

‘Identificatieplicht en Meldplicht Ongebruikelijke Transacties voor Advocaten’

**Lezing d.d. 9 augustus 2011 door Mr. Karel Frielink
Deken van de Orde van Advocaten Curaçao**

-

**Summer Course Curaçao, georganiseerd door
VERA (Voortgezette Educatie Registeraccountants)**

Dames en Heren!

De verplichting om in bepaalde gevallen de identiteit van de cliënt (en de eventuele UBO) vast te stellen komt voort uit de wens om (zoveel als mogelijk) witwaspraktijken te voorkomen en om te voorkomen dat dienstverleners betrokken raken bij de financiering van terrorisme. De vraag is uiteraard of de enkele vaststelling van de identiteit van de cliënt in dat verband een effectief instrument is. Die vraag wordt des te pregnanter als wordt gekeken naar de gevallen waarin wel en waarin geen verplichte vaststelling van de identiteit hoeft plaats te vinden. Slechts in een beperkt aantal gevallen dient tot identificatie te worden overgegaan.

De verplichting tot het melden van ongebruikelijke transacties geldt, zoals we zullen zien, alleen wanneer bepaalde diensten aan een cliënt worden verleend. Alleen in de gevallen waarin ook de verplichting bestaat tot het vaststellen van de identiteit van de cliënt, geldt de verplichting om ongebruikelijke transacties te melden.

De wettelijke regelingen zijn naar mijn mening niet goed doordacht, zadelen de praktijk met allerlei onnodige problemen op en zouden dan ook grondig moeten worden herzien.

Advocaten vs Accountants

Er zijn verschillen tussen mannen en vrouwen. Die verschillen zijn fundamenteel. De verschillen tussen advocaten en accountants zijn evenzeer fundamenteel.¹ Het gaat mij niet om het feit dat, kort gezegd, een advocaat een ‘partijdige’ belangenbehartiger is en een accountant een onafhankelijke deskundige, maar om het feit dat beiden zeer verschillend tegen de werkelijkheid aankijken. Wat de één ziet, ziet de ander niet, en omgekeerd. Dat tegen één en hetzelfde feitencomplex totaal verschillend kan worden aangekeken heeft Van der Kaaden² geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld waarin een laborant een jurist op bezoek krijgt:

¹ De hybride vormen die voorkomen laat ik hier verder onbesproken. Zie daarover Erwin N. Griswold, *Lawyers and Accountants*, ABA Journal, Vol. 41, December 1955, p. 1113-1116 and 1179-1180.

² J.J. van der Kaaden, „Horizontale fraude“, in: H. de Doelder en A.B. Hoogenboom (red.), *Financieel rechneren*, 1e druk 1998, p. 53.

“Een jurist wordt door een laborant uitgenodigd om eens in het laboratorium rond te kijken. Na afloop vraagt de laborant aan de jurist wat hij heeft gezien. Het antwoord luidt: “Een heleboel glas.” Doordat de jurist niet voor laborant heeft doorgeleerd, ziet hij niet dat er een complete destilleeropstelling in het laboratorium is opgesteld. Het gaat er niet om dat hij die opstelling niet goed begrepen heeft, maar hij ziet hem in het geheel niet. Daar is kennelijk een ‘bril’ voor nodig.”

In dit voorbeeld kan de laborant door een accountant worden vervangen en het laboratorium door bijvoorbeeld een jaarrekening. Met name wanneer het in het kader van de meldplicht gaat om de vraag of naar het oordeel van de meldplichtige sprake is van een ongebruikelijke transactie, dus een transactie waarbij er aanleiding is om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of de financiering van terrorisme, zal het makkelijk kunnen gebeuren dat een advocaat en een accountant totaal verschillend tegen één en hetzelfde feitencomplex aankijken. Onderwerpen als fraude en witwassen vragen dan ook doorgaans om een multidisciplinaire aanpak.

Waar het gaat om de thema’s verplichting tot het identificeren van cliënten en meldplicht ongebruikelijke transacties zal ik die vandaag vanuit een ‘juridische bril’ benaderen. Ten slotte ga ik het hebben over de Financial Action Task Force en de ‘country review’ die Curaçao later deze maand zal ondergaan.

