

Bijlage 6

Sancties schrikken af

Dr. mr. ir. R.J. Hoff¹

Iran-sancties schrikken af. Zo opent het Financieele Dagblad (FD) van 29 augustus 2011. Het hoofdartikel signaleert dat als gevolg van internationale sancties, – ‘die voortdurend worden aangescherpt’ – het zakendoen met Iran moeilijk is geworden. Bedrijven en instellingen, ook Nederlandse, worden vervolgd en beboet; bestuurders hangt gevangenisstraf boven het hoofd. Er zijn kennelijk ook mogelijkheden: uit onderzoek blijkt dat de export naar Iran in 2010 is toegenomen en € 586 miljoen bedroeg.

Compliance met sanctieregelgeving wordt steeds meer relevant. De regelgeving zelf is internationaal van aard en relatief complex. Omdat het gaat om essentiële veiligheidsbelangen investeren overheden steeds meer in handhaving. De aansprakelijkheidsrisico's bij niet-naleving zijn aanzienlijk, waarbij gevangenisstraffen en aantasting van de continuïteit van de onderneming ook in zicht komen. In dit artikel worden daarom de hoofdlijnen van de sanctieregelgeving beschreven alsmede de impact van deze regelgeving op met name financiële instellingen.

1. Ontwikkeling Sanctieregelgeving

Sanctieregelgeving is al van een oudere datum. In vroegere dagen bestonden de ‘ban’ en de ‘vogelvrijverklaring’.² Beide kunnen beschouwd worden als voorlopers van wat nu met de term ‘sanctie’ wordt aangeduid. Een banneling was iemand die rechtens verwijderd werd uit de gemeenschap. Hij mocht niet meer in het betreffende rechtsgebied terugkeren op straffe van de dood.³ Vogelvrijverklaarden waren buiten de wet geplaatst. Alle burgerlijke en publieke rechten werden de vogelvrije ontnomen. Het betekende dat hij geen nationaliteit of bezit meer kon hebben en geen aanspraak meer kon maken op bescherming.

1 Dr. mr. ir. R.J. (Richard) Hoff is partner bij Philip Sidney en directeur van The Eagle Compliance Company.

2 Zie voor meer informatie: T. Dean, *Misdaad in de Middeleeuwen*, Amsterdam: Pearson Education Benelux 2004.

3 Als in dit verband over ‘hij’ wordt gesproken dan kan het uiteraard ook een ‘zij’ betreffen.

Bekende vogelvrijverklaarden zijn Willem van Oranje en Maarten Luther; een ieder mocht hen ongestraft doden.

Niet alleen personen werden in de ban gedaan, ook bepaalde goederen konden verboden worden. Zo werden bijvoorbeeld boeken verboden. Een bekend voorbeeld is ‘Mein Kampf’ van Adolf Hitler. Het ten verkoop aanbieden van dit boek is in Nederland nog steeds verboden. Een frappant voorbeeld is het boek ‘De zoon van Dik Trom’ van C. Joh. Kievit uit 1907. Dit boek werd in 1941 verboden door de ‘Befehlshaber der Sicherheitspolizei und des S.D.’ Dit boek bevatte een passage waarin jongens een sneeuw-kasteel hebben gebouwd. Vervolgens verzinnen zij een spel waarbij het Nederlandse kasteel zogenaamd door Duitse soldaten wordt bestormd. Tijdens hun spel roepen sommige jongens: ‘Weg met de Duitschers!’

Een belangrijk ander voorbeeld van goederen waarin de handel aan banden is gelegd zijn de goederen die van strategisch belang zijn (militaire goederen en dual-use goederen). Zo was – vanwege hun cruciale rol in de militaire communicatie – tijdens de eerste wereldoorlog de handel in postduiven met oorlogvoerende landen aan sterke restricties onderworpen, naast uiteraard de handel in andere militaire en strategische goederen zoals brandstoffen, wapens, munitie e.d..

Dergelijke mechanismen zijn in principe nog aanwezig, maar wel in een modernere juridische jas.

- Ten aanzien van personen is het – in ieder geval in Nederland – niet meer zo dat burgers ongestraft een ander mogen doden. Wel zijn er door de regering personen geïdentificeerd wier rechten zodanig zijn ingeperkt dat anderen bijvoorbeeld geen zakelijke relatie met hen mogen aangaan en onderhouden.
- Ten aanzien van bepaalde categorieën goederen – met name militaire goederen en zogeheten dual-use goederen – geldt dat die niet of niet zonder toestemming c.q. vergunning naar het buitenland mogen worden geëxporteerd.⁴ Sommige goederen mogen – bijvoorbeeld om redenen van nationale veiligheid – in geen geval naar bepaalde landen worden geëxporteerd.

