

ADVIES

| | |
|---------|---|
| Van | : adviescommissie strafrecht |
| Datum | : 26 augustus 2016 |
| Betreft | : preadvies implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn |

1. Samenvatting

De ACS beveelt aan om:

- het huidige, onlangs ingevoerde systeemtoezicht op de advocatuur, dat ook toezicht en handhaving van de Wwft omvat, onverkort te handhaven.
- De wetgever heeft er bewust voor gekozen het toezicht op de advocatuur zelfstandig en onafhankelijk te laten plaats vinden, met name ook onafhankelijk van de overheid. De in het wetsvoorstel genoemde mogelijkheid van de Minister om krachtens de Wwft nadere regels te stellen aan de wijze waarop de Wwft toezichthouders hun werkzaamheden uitoefenen mogen ten aanzien van het toezicht op de advocatuur dan ook niet worden toegepast en dienen te worden geschrapt.
- ervoor te zorgen dat in het toezicht en de handhaving van de Wwft in de praktijk meer plaats komt voor risk-based toezicht en handhaving en de ontwikkeling naar steeds meer rule-based toezicht te keren.

2. Het wetsvoorstel

Introductie

- 2.1 De eerste witwas richtlijn (1991) was uitsluitend gericht op financiële instellingen. Dat gold daardoor ook voor de implementatie van die eerste richtlijn: de formulering en structuur en de aard en omvang van de verplichtingen in de WID en de Wet MOT waren uitsluitend gericht op (de aard en omvang van) financiële instellingen. Die oriëntatie op financiële instellingen is ook in dit wetsvoorstel nog altijd zichtbaar. Intussen zijn echter vele andere instellingen onder de Wwft gebracht die qua aard en omvang niet met banken te vergelijken zijn. Een zeer belangrijk aantal van de belastingadviseurs, accountants, notarissen en advocaten betreft eenmanszaken of kleine en middelgrote samenwerkingscombinaties. Deze hebben doorgaans directe en vaak al langdurige contacten met hun cliënten, waardoor zij de cliënten en hun transacties per definitie al beter kennen dan een bancaire organisatie die als kern van haar dienstverlening toch vooral het betrekkelijk anoniem verlenen van betalingsdiensten kent. De kleine instellingen beschikken echter niet over de middelen om er een omvangrijk professioneel intern controle systeem op na te houden waarbij grotendeels moet worden gefunctioneerd als een soort registratiekantoor van allerlei belangrijke en minder belangrijke detail gegevens. Zij hebben daar dus ook minder tijd voor.
- 2.2 Desondanks wordt ook in dit wetsvoorstel nog steeds gekozen voor een "one size fits all" model: elk onderdeel van elke Wwft bepaling is van toepassing op de internationaal

opererende bank én op de éénpitter. Intussen is al lang duidelijk is dat een effectieve voorkoming van betrokkenheid bij witwassen veel meer gebaat is bij een "tailor made" benadering. De mogelijkheid om bij de uitoefening van toezicht en handhaving aan de grote verscheidenheid in pluimage onder de instellingen tegemoet te komen werkt in de praktijk onvoldoende. Daardoor ontstaan voor heel veel instellingen onnodig hoge administratieve en financiële lasten, onredelijke resultaten en een onnodige criminalisering.

Differentiatie noodzakelijk

- 2.3 De ACS voorziet dan ook dat onvermijdelijk is dat niet alleen in de uitvoering van de wet, maar ook in de wet zelf, enige differentiatie wordt aangebracht tussen de verschillende instellingen waar dat met het oog op een effectieve, maar ook redelijke naleving geboden is.
- 2.4 Zo'n differentiatie is naar de mening van de ACS in elk geval onvermijdelijk als het gaat om het toezicht op de naleving van de Wwft door advocaten. Ten dele voorziet het wetsvoorstel hier al in door in het voorgestelde artikel 1b, lid 1 aanhef en onder d de deken, bedoeld in artikel 45a van de Advocatenwet als uitvoerder en handhaver van de Wwft aan te wijzen voor zover het de advocaat betreft. De deken wordt daarbij aangewezen als natuurlijk persoon, niet als bestuursorgaan.

