, Zwitserland en de Verenigde Staten. Hierdoor kan de internationale samenwerking met de

⁴ Het Besluit van 24 februari 2003 tot aanwijzing van instellingen en diensten in het kader van de wet identificatie bij dienstverlening en de wet melding ongebruikelijke transacties.

instellingen en dienstverleners in deze landen soepeler verlopen. In belangrijke financiële (offshore) centra, zoals Londen, New York, Zürich, Luxemburg en Amsterdam, wordt nauw samengewerkt tussen trustmaatschappijen en banken enerzijds en belastingadviseurs, accountants en advocaten anderzijds bij het bedienen van internationaal opererende ondernemingen. In belangrijke mate betreffen het financiële dochtermaatschappijen van multinationals die om fiscale redenen in deze centra worden gepositioneerd.

Met betrekking tot aanbrengrers en intermediairs, zoals professionele dienstverleners en tussenpersonen bij verzekeringsmaatschappijen, merkt het Bazels Comité op dat zij minimaal over eenzelfde CCD-beleid en hetzelfde niveau van acceptatie- en identificatieprocedures dienen te beschikken als de financiële instelling, wil deze instelling kunnen steunen op de werkzaamheden van de intermediair. Anders moet de financiële instelling zelf zorgdragen voor de identificatie en verificatie van de potentiële cliënt, hetgeen om praktische en financiële redenen vaak niet wenselijk is. De financiële instelling blijft uiteindelijk zelfstandig verantwoordelijke voor de identificatie van haar cliënten en het melden van ongebruikelijke transacties van deze cliënten, indien deze werkzaamheden door bijvoorbeeld een professionele dienstverlener worden verricht. De instelling moet zich daarom periodiek bij de dienstverlener ervan vergewissen dat de noodzakelijke cliëntinformatie voor haar direct beschikbaar is en dat de CDD-procedures toereikend zijn. Op deze wijze wordt van professionele dienstverleners verwacht dat zij vergelijkbare maatregelen op het terrein van CDD treffen als financiële instellingen. Het Bazels Comité adviseert in dit kader financiële instellingen een cliënt, indien advocaten of notarissen tengevolge van hun geheimhoudingsbepalingen de identiteit van de potentiële cliënt niet kunnen of willen prijsgeven, niet te accepteren.

Risk based system

Ten behoeve van de beoordeling of een transactie als ongebruikelijk moet worden aangemerkt, zijn op grond van artikel 8 van de wet MOT zogenaamde indicatoren vastgesteld. De indicatoren worden onderscheiden in objectieve en subjectieve indicatoren. Er gelden voorts nog verschillende indicatoren voor de verschillende meldingsplichtige instellingen en dienstverleners. Vooruitlopend op de invoer van een volledig 'risk based' systeem voor alle partijen zijn met ingang van 1 juni 2003 voor de professionele dienstverleners slechts vier indicatoren vastgesteld; twee objectieve en twee subjectieve. Voor de andere instellingen gelden tot een nader te bepalen moment nog uitvoeriger overzichten met verschillende uitgeschreven situaties (indicatoren) die moeten leiden tot melding van ongebruikelijke transacties aan het MOT. In de toekomst gaan naar verwachting de onderstaande (of vergelijkbare) objectieve en subjectieve indicatoren voor alle instellingen, ondernemingen en dienstverleners gelden. De objectieve indicatoren zijn:

- A. Een transactie die in verband met witwassen aan politie of justitie wordt gemeld, moet ook aan het MOT worden doorgegeven.
Dit is een bijzondere indicator, aangezien het naar mijn mening weinig zal voorkomen dat meldingsplichtige partijen rechtstreeks aangifte van witwassen zullen doen bij politie of justitie. De noodzaak om ook bij het MOT te melden, heeft eerder te maken met de civielrechtelijke vrijwaring die een melder alleen krijgt als hij bij het MOT meldt.
- B. Transacties boven € 15.000 (of de tegenwaarde daarvan in een andere valuta) betaald aan, of betaald door tussenkomst van de instelling in contanten, met cheques aan toonder of soortgelijke betaalmiddelen.

