

# Denk niet zwart wit over de meldingsplicht

Op 1 augustus 2008 is de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) in werking getreden. Deze wet heeft als voornaamste doel het handhaven van de integriteit van het financiële stelsel. Op grond van de Wwft zijn belastingadviseurs en advocaten ten aanzien van bepaalde dienstverlening verplicht om een cliëntenonderzoek te verrichten en ongebruikelijke transacties te melden.

**H**et is niet altijd eenvoudig vast te stellen wat de preciese reikwijdte van de verplichtingen is: de Wwft schrijft geen specifieke handelswijze voor, maar bevat open normen die belastingadviseurs en advocaten (de gemachtigde) zelf moeten invullen. Wel is er door het ministerie van Financiën een handleiding opgesteld voor juridische beroepsgroepen die een leidraad biedt bij het uitvoeren van de verplichtingen uit de Wwft. Daarnaast heeft de Nederlandse orde van Advocaten voor de advocatuur een specifieke handleiding opgesteld. Dit artikel zal zich enkel tot de pijler 'meldingsplicht' richten in combinatie met de inkeerregeling.

## Meldingsplicht

Op grond van de Wwft is een gemachtigde verplicht een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie te melden bij de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU-NL). FIU-NL beoordeelt vervolgens of nadere informatie vereist is van de melder en of opsporingsinstaties, zoals de FOID-ECD, of veiligheidsdiensten voor nader onderzoek moeten worden ingeschakeld. Om te kunnen bepalen of sprake is van een ongebruikelijke transactie zijn zogenaamde indicatoren vastgesteld.

Het Bureau Financieel Toezicht (BFT) is belast met het toezicht op de naleving van de Wwft. Verzuimt een gemachtigde een ongebruikelijke transactie te melden, dan overtreedt hij de Wwft. Het opzettelijk ontduiken van de meldplicht kwalificeert als een economisch misdrijf waaraan sancties zijn verbonden.

## Vrijwillige verbetering

**Van een vrijwillige verbetering is sprake als een belastingplichtige een juiste en volledige aangifte doet of juiste en volledige inlichtingen, gegevens of aanwijzingen verstrekt vóórdat hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat de inspecteur op de hoogte is van de onjuistheid of onvolledigheid. Hierbij dient vanuit de Belastingdienst een handeling te zijn verricht waaruit dat vermoeden bij de belastingplichtige is ontstaan.**

## Inkeerregeling

De inkeerregeling bestaat uit een strafrechtelijke en fiscale component. Met ingang van 1 januari 2010 is de fiscale inkeerregeling (art. 67n AWR) aanzienlijk in de tijd beperkt: bij een vrijwillige verbetering wordt geen vergrijpboete opgelegd indien de inkeer uiterlijk binnen twee jaar na het beboetbare feit (het doen van de belastingaangifte) plaatsvindt. Na het verstrijken van die termijn zal bij vrijwillig verbeteren wel een boete volgen. Wel is uitdrukkelijk bepaald (art. 67n, lid 2 AWR) dat vrijwillige verbetering is aan te merken als een strafverminderende omstandigheid en tot een matiging van de boete leidt. De strafrechtelijke variant, op grond waarvan het recht op strafvervolgning vervalt indien een belastingplichtige tijdig inkeert (art. 69, lid 3 AWR), is niet gewijzigd. Hier geldt geen beperking van twee jaar. De beperking in de tijd houdt met name voor inkomsten uit het buitenland op termijn een belangrijke wijziging in. Hier geldt immers een navorderingstermijn van 12 jaar. Gedurende een lange periode kan dus bij vrijwillig verbeteren toch een boete worden opgelegd. Deze verlengde navorderingstermijn is volgens het Europese Hof van Justitie verenigbaar is met het EG-recht.

