

‘Over Advocaten, Integriteit, Identificatie & Ongebruikelijke Transacties’

**Lezing d.d. 4 mei 2011 door Mr. Karel Frielink
Deken van de Orde van Advocaten Curaçao**

-

**Conferentie te Curaçao, georganiseerd door de
Nederlandse Vereniging van Advocaten-Belastingkundigen**

Dames en Heren!

1. Inleiding

Stelt u zich eens het volgende geval voor. U bent advocaat te Leiden. Behalve een snorretje, wat neus- en oorharen, is het daarboven maar een kaal landschap. U maakt zich gereed voor een afspraak in de lobby van een hotel. U zet een pruik op. Een met lange haren die lekker slordig en onverzorgd ogen. U plakt een baardje op uw kin en met een ouderwets uitzierende bril, met van die grote glazen, maakt u het geheel af. U bent, zo denkt u althans, volledig onherkenbaar.

U neemt de auto naar het hotel, begroet uw gesprekspartners en noemt een valse naam, waarna u plaats neemt in de lobby en voorzichtig aan uw kopje koffie slurpt. U vertelt het gezelschap dat u in het bestuur van de *‘Stichting SOS Armoedebestrijding in oprichting’* zit en dat het doel van de stichting het helpen van arme mensen is. In die vermomming probeert u mensen te ronselen om hun bankrekening 'uit te lenen' voor arme mensen die geen bankrekening hebben en ook niet kunnen openen. De bankrekening zou dan worden gebruikt voor mensen die door faillissement, echtscheiding of beslag geen rekening op hun naam kunnen openen en dus bijvoorbeeld geen salaris gestort kunnen krijgen.

Het hier beschreven geval is niet verzonnen. Het is ontleend aan de recente praktijk. In dit geval waren de gesprekspartners van de advocaat echter geen argeloze burgers, maar twee mensen die meewerkten aan het TV-programma *TROS Opgelicht!* en die wisten dat ze door middel van een verborgen camera werden gefilmd.¹ Of dat geld op die te openen rekeningen inderdaad

¹ De uitzending is hier te bekijken: <http://player.omroep.nl/?afIID=12405920>.

voor die doeleinden is of zou worden gebruikt, wordt nog onderzocht, maar de betrokken advocaat heeft zich intussen als zodanig alvast van het tableau laten afvoeren.²

Wat moeten we nu van dit alles denken? Er zit in ieder geval een luchtje aan deze kwestie. Waarom zou je je immers vermommen voor het ronselen van mensen om bankrekeningen te openen als je uitsluitend een nobel en wettig doel nastreeft? Het antwoord op die vraag zal nog wel even op zich laten wachten. Wat voor het onderwerp van vandaag het meest in het oog springt is het feit dat de ronselaar een *advocaat* betrof. Ook in *TROS Opgelicht!* werd dat feit herhaaldelijk benadrukt. Kennelijk wordt het beroep van 'advocaat' als iets bijzonders ervaren: bijzonder in de zin dat voor advocaten strengere normen gelden? Laten we nu eerst maar eens stil staan bij de kernwaarden van de advocatuur.

2. Beroepsbeginselen (kernwaarden) van de advocatuur

De Commissie Advocatuur onder voorzitterschap van mr. P.C.E. van Wijmen heeft op 24 april 2006 het rapport '*Een maatschappelijke Orde*' aangeboden aan de toenmalige minister van Justitie in Nederland.

De commissie heeft zes kernwaarden van de advocatuur benoemd:

1. Onafhankelijkheid
2. Partijdigheid
3. Integriteit
4. Vertrouwelijkheid
5. deskundigheid en
6. publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling

Het voornemen bestaat deze beroepsbeginselen in de Nederlandse *Advocatenwet* op te nemen. Het voorstel van wet is inmiddels aangemeld voor een plenaire behandeling in de Tweede Kamer.³ In het voorstel zijn de kernwaarden als volgt weergegeven:

"In het belang van een goede rechtsbedeling draagt de advocaat zorg voor de rechtsbescherming van zijn cliënt. Daartoe is de advocaat bij de uitoefening van zijn beroep:

- a. onafhankelijk ten opzichte van zijn cliënt, derden en de zaken waarin hij als zodanig optreedt;*
- b. partijdig bij de behartiging van de gerechtvaardigde belangen van zijn cliënt;*

² <http://www.mr-online.nl/nieuws/juridisch-nieuws/geschorste-leidse-advocaat-houdt-het-voor-gezien.html>. De betrokken advocaat was al eens tuchtrechtelijk veroordeeld vanwege zijn visitekaartje. Daarop is hij te zien met een revolver, een geweer en een munitieband over zijn toga met het onderschrift '*eerst schieten, dan praten*'.