Hiermee zijn we op het terrein gekomen van de hedendaagse regelgeving omtrent sancties of embargo's. Het belang van deze sanctieregelgeving neemt in de hedendaagse constellatie toe. Dit laatste kan afgemeten worden aan de toename van het aantal sanctieregelingen, bijvoorbeeld in reactie op onlusten in de wereld.

4 Dual-use goederen (of: goederen voor tweërlei gebruik) zijn goederen die zowel civiel als militair gebruikt kunnen worden. De rijksoverheid legt het als volgt uit: ‘Koolstofgarens zijn een populair middel om tennisrackets en golfclubs te versterken. Maar dezelfde garens worden ook gebruikt in ultracentrifuges waarmee uranium kan worden verrijkt voor kernwapens. Daarmee zijn koolstofgarens dual-use goederen, ook wel bekend als goederen voor tweërlei gebruik. Dual-use goederen zijn goederen die zowel een civiele als een militaire toepassing kunnen krijgen.’

Verder is relevant dat de (nationale en internationale) handhaving van deze regelgeving intensiever ter hand wordt genomen. Dit is te verklaren vanuit het gegeven dat sanctieregelgeving hoge belangen beschermt waar overheden hoge prioriteit aan geven: nationale veiligheid, mensenrechten, tegengaan van terrorisme, tegengaan van proliferatie van nucleaire goederen. Een aantal voorbeelden illustreert dit.⁵

- In 2010 heeft de FIOD medewerkers van Euroturbine uit Venlo opgepakt. Het bedrijf had tegen de regels dual-use goederen naar Iran geëxporteerd.
- Euroturbine is niet het enige bedrijf dat in de problemen is gekomen door de uitvoer van dual-use goederen. Zo kreeg onlangs bijvoorbeeld het bedrijf Sulzer Turbo Services uit Lomm te horen dat het geen onderdelen voor gasturbines meer mag leveren aan Iran.
- Onlangs, in 2011, is de manager van het Nederlandse expeditiebedrijf ITS Freight Forwarding in Amerika gearresteerd.⁶ Toen hij in dienst was van een ander bedrijf heeft hij niet-toegestane leveringen aan Iran gefaciliteerd, aldus de aanklacht.
- Op 8 augustus 2011 meldde het FD dat Fokker Services, onderdeel van het Stork-concern, in de problemen is gekomen vanwege de levering van vliegtuigonderdelen aan Iran. De krant meldt dat het bedrijf door de Verenigde Staten mogelijk een miljoenenboete opgelegd krijgt.
- Eind juli 2011 werd bekend dat de Amerikaanse overheid een onderzoek is begonnen naar ING Bank. De bank wordt ervan verdacht sanctieregimes tegen Cuba, Iran en Syrië te hebben geschonden.
- In 2010 heeft de FSA aan de Royal Bank of Scotland een boete opgelegd van GBP 5,6 miljoen. 'RBS failed to adequately screen both its customers, and the payments they made and received, against the government's Treasury sanctions list (...). This led to an "unacceptable risk" that the bank could have facilitated transactions involving sanctions targets, including terrorist financing. According to the FSA, RBS manually entered around 14,000 payment messages worth about £ 2.5 billion into its gateway application for Swift messages which meant they bypassed the screening software. In addition, the group's automated screening software only covered three out of 47 Swift trade finance message types. (...) Despite rules designed to ensure firms update their systems' fuzzy matching logic to keep up with changes to the Treasury list, RBS only calibrated theirs once, when it was first installed. When the fuzzy matching logic was finally checked in 2008, several weaknesses were identified that could see payments slip through.'⁷

5 Vele voorbeelden zijn te vinden, bijvoorbeeld in:
www.bis.doc.gov/complianceand enforcement/dontletthishappentoyou_2010.pdf
www.pmdtc.state.gov/compliance/documents/OngoingExportCaseFactSheet.pdf
www.treasury.gov/resource-center/sanctions/CivPen/Pages/civpen-index2.aspx

6 AD-Utrechts Nieuwsblad, Nederlander zit vast in VS na levering aan Iran, 10 augustus 2011.

7 www.theamla.com/messages.aspx?TopicID=509

- De nodige banken zijn inmiddels beboet voor het overtreden van sanctieregels. Dit zijn onder andere banken uit de VS, Engeland, Frankrijk, Nederland en Zwitserland. Ook een land als India is actief met vervolging van instellingen die sanctieregels overtreden. Overigens zijn de nodige overtredingen van banken geconstateerd naar aanleiding van een overtreding van cliënten van die banken.