Identificatieplicht

We gaan het nu eerst over de identificatieplicht hebben. Met ingang van 15 mei 2010 geldt voor advocaten op Curaçao³ dat zij, in bepaalde gevallen, verplicht zijn hun cliënten te identificeren. Het gaat daarbij, zoals later nog zal blijken, uitsluitend om identificatie: het vaststellen van de identiteit aan de hand van bepaalde documenten. In de meeste gevallen gaat het om het maken van een kopie van een paspoort en het opvragen van een origineel uittreksel bij de Kamer van Koophandel. Advocaten hoeven dus geen uitgebreid onderzoek te doen naar hun (aanstaande) cliënten.

Waarom is de identificatieplicht eigenlijk ingevoerd? De belangrijkste kernwaarden van de advocatuur zijn immers: integriteit, onafhankelijkheid, partijdigheid, betrouwbaarheid en deskundigheid.⁴ Bovendien moet een advocaat om te kunnen worden beëdigd de volgende eed of belofte afleggen:⁵

“Ik zweer (beloof) (...) dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn”.

³ Hetzelfde geldt voor advocaten in Aruba, Sint Maarten en de BES-eilanden.

⁴ Een zesde kernwaarde die wel wordt genoemd is publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling. Zie het rapport 'Een maatschappelijke Orde' dat op 24 april 2006 door de Commissie Advocatuur onder voorzitterschap van mr. P.C.E. van Wijmen aan de toenmalige minister van Justitie in Nederland is aangeboden.

⁵ Art. 3 lid 2 Advocatenlandsverordening 1959.

Daaraan voegt de *Advocatenlandsverordening 1959* in artikel 20 dan toe:

"De tuchtrechtspraak heeft ten doel het weren en beteugelen van mislagen, door advocaten in de uitoefening der praktijk begaan, en van inbreuken op de eer van de stand der advocaten."

In artikel 1 van de *Gedrageregels voor Advocaten* lezen we vervolgens:

"De Advocaat dient, ook wanneer hij niet beroepshalve optreedt, zich zodanig te gedragen dat het vertrouwen in de advocatuur of in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad."

Er is dus reeds - en dat al heel erg lang - een specifiek op deze beroepsgroep toegesneden normenkader op grond waarvan een advocaat zich dient te onthouden van onder andere witwaspraktijken en financiering van terrorisme, en dus ook van iedere vorm van hulp en bijstand aan anderen die zich hieraan schuldig willen maken.

Op de advocaat rust dus de plicht ervoor te zorgen dat hij niet betrokken raakt bij strafbare handelingen, in het bijzonder niet bij witwaspraktijken of terrorismefinanciering. De advocaat is dus niet alleen zijn eigen poortwachter, ook nadat hij een cliëntrelatie is aangegaan moet hij continu op zijn hoede zijn. De wetgever heeft echter gemeend de advocaat desondanks een handje te moeten helpen, in het bijzonder door een identificatieplicht en een meldplicht in het leven te roepen.

Geen identificatie, geen dienstverlening

De identificatieplicht geldt, als gezegd, met ingang van 15 mei 2010 en is vastgelegd in de *Landsverordening identificatie bij dienstverlening* ("LID"). Ik spreek hier in hoofdzaak over advocaten, maar deze landsverordening geldt ook voor bijvoorbeeld accountants.

In de gevallen waarin de verplichting tot het vaststellen van de identiteit bestaat, mag een advocaat geen diensten verlenen voordat de identificatie heeft plaatsgevonden (art. 5 lid 1 LID). Ook als het een nieuwe zaak betreft van een bestaande cliënt moet er eerst identificatie plaatsvinden.

Dit is een uiterst onpraktische bepaling, zeker wanneer het gaat om in het buitenland woonachtige of gevestigde cliënten, en een feit is nu eenmaal dat vele dienstverleners op Curaçao een grotendeels internationaal cliëntenbestand hebben. Bij strikte naleving van de wet en gelet op de tijd die het doorgaans kost om de benodigde documentatie te verzamelen, kunnen er enkele weken verstrijken tussen het moment waarop de cliënt zich meldt en dat waarop volgens de wet met het verlenen van diensten mag worden begonnen.

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 we nog zullen zien geldt bij het geven van advies bij het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen de verplichting de cliënt 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.

In de praktijk leidt dit tot forse knelpunten en op termijn dus ook tot verlies van werk voor de gehele jurisdictie. Een oplossing is dan ook noodzakelijk. Het zou bijvoorbeeld toegestaan moeten zijn om met de dienstverlening te beginnen wanneer de identificatiedocumenten per e-mail of fax zijn ontvangen en de toezegging is verkregen dat de originelen per luchtpost of koerier zijn verzonden. Deze mogelijkheid zou al enige verlichting geven, maar zal bepaald niet altijd uitkomst kunnen bieden.