De subjectieve indicatoren betreffen:

- A. Transacties waarbij aanleiding is om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen.

Een meldingsplichtige (voorgenomen) transactie is een (voorgenomen) transactie, waarbij een instelling op grond van haar ervaring en de haar bekende feiten en omstandigheden (inclusief verklaringen van de cliënt die haar al dan niet geloofwaardig overkomen) redelijkerwijs aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze transactie verband kan houden met witwassen.

- B. Voorkeur van de cliënt voor transacties onder het grensbedrag waarbij aanleiding is om te veronderstellen dat deze daarmee melding wil voorkomen.

Uit de aard van het 'risk based' systeem en de daaruit voortvloeiende subjectieve indicatoren blijkt dat de meldingsplichtige professionele dienstverleners worden geacht zelfstandig de potentiële risico's en de daarmee samenhangende criteria te bepalen die verband houden met de te leveren diensten, de geaccepteerde cliënten en de criteria voor ongebruikelijke transacties. Op grond van de geformuleerde criteria moeten ongebruikelijke transacties worden onderkend en onverwijld gemeld aan het MOT. Daarbij kunnen de bestaande subindicatoren die (nu nog) voor de financiële instellingen en andere meldingsplichtige ondernemingen gelden, als richtinggevend worden gehanteerd. Maar de dienstverlener zal zich bewust moeten zijn dat vanuit zijn vakgebied anders tegen transacties aangekeken kan worden. Zo zal een accountant een bepaalde transactie op een later moment bij een jaarrekeningcontrole vanuit bedrijfseconomisch perspectief voor de onderneming als ongebruikelijk kunnen kenschetsen, terwijl een bank dezelfde transactie met de haar ten dienste staande gegevens en inzichten (op het moment van de transactie) niet als zodanig typeert.

Verder dient voor de interne beoordeling van een door een medewerker van een meldingsplichtig kantoor (van een professionele dienstverlener) of instelling gedane interne melding alle binnen de onderneming aanwezige informatie betrokken te worden, voor zover zulks redelijkerwijs mogelijk is. In veel gevallen bij grote cliënten of internationaal opererende cliënten is het goed mogelijk dat een medewerker slechts over een deel van alle relevante cliëntinformatie beschikt en op basis van die beperkte kennis een situatie als ongebruikelijk aanmerkt. Het is dan verstandig na de interne melding alle beschikbare informatie bij de beoordeling te betrekken, waarbij het mogelijk is dat binnen de gehele context de situatie niet als ongebruikelijk moet worden aangemerkt. Als daarentegen een medewerker niet over alle informatie beschikt, kan het ook gebeuren dat hij een ongebruikelijke transactie niet als zodanig herkent en niet meldt. Indien eenvoudig door middel van nadere vragen een eventueel misverstand over het feitencomplex en de bedoelingen van de cliënt kan worden opgelost, verdient deze route sterk de voorkeur. Voorkomen moet worden dat ten onrechte meldingen worden gedaan, omdat de beroepsbeoefenaar over onvoldoende relevante informatie beschikt, terwijl deze informatie zonder problemen te verkrijgen is. De vereiste zorgvuldigheid in de beroepsbeoefening brengt dit met zich mee.

