

PROF.MR. K.L.H. VAN MENS / MR. M. BOUALLOUCH

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

De gebeurtenissen in New York op 11 september 2001 en andere terroristische aanslagen hebben de vraag actueel gemaakt of adequate signalering van illegale geldstromen en transacties een bijdrage kan leveren aan de effectieve bestrijding van terrorisme. Het oprollen van zwartgeldcircuits – al dan niet in samenhang met het leggen van de hand op geldstromen ter financiering van terrorisme – is sindsdien een toenemende prioriteit van overheden geworden.

Het is een publiek geheim dat in Nederland jaarlijks miljarden euro's worden verdiend met criminaliteit. Daarbij valt met name te denken aan illegale prostitutie, aan mensenhandel, aan drugsproductie en drugshandel, aan illegale wapenhandel, aan illegale immigratie, aan illegaal gokken en aan bepaalde vormen van ontduiking van belasting en accijnzen. Om hun illegale winsten te kunnen gebruiken, willen terroristen en criminelen de herkomst ervan verhullen en het geld ongemerkt kunnen aanwenden dan wel in het gelegaliseerde economische verkeer brengen. Men zou kunnen stellen dat het streven van de onderwereld erop is gericht om geld en goederen

ofwel gedurende zekere tijd ongezien te houden dan wel om geld en goederen ongezien, dat wil zeggen zonder toepassing van strafrechtelijke of economische sancties, in de bovenwereld te brengen. Dit fenomeen noemt men witwassen.¹ Als we op de meldingen ervan mogen afgaan lijken criminelen hun zwarte geld in toenemende mate wit te wassen door het aangaan van financiële transacties.² Het kan ook zijn dat de signalering is verbeterd. Wat daarvan zij, uit het jaarlijkse verslag van het Meldpunt ongebruikelijke transacties (hierna: Meldpunt) blijkt dat het aantal ongebruikelijke transacties in 2001 ten opzichte van het jaar 2000 zelfs met 59% is gestegen tot 76.085. Het Meldpunt gaf na analyse ruim 20.000 verdachte transacties door aan de politie. Dit is een toename van 84% ten opzichte van het jaar 2000. In totaal bedraagt de waarde van de in 2001 doorgegeven transacties liefst 1,1 miljard euro.³

Recent is de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties gewijzigd naar aanleiding van de herziening van de zogenaamde Witwasrichtlijn.⁴ Het daarbij behorende Uitvoeringsbesluit wordt dezer dagen vastgesteld.⁵ Onderdeel van de wijziging is de invoe-

1 Het verschijnsel om geld of goederen met het oog op beoogde terroristische acties gedurende zekere tijd voor de bovenwereld ongezien te houden zouden wij als 'terrodiven' of 'Terrodiven' willen aanduiden.

2 Toen de minister van Justitie werd gevraagd naar de bedragen die omgaan in het 'witwasircuit' antwoordde hij: 'Zoals reeds in het begin van deze nota aangegeven zijn harde kwantitatieve gegevens over het fenomeen witwassen schaars, [...] Een en ander maakt dat ik niet – met enige zekerheid – kan aangeven of de Nederlandse economie per saldo wordt verrijkt met criminele gelden, dan wel of een vlucht naar het buitenland plaatsvindt, noch hoe de omvang van het witwassen in Nederland zich verhoudt tot het buitenland.' (TK 200-2001, 27 159, nr. 5).

3 In november vorig jaar meldde – toen nog – minister Zalm de grote stijging al. Veel mensen wilden voor de invoering van de euro af van hun zwarte gulden.

4 Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld.

5 Wet en besluit berusten in vergaande mate op een EG-richtlijn die uiterlijk op 15 juni 2003 dient te worden geïmplementeerd in nationale wetgeving.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

ring van een meld- en identificatieplicht voor advocaten, notarissen en andere juridische adviseurs. Het is duidelijk dat een meldplicht van advocaten en notarissen een vergaande inperking van het verschoningsrecht met zich meebrengt. Aspecten van privacy zijn eveneens in het geding, nu deze door de wijziging van de Wet MOT worden ingeperkt.

Natuurlijk kan men tegen het kritisch staan tegenover de wijzigingen inbrengen dat het oprukken van Al-Qaeda en andere terroristische organisaties alsook de toenemende infiltratie van criminele organisaties onvervaard een halt moeten worden toegeroepen. Heiligt het doel de middelen? De auteurs van dit artikel waren in eerste instantie geneigd hierop een positief antwoord te geven. Bij nader inzien lijkt de conclusie gewettigd dat het verschoningsrecht van advocaten en notarissen als principe van een rechtsstaat een dermate groot gewicht dient te worden toegekend dat inperking ervan met terughoudendheid en nuance eerder noodzaak is. Over de hier bedoelde spanning tussen verschoningsrecht als rechtsstatelijk beginsel en de uitholling ervan ter bestrijding van terrorisme en criminaliteit gaat dit artikel.

In het gekozen bestek zullen wij onze aandacht grotendeels richten op de meldplicht en de consequenties daarvan voor advocaten en notarissen. Er zal worden ingegaan op de (Europese) wetgeving en de daarin aangebrachte veranderingen. Vervolgens zal commentaar worden geleverd op de meest in het oog springende wijzigingen. Ten slotte zal worden ingegaan op belastingfraude. Onze opzet daarbij is om globaal enkele ontwikkelingen op het gebied van de Wet MOT te schetsen.

Richtlijn 91/308/EEG*De regeling*

De laatste decennia zijn er in internationaal verband diverse maatregelen genomen om het witwassen van crimineel geld tegen te gaan.⁶ Een van deze

maatregelen was het vaststellen van de Richtlijn nr. 91/308/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (hierna: Richtlijn 1991). Met de Richtlijn 1991 werd beoogd om te voorkomen dat financiële en kredietinstellingen gebruikt worden om de criminele oorsprong van geld te verbergen. Om dit misbruik tegen te gaan verplicht de Richtlijn 1991 de lidstaten om het witwassen van vermogen te verbieden.⁷

De richtlijn voorziet in een identificatieplicht voor kredietinstellingen indien sprake is van een verdachte (financiële) transactie. Financiële instellingen dienen hun cliënten voor het verlenen van de dienst te identificeren.⁸ De identificatieplicht heeft preventieve werking omdat de crimineel het meest kwetsbaar is op het moment dat hij een relatie aangaat met degene die het criminele geld moet witwassen. Dat is namelijk het moment waarop contact ontstaat tussen de criminele wereld en de legale wereld. De kans op ontdekking is dan het grootst.⁹