Nog beter zou het zijn als de wet zou toelaten dat met het verlenen van diensten wordt begonnen voordat de vaststelling van de identiteit heeft plaatsgevonden, en daaraan de voorwaarde koppelt dat dit alleen is toegestaan als er naar het oordeel van de advocaat geen aanleiding is om te veronderstellen dat er een risico op witwassen of financieren van terrorisme bestaat. De identificatie blijft wel verplicht, maar moet binnen redelijke tijd plaatsvinden, ook als de zaak zelf intussen is afgelopen. Als gezegd rust op de advocaat op grond van zijn beroepsregels toch al de plicht ervoor te zorgen dat hij niet betrokken raakt bij strafbare handelingen, in het bijzonder niet bij witwaspraktijken of terrorismefinanciering, zodat er geen goede reden is het toestaan tot het verlenen van diensten te koppelen aan zoiets formeels als de vaststelling van de identiteit van de cliënt.

Het Meldpunt staat reeds nu toe dat, onder voorwaarden, wordt afgegaan op identificatie door derden. De dienstverlener (i) zal zich ervan moeten vergewissen dat de tussenpersoon of derde die de eerste identificatie heeft uitgevoerd onder toezicht van gelijke strekking staat ten aanzien van het identificeren, (ii) zal zich ervan moeten vergewissen dat het toezicht op deze regelgeving in het betreffende land ook effectief is, (iii) dient onmiddellijk de nodige informatie van de tussenpersoon of derde te verwerven met betrekking tot de identificatie en (iv) dient kopieën van de originele identiteitsgegevens in zijn dossier te hebben. Deze voorwaarden zijn te strikt. Hoe moet je bijvoorbeeld nagaan of in het betrokken buitenland effectief toezicht wordt uitgeoefend op daar bestaande regelgeving inzake identificatie?

Voor de volledigheid wijs ik er nog op dat de advocaat verplicht is om na te gaan of de natuurlijke persoon die zich bij hem meldt voor zichzelf optreedt dan wel voor een derde. Is dat laatste het geval, dan moet de advocaat de identiteit van die derde vaststellen. Dat geldt ook als die derde weer voor een andere derde optreedt (art. 5 leden 2 en 3 LID). Het gaat dus om de identificatie van de uiteindelijke persoon ten behoeve van wie de dienst wordt verricht. Laten we nu eens kijken welke diensten tot het vaststellen van de identiteit van de cliënt verplichten.

Werkzaamheden die tot identificatie verplichten

Voor advocaten, notarissen, belastingadviseurs en accountants zijn “slechts”⁶ (in de betekenis van: uitsluitend) de volgende diensten van belang als die in of vanuit Curaçao worden verricht (art. 1 onder b sub 15° LID):

“Het geven van advies dan wel het verlenen van bijstand door de natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, die als advocaat, notaris of kandidaat-notaris, accountant, belastingadviseur dan wel als deskundige op juridisch, fiscaal of administratief gebied, dan wel in de uitoefening van een

⁶ Zie par. 1.7 van de ‘Voorschriften en Richtlijnen ter uitvoering van de LIOD en de MOT voor advocaten, notarissen, accountants, belastingadviseurs en administratiekantoren’, opgesteld en uitgegeven door het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties te Curaçao (september 2010).

gelijksoortig juridisch beroep of bedrijf zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig werkzaamheden verricht, 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;*
- d. *het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen.”*

Als géén van deze diensten wordt verricht, dan is de advocaat dus niet verplicht zijn cliënt te identificeren.

De bepaling begint met aan te geven dat het gaat om ‘het geven van advies dan wel bijstand’ bij de genoemde diensten. Wordt aan de advocaat verzocht een koopovereenkomst inzake aandelen in een NV of BV te maken, dan verleent hij bijstand bij de onder d. genoemde dienst en is hij dus tot identificatie verplicht. Dat ligt anders wanneer hem in het algemeen, dus zonder dat sprake is van een concrete overname van een onderneming, bijvoorbeeld wordt gevraagd op welke wijze aandelen in een Curaçaose NV of BV kunnen worden overgedragen. Met andere woorden: het meer in algemene zin adviseren over de onderwerpen genoemd in de vier rubrieken verplicht dus niet tot het vaststellen van de identiteit van de cliënt.