³ <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/wetsvoorstellen/2010/07/05/wijziging-advocatenwet-ter-implementatie-van-aanbevelingen-van-de-commissie-advocatuur-en-enkele-andere-wijzigingen-jus>

- c. *deskundig en kan hij beschikken over voldoende kennis en vaardigheden;*
- d. *integer en onthoudt hij zich van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk advocaat niet betaamt; en*
- e. *vertrouwenspersoon en neemt hij geheimhouding in acht binnen de door de wet gestelde grenzen.”*

De kernwaarden dienen als een toetsingskader voor de beroepsuitoefening door advocaten en de beroepsregulering. Het zijn dus ook tuchtrechtelijk relevante normen, die advocaten derhalve in acht *moeten* nemen.

Het aardige is dat in de discussie die in Nederland over de kernwaarden wordt gevoerd, steeds wordt benadrukt dat het niet om nieuwe, maar eigenlijk om eeuwenoude waarden gaat, behalve dan wellicht de publieke verantwoordelijkheid voor de goede rechtsbedeling. Ook in de Memorie van Toelichting (MvT) wordt aangegeven dat het niet om nieuwe waarden gaat. Het zijn bovendien beginselen die deels ook voor andere beroepsbeoefenaren gelden, met name ook waar het gaat om integriteit, deskundigheid en vertrouwelijkheid.

Uit de MvT wordt, ondanks de vele woorden die worden gewijd aan een groeiende diversiteit en meer markt oriëntatie in de advocatuur, toch niet goed duidelijk waarin nu precies de noodzaak is gelegen tot expliciete wettelijke verankering van deze beginselen in de Advocatenwet. Voor ons is dat, vandaag althans, ook iets minder van belang.

De advocaat neemt een bijzondere positie in, zoveel is wel duidelijk geworden. Aan hem worden hoge eisen gesteld wat betreft onder meer deskundigheid en integriteit. En vanwege zijn bijzondere positie komt aan hem een met zijn geheimhoudingsplicht samenhangend functioneel of professioneel verschoningsrecht toe (art. 144 lid 2 sub b WvBRv Curaçao en art. 252 WvSv Curaçao). Waar anderen gehouden zijn te spreken, mag en veelal moet de advocaat zwijgen.⁴

In de (Nederlandse) MvT wordt geconstateerd dat het beeld dat men in het verleden van de advocaat had vooral dat was van één van de notabelen, die in de ogen van de rechtzoekende de autoriteit was voor rechtskundige bijstand. De MvT vervolgt:

“Het beeld van vrije beroepsbeoefenaren als een stand van notabelen bestaat niet meer. De positie van de advocaat is die van zakelijk dienstverlener geworden die door de burger met de ogen van een kritische consument wordt aanschouwd.”

⁴ Artikel 9 van de Gedragsregels voor Advocaten Curaçao bepaalt dat advocaat verplicht is tot geheimhouding van alles wat hem in of bij de uitoefening van zijn beroep van de zijde van zijn cliënt ter kennis komt, alsmede dat de geheimhoudingsplicht ook voortduurt na de beëindiging van de relatie met de cliënt.

Maar even verder valt in de MvT te lezen:

“De hierboven beschreven ontwikkelingen hebben de rol en de positie die de advocaat inneemt in onze rechtsorde niet wezenlijk veranderd.”

En toch gaan we de kernwaarden nu wettelijk verankeren, althans in Nederland. Van enige noodzaak op dat punt is mij niet gebleken.

