

# Meldplicht witwassen en terrorismefinanciering

Marcel Pheijffer en Philip Wallage

**SAMENVATTING** Op 1 augustus 2008 is de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) van kracht geworden. De WWFT, de ontwikkelingen in de jurisprudentie inzake witwassen en de invloed hiervan op de accountantspraktijk komen in deze bijdrage aan de orde. De WWFT betreft een samenvoeging en uitbreiding van de Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT). In de WWFT zijn tevens de eisen verwerkt die de derde Europese anti-witwasrichtlijn stelt. Het samenbrengen van relevante bepalingen in één wet is efficiënt, maar er is meer. Qua inhoudelijke wijzigingen springen er drie aspecten uit: de reikwijdte van de meldplicht, de uitbreiding van het cliëntenonderzoek en de invoering van de risicogeoriënteerde benadering. Naast de WWFT vereist de jurisprudentie inzake witwassen de aandacht. Een recente uitspraak van de Hoge Raad brengt de meldplicht witwassen dichterbij de accountant dan menig beroepsbeoefenaar wellicht denkt. Het jurisprudentieoverzicht laat zien dat accountants ook bij (belasting)fraude te maken kunnen krijgen met de meldplicht die uit de WWFT voortvloeit. Dit alles teneinde de integriteit van het financiële stelsel zo goed mogelijk te borgen.

**RELEVANTIE VOOR DE PRAKTIJK** Daar er sprake is van een *meldplicht*, dient iedere accountant op de hoogte te zijn van de verplichtingen die uit de WWFT voortvloeien. Naast deze formele bepalingen is het van belang dat de accountant materieel op de hoogte is van de jurisprudentie op witwasgebied.

## 1 Inleiding

Vanaf het einde van de jaren tachtig van de vorige eeuw groeide het besef en inzicht dat illegaal verworven vermogen een bedreiging kon vormen voor de integriteit van het financiële stelsel. Toentertijd was de vrees dat met name gelden die via de drugshandel (de onderwereldeconomie) kunnen worden verworven zich nestelen in de legale economie (de bovenwereldeconomie). Wetgeving – begin jaren negentig – aangaande de identificatie bij financiële dienstverlening en de invoering van een meldplicht voor financiële instellingen moest het zogenaamde witwassen voorkomen. Naast deze preventieve rol vervult

de anti-witwaswetgeving ook een repressieve rol. Vergelijking van gemelde transacties met gegevensbestanden van de overheid kan ‘hits’ opleveren die van belang zijn voor (strafrechtelijk) onderzoek.

Inmiddels is de groep meldingsplichtigen sterk uitgebreid. Thans vallen ook de vrije beroepsbeoefenaren – advocaten, notarissen, belastingadviseurs en accountants – onder de wetgeving. De wetgeving is inmiddels aangepast en betreft niet alleen meer het voorkomen van witwassen, maar ook het voorkomen van de financiering van terrorisme. Bovendien is duidelijk geworden dat het bereik van de wetgeving verder gaat dan gelden die uit drugsgerelateerde misdrijven zijn verkregen. Uit het jurisprudentieoverzicht in paragraaf 3 volgt dat bijvoorbeeld ook fiscale misdrijven onder het bereik van de wetgeving kunnen vallen.

Dat veranderingen nodig zijn als het gaat om het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering is onder andere verwoord door de Algemene Rekenkamer (Pheijffer, 2008). Met name als het gaat om de overheidsbijdrage daaraan. Op 3 juni 2008 verscheen de nota, *Bestrijden witwassen en terrorismefinanciering*, waarin de Algemene Rekenkamer een vrij somber beeld schetst:

- na jaren van aandacht voor genoemde thema's is het inzicht in de aard van witwassen en terrorismefinanciering nog steeds versnipperd;
- de bestrijding is eveneens zeer versnipperd, maar er is ook overlap van kennis, vaardigheden en informatie bij diverse diensten. Eén en ander belemmert de integrale bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering;
- in het verleden bestonden er geen of nauwelijks meetbare doelen en prestatieafspraken voor betrokken overheidsdiensten;
- er bestaan vier toezichhouders op meldingsplichtigen (De Nederlandsche Bank, Autoriteit Financiële Markten, Belastingdienst en Bureau Financieel Toezicht); ook hier toont zich de versnippering en ontstaan grote verschillen. De Nederlandsche Bank oefent permanent toezicht uit, terwijl de controlekansen voor een notaris die onder toezicht van het Bureau Financieel Toezicht (BFT) staat slechts 1,7 procent is.

Voor accountants, die eveneens onder toezicht van het BFT staan, is de controlekans nog lager. De Algemene Rekenkamer stelt dan ook dat zij materieel niet onder toezicht staan;

- de opsporingskans van daadwerkelijke witwastransacties is eveneens erg laag (afhankelijk van de instantie of politieregio die het onderzoek doet. Meestal is de opsporingskans kleiner dan vijf procent).