Rechtspositie cliënt

Als de bovenvermelde diensten verband houden met de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging in rechte of het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding dan wel over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, dan bestaat er geen verplichting tot het vaststellen van de identiteit, althans voor zover deze diensten worden verricht door een advocaat, notaris of kandidaat-notaris dan wel een accountant, optredende als onafhankelijk juridisch adviseur (art. 1 lid 3 LID).

Kort gezegd: vrijgesteld zijn diensten die te maken hebben met geschillen of potentiële geschillen van juridische aard of ter vermijding van dergelijke geschillen. Deze uitzondering geldt ook voor accountants.

Andere wettelijke uitzonderingen

Er zijn ook categorieën cliënten die je als advocaat of accountant sowieso niet hoeft te identificeren, omdat die zijn vrijgesteld.⁷ Het gaat om

- (i) banken, trustkantoren, beleggingsinstellingen, administrateurs, verzekeraars en assurantiebemiddelaars die over een vergunning beschikken uit hoofde van de toepasselijke Curaçaose landsverordening en dus onder toezicht staan van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten en
- (ii) natuurlijke personen of instellingen die zijn aangesloten bij een effectenbeurs die lid is van de *Fédération Internationale des Bourses de Valeurs*⁸ en die niet is gevestigd in een land dat niet voldoet aan ten minste 10 van de door de *Financial Action Task Force* (“FATF”) voorgestelde kernaanbevelingen; kortom: als de cliënt is aangesloten bij een van de 52 aangesloten beurzen

⁷ Art. 2 lid 4 LID juncto Ministeriële beschikking d.d. 15 maart 2010, P.B. 2010, 11.

⁸ The World Federation of Exchanges: <http://www.world-exchanges.org/>.

gelegen in een land dat de FATF kernaanbevelingen voldoende opvolgt (o.a. de beurzen van Euronext en die te Londen, New York, Tokio en Frankfurt).

Het hiervoor gegeven overzicht leidt tot de conclusie dat in slechts een beperkt aantal gevallen de verplichting tot het identificeren van een cliënt bestaat.

Voorbeelden

Een advocaat is wel tot identificatie verplicht indien hem wordt gevraagd:

- te adviseren over de verkoop van een kavel van 100 m² (of meer dan wel minder);
- een veiling van een onroerende zaak voor te bereiden;
- om de koopsom inzake een transactie in *escrow* op zijn derdengeldenrekening te houden; of
- een koopovereenkomst op te stellen voor de aankoop van de aandelen in of de onderneming van (bijvoorbeeld) een bakkersbedrijfje.

Een advocaat is niet tot identificatie verplicht indien hem wordt gevraagd:

- te adviseren over de uitgifte van schuldbrieven ter waarde van Euro 150 miljard;
- een opinie af te geven ter zake van de financiering van een Airbus A380;
- de reorganisatie van een internationaal concern te begeleiden;
- te adviseren over een dreigende procedure;
- een huurovereenkomst inzake een bedrijfspand op te stellen;
- de uitgifte in erfpacht van gronden te verzorgen;
- een locale, vergunninghoudende bank te adviseren over de verkoop van een kavel van 80.000 m²;
- de overname door een vergunninghoudend trustkantoor van een ander trustkantoor te begeleiden, of
- een 'outbound' of 'inbound' omzetting van een vennootschap te begeleiden.

Twijfelgevallen, bijvoorbeeld wanneer een advocaat wordt gevraagd:

- te adviseren over een fusie tussen twee ondernemingen (in de strikte zin betreft dat immers geen overname), en
- een overeenkomst inzake een *contractuele joint venture*, een *vennootschap onder firma* of een *commanditaire vennootschap* op te stellen (valt dat onder het 'oprichten' van een vennootschap? VOF's en CV's worden niet opgericht, maar aangegaan).

Cliëntenonderzoek verplicht?

Op grond van de door het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (Meldpunt) – dat is de toezichthouder voor onder andere advocaten en accountants - uitgevaardigde richtlijnen is alleen identiteitsvaststelling niet voldoende. De richtlijnen schrijven in par. 2.2 voor dat de dienstverlener bij het standaard cliëntenonderzoek ook geacht wordt:

- indien de cliënt een rechtspersoon is, redelijke maatregelen te nemen om inzicht te verkrijgen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt. Hierbij dient de dienstverlener tevens de

identiteit van de natuurlijke personen met een controlerend belang en die van de natuurlijke personen die deel uitmaken van het bestuur en beheer achter, en de leiding van de rechtspersoon of regeling vast te stellen.⁹

- het doel en beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen. Hieronder valt onder meer onderzoek naar de aard, herkomst, bestemming van de bij de dienstverlening betrokken zaken, en
- een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de verrichte transacties uit te voeren teneinde te toetsen of de cliëntengegevens nog aan het gemaakte risicoprofiel voldoen.