Systeemtoezicht krachtens de Advocatenwet omvat ook toezicht en handhaving van Wwft

- 2.5 Het krachtens de Advocatenwet recent ingestelde toezicht op de advocatuur omvat toezicht op al het handelen van de advocaat. De wetgever heeft er voor gekozen om het toezicht op de naleving van de Wwft door advocaten nadrukkelijk onder hetzelfde toezicht systeem te laten vallen. In dit, dus al bestaande, wettelijke toezicht systeem is het de plaatselijke deken die het toezicht uitoefent. Daarboven staat een onafhankelijk College van Toezicht dat aanwijzingen kan geven over de wijze waarop de deken het toezicht uitoefenen. Via de Advocatenwet is al gegarandeerd dat *effectief* toezicht kan worden uitgeoefend, waarmee wordt voldaan aan artikel 48 van de vierde witwas richtlijn. De deken kan effectieve maatregelen nemen en via een dekenbezwaar een zaak voorleggen aan de onafhankelijke tuchtrechter, die, onder meer, kan bepalen dat een advocaat wordt geschorst of van het tableau wordt geschrapt. In het kader van het toezicht kan de betreffende advocaat ten opzichte van de deken geen beroep doen op zijn geheimhoudingsplicht of verschoningsrecht. Het aanwijzen van een beroepsorganisatie als toezichthouder is in de vierde witwasrichtlijn voorzien in artikel 48 lid 9. Artikel 48 lid 2 benadrukt dat voor de toezichthouders hoge normen dienen te gelden "*inzake vertrouwelijkheid en gegevensbescherming*".
- 2.6 De wetgever heeft het specifieke systeem toezicht op de advocatuur, inclusief dus de naleving van de Wwft, in het leven geroepen om op die wijze de kernwaarden van de advocatuur (onafhankelijkheid, zelfstandigheid en vertrouwelijkheid) optimaal te kunnen garanderen. Juist ter waarborging van deze kernwaarden is afgezien van een wijze van toezicht van de zijde van de Minister. Daarom bepaalt de Advocatenwet dat niet de Minister, maar het College van Toezicht, de deken aanwijzingen mag geven over de wijze waarop het toezicht wordt uitgeoefend. De wetgever heeft er heel bewust voor gekozen de

eindverantwoordelijkheid voor het toezicht op advocaten bij de dekens te leggen.¹

Systeemtoezicht op advocatuur moet onafhankelijk blijven

- 2.7 In dit verband maakt de ACS zich zorgen over de voorgestelde bepaling van artikel 1b lid 6 dat de Minister de bevoegdheid geeft bij AMvB aan de bestuursorganen (de Wwft toezichthouders) "*nadere regels*" te stellen met betrekking tot "*de taakuitoefening van de ... bevoegde bestuursorganen*". De bevoegde bestuursorganen betreffen de Wwft toezichthouders, waartoe volgens het huidige voorstel ook de dekens zouden behoren. Deze mogelijkheid is in strijd met het onlangs ingevoerde onafhankelijke, krachtens de Advocatenwet, ingevoerde systeemtoezicht onder leiding van het onafhankelijke College van Toezicht. Het is ook in strijd met de vierde witwas richtlijn die het belang van toezicht op de advocatuur, dat onafhankelijk van de overheid wordt uitgeoefend, onderkent en het juist om die reden (in artikel 48 lid 9) mogelijk maakt onafhankelijk toezicht bij een zelfregulerend orgaan neer te leggen.
- 2.8 De ACS dringt er dan ook op aan om het voorstel zodanig te wijzigen dat mogelijkheden van de Minister om nadere regels te stellen aan (de wijze waarop) het toezicht plaats vindt niet van toepassing zijn op de dekens. Dit zou niet alleen moeten gelden voor de in het voorgestelde artikel 1b lid 6 genoemde mogelijkheid tot het stellen van nadere regels, maar ook voor vergelijkbare bepalingen uit het voorstel, zoals artikel 24 lid 2, 27 lid 3, 32f.

