

# Wat als de belastingadviseur de Wwft overtreedt?

Dat het niet nakomen van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) verstrekende gevolgen kan hebben, is wel duidelijk na de megaschikking tussen het Openbaar Ministerie en ING.<sup>1</sup> Recentelijk werd ook bekend dat trustkantoor Vistra een door het OM aangeboden transactie in de vorm van een betaling van € 350.000 heeft geaccepteerd en betaald omdat het zijn poortwachtersfunctie onvoldoende heeft vervuld.<sup>2</sup> In beide gevallen was sprake van falend Wwft-beleid van de organisatie. Nu toezicht op de Wwft steeds strenger wordt en straffen steeds hoger lijken uit te vallen, is het van groot belang dat het kantoorbeleid, de procedures en werkprogramma's zodanig worden ingericht dat ze voldoen aan de door de Wwft gestelde eisen.



**Percy Draijer**  
Mr. P.J. Draijer is  
advocaat bij De  
Bont Advocaten te  
Amsterdam

**M**aar wat nu als, ondanks een goed kantoorbeleid, procedures en werkprogramma's, een medewerker de Wwft-verplichtingen onvoldoende naleeft? Wie is in dat geval verantwoordelijk en wie loopt het risico op bestraffing? Om die vraag te kunnen beantwoorden moeten we eerst weten op wie de Wwft van toepassing is. Daarna kan aan de hand van recente jurisprudentie worden besproken wat de gevolgen kunnen zijn voor de belastingadviseur die de Wwft overtreedt. Ten slotte is er dan nog de vraag wanneer overtredingen van een medewerker aan het advieskantoor moeten of kunnen worden toegerekend.

## Tot wie richt de Wwft zich?

In 2013 is door een wetswijziging de normadressering voor belastingadviseurs en accountants beperkt tot diegenen die de relevante beroepsactiviteiten zelfstandig onafhankelijk uitoefenen. Kort gezegd: het kantoor en de natuurlijk persoon die zelfstandig optreedt.<sup>3</sup> Het kantoor en de belastingadviseur die zelfstandig optreedt kunnen door de toezichthouder worden aangesproken op ontoereikende beleidsvoering inzake bijvoorbeeld

het screenen van cliënten of het in concrete gevallen nalaten om ongebruikelijke transacties te melden. Dat is volgens de wetsgeschiedenis ook efficiënter dan de belastingadviseur in loondienst aan te spreken. In de praktijk is het immers voor de adviseur vaak niet toegestaan een ongebruikelijke transactie zelf te melden. Eerst dient intern te worden gemeld, waarna doorgaans de complianceafdeling of kantoorverantwoordelijke beslist of daadwerkelijk wordt gemeld.

Voor de medewerkers van een organisatie waarop de Wwft van toepassing is, kan dat betekenen dat zij bestuurs- of strafrechtelijk niet kunnen worden aangesproken op het niet nakomen van de Wwft-verplichtingen. Op die grond werd een verdachte accountant door Rechtbank Amsterdam op 30 juni 2016 vrijgesproken voor het niet melden van ongebruikelijke transacties: 'Uit het dossier blijkt dat verdachte weliswaar beroeps- en bedrijfsmatig accountancyactiviteiten of daarmee verband houdende activiteiten heeft uitgeoefend, maar dat hij die handelingen heeft verricht namens accountantskantoor [naam accountantskantoor], een vennootschap onder firma (hierna: v.o.f.). Dit accountantskantoor heeft [persoon] ook gefactureerd voor de



activiteiten van verdachte. Gelet hierop en op de hiervoor weergegeven uitleg van de Wwft is de rechtbank van oordeel dat verdachte niet kan worden aangemerkt als een natuurlijk persoon die zelfstandig onafhankelijk beroepsactiviteiten heeft uitgeoefend. Verdachte was daarom geen instelling in de zin van de Wwft en er rustte dus geen verplichting op hem om de in de tenlastelegging vermelde transactie te melden.<sup>4</sup>

Het is dan ook in beginsel aan de organisatie om ervoor te zorgen dat haar medewerkers de kantoorprocedures ter zake van de Wwft-verplichtingen op juiste wijze uitvoeren. Doet de organisatie dat niet of niet goed, dan kan ze als zogenoemde normadressaat hiervoor verantwoordelijk worden gehouden. Dit betekent echter niet dat belastingadviseurs in loondienst niets hebben te vrezen als ze onvoldoende invulling geven aan de Wwft-verplichtingen.