2. Sanctieregelgeving: hoe werkt het?

Juridische en politieke context

Sancties zijn instrumenten in het buitenland- en veiligheidsbeleid die worden ingezet als reactie op schendingen van het internationaal recht of mensenrechten of om verandering te brengen in beleid wanneer wettelijke of democratische beginselen niet worden nageleefd. Sancties vormen ook een belangrijk wapen in de strijd tegen terrorisme.

Actuele voorbeelden van sancties zijn de sancties tegen Libië en Syrië vanwege de binnenlandse repressie aldaar. EU-verordening 204/2011 definieert sancties tegen Libië, en vermeldt in de considerans de noodzaak tot 'een wapenembargo, een verbod op de uitvoer van uitrusting die voor binnenlandse repressie zou kunnen worden gebruikt, alsook inreisbeperkingen en het bevriezen van de tegoeden en economische middelen van bepaalde personen en entiteiten die betrokken zijn bij ernstige schendingen van de mensenrechten tegen personen in Libië, onder meer via aanvallen tegen de burgerbevolking en civiele installaties, wat in strijd is met het internationaal recht.'

Andere bekende sancties zijn de sancties tegen Iran, Birma, Soedan, Zimbabwe en Noord-Korea, en de maatregelen tegen terroristische groeperingen zoals de Taliban en Al-Qaeda.

Sancties hebben een stevige juridische basis. Vanuit dit juridische fundament is de overheid in staat om door middel van het uitvaardigen van sanctieregelingen snel in te spelen op ontwikkelingen die essentiële veiligheidsbelangen aantasten.

Vanuit het Nederlandse perspectief worden sanctiemaatregelen met name opgelegd door de Verenigde Naties en/of door de Europese Unie.

- De meeste sancties zijn gebaseerd op resoluties van de VN-veiligheidsraad die direct bindend zijn voor de Nederlandse overheid.
- De EU kan haar regels in gemeenschappelijke standpunten en verordeningen opnemen. Zijn de sancties vastgelegd in een verordening, dan gelden zij direct voor bedrijven en burgers. Nederland zet een gemeenschappelijk standpunt om in nationale wetgeving om burgers en bedrijven te binden aan sanctiemaatregelen.

Nederland kan ook zelfstandig besluiten tot het instellen van sancties zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de Sanctieregeling terrorisme 2006 (houdende beperkende maatregelen tegen de Hofstadgroep en daaraan gelieerde personen met het oog op de strijd tegen het terrorisme).

In geval van sancties vanwege de VN en/of de EU zet Nederland deze om in een nationale sanctieregeling onder de Sanctiewet 1977. Op deze wijze wordt mede bereikt dat overtreding van de sanctiebepalingen strafbaar is (via de Wet op de Economische Delicten, WED).

Het is niet altijd eenvoudig te doorgronden welke sancties precies van toepassing zijn tegen bijvoorbeeld een bepaald land. Nationale en internationale sanctieregelingen ter zake kunnen gestapeld zijn waardoor men voor het geldende sanctieregime meerdere regelingen en bepalingen moet bestuderen.

Typen sancties

De meest voorkomende sancties zijn:

- wapenembargo's en handelsrestricties (export controls);
- financiële sancties (onder te verdelen in (i) een gebod tot het bevriezen van tegoeden en (ii) een verbod of restricties op het verlenen van financiële diensten;
- reis- en visumrestricties.

Andere maatregelen zijn:

- vergunningplicht voor gevoelige goederen, programmatuur en technologie;
- embargo op (luxe)goederen waarmee de machtshebbers van dat land geld verdienen;
- beperkingen van technische bijstand en training in verband met bepaalde goederen.

Hoe werkt een sanctiemaatregel?

Kort gezegd identificeert een sanctieregeling een of meerdere 'targets'. Dit kan een land zijn, bijvoorbeeld Iran. Het kan ook een entiteit zijn zoals een bedrijf, een stichting of een terroristische groepering. Het kan ook een persoon zijn; zo is president Lukashenko van Wit-Rusland een 'target' blijkens het Uitvoeringsbesluit 2011/174/GBVB van 21 maart 2011. Onder regelgeving van de VS zijn ook schepen als target aangewezen.

Vervolgens definiëren de sanctieregelingen welke maatregelen ('sancties') tegen de geïdentificeerde targets genomen worden. De voor financiële instellingen meest relevante maatregelen zijn:

- een verbod om financiële diensten te verlenen aan een target;
- het bevriezen van tegoeden van een target;
- het verbod om bepaalde goederen, diensten en informatie over te dragen aan een target (export controls).

