

Bijlage 7

De risk-based approach van de Wwft

Drs. E.Y.C. Ligthart en mr. M.E.M. Suijkerbuijk¹

Inleiding

Sinds 1 augustus 2008 is de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) van kracht.² Een nieuwe wet die voor een belangrijk deel voortbouwt op de Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT), maar met een nieuwe benadering. Dit artikel gaat in op de achtergrond van de Wwft en de gevolgen van de introductie van de riskbased approach voor het cliëntenonderzoek in de Wwft.

Achtergrond, doel en structuur van de wet

De herziening van de aanbevelingen door de Financial Action Task Force against Money Laundering (FATF) in 2003 heeft geleid tot de totstandkoming van de derde Europese witwasrichtlijn.³ Deze richtlijn was voor het ministerie van Financiën niet alleen aanleiding om de nieuwe internationale en Europese verplichtingen te implementeren in nationale wetgeving, maar ook om de bestaande anti-witwaswetgeving onder de loep te nemen.

Van 1 februari 1994 tot 1 augustus 2008 waren de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993 (later gewijzigd in de WID) en de Wet MOT van kracht. Deze wetten zijn in het verleden als gevolg van internationale ontwikkelingen diverse malen gewijzigd. De werkingssfeer van de anti-witwaswetgeving werd gaandeweg uitgebreid en er werd

1 Drs. E.Y.C. (Eric) Ligthart en mr. M.E.M. (Martine) Suijkerbuijk zijn werkzaam als respectievelijk plv. afdelinghoofd en beleidsmedewerker bij de afdeling Integriteit, Directie Financiële Markten van het ministerie van Financiën. Dit artikel is door hen op persoonlijke titel geschreven.

2 Stb. 2008, nr. 303.

3 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (PbEG L 309).

voorzien in toezicht op de naleving ervan. Voor de inhoud van de WID en de Wet MOT had dit alles duidelijke gevolgen. De in de wetten opgenomen voorschriften namen toe maar de afwijkende systematiek van de WID en de Wet MOT bleef in stand.

Dit kwam de overzichtelijkheid niet ten goede. Instellingen hadden te maken met twee, qua opzet, verschillende wetten alsmede met het Uitvoeringsbesluit Wet MOT en WID en de Uitvoeringsregeling WID en Wet MOT.

De werkgroep MOT/WID, ingesteld in het kader van het project Bruikbare Rechtsorde, concludeerde in 2005 dat, vanuit het oogpunt van overzichtelijkheid en de wenselijkheid van een geharmoniseerd instrumentarium en begrippenstelsel, de scheiding van de identificatie en meldingsplicht in twee wetten minder wenselijk was.⁴ Deze werkgroep deed de aanbeveling om de Wet MOT en de WID samen te voegen tot één wet. Tevens kwam de werkgroep tot de conclusie dat het wenselijk was om de samenvoeging van de Wet MOT en de WID gelijktijdig te laten plaatsvinden met de implementatie van de derde witwasrichtlijn. Aan beide aanbevelingen is gevolg gegeven. Aan de Tweede Kamer zijn gelijktijdig een wetsvoorstel tot samenvoeging van de Wet MOT en de WID én een wetsvoorstel ter implementatie van de derde witwasrichtlijn aangeboden. De twee voorstellen konden niet als één wetsvoorstel worden ingediend aangezien de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven dat implementatiewetgeving niet gecombineerd wordt met voorstellen die geen verband houden met de desbetreffende EU-regelgeving. Omdat het echter voor de instellingen en andere betrokkenen een onaanvaardbare belasting zou opleveren indien de voorstellen op verschillende tijdstippen in werking zouden treden, zijn de twee voorstellen gelijktijdig behandeld door het parlement en direct na elkaar in werking getreden.

De samenvoeging van de WID en de Wet MOT en de implementatie van de derde witwasrichtlijn heeft geresulteerd in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). De naam van de wet zegt het al: de Wwft richt zich op het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme. Het primaire doel van de Wwft is het schoonhouden van ons financiële stelsel: voorkomen moet worden dat het financiële stelsel wordt misbruikt voor criminele doeleinden. Daarnaast dragen meldingen van ongebruikelijke transacties op basis van de Wwft bij aan de opsporing en vervolging van witwassen en terrorismefinanciering maar deze meldingen zijn niet de exclusieve bron van witwasonderzoeken.