In de MvT wordt het *“belang van een goede rechtsbedeling”* centraal geplaatst. Het doen en laten van advocaten en hun beroepsbeginselen staan, aldus nog steeds de MvT, in de sleutel van dit algemene belang. Ik heb mij, figuurlijk, flink achter de oren gekrabd: de advocaat als dienaar van het (algemene) belang van een goede rechtsbedeling? Zou voor het openbaar ministerie ook zo’n norm gelden? En wat moeten we nou onder zo’n norm verstaan? Dat de advocaat ervoor zorgt dat zijn cliënt de wettelijke mogelijkheden om zijn gelijk te halen maximaal benut? Of dat de advocaat dat juist probeert te voorkomen, zodat ook de wederpartij van zijn cliënt of het openbaar ministerie een stuk van de ‘goede rechtsbedeling’ ten deel valt? Het gebruik van dit soort vrij algemene en daardoor vage termen helpt ons doorgaans niet veel verder.

Als het *“belang van een goede rechtsbedeling”* in meer technische zin wordt opgevat, dan laat zich daarbij wel een voorstelling maken. Met name de kernwaarde ‘deskundigheid’ van de advocaat speelt dan een rol: de procesadvocaat bijvoorbeeld, moet zorgen dat stukken tijdig en op de juiste wijze worden ingediend, dat de relevante argumentatie duidelijk over het voetlicht wordt gebracht en, niet in de laatste plaats, dat zijn cliënt tijdig en adequaat wordt geadviseerd over zijn rechtspositie en zijn proceskansen.⁵

Wanneer we kijken naar de mogelijke betrokkenheid van advocaten bij witwaspraktijken dan staat het begrip ‘integriteit’ centraal. Er zijn in dit verband wereldwijd twee soorten advocaten te onderscheiden. De eerste, kleine groep bestaat uit advocaten die welbewust meewerken aan criminele activiteiten. Over die advocaten wil ik het niet hebben. Die moeten worden opgepakt, berecht en als het even kan een beroepsverbod opgelegd krijgen. De regels inzake cliëntidentificatie en het melden van ongebruikelijke transacties zijn ook niet in de eerste plaats geschreven voor degenen die ze bewust zullen ontduiken, maar voor die andere groep advocaten: de advocaten die mogelijk en zonder dat zij zich daarvan (direct) bewust zijn, op enigerlei wijze betrokken raken bij strafbare feiten. Die tweede groep, de grote groep zal ik maar zeggen, bestaat uit integere advocaten.

Integere beroepsuitoefening is, aldus de MvT, *“essentieel om de bijzondere positie van de advocaat te legitimeren en het vertrouwen in de beroepsgroep te waarborgen. Integer wil zeggen*

⁵ Zie verder mijn bijdrage ‘De Advocaat M/V’, in: Karel Frielink en Mirto F. Murray, *Twee Curaçaose Meesters. Varia Juridica*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2011.

dat de advocaat boven de zaak staat, hij belangenverstrengelingen tegen gaat en zich kan verantwoorden voor zijn keuzes, gegeven zijn rol binnen de rechtsorde. Cliënten moeten erop kunnen vertrouwen dat de advocaat zich op hun belang richt (partijdigheid), zij het binnen de grenzen van het recht.”

Op de advocaat rust dus ook 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, hij moet 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.

3. Identificatieplicht in Curaçao

Voor onder andere advocaten, notarissen en belastingadviseurs geldt op Curaçao (en overigens ook op Sint Maarten en de BES-eilanden⁶) met ingang van 15 mei 2010 de verplichting om cliënten te identificeren alvorens diensten te verlenen.

In het kort luidt de regeling als volgt: de dienstverlener is verplicht de identiteit van een cliënt en de uiteindelijk belanghebbende (UBO), indien die er is, vast te stellen voordat hij aan die cliënt een dienst verleent (art. 2 lid 1 van de Landsverordening identificatie bij dienstverlening; “LID”). Enkele relevante kernbegrippen zoals die in artikel 1 LID zijn gedefinieerd:

- *dienstverlener*: een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verricht;
- *cliënt*: een ieder aan wie een dienst wordt verleend;
- *UBO*: de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming of gekwalificeerd belang heeft of houdt in een rechtspersoon of vennootschap of de natuurlijke persoon die gerechtigd is tot de activa of opbrengsten van een trust of stichting particulier fonds;
- *gekwalificeerde deelneming of gekwalificeerd belang*: een rechtstreeks of middellijk belang van 25% of meer van het nominaal kapitaal of een daarmee vergelijkbaar belang of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van 25% of meer van de stemrechten of het rechtstreeks of middellijk kunnen uitoefenen van een daarmee vergelijkbare zeggenschap.

