

Het MOT anders!

Lezing mr Karel Frielink
Deken van de Orde van Advocaten Curaçao
ter gelegenheid van het AJV symposium
'Hoe MOT dat?'
20 oktober 2011

Inleiding

Degenen onder u die van eerdere lezingen van mij kennis hebben genomen kennen mijn persoonlijke standpunt. Kort gezegd is naar mijn mening de toepassingscategorie van de Landsverordening MOT (Lv MOT) te beperkt en leidt de Landsverordening LID (Lv LID) tot teveel administratieve rompslomp en tot praktische problemen gezien het verbod om als advocaat diensten te verlenen alvorens het identificatieproces is afgerond.¹ Het MOT dus anders! En ik mag u in 10 minuten gaan vertellen hoe ik denk dat het dan anders moet. Ik ga daarbij kort door de bocht en hopelijk vlieg ik er niet uit.

De Landsverordening MOT

Het doel van deze landsverordening is het voorkomen van betrokkenheid (van onder andere advocaten) bij zowel witwassen als de financiering van terrorisme door het in het leven roepen van een meldplicht. Het is tegen die achtergrond niet aanstonds goed te begrijpen waarom het toepassingsbereik zo strikt is geformuleerd.² De Lv MOT is wat advocaten betreft immers alleen van toepassing bij het geven van advies of het verlenen van bijstand bij:

- a. het aan- of verkopen van onroerende zaken;
- b. het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden;
- c. het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen; en bij
- d. het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen.

In de praktijk valt dus slechts een beperkt deel van de diensten die advocaten verrichten onder de reikwijdte van de Lv MOT. Als ik adviseer over de uitgifte van schuldbrieven ter waarde van Euro 150 miljard of een opinie afgeef ter zake van de financiering van een Airbus A380, dan valt dat buiten het bereik van de Lv MOT.

Mijn voorstel is simpel. Voor de vrije beroepsbeoefenaar gelden twee objectieve indicatoren en als die aan de orde zijn moet er worden gemeld. Het gaat om deze indicatoren:

¹ Volgens J. Sybesma (*De terreur van de LID en de MOT*, AJV-Nieuwsbrief 1/2010, p. 13-18) ontstaat de indruk dat juridisch maar ook praktisch gezien de huidige regelgeving en het doel daarvan te beschouwen zijn als het spreekwoordelijke gezegde 'met een olifant een muis trachten te vangen'. Er moet volgens hem door diverse beroepsgroepen veel informatie worden bekeken om "die ene figuurlijke naald in de hooiberg te vinden".

² Anders dan dat dit in overeenstemming is met Aanbeveling 12 van de *Financial Action Task Force*.

- Alle transacties die in verband met witwassen of de financiering van terrorisme aan politie of justitie worden gemeld.
- Contante transacties boven een bedrag van Naf. 20.000,--. Hieronder vallen ook cheques aan toonder en soortgelijke betaalmiddelen.

Er geldt voor advocaten één subjectieve indicator: een transactie moet als ongebruikelijk worden aangemerkt indien er aanleiding is om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of de financiering van terrorisme.³

Wat mij betreft vervalt de toepassingscategorie en zou de meldplicht voor de advocaat in alle gevallen waarin zich een ongebruikelijke transactie aandient moeten gelden, ongeacht het onderwerp van zijn dienstverlening of bijstand.⁴ Een uitzondering moet dan worden gemaakt voor diensten die, kort gezegd, hebben te maken met rechtsgeschillen of potentiële rechtsgeschillen of ter vermindering van dergelijke geschillen. Mij lijkt dit een helder, effectief en voor iedereen werkbaar voorstel.

Dan resteert nog de vraag door wie toezicht moet worden uitgeoefend op de naleving door advocaten van de Lv MOT. Dat toezicht omvat grofweg twee aspecten: enerzijds of een advocaat bijvoorbeeld de vereiste interne procedures heeft (*procedureel toezicht*), anderzijds of een advocaat de meldplicht zelf goed naleeft (*materieel toezicht*). Voor dat laatste is kennisneming van dossiers die op de zaken van cliënten betrekking hebben nodig.