4 Kamerstukken II 2004/05, 29 279, nr. 15.

Onder de wet is ook lagere regelgeving tot stand gekomen. Deze lagere regelgeving geeft invulling aan (bepaalde onderdelen van) de wet. Onder de Wet MOT en de WID was dit ook het geval. Invulling aan de Wwft wordt gegeven door:

- Uitvoeringsbesluit Wwft;⁵
- Uitvoeringsregeling Wwft;⁶
- Besluit aanwijzing toezichthouders Wwft.⁷

Een nieuwe benadering van het cliëntenonderzoek

De voornaamste wijzigingen die de Wwft met zich mee heeft gebracht, hebben betrekking op het cliëntenonderzoek. Het cliëntenonderzoek is voor de financiële sector niet nieuw. De Wet op het financieel toezicht (Wft) kent het cliëntenonderzoek reeds in het kader van de integere bedrijfsvoering.⁸ Het cliëntenonderzoek uit de Wwft is echter meer principle-based. Ook de risk-based approach vinden we veel nadrukkelijker terug in het cliëntenonderzoek in de Wwft dan in de Wft.

Het feit dat het cliëntenonderzoek in de Wwft 'principle-based' is, houdt in dat de wet niet exact voorschrijft hoe het cliëntenonderzoek dient te worden verricht, maar tot welk resultaat het onderzoek moet leiden. De risk-based approach van het cliëntenonderzoek behelst dat de instelling de door haar te nemen maatregelen in het kader van het cliëntenonderzoek kan afstemmen op het risico van een bepaalde cliënt, zakelijke relatie, product of transactie. Dit risico schat de instelling zelf in.⁹

De uitwerking van de risk-based approach op het cliëntenonderzoek

De risk-based approach vindt in het cliëntenonderzoek onder meer haar uitwerking ten aanzien van het:

- Verifiëren van de identiteit van de cliënt.
- Verifiëren van de identiteit van de ultimate beneficial owner (UBO).

Verifiëren van de identiteit van de cliënt

Een instelling is op grond van de Wwft verplicht om de cliënt te identificeren en zijn identiteit te verifiëren.¹⁰ Onder de WID werd nog gesproken over het 'vaststellen van de identiteit'.¹¹ Dit omvatte dan zowel het identificeren als het verifiëren van de verstrekte

5 Stb. 2008, nr. 305.

6 Stcrt. 2008, nr. 142, p. 8.

7 Stcrt. 2008, nr. 142, p. 19.

8 Artikel 14 Besluit prudentiële regels Wft, artikel 21 en 26 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

9 Artikel 3, vierde lid, Wwft.

10 Artikel 3, tweede lid, onderdeel a, Wwft.

11 Artikel 2 WID.

identiteitsgegevens. Echter, de WID maakte dit onderscheid niet expliciet. Door onder andere de introductie van de risk-based approach, maar ook door een versoepeling ten aanzien van het moment van identificatie en/of verificatie van de identiteit, volstond deze terminologie niet meer. In de Wwft zijn nu definities opgenomen van de begrippen ‘identificeren’ en ‘verifiëren van de identiteit’.¹² Praktisch gezien komt het er op neer dat bij het identificeren naar de identiteitsgegevens wordt gevraagd; bij het verifiëren wordt vervolgens vastgesteld of de opgegeven identiteitsgegevens ook daadwerkelijk overeenkomen met de werkelijke identiteitsgegevens.

Het risk-based verifiëren van de identiteit van de cliënt is op de volgende wijze in de Wwft vormgegeven. Bepaald is dat de identiteit van natuurlijke personen, Nederlandse rechtspersonen en buitenlandse rechtspersonen met een vestiging in Nederland, kan geschieden aan de hand van documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron.¹³ In de Uitvoeringsregeling Wwft zijn vervolgens documenten opgenomen aan de hand waarvan de verificatie van de hiervoor genoemde cliënten plaats kan vinden.¹⁴ Met nadruk wordt erop gewezen dat de documenten die in de Uitvoeringsregeling Wwft worden genoemd in ieder geval volstaan bij het verifiëren van de identiteit van de cliënt. Het betreft een niet-limitatieve opsomming. De instelling mag andere documenten, gegevens of inlichtingen accepteren op basis waarvan de identiteit van de cliënt wordt geverifieerd onder de voorwaarde dat de betreffende documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron afkomstig zijn. Het is aldus afhankelijk van het door de instelling zelf ingeschatte risico met welke documenten, gegevens of inlichtingen zij genoegen neemt.