De wet bevat een ruime omschrijving van activiteiten die als ‘dienst’ kwalificeren en die dus tot vaststelling van de identiteit van de cliënt en de eventuele UBO verplichten. Voor advocaten,

⁶ In Aruba geldt met ingang van 5 februari 2009 een identificatie- en meldplicht voor onder andere advocaten en notarissen (Landsverordening uitbreiding identificatie- en meldplicht, A.B. 2009, 14 juncto A.B. 1995, 85 en 86).⁶ Zie daarover de bijdrage van Mirto F. Murray ‘De advocaat als financiële dienstverlener’, in: Karel Frielink en Mirto F. Murray, *Twee Curaçaose Meesters. Varia Juridica*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2011.

notarissen, belastingadviseurs en accountants zijn “slechts”⁷ (dus: 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 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 deze diensten echter verband houden met de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding, of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, dan is niet sprake van een 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 hebben te maken met geschillen of potentiële geschillen of ter vermijding van geschillen.

Er zijn ook categorieën cliënten die je als advocaat of notaris niet hoeft te identificeren, omdat die zijn vrijgesteld (art. 2 lid 4 LID juncto Ministeriële beschikking d.d. 15 maart 2010, P.B. 2010, 11): 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 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) dan geldt de vrijstelling van de identificatieplicht.

⁷ 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).

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

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

Ik ga hier even voorbij aan het feit dat de genoemde beroepsbeoefenaren soms ook andere diensten beroepsmatig verrichten, bijvoorbeeld trustdiensten, waarvoor zij dan een vergunning of vrijstelling behoeven, en in dat kader tot identificatie verplicht zijn. Ik wil mij vandaag beperken tot wat behoort tot de kernactiviteiten van de advocatuur (en deels ook van het notariaat).

4. Voorbeelden (ontbreken van) identificatieplicht

Laten we eerste eens aan de hand van enkele voorbeelden kijken in welke gevallen wel en in welke gevallen niet de verplichting bestaat om de cliënt voorafgaande aan de dienstverlening te identificeren:

U bent als advocaat wel tot identificatie verplicht indien u wordt gevraagd:

- te adviseren over de verkoop van een kavel van 100 m²;
- een veiling van een onroerende zaak voor te bereiden;
- om de koopsom inzake een transactie in *escrow* op uw derdengeldenrekening te houden; of
- een koopovereenkomst op te stellen voor de aankoop van de aandelen in of de onderneming van een bakkersbedrijfje.

U bent als advocaat niet tot identificatie verplicht indien u 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 u als advocaat wordt gevraagd:

- te adviseren over een over fusie tussen twee ondernemingen (in de strikte zin betreft dat immers geen overname), en

- een overeenkomst inzake een *vennootschap onder firma* op te stellen (valt dat onder het ‘oprichten’ van een vennootschap? Een VOF wordt niet opgericht, maar aangegaan).

5. De identificatieplicht nader beschouwd

Let wel: het ging hiervoor alleen nog maar om de verplichting tot het vaststellen van de identiteit van de cliënt (en de eventuele UBO) aan de hand van de in de landsverordening voorgeschreven documenten. De verplichting tot het vaststellen van de identiteit van de cliënt (en de UBO) bestaat, zoals we hebben gezien, gelukkig in maar een beperkt aantal gevallen. Maar als de verplichting tot het vaststellen van de identiteit bestaat, dan is het verboden om een dienst te verlenen indien de identiteit van de cliënt niet op de bij de landsverordening voorgeschreven wijze is vastgesteld (art. 9 LID).

Dat laatste levert in de praktijk natuurlijk de nodige problemen op, zeker wanneer het gaat om in het buitenland woonachtige of gevestigde cliënten. 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 er volgens de wet met het verlenen van diensten mag worden begonnen.

Zelfs bij het in de praktijk gehanteerde en geaccepteerde systeem, waarbij na ontvangst van scans per e-mail met de dienstverlening mag worden begonnen als de originelen maar binnen twee weken daarna zijn ontvangen, ontstaan problemen. Die termijn is niet zelden te kort. Bovendien, zo leert navraag bij dienstverleners, hebben veel cliënten geregeld een zekere tot grote spoed en kan niet op de afloop van de identificatieprocedure worden gewacht. En wat te denken van landen waar geen of geen makkelijk toegankelijk handelsregister voorhanden is, waardoor extra vertraging wordt opgelopen? Onder de kop “*De terreur van de LID en de MOT*” is door mr Jeffrey Sybesma op 25 maart 2010 een voordracht gehouden, die ook is verschenen in de AJV-Nieuwsbrief (1/2010, p. 13-18). Niet alleen laat Sybesma zien tot welke problemen deze wetgeving aanleiding kan geven, hij stelt ook de terechte vraag naar de effectiviteit van de identificatieplicht (hoeveel boeven zijn er al gepakt?) en de vraag naar de proportionaliteit (gaat deze regelgeving niet veel te ver?).

