

Preadvies
van de
Adviescommissie Strafrecht
inzake
het consultatierecht tot wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en
financiering van terrorisme

Inleiding

Op 9 september 2010 adviseerde de ACS al met betrekking tot de voorloper van dit consultatie wetsvoorstel dat destijds nog deel uitmaakte van het voorstel tot wijziging van de Wet financieel toezicht. Een kopie van dat advies wordt als bijlage gevoegd (**bijlage**). Hierna zal nog nader ingegaan worden op enkele specifieke wijzigingsvoorstellen in dit tweede consultatievoorstel.

Met de derde witwasrichtlijn heeft het Europese Parlement nadrukkelijk gekozen om van een "rule based" systeem over te schakelen op een "risk based approach" (op risico gebaseerde benadering). Die keuze werd vooral bepaald door de wens om maatregelen ter voorkoming van witwassen zo effectief mogelijk te laten zijn door zoveel mogelijk toe te spitsen op die gevallen die een concreet en werkelijk risico vormen. Het kenmerk van witwassen is immers dat criminelen proberen via normale, volstrekt legale handelingen hun uit misdrijven verkregen opbrengsten van een legale vernislaag te voorzien. Het aantal legale transacties in de hedendaagse moderne maatschappij is legio. Het is dan ook ondoenlijk om al die transacties te monitoren. Dat is ook niet nodig indien men zich richt op de (voorgenomen) transacties die hetzij door hun aard, hetzij door de omstandigheden waaronder de transactie plaatsvindt een hoger witwasrisico hebben. Deze selectie van ho(o)g(er) risicogegevallen is juist met behulp van de risico georiënteerde benadering goed uit te voeren. Met de in verhouding schaarse mogelijkheden tot controle en monitoring kan dan zo effectief mogelijk gewerkt worden aan de voorkoming van het gebruik van (juridische) diensten voor witwasdoeleinden. Een regel-georiënteerde benadering (rule based), zoals onder de voorloper van de Wwft, de WID, aan de orde was, leidt ertoe dat veel meer inspanning moet worden besteed aan transacties die door hun aard dan wel de omstandigheden waaronder zij plaatsvinden geen of nauwelijks witwasrisico's kennen. Zo'n rule based systeem kost veel tijd en energie voor zaken die vanuit witwasoogpunt niet of nauwelijks relevant zijn. Met een risk based systeem zijn de administratieve lasten minder groot.

Het baart de ACS zorgen dat onderhavig wetsvoorstel in diverse passages weer terug lijkt te willen gaan naar een meer rule based systeem. Niet alleen wordt op die manier onnodige inspanning gestopt in het monitoren van cliënten en transacties die die inspanningen vanuit

het oogpunt van witwasrisico helemaal niet nodig hebben, maar ook wordt de effectiviteit van de regeling verminderd, eenvoudigweg omdat minder gericht te werk wordt gegaan.

De toelichting op het consultatie wetsvoorstel vermeldt dat aanleiding voor de wetswijziging ondermeer is gelegen in het FATF evaluatierapport¹ over de implementatie door Nederland van de Europese Richtlijn. Terecht heeft de minister als uitgangspunt genomen dat alleen die FATF aanbevelingen zouden moeten worden opgevolgd die niet afwijken van de Europese witwasrichtlijn. Verscheidene van die FATF-aanbevelingen zijn niet terug te vinden in de huidige (derde) EU-witwasrichtlijn.

Op dit ogenblik is de Europese Commissie doende de effectiviteit van de derde witwasrichtlijn te evalueren. Naar verwachting worden de resultaten van die evaluatie in 2012 bekend gemaakt. De Europese Commissie zal zeker aandacht schenken aan de evaluatie van de FATF alsmede aan de verwachte wijziging van de FATF-aanbevelingen ter bestrijding van witwassen, maar het is zeer de vraag of de Europese Commissie de FATF aanbevelingen in een eventuele vierde richtlijn zal opvolgen. De ACS is dan ook van mening dat het verstandiger zou zijn om de nu voorgestelde wetswijziging op te schorten totdat duidelijk is of en in hoeverre de Europese witwasrichtlijn wordt aangepast. Door nu al vooruit te lopen op FATF aanbevelingen die nog niet door het Europese Parlement zijn geaccepteerd, ontstaat juist het risico dat de wetgever zegt te willen vermijden, namelijk dat de Nederlandse wetgeving (nog meer) gaat afwijken van de Europese richtlijn.