De instelling zal zich ten opzichte van de toezichthouder moeten kunnen verantwoorden over de door haar genomen beslissing: de beslissing om op bepaalde informatie ten behoeve van de verificatie van de cliënt te vertrouwen.

Het vorenstaande betreft een evidente wijziging ten opzichte van de regeling die gold onder de WID. De Uitvoeringsregeling WID en Wet MOT schreef namelijk exact voor aan de hand van welke documenten verificatie moest plaatsvinden of, om nog in termen van de WID te spreken, aan de hand van welke documenten de identiteit moest worden vastgesteld. Buiten de in de Uitvoeringsregeling WID en Wet MOT opgesomde documenten, had de instelling geen andere mogelijkheden om de identiteitsgegevens van de cliënt te controleren. De Wwft biedt instellingen deze ruimte wel.

De documenten die waren opgenomen in de Uitvoeringsregeling WID en Wet MOT zijn tevens opgenomen in de Uitvoeringsregeling Wwft. In de Uitvoeringsregeling Wwft zijn echter meer documenten opgenomen. Gewezen wordt op de mogelijkheid tot het gebruik

¹² Artikel 1, onderdelen b en c, Wwft.

¹³ Artikel 11 Wwft.

¹⁴ Artikel 4 Uitvoeringsregeling Wwft.

van identiteitskaarten en rijbewijzen die zijn afgegeven in een andere lidstaat, mits deze documenten zijn voorzien van de pasfoto en de naam van de houder.

Ten aanzien van de verificatie van de identiteit van Nederlandse rechtspersonen en buitenlandse rechtspersonen met een vestiging in Nederland, kan als belangrijke verbetering worden genoemd het feit dat als document aan de hand waarvan verificatie kan plaatsvinden 'een uittreksel uit het handelsregister' is opgenomen.

Dit houdt in dat zowel een uittreksel uit het handelsregister in fysieke vorm als in elektronische vorm volstaat. Gewaarmerkt hoeft het uittreksel niet te zijn.

De voornaamste verandering heeft zich voorgedaan ten aanzien van de documenten aan de hand waarvan de identiteit van buitenlandse rechtspersonen die niet in Nederland zijn gevestigd, kan worden geverifieerd. In de praktijk leverde de stringente bepaling uit de WID, inhoudende dat de identiteit alleen kon worden vastgesteld aan de hand van een gewaarmerkt uittreksel of een verklaring die aan bepaalde voorwaarden voldeed, veel problemen op.

Om die reden heeft de wetgever zich nu beperkt tot de eis dat verificatie van de identiteit dient plaats te vinden aan de hand van i) betrouwbare en in het internationale verkeer gebruikelijke documenten, gegevens of inlichtingen of ii) op basis van documenten, gegevens of inlichtingen die bij wet als geldig middel voor identificatie zijn erkend in de staat van herkomst van de cliënt. Dit is overigens in de Wwft zelf bepaald; de Uitvoeringsregeling geeft hier geen nadere invulling aan.

Voor de overige cliënten zonder rechtspersoonlijkheid (zoals maatschappen, verenigingen zonder rechtspersoonlijkheid etc.) geldt tenslotte dat verificatie moet plaatsvinden aan de hand van, wederom, documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron.

Verificatie van de identiteit van de UBO

De risk-based approach komt ook tot uitdrukking bij het verifiëren van de identiteit van de UBO (ultimate beneficial owner/uiteindelijk belanghebbende) van de cliënt. Een rechtspersoon heeft een UBO indien een natuurlijk persoon meer dan 25% van het aandelenkapitaal van de rechtspersoon houdt of meer dan 25% van de stemrechten kan uitoefenen. Tevens wordt als UBO aangemerkt de begunstigde van 25% of meer van het vermogen van een stichting of trust.¹⁵

De verplichting tot het identificeren en verifiëren van de UBO indien de cliënt een rechtspersoon betreft, is een nieuw element van het cliëntenonderzoek in de antiwitwaswetgeving.¹⁶ De reden die ten grondslag ligt aan het opnemen van deze verplichting, laat zich niet moeilijk raden.

¹⁵ Artikel 1, eerste lid, onderdeel f, Wwft.

¹⁶ Artikel 3, tweede lid, onderdeel b, Wwft.