Kortom, met een 'sanctions target' kan in feite geen zakelijke relatie meer worden aangegaan of gecontinueerd. Een target heeft in veel gevallen geen toegang tot financiële tegoeden en tot het financiële systeem. Verder kan een target vaak niet meer de beschikking krijgen over bepaalde goederen en diensten alsmede over daaraan gerelateerde informatie.

Voor de goede orde: handelsembargo's en financiële embargo's kunnen uiteen lopen. Er is vanuit de praktijk inmiddels een aantal zaken bekend van bedrijven die met toestemming van de autoriteiten goederen konden exporteren naar Iran, en vervolgens de betaling niet konden ontvangen omdat banken geen autorisatie hadden om die transactie te faciliteren. Dit leidt momenteel tot de nodige problemen.

Lijsten

De autoriteiten hebben sanctions targets samengebracht op lijsten.

- Een voorbeeld is de 'Consolidated list of persons, groups and entities subject to EU financial sanctions'. Dit is een database die is opgezet door de European Banking Federation, de European Savings Banks Group, de European Association of Co-operative Banks en de European Association of Public Banks. De Europese Commissie host de database en houdt deze up-to-date. Echter, dit ontslaat instellingen niet van de verplichting om de daadwerkelijke actuele regelingen te blijven raadplegen.⁸
- Nederland hanteert, net als andere landen, daarbovenop ook een eigen lijst: 'Personen en organisaties waarvan de tegoeden op grond van nationale regelgeving bevroren zijn.' Deze lijst heeft betrekking op personen en organisaties waarvan de tegoeden op grond van nationale regelgeving bevroren zijn. Hier staat bijvoorbeeld de 'Stichting Internationale Humanitaire Hulporganisatie Nederland' op.
- In de VS onderhoudt het Office of Foreign Assets Control (OFAC) de lijst met 'Specially Designated Nationals' (SDN-lijst).

Deze lijsten wijzigen frequent vanwege nieuwe sancties, aangepaste sancties, intrekking van sancties of vanwege onderzoek. Dit onderzoek kan uitwijzen dat bijvoorbeeld een bekende terrorist zich bedient van meerdere identiteiten. Zo staat bijvoorbeeld Ruben Pestano Lavilla ook bekend onder de naam Abdullah Muddaris. De alternatieve namen worden ook op de lijst geplaatst.

Het nadeel van de meeste lijsten is dat ze niet het geheel van de regelgeving beslaan, maar alleen financiële sancties. Personen die een exportverbod hebben bijvoorbeeld staan niet op deze lijsten (vaak wel weer op lijsten van andere overheidsinstanties). Hierdoor bestaat nog steeds de kans dat een bank een trade transactie faciliteert die verboden is.

⁸ Zie de disclaimer van de Europese Commissie: 'While every effort is made to ensure that the database and the consolidated list correctly reproduce all relevant data of the officially adopted texts published in the Official Journal of the European Union, neither the Commission nor the EU credit sector federations accepts any liability for possible omissions of relevant data or mistakes, and for any use made of the database or of the consolidated list. Only the information published in the paper editions of the Official Journal of the EU is deemed authentic.'

Een ander voorbeeld van dat het verstandig is om niet louter uit te gaan van de gepubliceerde lijsten is het op de lijst staan van een rederij; Islamic Republic of Iran Shipping Lines (IRISL) is zo'n voorbeeld. Een transactie waarbij een schip van die rederij betrokken is mag ook niet gefaciliteerd worden. Een voorbeeld hiervan is te vinden in de recente JP Morgan Chase settlement van \$88.300.000. Er zijn organisaties die lijsten bijhouden met de schepen van dergelijke rederijen zodat instellingen hun transacties daarop kunnen controleren.

Meer aandacht voor export controls

Van oudsher is de aandacht bij financiële instellingen met name gericht op de financiële sancties. Export controls zijn voor financiële instellingen een minder bekend gebied. Recente ontwikkelingen laten zien dat dit gebied van de regelgeving wel degelijk van belang is voor financiële instellingen, bijvoorbeeld op het gebied van trade finance en op het gebied van transportverzekeringen. De Financial Action Task Force (FATF), de Joint Money Laundering Steering Group (JMSLG) en de Wolfsberg Group besteden in hun guidance documenten nadrukkelijk aandacht aan de relevantie van export controls voor financiële instellingen en de relatie met 'targeted financial sanctions'.⁹

Export controls reguleren de overdracht (uitvoer) van goederen, diensten en informatie aan een ander land of aan een andere persoon/entiteit. Er zijn algemene en specifieke export controls. Deze laatste zijn met name te vinden in sanctieregelingen.