Het Meldpunt geeft aan dat zijn richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 2 lid 5 LID. Daarin is bepaald dat de toezichthouder (in casu het Meldpunt) voorschriften mag geven aan de dienstverleners in het kader van de toepassing van artikel 2 lid 1 LID. Dat laatste lid echter, handelt uitsluitend over het vaststellen van de identiteit van de cliënt en de UBO, en rept met geen woord over enig nader of ander onderzoek. Dat roept de vraag op of voor de door het MOT uitgevaardigde richtlijnen, in het bijzonder de bepalingen inzake het standaard cliëntenonderzoek, wel een deugdelijke wettelijke basis bestaat. De conclusie moet mijns inziens zijn dat die wettelijke basis ontbreekt en dat de richtlijnen op die grond deels onverbindend zijn.

Deze conclusie staat los van de vraag of en in welke vorm een verplicht te stellen cliëntenonderzoek wenselijk is.

Als de huidige richtlijnen wel volledig verbindend zouden zijn, dan is de vraag naar de zin en reikwijdte van een aantal voorschriften relevant. Wanneer de (aanstaande) cliënt een lokale NV of BV is, zal het in de regel eenvoudig zijn vast te stellen wie de bestuurders en (controlerend) aandeelhouders zijn. Maar bij een internationaal opererend concern, waarvan zich één vennootschap als cliënt meldt, wordt dat al een stuk ingewikkelder. Nog ingewikkelder wordt het als delen van dat internationale concern zelf deel uitmaken van een *joint-venture* met een ander concern. Wat moet je nu allemaal precies in kaart brengen en met het oog waarop?

Voeg daar dan nog aan toe dat de richtlijnen ook verlangen dat de dienstverlener voorafgaande aan de dienstverlening onderzoek verricht naar de aard, herkomst en bestemming van de bij de dienstverlening betrokken 'zaken'. Met 'zaken' zal ongetwijfeld (mede) bedoeld zijn bij de dienstverlening betrokken 'waarden' of 'gelden', zodat wanneer Unilever zich bij u op Curaçao meldt met het verzoek een overname te begeleiden, u moet onderzoeken hoe Unilever het geld dat zij voor het voldoen van de koopprijs wil gebruiken heeft verdiend... Een zekere mate van absurditeit kan aan deze voorschriften niet worden ontzegd.

Zijsprongetje

Een opmerking nog over een meldplicht die wel voor accountants, maar niet voor advocaten geldt. Op grond van artikel 15 lid 3 van de *Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen*, is een kredietinstelling verplicht bij de opdracht tot het controleren van de jaarrekening respectievelijk van de periodiek bij de Centrale Bank in te dienen staten de accountant (de externe deskundige als bedoeld in artikel 2:121 BW) tevens te machtigen om (a) na overleg met de kredietinstelling onverwijld aan de Centrale Bank een afschrift te zenden van het accountantsrapport, van de directiebrieven en van de correspondentie die rechtstreeks betrekking heeft op de accountantsverklaring bij de jaarrekening dan wel op de in te dienen

⁹ Een alles behalve heldere formulering.

staten, (b) na overleg met de kredietinstelling onverwijld de Centrale Bank schriftelijk op de hoogte te stellen van omstandigheden die de afgifte van een goedkeurende verklaring bij de jaarrekening respectievelijk bij de in te dienen staten in gevaar zouden kunnen brengen en (c) op die stukken desgevraagd een mondelinge toelichting te geven.

Meldplicht ongebruikelijke transacties

Dan gaan we nu verder met een meldplicht van andere aard. De *Landsverordening melding ongebruikelijke transacties* ("Lv MOT") is van toepassing op advocaten (en accountants¹⁰ etc.) in dezelfde gevallen en met dezelfde uitzonderingen als de LID.

Voor zover zij advies geven of bijstand verlenen bij (i) het aan- of verkopen van onroerende zaken, (ii) het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden, (iii) het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen, of soortgelijke lichamen, en (iv) het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen, is de advocaat verplicht een daarbij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden aan het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties.