Het toezicht mag niet zodanig zijn ingericht dat de kernwaarden van de advocatuur worden aangetast. Het gaat daarbij vooral om de onafhankelijkheid en de partijdigheid, waaraan dan weer de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zijn gekoppeld. Een advocaat moet zich bijvoorbeeld op een felle wijze en onbekommerd in de rechtsstrijd tegen de overheid kunnen keren⁵ en daarmee

³ In theorie kunnen ontzettend veel transacties verband houden met witwassen. De kernvraag moet echter zijn of de transactie die in het concrete geval aan de orde is, reëel voor witwassen wordt gebruikt. Hantering van het criterium "ongebruikelijk" brengt mee dat talloze transacties worden gemeld, waarvan op zichzelf al op vrij eenvoudige wijze is vast te stellen dat het niet echt om witwassen gaat. De subjectieve indicator zou dan ook tot "verdachte transacties" moeten worden beperkt. Vgl. het *Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake het consultatierecht tot wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme* van de Nederlandse Orde van Advocaten van 13 september 2011.

⁴ Er moet voor de meldplicht een verband bestaan tussen de ongebruikelijke transactie en de dienst die van de advocaat wordt gevraagd. Ontdekt de advocaat in een door de cliënt aan hem gegeven dossier toevallig een transactie uit het verleden die hij als ongebruikelijk aanmerkt, dan rust op hem géén meldplicht. Het doel van de Lv MOT is immers om *betrokkenheid* van advocaten bij witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen, niet om hen in algemene zin tot een verlengstuk van het opsporingsapparaat van politie en justitie te maken. Vgl. het *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)* van de Nederlandse Orde van Advocaten van 9 september 2011.

⁵ A.W.H. Docters van Leeuwen, *Het bestaande is geen alternatief. Een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur*, rapport 2010, blz. 17 en 36.

verdraagt zich niet een vorm van controle door of vanwege diezelfde overheid waarbij de bevoegdheid bestaat om kennis te nemen van alle dossiers die een advocaat onder zich heeft.

Gedacht zou kunnen worden aan een zwaardere rol voor de Deken van de Orde. Maar los van het feit dat de Orde dan eerst publiekrechtelijk vormgegeven zou moeten worden, vraag ik mij af of de kleinschaligheid en het tijdsbeslag dat met een controlebevoegdheid gepaard gaat niet op te grote problemen stuit. De Deken is immers ook advocaat, heeft zakelijk en persoonlijk met andere advocaten te maken, en hij moet buitendien ook zelf worden gecontroleerd. Aan controle zijn ook kosten verbonden. Hierover moet de verdere gedachtewisseling nog plaatsvinden. In dat verband moet worden nagedacht over de vraag of er niet een (van de overheid) onafhankelijke toezichthouder (één persoon met eventueel één persoon voor administratieve ondersteuning) in het leven zou moeten worden geroepen voor Aruba, Curaçao, Sint Maarten en de BES-eilanden, die zijn bevoegdheid ontleend aan eenvormig op te stellen Advocatenlandsverordeningen.⁶ Die brede basis maakt het waarschijnlijk ook financieel mogelijk een dergelijke toezichthouder in het leven te roepen. De benoeming zou door het Hof kunnen plaatsvinden, nadat de Ordes daarover zijn gehoord.⁷

Lv LID

De twee belangen die thans botsen zijn de verplichting tot identificatie in de hiervoor genoemde gevallen (en het wettelijke verbod tot het verlenen van diensten tot dat de identificatie is voltooid) en het belang van cliënten om op korte termijn advies of bijstand te krijgen.

Een voorbeeld ter illustratie: een Australische onderneming wil een deel van een Canadese multinational overnemen. Daarover wordt al enige tijd onderhandeld. Tot het over te nemen deel van de Canadese multinational behoort ook een te Curaçao gevestigde BV. In de slotfase van de onderhandelingen, één dag voor het finaliseren van de *Stock Purchase Agreement*, meldt de advocaat van de Australische onderneming zich bij een advocaat op Curaçao met enkele vragen over het recht van Curaçao. Zoals bekend geldt bij het geven van advies bij het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen de verplichting de cliënt eerst te identificeren. De Australische advocaat wil direct antwoord, maar de wet verbiedt dat. Eerst zal de Australische onderneming moeten worden geïdentificeerd. De reactie van de Australische advocaat (en van de andere betrokken partijen) laat zich raden. Dat MOT dus anders.