De oorzaken die de Algemene Rekenkamer geeft, zijn de beperkte capaciteit en deskundigheid bij sommige overheidspartijen, een gebrekkige informatie-uitwisseling tussen betrokken partijen en een gebrek aan regie binnen de overheid. De verantwoordelijke ministers van Justitie, Financiën en Binnenlandse Zaken delen de belangrijkste conclusie in het rapport, namelijk dat de witwasbestrijding weinig effectief is, niet (Tweede Kamer, 2008). Zij wijzen onder meer op de preventieve werking van de meldingsplicht. Deze is echter nauwelijks meetbaar en het argument lijkt louter de aandacht af te leiden van de stevige kritiek die de Algemene Rekenkamer uit.<sup>1</sup> In deze bijdrage gaan wij in op enkele belangrijke wijzigingen in de wetgeving aangaande het voorkomen van witwassen en de financiering van terrorisme (WWFT) (paragraaf 2). Vervolgens volgt een jurisprudentieoverzicht om de interpretatie van de rechter van de wetgeving te duiden (paragraaf 3). Hierbij staan wij stil bij de beroepsactiviteiten die relevant zijn in het kader van deze wetgeving en bij het begrip witwassen. Wij sluiten af met enige conclusies waarbij wij met name op de implicaties voor de accountant-praktijk wijzen (paragraaf 4).<sup>2</sup>

## 2 De WWFT

Per 1 augustus 2008 is de WWFT in werking getreden. Handhaving van de WWFT vindt plaats vanaf 1 januari 2009. Zoals gezegd zijn de meeste bepalingen overgenomen uit de Wet MOT en de WID en worden inmiddels bekend verondersteld. Bovendien zijn er door beroepsorganisaties zoals NIVRA, NOvAA en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs richtsnoeren opgesteld die aanwijzingen geven over de toepassing van de wet. Kortheidshalve wordt daarnaar en naar enige andere in de literatuurlijst opgenomen artikelen verwezen. Tot slot verwijzen wij naar de website van het BFT, het bureau dat als toezichthouder is aangewezen voor de naleving van de WWFT door de vrije beroepsbeoefenaren.

In de deze paragraaf gaan wij in op de belangrijkste wijzigingen in de wetgeving en de invloed op de accountants-praktijk<sup>3</sup>:

- cliëntenonderzoek;
- risicogeorïenteerde benadering en monitoring;
- geheimhouding;
- kantoor beleid – en procedures.

Maar alvorens daartoe over te gaan, kijken we eerst naar het begrip *instelling*, dat bepalend is voor de vraag wie er nu precies meldingsplichtig is.

### Instelling

Het begrip ‘instelling’ is in de WWFT van groot belang, omdat het bepalend is voor de vraag wie er nu precies meldingsplichtig zijn. In artikel 1 lid 1 sub a wordt een opsomming gegeven. Daarin staan onder meer de vrije beroepsbeoefenaren, die als volgt worden omschreven:

- externe registeraccountant, externe accountant-administratieconsulent of belastingadviseur, voor zover deze zijn beroepsactiviteiten uitoefent dan wel een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, voor zover die anderszins zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig daarmee vergelijkbare activiteiten verricht;
- natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap die als advocaat, notaris of kandidaat-notaris of in de uitoefening van een gelijksoortig juridisch beroep of bedrijf zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig advies geeft of bijstand verleent 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;
  - e werkzaamheden op fiscaal gebied;
- natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap die als advocaat, notaris of kandidaat-notaris dan wel in de uitoefening van een gelijksoortig juridisch beroep optreedt in naam en voor rekening van een cliënt bij enigerlei financiële transactie of onroerendezaaktransactie.

Een belangrijke vraag voor accountants is welke beroepsactiviteiten nu precies onder de meldplicht van de WWFT vallen. Over twee punten is weinig discussie: (1) overheidsaccountants en interne accountants vallen er niet onder; en (2) voor openbaar accountants vallen in ieder geval onder de meldplicht: controleren, beoordelen, samenstellen en het voeren van administraties.

Het verzorgen van cursussen valt niet onder beroepsactiviteiten, maar het verrichten van *tax assurance*-opdrachten wel (Knook en Reckweg, 2009, p. 8). Een eenduidig criterium op basis waarvan de verschillende beroepsactiviteiten van accountants al dan niet onder de meldplicht kunnen worden geschaard, ontbreekt tot op heden. Zo zou het onderscheid *assurance* en *assurance related* versus *non-assurance-diensten* als criterium kunnen gelden.

Zo is nog niet uitgemaakt het antwoord op de vraag of activiteiten in het kader van ‘due diligence’ en ‘forensische accountancy’ wel of niet onder de meldplicht vallen. Blijkens de vragenlijsten die het BFT als toezichthouder op haar website heeft geplaatst, is zij van mening dat de forensische activiteiten eronder vallen. Wat betreft due diligence kan worden betoogd dat dit valt onder de bij juristen genoemde activiteiten inzake het aan- en verkopen van ondernemingen;