## Belastingontduiking

De Wwft ziet mede op het bestrijden van witwassen. Hiervan is onder meer sprake als men gelden met een criminele herkomst buiten het zicht houdt of vermomd als legitiem vermogen weer in de economie brengt. In dat kader is het arrest van de Hoge Raad uit 2008 inzake de kwalificatie van belastingontduiking van belang. De Hoge Raad oordeelde dat vermogensbestanddelen waarover men de beschikking heeft gekregen doordat belasting is ontdoken, afkomstig zijn uit een misdrijf. Het vervolgens ook niet aangeven van die vermogensbestanddelen kwalificeert als witwassen en leidt in beginsel tot een meldingsplicht voor de gemachtigde. Dit leidde tot de vraag of het nog wel zin heeft om in te keren als de inkeerder dan weliswaar gevrijwaard zou zijn voor vervolging van fiscale delicten maar vervolgens wel kan worden vervolgd voor witwassen. De staatssecretaris van Justitie heeft naar aanleiding van dit arrest duidelijk gemaakt dat men een onderscheid moet maken

tussen het verzwijgen van inkomsten met een illegaal en inkomsten met een legaal karakter. Indien een belastingplichtige inkeert voor legaal verkregen inkomsten, zal de Belastingdienst geen melding doen van witwassen bij het Openbaar Ministerie. Wel zijn de regels van de inkeerregeling gewoon van toepassing.

### Verschoningsrecht

De vraag is of een gemachtigde die een inkeerder bijstaat, melding moet doen van een ongebruikelijke transactie, omdat de belastingontduiking waarop de inkeer ziet, gezien het arrest van 7 oktober 2008, moet worden beschouwd als een ongebruikelijke transactie.

Op 11 september 2009 heeft het Hof van Discipline drie uitspraken gewezen over informatieverstrekking door advocaten ten aanzien van fiscale inkeerdossiers. Het Hof van Discipline behandelt klachtzaken over advocaten in hoger beroep. In deze zaken had het BFT in een brief aan een advocatenkantoor verzocht om inzage in onder andere dossiers van cliënten die gebruik hadden gemaakt van de fiscale inkeerregeling. Hiermee wilde het BFT in haar rol als toezichthouder nagaan of het betreffende kantoor had voldaan aan zijn verplichtingen inzake de naleving van de destijds geldende WID en Wet MOT. Het advocatenkantoor weigerde te voldoen aan dit verzoek uit hoofde van haar geheimhoudingsplicht en meende zich te kunnen verschonen van de door het BFT verzochte medewerking.

Het Hof van Discipline gaf het gelijk aan het advocatenkantoor. De door het BFT verlangde gegevens vallen (grotendeels) onder het bereik van de geheimhoudingsplicht. Het advocatenkantoor kan zich volgens het Hof terecht hierop beroepen en hoeft geen inzage te verstrekken in de inkeerdossiers. Het is volgens het Hof van Discipline aan het advocatenkantoor om te beoordelen of de door de client verstrekte gegevens binnen het verschoningsrecht vallen. Dit geldt ook ten aanzien van zaken die geen rechtstreeks verband houden met een rechtsgeding of waarvan nog niet met zekerheid gezegd kan worden dat een rechtsgeding zal volgen.

### Afgeleid verschoningsrecht belastingadviseur?

Het BFT is thans (nog steeds) van oordeel dat een gemachtigde die een client behulpzaam is bij de inkeerregeling een meldingsplicht heeft. Hiertegen kan men inbrengen dat het begeleiden van een inkeerder kan worden aangemerkt als het voorkomen van een rechtsgeding, hetgeen is vrijgesteld van de meldingsplicht. Daarnaast lijkt het verdedigbaar dat, ondanks dat de uitspraak van het Hof van Discipline is gewezen onder de oude wetgeving, ook onder de huidige Wwft eenzelfde uitgangspunt geldt voor advocaten.

