

Advies
van de
Adviescommissie Strafrecht
inzake

Het consultatiewetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012 deel II)

Inleiding

Aan de Adviescommissie Strafrecht is het consultatiewetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012 deel II) ter advisering voorgelegd. De Adviescommissie zal hieronder reageren op het onderdeel van het voorstel dat betrekking heeft op wijzigingen in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).

Op uitnodiging van de Minister, zoals verwoord in zijn aankondiging van dit consultatiewetsvoorstel, zal de Adviescommissie eveneens enige opmerkingen maken over het toezicht op advocaten.

Wwft-wijzigingen

De voorgestelde wijzigingen in de Wwft zijn vooral technisch en niet inhoudelijk van aard, zo suggereert althans het concept van de Memorie van Toelichting:

*"Na inwerkingtreding is gebleken dat de Wwft op een aantal ondergeschikte punten verbeterd zou kunnen worden teneinde het toezicht effectiever te maken en de tekst eenduidiger te maken voor diegenen die in de dagelijkse praktijk met de wet van doen hebben."*¹

Ook elders in de Memorie van Toelichting wordt de suggestie gewekt dat het wetsvoorstel slechts dient om inhoudelijke onduidelijkheden te verbeteren:

"Voorgesteld wordt om de definitie van transactie te wijzigen om beter tot uitdrukking te brengen wanneer een instelling dient te melden. Een ongebruikelijke transactie kan plaatsvinden tussen de instelling en de cliënt maar ook tussen de cliënt en derden, of zonder dat de cliënt partij is. Uit recente jurisprudentie blijkt van onduidelijkheid in de praktijk over in hoeverre een meldingsplicht bestaat voor bijvoorbeeld een notaris, die in zijn dienstverlening

¹ MvT, p. 12.

*kennisneemt van een eerdere transactie waarbij hij niet betrokken is geweest en constateert dat de eerdere transactie kwalificeert als ongebruikelijk of een ongebruikelijk element kent. Een ander voorbeeld uit de praktijk is de belastingadviseur die in opdracht van zijn cliënt in het kader van een bedrijfsovername een boekenonderzoek uitvoert bij een over te nemen vennootschap (targetvennootschap) en daarbij een ongebruikelijke transactie van de targetvennootschap (dus: van een derde) constateert. In dit voorbeeld ontbreekt het rechtstreekse verband tussen de ongebruikelijke transactie en de dienstverlening van de instelling."*²

Anders dan het citaat suggereert, is de huidige Wwft ten aanzien van de vraag of er een verband moet bestaan tussen de ongebruikelijke transactie en de dienst die van de betreffende dienstverlener (belastingadviseur, accountant, (kandidaat-) notaris, advocaat) volstrekt duidelijk: zo'n verband moet er zijn. Dit is op heldere wijze bevestigd door recente jurisprudentie waarnaar de concept Memorie van Toelichting verwijst.³ Ook de Derde Europese Witwasrichtlijn, die in de huidige Wwft is geïmplementeerd, veronderstelt zo'n verband.

De huidige regeling is niet onduidelijk, maar kennelijk vindt de Minister dat de huidige reikwijdte van de meldingsplicht niet ver genoeg gaat. Het is dan minst genomen opmerkelijk te noemen dat niet klip en klaar wordt aangekondigd dat de reikwijdte van de meldingsplicht van de Wwft aanzienlijk wordt uitgebreid.

Het consultatiewetsvoorstel lijkt hierbij geheel voorbij te gaan aan het feit dat met deze uitbreiding het karakter van de EU Witwasrichtlijn en van de Wwft principieel wordt gewijzigd van een maatregel die bedoeld is om de betrokkenheid van de instellingen (waaronder de advocatuur) bij criminaliteit te voorkomen naar een maatregel welke diezelfde instellingen puur een verlengstuk van justitie maken.

Het consultatiewetsvoorstel gaat er voorts aan voorbij dat door deze uitbreiding het verschoningsrecht van advocaten wordt uitgehold. De meldingsplicht voor advocaten beperkt zich na inwerkingtreding van onderhavig consultatiewetsvoorstel immers niet meer tot die gevallen waarin sprake zou kunnen zijn van misbruik van dat verschoningsrecht door de cliënt. Ook in gevallen waarin geen sprake is van misbruik van het verschoningsrecht, zelfs ingeval van transacties waaraan ook de cliënt part noch deel heeft, zou in de toekomst moeten worden gemeld. Aan een dergelijk ruime meldingsplicht voor advocaten ontbreekt de rechtvaardigingsgrond van het misbruik.