Verder voorziet de richtlijn in een meldplicht. Financiële instellingen dienen met bijzondere aandacht elke transactie te onderzoeken die door haar aard verband zou kunnen houden met het witwassen van geld.¹⁰ Verdachte transacties dienen op eigen initiatief door de financiële instelling te worden gemeld aan de autoriteiten die verantwoordelijk zijn voor het bestrijden van het witwassen. Daarnaast rust op financiële instellingen de verplichting om alle informatie aan overheden te verstrekken waar deze om verzoeken.¹¹ Sluitstuk van het geheel is dat de financiële instellingen de cliënt niet op de hoogte mogen stellen van het feit dat er een melding is geweest of een onderzoek aan de gang is.¹² Dit verschijnsel dat de persoon of instantie die een wantoestand rapporteert de belanghebbende(n) van die rapportage in het ongewisse laat, zullen wij hierna aanduiden als het *tipping off-verbod*. Het onkundig houden is erop gericht om te voorkomen dat de argwaan van de ver-

6 Wij wijzen op het Verdrag van de Verenigde Naties tegen de sluikhandel in verdovende middelen en psychotrope stoffen (Wenen, 20 december 1988, *Tib.* 1990, 94) en het Verdrag inzake het witwassen, de opsporing, de inbeslagneming en de confiscatie van opbrengsten van misdrijven (Straatsburg, 8 november 1990, *Tib.* 1990, 172). Verder wijzen wij op de veertig aanbevelingen van de Financial Action Task Force on money laundering. Zie in dit verband laatstelijk de rapportage inzake de lijst van 'non-coöperatieve Countries and Territories' (NCCT's) 2001-2002 op www.fatf-gafi.org.

7 Uit artikel 2 blijkt dat de reikwijdte van de Richtlijn 1991 beperkt is tot het bestrijden van het witwassen van de opbrengsten van drugsmisdrijven.

8 De identificatieplicht is opgenomen in artikel 3 Richtlijn 1991.

9 G. Stessens, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen*, Antwerpen-Groningen 1997, p. 185 e.v.

10 Artikel 5 Richtlijn 1991.

11 Deze meldingsplichten zijn geformuleerd in artikel 6 Richtlijn 1991.

12 Artikel 8 Richtlijn 1991.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

dachte persoon wordt gewekt. De Richtlijn 1991 diende uiterlijk op 1 januari 1993 door de lidstaten te worden geïmplementeerd in nationale wetgeving. Een richtlijn heeft immers geen rechtstreekse werking.

Implementatie

Nederland heeft er aanvankelijk voor gekozen om het witwassen van opbrengsten van misdrijven langs de weg van de helingbepalingen¹³ te bestrijden. De Financial Action Task Force heeft bij de evaluatie van het Nederlandse anti-witwassysteem eind 1997 aangedrongen op een aparte strafbaarstelling van witwassen.¹⁴ Inmiddels heeft Nederland een apart 'witwasdelict' in het Wetboek van Strafrecht opgenomen.¹⁵ Nederland heeft de Richtlijn 1991 geïmplementeerd door de invoering van de Wet melding ongebruikelijke transacties (hierna: Wet MOT) en de Wet identificatie bij financiële dienstverlening (hierna: Wif 1993). De Wif 1993 bevatte een identificatieplicht¹⁶ voor financiële instellingen¹⁷ en de Wet MOT voorzag in een meldplicht. Opgemerkt dient te worden dat de reikwijdte van de Wet MOT groter is dan die van de Richtlijn 1991. De Wet MOT verplicht namelijk niet alleen tot melding van verdachte transacties, maar ook tot melding van ongebruikelijke transacties. Verder is de Wet MOT gericht op het bestrijden van het witwassen van gelden verkregen uit criminele activiteiten en niet zoals de Richtlijn 1991 alleen op gelden verkregen uit drugsmisdrijven. Hoewel de Richtlijn 1991 de lidstaten niet verplichtte om slechts financiële instellingen aan een meld- en identificatieplicht te onderwerpen, bleef de uitvoering in Nederland tot die instellingen beperkt.¹⁸

De wijze van melding

De Richtlijn 1991 bevat geen voorschriften omtrent de wijze van melding en de regels daarom-

trent. De richtlijn geeft slechts een algemeen kader en laat het aan de lidstaten over om de regeling *in concreto* in te vullen. In beginsel zijn de lidstaten vrij hun meldsysteem naar eigen inzicht in te richten. Nederland heeft ervoor gekozen om de vraag of een transactie verdacht is te laten beantwoorden door de overheid. De financiële instellingen hoeven alleen te beoordelen of een bepaalde transactie al dan niet ongebruikelijk is. Het begrip 'ongebruikelijke transactie' wordt geconcretiseerd aan de hand van bepaalde indicatoren. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen subjectieve en objectieve indicatoren. Bij subjectieve indicatoren dienen de financiële instellingen een subjectief oordeel te vormen of de transactie meldingswaardig is of niet. Bij de objectieve indicatoren wordt aan de hand van objectieve criteria vastgesteld welke transacties dienen te worden gemeld.

De ongebruikelijke transacties worden gemeld aan het Meldpunt dat de meldingen beoordeelt. Indien zij als verdacht worden doorgemeld worden zij door het Bureau ter ondersteuning van de Landelijke Officier van Justitie-MOT (hierna: BLOM) of andere opsporingsdiensten in onderzoek genomen.

De Richtlijn 2001

Voorstel tot wijziging Richtlijn 1991

Het gevolg van de striktere regelgeving was dat het voor criminelen moeilijker werd om hun illegale geld wit te wassen door gebruik te maken van financiële instellingen.¹⁹ Criminelen hadden een alternatief nodig en er kwamen steeds meer aanwijzingen dat zij gebruik gingen maken van vrije beroepsbeoefenaars om hun illegale geld wit te wassen.²⁰ Artikel 12 Richtlijn 1991 bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat de richtlijn ook geldt voor dienstverleners, niet zijnde financiële instellingen, die hande-

13 De helingbepalingen zijn opgenomen in de artikelen 416-417 bis Wetboek van Strafrecht.

14 Zie daarover de brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer d.d. 16 maart 1998, TK 1997-1998, 21 513.

15 Hiertoe zijn twee bepalingen opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, te weten artikel 420 bis (opzettelijke variant) en artikel 420 quater (schuldvariant).

16 Artikel 2 Wif 1993 bepaalt dat een financiële instelling verplicht is de identiteit van een cliënt vast te stellen voordat zij een financiële dienst verleent.

17 Ingevolge artikel 1 lid 1 sub a Wif 1993 werd onder een financiële instelling verstaan: kredietinstellingen, verzekeraars, beleggingsinstellingen, effectenbemiddelaars en assurantiepersonen.