Ik breng in dat verband in herinnering dat ‘deskundigheid’ en ‘integriteit’ tot de kernwaarden van de advocatuur behoren, en dat daarom de vraag legitiem is waarom de advocatuur (maar ook andere beroepsgroepen) worden opgezadeld met een bewerkelijk en tamelijk formalistisch systeem, waarvan de effectiviteit op zijn minst genomen twijfelachtig is. Waarom wordt het niet aan de beroepsgroep zelf overgelaten om te bepalen in welke mate en op welke wijze identificatie van nieuwe cliënten plaatsvindt en welk eventueel nader onderzoek nodig wordt geacht?

Vanwege de genoemde en andere problemen dienen de regels naar mijn mening grondig te worden herzien. Als de verplichting tot vaststelling van de identiteit gehandhaafd blijft, en gezien het internationale klimaat moet daarvan voorlopig worden uitgegaan, dan moeten de regels soepeler en simpeler worden. Hier volgen enkele (nog uit te werken) voorstellen:

- Als een cliënt reeds cliënt is van een op Curaçao onder toezicht van de Centrale Bank staande instelling, dan zou het voldoende moeten zijn wanneer de advocaat (of notaris etc.) van die instelling (bijvoorbeeld een bank of trustkantoor) een verklaring ontvangt dat de identiteit van de cliënt (en eventuele UBO) is vastgesteld (afgeleide identificatie).⁹
- Als een cliënt reeds cliënt is van een buitenlandse dienstverlener of instelling op wie een met de Curaçaose regeling vergelijkbare verplichting tot vaststelling van de identiteit rust, dan zou het voldoende moeten zijn wanneer de advocaat (of notaris etc.) op Curaçao van die buitenlandse dienstverlener of instelling (bijvoorbeeld een buitenlandse advocaat of accountant) een verklaring ontvangt dat de identiteit van de cliënt (en eventuele UBO) overeenkomstig de wettelijke bepalingen in het betreffende buitenland is vastgesteld (afgeleide identificatie).¹⁰
- De dienstverlener mag afgaan op de door de cliënt verstekte gegevens. Of en in hoeverre verificatie¹¹ van deze gegevens nodig wordt geoordeeld hangt af van de ontvangen documenten (het maakt immers verschil of een scan van een paspoort per e-mail wordt gestuurd of de dienstverlener zelf een kopie van het origineel maakt) en de inschatting van de risico's die de dienstverlener zelf maakt.¹²
- Als de dienstverlening geen uitstel duldt en de inschatting van de dienstverlener is dat er geen of weinig risico is op witwassen of financieren van terrorisme, dan mogen diensten worden verleend, ook al is het proces van identificatie (en waar nodig verificatie van de ontvangen identificatiedocumenten) nog niet afgerond. Die afronding moet dan wel zo spoedig mogelijk plaatsvinden.

⁹ Het MOT staat reeds nu toe dat volstaan kan worden met een vereenvoudigd onderzoek waar het betreft Curaçaose overheidsinstellingen of staatsbedrijven, of beursgenoteerde vennootschappen, inclusief 100% dochterondernemingen. In plaats van de 100%-grens, zou wat mij betreft ook kunnen worden gekozen voor bijvoorbeeld "een controlerend belang".

¹⁰ Het MOT 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 uitgevoerde *Customer Due Diligence*-maatregelen ("CDD") en (iv) dient kopieën van de originele identiteitsgegevens en andere relevante documentatie met betrekking tot de CDD-vereisten in zijn dossier te hebben.

¹¹ Het onderscheid tussen deze twee begrippen is niet geheel duidelijk. Als de identiteit is vastgesteld ligt daar in de regel verificatie aan ten grondslag. Waarschijnlijk is bedoeld dat de identiteit aan de hand van een bepaald document *prima facie* kan worden vastgesteld, maar dat nader onderzoek naar de status van dat document (verificatie) gewenst kan zijn.