### Tuchtrechtelijke risico's

Dat de Wwft niet van toepassing is op de belastingadviseur of de accountant in loondienst, laat volgens de wetsgeschiedenis onverlet dat tegen de individuele accountant of belastingadviseur tuchtrechtelijke maatregelen te nemen zijn wanneer ze de Wwft overtreden.<sup>5</sup> Daarbij rijst de volgende vraag: kan het niet nakomen van de Wwft-verplichtingen door medewerkers wel worden aangemerkt als tuchtrechtelijk laakbaar handelen? Op hen rust immers geen wettelijke plicht tot het doen van cliëntenonderzoek of het melden van ongebruikelijke transacties. Die vraag was aan de orde in een

tuchtzaak tegen twee accountants.<sup>6</sup> In die zaak klaagde het OM dat de twee accountants van een kantoor – een partner en een medewerker – ten onrechte ongebruikelijke transacties niet hadden gemeld ten aanzien van een klant met een Cypriotische trustconstructie. Ten aanzien van de accountants-administratieconsulent oordeelde de Accountantskamer op 17 september 2018 als volgt: 'Aangenomen mag worden dat een organisatie als [accountantskantoor], gelet op haar omvang, ten tijde van belang een zodanige meldingsprocedure kende. Nu echter gesteld noch gebleken is dat betrokkene (2) een interne melding op grond van de Wwft heeft gedaan, zal bij de beoordeling van dit klachtonderdeel wat betrokkene (2) betreft moeten worden nagegaan of hij daarvan terecht heeft afgezien.'<sup>7</sup>

De Accountantskamer komt vervolgens tot het oordeel dat de accountants het opzetten van de truststructuur in samenhang met de onderliggende contracten hadden moeten beschouwen als een ongebruikelijke transactie.

Het is in beginsel aan de organisatie om ervoor te zorgen dat haar medewerkers de kantoorprocedures ter zake van de Wwft-verplichtingen op juiste wijze uitvoeren

Bovendien was er volgens de Accountantskamer ook aanleiding om te veronderstellen dat de transactie mogelijk verband hield met witwassen, omdat er onduidelijkheid bestond over de fiscale toelaatbaarheid van de truststructuur. De Accountantskamer laat verder onbesproken of de accountant terecht heeft afgezien van het doen van een interne melding, maar oordeelt: ‘Het herhaalde malen niet naleven van de op betrokkenen rustende plicht tot het melden van een ongebruikelijke transactie levert schendingen op van de fundamentele beginselen van deskundigheid en zorgvuldigheid en professioneel gedrag.’

### Reglementen RB

Voor RB-leden is in dit kader relevant wat de beroepsregels bepalen.<sup>8</sup> In art. 7 van de Reglementen staat onder meer dat een lid dient vast te stellen wie zijn klant is en wat de aard en inhoud van de gevraagde dienstverlening is, en of deze zich verhoudt met de eer en waardigheid van het beroep. Daarnaast wordt in de toelichting bij dit artikel het volgende opgemerkt: ‘Een lid is, net als iedere andere belastingadviseur, verplicht een klantenonderzoek in te stellen ingevolge de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).’ Het melden van een ongebruikelijke transactie is niet als zodanig opgenomen in de beroepsregels.<sup>9</sup> Dat neemt niet weg dat een medewerker in de praktijk gewoonlijk intern een melding moet doen aan de compliance officer of aan een andere door het kantoor aangewezen verantwoordelijke persoon.<sup>10</sup> Het niet doen van een interne melding kan, zo blijkt uit de uitspraak van de tuchtrechter, worden aangemerkt als onzorgvuldig handelen en is daarmee in strijd met art. 1 van de Reglementen.<sup>11</sup> De belastingadviseur die de Wwft-verplichtingen niet naleeft, zou daarop dus tuchtrechtelijk kunnen worden aangesproken.<sup>12</sup>

## Het niet doen van een interne melding kan binnen het tuchtrecht worden aangemerkt als onzorgvuldig handelen

### Andere deelnemingsvormen

Hoewel de Wwft dus van toepassing is op specifiek genoemde natuurlijke personen en rechtspersonen, kunnen ook tegen een andere betrokkene bestuurs- en strafrechtelijke maatregelen worden genomen als sprake is van een van de deelnemingsvarianten. Zoals medeplegen, medeplichtigheid, dan wel feitelijk leidinggeven. Een recent voorbeeld daarvan is de strafzaak tegen een kandidaat-notaris in loondienst bij een notariskantoor.<sup>13</sup> Die zaak begon met een onderzoek van de FIOD naar personen die beroepsmatig hun werk maken van het begeleiden van vennootschappen naar een faillissement. Uit dat onderzoek bleek dat een van de verdachten gebruik maakte van een aantal vaste personen/kopers, in de uitspraak nader aangeduid als katvangers. Deze kat-