Samenvatting

De ACS adviseert met klem om de verplichtingen met betrekking tot cliëntenonderzoek en de meldingsplichten alleen dan uit te breiden indien uit onderzoek concreet aannemelijk is geworden dat de uitbreidingen betrekking hebben op werkelijke gevallen van witwasrisico. Het enkele feit dat elke legale transactie in principe gebruikt kan worden voor witwasdoeleinden creëert nog niet de noodzaak om de reikwijdte van controle en meldingsplichten uit te breiden. Een risico georiënteerde benadering dient hier leidend te zijn.

Om deze reden dienen de in dit wetsvoorstel genoemde uitbreidingen met betrekking tot de politieke prominente personen (PEP), de identificatie van de wettelijk vertegenwoordiger en een meldingsplicht indien het niet tot een zakelijke relatie met de cliënt komt te worden afgewezen.

Deze en andere opmerkingen worden hieronder artikelsgewijs uitgewerkt.

Voorts adviseert de ACS om deze gelegenheid te baat te nemen om de Nederlandse implementatie van de witwasrichtlijn, voor zover deze afwijkt van de richtlijn in overeenstemming te brengen met de implementatie in andere landen. Het gaat dan vooral om het criterium "ongebruikelijk" versus "verdachte" transactie en om de vrijstelling voor advocaten teneinde de rechtspositie van de cliënt te bepalen (zie omtrent dit laatste het

¹ consultatievoorstel pagina 13/14

eerdere ACS-advies van 9 september 2010).

Artikelsgewijs

Overname van een deel van de onderneming (art. 1 lid 1, onderdeel a sub d (nieuw))

Door nu ook de aankoop of overname van een *deel* van een onderneming onder de Wwft te laten vallen indien een persoon daardoor uiteindelijk belanghebbende van die onderneming wordt, creëert men moeizame discussies over de vraag wanneer sprake is van een wijziging in de feitelijke zeggenschap. Voor zover het gaat om een aandelentransactie is dat nog vrij eenvoudig vast te stellen. Gaat het echter uitsluitend om een activa -transactie, dan moet worden vastgesteld of daardoor een wijziging in de feitelijke zeggenschap van de onderneming optreedt en dat is minder eenvoudig. Invoering van dit onderdeel betekent dat Nederland afwijkt van de Europese richtlijn die op dit moment een gedeeltelijke aan- of verkoop van een bedrijf in geval van juridische dienstverleners niet als een Wwft-plichtige dienst kwalificeert (EU witwas richtlijn art. 2 lid 1 onderdeel b, sub i).

Uitbreiding PEP-verplichtingen (art. 1 lid 1, onderdeel e (nieuw))

Het voorstel om ook een verscherpt onderzoek voor te schrijven voor "politically exposed persons" (PEP's) die al vijf jaar niet meer actief zijn geweest als politiek prominent persoon, betekent een verviervoudiging van de lasten met betrekking tot het onderzoeken van PEP's. Nu wordt een cliënt-natuurlijke persoon alleen als PEP beschouwd indien hij niet langer dan een jaar geleden als PEP kwalificeerde. Het voorstel betekent dus een zeer aanzienlijke verzwaring van de administratieve lasten. Deze uitbreiding is onnodig. Met toepassing van de risk based approach is deze verruiming van het PEP-onderzoek niet nodig. De omstandigheid dat een natuurlijk persoon, die cliënt of uiteindelijk belanghebbende is, in een verder verleden als PEP kwalificeerde kan immers in voorkomende gevallen onder de huidige wet via de risico-georiënteerde benadering al een factor zijn die meeweegt bij de beantwoording van de vraag hoe vergaand een cliëntenonderzoek moet gaan.

Wijziging transactiebegrip (art. 1 lid 1, onderdeel m (nieuw))

Met betrekking tot de voorgestelde wijziging van het transactiebegrip verwijst de ACS naar haar eerdere advies. De ACS is nog steeds van mening dat wijziging van het transactiebegrip het karakter van de Wwft van een instrument ter voorkoming van betrokkenheid van professionele (juridische) diensten door criminaliteit ten onrechte verlegt naar een actieve opsporingsassistentie door de instellingen c.q. de advocaat. Ook dit voorstel wijkt af van de uitgangspunten van de Europese witwasrichtlijn, die immers met name met betrekking tot de activiteiten van advocaten expliciet overweegt dat deze alleen onder de richtlijn dienen te vallen indien sprake is van een bewuste, actieve betrokkenheid van de advocaat bij witwassen of de advocaat weet dat de gevraagde dienst wordt gewenst en/of gebruikt voor witwasdoeleinden (zie overweging 20 van de EU-witwasrichtlijn).