Gelet op het principiële belang wordt één en ander hieronder nader toegelicht.

Ratio en reikwijdte 3^e EU Witwasrichtlijn met betrekking tot advocatuur

In 2001 werd een beperkt aantal advocatuurlijke diensten onder het bereik van de Tweede Europese Witwasrichtlijn gebracht. Daaraan ging een uitvoerige discussie vooraf. Die

² Concept MvT, pp. 19-20.

³ CvBB 23 november 2009, AB 2010, 117.

discussie ontstond niet omdat de advocatuur tegen het voorkomen en bestrijden van witwassen zou zijn. Het tegendeel is het geval. De discussie ontstond echter omdat de in de Witwasrichtlijn genoemde meldingsplicht met zich zou brengen dat de advocaat informatie van of over zijn cliënt, welke informatie hij in zijn hoedanigheid van advocaat heeft verkregen, zou moeten doorgeven aan de autoriteiten. Daarmee werd, en wordt, een principiële inbreuk gemaakt op de klassieke geheimhoudingsplicht en op het daarmee corresponderende verschoningsrecht van de advocaat. Het Europese Parlement en de Raad hebben uiteindelijk geaccepteerd dat zo'n inbreuk op de geheimhoudingsplicht in een beperkt aantal gevallen gerechtvaardigd zou zijn, namelijk in die gevallen waarin sprake zou zijn van misbruik van het verschoningsrecht. In de overwegingen 19 en 20 van de huidige (Derde) EU Witwasrichtlijn wordt dit als volgt tot uitdrukking gebracht:

"(19) ...

Deze onafhankelijke beoefenaren van juridische beroepen, zoals gedefinieerd door de lidstaten, vallen onder de bepalingen van de richtlijn wanneer zij deelnemen aan financiële of zakelijke transacties, met inbegrip van het verstrekken van belastingadvies, waarbij er groot gevaar bestaat dat de diensten van deze beroepsbeoefenaren worden misbruikt om de opbrengsten van criminele activiteiten wit te wassen of terrorisme te financieren.

...

(20) ...

Juridisch advies dient bijgevolg aan de beroepsgeheimhoudingsplicht onderworpen te blijven, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten of activiteiten voor financiering van terrorisme, het juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financieren van terrorisme wordt verstrekt, of de advocaat weet dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme." (onderstrepingen toegevoegd)⁴

Doel van de uitbreiding van de witwasrichtlijn naar, onder andere, de advocatuur was derhalve om betrokkenheid van de advocatuur bij witwassen, en andere misdrijven, zoveel mogelijk te voorkomen. Doel was niet om de advocaat zoveel mogelijk informatie over allerlei ongebruikelijke transacties buiten de vertrouwelijke relatie met zijn cliënt te brengen door te verplichten deze aan de autoriteiten door te geven. Toch zou dit het resultaat zijn indien het consultatiewetsvoorstel wordt gehandhaafd.

Het vereiste verband tussen de eventueel te melden transactie en de verrichte dienst vloeit logisch voort uit het uitgangspunt dat betrokkenheid van de advocaat bij witwassen moet worden voorkomen. Van zo'n betrokkenheid is immers per definitie geen sprake indien de ongebruikelijke transactie al is verricht of door anderen dan de cliënt is verricht. De verplichte melding, en daarmee de verplichte doorbreking van de geheimhoudingsplicht, werden derhalve uitsluitend geaccepteerd in gevallen waarin de dienst van de advocaat werd gebruikt (misbruikt) voor witwasdoeleinden. Alleen onder die omstandigheden acht(te) het Europees Parlement inbreuk op het verschoningsrecht gerechtvaardigd. Misbruik van het verschoningsrecht mag ook volgens de advocatuur nimmer getolereerd worden. Daarvoor is het verschoningsrecht een te belangrijk rechtstatelijk privilege.

⁴ Richtlijn 2005/60/EEG van het Europese Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel van geld en het financieren van terrorisme; L 309/15.

Het loslaten van de link tussen de te melden transactie en de dienst, zoals beoogd in het voorgelegde wetsvoorstel, betekent echter dat ook transacties gemeld zouden moeten worden welke met de door de cliënt van de advocaat gevraagde dienst niets te maken hebben. Alle (voorgenomen) transacties waarover de cliënt spreekt, of waarvan de advocaat in de zaak van zijn cliënt via derden kennis krijgt, zouden nu gemeld moeten worden. Gevolg hiervan is dat de geheimhoudingsplicht in feite wordt uitgehold: de cliënt kan bij zijn advocaat niet meer vrijuit spreken zonder bevreesd te hoeven zijn dat die informatie door de advocaat aan de autoriteiten moet worden verstrekt. Sterker nog: na aanvaarding van dit wetsvoorstel weet de cliënt, die zelf niet beoogt de diensten van zijn advocaat voor witwassen te gebruiken, maar die over andere transactie vertelt, zeker dat hij dit niet meer in vertrouwen met zijn advocaat kan delen.

