

Internationaal en Europees Strafrecht

De Tweede Europese Witwasrichtlijn aangenomen

Op 4 december 2001 stelden de voorzitter van het Europees parlement en de voorzitter van de Ecofin-Raad de Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld vast.¹ Hoewel de richtlijn op de datum van zijn publicatie in het *Publicatieblad* in werking trad, moeten de lidstaten hun wetgeving slechts tegen 15 juni 2003 aanpassen.

Het voorstel van de Commissie en ook de uiteindelijk richtlijn heeft drie krachtlijnen.

Een eerste krachtlijn van de nieuwe richtlijn betreft een aantal technische verbeteringen van de Richtlijn 1991 in het licht van de opgedane ervaringen en of de gewijzigde omstandigheden. Zo moeten de lidstaten thans in specifieke en adequate identificatiemaatregelen voorzien voor zgn. transacties op afstand waarbij de cliënt niet fysiek aanwezig is.² De Tweede Witwasrichtlijn vereist terzake dat de betrokken "instellingen en personen specifieke en passende identificatiemaatregelen nemen ter compensatie van het grotere witwasrisico dat ontstaat wanneer zakelijke betrekkingen of transacties worden aangegaan met een cliënt die niet fysiek aanwezig is" (nieuw art. 3 § 11).

De Commissie voor Bank- en Financieuzen was in haar Circulaires D1 99/3 en D4/EB/99/2 reeds vooruitgelopen op deze gemeenschapsrechtelijke verplichting door te bepalen dat 'relaties op afstand' slechts mogen aangegaan worden op voorwaarde dat de betrokken financiële instelling of tussenpersoon er redelijkerwijze kan van uitgaan dat het face-to-facecontact niet wordt vermeden om de ware identiteit van de cliënt te verbergen en dat er geen vermoeden is van witwassen. Een tweede bijkomende vereiste is dat geen relaties op afstand mogen worden

aangegaan wanneer de te verrichten transacties in het kader van die relaties impliceren dat met cash geld of fysieke effecten wordt gewerkt. Ten slotte vragen de betrokken circulaire dat gepaste interne controleprocedures zouden uitgewerkt worden die afgestemd zijn op het gebruikte communicatiemiddel, waarbij b.v. ook een intern verslag zou opgesteld worden voor ongewone verrichtingen.

De betrokken circulaire voorzien niet in een bijzondere regeling voor relaties op afstand met gelegenheidscliënten. De Commissie voor Bank- en Financieuzen stelt dat een financiële instelling die zou wensen over te gaan tot het aangaan van relaties op afstand met gelegenheidscliënten, daartoe voorafgaandelijk de Commissie voor Bank- en Financieuzen op de hoogte moet stellen van dit voornemen en van de maatregelen die zij zal nemen om de wettelijke verplichtingen na te leven en de witwasverrichtingen op te sporen.

Het zijn vooral de twee andere krachtlijnen van de richtlijnen, die beide te maken hebben met een uitbreiding van het toepassingsgebied, die in het oog springen.

In navolging van andere internationale instrumenten (nl. de aanbevelingen van de FATF van 1996³), voorziet de tweede richtlijn in een uitbreiding van het materieel toepassingsgebied van de witwasrichtlijn doordat de definitie van 'criminele activiteit' in artikel 1 van de richtlijn wordt opengetrokken tot andere hoofdmisdrijven. Onder de Eerste Richtlijn van 10 juni 1991⁴ waren de lidstaten enkel verplicht het witwassen te verbieden en in verband daarmee een aantal verplichtingen op te leggen aan financiële instellingen voor zover het ging om witwassen van vermogensvoordelen afkomstig uit drughandel (zie de definitie van 'criminele activiteit' in art. 1 van de richtlijn). De lidstaten hadden wel de mogelijkheid om het toepassingsgebied van hun interne preventieve witwaswetgeving uit te breiden tot de opbrengsten van andere misdrijven (het zogenaamd hoofdmisdrijf – *predicate offence*). België heeft – net zoals andere landen – van die mogelijkheid gebruik gemaakt door het toe-

1. PB, L., 28 december 2001, 344/76.

2. Zie het nieuwe art. 3, § 11.

3. De Financial Action Task Force is een internationaal samenwerkingsverband van 29 Staten en twee internationale organisaties, die gezamenlijk optreden tegen het witwassen van geld. De 40 aanbevelingen van de FATF hebben een erg grote invloed gehad op de bestrijding van het witwassen. Over de activiteiten van de FATF, zie www.fatf.oecd.org.