Ik ga er vanuit dat de verplichting tot cliëntidentificatie blijft bestaan. Dat de toepassingscategorie niet al te ruim is geformuleerd stuit bij mij niet op bezwaren. Het besproken verbod daarentegen wel. Dat zou mijns inziens moeten komen te vervallen. Dan houd je dus de identificatieplicht over. Dat daarop controle moet worden uitgeoefend en dat op niet-naleving sancties staan lijkt mij logisch.

⁶ De kans dat dit gebeurt is kleiner geworden sinds de recent in Aruba onder druk van de FATF in werking getreden wetgeving (AB 2011, 28 en AB 2011, 29) en de door de Centrale Bank van Aruba uitgevaardigde 'Guidance Notes for the establishment of a policy document and accompanying CDD procedures to risk rate the existing customer base' van 30 juni 2011.

⁷ Deze toezichthouder zou uiteraard aan een met advocaten vergelijkbare geheimhouding moeten zijn gebonden, met het daaraan gekoppelde verschoningsrecht.

De regel zou kunnen zijn dat de identificatie (in beginsel) binnen vier weken nadat de opdrachtrelatie tot stand is gekomen moet zijn voltooid. De identificatieplicht kan beperkt zijn. Kort gezegd zou het moeten gaan om:

- (i) bij natuurlijke personen: naam, adres en kopie identiteitsbewijs en
- (ii) bij rechtspersonen en andere lichamen: naam, adres en kopie uittreksel Kamer van Koophandel (of een vergelijkbaar document waaruit bijvoorbeeld de aard van de activiteiten blijkt), alsmede van iedere bestuurder of andere vertegenwoordiger (met wie de advocaat hoofdzakelijk het contact heeft) zijn naam, functie en kopie identiteitsbewijs.

Bij niet onder van overheidswege georganiseerd toezicht staande financiële instellingen zou nog kunnen worden gedacht aan het verplicht vaststellen van de identiteit van de personen die geacht kunnen worden wezenlijke invloed te hebben. Gedacht kan worden aan uiteindelijk economisch gerechtigden (*ultimate beneficial owners*) voor zover zij een economisch belang van 25% of meer hebben in die instelling en aan personen die 25% of meer van de zeggenschapsrechten in die instelling kunnen uitoefenen.

Uitzonderingen op de identificatieplicht zijn in mijn voorstel onder andere: (a) onder toezicht van een Centrale Bank of vergelijkbare toezichthouder staande instellingen; (b) overheden, overheidsbedrijven, internationale publiekrechtelijke organisaties e.d. en (c) vennootschappen die zijn genoteerd aan een (van overheidswege gereguleerde en onder toezicht staande) effectenbeurs en aan een zodanige beursvennootschap verbonden groepsvennootschappen als die beurs is gevestigd in een land dat volwaardig lid is van de Financial Action Task Force.

Of en in hoeverre een advocaat het nodig vindt om aanvullende informatie te vragen, stukken te verifiëren of nader onderzoek (*screening*) te doen wordt aan de prudentie van de betrokken advocaat overgelaten. Gezien de kernwaarden die voor advocaten gelden (onafhankelijkheid, partijdigheid, integriteit, vertrouwelijkheid en deskundigheid) is dit systeem te verkiezen boven het huidige bewerkelijke en tamelijk formalistische systeem, waarvan de effectiviteit op zijn minst genomen twijfelachtig is.

De controle op de identificatieplicht zou idealiter vanwege de Orde van Advocaten (als die eenmaal een publiekrechtelijke status heeft verkregen) dienen plaats te vinden, maar ook kan - vanwege de genoemde problematiek - worden gedacht aan de al besproken onafhankelijke toezichthouder. Denkbaar is daarnaast dat die controle door het Meldpunt MOT wordt verricht, op voorwaarde dat het controle- en inzagerecht niet verder strekt dan de (door de advocaat separaat te bewaren) cliëntidentificatiedossiers. Het Meldpunt MOT mag nooit en te nimmer inzage krijgen in de gewone cliëntdossiers.⁸

Tot slot

Ik heb zeer globaal de contouren geschilderd van een andere wettelijke regeling ter vervanging van het huidige, sterk verouderde en tamelijk omslachtige systeem. Nadere uitwerking en detaillering zijn uiteraard nodig, maar wat mij betreft kan dit voorstel prima dienen als startpunt van de discussie.

⁸ Zie ook <http://www.mr-online.nl/nieuws/juridisch-nieuws/eensgezindheid-in-verzet-tegen-aantasting-verschoningsrecht.html>