Cliëntenonderzoek (artikel 3 lid 2 (nieuw))

De toelichting met betrekking tot de voorgestelde wijziging van artikel 3 lid 2 werkt verwarring in de hand en stelt met betrekking tot de uiteindelijk belanghebbende een eis waaraan niet kan worden voldaan. Die toelichting stelt namelijk dat een instelling altijd de uiteindelijk belanghebbende dient te identificeren of dient vast te stellen "dat deze er niet is"². Zoals een instelling aan de cliënt naar diens identiteit kan vragen (en deze vervolgens moet verifiëren), zo kan een instelling aan zijn cliënt eveneens vragen of er een uiteindelijk belanghebbende is. De omstandigheden van het geval kunnen ertoe leiden dat de instelling niet mag afgaan op een ontkenning van de cliënt en nader onderzoek moet doen, maar dit hoeft niet de hoofdregel te zijn. Indien er volgens de cliënt geen ubo is, en de instelling heeft geen contra-indicaties, dan is een nadere onderzoeksplicht alleen op zijn plaats in geval van een hoger witwasrisico. Vaststellen dat een uiteindelijk belanghebbende er niet is, zoals de toelichting suggereert, is niet mogelijk. De verplichting om de cliënt ook in de voortduring van de zakelijke relatie te blijven monitoren leidt er al toe dat ook het al dan niet (alsnog) bestaan van een uiteindelijk belanghebbende regelmatig wordt getoetst.

Vertegenwoordiging "in rechte" (art. 3, lid 2, onderdeel 1)

Welke natuurlijke personen een cliënt rechtspersoon "in rechte" mogen vertegenwoordigen is vanuit Wwft oogpunt niet relevant. Van belang is slechts vast te stellen voor welke natuurlijke personen of voor welke entiteiten de dienst uiteindelijk wordt verleend. De ACS adviseert dan ook met klem om deze verplichting niet op te nemen. Het brengt een aanzienlijke lastenverzwaring mee, zoals de toelichting zelf ook aangeeft³. Bovendien zijn de gegevens van de personen die de rechtspersoon in algemene zin in rechte mogen vertegenwoordigen af te leiden uit het uittreksel van het Handelsregister, dat in het kader van een verificatie van de identiteit van de cliënt rechtspersoon toch al in het bezit van de instelling zal zijn. Het heeft geen enkele zin om - naast de persoon met wie de advocaat feitelijk contact heeft - ook nog degene die de cliënt rechtspersoon formeel in rechte kan vertegenwoordigen te moeten identificeren. Dit voorgestelde voorschrift is dus onnodig en zinloos.

Ook het expliciteren van het feit dat een land van vestiging van cliënt aanleiding kan zijn cliëntenonderzoek uit te voeren is gelet op het risico georiënteerde benadering onnodig. De omstandigheid dat de transactie een link heeft met een land dat kwetsbaar is van witwassen kan in de risico-benadering in voorkomende gevallen meewegen, maar rechtvaardigt niet het uitgangspunt dat elke voorgenomen transactie in dat land een hoog risico transactie is.

Geïntroduceerde cliënten (art. 5 (nieuw))

De wijze waarop de inhoud van het huidige artikel 9 Wwft in het voorstel wordt overgeheveld naar artikel 5 leidt (wederom) tot een aanzienlijke verscherping van de regels en daarmee tot een lastenverzwaring voor de instellingen. Een instelling mag van een al door een andere instelling verricht cliëntenonderzoek gebruik maken om op die manier dubbele (en dus overbodige) cliëntenonderzoeken te voorkomen. In het voorstel moet de cliënt wachten

² Toelichting p. 17, 2^e alinea.

³ Toelichting, pagina 17, onderaan.

totdat de stukken van de introducerende instelling in handen zijn van de geïntroduceerde instelling. Dat zal er in de praktijk toe leiden dat de nieuwe instelling toch weer zelf cliëntenonderzoek gaat doen als dat sneller kan.