Deze uitbreiding van het aantal te melden transacties geldt voor alle instellingen die onder de Wwft vallen. Het karakter van de meldingsplicht verandert voor alle instellingen van het melden van een (voorgenomen) transactie waarbij de dienstverlener (bank, belastingadviseur, accountant, (kandidaat-)notaris, advocaat) betrokken is naar het verstrekken van informatie over allerlei (voorgenomen) ongebruikelijke transacties van wie dan ook. Dat is een ingrijpende wijziging te noemen.

Onafhankelijkheid en vertrouwelijkheid vormen fundament van de rechtspleging

De impact hiervan voor de vertrouwelijkheid van de advocaat-cliënt relatie is eveneens ingrijpend. Een melding van een ongebruikelijke transactie waarbij de advocaat betrokken is of dreigt te worden, is nog te rechtvaardigen: zo'n transactie komt neer op (dreigend) misbruik van het verschoningsrecht. En misbruik moet worden voorkomen. De rechtvaardiging voor het verplicht melden van allerlei andere transacties ontbreekt ten enenmale. Niet alleen overige Wwft-instellingen, maar ook de advocaat wordt hierdoor niets minder dan een verlengstuk van justitie.

Daarmee wordt de kern van het verschoningsrecht volkomen genegeerd: de advocaat kan de vertrouwelijkheid van tussen zijn cliënt en hem uitgewisselde informatie niet meer garanderen. Die informatie is vogelvrij.

Dit klemmt temeer nu het bij de bescherming van de advocatuurlijke vertrouwelijkheid met name gaat om bescherming van die vertrouwelijkheid en de onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid. De vertrouwelijkheid in de verhouding tussen advocaat en cliënt is een belangrijk fundament van de rechtspleging.

Anders dan bijvoorbeeld notarissen zijn advocaten uitdrukkelijk geen publieke functionarissen, maar belangenbehartiger van de rechtzoekende. Mede in het licht van onder meer artikel 6 EVRM geldt in het geval van advocaten bovendien dat een zwaarder gewicht moet worden toegekend aan de onafhankelijkheid en de vertrouwelijkheid waarmee zij ten

opzichte van een cliënt ter voorbereiding van diens juridische positie moeten kunnen opereren.⁵

Uitbreiding van het transactiebegrip zoals voorgesteld, zou dit fundament van vertrouwelijkheid wegslaan.

De Europese witwasrichtlijnen beogen nadrukkelijk de beroepsgeheimhoudingsplicht van de advocaat zoveel mogelijk in stand te houden en daarop alleen een uitzondering te maken wanneer er een directe betrokkenheid van de advocatuurlijke dienst bij witwassen is of dreigt en er dus misbruik van het verschoningsrecht dreigt. Het consultatiewetsvoorstel gaat dan ook te ver en gooit het spreekwoordelijke kind (verschoningsrecht) met het badwater weg.

Nederland meldt al ruimer dan de richtlijn verplicht en dan in andere landen het geval is

De voorgestelde uitbreiding van het transactie begrip is des te zorgelijker indien men bedenkt dat Nederland de EU Witwasrichtlijnen op een aantal punten al vergaander heeft geïmplementeerd dan in de ons omringende landen is gebeurd. De volgende voorbeelden kunnen worden genoemd.

In overweging 20 van de derde EU Witwasrichtlijn wordt duidelijk gemaakt dat het niet de bedoeling is om de advocatuur een meldplicht op te leggen indien zij juridisch advies verstrekt:

"(20) Wanneer onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen die juridisch advies verstrekken, zoals advocaten, de rechtspositie van een cliënt bepalen of een cliënt rechten vertegenwoordigen, is het evenwel niet aangewezen om deze beroepsbeoefenaren voor deze activiteiten krachtens deze richtlijn een verplichting op te leggen vermoedens van witwassen of van financiering van terrorisme te melden. Zo moeten er vrijstellingen zijn van elke verplichting om informatie te melden die is verkregen vóór, tijdens of na een gerechtelijke procedure, of bij het bepalen van een rechtspositie van een cliënt. Juridisch advies dient bij gevolg aan de beroepsgeheimhoudingsplicht onderworpen te blijven, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten of activiteiten van financiering van terrorisme, het juridisch advies voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme wordt verstrekt, of de advocaat wet dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden of voor financiering van terrorisme." (onderstrepingen toegevoegd).