18 Artikel 12 Richtlijn 1991 geeft de mogelijkheid om ook andere 'witwasgevoelige' beroepen onder de meld- en identificatieplicht te brengen.

19 Voor beschouwingen over de relaties die bestaan tussen de legale wereld en de georganiseerde criminaliteit, verwijzen wij naar E.R. Kleemans, E.I.A.M. van den Berg en H.G. van de Bunt, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland*, Den Haag, 1998.

20 Vergelijk D.R. Doorenbos, 'Witwassen en (misbruik van) verschoningsrecht', in: *Advocatenblad* 1996. De auteur noemt op p. 111 een aantal factoren die vrije beroepsbeoefenaars mogelijk aantrekkelijk kunnen maken voor witwassers.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

lingen verrichten die nodig kunnen zijn bij het witsen van crimineel geld.²¹

In 1999 deed de Europese Commissie een voorstel tot wijziging van de Richtlijn 1991. Het voorstel voorziet in een uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn. Enerzijds zouden alle opbrengsten uit criminele activiteiten onder de richtlijn gaan vallen. Anderzijds werd ook de kring van personen die informatie over transacties diende te verstrekken uitgebreid met niet financiële ondernemers. Onderdeel van het voorstel was de introductie van een meldplicht voor advocaten, notarissen en andere onafhankelijke juridische adviseurs.

Het Europees Parlement en de Commissie werden het niet eens over de tekst van de richtlijn. De meldplicht van de advocatuur was een 'heet hangijzer' gedurende de wetgevingsprocedure. Om een compromis te bewerkstelligen werd een bemiddelingscomité in het leven geroepen.²² Als gevolg van de tragische gebeurtenissen van 11 september 2001 geraakten de onderhandelingen in een stroomversnelling en werd de nieuwe richtlijn vastgesteld op 4 december 2001 (hierna: Richtlijn 2001).

Met de totstandkoming van de Richtlijn 2001 is de werkingssfeer van de meld- en identificatieplicht uitgebreid tot een aantal vrije beroepsbeoefenaren zoals advocaten en notarissen. Het is daarbij niet de bedoeling geweest om alle diensten die advocaten en notarissen verrichten onder de meldings- en identificatieplicht te brengen. Alleen voor de in artikel 2 Richtlijn 2001 opgesomde diensten dienen de lidstaten een meldings- en identificatieplicht in te voeren. Kenmerkend voor deze opsomming is dat het voornamelijk werkzaamheden betreft die ook door andere (juridische) adviseurs kunnen worden verricht.²³

Speciale positie vrije beroepsbeoefenaren

Bij de totstandkoming van de Richtlijn 2001 is rekening gehouden met de speciale positie die vrije beroepsbeoefenaren innemen in de maatschappij. Ten eerste voorziet de Richtlijn 2001 in een uitzondering op de meld- en identificatieplicht voor vrije beroepsbeoefenaren. Ingevolge artikel 6 lid 3 tweede alinea

Richtlijn 2001 zijn de lidstaten niet gehouden om de meld- en identificatieplicht toe te passen op notarissen, onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen en belastingadviseurs met betrekking tot de inlichtingen die zij van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënt bepalen dan wel in verband met een rechtsgeding verdedigen of vertegenwoordigen, met inbegrip van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie voor, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen. Uit deze uitzondering blijkt dat het niet de bedoeling is om diensten in de 'eigenlijke' functie van een advocaat onder de meld- en identificatieplicht te brengen.

Daarnaast biedt de Richtlijn 2001 de lidstaten de mogelijkheid om vrije beroepsbeoefenaren vrij te stellen van het zogenaamde *tiping off*-verbod.²⁴ Dit betekent dat advocaten en notarissen cliënten op de hoogte mogen stellen van het feit dat zij een melding hebben gedaan. Zoals hierna zal blijken heeft Nederland geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

Implementatie

De Richtlijn 2001 dient door de lidstaten binnen 18 maanden na publicatie – voor 15 juni 2003 – omgezet te worden in nationale wetgeving. De Nederlandse wetgever is zeer voortvarend te werk gegaan bij het implementeren van de Richtlijn 2001. De regering heeft op 2 november 2001 – voordat de richtlijn was vastgesteld en gepubliceerd – een wetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet MOT en de Wif 1993. Op zichzelf moet deze snelheid van handelen worden toegejuicht. De vraag is echter of de voortvarendheid niet ten koste is gegaan van een zorgvuldige afweging. Naar onze opvatting is het twijfelachtig, of de vereiste bedachtzaamheid is opgebracht die zulke fundamentele wijzigingen vereisen.

Uitgangspunt van de Wet MOT is dat eenieder die in of vanuit Nederland beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verleent, verplicht is een daarbij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld te melden aan het Meldpunt. De meldingsplicht geldt alleen voor degene die (zelfstandig) beroeps- of

21 R.M.I. Lamp, *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht*, Deventer, 2000, p. 30 e.v.

22 Voor een overzicht van de totstandkoming van de Richtlijn 2001 verwijzen wij naar A. Baas, 'Wijziging van de Witwasrichtlijn goedgekeurd', in: *Advocatenblad* 2002, p. 21-23.

23 In overweging 16 van de Richtlijn 2001 wordt dit als volgt verwoord: 'De werkingssfeer van de bepalingen van de richtlijn moet worden uitgebreid tot notarissen en onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen, als gedefinieerd door de lidstaten, wanneer zij deelnemen aan financiële of ondernemingsgerichte transacties, met inbegrip van het verstrekken van belastingadvies, waarbij er groot gevaar bestaat dat de diensten van deze beroepsbeoefenaars worden misbruikt om de opbrengsten van criminele activiteiten wit te wassen.'

24 Artikel 8 lid 2 Richtlijn 2001.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

bedrijfsmatig een aangewezen dienst verleent. Personen werkzaam in loondienst zijn in beginsel niet onderworpen aan de meldplicht. Dit geldt echter niet voor advocaten en (kandidaat-)notarissen die werkzaam zijn in loondienst. Advocaten en (kandidaat-)notarissen worden geacht met een eigen beroepsmatige verantwoordelijkheid te werken zodat zij in persoon verantwoordelijk zijn voor de naleving van de meldingsplicht.

De meldingsplicht geldt alleen indien een in de Wet MOT aangewezen dienst in of vanuit Nederland wordt verricht. In het eerste lid van artikel 1 Wet MOT wordt een groot aantal diensten aangewezen die voornamelijk door krediet- en financiële instellingen worden verleend. Deze opsomming is niet limitatief. Ingevolge artikel 1 lid 1 onderdeel 10 Wet MOT is het mogelijk om bij algemene maatregel van bestuur andere categorieën diensten onder de reikwijdte van de meldingsplicht te brengen. Deze bepaling biedt de grondslag om advocaten en notarissen onder de meldingsplicht te brengen.