4. PB, L., 28 juni 1991, 166/77.

passingsgebied van de Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld⁵ veel ruimer te definiëren en uit te breiden tot de meeste courante verschijningsvormen van georganiseerde misdaad.⁶

Dit heeft meteen tot gevolg dat de wijziging van de definitie van 'criminele activiteit', die door de Tweede Witwasrichtlijn wordt aangebracht, voor een deel geen wijziging van de Belgische wetgeving tot gevolg zal hebben. Behalve vermogensvoordelen uit drughandel, vraagt artikel 1 van de richtlijn nu ook dat het toepassingsgebied van preventieve anti-witwaswetgeving zou slaan op de vermogensvoordelen uit corruptie, EG-fraude (d.w.z. fraude ten nadele van de financiële belangen van de Europese Gemeenschap) en activiteiten van criminele organisatie. Deze activiteiten worden nu echter reeds afgedekt door artikel 3 van de Wet van 11 januari 1993. Voor wat betreft de vierde categorie hoofdmisdrijven die door de nieuwe witwasrichtlijn onder het toepassingsgebied van het begrip 'criminele activiteit' wordt gebracht, is dit niet het geval. De nieuwe richtlijn vraagt dat de definitie van het hoofdmisdrijf van witwassen zou worden uitgebreid tot een "strafbaar feit dat hoge opbrengsten kan opleveren en waarvoor een zware gevangenisstraf geldt, overeenkomstig het strafrecht van de lidstaat". Door te verwijzen naar het nationale recht van de onderscheiden lidstaten, heeft de communautaire wetgever de verscheidenheid qua toepassingsgebied van de preventieve anti-witwaswetgeving, die nu reeds een feit was, als het ware in de richtlijn verankerend. Bij gebrek aan wetgevingsbevoegdheden van de Europese Gemeenschap op het gebied van het strafrecht, was dit resultaat onvermijdelijk.⁷ Op het eerste gezicht staat het elke nationale wetgever – dus ook de Belgische – met andere woorden vrij te bepalen welke misdrijven, behalve de drie reeds opgesomde, onder het toepassingsgebied van de preventieve witwaswetgeving als hoofdmisdrijf moeten gebracht worden. Toch is deze vrijheid niet onbeperkt aangezien de richtlijn verwijst naar het – weliswaar abstracte – begrip zware gevangenisstraf. Hoewel elke lidstaat zelf kan invullen wat hij als een zware gevangenisstraf beschouwt, zal bij de invulling van dat begrip enige consistenten-

tie aan de dag moeten gelegd worden. Zo verwijst artikel 3 van de Wet van 11 januari 1993 nu bijvoorbeeld naar financiële oplichting, dat strafbaar is met een gevangenisstraf van een maand tot vijf jaar (art. 496 Sw.). Er zijn echter verschillende andere misdrijven waar de Belgische wetgever gelijkaardige straffen heeft bepaald en die tevens hoge opbrengsten kunnen opleveren (b.v. knevelarij of valsheid in geschrifte), maar waarvan het witwassen van de opbrengsten van de misdrijven ervan niet onder het toepassingsgebied van de Wet van 11 januari 1993 valt. De Belgische wetgever zal ofwel artikel 3 van de Wet van 11 januari 1993 moeten uitbreiden, ofwel aanduiden op welke wijze hij deze misdrijven onderscheidt van andere misdrijven met een gelijkaardige strafdrempel die wel onder het toepassingsgebied van de Wet van 11 januari 1993 vallen.

Wellicht zal de Belgische wetgever voor de eerste optie kiezen, nu de richtlijn alle lidstaten ook verplicht, weliswaar tegen een latere datum (15 december 2004), om alle ernstige strafbare feiten die strafbaar zijn met een maximumgevangenisstraf van meer dan één jaar of met een minimumgevangenisstraf van meer dan zes maanden als hoofdmisdrijf te beschouwen voor de toepassing van de preventieve witwaswetgeving. Deze strafdrempels komen als zodanig niet voor in de nieuwe richtlijn, maar zijn in de richtlijn ingeschreven door te verwijzen naar het begrip ernstig strafbaar feit, zoals dat gedefinieerd is in het Gemeenschappelijk Optreden 98/699/JBZ van 3 december 1998 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, blokkering of inbeslagneming en verbeurdverklaring van hulpmiddelen en van opbrengsten van misdrijven.⁸

Deze verplichting zal zeer verstrekkende gevolgen hebben, aangezien een dermate groot deel van de misdrijven uit het Belgische strafrecht in de kring van misdrijven van artikel 3 van de Wet van 11 januari 1993 zal moeten ondergebracht worden, derhalve dat de vraag rijst of het überhaupt nog zin zal hebben enige beperking aan te brengen aan de kring van misdrijven die als hoofdmisdrijf voor witwassen in de zin van 11 januari 1993 in aanmerking komen. Ook fiscale misdrijven bijvoorbeeld zullen tegen eind 2004 onder het toepassingsgebied van de Wet van 11 januari 1993 moeten gebracht wor-

5. B.S. 9 februari 1993 – de wet werd inmiddels reeds verschillende malen gewijzigd.

6. Zie daarvoor G. STESSENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen. Onderzoek naar een meer effectieve bestrijding van de profijterende criminaliteit*, Antwerpen, Intersentia Uitgevers, 1997, 180-182.