Uit de totstandkominggeschiedenis van de (tweede) witwasrichtlijn blijkt dat met "ascertaining a cliënt's position" het juridisch advies wordt bedoeld. Dit blijkt ook uit de context van bovengenoemde overweging.

Niettemin heeft de Nederlandse wetgever het begrip "bepalen van de rechtspositie van een cliënt" drastisch teruggebracht tot slechts het "verkennende gesprek": Alleen het eerste

⁵ Aldus ook de Minister van Justitie in zijn brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 5 maart 2010 (5642629/10/6).

gesprek met de cliënt is in de ogen van de minister geheel vrijgesteld, zo blijkt uit de Nota van Toelichting op het Besluit aanwijzing instellingen en diensten⁶:

"De zinsnede "bepaling van de rechtspositie van een cliënt" dient – hoewel restrictief – tegen de achtergrond van de bestaande geheimhoudingsbepalingen voor de advocaat (...) als volgt te worden uitgelegd: Er moet gelegenheid worden geboden om vast te stellen welke dienstverlening van een ... advocaat ... wordt verlangd. Voor de advocaat ... is zulks van belang om te bepalen of de van hem verlangde dienst nu wel of niet in verband met enig rechtsgeding wordt verzocht. (...)

Teneinde adequaat te kunnen vaststellen om welke dienstverlening het gaat, is ... een verkennend gesprek met de cliënt noodzakelijk dat onder alle omstandigheden in vertrouwelijkheid plaatsvindt. Aldus wordt gewaarborgd dat elke cliënt onbezwaard alle informatie naar voren kan brengen die van belang is om te oordelen of rechtshulp in verband met enig rechtsgeding wordt verzocht dan wel diensten worden verlangd die al dan niet binnen de werkingssfeer van de Wet Identificatie bij Dienstverlening en de Wet MOT vallen. Dit initiële gesprek zal voldoende zijn om inzicht te krijgen in de beweegredenen van de cliënt"

Deze zeer beperkte uitleg, waarvan volstrekt onduidelijk is waarop deze kan worden gebaseerd, is terecht bekritiseerd,⁷ maar wordt intussen door de toezichthouder wel toegepast.

Een vergelijkbare beperking van het begrip "bepaling van de rechtspositie" bij onze zuiderburen vond in de ogen van het Belgische grondwettelijke hof geen genade. Onder verwijzing naar overweging 17 en artikel 6 lid 3 van de 2^e Witwasrichtlijn⁸ concludeert dat grondwettelijke hof:

"B.9.6: Uit hetgeen voorafgaat, vloeit voort dat de gegevens die de advocaat verneemt tijdens de uitoefening van de wezenlijke activiteiten van zijn beroep, ook in de materies die zijn opgesomd in het voormelde artikel 2ter, namelijk het bijstaan en het verdedigen in rechte van de cliënt, en het juridisch advies, zelfs buiten elk rechtsgeding, door het beroepsgeheim gedekt blijven en niet ter kennis kunnen worden gebracht van de overheden.

*Alleen wanneer de advocaat een activiteit uitoefent, in één van de materies die zijn opgesomd in artikel 2ter, buiten zijn specifieke opdracht van verdediging of vertegenwoordiging in rechte en van het verlenen van juridisch advies, kan hij worden onderworpen aan de verplichting om de gegevens waarvan hij kennis heeft aan de overheden mee te delen."*⁹

⁶ 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 (Stbl. 2003, 94), pp. 17-18.

⁷ Door Mr. J.L.R.A. Huydecoper (AG bij de Hoge Raad) in zijn artikel "Klikspaan, boterspaan; oftewel: Het beroepsgeheim en de meldplicht", *Ondernemingsrecht* 2003-14, pp. 516-517.

⁸ Corresponderend met overweging 20 en artikel 23 lid 2 van de huidige, derde witwasrichtlijn.

⁹ Grondwettelijk Hof van België d.d. 23 januari 2008, arrest nr. 10/2008, pp. 22-23. Zie ook overwegingen 6.9.3 - 6.9.5.

Gevolg hiervan is dat een Belgische advocaat niet hoeft te melden indien hij juridisch advies uitbrengt, tenzij sprake is van participatie van die juridische adviseur in witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden wordt verstrekt of de advocaat weet dat zijn cliënt juridisch advies voor witwasdoeleinden wenst.