daarbij komt het onder het bereik van de meldplicht. Jurisprudentie ontbreekt op beide terreinen echter nog. Evenmin is duidelijk welke activiteiten op het gebied van 'management consultancy' onder de definitie van beroepsactiviteiten vallen. We komen hier op het vakgebied van 'accountants in business'. Indien dergelijke adviesactiviteiten onder de meldplicht vallen, is dit een uitbreiding van de meldplicht die nadere aandacht behoeft bij de implementatie. Wij schatten in dat de beroepsbeoefenaren zich momenteel onvoldoende bewust zijn van 'onbruikbaarheid' van transacties die zij in een adviesopdracht kunnen tegenkomen. Het Koninklijk NIVRA en het BFT zijn momenteel nog in overleg over de in de twee voorgaande alinea's genoemde beroepsactiviteiten. Nader overleg en jurisprudentie zullen moeten gaan uitwijzen hoe ruim of beperkt het begrip beroepsactiviteiten dient te worden uitgelegd. Hierbij moet worden bedacht dat de uitleg van de reikwijdte van de beroepsactiviteiten van accountants tevens bepalend is voor de vraag of anderen dan accountants – namelijk zij die vergelijkbare werkzaamheden verrichten – onder de meldplicht vallen. De consequenties van de reikwijdte van de wet voor deze markt van zakelijke dienstverleners, maar ook voor de toezichthouders moet niet worden onderschat.

#### Cliëntenonderzoek

Het cliëntenonderzoek wordt gezien als een belangrijke (preventieve) maatregel die bijdraagt aan het herkennen en beheersen van de risico's die bepaalde cliënten of transacties met zich brengen. De WWFT geeft – meer dan de WID in het verleden – ruimte tot eigen invulling door de meldingsplichtigen. Zij dienen de klant te kennen, en dus te weten wie deze is dan wel wie bij een rechtspersoon als uiteindelijk belanghebbende optreedt, en hun onderzoek af te stemmen op de risicogevoeligheid voor witwassen of de financiering van terrorisme van het type cliënt, zakelijke relatie, product of transactie. De (oude) verplichting om altijd een kopie van het paspoort te maken, vervalt hiermee.

Des te lager/hoger het risico, des te minder/meer werkzaamheden het cliëntenonderzoek omvat. In de wet wordt een drietal typen onderscheiden: vereenvoudigd, standaard en verscherpt cliëntenonderzoek. In de eerder geduide richtsnoeren hebben de beroepsorganisaties hier verder invulling aan gegeven. Verder is de figuur van de *ultimate beneficial owner* (UBO) geïntroduceerd. De instelling dient bij een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie de uiteindelijk belanghebbende van die transactie vast te stellen.

#### Risicogeorieerde benadering en monitoring

Deze benadering houdt in dat meldingsplichtigen inschatten welke risico's er aan een cliënt, diens zakelijke relaties, producten en transacties kleven. Bij een verlaagd/verhoogd risicoprofiel dienen er door meldingsplichtigen minder/meer inspanningen te worden verricht.

Het op risico's gebaseerde denken en handelen wordt doorgetrokken tijdens de dienstverlening aan de cliënt. Dat wordt 'monitoring' genoemd. Van den Broeke en Hoff (2009, p. 53) vatten het mooi samen: 'Het is van belang dat de instelling periodiek toetst of de cliënt nog voldoet aan het risicoprofiel, zoals dat is opgesteld bij de aanvang van de dienstverlening. Instellingen kunnen immers alleen ongebruikelijke transacties opmerken als ze een goed beeld hebben van de desbetreffende cliënt. Indien uit bepaalde transacties blijkt dat de cliënt afwijkt van het profiel, dient de instelling na te gaan welke risico's dit oplevert. Eventueel leidt dit (i) tot aanpassing van het risicoprofiel, (ii) van de maatregelen die gelden voor de betreffende cliënt en (iii) tot aanvullend cliëntenonderzoek.'

#### Geheimhouding

De geheimhoudingsverplichting in de Wet MOT was strikt en stond niet toe dat derden over een uitgevoerde melding zouden worden ingelicht. Maar juist voor de hiervoor onder het kopje 'instelling' genoemde partijen wordt in artikel 23 lid 3 WWFT een verruiming geboden: de geheimhoudingsplicht is niet van toepassing op een mededeling aan een cliënt met als doel deze te doen afzien van een onwettige handeling.

Voorts bieden artikel 23 lid 4 sub c en d WWFT, ruimte mededelingen aan andere meldingsplichtigen te doen indien:

- die ander een zetel in een lidstaat van de Europese Unie heeft en het dezelfde cliënt en dezelfde transactie betreft en de mededeling uitsluitend is bedoeld ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme;
- die ander geen zetel in een lidstaat heeft, maar wel onderworpen is aan eisen die gelijkwaardig zijn aan die in de WWFT. Bovendien moeten er gelijkwaardige verplichtingen gelden op het gebied van het beroepsgeheim en de bescherming van persoonsgegevens. Voorts dient de instelling aan wie de mededeling wordt gedaan tot dezelfde beroepscategorie te behoren en dient het dezelfde cliënt en dezelfde transactie te betreffen. De mededeling dient uitsluitend bedoeld te zijn ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme.