Dreiging van disproportionaliteit in de sancties die worden opgelegd

- 2.9 Een ander punt waarop het wetsvoorstel naar de mening van de ACS differentiatie behoeft betreft de maximaal mogelijke sancties. Ook hier is de oriëntatie van het wetsvoorstel op financiële instellingen voelbaar doordat één op één wordt aangesloten bij de torenhoge sancties die worden genoemd in het wetsvoorstel implementatie verordening en richtlijn marktmisbruik (wetsvoorstel MAR²). Dergelijke boeten hebben richting individuele instellingen en kleine kantoren welhaast vanzelfsprekend een disproportionele uitwerking. Bekend is natuurlijk dat in de praktijk de maximale boeten niet of nauwelijks worden opgelegd, maar het zo excessief ophogen van de maximale boete zal in de praktijk onmiskenbaar een even excessief opwaarts effect hebben op boeten in individuele gevallen. Er is niets op tegen een onderscheid te maken tussen de maximaal aan financiële instellingen op te leggen boeten en de aan andere instellingen op te leggen maxima. Voorts bepleit de ACS dat ook bij het opleggen van sancties meer aandacht wordt besteed aan de proportionaliteit en het concrete witwasrisico dat zich in de betreffende casus heeft voorgedaan.

Risk-based karakter van toezicht en handhaving op Wwft moet worden gestimuleerd

- 2.10 De ACS onderschrijft dat voorkoming van betrokkenheid van de advocatuur bij witwassen en financiering van terrorisme een belangrijke prioriteit moet hebben, maar stelt zij moet vast dat handhaving van deze wetgeving in de praktijk tot onnodige en ongewenste criminalisering kan leiden. Dit wordt (mede) veroorzaakt door het feit dat de Wwft weliswaar een risk-based karakter heeft, maar tegelijkertijd bij alle cliënten en transactie

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-2014, 32382, nr. 18, p.13

² Kamerstukken II 2015/16, 34455

verplicht om een fors aantal detail gegevens na te gaan en vast te leggen. Het ontbreken van één enkel gegeven levert strikt genomen een overtreding op, ook in die gevallen waarin de instelling, ondanks het ontbreken van dat éne gegeven, een uitstekend beeld van het witwas risico van de cliënt en de transactie heeft en in dat opzicht dus volledig voldoet aan doel en strekking van de Europese richtlijn en de wet.

- 2.11 Om een voorbeeld te noemen: het enkele feit dat een instelling niet beschikt over het feitelijke woonadres van een UBO (maar wel diens naam weet en weet in welk land de UBO woont) neemt niet weg dat de betrokken instelling vanuit anti-witwas perspectief een uitstekend beeld kan hebben van de betreffende cliënt, de UBO, de groepsstructuur, de activiteiten van de cliënt en de transactie, waardoor de instelling heel goed kan bepalen of de betreffende transactie al dan niet wordt misbruikt voor witwas doeleinden. In een dergelijk geval wordt volledig voldaan aan doel en strekking van de richtlijn en de wet. In de praktijk loopt de instelling een forse kans door de toezichthouder ten minste vermanend te worden toegesproken en/of door de handhaver te worden beboet of vervolgd.

Een ander voorbeeld: een accountant ontmoet een nieuwe cliënt voor de eerste maal in persoon. De accountant vraagt ernaar, maar op dat moment heeft de cliënt geen identiteitsdocument bij zich. Twee dagen later ontvangt de accountant een kleurenkopie van het paspoort van de nieuwe cliënt en bewaart dat in het dossier. Het witwas risico van de betreffende cliënt en zijn transacties blijkt laag te zijn. De accountant krijgt toch een boete opgelegd omdat hij heeft verzuimd in aanwezigheid van de cliënt een kopie van het origineel van diens paspoort te maken en die kopie in het dossier te bewaren.

Een dergelijk meer rule-based georiënteerd toezicht wordt door de betreffende toezichthouder als effectief ervaren, maar is dat niet omdat het de instellingen niet stimuleert om veel aandacht te besteden aan echte risicovolle transacties (een echte risk-based benadering).

In het voorgestelde artikel 1b lid 6 wordt - terecht - bepaald dat de toezichthouders hun taak uitoefenen op een risico gebaseerde en effectieve wijze. De ACS ervaart echter dat de toezichthouders en handhavers in de praktijk het risk-based karakter van de taakuitoefening te vaak vervangen door een meer rule-based oriëntatie.