Algemene export controls zijn bijvoorbeeld opgenomen in internationale verdragen, in Europese richtlijnen en verordeningen en in de Algemene Douanewet en daaraan gerelateerde regelgeving. Deze wet- en regelgeving verbiedt in algemene zin de uitvoer van militaire goederen en dual-use goederen alsmede informatie daarover zonder voorafgaande toestemming van de autoriteiten. Dit betreft onder meer:

- nucleaire technologie;
- technologie voor het vervaardigen van raketten;
- wapens;
- chemicaliën;
- allerlei dual-use goederen zoals koolstofgarens, rubbers, lenzen, computers, sensoren, lagers, microchips et cetera.

Export control regelgeving identificeert ook specifieke personen op wie een goederen-embargo rust. Dit is zeker niet beperkt tot personen uit Iran, Sudan, Zimbabwe, Syrië e.d.. Dit betreft personen uit allerlei landen, bijvoorbeeld ook Nederland en China.

9 FATF, Proliferation Financing Report, 2008. FATF, FATF Report. Combating Proliferation Financing: A Status Report on Policy Development and Consultation, February 2010. JMSLG, Prevention of money laundering/combating terrorist financing. Guidance for the UK Financial Sector. Part III: Specialist Guidance, October 2010. The Wolfsberg Group, The Wolfsberg Group Trade Finance Principles, 2011.

In eerste instantie zijn export controls met name relevant voor ondernemingen die goederen, diensten en/of informatie exporteren. Financiële instellingen kunnen echter betrokken zijn bij dergelijke transacties, bijvoorbeeld waar het gaat om het faciliteren van de transactie door middel van een letter of credit, om het betalen of ontvangen van de gelden, of om het verzekeren van het goederentransport. Uiteraard kan een financiële instelling zelf goederen of informatie exporteren, bijvoorbeeld waar eigendomsrechten in een transactie om enige reden over zijn gegaan op de financiële instelling of waar informatie over goederen wordt gedeeld binnen de instelling.

De FATF, en in navolging daarvan ook de JMLSG, haakt in dit kader aan bij het begrip ‘proliferation financing’ en definieert dat als volgt: ‘the act of providing funds or financial services which are used, in whole or in part, for the manufacture, acquisition, possession, development, export, trans-shipment, brokering, transport, transfer, stockpiling or use of nuclear, chemical or biological weapons and their means of delivery and related materials (including both technologies and dual use goods used for non-legitimate purposes), in contravention of national laws or, where applicable, international obligations.’¹⁰

De FATF verwacht van financiële instellingen dat met betrekking tot hun activiteiten de risico's van betrokkenheid bij proliferation financing kennen en daar passende maatregelen bij nemen. Het FATF-rapport uit 2008 identificeert een aantal indicatoren die er mogelijk op duiden dat een transactie relateert aan proliferation financing, waaronder:

- *Transaction involves individual or entity in foreign country of proliferation concern.*
- *Transaction involves individual or entity in foreign country of diversion concern.*
- *Trade finance transaction involves shipment route (if available) through country with weak export control laws or weak enforcement of export control laws.*
- *Transaction involves shipment of goods incompatible with the technical level of the country to which it is being shipped, (e.g. semiconductor manufacturing equipment being shipped to a country that has no electronics industry).*
- *Transaction involves financial institutions with known deficiencies in AML/CFT controls and/or domiciled in countries with weak export control laws or weak enforcement of export control laws.*
- *Inconsistencies in information contained in trade documents and financial flows, such as names, companies, addresses, final destination etc.*
- *Order for goods is placed by firms or individuals from foreign countries other than the country of the stated end-user.*
- *New customer requests letter of credit transaction awaiting approval of new account.*

Landen hebben maatregelen genomen in de vorm van regelgeving ter implementatie van VN Resolutie 1540. Deze regelgeving gaat de proliferatie van bepaalde goederen tegen.

¹⁰ De FATF knoopt aan bij de belangrijke Resolutie 1540 van de VN Veiligheidsraad.

3. Naleving sanctieregelgeving in de praktijk

Het welslagen van het sanctie-instrument is voor een groot deel afhankelijk van de daadwerkelijke naleving van de sanctieregelgeving in de praktijk, ook door financiële instellingen. Uiteindelijk gaat het er om dat gesanctioneerde entiteiten niet de beschikking krijgen over geld, goederen en informatie. Conform de regelingen dient dit alles niet geleverd te worden aan gesanctioneerde entiteiten, hetzij direct hetzij indirect. Transacties die ertoe leiden dat gesanctioneerde entiteiten beschikking krijgen over de in de regelingen geïdentificeerde gelden, goederen en informatie zijn verboden. Het faciliteren van dergelijke transacties is ook verboden alsmede het opzetten van constructies die de bedoeling hebben om sancties te omzeilen.