Op het punt van geheimhouding speelt nog een aspect dat te maken heeft met een tweede meldplicht voor de accountant, namelijk die inzake fraude. Deze uit de Wet Toezicht Accountantsorganisaties voortvloeiende meldplicht geldt alleen voor wettelijke controleopdrachten waarbij een redelijk vermoeden van fraude van materieel belang in de verantwoording van de cliënt speelt. In het kader van de fraudemeldplicht dient de accountant zijn cliënt te bewegen de gevolgen van fraude ongedaan te maken en deze voor de toekomst te voorkomen. Dit noopt tot een gesprek met de cliënt, hetgeen ingeval van de meldplicht die voortvloeit uit de WWFT dus slechts kan indien het gaat om het voorkomen van witwassen en het financieren van terrorisme.

Wij merken voorts op dat het materialiteitsbeginsel zoals

gehanteerd in het kader van de jaarrekeningcontrole in de WWFT niet wordt gehanteerd. In principe dienen dus alle ongebruikelijke transacties (ongeacht de omvang) te worden gemeld. Het komt ons voor dat dit in samenhang met de brede uitleg van het begrip witwassen (zie het hierna volgende jurisprudentieoverzicht) tot een wellicht onbedoelde stroom meldingen van kleinschalige transacties kan leiden.

### Kantoorbeleid en –procedures

Het zal duidelijk zijn dat toezichthouders, zoals de AFM en het BFT, zullen toetsen of, en zo ja in hoeverre, de bij hen onder toezicht staande instellingen voldoen aan de bepalingen van de WWFT.<sup>4</sup> Een instelling zal onder meer moeten kunnen aantonen:

- dat het personeel voldoende bekend is met en zich bewust is van de opzet en bedoeling van de WWFT. Dit vereist opleiding en training. Niet eenmalig, maar periodiek; zodat men blijft bij actuele ontwikkelingen in wetgeving, jurisprudentie en witwasmethodeken;
- dat er beleid en procedures zijn ontwikkeld en worden nageleefd ten aanzien van het cliëntenonderzoek. Wordt daarin bijvoorbeeld afdoende onderscheiden in welke situaties een vereenvoudigd, respectievelijk standaard of verscherpt onderzoek dient plaats te vinden;
- dat er beleid en procedures zijn ontwikkeld en worden nageleefd ten aanzien van de risicogeorïenteerde benadering en monitoring;
- dat vorenstaande niet alleen blijkt uit de kwaliteitshandboeken, maar ook uit de cliëntendossiers;
- dat de juiste procedures zijn getroffen en in werking zijn getreden ten aanzien van de borging van de uit de WWFT voortvloeiende geheimhoudingsverplichtingen.

Tot zover het formele kader. We vervolgen met de materiële aspecten van de anti-witwaswetgeving en doen dat aan de hand van de bespreking van enige jurisprudentie. De kern daarvan is dat het onderwerp witwassen – en daarmee de meldplicht – dichterbij de accountant staat dan menigeeen verwacht. Niet dat in de praktijk vaak wordt waargenomen dat accountants drugshandelaren en dergelijke als cliënt hebben, maar wel omdat de jurisprudentie laat zien dat belastingfraude – daar krijgt menig accountant wel degelijk mee te maken – en witwassen nauw met elkaar samenhangen.<sup>5</sup>

### 3 Jurisprudentieoverzicht

Het jurisprudentieoverzicht maakt de witwasproblematiek inzichtelijker, maar voor sommigen wellicht ook ingewikkelder. Bij witwassen denkt immers niet iedereen aan de fiscaliteit. De jurisprudentie laat zien dat met het uit het zicht houden van gelden voor de fiscus, andere overheden of rechthebbenden al snel sprake is van het in artikel 420 bis Wetboek van Strafrecht opgenomen ‘verbergt of verhult’. Het tweede bestanddeel van de delictomschrijving waar het in de jurisprudentie om draait,

is het ‘afkomstig uit enig misdrijf’. De Hoge Raad lijkt het pleit inmiddels te hebben beslecht: een fiscaal misdrijf kan wel degelijk aan de basis staan van het misdrijf witwassen.

#### *Artikel 420 bis lid 1 sub a*

Alvorens we beginnen met het jurisprudentieoverzicht, is het goed het misdrijf witwassen, zoals omschreven in artikel 420 bis lid 1 Wetboek van Strafrecht, aan te halen: ‘Als schuldig aan witwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren of geldboete van de vijfde categorie:

a hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing **verbergt of verhult**, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit **enig misdrijf**;

De twee vetgedrukte frases bevatten de kern waar het in de jurisprudentie aangaande de meldplicht en de vervolging van witwassen om draait. Ook in de hierna te bespreken jurisprudentie zullen we de kern aanhalen en delen vetgedrukt weergeven.