Op 31 mei 2002 is het conceptbesluit tot aanwijzing van beroepsbeoefenaars en hun diensten in het kader van de WID²⁵ en de Wet MOT (hierna: conceptbesluit) gepubliceerd.²⁶ Met dit conceptbesluit worden bepaalde vormen van dienstverlening door advocaten, notarissen en belastingadviseurs onder de werkingssfeer van de WID en de Wet MOT gebracht.

Advocaten en notarissen hebben een meldingsplicht indien zij adviseren of bijstand verlenen bij:²⁷

- het aan- of verkopen van onroerende zaken;
- het beheren van geld, effecten, munten, muntbiljetten, edele metalen, edelstenen of andere waarden;
- het oprichten of beheren van vennootschappen, rechtspersonen of soortgelijke lichamen als bedoeld in artikel 2 lid 1 onderdeel b van de Algemene wet inzake rijksbelastingen;
- het aan- of verkopen dan wel overnemen van ondernemingen;
- het optreden in naam en voor rekening van een cliënt bij enigerlei financiële of onroerendezaaktransactie;
- het verstrekken van belastingadvies, alsmede het verzorgen van belastingaangiften en daarmee ver-

band houdende werkzaamheden dan wel het verrichten van werkzaamheden in verband met het samenstellen, beoordelen of controleren van de jaarrekening of het voeren van administraties.²⁸

De Nederlandse wetgever heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid om advocaten en notarissen onder bepaalde omstandigheden uit te zonderen van de meldplicht. Bij de wijziging van de Wet MOT is aan artikel 1 een tweede lid toegevoegd. Daarin is bepaald dat de diensten die op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel 10 Wet MOT kunnen worden aangewezen geen betrekking hebben op de werkzaamheden van een advocaat betreffende de bepaling van de rechtspositie van een cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging 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.²⁹

Hiermee wordt bereikt dat de aangewezen diensten geen dienst in de zin van de Wet MOT vormen wanneer deze door een advocaat worden verricht in het kader van het bepalen van de rechtspositie van een cliënt dan wel op enigerlei wijze verband houden met enig rechtsgeding. Verder is in het conceptbesluit een soortgelijke bepaling opgenomen voor belastingadviseurs. Echter, anders dan bij advocaten en notarissen, strekt deze uitzondering zich niet uit tot het bepalen van de rechtspositie van de cliënt. Dit om te voorkomen dat het geven van belastingadvies buiten de meldingsplicht zou komen te vallen. Immers elk fiscaal advies heeft betrekking op het bepalen van de rechtspositie van de cliënt.

Beschouwingen*De geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht*

In ontwikkelde rechtsstelsels wordt het in strijd met het algemeen belang geacht als een zondaar zich, uit vrees voor openbaring van geheimen, niet om bijstand tot een priester zou durven wenden, een wetsovertreder tot een advocaat, een zieke tot een arts. De aard van het beroep van advocaat en notaris brengt nu eenmaal met zich mee dat eenieder zich tot hen moet kunnen wenden zonder vrees voor openbaar-

25 Bij de Nota van Wijziging (21 018, nr. 5) is de naam van de Wif 1993 gewijzigd in de Wet bij identificatieverlening (WID).

26 Onder meer gepubliceerd in *V-N* 2002/29.6.

27 Artikel 4 conceptbesluit.

28 De opgesomde diensten zijn, met uitzondering van het verstrekken van belastingadvies, letterlijk overgenomen uit de Richtlijn 2001.

29 In het conceptbesluit wordt nogmaals bepaald dat de aangewezen diensten geen betrekking hebben op de hierboven genoemde werkzaamheden van een advocaat.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

making van het toevertrouwde. Cruciaal voor een goede beroepsuitoefening is dan ook dat een cliënt hen alle benodigde informatie toevertrouwt. Rond de advocaat moet een sfeer van vertrouwen heersen, anders kan de advocaat zijn specifieke functie niet vervullen.³⁰

De Hoge Raad heeft dit ooit als volgt verwoord:

'het maatschappelijk belang dat de waarheid aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking om bijstand en advies tot hen kan wenden.'³¹

Het maatschappelijk belang wordt onderstreept door de strafrechtelijke bescherming van de geheimhoudingsplicht.³² Kortom: de geheimhoudingsplicht vloeit niet uit een wettelijke bepaling voort, maar uit het belang dat onze maatschappij hecht aan het feit dat men bepaalde zaken moet kunnen toevertrouwen aan een advocaat of notaris. Het belang van de waarheidsvinding moet onder omstandigheden wijken voor het belang van de vertrouwelijkheid van de relatie tussen de hulpzoekende en diens advocaat.³³

Om te voorkomen dat advocaten en notarissen gedwongen kunnen worden om de geheimhoudingsplicht te schenden heeft de wetgever een verschoningsrecht ingevoerd.³⁴ Zij hebben het recht om te zwijgen en hoeven hetgeen hen in vertrouwen mee is gedeeld niet openbaar te maken. Om in de woorden van Quant te spreken:

'het verschoningsrecht vormt het kogelvrije vest

van de geheimhoudingsplicht.'³⁵

Het algemene belang van de onbelemmerde rechtshulp door een advocaat rechtvaardigt het aan de advocaat in zijn hoedanigheid toekomstige verschoningsrecht.³⁶

Hoewel advocaten en notarissen niet specifiek worden genoemd in deze wetsbepalingen twijfelt niemand in Nederland eraan dat zij tot de groep verschoningsgerechtigden behoren.³⁷ Dit is ook meerdere malen door de Hoge Raad bepaald.³⁸ Daarbij is tot uitdrukking gebracht dat de grondslag van het verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel. Ook de wetgever was tot voor kort van mening dat het niet wenselijk was om het verschoningsrecht voor advocaten en notarissen te beknotten in de strijd tegen het witwassen. De deontologische waarden van deze beroepen en de rol van de tuchtverheden moesten volgens de wetgever waarborgen dat geen misbruik wordt gemaakt van de wettelijke geheimhoudingsplichten.³⁹

Door de totstandkoming van de Richtlijn 2001 is de wetgever gedwongen om de nationale wetgeving aan te passen en een meldplicht in te voeren voor advocaten en notarissen. Daarmede wordt een nieuwe (wettelijke) uitzondering op de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht geïntroduceerd. Daarbij is het goed om zich te realiseren dat ook voor de invoering van de meldplicht niet alle diensten die verleend werden door advocaten⁴⁰ en notarissen⁴¹

30 L.H.A.J.M. Quant, 'Advocaat en ethiek', in: *Advocatenblad* 1995, p.17.

31 Hoge Raad 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173. Ook het Hof EG is van mening dat het gemeenschapsrecht rekening moet houden met de vertrouwelijkheid als voorwaarde voor een vrije en onbelemmerde toegang van justitiabele tot een advocaat, wiens functie het is onafhankelijk juridisch advies te geven aan wie dit behoeft.