vangers namen de aandelen in deze noodlijdende vennootschappen met aanwezige schulden in de meeste gevallen over tegen betaling van 1 euro. Vervolgens gingen de ondernemingen kort na de verkoop failliet of werden ze bij de Kamer van Koophandel ontbonden via een zogenoemde turboliquidatie. Uit het onderzoek kwamen drie notarissen naar voren die de aktes van de aandelenoverdrachten hadden gepasseerd, onder wie de verdachte kandidaat-notaris. Het OM verwijt hem, als feitelijk leidinggever, onder meer te hebben nagelaten verscherpt cliëntenonderzoek te doen en ongebruikelijke transacties te melden.

Rechtbank Amsterdam spreekt de kandidaat-notaris vrij voor het primair ten laste gelegde niet melden van ongebruikelijke transacties, omdat hij niet kan worden aangemerkt als een instelling en de Wwft dus niet op hem van toepassing is. Ook kan volgens haar niet worden bewezen dat de verdachte geen verscherpt cliëntenonderzoek heeft verricht. Het dossier bevat namelijk onvoldoende concrete informatie – bijvoorbeeld uit de notarisdossiers – over welk onderzoek door verdachte wel, en welk onderzoek door verdachte niet is uitgevoerd dat wel had moeten worden uitgevoerd.

Daarmee gaat de verdachte echter niet vrijuit. Volgens de rechtbank heeft hij namelijk feitelijk leiding gegeven aan verboden gedragingen van het notariskantoor waar hij werkte. Ze stelt vast dat dit kantoor een instelling is in de zin van de Wwft, dat daarom de ongebruikelijke transacties had moeten melden. Uit het dossier bleek dat verdachte de sectie ondernemingsrecht van het notariskantoor leidde, dat het eerste contact ten aanzien van de aandelenoverdrachten met hem was, dat hij de dossiers van A tot Z verzorgde en dat hij het nodige onderzoek verrichtte en dat een kantoorgenoot pas in beeld kwam om als eindverantwoordelijke de aktes te passeren en dat deze daarbij afging op hetgeen verdachte had onderzocht en daarop vertrouwde.

Voor het feitelijk leidinggeven aan het niet melden van de ongebruikelijke transacties is de kandidaat-notaris – na een eis van het OM voor 24 maanden gevangenisstraf – veroordeeld tot een taakstraf van 240 uur en een voorwaardelijke gevangenisstraf van drie maanden. Kortom, ook de medewerker van een kantoor die niet de verplichtingen uit de Wwft nakomt, kan een (flinke) straf opgelegd krijgen.

### Wanneer kan fout worden toegerekend aan de organisatie?

Stel dat een medewerker van een advieskantoor de Wwft-verplichtingen niet is nagekomen. Kan dit dan aan de organisatie worden toegerekend? Daarvoor moet aansluiting worden gezocht bij de criteria uit het Drijf-mest-arrest.<sup>14</sup> Daarin heeft de Hoge Raad bepaald dat van belang is of de gedraging die de overtreding oplevert, heeft plaatsgevonden, dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Hierbij zijn de concrete omstandigheden van het geval van belang, waartoe mede behoort de aard van de gedraging. De Hoge Raad overwoog het volgende: ‘Van een gedraging in de sfeer van de rechtspers-

soon zal sprake kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.<sup>7</sup>

Hoe deze concrete omstandigheden in de praktijk door de rechter worden afgewogen, blijkt uit de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 9 oktober 2019.<sup>15</sup> In die zaak kreeg een belastingadvies- en accountantskantoor van het BFT een bestuurlijke boete opgelegd van € 50.000. Het kantoor zou in een specifiek dossier de klantrelatie onvoldoende hebben gemonitord en hebben verzuimd om verscherpt cliëntenonderzoek te verrichten en ongebruikelijke transacties te melden.