#### *Codalux-uitspraken: zwartwassen*

In de navolgende vier uitspraken gaat het om witwasaspecten in een grootschalig onderzoek naar beursfraude, de zogeheten Clickfondsaffaire. In dat onderzoek bleek geld van vermogende Nederlanders te zijn weggezet bij een Luxemburgse bank met de naam Codalux. Curieus was dat geld op Codalux-bankrekeningen kon worden gestort of opgenomen via de Amsterdamse bank Bank Bangert Pontier. Stortingen en opnames bij de Amsterdamse bank werden via de tussenrekeningen van de banken gemuteerd op de bankrekeningen bij Codalux. Op deze wijze kon geld met medeweten van de Amsterdamse bankdirecteur aan het zicht van de fiscus worden onttrokken. Deze werd vervolgd voor het niet doen van witwasmeldingen in het kader van de Wet MOT; een aantal van de Nederlanders rekeninghouders werd vervolgd voor witwassen. De verschillende rechtsinstanties besloten als volgt:

- (1) Rechtbank Amsterdam, 1 november 2000 (LJN: AA 7998): ‘Vanwege de aanmerkelijke kans dat het ging om fiscaal zwart geld hadden deze transacties aangemeld moeten worden op grond van de Wet MOT.’
- (2) Rechtbank Amsterdam, 3 mei 2002 (LJN: AE 2270): ‘De rechtbank is van oordeel dat er ten aanzien van de Codalux-rekeningen sprake is van fiscaal en/of anderszins zwart geld. Niet de herkomst van het geld voor het op de rekeningen werd gestort, maakt het zwart, doch het feit dat het gedurende het ‘parkeren’ op deze rekeningen doelbewust – zo valt uit het dossier op te maken – aan het zicht van de fiscus en/of eventueel rechthebbende derden was onttrokken.’
- (3) Gerechtshof Amsterdam, 4 april 2003 (LJN: AF 6887, betreft hoger beroep van zaak onder 1): spreekt over



‘niet-geïfiscaliseerd geld’ en het criterium ‘de aanmerkelijke kans dat het geld geen legale herkomst heeft’.

De voorgaande drie uitspraken zijn met name van belang omdat zij invulling geven aan het in artikel 420 bis Wetboek van Strafrecht opgenomen bestanddeel ‘verbergt of verhuult’. Dat daarvan sprake is, wordt volgens voorgaande uitspraken al snel aangenomen indien zwart geld in het buitenland verborgen wordt gehouden. Strikt genomen is er door dat laatste te doen geen sprake van ‘witwassen’, eerder van ‘zwartwassen’.

Door het navolgende arrest van het Hof Amsterdam verschoof de aandacht naar het bestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’ in voornoemde wetsbepaling:

(4) Gerechtshof Amsterdam, 14 maart 2006 (LJN: AV 4924): ‘Het hof begrijpt de tenlastelegging aldus dat daarin aan de verdachte wordt verweten te hebben deelgenomen aan een organisatie waarvan de doelstelling heeft bestaan in het in ontvangst nemen van niet-geïfiscaliseerde gelden, het storten ervan op subrekeningen, en het (vervolgens) beleggen van deze gelden in effecten of anderszins.

Aldus beschouwd kan het tenlastegelegde niet leiden tot een bewezenverklaring. Handelingen als het verwerven, voorhanden hebben en overdragen van voorwerpen of goederen zijn onder zowel het destijds geldende als het vigerende regime slechts dan als heling strafbaar gesteld indien de betreffende voorwerpen of goederen geheel of ten dele door een voorafgaand misdrijf zijn verkregen. Het voor de fiscus verzwijgen van bezit van vermogen en van genoten inkomsten brengt echter geen wijziging teweeg in de - verondersteld legale - herkomst van de verzwegen gelden. Niet-geïfiscaliseerde vermogens en inkomsten zijn dan ook niet - zonder meer - door misdrijf verkregen.’

#### *Misdrijf niet exact te bewijzen*

De uitspraak van de Hoge Raad van 28 september 2004 (LJN: AP2124) is van belang omdat daarin wordt aangegeven dat de bewijslast ten aanzien van het bestanddeel ‘afkomstig uit enig misdrijf’ relatief eenvoudig is, namelijk: ‘Bewijs van “afkomstig uit enig misdrijf” bij witwassen ex artikel 420 bis.1.b. SR: uit de bewijsmiddelen behoeft niet te kunnen worden afgeleid (a) dat het desbetreffende voorwerp afkomstig is uit een nauwkeurig aangeduid misdrijf en (b) door wie, wanneer en waar dit misdrijf concreet is begaan.’

#### *Witwassende accountant*

Een enkele keer komt het tot een veroordeling van een accountant. Een voorbeeld van de Rechtbank Den Haag, 14 juli 2006 (LJN: AY 5818): ‘Gelet op het feit dat een medeverdachte met een grote hoeveelheid contant geld bij de accountant aanklopte met het verzoek om het geld voor hem te beheren – hetgeen volgens de eigen verklaring van de accountant niet gebruikelijk was – terwijl deze medeverdachte, toen verdachte hem daar expliciet naar vroeg, geen inzage heeft willen verschaffen in zijn vermogenspositie, heeft verdachte, door op het verzoek van de medeverdachte in te gaan,

willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat het geldbedrag afkomstig was uit belastingontduiking, althans uit enig misdrijf.’

#### *Zwarte ‘coffee’ (eerste aanleg)*

De volgende casus – Rechtbank Amsterdam, 25 mei 2007 (LJN: BB 3642) – draait om belastingontduiking door omzet van coffeeshops niet bij de fiscus op te geven, maar op een Luxemburgse bankrekening te plaatsen. De rechtbank ‘acht het niet onaannemelijk dat het geld dat ten gunste van verdachte op de coderekening in Luxemburg is gestort, oorspronkelijk is verdiend in de coffeeshops en vanwege het niet opgeven aan de fiscus als zogenaamd “zwart geld” is aan te merken.’ En: ‘Doordat het legaal verdiende geld door of namens verdachte (uiteindelijk) is weggezet op een Luxemburgse coderekening en nooit is opgegeven aan de Belastingdienst, heeft verdachte zich schuldig gemaakt aan overtreding van artikel 69 van de AWR, hetgeen een misdrijf is. De vraag of dit misdrijf als gronddelict in de zin van artikel 420 bis WvSr kan worden aangemerkt, wordt door de rechtbank bevestigend beantwoord.’