De wetgever

De wetgever komt de praktijk te hulp met een aantal regelingen. Dit in het kader van het bevorderen van een integere bedrijfsvoering: er wordt niet alleen een norm gesteld ('gij zult'), er wordt ook aangegeven welke maatregelen in de bedrijfsvoering ten minste verwacht worden om de naleving van de norm te borgen.

Deze zijn ten eerste te vinden in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr).¹¹ Hierin wordt een algemeen complianceraamwerk voorgeschreven, met daarin de analyse van integriteitrisico's, het formuleren van beleid, procedures en toetsing. Verder worden CDD-maatregelen voorgeschreven. Dit is ook voor compliance met sanctieregelgeving relevant, onder meer voor de cliëntacceptatie (geen zaken doen met een gesanctioneerde partij). De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) geeft op het gebied van cliëntenonderzoek nog verdere richtlijnen.

Een onbekendere regeling is de Regeling Toezicht Sanctiewet 1977. Deze regeling is voor het onderwerp van dit artikel relevant. Volgens de Regeling Toezicht Sanctiewet moet de instelling waarborgen dat zij op het gebied van de administratieve organisatie en interne controle maatregelen heeft getroffen ter naleving van de Sanctieregelgeving. Dit houdt dan ten minste in een adequate controle van de administratie op het overeenkomen van de identiteit van een relatie met een 'sanctions target'. Op grond van de sanctieregelgeving moet de instelling eventueel overgaan tot het bevriezen van de financiële middelen van die relatie of het voorkomen van het ter beschikking stellen van financiële middelen of diensten aan die relatie. Verder stipuleert de Regeling Toezicht Sanctiewet een meldingsplicht en een bewaarplicht.

11 Met name in artikel 3:10 en 3:17 Wft jo. en artikel 10-16 Bpr.

Compliancemaatregelen die een instelling kan nemen

Naast algemene CDD-maatregelen zoals vereist door de Wft/Bpr en de Wwft moeten voor adequate sanctions compliance meer specifieke maatregelen ingevoerd worden. De volgende zijn daarbij onder meer van belang.

Maatregel	Aandachtspunten
Database regelgeving	Sanctieregelgeving is complex, internationaal en verspreid in wetten, resoluties, verordeningen en nationale sanctieregels. De regelingen en targets wijzigen frequent. Als de regelingen een nieuwe sanctions target aanwijzen dan dient er direct actie te worden ondernomen (bevriezing van tegoeden, geen transacties meer, stopzetting c.q. afbouw L/C positie etc.). Voor effectieve naleving is actueel inzicht in de regelgeving – waar nodig op dagelijkse basis – vereist.
Periodieke screening van administraties	Screening van cliëntbestanden, zeker na invoering of wijziging van sanctieregelingen, is een vereiste op basis van de regelgeving. Screening dient gebruik te maken van 'fuzzy matching', dat wil zeggen dat niet louter gematcht wordt op 100% overeenkomst van termen, maar bijvoorbeeld op 70% overeenkomst.
Screening van transacties	Inkomende en uitgaande transacties dienen gescreend te worden op het voorkomen van een sanctions target, wederom met gebruikmaking van fuzzy matching.
Lijstbeheer	Screeninghulpmiddelen maken gebruik van lijsten met daarop alle relevant sanctions targets. Deze lijsten moeten te allen tijde up-to-date zijn. N.B. Lijsten betreffen niet alleen de lijsten met betrekking tot financiële sancties maar ook export control lijsten. ¹²
Alert handling	De screening leidt tot resultaten: namen van cliënten of indicaties in transacties die mogelijk overeenkomen met een sanctions target. Nader onderzoek is dan nodig om te bepalen of er daadwerkelijk sprake is van een hit – zeker door fuzzy matching zullen er ook veel 'false positive alerts' gegenereerd zijn. Hiervoor dient een alert handling beoordelingshandleiding in werking te zijn met een procedure voor aanvullend onderzoek waar nodig.
Freeze procedure	Wanneer er sprake is van een echte hit dan is er sprake van een relatie of een transactie met een sanctions target. In deze gevallen dienen alle tegoeden van de betreffende relatie bevroren te worden en alle transacties gestopt dan wel afgebouwd te worden.
Meldprocedure	Een echte hit moet gemeld worden aan de autoriteiten.
Release procedure	Maatregelen tegen sanctions targets kunnen ingetrokken worden. In dat geval zullen tegoeden weer vrijgegeven kunnen worden.