¹² Denk in dat verband bijvoorbeeld aan politiek prominente personen (ook wel *Politically Exposed Person's* of PEP's), maar ook aan hun directe familieleden en naast geassocieerden.

Ik herhaal: we hebben het alleen nog maar gehad over de vaststelling van de identiteit. Op grond van de door het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (MOT) – dat is de toezichthouder voor onder andere advocaten en notarissen - 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.
- 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 MOT geeft aan dat zijn richtlijnen zijn gebaseerd op artikel 2 lid 5 LID. Daarin is bepaald dat de toezichthouder (in casu het MOT) 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 voldoende wettelijke basis bestaat. Daaromtrent bestaat op zijn minst twijfel en bepleitbaar is dat de richtlijnen deels onverbindend zijn.

Als de richtlijnen wel volledig verbindend 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. Bedoeld zal ongetwijfeld (mede) zijn bij de dienstverlening betrokken 'waarden' of 'gelden', zodat wanneer Unilever zich bij u op Curaçao meldt om 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.

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 mogelijk witwaspraktijken te voorkomen en om te voorkomen dat dienstverleners betrokken raken bij de financiering van terrorisme. Gelet op de

kernwaarden die voor advocaten (en notarissen) gelden, ligt het, als gezegd, voor de hand om aan henzelf over te laten of en in welke mate zij naast identificatie (en verificatie van ontvangen documenten, waar nodig) nader onderzoek naar de cliënt nodig achten. Als zij het risico laag inschatten of wanneer het gaat om bepaalde categorieën cliënten zouden zij bijvoorbeeld wat betreft de UBO kunnen volstaan met een eenvoudige, door de UBO te ondertekenen verklaring, en als zij het risico hoger inschatten kunnen zij bijvoorbeeld onderzoek op het Internet doen. Dat is ook het systeem dat in Nederland wordt gehanteerd (een *'principle-based'* systeem) en het is redelijk onbegrijpelijk waarom wij hier een verouderd en omslachtig systeem hebben ingevoerd.

6. Melding ongebruikelijke transacties

De Landsverordening melding ongebruikelijke transacties ("Lv MOT") is van toepassing op advocaten (en notarissen 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.

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 kennis en ervaring door de advocaat (of notaris) 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 strafvervolgning. Aangenomen mag worden dat een advocaat ter zake van de 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 niet op grote problemen te stuiten.

7. Toezicht op advocaten

Het toezicht op advocaten (en notarissen etc.) uit hoofde van de LID en de Lv MOT ligt bij het MOT.

De functionarissen van het MOT hebben in het kader van het toezicht op de naleving van de verplichtingen ingevolge de LID en de Lv MOT, maar uitsluitend voor zover dat voor de vervulling van hun taak redelijkerwijs noodzakelijk is, de bevoegdheid van de advocaat inlichtingen te vragen, inzage te verlangen van alle boeken, bescheiden en andere informatiedragers, zoals elektronische bestanden en daarvan afschrift te nemen of deze tijdelijk mee te nemen, en alle plaatsen, met uitzondering van woningen, te betreden.

Dat toezicht stuit op principiële bezwaren. Die principiële bezwaren doen zich wat betreft de LID in mindere mate gevoelen, wanneer door de advocaat een separaat cliëntidentificatiedossier wordt aangehouden en het toezicht zich niet verder dan tot dergelijke dossiers uitstrekt. De kennisneming door functionarissen van het MOT van de zaakdossiers is echter uit den boze.

Het beroep van advocaat (maar dat geldt ook voor de notaris) is aan te merken als een vertrouwensberoep. Dat betekent dat de cliënten er vanuit mogen gaan dat hetgeen zij bespreken met een advocaat vertrouwelijk zal worden behandeld. Dat uitgangspunt is ook door de wetgever onderkend in de vorm van een wettelijke geheimhoudingsplicht en het daarmee verband houdende verschoningsrecht voor advocaten (en notarissen).