(Voorgenomen) Ongebruikelijke transacties die aan het licht komen bij het verlenen van een vrijgestelde dienst (het bepalen van de rechtspositie, vertegenwoordiging in rechte enz. en die verband houdend met fiscaal advies) door een professionele dienstverlener hoeven niet te worden gemeld. Alle overige ongebruikelijke transacties die voldoen aan de objectieve indicatoren moeten onverwijld aan het MOT worden gemeld. Voor de overige ongebruikelijke transacties waarop de subjectieve indicatoren van toepassing zijn, moet de beroepsbeoefenaar (bij meldingsplichtige dienstverlening) op grond van de hem op dat moment bekende concrete feiten en omstandigheden beoordelen of er sprake is van een vermoeden van witwassen. De feiten en omstandigheden die aan dit vermoeden ten grondslag liggen, moeten

worden beoordeeld in het licht van de concrete situatie en de concrete cliënt. Wat voor de ene cliënt ongebruikelijk is, kan voor de andere cliënt volstrekt gebruikelijk zijn.

Deze risk based benadering doet zeker meer recht aan de eigen verantwoordelijkheid van de melder. Ik vraag mij daarentegen wel af of de invoering van een 'risk based' system voor de professionele dienstverleners wel verstandig is, gelet op de onervarenheid van de meeste dienstverleners met de materie. Het ligt mijns inziens meer voor de hand dat de banken als eerste groep melders overstappen naar het nieuwe systeem, omdat zij al vele jaren de vereiste kennis en ervaring hebben opgedaan met het onderkennen en melden van ongebruikelijke transacties.

Dubbele meldingsplicht

Met het onder de werking van de WID en de wet MOT brengen van de professionele dienstverleners is een bijzondere situatie ontstaan, die zich in het verleden minder nadrukkelijk voordeed. Met ingang van 1 juni 2003 kunnen meerdere financiële instellingen, handelaren en dienstverleners, ieder vanuit hun eigen achtergrond, bij een (samenstel van) transactie(s) betrokken raken, die als ongebruikelijk bestempeld kan worden. Elk van de betrokkenen is in beginsel zelf verantwoordelijk voor het identificeren van de cliënt, maar ook voor het onderkennen en melden van ongebruikelijke transacties. De wet laat mijns inziens geen dan wel weinig ruimte voor overleg tussen de betrokken meldingsplichtige partijen over de ongebruikelijkheid van de transactie(s) en de daaruit voortvloeiende melding aan het MOT. Indien en voorzover professionele dienstverleners onder één naam opereren, zoals bij advocaten en notarissen, kan intern overleg nog verdedigd worden. Zodra echter verschillende zelfstandig opererende dienstverleners, zoals een makelaar, belastingadviseur en notaris bij een onroerend goedtransactie betrokken zijn, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat zij onderling de eventuele ongebruikelijkheid van de transactie ter sprake zullen brengen en met een eensluidend oordeel al dan niet richting het MOT stappen. De wet biedt hier volgens mij geen aanknopingspunten voor, omdat artikelen 18 en 19 van de wet MOT geheimhouding van betrokkenen verlangen. Ieder zal aldus zelfstandig met de hem ten dienste staande gegevens en inzichten moeten beoordelen of de transactie meldenswaardig is, hetgeen tot verschillende uitkomsten kan en zal leiden.

Indien in het kader van de controle van de jaarrekening van een bank (maar ook een casino of een autohandelaar) mogelijk ongebruikelijke transacties worden geconstateerd, ontstaat een andere bijzondere situatie⁵. Sommige betrokkenen zijn van mening dat de accountant in bovengenoemde situatie in eerste instantie moet beoordelen op welke wijze de bank omgaat met de geconstateerde ongebruikelijke transacties. Indien uit het eigen onderzoek blijkt dat de bank de individuele ongebruikelijke transacties heeft gemeld, zal de accountant niet zelf over hoeven te gaan tot het melden van deze transacties. Indien echter blijkt dat de bank deze mogelijk ongebruikelijke transacties niet heeft gemeld en mogelijk ook onvoldoende maatregelen heeft getroffen om onregelmatigheden, zoals witwassen, tegen te gaan, dan zal de accountant een nader onderzoek moeten instellen naar de achtergronden van deze transacties. Mocht de accountant van mening zijn dat de transacties ongebruikelijk zijn, dan zal hij zelf over moeten gaan tot melding van deze ongebruikelijke transacties aan het MOT. De bank kan zich voor het onderzoek van de accountant niet beroepen op de geheimhoudings-