Bovendien resulteert dit voorstel in een blokkade van het recht van elke burger op access to law en access to justice in die gevallen waarin die access juist broodnodig is, namelijk in spoedeisende gevallen. Strikt genomen laat het wetsvoorstel ook in gevallen waarin het witwasrisico evident niet aanwezig of laag is, geen ruimte om alvast met de dienstverlening te starten, terwijl het cliëntenonderzoek zo snel mogelijk wordt afgewikkeld. Dat levert een ernstige belemmering van de dienstverlening op. Ook hier leidt het wetsvoorstel tot een duidelijke breuk met de EU witwasrichtlijn. De richtlijn schrijft in artikel 9 lid 2 expliciet voor dat de instelling bij een laag risico al mag starten met de gevraagde dienst vóórdat het cliëntenonderzoek is afgerond mits dat cliëntenonderzoek zo snel mogelijk wordt verricht. De richtlijn wil de normale gang van zaken bij de dienstverlening zo min mogelijk hinderen. Het voorstel wil dat kennelijk niet

"Vóór"melding (art. 5 lid 5 (nieuw))

De verplichting om ook te melden indien geen zakelijke relatie tot stand is gekomen, wijkt in verschillende opzichten af van de Europese witwasrichtlijn. Het wetsvoorstel verplicht tot melding indien er geen zakelijke relatie tot stand is gekomen en er een "mogelijke intentie blijkt" om de zakelijke relatie te gebruiken voor witwassen, zelfs als er nog geen sprake is van een concreet voorgenomen transactie. De richtlijn voorziet niet in toepassing van de regelgeving indien slechts sprake is van een "mogelijke intentie". (Wat moet daaronder trouwens precies worden verstaan?). Evenmin voorziet de richtlijn in een melding waarbij nog geen concreet voorgenomen transactie bestaat. Voor de advocaat geldt bovendien dat informatie die een natuurlijke persoon of rechtspersoon aan de advocaat meldt omdat hij deze in diens hoedanigheid van advocaat benadert al onder de geheimhoudingsplicht (en dus het verschoningsrecht) van de advocaat valt, óók als daarna geen cliëntrelatie ontstaat. Men riskeert niet alleen grote discussies (wanneer is sprake van een "mogelijke intentie"?) maar men houdt de justitiabele ook af van zijn recht tot het verkrijgen van advies omtrent zijn juridische rechtspositie en men ontmoedigt justitiabelen om naar juridische dienstverleners te stappen en voorlichting te krijgen, bijvoorbeeld over de vraag of men zich überhaupt wel binnen de wet begeeft. Advocaten zullen illegale handelingen altijd ontraden en diensten die daartoe gebruikt worden altijd weigeren. De zuiverende werking van hun adviezen, daarin bestaande dat cliënten worden voorgelicht over hun juridische positie en derhalve van handelen afzien indien door die voorlichting blijkt dat deze mogelijk een illegaal karakter zou kunnen hebben, wordt volledig tenietgedaan door een verplichting, om ook al te melden vóórdat een zakelijke relatie is ontstaan.

Documenten m.b.t. verificatie buitenlandse rechtspersonen

Belangrijker dan dat de documenten aan de hand waarvan een identiteit wordt geverifieerd uit onafhankelijke bron afkomstig zijn, is nog dat de inhoud van die documenten in elk geval betrouwbaar is. Indien geen reden bestaat om aan de betrouwbaarheid van bijvoorbeeld door cliënt verstrekte gegevens te twijfelen, dan is het in het risk based systeem

aanvaardbaar dat dergelijke informatie van de cliënt afkomstig is. En, zoals al eerder gememoreerd, is er in het overgrote deel van de gevallen geen reden om in verband met een hoger witwasrisico aan de betrouwbaarheid van door cliënt verstrekte gegevens te twijfelen. De toelichting zou moeten aangeven dat ook gegevens van de cliënt zelf aanvaardbaar zijn, in elk geval indien er geen aanwijzingen zijn voor een hoger witwasrisico.