#### *Zwarte ‘coffee’ (in hoger beroep)*

Maar in hoger beroep leidde deze zaak in het geheel niet tot een veroordeling. De uitgebreide motivering van het waarom is lezenswaardig. Het gaat om Gerechtshof Amsterdam, 11 juni 2008 (LJN: BE7125): ‘Het hof overweegt hiertoe dat naar zijn oordeel de vraag of het “niet, onjuist of niet tijdig doen van aangifte” in de zin van artikel 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (verder: AWR) tot gevolg heeft dat de belastingplichtige een ‘uit misdrijf afkomstig’ voorwerp voorhanden krijgt, ontkenning moet worden beantwoord, nu dat geen gronddelict is als waarop artikel 420bis van het Wetboek van Strafrecht het oog heeft, gelet op de doelstelling van de wetgeving waarbij de artikelen 420bis en verder van het Wetboek van Strafrecht werden ingevoerd.

Het hof is van oordeel dat onder het “opzettelijk niet, onjuist of niet tijdig doen van een aangifte” in de zin van artikel 69 AWR niet is te verstaan witwassen van opbrengsten van misdrijven, nu het hier niet gaat om opbrengsten van misdrijven, maar aan het oog van de fiscus onttrekken van gelden, waardoor een vordering van de fiscus op de belastingplichtige ontstaat. Het voor de fiscus verzwijgen van inkomsten en/of vermogen brengt immers geen wijziging teweeg in de verondersteld legale herkomst van de verzwegen gelden. Van “opbrengsten van een misdrijf” is dan ook geen sprake. Het hof is tot een soortgelijk oordeel gekomen met betrekking tot de mogelijkheid van heling van gelden ten aanzien waarvan geen aangifte is gedaan (arrest van 14 maart 2006, LJN AV4924).

Het hof wijst voorts op de wetgeschiedenis van artikel 420bis van het Wetboek van Strafrecht (...). De wetgeschiedenis is minst genomen onduidelijk dan wel multi-interpretabel.

Daarbij voegt zich ten slotte nog dat niet is gebleken dat de met fiscale aangifteverplichtingen gemoeide belangen niet afdoende kunnen worden beschermd door de mogelijkheden die de fiscale wetgeving biedt voor de bestuurlijke afdoening en voor de strafrechtelijke vervolging van belastingdelicten.’

### *Zwart geld niet automatisch een misdrijf*

In een afpersingszaak oordeelde de Rechtbank Breda op 23 november 2007 (LJN: BB 8749) in soortgelijke zin als het Hof Amsterdam in het hiervoor besproken arrest: 'De rechtbank overweegt dat in het algemeen niet geldt dat wanneer er sprake is van zwart geld daarmee automatisch vaststaat dat is voldaan aan het delictsbestanddeel "een door misdrijf verkregen goed" of "het onmiddellijk of middellijk afkomstig zijn uit een misdrijf"'. Niet alle fiscale misdrijven lenen zich vanwege hun aard als basismisdrijf voor de voormelde delictomschrijvingen. Met een fiscale verzwijging in het kader van de artt. 68 en 69 AWR is niet noodzakelijkerwijs sprake van een verkrijging "door misdrijf". Het geld waarover aangifte gedaan zou moeten worden, kan immers op geheel legale wijze zijn verkregen. Dit zou anders kunnen zijn indien aan de verkrijging reeds zelf een fiscaal misdrijf ten grondslag zou liggen, maar daarvan is in de onderhavige zaak geen sprake omdat niet aannemelijk is geworden dat verdachte de geldbedragen heeft verworven om daarmee de bedragen doelbewust aan het zicht van de fiscus te onttrekken.'

### *Fiscale fraude: omzetafoming*

Maar de rechters blijven worstelen met de fiscale problematiek. Het volgende arrest - Gerechtshof Arnhem, 6 augustus 2008 (LJN: BD9335) - levert een vrijspraak op voor het misdrijf witwassen: 'Met betrekking tot het onder 6 ten laste gelegde merkt het hof op dat het enkele gegeven dat afgeroomde bedrijfsomzetten buiten de administratie van [bedrijf 1] zijn gehouden onvoldoende is om te kunnen stellen dat verdachte zich heeft schuldig gemaakt aan het witwassen.'