"Ongebruikelijke" transactie versus "verdachte" transactie

In Nederland moet een transactie al gemeld worden als deze "ongebruikelijk" is. In andere EU-landen hoeft eerst gemeld te worden indien de transactie "verdacht" is. Ook de EU Witwasrichtlijn spreekt over een "verdachte" transactie. De Nederlandse subjectieve indicator geeft aan dat een transactie "ongebruikelijk" is indien de instelling *"aanleiding heeft om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen"*.

Gelet op deze ruime definitie worden er heel wat transacties gemeld die ongebruikelijk, maar niet verdacht zijn. Dergelijke meldingen dragen niet bij aan het bestrijden van witwassen: zij zullen door de FIU niet aan het OM gemeld worden. De meldingen van niet-verdachte, ongebruikelijke meldingen zijn nutteloos, maar leggen intussen wel een groot beslag op de capaciteit van de FIU en vormen een hoge administratieve last voor de meldingsplichtige instellingen.

De reden voor de Nederlandse wetgever om de meldingsplicht al van toepassing te laten zijn op ongebruikelijke transacties was de veronderstelling dat instellingen zelf niet over de kennis beschikten om te bepalen of een transactie al dan niet verdacht is.

Die reden is inmiddels achterhaald nu de Derde EU Witwasrichtlijn en de Wwft de instellingen voorschrijven om de medewerkers die met deze transacties in aanraking komen een verplichte training in het herkennen van witwassen en de werking van de Wwft te geven. Voorts worden op tal van websites witwastypologieën en/of risicoaandachtspunten en/of red flags aangegeven.

Instellingen als banken, accountants, (kandidaat-)notarissen en zeker advocaten zijn heel goed in staat te bepalen of een (voorgenomen) transactie werkelijk een verdachte transactie is.

Een efficiënte bestrijding van witwassen is meer gebaat bij toegespitste meldingen van een kwalitatief hoog niveau dan bij een voortdurende uitbreiding van de reikwijdte van de Wwft waarvan het gevolg slechts is een zeer omvangrijke administratieve last voor de instellingen en een vervuiling van de FIU-kanalen.

Als laatste voorbeeld wordt genoemd dat typische activiteiten die niets met witwassen te maken hebben, maar - in tegendeel - juist beogen betrokkenheid van bedrijven bij criminaliteit te voorkomen, zoals forensisch accountantsonderzoek, in de ogen van de Minister toch meldingsplichten opleveren.

De conclusie van de Adviescommissie is dan ook dat de beoogde uitbreiding van het begrip "transactie"

- niet richtlijn conform is;
- afwijkt van de toepassing in andere EU-landen en daardoor ongelijkheid creëert;
- een zwaarwegend rechtstatelijk beginsel als het verschoningsrecht onnodig uitholt;
- zal leiden tot aantasting van de onafhankelijkheid van de advocaat;
- niet zal leiden tot het op effectieve wijze voorkomen van betrokkenheid van de instellingen bij witwassen of andere vormen van criminaliteit;
- wel zal leiden tot een grote hoeveelheid nutteloze meldingen;
- wel zal leiden tot een aanzienlijke verzwaring van de administratieve last van de instellingen.

De Adviescommissie stelt dan ook voor dit onderdeel van de beoogde wijziging te schrappen.

Om dezelfde genoemde redenen dient de voorgestelde wijziging van artikel 16 Wwft te worden geschrapt.

Bovendien wordt in onderdeel c van lid 1 van artikel 16 een element toegevoegd dat op zichzelf nog verder gaat dan de nieuwe definitie van "transactie". Artikel 16 lid 1 onder c zou namelijk als volgt komen te luiden:

"1. Een instelling of bijzondere melder meldt:

...

c. een feit dat duidt op een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie"

Dit impliceert dat niet alleen een (voorgenomen) transactie (in de brede betekenis van de nieuwe definitie) zou moeten worden gemeld, maar ook *"een feit dat [daarop] duidt"*. Over hetgeen hieronder moet worden verstaan wordt in de toelichting niets gezegd, maar men vraagt zich zo langzamerhand af wat er van de feiten die een cliënt zijn advocaat meldt *niet* gemeld behoeft te worden.