Deze beperkte reikwijdte van de Lv MOT is gezien het doel van de landsverordening, mede tegen de achtergrond van de aanbevelingen van de FATF, niet goed te verklaren. Verwacht mag worden dat de CFATF (waarover straks meer) daar in haar rapport een opmerking over zal maken.

MOT indicatoren

In de praktijk valt slechts een beperkt deel van de diensten die advocaten verrichten onder de reikwijdte van de Lv MOT. Voor de vrije beroepsbeoefenaar zijn twee objectieve indicatoren vastgesteld:

- 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 deze groep 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. Bij de subjectieve indicator dient de advocaat aan de hand van concrete omstandigheden een afweging te maken.

Met name de subjectieve indicator kan tot onzekerheid leiden. Er moet immers op basis van zijn kennis en ervaring door de advocaat (of accountant) een eigen inschatting worden gemaakt. Wanneer wordt gemeld zonder dat sprake blijkt te zijn van een ongebruikelijke transactie dan schendt de advocaat zijn geheimhoudingsplicht, terwijl het niet melden van een wel ongebruikelijke transactie een schending van de Lv MOT oplevert en kan leiden tot een bestuurlijke sanctie in de vorm van een boete dan wel strafvervolging. Aangenomen mag worden dat een advocaat (of een accountant) ter zake van de

¹⁰ Zie voor de Nederlandse regeling wat betreft accountants P.A.M. Diekman, *Meldplichten voor accountants*, MAB – Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie 5(2010), p. 228-235.

subjectieve indicator een ruime beoordelingsmarge heeft, zodat niet aanstonds voor aansprakelijkheid respectievelijk een boete dan wel strafvervolgning hoeft te worden gevreesd wanneer achteraf van een onjuiste inschatting blijkt (vgl. de artt. 15, 22b en 23 Lv MOT).

De advocaat die tot een MOT-melding is overgegaan, is niet aansprakelijk voor schade die een cliënt of een derde dientengevolge lijdt, tenzij die schade het gevolg is van opzettelijk handelen of bewuste roekeloosheid van degene die heeft gemeld (art. 15 lid 1 Lv MOT). De advocaat kan dus niet uit hoofde van wanprestatie door zijn cliënt worden aangesproken, wanneer hij in redelijkheid tot de melding mocht overgaan. Een actie uit hoofde van onrechtmatige daad zal in een dergelijk geval evenzeer stranden. De meldplicht prevaleert immers boven de geheimhoudingsplicht.

Los van het feit dat het MOT zogeheten 'banker's cheques' (waarbij de uitbetaling door de bank plaatsvindt) als 'ongebruikelijk' schijnt aan te merken, terwijl die in de praktijk gangbaar zijn, lijkt de regeling van de MOT-melding tot op heden niet tot grote problemen te leiden. Laten we daarom aan de hand van een casus maar eens kijken of we enkele mogelijke problemen kunnen identificeren.

Casus

NV A is gevestigd in Curaçao. NV A heeft een 100% dochtervennootschap (B Ltd.) die feitelijk en statutair is gevestigd te Cayman. Mr. Kornelis te Curaçao is reeds jaar en dag de huisadvocaat van NV A. Hij adviseert over uiteenlopende kwesties en krijgt daarvoor veel stukken van NV A onder ogen. In één zo'n stapel stukken zit een document waaruit Mr. Kornelis opmaakt dat B Ltd. mogelijk betrokken is bij wat hij als een ongebruikelijke transactie ziet (witwassen). Het gaat om een transactie waarbij NV A niet betrokken lijkt en die zich volledig buiten de Curaçaose jurisdictie afspeelt. Moet Mr. Kornelis deze transactie melden? De volgende vragen lijken in dat verband relevant:

1. Mr. Kornelis zal zich waarschijnlijk eerst de vraag stellen of hij wat deze zaak betreft een dienst verleent die hem meldplichtig maakt. Valt de dienst niet in één van de vier categorieën dan bestaat er immers sowieso geen meldplicht.
2. Mr. Kornelis stelt zich, zorgvuldig als hij is, nog de vraag of hij iedere afzonderlijke opdracht van zijn cliënt op zichzelf moet bekijken wat betreft de vraag of hij meldplichtig is dan wel naar het samenstel van de verschillende opdrachten.