De verdachte wordt echter wel voor andere delicten veroordeeld. In de strafmotivering stelt het hof: 'Het betreft in deze zaak een jarenlange welbewust structureel uitgevoerde fiscale fraude waarbij verdachte en zijn vader, via hun ondernemingen, een centrale rol spelen. Jarenlang heeft verdachte bewust zijn omzet afgeroomd en op deze wijze "zwart" geld gecreëerd dat via het buitenland weer (deels) terugkwam als leningen aan verdachtes bedrijven. Verdachte heeft stelselmatig de administratie van zijn bedrijven valselijk opgemaakt. De aldus opgemaakte onjuiste administratie werd als basis gebruikt voor de berekening van de verschuldigde omzetbelasting en vennootschapsbelasting van verdachtes bedrijven. Het gevolg van dit handelen is dat er minder belastingen zijn voldaan en aanslagen van de Belastingdienst op een te laag bedrag werden vastgesteld.'

### *Het verlossende woord? De Hoge Raad spreekt*

De Hoge Raad heeft op 7 oktober 2008 (LJN: BD2774) vermoedelijk het verlossende woord gesproken. De kern van het arrest: 'Het middel stelt de vraag aan de orde of onder voorwerpen "afkomstig (...) uit enig misdrijf" in de zin van voormelde bepalingen mede kunnen worden verstaan vermogensbestanddelen die weliswaar (oorspronkelijk) op legale wijze zijn verkregen, maar waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken. Hieruit moet worden afgeleid dat de wetgever niet heeft beoogd andere beperkingen aan te leggen wat betreft het gronddelict waaruit het voor-

werp van de witwashandelingen afkomstig is, dan dat het moet gaan om een misdrijf. Aan zijn hiervoor onder weergegeven oordeel dat de verdachte van het haar ten laste gelegde moet worden vrijgesproken, heeft het hof kennelijk ten grondslag gelegd dat vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft doordat belasting is ontdoken, niet kunnen worden aangemerkt als voorwerpen "afkomstig (...) van enig misdrijf" in de zin van de art. 420bis en 420quater Sr. Dat oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Die vermogensbestanddelen kunnen in zoverre worden aangemerkt als van misdrijf afkomstig in de zin van voormelde bepalingen.'

Met het 'in zoverre' lijkt de Hoge Raad aan te geven dat in een situatie waarin bijvoorbeeld (1) 400.000 euro zwart geld verborgen wordt gehouden in het buitenland, en (2) bij een juiste fiscale aangifte 175.000 belasting betaald zou moeten worden, slechts dat laatste bedrag aangemerkt kan worden als uit misdrijf afkomstig. Maar die constatering lijkt ons verder zonder betekenis. Immers als het zwarte geld dan toch aan de oppervlakte moet komen, dan is het logisch het totale bedrag - in casu 400.000 euro - aan verborgen gehouden vermogen te melden.

### *Last onder dwangsom*

Ook de volgende uitspraak laat zien dat de rechter eraan hecht dat bepaalde fiscale transacties het meldpunt bereiken. In de onderhavige kwestie - Rechtbank Rotterdam, 18 maart 2008 (LJN: BC 7312) - legt de rechtbank een last onder dwangsom op aan een belastingadviseur wegens het niet melden van een ongebruikelijke transactie. De belastingadviseur onderhandelt namens zijn cliënt, een restaurant, met de fiscus over een vaststellingsovereenkomst waarbij uiteindelijk over een vijftal jaren aan belastingen, boete en rente 229.000 euro wordt nabetaald.

De toezichthouder, het Bureau Financieel Toezicht (BFT), stelt dat hier sprake is van gelden die niet bij de fiscus zijn opgegeven, dus is er sprake van een misdrijf en ook van een ongebruikelijke transactie, dus is melding noodzakelijk. De belastingadviseur meent van niet nu hij ten behoeve van cliënt met de fiscus een overeenkomst heeft gesloten en de feiten daarmee bij de overheid bekend zijn.

De rechtbank volgt de visie van het BFT en legt dus een last onder dwangsom op.

### *Lakse accountant*

Soms dient ook de Raad van Tucht in actie te komen. Zoals in de kwestie Raad van Tucht Den Haag, 16 juni 2008. Het gaat om een accountant die voor twee weken wordt geschorst wegens het niet doen van MOT-meldingen waar dat naar de mening van het BFT wel had gemoeten.

In de casus draait het om contante opnames in een casino alsmede om commissiebetalingen aan Roemeense en Russische ondernemingen. De accountant was met deze transacties bekend maar vond ze kennelijk niet meldingswaardig. De Raad van Tucht dacht daar anders over en kwali-

ficeerde die opnames en betalingen als ongebruikelijk en dus meldingswaardig.

#### 4 Conclusie

De risicogerichte benadering in de WWFT betekent een verlichting ten opzichte van de wat bureaucratisch en niet altijd even nuttig ogende bepalingen van met name de oude WID. Door deze benadering wordt in feite meer verantwoordelijkheid bij de meldingsplichtige instellingen gelegd. Duidelijkheid is gewenst over de exacte reikwijdte van de meldingsplicht voor accountants (en daarmee indirect voor beroepsbeoefenaren die vergelijkbare diensten verlenen). Teneinde te toetsen of vrije beroepsbeoefenaren zoals accountants hun verantwoordelijkheid nemen, is er toezicht zijdens de AFM en het BFT. Deze toezichthouders zullen in eerste instantie oog hebben

voor de implementatie van de WWFT-bepalingen in de kwaliteitshandboeken.