In beroep bij de rechtbank stelt het advieskantoor dat de vermeende overtredingen niet aan hem kunnen worden toegerekend. Het kantoor valt geen verwijt te maken, aangezien het niet is tekortgeschoten in zijn inspanningsverplichting om ervoor zorg te dragen dat zijn medewerkers voldoen aan de in de Wwft neergelegde verplichtingen. De rechtbank verwerpt dit verweer, omdat ze niet doorslaggevend acht of de organisatie nu wel of niet de zorg heeft betracht die met het oog op het voorkomen van de overtredingen van de Wwft in redelijkheid van haar kon worden gevergd; dat is namelijk slechts een van de omstandigheden die bij de beoordeling van de toerekening in aanmerking kan worden genomen. De rechtbank oordeelt dat de overtredingen toch aan de organisatie konden worden toegerekend, omdat:

- het ging om een nalaten van iemand die werkzaam was ten behoeve van het advieskantoor; en
- het (wel) verrichten van de wettelijk verplichte gedragingen paste in haar normale bedrijfsvoering.

Daarmee was sprake van gedragingen die hebben plaatsgevonden in de sfeer van de rechtspersoon die aan haar worden toegerekend. Voor het oordeel dat de overtredingen niet verwijtbaar zijn, bestond dan ook geen grond, aldus de rechtbank. Wel verlaagde ze de aan het advieskantoor opgelegde boete van € 50.000, omdat het BFT de hoogte daarvan had gebaseerd op het boetebeleid zoals dat gold ten tijde van het opleggen van de boete. Op het moment dat de overtredingen zouden zijn begaan, zou de boete aanzienlijk lager zijn uitgevallen, namelijk ergens tussen de € 7500 en € 10.000. Volgens de rechtbank moet het BFT bij de boete uitgaan 'van het voor de

## Of de organisatie nu wel of niet de zorg heeft betracht die in redelijkheid van haar kon worden gevergd, werd niet doorslaggevend geacht

overtreder meest gunstige resultaat', het zogenoemde lex-mitior-beginsel zoals neergelegd in art. 5:46, lid 4 Awb. De boete werd daarom vastgesteld op € 7500.

### Het handelen van een enkeling

Uit deze uitspraak blijkt dat het handelen van een enkeling toch tot beboeting van de organisatie kan leiden. De omstandigheden die de rechtbank van belang acht – het zijn van medewerker en het niet voldoen door deze medewerker aan de wettelijke verplichting – vormen voor haar blijkbaar voldoende grond om de overtredingen aan het advieskantoor toe te rekenen. Daarmee rijst de vraag of bestraffing van de organisatie nog wel gerechtvaardigd is als de kantoorprocedures op zichzelf voldoende en op de naleving daarvan op juiste wijze wordt toegezien, maar bijvoorbeeld een medewerker intern geen melding van een ongebruikelijke transactie heeft gedaan. In die situatie heeft de organisatie zelf geen actie kunnen ondernemen. Toerekening van de overtreding aan de organisatie zou dan niet zonder meer aan de orde moeten zijn. De Wwft is immers 'principle based' en de vraag zou dan moeten zijn of het kantoorbeleid ten aanzien van de Wwft voldoet en het kantoor voldoende controleert op een juiste uitvoering.

In dat verband kan een vergelijking worden gemaakt met de uitspraken van het College van beroep voor het bedrijfsleven (College) van 18 juni 2019 over de door de AFM aan PwC en EY opgelegde boeten van € 845.000 en € 2.230.000. De centrale vraag in die zaken was of een overtreding van de zorgplicht kan worden vastgesteld, als na onderzoek van de AFM blijkt dat er ernstige tekortkomingen zijn in meerdere wettelijke controles van de jaarrekening, uitgevoerd door PwC en EY. Deze kantoren vonden, anders dan de AFM, dat uit enkele concrete fouten in controledossiers niet mag worden afgeleid dat het systeem van kwaliteitsbeheersing niet voldoet. Het College was het met de accountantskantoren eens en oordeelde als volgt: 'Naar het oordeel van het College kunnen tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants, hoe ernstig ook, niet zonder meer tot de conclusie leiden dat de accountantsorganisatie nalatig is ten aanzien van de op haar rustende zorgplicht. Indien sprake is van tekortkomingen bij de uitvoering van de wettelijke controle zal, om een overtreding van de zorgplicht te kunnen vaststellen, tevens duidelijk moeten zijn dat de oorzaak van de geconstateerde tekortkomingen op eigen handelen of nalaten van de accountantsorganisatie is terug te voeren. De aard, ernst en hoeveelheid van de tekortkomingen in de controlewerkzaamheden van de externe accountants



## De beoordeling van de handelwijze in een beperkt aantal dossiers is onvoldoende om te stellen dat het kantoor zijn zorgplicht niet heeft nageleefd

zeggen op zichzelf beschouwd onvoldoende over een eigenstandige gedraging van de accountantsorganisatie om een overtreding van de zorgplicht van artikel 14 van de Wta te kunnen vaststellen.<sup>16</sup>