Bijzondere melder

Middels het te introduceren fenomeen van de bijzondere melder (voor wie niet de cliëntenonderzoek verplichtingen gelden, maar wel de meldingsplicht) krijgt de minister nog een mogelijkheid het aantal meldingsplichtigen te verhogen. Nu worden de faillissementscurator en de taxateur van registergoederen als zodanig aangewezen. Via een AMvB kunnen andere personen worden aangewezen. Dat kan zinvol zijn, maar een bijzondere melder moet ook elk van de in artikel 33 Wwft genoemde cliëntenonderzoek gegevens bewaren (ingevolge artikel 33 lid 2 nieuw). Dit impliceert dat hij achteraf de nodige inspanningen zou moeten verrichten om alsnog die gegevens te achterhalen. Gelet op de uitbreiding van het transactie-begrip en de toevoeging van onderdeel c aan artikel 16 lid 1 Wwft dient men zich ook hier de vraag te stellen: levert zo'n uitgebreide administratieve last werkelijk zinvolle informatie op? Wellicht kan beter energie gestoken worden in het beter faciliteren van het doen van aangiften van strafbare feiten door een curator. Ingeval de curator serieuze strafbare feiten dan wel strafbare feiten op serieuze schaal vermoedt heeft

de boedel al een belang bij het doen van nader onderzoek en dus bij het verzamelen van zoveel mogelijk gegevens. Moet die plicht dan ook in alle overige gevallen op alle curatoren worden gelegd?

De geïntroduceerde cliënt: onnodige beperking

In het huidige artikel 9 Wwft wordt geregeld dat de instelling (waaronder de advocaat) bij wie door een andere (EU-) instelling een cliënt wordt geïntroduceerd met betrekking tot die cliënt niet nogmaals een cliëntenonderzoek hoeft te doen indien de introducerende instelling hem meldt dat zo'n cliëntenonderzoek reeds is verricht. De regel voorkomt onnodige, want dubbele, onderzoeken naar dezelfde cliënt en is bovendien praktisch doordat kopieën van de betreffende cliëntgegevens niet in handen van de instelling behoeven te zijn vóórdat deze zijn werkzaamheden mag aanvangen.

Dit laatste praktische voordeel wordt door de beoogde wijziging van artikel 5 en 9 teniet gedaan doordat nu wel verplicht wordt om de gegevens eerst van de introducerende instelling te hebben ontvangen alvorens een zakelijke relatie met de cliënt te kunnen aangaan. Deze nieuwe regel zou ook in strijd zijn met artikel 4 lid 2 Wwft (dat niet wordt gewijzigd), waarin wordt bepaald dat al een zakelijke relatie mag worden aangegaan indien het cliëntenonderzoek nog niet volledig is afgerond, mits afronding "*zo spoedig mogelijk na het eerste contact met de cliënt*" alsnog plaats vindt.

Er is geen goede reden te bedenken waarom een instelling niet al een zakelijke relatie mag aangaan ingeval vast staat (door een dienovereenkomstige mededeling van de introducerende instelling) dat door die introducerende instelling al een cliëntenonderzoek is afgerond.

Dit onderdeel van de voorgestelde wijziging zou dan ook zonder meer geschrapt kunnen worden.

Toezicht op de advocatuur

In de aankondiging van de consultatie van onderhavig wetsvoorstel wordt gemeld dat het Ministerie van Financiën in het najaar van 2010 ook zal gaan kijken naar het toezicht op advocaten. Het volgende wordt aangekondigd:

"Naar verwachting zal begin dit najaar de kabinetsreactie worden uitgebracht op het evaluatierapport met betrekking tot de tuchtrechtelijke handhaving van de Wwft, waaronder het Wwft-toezicht op de advocatuur en het notariaat, dat eerder aan de Tweede Kamer is toegezonden. Bij die gelegenheid zal nader worden ingegaan op mogelijke maatregelen die kunnen bijdragen aan de effectiviteit van de Wwft-toezicht op deze beroepsgroepen.

Door de getrapte toepassing van de geheimhoudingsbepaling als verwoord in artikel 5:20, tweede lid van de Algemene Wet Bestuursrecht en de procesvrijstelling als verwoord in artikel 1, tweede lid van de Wwft kan met name het toezicht op de advocatuur in de praktijk moeilijk

geëffectueerd worden. Overwogen wordt dit probleem te adresseren door wettelijke maatregelen binnen of buiten de Wwft Wij hebben belangstelling voor uw visie ter zake; u kunt deze opnemen in uw consultatiereactie."