32 Het schenden van de geheimhoudingsplicht is strafbaar gesteld in artikel 272 Wetboek van Strafrecht.

33 Hoge Raad 19 november 1985, *NJ* 1986, 533.

34 Zie hiervoor artikel 191 Wetboek van Rechtsvordering voor het civiele recht en artikel 213 Wetboek van Strafrecht voor het strafrecht.

35 Zie Quant, t.a.p. p. 19.

36 Vergelijk Hoge Raad 22 juni 1984, *NJ* 1985, 188. Zie eveneens L.H.A.J.M. Quant, 'Over zwijgen gesproken', in: *Advocatenblad* 1995, p. 61 e.v.

37 Vergelijk T. de Waard, 'Verschoningsrecht', in: *Advocatenblad* 1993, p. 631, die hierin pleit voor het straffen van het verschoningsrecht.

38 Voor een overzicht van jurisprudentie hierover verwijzen wij naar M.A. Wisselink, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Deventer, 1997.

39 TK 1989-1990, 21 504, nr. 3, p. 33-34.

40 Doorenbos, t.a.p., p. 112 alsmede Hoge Raad 29 maart 1994, *NJ* 1994, 537 en CBB 23 april 1996, 95/0941/075/200, *Advocatenblad* 1996, p. 575.

41 Krachtens artikel 7 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels is een notaris gehouden om gerezen vermoedens over het beramen of plegen door cliënt van een ernstig misdrijf te melden aan de CRI. Voor een nadere uitwerking van de gevolgen van de meldplicht voor notarissen verwijzen wij naar H.G. van der Bunt en F. Lankhorst, 'Meldplicht voor notarissen?', in: *WPNR* 2001, p. 722. Zie verder ook A.K.H. Klein Sprokkelhorst, 'Herijking van het fiscale verschoningsrecht', in: *Tijdschrift Formeel Belastingrecht* 2000, nr. 9, p.4-12.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

onder de reikwijdte van het verschoningsrecht vielen. Het verschoningsrecht geldt immers alleen voor hetgeen waarvan de wetenschap aan de verschoningsgerechtigde 'als zodanig' is toevertrouwd. Met andere woorden: het verschoningsrecht heeft alleen betrekking op werkzaamheden die behoren tot de normale beroepsuitoefening van een advocaat of notaris.⁴²

Juridisch advies

De wetgever heeft bij het implementeren van de Richtlijn 2001 naar onze opvatting maar in beperkte mate oog gehad voor de bijzondere positie van de advocaat en de notaris. Het gevolg daarvan is dat in de regelgeving te beperkt waarborgen zijn geschapen om het grote goed van het verschoningsrecht als fundamenteel rechtsbeginsel te handhaven. Dit blijkt onder meer uit het feit dat de wetgever bij het implementeren van de richtlijn geen rekening gehouden heeft met overweging 17 van de Richtlijn 2001.⁴³ Kort gezegd is daarin opgenomen dat juridisch advies aan de geheimhoudingsplicht blijft onderworpen, tenzij de advocaat of notaris deelneemt aan witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden wordt verstrekt, of de advocaat weet of redenen heeft om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden. Het is zeer teleurstellend dat de wetgever geen gebruik heeft gemaakt van deze mogelijkheid om een uitzondering op te nemen voor de advocaat als juridisch adviseur.⁴⁴

Het bepalen van de rechtspositie

Een probleem is dat de Richtlijn 2001 vol met vage begrippen staat. Dit is in zekere mate ook logisch omdat het de bedoeling is geweest om veel vrijheid aan de lidstaten te laten bij de invulling van de verschillende verplichtingen. Een goed voorbeeld hiervan is de vraag hoe de zinsnede 'de bepaling van de rechtspositie van een cliënt' dient te worden uit-

gelegd. De wetgever heeft het begrip 'het bepalen van de rechtspositie' overgenomen zonder daaraan enige invulling te geven. Indien deze zinsnede ruim uitgelegd dient te worden, zal de meldingsplicht voor advocaten weinig effectief zijn.⁴⁵ Voor alle werkzaamheden die door een advocaat ten behoeve van een cliënt worden verricht, kan immers worden geredeneerd dat deze uiteindelijk betrekking hebben op de rechtspositie van een cliënt. Uit de toelichting die is opgenomen bij het conceptbesluit blijkt echter dat de zinsnede restrictief dient te worden uitgelegd. Teleurstellend is dat de wetgever zelfs in het concept-besluit geen indicatie heeft gegeven over de reikwijdte van de zinsnede. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede. Er is een situatie gecreëerd waarin niemand precies weet wanneer er wel en wanneer er niet behoeft te worden gemeld. De wetgever zou er goed aan doen om alsnog, al was het maar voorbeeldsgevijs, meer explicatie te geven.

Tipping off-verbod

Indien aan de hand van één van de indicatoren is vastgesteld dat een bepaalde transactie als ongebruikelijk dient te worden aangemerkt, dient de transactie te worden gemeld. Ingevolge artikel 19 Wet MOT dient het feit dat melding heeft plaatsgevonden geheim te worden gehouden voor de cliënt. De Richtlijn 2001 biedt in artikel 8 lid 2 de mogelijkheid om advocaten, notarissen en belastingadviseurs van het *tipping off*-verbod uit te zonderen. Nederland heeft geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid. In de toelichting bij het conceptbesluit is dit als volgt gemotiveerd:

'Reden hiervoor is dat de aard van de door dit besluit aangewezen dienstverlening geen rechtvaardiging kan worden gevonden om te voorzien in een regeling die afwijkt van reeds bestaande voorschriften inzake geheimhouding.'

42 Doorenbos, t.a.p., blz. 112 die aangeeft dat een verschoningsrecht het bestaan van een geheimhoudingsplicht vooronderstelt, maar dat het bestaan van een geheimhoudingsplicht niet het bestaan van een verschoningsrecht impliceert.