Hoewel de Wwft geen verschil maakt tussen advocaten en belastingadviseurs, is de positie van belastingadviseurs in het kader van meldingsplicht en inkeer nog niet uitgemaakt. Immers, een belastingadviseur heeft geen eigen wettelijk verschoningsrecht. In het arrest van 29 maart 1994 concludeerde de Hoge Raad wel dat belastingadviseurs een afgeleid verschoningsrecht kunnen ontlenen aan het wettelijk verschoningsrecht van advoca-

ten en notarissen. In het verlengde hiervan kan het argument worden aangehaald dat een belastingadviseur die in het kader van de inkeerregeling werkzaamheden voor een advocaat verricht een beroep kan doen op het afgeleide verschoningsrecht van de advocaat.

### Ongebruikelijke transactie en dienstverlening

Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) heeft een uitspraak gedaan die in lijn ligt met de hiervoor besproken jurisprudentie. In de kern draait het om het volgende: artikel 9, lid 1 Wet MOT (oud) bepaalde dat een ieder die beroeps- of bedrijfsmatig een dienst verleent, een daarbij verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan het meldpunt meldt. De bepaling legde een uitdrukkelijk verband ('daarbij') tussen de verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie en de beroeps- of bedrijfsmatig verleende dienst. Dit verband volgde ook uit artikel 1, lid 1, aanhef en onder c Wet MOT (oud), waarin het begrip transactie werd gedefinieerd ('in verband met'). Het CBB legt deze bepalingen zeer restrictief uit. Volgens het CBB is het enkel onder ogen komen van een ongebruikelijke transactie onvoldoende voor een meldingsplicht. Deze verplichting ontstaat pas als deze verband houdt met de verleende dienst.

Ook deze uitspraak is gewezen onder het toenmalig geldende recht van de Wet MOT en WID. Verdedigbaar is echter dat onder de huidige wet eenzelfde benadering kan worden gevolgd. Op basis van deze uitspraak kan men wellicht het standpunt innemen dat een advocaat die een inkeerder begeleidt geen meldingsplicht heeft. Deze uitspraak roept ook vragen op. Bijvoorbeeld, wanneer is sprake van voldoende verband tussen de ongebruikelijke transactie en dienstverlening? En zal over het niet melden door een gemachtigde de strafrechter in gelijke zin oordelen? Het BFT heeft daarom vragen gesteld aan de toenmalige minister van Financiën Bos. Het antwoord van de minister probeert duidelijkheid te geven over de woorden 'in verband met'. Ook de passieve betrokkenheid van de instelling zou door de wetenschap die zij heeft van de ongebruikelijke transactie leiden tot een meldingsplicht. Deze zienswijze gaat dus verder dan het CBB bepleit. Daarentegen roept de visie van de minister aan sich geen meldingsplicht in het leven. Het is enkel zijn uitleg van de wet.

### Conclusie

Er blijft onduidelijkheid bestaan over de meldingsplicht in combinatie met de inkeerregeling. Het is geen uitgemakte zaak of een gemachtigde van een cliënt die gebruik wenst te maken van de inkeerregeling verplicht is dit te melden als een ongebruikelijke transactie. Daarnaast is het onduidelijk of een belastingadviseur een zelfde positie heeft als een advocaat. Deze onduidelijkheid is zeer onwenselijk, mede gezien de mogelijk verstrekkende gevolgen van niet melden. ■

mr. M.M. Mokveld, *Wladimiroff Advocaten*,  
[www.wlaws.com](http://www.wlaws.com)

**Jurisprudentie:** Hvd EG 11-06-2009, nr. C-155/08 en C-157/08; HR 7-10-2008, nr. 03511/06 (LJN: BD2774); Hof van Discipline 11-09-2009, nrs. 5362, 5363 en 5364; HR 29-03-1994 (NJ 1994, 552) CBB 23-11-2009, AWB 08/277 (LJN: BK4209)

**Bron:** TK 2008-2009, nr. 959, VN 2009/6.12; F.H.H. Stijbers, "Handleiding opsporing door de FIOD", Leidraad voor de AA, aflevering 61 A.1.4.12, [www.wlaws.com](http://www.wlaws.com); MvF 21-01-2010 (brief minister nav. vragen BFT)