De Adviescommissie beveelt allereerst met klem aan dat met betrekking tot het toezicht op de advocatuur, het Wwft-toezicht daaronder begrepen, een uitgebreide gedachtewisseling zal plaatsvinden tussen de Orde en de betrokken ministeries. Het enkele adresseren van het voornemen in deze consultatieronde is, gelet op de op het spel staande belangen, te karig.¹⁰

Voorts rijst de vraag waarom onderhavig wijzigingsvoorstel separaat wordt behandeld van het voorstel dat mogelijk in het kader van de discussie rond het toezicht op de advocatuur op betrekkelijk korte termijn nog zal plaatsvinden nu, zoals hierboven uiteengezet, het voorgelegde voorstel tot wijziging van de Wwft ingrijpende gevolgen zal hebben voor het verschoningsrecht van de advocaat. Gelet op de verbinding tussen beide onderwerpen ligt het voor de hand een en ander gezamenlijk te behandelen. De Adviescommissie beveelt dan ook aan om het op de Wwft van toepassing zijnde onderdeel van onderhavig wetsvoorstel daaruit te verwijderen, althans de advocatuur daarvan uit te zonderen, en in een later stadium aan de orde te laten komen, zodat de kwaliteit en afstemming beter zullen zijn gewaarborgd.

Naar de mening van de Adviescommissie is de zorg van de Minister over betrokkenheid van de advocatuur bij criminaliteit begrijpelijk, maar onnodig. Daarvoor zijn de volgende argumenten aan te voeren.

Onjuiste beeldvorming

De beeldvorming als zou de advocatuur zich gemakkelijk laten verleiden tot misbruik van haar diensten ten behoeve van criminaliteit is even hardnekkig als onjuist. Weliswaar hebben zich dergelijke gevallen in de praktijk voorgedaan, maar dit waren incidenten die in elke beroepsgroep voorkomen (de politie niet uitgezonderd). Tegen dergelijke incidenten kan en moet hard worden opgetreden, omdat zij de rechtstatelijke positie van de advocatuur slechts bedreigen. Tot op heden is echter geen onderzoek bekend, waaruit zou blijken dat het verschoningsrecht van de advocatuur op grote schaal zou worden misbruikt.

Van haar zijde heeft de Orde steeds geprobeerd bij te dragen aan maatregelen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocatuur bij criminaliteit. Al in de beginjaren negentig werd daartoe een speciale commissie in het leven geroepen (de Commissie-Bruyninckx), die in 1995 de Bruyninckx-richtlijnen introduceerde. Hierin worden o.a. het "Ken uw (achterliggende) cliënt"-principe en de onderzoeksplicht naar de achtergrond van de cliënt vastgelegd.¹¹ Deze beginselen zijn sindsdien vast onderdeel van de gedragsregels van

¹⁰ Een uitvoerig commentaar op, bijvoorbeeld, het consultatievoorstel Aanpassing van de Advocatuur, de Wet op de rechtsbijstand en de Wet in burgerlijke zaken in verband met de positie van de advocatuur in de rechtsorde voert in het kader van de taakstelling van de Adviescommissie Strafrecht te ver.

¹¹ Inmiddels zijn de Bruyninckx richtlijnen opgenomen in de Verordening op de administratie en financiële

de advocaat. De kern van de huidige Wwft betreft eveneens het "ken uw cliënt" principe. In die zin was de Orde haar tijd vooruit.

Orde controleert naleving Wwft

Vanaf 2003, het jaar waarin de anti-witwaswetgeving¹² ook op de advocatuur van toepassing werd, heeft de Orde opnieuw haar verantwoordelijkheid genomen door de naleving van de WID, de Wet MOT en (thans) de Wwft zelf ter hand te nemen en daarvan (geanonimiseerd) verslag te doen aan het BFT. Eigen auditors werden opgeleid die steekproefsgewijs inzage kregen in de dossiers. Bij geconstateerde belangrijke gebreken werd binnen drie maanden een hercontrole uitgevoerd. De rangorde van gebreken werd in overleg met de toezichthouder, het Bureau Financieel Toezicht (BFT), opgesteld.

Het probleem van de doorbreking van het verschoningsrecht doet zich binnen zo'n controle binnen de eigen beroepsgroep niet voor. De auditors hebben een van de deken afgeleid verschoningsrecht. De Dekens kan maatregelen nemen indien hem blijkt dat de naleving van de Wwft gebreken vertoont. Herstelt de betrokken advocaat het gebrek dan nog niet tijdig, dan kan de Dekens een klacht indienen bij de tuchtrechter. Overigens kan ook het BFT een klacht indienen bij de tuchtrechter indien het meent dat een advocaat de Wwft niet naleeft.

De afgelopen jaren heeft de Orde in toenemende aandacht besteed aan het feit dat de Dekens daadwerkelijk moeten optreden ingeval zij gebreken bij de naleving van de Wwft constateren. Voorts is het toezicht op de derderekening verscherpt. De Minister van Justitie heeft de laatste jaren in verschillende debatten met de Kamer deze actieve rol van de Orde onderkend¹³ en geoordeeld dat om die reden en vanwege de bijzondere positie van het verschoningsrecht in de rechtsorde beperkingen daarop nodig noch mogelijk zijn.¹⁴

Zelfcontrole kent drie grote voordelen. Allereerst worden door zelfcontrole veel meer advocatendossiers op de naleving van de Wwft gecontroleerd dan door systematische controle door de toezichthouder (het Bft) bereikt kan worden. De aan het Bft beschikbare menskracht in combinatie met de grote groep verschillende instellingen waarop het Bft toezicht moet houden staat een dergelijke frequentie in de weg.