7. Zie ook G. STESSENS, *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*, 120-121.

8. PB, L., 9 december 1998, 333/1. De relevante bepalingen van dit Gemeenschappelijk Optreden werden inmiddels vervangen door het Kaderbesluit 2001/500/JBZ van de Raad van 26 juni 2001 inzake het witwassen van geld, de identificatie, opsporing, blokkering of inbeslagneming en verbeurdverklaring van hulpmiddelen en van opbrengsten van misdrijven, PB, L., 5 juli 2001, 182/1.

den, aangezien zij strafbaar zijn met een maximumgevangenisstraf van twee jaar (zie b.v. art. 449 W.I.B. en 73 W.B.T.W.). De beperking die nu geldt ten aanzien van het witwassen van vermogensvoordelen uit fiscale misdrijven, nl. dat dit enkel onder het toepassingsgebied van de Wet van 11 januari 1993 valt voorzover het gaat om "ernstige en georganiseerde fiscale fraude waarbij bijzonder ingewikkelde mechanismen of procédés van internationale omvang worden aangewend", zal in de toekomst dus wellicht wegvallen.⁹

Een tweede krachtlijn van de nieuwe richtlijn is de uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van de richtlijn, en wel in twee opzichten. Vooreerst wordt de definitie van financiële instelling in artikel 1 van de richtlijn aangepast aan de huidige stand van de communautaire wetgeving en verduidelijkt. Dit zal in België geen wijziging van de Wet van 11 januari 1993 vergen.

Anders is het voor het tweede aspect van de uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van de Wet van 11 januari 1993. Er wordt namelijk een artikel 2bis aan de Witwasrichtlijn toegevoegd, waardoor een aantal beroeps categorieën aan het toepassingsgebied van de richtlijn worden toegevoegd. Behalve de reeds vermelde kredietinstellingen en financiële instellingen, gaat het daarbij om:

(3) *bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs;*

(4) *makelaars in onroerend goed;*

(5) *notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen wanneer zij deelnemen:*

a) *hetzij door het bijstaan bij het voorbereiden of uitvoeren van transacties voor hun cliënt in verband met:*

i) *de aan- en verkoop van onroerend goed of bedrijven;*

ii) *het beheren van diens geld, waardepapieren of andere activa;*

iii) *de opening of het beheer van bank-, spaar- of effectenrekeningen;*

iv) *het organiseren van inbreng die nodig is voor de oprichting, de exploitatie of het beheer van vennootschappen;*

v) *de oprichting, exploitatie of het beheer van trusts, vennootschappen of soortgelijke structuren;*

b) *hetzij door op te treden in naam en voor re-*

kening van hun cliënt in enigerlei financiële of onroerendgoedtransactie;

(6) *handelaren in goederen van grote waarde, zoals edelstenen en -metalen, of kunstwerken, en veilingmeesters, telkens wanneer in contanten wordt betaald, en wel voor een bedrag van 15 000 EUR of meer;*

(7) *casino's.*

Het opleggen van een aantal preventieve verplichtingen – en met name de verplichting verdachte transacties te melden – aan notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen was duidelijk het politiek meest gevoelige punt van de ontwerprichtlijn, dat er dan ook voor gezorgd heeft dat het Europees Parlement en de Raad het pas na zeer moeizame onderhandelingen eens zijn geworden over de uiteindelijke tekst (het voorstel van de Commissie dateerde reeds van 27 juni 1999). Terecht bestond er een zeer grote bekommernis dat het beroepsgeheim van advocaten in het gedrang zou komen door een meldingsplicht. Met het oog op de (gedeeltelijke) vrijwaring van het beroepsgeheim van de advocaat en de rechten van de verdediging zijn twee beperkingen aangebracht aan de (meldings)verplichtingen voor advocaten. Een eerste beperking volgt uit de omschrijving van het toepassingsgebied van 'onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepen': uit de hoger weergegeven definitie vloeit voort dat zij enkel voor welbepaalde beroepsactiviteiten aan het preventief witwasregime onderworpen zijn. De richtlijn verplicht enkel tot het opleggen van een aantal verplichtingen aan juridische beroepsbeoefenaars voor zover deze zich bezig houden met een aantal activiteiten die buiten de procedurele vertegenwoordigingstaak en daarmee samenhangende adviesopdrachten van advocaten vallen, maar mogelijk wel tot de kerntaak van andere juridische beroepsbeoefenaars (b.v. consultants) behoren. Een tweede beperking is specifiek voor de meldingsplicht van notarissen, andere onafhankelijke juridische beroepsbeoefenaars alsmede voor bedrijfsrevisoren, externe accountants en belastingadviseurs. De lidstaten hebben de mogelijkheid deze beroepsbeoefenaars vrij te stellen van de verplichting verdachte transacties te melden "met betrekking tot inlichtingen die zij van hun cliënten verkrijgen wanneer zij de rechtspositie van hun cliënten bepalen dan wel in of in verband met een rechtsgeding, ongeacht of dergelijke informatie vóór, gedurende of na een dergelijk geding wordt ontvangen of verkregen" (nieuw art. 6 § 3). Deze beroepen mogen ook vrijgesteld worden van het verbod hun cliënten op de hoogte te stellen van het feit dat een melding werd verricht (nieuw art. 8 § 2).