Uitgaande van de subjectieve indicator moet een transactie worden gemeld als het vermoeden bestaat dat deze verband kan houden met witwassen of de financiering van terrorisme. Het maakt dan naar mijn mening geen verschil of het gaat om één transactie in het kader van één specifieke opdracht die aan de advocaat is gegeven of om meerdere transacties in het kader van meerdere aan de advocaat gegeven opdrachten, waarbij de advocaat zijn vermoeden baseert op de samenhang die hij tussen de transacties meent waar te nemen. Anders gezegd: de cliënt kan de meldplicht van de advocaat niet omzeilen door een ongebruikelijke transactie in stukjes te knippen, welke stukjes ieder voor zich (waarschijnlijk) niet als ongebruikelijk kunnen worden aangemerkt, om dan voor elk stukje een afzonderlijke opdracht aan de advocaat te geven.

3. Mr. Kornelis heeft een contractuele relatie met NV A, maar niet met B Ltd. Is dat voor de meldplicht op grond van het recht van Curaçao relevant?

B Ltd. is geen cliënt van de advocaat. NV A is dat wel. Als NV A bij de ongebruikelijke transactie is betrokken, dan geldt er een meldplicht. In alle andere gevallen niet. Ik zou menen dat het in dat verband geen verschil maakt of in het land waar B Ltd. is gevestigd een meldplicht voor ongebruikelijke transacties bestaat. Als de Curaçaose rechtssfeer op geen enkele wijze wordt geraakt, dan bestaat er mijns inziens voor Mr. Kornelis geen meldplicht uit hoofde van de Lv MOT.

4. Stel dat Mr. Kornelis ook met B Ltd. een opdrachtrelatie heeft en dat de aard van de dienst behoort tot de meldplichtige diensten, maakt het voor de meldplicht dan verschil of de ongebruikelijke transactie zich in Curaçao dan wel geheel buiten de Curaçaose rechtssfeer afspeelt?

De vraag is of de meldplicht ook van toepassing is als de ongebruikelijke transactie zich geheel buiten het Curaçaose rechtsgebied voltrekt. De vraag is niet of de Lv MOT extraterritoriale werking heeft, maar of een advocaat die in Curaçao zijn praktijk uitoefent op grond van de Lv MOT ook ongebruikelijke transacties van een buitenlandse cliënt moet melden. Mij lijkt dat deze vraag bevestigend zal moeten worden beantwoord. Relevant is immers dat Mr. Kornelis zijn dienst vanuit Curaçao verricht.

Als de cliënt in Curaçao is gevestigd dan raakt een ongebruikelijke transactie van die cliënt per definitie de Curaçaose rechtssfeer, ongeacht waar ter wereld die transactie feitelijk plaatsvindt.

5. Maakt het voor het antwoord op vraag 4 nog verschil of te Cayman een meldplicht voor ongebruikelijke transacties bestaat en B Ltd. ter zake van de opdracht waar Mr. Kornelis mee is belast wordt bijgestaan door een lokale advocaat?

Zie voor mijn mening het antwoord bij vraag 3 hierboven.

Financial Action Task Force

De *Financial Action Task Force* (FATF) is een intergouvernementele organisatie die op 16 juli 1989 is opgericht tijdens een bijeenkomst van de G-7 te Parijs. Het is de belangrijkste (internationale) organisatie op het gebied van het formuleren van regels ter bestrijding van witwassen. De FATF volgt al jaren allerlei jurisdicties op de voet en als die jurisdicties niet aan door de FATF ontwikkelde minimumeisen voldoen worden deze op een zwarte lijst geplaatst (een lijst van niet-coöperatieve landen en gebieden).

De FATF heeft 40 aanbevelingen ter bestrijding van witwaspraktijken goedgekeurd. Deze aanbevelingen zijn door het Koninkrijk der Nederlanden bekrachtigd en gelden dus ook voor Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Dat geldt ook voor de additionele 9 aanbevelingen die beogen het financieren van terrorisme tegen te gaan.