Bij witwassen wordt veelvuldig gebruik gemaakt van allerlei, met name internationale, constructies om de ware herkomst van gelden te verhullen. Daarbij spelen (buitenlandse) rechtspersonen vaak een rol. Om te voorkomen dat achter een (buitenlandse) rechtspersoon of keten van (buitenlandse) rechtspersonen schuilgaande natuurlijke personen op volledig anonieme wijze kunnen deelnemen aan het financiële en economische verkeer, wordt met de Wwft de UBO in beeld gebracht.

Opgemerkt wordt dat alleen het verifiëren van de identiteit van de UBO risk-based kan worden uitgevoerd en níét de identificatie. Met andere woorden: een instelling dient altijd te beschikken over de identiteitsgegevens van de UBO. De maatregelen die worden getroffen ter verificatie van de identiteit hangen wederom af van het risico op witwassen of terrorismefinanciering dat de betreffende cliënt, zakelijke relatie, product of transactie met zich meebrengt. De instelling krijgt hier meer ruimte dan bij de verificatie van de identiteit van de cliënt. De Wwft eist dat de maatregelen die worden getroffen om de identiteit van de UBO te verifiëren adequaat zijn. Wat onder adequaat moet worden verstaan, laat de Wwft in het midden. Ook in lagere regelgeving wordt hier geen nadere invulling aan gegeven. Verificatie van de identiteit van de UBO bij een laag risico kan bijvoorbeeld geschieden door de cliënt een verklaring te laten ondertekenen omtrent de juistheid van de opgegeven identiteitsgegevens van de UBO. Bij een middel tot hoog risico kunnen instrumenten worden ingezet zoals onderzoek via internet en het bevragen van een eigen filiaal in het land waar de betreffende rechtspersoon vandaan komt. Het uitbesteden van de verificatie aan een daartoe gespecialiseerd bureau, is ook een optie.

Risico-inschatting door wetgever: vereenvoudigd en verscherpt cliëntenonderzoek

De risk-based approach heeft zijn (wettelijke) beperkingen. In een aantal situaties staat de wet instellingen toe om vereenvoudigd cliëntenonderzoek toe te passen.¹⁷

De wetgever heeft in deze situaties het risico op witwassen of terrorismefinanciering laag geacht. De instelling hoeft deze risico-inschatting zelf niet meer te maken.

Op basis van de wet mag vereenvoudigd cliëntenonderzoek bijvoorbeeld worden toegepast ten aanzien van beursgenoteerde ondernemingen, Nederlandse overheidsinstanties en bepaalde pensioenproducten. De wet geeft de mogelijkheid om in een Uitvoeringsbesluit andere cliënten, transacties of producten aan te wijzen waarop vereenvoudigd cliëntenonderzoek mag worden toegepast. Van deze mogelijkheid is in het Uitvoeringsbesluit Wwft gebruik gemaakt. Het vereenvoudigd cliëntenonderzoek kan op grond van het Uitvoeringsbesluit Wwft tevens worden toegepast ten aanzien van 100% dochtermaatschappijen van beursgenoteerde vennootschappen in Nederland en in andere lidstaten van de Europese Unie.¹⁸ Ook beursgenoteerde vennootschappen buiten de

¹⁷ Artikel 6 Wwft.

¹⁸ Artikel 2 Uitvoeringsbesluit Wwft.

Europese Unie vallen onder het vereenvoudigd cliëntenonderzoek, indien zij onderworpen zijn aan openbaarmakingvereisten die overeenkomen met de Europese vereisten. Ten aanzien van welke transacties of producten op grond van het Uitvoeringsbesluit Wwft vereenvoudigd cliëntenonderzoek mag worden toegepast, hangt af van het feit of de transacties of producten zijn aan te merken als producten of transacties met een laag risico op witwassen of financieren van terrorisme. De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om als zodanig te worden aangemerkt, zijn opgenomen in de Uitvoeringsrichtlijn die behoort bij de derde witwasrichtlijn.¹⁹ In het Uitvoeringsbesluit Wwft wordt dan ook rechtstreeks naar de voorwaarden in deze Uitvoeringsrichtlijn verwezen.²⁰ Hiervoor is gekozen vanwege de complexiteit van de gestelde voorwaarden. Het consumentenkrediet wordt bijvoorbeeld op deze wijze onder het vereenvoudigd cliëntenonderzoek gebracht alsmede spaarproducten voor kinderen en bepaalde leaseovereenkomsten.