Een goed functionerende advocatuur is van wezenlijk belang voor het goed functioneren van een rechtsstaat. In een rechtsstaat dient een deskundig opgeleide groep beroepsbeoefenaren te bestaan, tot wie de justitiabele zich in vertrouwen kan wenden in conflicten met andere

justitiabelen of de overheid, zonder uit dien hoofde bevreesd te zijn dat represailles zullen volgen of door het inroepen van bijstand bepaalde feiten bekend zullen worden.¹³

Het respecteren van de vertrouwelijke relatie tussen advocaat en cliënt is een belangrijk element en een essentiële voorwaarde om rechtsbijstand te kunnen verlenen. Het is een uitwerking van het grondrecht van bescherming van de persoonlijke levenssfeer dat is vastgelegd in artikel 8 EVRM alsmede het recht op verdediging en bijstand in strafzaken zoals neergelegd in artikel 6 EVRM. Hierin zijn de fundamentele van het verschoningsrecht gelegen.

De Hoge Raad heeft de afgelopen decennia in een lange reeks van vaste jurisprudentie telkenmale aanvaard dat het belang van de processuele waarheidsvinding slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden boven het verschoningsrecht van de advocaat moet prevaleren. Voorts volgt uit deze constante stroom van jurisprudentie dat de omstandigheden waaronder de advocaat het verschoningsrecht met vrucht kan inroepen zich veel verder uitstrekken dan de situatie waarin hij tot wettelijke getuigenis in civiele of in strafzaken wordt opgeroepen. De advocaat kan zich op zijn verschoningsrecht beroepen in elke andere denkbare situatie waarin zijn geheimhoudingsplicht hem daartoe noodzaakt. Zo beschouwd kan het verschoningsrecht van de advocaat als nagenoeg absoluut worden betiteld.

Het verschoningsrecht strekt zich niet uit tot ieder feit. Het object van het verschoningsrecht betreft slechts *“hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd”*. Slechts ten aanzien van informatie die de advocaat in zijn hoedanigheid van advocaat heeft verkregen, mag hij zich dus verschonen. De reikwijdte van dit begrip wordt steeds weer aan de orde gesteld in literatuur en jurisprudentie.

De kernwaarden van de advocatuur brengen met zich dat toezicht op de advocatuur door de beroepsgroep zelf moet worden ingevuld. Er dient geen externe toezichthouder te zijn voor de advocatuur. Deze tast immers de onafhankelijkheid van de advocatuur ernstig aan. Een advocaat moet zich, teneinde zijn cliënt goed bij te staan, fel en onbekommerd tegen ieder orgaan van de overheid kunnen keren. Daar hoort geen toezicht bij dat uitgaat van diezelfde overheid. Daar hoort toezicht bij dat recht doet aan de rol en de positie van de advocatuur in de rechtsstaat. Dat toezicht kan heel wel intern, en waar nodig achteraf door de rechter, worden uitgeoefend.

Bovenstaande uitgangspunten worden in grote lijnen ondersteund door het rapport *“Het bestaande is geen alternatief: een verkenning naar verbeteringen in het toezicht op de advocatuur”* van mr. A.W.H. Docters van Leeuwen.¹⁴ Het volgende citaat uit dat rapport spreekt voor zich:

¹³ Een deel van de tekst is ontleend aan een notitie d.d. 29 juni 2010 die mr E.R., de Vries op verzoek van het bestuur van de Orde van Advocaten Curaçao heeft geschreven en die is gericht aan de *‘Werkgroep geheimhoudingsplicht advocaten en notarissen in verband met meldingsplicht op grond van de Landsverordening melding ongebruikelijke transacties’*.

¹⁴ Nederlandse School voor Openbaar Bestuur, maart 2010.

“De eerste reden is van constitutionele aard. Als wij ernst maken met de onafhankelijkheid van de advocaat, die zich teneinde zijn cliënt goed bij te staan op furieuze wijze tegen een orgaan van de Staat moet kunnen keren, dan hoort daar geen toezicht bij dat uitgaat van diezelfde Staat. Hierin onderscheidt de advocaat zich van alle andere geprivilegieerde beroepen.”

De Orde van Advocaten Curaçao is uiteraard bereid met het MOT een systeem te ontwikkelen waarbij vanuit de Orde van Advocaten Curaçao (intern) systeemtoezicht plaats zal vinden op naleving van de Lv MOT door de advocatuur. Daarbij doelt de Orde van Advocaten Curaçao met name op een vorm van toezicht die er voor zorgt dat bij die advocatenkantoren waar diensten worden verricht die mogelijk tot een melding op basis van de Lv MOT kunnen verplichten, een systeem bestaat waarin de meldingsplicht wordt gesignaleerd en wordt nagekomen en dat vanwege de Orde van Advocaten Curaçao op de aanwezigheid van dat systeem wordt gecontroleerd. Daarbij zou de Orde van Advocaten Curaçao openstaan voor het in overleg met het MOT vaststellen van algemene richtlijnen voor de advocaten die diensten verrichten die onder de Lv MOT vallen.