- 2.12 De ACS heeft de indruk dat op dit punt belangrijke stappen gezet zouden kunnen worden, maar hoort graag van de Minister of deze het hiermee eens is en op welke wijze die risk-based benadering van het toezicht, die door de witwas richtlijn wordt voorgeschreven, in de dagelijkse praktijk meer kan worden gestimuleerd. Op z'n minst lijkt hier het vooraf raadplegen van de betreffende beroepsgroepen noodzakelijk.

Advocaten in loondienst

- 2.13 Volgens de toelichting (p. 21) zijn de verplichtingen van de Wwft niet van toepassing op beroepsbeoefenaars in loondienst. Dit creëert een onderscheid tussen partners/compagnons, eenmanskantoren en kostenmaatschappen enerzijds en advocaten die in dienst van een advocatenkantoor, een advocatenmaatschap of een individuele advocaat zijn. Ook hier geldt weer dat een risk-based differentiatie van belang is: van een éénpitter kan en mag niet eenzelfde interne compliance organisatie worden verwacht als van een groot kantoor met medewerkers die zich specifiek met compliance bezig houden.

- 2.14 Artikel 2a lid 2 schrijft alle instellingen voor adequate maatregelen te treffen tegen risico's die kunnen ontstaan door het gebruik van nieuwe technologieën. Het zou goed zijn als in de toelichting zou worden benadrukt dat de vereiste aard en omvang van dergelijke maatregelen uiteraard moet worden beoordeeld aan de hand van de aard en omvang van de betreffende instelling. Van een groot kantoor mag in dit opzicht (veel) meer worden verwacht dan van een éénpitter of een kostenmaatschap.

Vrijstelling voor advocaten

- 2.15 Vanwege het belang van waarborging van de kernwaarden waarmee de advocaat zijn werk uitvoert, vooral de vertrouwelijke communicatie met zijn cliënt wordt in dit opzicht als een grondrecht beschouwd, schrijft de vierde witwas richtlijn, in navolging van haar voorgangers, voor dat de lidstaten de meldingsverplichtingen niet toepassen op advocaten voor zover het gaat om *"inlichtingen die zij van een van hun cliënten ontvangen, of over een van hun cliënten verkrijgen, tijdens het bepalen van de rechtspositie van hun cliënt of bij het verrichten van hun taak van verdediging of vertegenwoordiging van die cliënt in het kader van of in verband met een rechtsgeding, daaronder begrepen advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of die inlichtingen vóór, gedurende of na een dergelijk geding worden ontvangen of verkregen."*
- 2.16 Dit voorschrift wordt ook in het wetsvoorstel overgenomen. Omdat daarover in de praktijk nog wel eens onduidelijkheid heerst wijst de ACS er op dat volgens de totstandkomingsgeschiedenis van de tweede, derde en vierde witwas richtlijn onder "bepaling van de rechtspositie" ook het aan de cliënt gegeven juridisch advies valt.

"op risico gebaseerde en adequate maatregelen"

De toelichting (p. 28) meldt dat ervoor is gekozen in het wetsvoorstel *"op risico gebaseerde en adequate maatregelen"* steeds te wijzigen in "redelijke maatregelen" omdat de richtlijn geen ruimte meer zou laten voor eerstgenoemde formulering. Dit laatste ontgaat de ACS. Uit de toelichting volgt dat het niet de bedoeling is dat de intensiteit van de maatregelen wijzigt want deze is immers nog altijd afhankelijk van het betreffende risico (risk-based). Door vervanging van de betreffende formule beoogt de Minister, aldus de toelichting, duidelijk te maken dat de instelling *"een redelijke inspanning"* moet verrichten om de identiteit van de UBO te verifiëren. DE ACS begrijpt hieruit dat niet elke mogelijke inspanning wordt verlangd, maar een - gelet op de omstandigheden - redelijke. In dat geval lijkt er niets op tegen om de formule te handhaven maar daaraan de woorden "met een redelijke inspanning" aan te laten voorafgaan.