9. Dit verandert uiteraard niets aan de bedenkingen die ik in het verleden reeds heb geuit bij de toepasbaarheid van het strafrechtelijk witwasarsenaal (art. 505, 2°, 3° en 4° Sw.) ten aanzien van vermogensvoordelen afkomstig uit fiscale misdrijven: G STESSENS, "Over de beperkte fiscale roeping van de witwaswetgeving", *Algemeen Fiscaal Tijdschrift*, 1999, 325-331.

Op deze manier heeft de communautaire wetgever getracht de rechten van de verdediging en het beroepsgeheim als corollarium daarvan te vrijwaren. Opvallend is dat inlichtingen bekomen naar aanleiding van het verstrekken van juridisch advies enkel vrijgesteld zijn van melding voorzover dit advies in verband stond met een juridische procedure (*litigation privilege*) of het analyseren van de rechtspositie van een cliënt, maar dat er geen voorbehoud wordt gemaakt voor een onbeperkt *advice privilege*. Overigens valt ook op te merken dat de richtlijn de lidstaten niet verplicht tot het inbouwen van zulke beperking, maar daartoe enkel de mogelijkheid biedt. In het licht van de eerdere terughoudendheid van de Belgische wetgever om een meldingsplicht voor advocaten in het leven te roepen, valt echter te verwachten dat de Belgische wetgever wel degelijk van deze mogelijkheid gebruik zal maken.

Een andere modaliteit die in de Tweede Witwasrichtlijn werd ingebouwd om rekening te houden met de specificiteit van de juridische beroepsbeoefenaar, betreft de instantie aan wie verdachte transacties moeten gemeld worden. De Tweede Witwasrichtlijn laat toe dat zij de melding zouden verrichten aan "een passende zelfregulerende instantie van het desbetreffende beroep" (art. 6 § 3) waarbij deze dan op haar beurt de informatie zou doorspelen aan de voor de bestrijding van het witwassen verantwoordelijke overheid, in België de Cel voor financiële informatieverwerking. Nu melden notarissen rechtstreeks aan de Cel, maar de richtlijn biedt dus de mogelijkheid dat zij en advocaten in de toekomst zouden melden aan hun deontologi-

sche overheid (resp. de Kamer der Notarissen en de Orde der Advocaten), waarbij deze zou controleren of er sprake is van een ernstige verdenking van witwassen. Deze werkwijze wordt door de richtlijn toegelaten met het oog op een beter respect voor het beroepsgeheim van de betrokken beroepsbeoefenaars.

Het is dan duidelijk dat vooral voor wat betreft de *supra sub* (5) en (6) vermelde categorieën een wijziging van de Wet van 11 januari 1993 vereist zal zijn, aangezien de andere categorieën nu reeds opgenomen zijn in het toepassingsgebied van deze wet. Toch kan ook daar een wetswijziging vereist zijn. De Wet van 11 januari 1993 maakt namelijk een onderscheid tussen het 'gewone' regime voor financiële en kredietinstellingen en een 'lichter' regime voor andere instellingen en beroepsbeoefenaars.¹⁰ Het is zeer de vraag of dit onderscheid nog wel kan behouden worden, nu de nieuwe richtlijn zelf geen onderscheid maakt, behalve dan het zo juist vermelde onderscheid wat betreft de meldingsplicht. Wat er ook van zij, het moge in elk geval duidelijk zijn dat de nieuwe witwasrichtlijn tot een grondige aanpassing van de Wet van 11 januari 1993 zal leiden.

Guy STESSENS

10. Waaronder deze vermeld in het nieuwe art. 2bis (3), alsook de notarissen: zie hierover G. STESSENS, "De Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld", in *Commentaar Financieel recht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1999, Art. 2bis -1/4.