Maatregel	Aandachtspunten
Vergunningprocedure	Het kan voorkomen dat een gesanctioneerde persoon geld nodig heeft of recht heeft op uitkering van polisgelden. Om redenen van bijvoorbeeld humanitaire aard kan een instelling hieraan mee willen werken. Voor die gevallen zal een vergunning aangevraagd moeten worden bij de daarvoor aangewezen autoriteiten.
Registratie en administratie	Een audit trail van de uitgevoerde activiteiten in het kader van sanctions compliance is een noodzaak. Afgezien van het feit dat toezichthouders zich ervan willen vergewissen dat de instelling niet betrokken is bij terrorismefinanciering, ongewenste proliferatie en de financiering van gesanctioneerde entiteiten zal de instelling zelf ook die behoefte hebben. De regelgeving schrijft ook administratieve vereisten voor waar instellingen aan moeten voldoen.
Training	Training en bewustwording van medewerkers is een belangrijke maatregel, waar ook toezichthouders sterk aan hechten. De ontwikkeling van een goed trainingscurriculum is dan ook van groot belang.
Communicatie	Wijzigingen dienen binnen de organisatie gecommuniceerd te worden. Afdelingen verantwoordelijk voor lijstbeheer, screening, alert handling, cliëntacceptatie, trade finance, trade Insurance, betalingen etc. dienen op de hoogte te zijn van de meest recente verboden en embargo's en die direct toe te kunnen passen in de dagelijkse bedrijfsvoering.
ICT ondersteuning	Compliance met sanctieregelgeving is zonder adequate ICT ondersteuning praktisch nauwelijks mogelijk. Het gaat hier met name om hulpmiddelen als screeningssoftware, pakketten als OCR voor het raadplegen van lijsten en onderzoek, en programma's voor transactieanalyse.
Post-transaction monitoring	<p>Een maatregel die in ieder geval door Amerikaanse autoriteiten al wordt verlangd is de post-transaction monitoring. Het gaat er om dat instellingen in staat zijn om pogingen tot regelontwijking door andere instellingen te detecteren.</p> <p>Een voorbeeld is dat bank A een betalingsbericht stuurt aan bank B. In het bericht staat een referentie naar Pyongyang op basis waarvan bank B het bericht weigert. Twee dagen later stuurt bank A een tweede bericht (zelfde bedrag, zelfde partijen), maar zonder de referentie naar Pyongyang. Het bericht zal door de systemen gaan. Post-transaction monitoring zal het patroon zichtbaar maken, hetgeen zal leiden tot vragen aan bank A en eventueel een melding aan de autoriteiten.</p>

Maatregel	Aandachtspunten
Transaction Due Diligence	<p>Transacties zullen mede beoordeeld moeten worden in het licht van de sanctieregelgeving. In dat kader is Transaction Due Diligence (TDD) van belang. Dit speelt bijvoorbeeld in het gebied van trade finance (maar niet uitsluitend daar), waar onder meer aan de hand van informatie over producten en eindgebruik een oordeel gevormd moet worden of de goederentransactie is toegestaan, of er vergunningen aanwezig moeten zijn etc.</p> <p>Binnen de – relatief beperkte – informatiepositie zal een financiële instelling een zo adequaat mogelijke afweging moeten maken. Inmiddels komen er ook hulpmiddelen beschikbaar die instellingen hierin kunnen ondersteunen.</p>

Compliance issues

In de praktijk zijn er veel problemen met sanctions compliance. Banken worden dan ook veelvuldig beboet hiervoor, en niet alleen in de VS. Ook andere landen zijn actief op dit terrein, bijvoorbeeld India. De Indiase toezichthouder tikt geregeld instellingen op de vingers voor overtredingen.

Overigens worden de meest in het oog springende boetes door de autoriteiten van de VS opgelegd. Dit betreft ook Europese en Nederlandse banken. ABN AMRO heeft een boete opgelegd gekregen van meer dan \$500 miljoen. Andere beboete banken zijn onder mee Lloyds TSB (\$217 miljoen), Credit Suisse (\$536 miljoen) en Société Generale (\$110.000). Vaak zijn aan deze ‘settlements’ kostbare onderzoeken voorafgegaan en zijn er langjarige verplichte verbeteringstrajecten aan verbonden.

Zeer recent is JP Morgan Chase beboet voor \$88 miljoen, onder meer voor betrokkenheid bij overtreding van export controls.