43 Overweging 17 luidt: 'Wanneer echter onafhankelijke leden van wettelijk erkende en gecontroleerde beroepsgroepen die juridisch advies verstrekken, als advocaten, de rechtspositie van een cliënt bepalen of een cliënt in rechte vertegenwoordigen, is het niet aangewezen om deze beroepsbeoefenaren voor deze activiteiten krachtens de richtlijn een verplichting op te leggen vermoedens van witwassen te melden. Er moeten vrijstellingen zijn van elke verplichting om informatie te melden die is verkregen voor, tijdens of na een gerechtelijke procedure, of bij het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. Bijgevolg blijft juridisch advies onderworpen aan de beroepsgeheimhoudingsplicht, tenzij de juridisch adviseur deelneemt aan witwasactiviteiten, het juridisch advies voor witwasdoeleinden wordt verstrekt, of de advocaat weet of redenen heeft om aan te nemen dat zijn cliënt juridisch advies wenst voor witwasdoeleinden.'

44 Vergelijk Baas, t.a.p., p. 23, die stelt dat er sprake is van een omissie op een belangrijk punt dat cruciaal is omdat hierin een moeilijk onderhandelingsresultaat zijn weerslag vindt. De wetgever zelf is overigens van mening dat de Wet MOT voor de wettelijk gereguleerde juridische beroepen voldoet aan de verplichtingen zoals opgenomen in overweging 17 van de Richtlijn 2001.

45 L. van Almelo, 'Vraagtekens bij effectiviteit meldplicht', in: *Advocatenblad* 2001, p. 780.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

Ons commentaar hierop is dat zulk een ivoren-toren-redengeving getuigt van weinig inzicht in en begrip voor de aard van de vertrouwelijke werkzaamheden van (met name) de advocaat en zijn relatie tot cliënten. Zoals hiervoor reeds is betoogd past het niet in de aard van het beroep van advocaat en notaris om iemand te 'verraden' en dit vervolgens niet aan hem te melden. Dit is namelijk de omgekeerde wereld, een geheimhoudingsplicht jegens de hulpzoekende.

Wij zijn de mening toegedaan dat de ongenueerde toepassing van het verbod van artikel 19 Wet MOT niet passend is in de rechtspraktijk en niet strookt met het fundamentele karakter van het verschoningsrecht. Advocaten worden in een onmogelijke positie gebracht. Iedereen is het erover eens dat voortgezet optreden voor een cliënt in een dergelijke situatie ongeoorloofd is. Onder omstandigheden is echter het zonder opgave van redenen neerleggen van de opdracht maatschappelijk onaanvaardbaar. Dit is met name het geval wanneer in het kader van reguliere en geoorloofde rechtsbijstand een vertrouwensrelatie is opgebouwd. Het is natuurlijk zeer de vraag of deze geheime melding aan de overheid in alle situaties werkt. Wat als een advocaat een jarenlange relatie met een cliënt heeft en er onverhoeds sprake blijkt te zijn van crimineel handelen? Moet de advocaat nu met voorbijgaan aan de jarenlange relatie tot geheime melding overgaan? In zulk een situatie lijkt er veeleer aanleiding om de cliënt indringend te adviseren om weer op het juiste pad te gaan dan om hem *sneaky* aan de galg te hangen. Bezien kan worden of de advocaat met gebruikmaking van zijn overredingskracht, waarbij hij de portefeuillekwestie kan stellen, zijn cliënt kan bewegen zijn onbehoorlijk handelen te corrigeren of er ten minste mee op te houden. Zulk een optreden zou wel eens heel wat doelmatiger kunnen uitwerken dan de 'Brigadierbluf-benadering' die nu in alle situaties wordt verlangd.

Het hierboven geschetste geval kan toch niet op een lijn worden gesteld met een nieuwe cliënt die geadviseerd wil worden om zijn criminele activiteiten vorm te geven? Zo zijn er nog veel meer vragen waar geen passend antwoord op is gegeven door de wetgever, hetgeen vrij beschamend is voor een rechtsstaat als Nederland. Daarbij moet worden bedacht dat de advocaat, zou hij de vrijheid krijgen die hem redelijkerwijs toekomt, nog altijd zou kunnen besluiten om alsnog geheim te melden c.q. om alsnog van advisering af te zien. In de praktijk kan

een advocaat voorwaarden stellen aan zijn advisering. Voorwaarden die direct betrekking kunnen hebben op het ethisch handelen van zijn cliënt dan wel op handelen binnen de kaders van legaliteit.

Het wordt nog beschamender indien zou blijken dat andere lidstaten wel gebruik gaan maken van de mogelijkheid om advocaten en/of notarissen uit te zonderen van het *tipping off*-verbod.⁴⁶ Is het uit te leggen indien advocaten in andere landen binnen de EU wel van het verbod uitgezonderd worden? Waar is het streven naar harmonisatie binnen de EU gebleven? Waarom heeft geen afstemming met andere lidstaten plaatsgevonden ten aanzien van zulke cruciale punten uit de Richtlijn 2001?

Indicatoren

Op grond van artikel 8 Wet MOT dienen zogenaamde indicatoren te worden vastgesteld, aan de hand waarvan bepaald dient te worden of er sprake is van een ongebruikelijke transactie. De indicatorenlijst voor de advocatuur en het notariaat dient nog te worden opgesteld en openbaar te worden gemaakt. Wij zijn van mening dat de wetgever er verstandig aan doet om aan te sluiten bij de reeds bestaande tuchtrechtelijke regelingen voor de advocatuur. De Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOvA) heeft 'Richtlijnen ter voorkoming van betrokkenheid van de advocaat bij criminele handelingen' uitgevaardigd.⁴⁷ De regeling is bedoeld om te voorkomen dat een advocaat betrokken raakt bij criminele handelingen. De regeling bevat een aantal indicatoren aan de hand waarvan bepaald kan worden of er al dan niet mogelijk sprake is van betrokkenheid bij een criminele handeling. Mocht de advocaat aan de hand van de indicatoren de zaak niet vertrouwen dan dient hij de cliënt vaarwel te zeggen.

De hierboven genoemde indicatoren kunnen ook gebruikt worden voor de meldplicht. Een advocaat zal dan tot melding dienen over te gaan indien hij op grond van de hem ter beschikking staande informatie ervan uit kan gaan dat er geen bonafide redenen zijn voor een bepaalde transactie. Op deze manier zou er worden aangesloten bij hetgeen in de praktijk gebruikelijk is en wordt dus veel onzekerheid voorkomen. Het enige verschil is de (actieve) meldingsplicht.

In de toelichting bij het conceptbesluit wordt aangegeven dat er een wetswijziging van de Wet MOT wordt voorbereid om een lacune in artikel 12 Wet

46 Een (theoretisch) interessante vraag is of een Nederlandse advocaat het *tipping off*-verbod kan ontlopen door de dienst vanuit een lidstaat te verlenen die een dergelijk verbod niet kent.