Naast situaties waarin vereenvoudigd cliëntenonderzoek mag worden toegepast, wijst de Wwft ook situaties aan waarin verscherpt cliëntenonderzoek moet worden toegepast.²¹ De wetgever heeft in deze situaties het risico op witwassen of terrorismefinanciering hoog geacht. De instelling hoeft deze risico-inschatting zelf niet meer te maken. Verscherpt cliëntenonderzoek moet op basis van de wet bijvoorbeeld worden toegepast bij non-face-to-face identificatie en bij een politically exposed person (PEP). De wet biedt ook de mogelijkheid om in een Uitvoeringsbesluit andere categorieën zakelijke relaties of transacties aan te wijzen waarop verscherpt cliëntenonderzoek van toepassing is. Hiervan is tot nu toe geen gebruik gemaakt: in het Uitvoeringsbesluit Wwft wordt het verscherpt cliëntenonderzoek niet uitgebreid tot andere relaties of transacties. De Europese Commissie heeft besloten geen aanvullende situaties of producten aan te wijzen, anders dan die in de derde witwasrichtlijn zelf, waarop verscherpt cliëntenonderzoek toegepast moet worden. Mocht de Commissie besluiten om dergelijke situaties of producten in een Uitvoeringsrichtlijn neer te leggen, dan zullen deze bepalingen in het Uitvoeringsbesluit Wwft worden geïmplementeerd.

Vrijheid versus onzekerheid

Over het algemeen hebben de instellingen die onder de werking van de Wwft vallen de introductie van de risk-based approach positief ontvangen. Echter, nu de wet instellingen meer ruimte en vrijheid biedt voor het naar eigen inzicht treffen van maatregelen, brengt dit ook onzekerheid met zich mee. Bijvoorbeeld onzekerheid ten aanzien van het hande-

19 Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie van 1 augustus 2006 tot vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigde cliëntenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten (PbEU L 214).

20 Artikel 3 Uitvoeringsbesluit Wwft.

21 Artikel 8, eerste lid, Wwft.

len van de toezichthouder. Instellingen moeten de door hen gevolgde procedures, gemaakte afwegingen en genomen beslissingen verdedigen ten opzichte van de toezichthouder. Over deze onderwerpen zal met de toezichthouder in dialoog moeten worden gegaan om te (kunnen) bepalen of is voldaan aan de verplichtingen in het kader van de Wwft. ‘Vastleggen’ en ‘documenteren’ zijn hier alsdan de sleutelwoorden, evenals de woorden ‘transparant’ en ‘inzichtelijk’.

De zojuist omschreven onzekerheid kan wellicht wat worden weggenomen door het feit dat diverse brancheorganisaties, al dan niet in samenwerking met de betreffende toezichthouder, richtsnoeren hebben ontwikkeld dan wel aan het ontwikkelen zijn om de onder hen vallende beroepsgroepen een leidraad te bieden bij het voldoen aan de (nieuwe) verplichtingen uit de Wwft.²² De wet is natuurlijk bepalend en de toezichthouder kan niet aan deze richtsnoeren worden gehouden maar het helpt de, in het bijzonder kleinere, instellingen op weg. In dit verband kan ook worden gewezen op de ‘Guidance on the Risk-Based Approach’ welke door de FATF, in nauwe samenwerking met de private sector is ontwikkeld.²³ Voor diverse beroepsgroepen is door de FATF een aparte guidance ontwikkeld. Ook dit instrument kan een instelling handvaten bieden bij het implementeren van en het geven van uitvoering aan de risk-based approach.

Resumerend

De wijzigingen die voortvloeien uit de Wwft zien met name op het uitvoeren van cliëntenonderzoek. Dit onderzoek is omvattender geworden maar brengt ook meer proportionaliteit in de anti-witwaswetgeving: instellingen worden niet meer verplicht maatregelen te treffen die in geen verhouding staan tot het risico op witwassen of terrorismefinanciering dat de betreffende cliënt, zakelijke relatie, product of transactie met zich mee brengt.

Hoe lang de Wwft verschoond zal blijven van (ingrijpende) wijzigingen is in grote mate afhankelijk van de internationale ontwikkelingen op het terrein van de witwasbestrijding en terrorismefinanciering. Nu begin 2008 het mandaat van de FATF is uitgebreid met proliferatiefinanciering, is het niet ondenkbeeldig dat op termijn de Wwft zal moeten worden gewijzigd om te bewerkstelligen dat de wet mede tot doel krijgt het voorkomen van proliferatiefinanciering.

22 Een voorbeeld hiervan is de handleiding Wwft voor advocaten, te vinden op www.advocatenorde.nl.

23 Te vinden op www.fatf-gafi.org.