Vrijwaring (art. 19 en 20 - nieuw)

De nu in de wet opgenomen vrijwaringen beperken zich tot opsporing en verhoging van het witwasdelict. Niet wordt gevrijwaard ter zake van de gronddelicten. Zeker voor een instelling die te goeder trouw meldt lijkt een vrijwaring van opsporing en vervolging voor het met het witwasdelict samenhangende gronddelict redelijk. Het kan immers voorkomen dat een instelling pas in een later stadium komt te beschikken over informatie waaruit een ongebruikelijk karakter van de transactie blijkt, terwijl hij dan in een eerdere fase, achteraf beschouwd, al diensten heeft verricht die door de cliënt worden misbruikt ten behoeve van het plegen van gronddelicten die op hun beurt weer leidt tot witwasdelicten. Een melder te goeder trouw dient behoed te worden voor dergelijke opsporingsonderzoeken en vervolgingen.

Handhaving

Gelet op de bijzondere positie van de advocatuur en het grote maatschappelijke belang van bescherming van de vertrouwelijkheid van informatie die door justitiabelen in vertrouwen bij de advocaat is neergelegd, is het van groot belang dat gewaarborgd wordt dat die handhaving in handen is van personen die in elk geval over een zelfde verschoningsrecht beschikken. Gebeurt dat niet, dan is dat strijdig met (de strekking van) artikel 6 (fair trial) en handhaving en 10 (privacy) EVRM. Het voorstel legt het toezicht op de naleving van de Wwft door de advocaat bij de organen aan wie het "overige toezicht" is opgedragen. Het wetsvoorstel voor dat "overige" toezicht is op dit moment nog onderwerp van een consultatieronde. Of de vertrouwelijkheid van het contact tussen advocaat en cliënt in de toekomst gewaarborgd kan worden valt op dit moment niet goed te voorzien. De ACS is daarover verontrust. Gelet op het grote belang van waarborging van de vertrouwelijkheid dient daarom in het kader van onderhavig consultatievoorstel in elk geval een aanvullende consultatie met de Nederlandse Orde van Advocaten plaats te vinden zodra uitgekristalliseerd is aan wie c.q. aan welk orgaan het toezicht op handhaving van de Wwft door de advocatuur wordt opgedragen. De ACS zal daar te zijner tijd zeker over willen adviseren.

"Ongebruikelijke" versus "verdachte" transactie

De Nederlandse meldingsplicht voor advocaten krachtens de Wwft (en haar voorlopers, de WID en de Wet Mot) zijn van aanvang af al afwijkend geïmplementeerd ten opzichte van de Europese richtlijnen doordat instellingen als bedoeld onder de Wwft, anders dan in andere EU-landen, al verplicht zijn om te melden bij ongebruikelijke transacties. Een "ongebruikelijke" transactie hoeft nog geen "verdachte" transactie te zijn als bedoeld in de Europese witwasrichtlijn. Destijds werd deze keuze verantwoord door de stelling dat de

instellingen niet capabel genoeg zouden zijn om vast te stellen of een bepaalde transactie als "verdacht" moet worden beschouwd. Dat is inmiddels achterhaald. Menig instelling is wellicht beter dan de FIU in staat om te bepalen of in een concreet geval daadwerkelijk sprake is van verdachte transacties. Doordat wordt gewerkt met het begrip ongebruikelijke transactie is de Nederlandse subjectieve indicator bijzonder ruim: een instelling moet volgens de huidige indicatorenlijst melden indien hij *"aanleiding"* heeft om te *veronderstellen* dat de transacties verband *kunnen* houden met witwassen of financiering van terrorisme". In theorie kunnen ontzettend veel transacties verband houden met witwassen. De kernvraag is echter of de transactie die in het concrete geval aan de orde is, reëel voor witwassen wordt gebruikt. Hantering van het criterium "ongebruikelijk" brengt ook mee dat grote hoeveelheid transacties worden gemeld, waarvan op zichzelf al op vrij eenvoudige wijze is vast te stellen dat het niet echt om witwassen gaat. Die meldingen zijn in feite onnodig gedaan en het aantal van deze meldingen is substantieel. Nu door voorlichting, publicitaire aandacht, regelgeving en maatschappelijke politieke debatten in de afgelopen decennia het kennisniveau met betrekking tot vormen van witwassen ook in de breedte aanzienlijk is gestegen, beveelt de ACS aan om, in navolging van de andere EU-landen in de nieuwe wet op te nemen dat "verdachte" transacties moeten worden gemeld. Daarmee wordt bereikt dat binnen de EU-landen geen ongerechtvaardigde verschillen in implementatie van de Europese witwasrichtlijnen ontstaan. Tevens wordt voor instellingen in alle EU-landen een level playing field gecreëerd, dat nu ontbreekt.

Amsterdam, 13 september 2011

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