47 Zie voor het notariaat het 'Reglement inzake melding door de notaris' dat een lijst van indicatoren bevat.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

MOT te dichtten.⁴⁸ Wij spreken de verwachting uit dat de wetgever in wijsheid zal besluiten om deze mogelijkheid te gebruiken om meer duidelijkheid te scheppen en om alsnog een uitzondering op het *tip-ping off*-verbod op te nemen voor advocaten en notarissen.

Wantrouwen van de beroepsgroep

De Nederlandse wetgever heeft duidelijk weinig vertrouwen in de advocatuur. Zo heeft Nederland (nog) geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de Richtlijn 2001 biedt om de balie bij de uitvoering van de wet in te schakelen. Hier liggen overwegingen van efficiency en snelheid aan ten grondslag. Wij vragen ons af of dit wel de doorslaggevende factoren mogen zijn bij het invoeren van een uitzondering op de geheimhoudingsplicht.

Het gebrek aan vertrouwen blijkt ook uit uitlatingen gedaan door de minister van Financiën. Wij citeren uit de Parlementaire Geschiedenis:

'Alleen al door het feit dat ze advocaat zijn, menen advocaten al snel dat ze boven de wet verheven zijn en dat er voor hen überhaupt geen sprake van enige meldplicht kan zijn. Volgens de hardliners in de advocatuur zou je gewoon moeten kunnen zeggen: kom rustig voor al uw witwasadviezen maar bij mij, want ik ben advocaat en heb dus geen meldplicht.'⁴⁹

Er zijn hier beleidsmakers aan het woord die de vermeende arrogantie van advocaten met gelijke munt willen terugbetalen. Luidt het juridische adagium niet: 'nemo suam turpitudinem in alienum allegans auditur'?⁵⁰

De minister van Financiën suggereert dat de advocatuur bereid is om bewust mee te werken aan criminele activiteiten. Het is onzin om te stellen dat advocaten boven de wet zijn verheven. Advocaten die bewust behulpzaam zijn bij het witwassen van criminele gelden zijn strafrechtelijk aansprakelijk. De advocaat die adviezen verstrekt aan criminelen die wegen zoeken om illegaal geld wit te wassen kan vervolgd worden wegens medeplichtigheid tot het door

een ander plegen van witwassen (of een poging tot witwassen). Zou de advocaat zelf als de initiator van de witwastransacties kunnen worden aangemerkt, dan zou ook vervolging wegens het opzettelijk uitlokken van witwassen mogelijk zijn. Kortom, de advocaat zal op dezelfde wijze worden behandeld als iedere andere crimineel.

Daar komt bij dat de NOvA diverse richtlijnen heeft uitgevaardigd waarmee zij probeert te voorkomen dat advocaten betrokken worden bij criminele activiteiten. Advocaten die al te lichtvaardig handelen lopen het risico tuchtrechtelijk te worden aangesproken. Dit systeem blijkt in de praktijk – voorzover wij kunnen nagaan – uitstekend te werken. Wij gaan ervan uit dat de minister van Financiën de bovenstaande uitspraken in een vlag van verstandsvernuwing heeft gedaan.⁵¹

Belastingfraude

De Nederlandse wetgever heeft de tekst van de Richtlijn 2001 bijna letterlijk overgenomen. Dit heeft tot gevolg dat we opgescheept zijn met veel vage begrippen waarvan niemand weet wat ze precies inhouden. Het mooiste voorbeeld hiervan is het begrip 'witwassen' zelf. Het is toch vreemd dat een regeling die is ingevoerd om witwassen te bestrijden niet een omschrijving bevat van het begrip 'witwassen'. Uit de Parlementaire Geschiedenis bij de invoering van Titel XXXA Wetboek van Strafrecht blijkt dat het begrip 'witwassen' in ruime zin moet worden verstaan, hetgeen wil zeggen dat ook schuldwitwassen in de zin van artikel 420 quater Wetboek van Strafrecht daaronder valt.⁵²

De laatste tijd is nogal eens in de publiciteit gekomen het fenomeen dat Nederlanders die geld op een buitenlandse bankrekening hebben dit niet hebben opgegeven in hun aangifte. Een interessante vraag is dan of belastingfraude onder de reikwijdte van de Wet MOT valt. Met andere woorden: is het doen van een onjuiste aangifte te kwalificeren als 'witwassen'? Wij zijn van mening dat dit naar alle waarschijnlijk-

48 Een advocaat kan door bepaalde gegevens te verstrekken aan het Meldpunt de door artikel 272 Wetboek Strafrecht gesanctioneerde algemene geheimhoudingsplicht schenden. De Wet MOT bevat een civielrechtelijke en strafrechtelijke vrijwaring. Echter, dit is niet altijd voldoende. Men kan denken aan de situatie dat achteraf blijkt dat de diensten onder de uitzondering vielen en zodoende niet gemeld hoefden te worden. De advocaat kan in een dergelijke situatie worden vervolgd vanwege schending van artikel 272 Wetboek van Strafrecht. In de toelichting bij het conceptbesluit is aangegeven dat zolang deze strafrechtelijke vrijwaring niet wettelijk is vastgesteld, vrijwaring als strafrechtelijk beleid uitgangspunt zal zijn.

49 Behandeling van de wijzigingsvoorstellen van de Wet MOT in de Tweede Kamer op 14 november 2001.

50 Het gaat niet dat de ene de schandelijkerheid van de ander pareert met een andere schandelijkerheid.

51 Zie Algemeen Deken M.W. Guensberg, 'De verkeerde Zalnorm', in: *Advocatenblad* 2001, p. 807 die terecht stelt dat van een minister verwacht mag worden dat hij zijn mededelingen fundeert op de werkelijkheid.

52 TK 1999-2000, 27 159, nr. 3, p. 19.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

heid wel het geval is. Uit de Memorie van Toelichting kan namelijk worden afgeleid dat de Europese wetgever het oog heeft gehad op handelingen waarmee geprobeerd wordt te bewerkstelligen dat illegaal geld ongemerkt in het economisch verkeer wordt gebracht. Voor deze opvatting kan steun worden gevonden in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam. Daarin is opgenomen dat:

'de rechtbank van oordeel is dat er ten aanzien van de Codalux-rekeningen sprake is van fiscaal zwart geld. Niet de herkomst van het geld voor het op de rekeningen gestort werd, maakt het zwart, doch het feit dat het gedurende het "parkeren" op deze rekeningen doelbewust aan het zicht van de fiscus en/of eventueel rechthebbende derden was onttrokken. Waar belastingontduiking en bijvoorbeeld bedrieglijke bankbreuk strafbare feiten zijn, is dit geld van misdrijf afkomstig. Het opnemen van deze gelden van de rekeningen om deze vervolgens in het economische verkeer te brengen, valt daarmee onder de noemer witwassen'.⁵³

In de praktijk komt het vaak voor dat iemand met een geheime buitenlandse bankrekening – na verloop van tijd – besluit om het geld toch maar op te geven. Hij zal voor advies contact opnemen met een belastingadviseur of advocaat-belastingkundige. Deze zal dan de informatie verschaffen dat er een wettelijke regeling is die de kans biedt om zonder het risico van boeteoplegging of strafvervolgning het geld op te geven aan de belastingdienst.