Het jurisprudentieoverzicht leert dat het niet blijft bij de implementatie van allerhande formele bepalingen. *The proof of the pudding is in the eating*. Het jurisprudentieoverzicht laat zien dat accountants ook bij (belasting)fraude te maken kunnen krijgen met de meldplicht die uit de WWFT voortvloeit. Dit alles teneinde de integriteit van het financiële stelsel zo goed mogelijk te borgen. ■

Marcel Pheijffer is hoogleraar Accountancy aan Nyenrode Business Universiteit en hoogleraar Forensische Accountancy aan Universiteit Leiden. Philip Wallage is hoogleraar Accountantscontrole aan de Universiteit van Amsterdam en partner bij KPMG.

#### Literatuur

- Almelo, L. van (2009), Uiteindelijk wordt de samenleving er rechtvaardiger door, *De Accountant*, nummer 2, pp. 26-28.
- Bont, G.J.M.E. en J.M. Sitsen (2007), *Tour d'horizon fiscaal strafrecht anno 2007*, *Tijdschrift voor formeel belastingrecht*, nummer 8, pp. 19-26.
- Broeke, P.J. van den en R.J. Hoff (2009), Memo Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT), Deventer: Kluwer.
- Erkens, F. (2008), Kritischer kijken naar cliënten, *De Accountant*, nummer 4, pp. 28-32.
- Faber, W. en A.A.A. van Nunen, *Uit onverdachte bron. Evaluatie van de keten ongebruikelijke transacties*, WODC, Boom Juridische uitgevers, 2004.
- Financial Action Task Force (2008), Risk-based approach guidance for accountants, FATF, 17 juni 2008.
- Financial Intelligence Unit Nederland (2008), Accountants en de WWFT, Een rapportage inzake de accountantmeldingen ten behoeve van de relatedag accountants.
- Haas, P. de (2008), Belastingfraude is (geen) witwassen?, *Weekblad Fiscaal recht*, 2008-1336.
- Hoeven, R. van der (2008), Witwassen: leuker moeten we het niet maken, *Strafblad*, pp. 23-37.
- Kaya, D., Kolkman, D.S., Snijder-Kuipers, B. en A.T.A. Tilleman (2008), Nieuwe anti-witwaswetgeving van kracht! Veel nieuws onder de zon?, *Tijdschrift voor de ondernemingsrechtpraktijk*, nummer 6, pp. 205-211.
- Knook, F. en C. Reckweg (2009), De accountant als poortwachter, *Accountant Adviseur*, nummer 1/2, pp. 8-11.
- Koninklijk NIVRA en NOVAA (2008), *Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) voor belastingadviseurs en accountants*, 10 november 2008.
- Nederlands Juristenblad (2008), *Notarissen melden het meest in 2007* Nieuwsrubriek NJB, nummer 30, p. 1909.
- Peeperkorn, M. (2008), Hoe voorkom je illegale praktijken?, *De Accountant*, nummer 4, pp. 48-50.
- Pheijffer, M. (2008), Onderzoek bestrijden witwassen en terrorismefinanciering (weblog), [www.accountant.nl](http://www.accountant.nl), 4 juni 2008.
- Tweede Kamer (2008), Bestrijden witwassen en terrorismefinanciering, nummer 31.477 sub 1, 3 juni 2008.
- Wilde, M.F. de (2008), Bestrijding van witwaspraktijken: een strafrechtelijk, economisch en fiscaal perspectief, *Weekblad Fiscaal Recht*, 2008-28.
- [www.bureaufit.nl](http://www.bureaufit.nl).

#### Noten

- 1 Zie voor andere kritiek op de meldingsplicht ongebruikelijke transacties het rapport van Faber en Van Nunen (2004).
- 2 Overigens blijkt uit onderzoek van de Financial Intelligence Unit (FIU, het meldpunt) dat over de periode juni 2003-2008, 296 meldingen door accountants zijn verricht. Daarmee staan zij op de tweede plaats als het gaat om jaarlijkse meldingen door vrije beroepsbeoefenaren (FIU, 2008).
- 3 Er is nog een andere voor de accountantspraktijk niet onbelangrijk gevolg van de wetswijziging, die wij kort willen duiden. Namelijk dat ook dient te worden gemeld indien (voorgenomen) ongebruikelijke transacties worden aangetroffen bij een *buitenlandse* dochteronderneming van een Nederlandse controlecliënt waarvan de geconsolideerde jaarrekening door de Nederlandse accountant wordt gecontroleerd. Dit betekent dat in het geval de *Nederlandse* accountant bekend wordt met een dergelijke ongebruikelijke transactie, melding opportuun is.
- 4 Waarbij het BFT de voor de WWFT aangewezen toezichthouder is. De AFM zal zich derhalve niet richten op het actief toetsen van de materiële naleving van de WWFT en dus niet op zoek gaan naar ongebruikelijke transacties. De AFM kan besluiten de handelwijze van de externe accountant te beoordelen indien zij bij de reguliere toezichtsactiviteiten tegen een ongebruikelijke transactie aanloopt.
- 5 Omwille van de omvang van deze bijdrage laten wij een andere meldplicht voor accountants – die inzake fraude – in deze bijdrage buiten beschouwing.