⁵ Hierbij moet aangetekend worden dat een controlerend accountant bij werkzaamheden in het kader van de jaarrekeningcontrole niet betrokken is bij de totstandkoming of afwikkeling van individuele transacties, maar dat hij achteraf bij zijn controle bekend kan worden met deze specifieke, individuele transacties (of een samenstel van transacties). Dit in tegenstelling tot andere dienstverleners die wel bij de totstandkoming en afwikkeling van individuele transacties betrokken kunnen zijn.

bepalingen van de wet MOT, aangezien de accountant deze informatie nodig heeft voor zijn eigen werkzaamheden. Deze geheimhoudingsbepalingen gelden alleen ten aanzien van de cliënt van de bank.

Ik vraag mij af of de wet deze nuance toelaat. In de eerste plaats wordt in de wet of in de toelichting nergens iets gezegd over de mogelijkheid voor een professionele dienstverlener om eerst te onderzoeken of de betrokkene heeft gemeld. Dat een accountant wel de mogelijkheid heeft om nader onderzoek te doen, ontslaat hem er vervolgens niet van een melding achterwege te laten. Het is misschien wel een praktische oplossing, maar die dient dan wel te worden geformaliseerd.

Reikwijdte meldingsplicht

Volgens artikel 9 van de wet MOT moet een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie worden gemeld aan het MOT. Het MOT zal, indien daar aanleiding voor is, zorgdragen voor verdere doormelding aan politie en andere bevoegde autoriteiten in binnen- en buitenland. De Europese wetgever veronderstelt dat er sprake is van witwassen indien het geld afkomstig is van ‘an offence which may generate substantial proceeds and which is punishable by a severe sentence of imprisonment’⁶. Specifiek worden genoemd drugsdelicten, fraudes, corruptie⁷ en de activiteiten van criminele organisaties, waarbij het voor het onderzoeken en het melden van het vermoeden van witwassen niet uitmaakt dat de gronddelicten eventueel in een ander land plaats hebben gevonden. Uit recente uitspraken van de Rechtbank en het Hof in de Beursfraudezaak blijkt dat de rechter van mening is dat er ook bij fiscale delicten sprake is van witwassen. In gesprekken met verschillende deskundigen is ook stilgestaan bij corruptie en omkoping. Sommige deskundigen zijn van mening dat er ook bij omkoping en corruptie sprake kan zijn van witwassen. De ontvanger van de gunst (en mogelijk ook de verstrekker) plegen namelijk een delict, waarbij men in de meeste gevallen geacht wordt zich dit ook bewust te zijn. Afhankelijk van de grootte van de bevoordeling moeten hier zekere maatregelen getroffen worden om de feitelijke herkomst van de bevoordeling voor de buitenwereld af te schermen⁸. Betalingen van bepaalde commissies of bemiddelingsfees naar bankrekeningen in belastingparadijzen met een strikt bankgeheim geeft een belangrijke indicatie dat er sprake kan zijn van omkoping, corruptie of zelfs het ontduiken van wettelijke valutarestricties in bepaalde landen.

In de gevallen dat een controlerend accountant, advocaat of belastingadviseur geconfronteerd wordt met aanwijzingen van corruptie of omkoping moet worden beoordeeld of melding van deze transacties moet plaatsvinden op basis van de eerste subjectieve indicator: ‘Transacties waarbij aanleiding is om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen’.

⁶ Money laundering means the following conduct when committed intentionally:

- ‘the conversion or transfer of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity, for the purpose of concealing or disguising the illicit origin of the property or of assisting any person who is involved in the commission of such activity to evade the legal consequences of his action;
- the concealment or disguise of the true nature, source, location, disposition, movement rights with respect to, or ownership of property, knowing that such property is derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;
- the acquisition, possession or use of property, knowing, at the time of receipt, that such property was derived from criminal activity or from an act of participation in such activity;
- participation in, association to commit, attempts to commit and aiding, abetting, facilitating and counseling the commission of any of the actions mentioned in the foregoing indents.