Op grond van de artikelen 67n en 69 lid 3 AWR kan een belastingplichtige door alsnog een juiste en volledige aangifte te doen, dan wel juiste en volledige inlichtingen en gegevens of aanwijzingen te verstrekken, voordat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de belastinginspecteur met de onjuistheid of onvolledigheid bekend is of bekend zal worden, tot inkeer komen. Cruciaal is dat de belastingplichtige inkeert voordat hij weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat de fiscus hem op het spoor is.

Nadat de adviseur de werking en de consequenties van inkeren heeft uitgelegd, zal de belastingplichtige besluiten of hij al dan niet inkeert. In de praktijk is het meestal de adviseur die contact opneemt met de belastingdienst om namens zijn cliënt in te keren. Mocht de belastingplichtige besluiten om niet in te keren dan dient de adviseur – evenals een advocaat-belastingkundige – de belastingplichtige vaarwel te zeggen.

Na de inwerkingtreding van de herziene Wet MOT kan deze praktijk niet meer blijven bestaan. Immers, zowel een advocaat-belastingkundige als een

belastingadviseur hebben in beginsel een meldplicht voor belastingadviesdiensten. Toch is er een belangrijk verschil tussen beiden, dat zichtbaar wordt wanneer een belastingplichtige besluit om niet in te keren.

De belastingadviseur zal in beginsel een vermoeden van witwassen moeten melden aan het Meldpunt. Hoewel transacties die aan het Meldpunt gemeld worden, niet ten behoeve van de belastingheffing gebruikt worden, is het mogelijk dat de transactie als verdacht aan de FIOD-ECD wordt door gemeld. Dit zou mensen ervan kunnen weerhouden om in te keren, hetgeen betekent dat het ministerie van Financiën miljoenen euro's misloopt. Om dit te voorkomen is er in het conceptbesluit aangegeven hoe met inkeer dient te worden omgegaan. De belastingadviseur die namens een cliënt wil inkeren, dient ervoor te zorgen dat beide trajecten tegelijk worden gevolgd, hetgeen betekent dat het inkeren bij de belastingdienst tegelijk dient plaats te vinden met het melden aan het Meldpunt. Indien een cliënt mocht besluiten om niet in te keren, dan is de belastingadviseur verplicht om de belastingfraude te melden aan het Meldpunt.

Voor een advocaat-belastingkundige verandert de praktijk niet door de wijziging van de Wet MOT. Een advocaat hoeft immers niet te melden indien hij zich bezighoudt met het bepalen van de rechtspositie van een cliënt. Hij kan de belastingplichtige adviseren omtrent de werking van de inkeerregeling. Vervolgens kan hij namens de belastingplichtige inkeren. Mocht de cliënt besluiten om niet in te keren dan hoeft hij ook niet te melden, maar moet hij de cliënt wel vaarwel zeggen. Het verschil tussen de advocaat-belastingkundige en de belastingadviseur is gelegen in de omvang van de vrijstelling van de meldplicht. Een belastingadviseur hoeft alleen niet te melden wanneer hij zich bezighoudt met het in rechte vertegenwoordigen van een cliënt. In tegenstelling tot een advocaat is het bepalen van de rechtspositie van een cliënt voor hem geen reden om niet te melden.

Conclusie

De Europese wetgever heeft met de Richtlijn 2001 een (zeer) beperkte meldplicht voor advocaten en notarissen voorgeschreven. De Nederlandse wetgever heeft hieraan uitvoering gegeven door de Wet MOT te wijzigen. In zijn ijver om het braafste jongetje van de EU klas te zijn, loopt Nederland in twee opzichten voorop met de invoering van de wetgeving. Ons land heeft de richtlijn ongenueanceerd ingevoerd.

⁵³ Rechtbank Amsterdam, 3 mei 2002, 13/12007098.

De Wet MOT: meldplicht voor vrije beroepsbeoefenaren

Enerzijds maken andere landen wat minder haast met invoering van de nieuwe richtlijn zodat tijd bestaat voor reflectie. Het is de vraag of Nederland in deze niet wat meer bedachtzaamheid past en of het niet raadzaam is om in consultatie met andere landen te bezien of, en op basis van welke overwegingen, andere landen bepaalde alternatieve toepassingsmogelijkheden gaan invoeren. Zulk een bedachtzaamheid draagt bij aan de kwaliteit van de wetgeving en aan een harmonische afstemming van onze regelgeving met die van andere EU-landen. Het gezegde dat haastige spoed zelden goed is, doet opgeld.

Anderzijds lijkt Nederland in zijn regelgeving een te verstrekkende keuze te hebben gemaakt als het gaat om de meldingsplicht van met name advocaten en notarissen waarbij een *tipping off*-verbod is opgelegd. Onder omstandigheden achten wij het toepassen van dit verbod op advocaten en notarissen onaanvaardbaar. Het is de vraag of het principe van een rechtsstaat niet geweld wordt aangedaan doordat het verschoningsrecht van advocaten en notarissen door de nieuwe regelgeving zo vergaand is ingeperkt.

De wetgever doet er goed aan om de aangekondigde wijziging van de Wet MOT – teneinde de lacune in artikel 12 van de wet te dichten – te gebruiken om meer duidelijkheid over de indicatoren te geven en om voor het *tipping off*-verbod een uitzondering op te nemen voor advocaten en notarissen.

Men kan zich afvragen of het beoogde doel niet voorbij wordt geschoten als bepaalde regels al te zeer het goede van het verschoningsrecht inperken of belemmeren, terwijl het met de regelingen beoogde doel naar redelijkerwijze is te verwachten slechts in zeer beperkte mate wordt bereikt. Toegegeven, van toepassing van het proportionaliteitsbeginsel kan niet of nauwelijks sprake zijn als het erom gaat of de in te voeren regels in proportie zijn met het voorkomen van terroristische aanslagen als beoogd gevolg. De vraag is of de nieuwe Wet MOT op de thans voorgestane wijze daadwerkelijk een bijdrage levert aan de bestrijding ervan.

Prof.mr. K.L.H. van Mens en mr. M. Bouallouch zijn beiden advocaat en belastingkundige te Amsterdam en verbonden aan Van Mens en Wisselink. De eerstgenoemde auteur is tevens hoogleraar Belastingrecht aan de Universiteit Utrecht.