8. Tot slot

Ik kom weer terug bij de inleiding en het TV-programma *TROS Opgelicht!*. In dat programma was sprake van verwondering en verontwaardiging omdat het nu juist een vermomde *advocaat* was die mensen probeerde te ronselen om een bankrekening te openen en voor betalingsverkeer aan anderen ter beschikking te stellen. Kennelijk kleeft er in de beleving van de buitenwereld toch iets ambivalents aan het beroep van advocaat: enerzijds een notabele, maar anderzijds misschien toch niet helemaal te vertrouwen. Desondanks neemt het aantal advocaten gestaag toe.

Zonder te zijn beëdigd mag men zich alhier geen advocaat noemen. De beëdiging als advocaat is voor iedere beginneling een hoogtepunt, een duidelijke start. De advocaat neemt verantwoordelijkheid op zich en hij doet dat onder ede.¹⁵ Waarom vinden sommige mensen ‘advocaat’ het mooiste beroep, of beter: de mooiste roeping? Waarom zette Katadreuffe in Bordewijk's *Karakter* alles op alles om advocaat te worden? Kennen zij niet het verhaal, waar of niet, dat zich afspeelde in de eerste helft van het tweede millennium?

De advocaten uit die tijd wensten zich een schutspatroon. Zij vaardigden Sint Yvo (1253-1303) af om vanuit Bretagne naar Rome, meer speciaal het *Lateranum* te reizen, teneinde bij Zijne

¹⁵ Art. 3 lid 2 Advocatenlandsverordening 1959 schrijft de navolgende eed of belofte voor: “*Ik zweer (beloof) getrouwheid aan de Koning, gehoorzaamheid aan het Statuut en de Staatsregeling, eerbied voor de rechterlijke autoriteiten, en dat ik geen zaak zal aanraden of verdedigen, die ik in gemoede niet gelove rechtvaardig te zijn*”. Met name over dit laatste is veel te zeggen. Hier wordt slechts naar enkele historische bespiegelingen van B.H.D. Hermesdorf, *Licht en schaduw in de advocatuur der lage landen*, Leiden: E.J. Brill 1951, p. 118-124 verwezen en naar F.A.W. Bannier en N.A.M.E.C. Fanoy, *Beroep: advocaat*, Deventer: Kluwer 2005, p. 225-237.

Heiligheid dienovereenkomstig te requesteren. Het verzoek werd in dier voege toegestaan, dat Yvo één van de op het plein staande standbeelden mocht uitkiezen, doch niet dan nadat hij was geblinddoekt. Onder luide aanmoediging van de aanwezige prelaten zocht hij zich een weg, totdat hij eindelijk tot stilstand kwam. Hij hield zijn hand op een standbeeld en verklaarde zijn keus gemaakt te hebben. Hij werd ontdaan van zijn blinddoek en tot vermaak van alle omstanders bleek hij een beeld van de duivel gekozen te hebben. Diepbedroefd keerde hij – onverrichter zake, naar u zult begrijpen - naar Bretagne terug om daar niet veel later te overlijden.

Uiteindelijk is Sint Yvo, die wat zijn beroepsuitoefening betreft tot voorbeeld voor velen strekt, door Paus Clemens VI heilig verklaard. Zijn grafscript heeft eraan bijgedragen dat Sint Yvo voortaan de schutspatroon der advocaten zou zijn. Hoe luidde dat grafscript? *Sanctus Yvo erat Brito, Advocatus et non latro. Res miranda populo.*¹⁶

Ik dank u voor uw aandacht.

¹⁶ “Sint Yvo was een Breton; een advocaat, maar toch geen dief. Iets waarover het volk zich verwonderde.” Zie over Sint Yvo verder: <http://saints.sqpn.com/saint-ivo-of-kermartin/> en <http://www.heiligen-3s.nl/heiligen/05/19/05-19-1303-lvo-Helory-Treguier.php>.