⁷ In dit kader kan hier zowel ambtelijke omkoping als ambtelijke zelfverrijking onder worden verstaan. Ook niet-ambtelijke corruptie zal als een dergelijk strafbaar feit worden gezien.

⁸ Hiervoor hoeft slechts verwezen te worden naar de affaires van de Nigeriaanse dictator Abacha, de voormalige Filipijnse president Marcos en de voormalig militaire machthebber Noriega uit Nicaragua.

Indien hiertoe op grond van het beschikbare feitenmateriaal aanwijzingen voor bestaan, dan wordt de betrokken dienstverlener geacht deze ongebruikelijke transactie(s) aan het MOT te melden. Meer duidelijkheid op dit punt is menig dienstverlener welkom.

Ook is het wenselijk als er meer bekend wordt over het antwoord op de vraag of een meldingsplichtige instelling, ondernemer of professionele dienstverlener aansprakelijk gesteld kan worden voor het niet melden van (gesignaleerde) ongebruikelijke transacties. Dit geldt in de gevallen dat een derde door frauduleuze (ongebruikelijke) transacties financieel benadeeld wordt. Bijvoorbeeld indien een trustmaatschappij op verzoek van een cliënt een rechtspersoon opricht en een bankrekening opent, waarna over een langere periode omvangrijke bedragen worden ontvangen en weer worden doorgeboekt naar bankrekeningen van buitenlandse vennootschappen in belastingparadijzen, zonder dat daar adequate documentatie aan ten grondslag ligt. Indien na verloop van tijd blijkt dat de gelden op grond van valselijk opgemaakte bescheiden zijn overgeboekt naar de door de trustmaatschappij beheerde rechtspersoon, rijst de vraag of de trustmaatschappij deze transacties als ongebruikelijk heeft aangemerkt en gemeld aan het MOT. De terechte tegenvraag wordt ook meteen opgeworpen, namelijk of een eventuele melding van deze transacties wel geleid zouden hebben tot een vroegtijdige ontdekking van de fraude en aanhouding van de verdachten. Wie de bijdrage 'Uit onverdachte bron' van W. Faber en A.A.A. van Nunen uit deze bundel heeft gelezen, weet hierop dan al het antwoord. Naar alle waarschijnlijkheid niet, maar dat laat onverlet dat de zwaar gedupeerde ondernemer zich nog wel afvraagt of de meldingsplichtige trustmaatschappij en bank niet zelf actie hadden moeten ondernemen, indien zij op een bepaald moment tot de slotsom waren gekomen dat de transacties als 'ongebruikelijk' getypeerd konden worden. Als zij dit niet hebben gedaan, blijft de vraag overeind of zij dit wel hadden moeten doen. Nu politie en justitie minder aandacht aan fraude en witwassen besteden dan internationaal op grond van verdragen van hun verlangd wordt, is het niet vreemd dat deze vraag bij de benadeelde rijst. Zeker als de financiële gevolgen voor benadeelden van fraudes in oenschouw worden genomen.

Tot slot

Met deze bijdrage heb ik getracht een aantal belangrijke vraagstukken op tafel te leggen, ten einde de discussie over de uitleg van de anti-witwaswetgeving nadere verdieping te geven. Gelet op de internationale ontwikkelingen, de recente regelgeving en de daaruitvolgende vraagstukken waar menig instelling, onderneming en professionele dienstverlener regelmatig mee te maken (kunnen) krijgen, lijkt mij een verdere verdiepingslag zeker op zijn plaats. Vragen zijn er vooralsnog genoeg. Het wordt nu tijd voor een aantal gefundeerde antwoorden.