Hoewel het in deze zaken gaat om art. 14 van de Wet toezicht accountantsorganisaties (Wta), zouden de conclusies van het College ook in breder perspectief van belang kunnen zijn. Deze zaken illustreren immers dat de beoordeling van de handelwijze (van een of meerdere medewerkers) in een beperkt aantal dossiers geen voldoende grondslag vormt voor een oordeel over de vraag of het kantoor zijn zorgplicht heeft nageleefd. Relevant zou moeten zijn of de organisatie voldoende invulling heeft gegeven aan de zorgplicht die ze heeft in het ontwikkelen van beleid en procedures om de naleving van de regelgeving van de Wwft te waarborgen. Het blijft natuurlijk wel zaak om het beheersingssysteem goed uit te voeren en daarop voldoende te controleren.

### Ten slotte

Bestrafing voor het niet nakomen van de verplichtingen van de Wwft is geen theoretische mogelijkheid, maar vormt een serieus risico voor de belastingadviseur en de organisatie. Daarbij komt dat naming en shaming een doel op zich lijkt te zijn geworden, nu bestuurlijke sancties op grond van de vierde anti-witwasrichtlijn dienen te worden gepubliceerd.<sup>17</sup> Om het risico op bestrafing te mitigeren is het van groot belang om het systeem van kwaliteits- of risicobeheersing goed op orde te hebben.

Om Wwft-compliance en de daarbij noodzakelijke investeringen aan te moedigen, zou het helpen als toezichthouders van de Wwft tot uitdrukking brengen dat ook voor de Wwft een systeem van kwaliteits- of risicobeheersing afzonderlijk van eventuele concrete 'gevallen steekjes' wordt beoordeeld. Als inspiratie kunnen bijvoorbeeld de richtlijnen over handhaving van de anticorruptiewetgeving (FCAP) uit de Verenigde Staten dienen. Daarover schrijven de Department of Justice en de Securities and Exchange Commission: 'DOJ and SEC understand that "no compliance program can ever prevent all criminal activity by a corporation's employees," and they do not hold companies to a standard of perfection."<sup>18</sup> Een complianceprogramma wordt mede beoordeeld op 'its design and good faith implementation and enforcement'. En: 'DOJ and SEC may decline to pursue charges against a company based on the company's effective compliance program (...) even when that program did not prevent the particular underlying FCPA violation that gave rise to the investigation.' Dit soort expliciete richtlijnen zou ook van pas komen in Wwft-land. <<<

### Noten

- 1 <https://www.om.nl/@103953/ing-betaalt-775/>
- 2 <https://www.om.nl/@106596/trustkantoor-vistra/>
- 3 Kamerstukken II 2011-2012, 33 238, nr. 3. Zie nu art. 1a, lid 1 en 4 Wwft.
- 4 Rechtbank Amsterdam 30 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:3965.
- 5 In de MvT wordt verwezen naar de accountant, maar voor RB- en NOB-leden geldt dat ook zij zijn onderworpen aan tuchtrecht.
- 6 Opgemerkt zij dat in deze zaak nog het oude recht van toepassing was.
- 7 Accountantskamer 17 september 2018, ECLI:NL:TACAKN:2018:66.
- 8 Voor NOB-leden geldt het hierna vermelde overigens eveneens.
- 9 In de toelichting bij art. 4 (geheimhouding) staat overigens wel het volgende: 'Zo is een lid op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) verplicht ongebruikelijke transacties te melden.'
- 10 Zo ook de Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft 2018) voor belastingadviseurs en accountants 12 december 2018.
- 11 Art. 1, lid 1 Reglement beroepsuitoefening. Overigens geldt voor NOB-leden hetzelfde.
- 12 Klachten kunnen worden ingediend door direct belanghebbende (zoals de klant), het bestuur van het Register Belastingadviseurs, de Belastingdienst en de toezichthouder (het BFT) ingevolge de Wwft (zie art. 6 Reglement Tuchtrechtspraak).
- 13 Rechtbank Amsterdam 27 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:3766.
- 14 HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938.
- 15 Rechtbank Rotterdam 9 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8158.
- 16 College van Beroep voor het bedrijfsleven 18 juni 2019, ECLI:NL:CBB:2019:234 en ECLI:NL:ECLI:NL:CBB:2019:235.
- 17 Deze verplichtingen zijn vastgelegd in de artikelen 32e en 32f Wwft.
- 18 FCPA, A Resource Guide to the Foreign Corrupt Practices Act, p. 56.