Voorts behoudt het verschoningsrecht de plaats die het in een rechtsstaat toekomt omdat de dossiers niet door derden, maar door advocaten-auditors worden gecontroleerd, welke controle plaats vindt onder de paraplu van het van de deken afgeleide verschoningsrecht. Daardoor, en dat vormt het derde voordeel, kunnen advocatendossiers volledig worden gecontroleerd. De advocaat kan inzage in het dossier door een advocaat-auditor niet

integriteit (Vafi), die per 1 juli 2009 in werking is getreden (laatstelijk gewijzigd bij verordening van 7 december 2009, inwerkingtreding 1 januari 2010).

¹² Destijds de Wet Identificatie bij Dienstverlening en de Wet melding Ongebruikelijke Transacties. Thans zijn beide wetten samengevoegd in de huidige Wwft.

¹³ Brief van de Minister van Justitie aan de Voorzitter van de Staten-Generaal d.d. 3 november 2008 (5569679/08) inzake "Aanpak misbruik en criminaliteit rond vastgoed", p. 8.

¹⁴ Ibidem, p. 9.

weigeren met een beroep op het verschoningsrecht.¹⁵ De informatie die aan de auditor wordt verstrekt blijft immers even "vertrouwelijk". Inzage aan het Bft daarentegen betekent te allen tijde dat informatie die vertrouwelijk had moeten blijven aan een derde wordt geopenbaard.¹⁶

Het beeld dat de naleving van de Wwft door de advocatuur in het geheel niet gecontroleerd wordt is derhalve onjuist, hoezeer anderen, met name toezichthouders en handhavers, het tegendeel suggereren. Er wordt gecontroleerd. Naast deze reguliere zelfcontrole kunnen gedragingen van advocaten die tot eigen betrokkenheid (in de vorm van medeplichtigheid of medeplegen) bij strafbare feiten leiden, zonder meer door het OM worden aangepakt door strafrechtelijk onderzoek in te stellen. De toezichthouder is bevoegd om signalen over dergelijke betrokkenheid aan het OM door te geven.

Wel is van belang dat aan niet-naleving van de Wwft door de dekens zo nodig daadwerkelijk consequenties worden verbonden. Ook dit heeft de aandacht van de Orde. Het is dan ook zinvoller om aandacht te besteden aan een goede en onafhankelijke inbedding van de zelfcontrole dan aan het uithollen van een zo'n belangrijk rechtstatelijk privilege als het verschoningsrecht.

Ook met betrekking tot het algemene toezicht op de advocatuur staat het gedachtevormingsproces niet stil. Zo heeft Docters Van Leeuwen in opdracht van de Orde onderzoek verricht naar en gerapporteerd over de toekomst van het toezicht op advocaten.¹⁷ Het verdient sterke aanbeveling om de gedachtewisseling en het overleg met de Orde eerst af te wachten alvorens tot wettelijke maatregelen, al dan niet op het deelgebied van de Wwft, over te gaan.

Intussen is het uitgangspunt dat iedere burger met een advocaat moet kunnen spreken in het vertrouwen dat hetgeen de advocaat in diens hoedanigheid wordt toevertrouwd niet wordt geopenbaard in deze tijden van toenemende overheidsbevoegdheden en (al dan niet verplichte) informatie-uitwisseling alleen maar belangrijker geworden. Daardoor is tegelijkertijd het voorkomen van misbruik van dat verschoningsrecht belangrijker geworden. De rechtstaat is niet gediend met uitholling van het verschoningsrecht, wel met een focus op het voorkomen van misbruik.

Rotterdam, 9 september 2010

Adviescommissie Strafrecht
mr. R. van der Hoeven, voorzitter,
namens deze, mr. R. Croes-Hoogendoorn, secretaris.

¹⁵ Hof van Discipline 13 maart 2009 (nr. 5293).

¹⁶ Aldus ook Hof van Discipline 11 september 2009, nrs. 5362, 5363, 5364.

¹⁷ Mr A.W.H. Docters van Leeuwen, "Het bestaande is geen alternatief. Een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur", 23 maart 2010, Nederlandse School voor Openbaar Bestuur.