Bij de 40 aanbevelingen gaat het om aanbevelingen aan de leden om ervoor te zorgen dat in hun jurisdictie (wettelijk) wordt voorzien in bijvoorbeeld de strafbaarstelling van witwassen, het melden van ongebruikelijke en verdachte transacties, klantidentificatie, toezicht op de financiële sector (integriteit, deskundigheid, bedrijfsvoering, administratieve organisatie etc.), adequate opsporing van verdachte en

ongebruikelijke transacties (inclusief bevroering en confiscatie van vermogenswaarden) en effectieve internationale samenwerking en informatie-uitwisseling (bestuurlijk, administratief en strafrechtelijk).¹¹

De 9 additionele aanbevelingen zien op het voorkomen van terrorismefinanciering en zijn het directe gevolg van de aanslagen die op 11 september 2001 in de Verenigde Staten plaatsvonden. Het gaat om aanbevelingen aan de leden om er onder andere voor te zorgen dat het *VN-Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme* uit 1999 wordt geratificeerd (dat is in december 2001 gebeurd), dat financiering van terrorisme strafbaar wordt gesteld,¹² dat terroristische vermogensbestanddelen kunnen worden bevroren en geconfisqueerd, dat aandacht wordt besteedt aan de mogelijkheid om misbruik te maken van organisaties zonder winst oogmerk en dat internationale samenwerking wordt bevorderd.

Er bestaat sinds 1992 ook een *Caribbean Financial Action Task Force* (CFATF).¹³ Dit is een organisatie waaraan staten en gebieden in het Caribische gebied deelnemen. Aruba, Curaçao en Sint Maarten zijn niet alleen lid van de FATF, maar ook zelfstandig lid van de CFATF. Een van de kerntaken is de periodieke evaluatie van de leden voor wat betreft de implementatie van de CFATF/FATF-aanbevelingen. Het gaat er niet alleen om dat de benodigde wet- en regelgeving in orde is, maar ook dat die effectief wordt toegepast.

Peer review Curaçao

In Curaçao begint de 'mutual review' (een vorm van 'peer review') later deze maand en in Aruba heeft die in 2009 plaatsgevonden, waarna Aruba in een zogeheten follow-up procedure terecht is gekomen.¹⁴ Wat Curaçao betreft is er reden tot bezorgdheid voor wat betreft de uitkomsten van het onderzoek. Een belangrijk deel van de noodzakelijke wetgeving is ingevoerd of er wordt aan de invoering daarvan gewerkt, maar op het vlak van de effectieve toepassing zijn tekortkomingen te constateren. Met name op (bijvoorbeeld) het vlak van de effectieve toepassing (opsporing en vervolging) van ongebruikelijke transacties zal ongetwijfeld kritiek komen. Het toezicht op de casino's zal ongetwijfeld ook een punt van aandacht en zorg zijn.

Verwacht mag worden dat Curaçao, gelijk dat met Aruba is gebeurd, in een follow-up traject terecht zal komen en dat periodiek verslag moet worden gedaan van vorderingen die zijn gemaakt, of niet zijn gemaakt, of gedeeltelijk, met een uitleg over de reden(en) daarvan. Een schorsing van het lidmaatschap van de CFATF of een beëindiging daarvan is, gelet op de stand van zaken, niet aan de orde.

¹¹ Zie hierover verder de *Praktijkids Bestrijding witwassen & terrorismefinanciering* van het Nederlands Compliance Instituut.

¹² In de Nederlandse Antillen is terrorisme en terrorisme financiering strafbaar gesteld bij landsverordening van 10 juni 2008.

¹³ Daarnaast heb je ook nog de APG (Asia-Pacific Group on Money Laundering), de ESAAMLG (Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group), de GAFISUD (Financial Action Task Force on Money Laundering in South America) en de Moneyval van de Raad van Europa.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: [http://www.cfatf-gafic.org/downloadables/Follow-Up_reports/Aruba_Follow-up_Update_\(Final\)__\(English\).pdf](http://www.cfatf-gafic.org/downloadables/Follow-Up_reports/Aruba_Follow-up_Update_(Final)__(English).pdf)

De oordelen die de CFATF kan geven:

- Compliant: The Recommendation is fully observed with respect to all essential criteria.
- Largely compliant: There are only minor shortcomings, with a large majority of the essential criteria being fully met.
- Partially compliant: The country has taken some substantive action and complies with some of the essential criteria.
- Non-compliant: There are major shortcomings, with a large majority of the essential criteria not being met.

Het belang van een dergelijk onderzoek moet niet worden onderschat: de rapporten van de CFATF zijn openbaar en hetgeen daarin staat raakt direct de internationale reputatie van een jurisdictie. Als het rapport op wezenlijke punten negatief is, kan dat voor landen, maar ook voor bijvoorbeeld individuele banken aanleiding zijn om geen zaken te doen met personen en instellingen in Curaçao, of alleen nog onder strikte voorwaarden.

Ik dank u voor uw aandacht.