Wat opvalt bij het bestuderen van de achtergronden van de cases is dat er in veel gevallen een cultuur van ontkenning en ontwijking heerst.¹² In sommige gevallen zijn er zelfs procedures om sanctieregelgeving te ontwijken aangetroffen. Dat roept uiteraard vragen op over het management commitment ten aanzien van de naleving van sanctieregelgeving. Het lijkt er op dat bij instellingen sanctions compliance een stiefkindje is, terwijl het doel van de regelgeving en de toegenomen opsporingsinspanningen een andere motivatie zouden moeten geven.

¹² Zie ook het artikel elders in het Jaarboek Compliance 2012 waarin een van de settlement cases beschreven wordt.

Het feit dat de regelgeving complex is en een internationaal karakter draagt is ook een issue. Dit betekent dat instellingen een investering moeten plegen om actueel te blijven. Dit heeft ook consequenties voor de training en communicatie hieromtrent. Echter, bewustwording aangaande sanctieregelgeving en de impact daarvan op de instelling en het eigen werk is nogal eens onvoldoende.

Recente sancties tegen Libië en Syrië hebben bij veel instellingen nogal wat teweeg gebracht. Zo is her en der gebleken dat instellingen bijvoorbeeld geen procedures hadden om tegoeden te bevriezen en geen adequate meldprocedure. Ook is er onbekendheid met de Regeling Toezicht Sanctiewet 1977. Hieruit blijkt dat instellingen zullen moeten investeren in sanctions compliance om niet betrokken te raken bij de verkeerde activiteiten en om continu te kunnen voldoen aan de regelgeving en aan de verwachtingen van de toezichthouders. Dit vergt investering in kennis, mensen en (ICT) middelen.

Instellingen worden ook steeds vaker geconfronteerd met de vraag wat te doen met cliënten die strategische goederen ontwikkelen en exporteren. Ook is de vraag actueel wat te doen met cliënten die betrokken zijn bij een onwettige export of die actief zijn in jurisdicties waarvoor een goederenembargo geldt. Vanuit een CDD-perspectief is hier overigens niet alleen sprake van een integriteitsrisico, maar ook van een concentratierisico/kredietrisico op cliëntniveau. Een cliënt die voor het grootste deel zaken doet met Iran kan plotseling geconfronteerd worden met een forse terugval in de omzet. Heeft de instelling hier zicht op?

Naast het risico van directe regelovertreding door instellingen is er het risico van misbruik van instellingen. Dit is niet altijd herkenbaar, maar instellingen zijn wel gehouden om op de hoogte te zijn van actuele patronen.¹³ De FATF noemt bijvoorbeeld het 'transshipment risk'. 'Transshipment centres, commonly known as 'hubs' are cargo-sorting and redistribution destinations through which much international trade is routed. Examples of major international hubs include the Netherlands (Rotterdam), the UK (Felixstowe), Hong Kong, Singapore, and Malaysia (Port Klang). Free trade zones are destinations where goods pass through on route to their final destination. (...) Diversion occurs when the supplier, broker or end-user deliberately tries to conceal the eventual destination of a particular shipment. For instance, when diverted goods pass through a third country, an individual in that country who is aware of the true destination of the goods seeks to establish himself as a false end-user. (...) Diversion points used by proliferators will often be ports where national shipping carriers call and where goods can be passed on to other cargo shippers on route to their final destination.'¹⁴

13 In dat kader is het raadzaam om in de regelgevingsactualiteiten ook informatie over misbruikpatronen op te nemen.

14 FATF, Proliferation Financing Report, 2008, p. 7-8.

Een bekend voorbeeld is een transport naar Iran via Dubai. Handelsdocumenten geven aan dat de bestemming van de goederen een handelsonderneming in Dubai is. In dit soort gevallen is er 'transshipment risk': in dit geval het risico dat de goederen doorgaan naar Iran.¹⁵ Zo zijn er meerdere (risico)indicatoren beschikbaar die binnen Transaction Due Diligence toegepast kunnen worden en waar beheersingsmaatregelen tegenover gesteld kunnen worden.

4. Ontwikkelingen VS

De invloed van US sanctieregels op internationaal opererende bedrijven en instellingen is groot. USD transacties waarin US banken een rol spelen moeten voldoen aan de Amerikaanse OFAC en export control regels. Dit houdt onder meer in dat transacties met een land als Cuba een verhoogd risico hebben. Cuba is niet gesanctioneerd onder Nederlandse sancties, maar er gelden wel 'comprehensive US sanctions' tegen Cuba.

Een andere ontwikkeling is de Comprehensive Iran Sanctions, Accountability, and Divestment Act (CISADA) van 2010. Deze wet en de daaraan gekoppelde OFAC regelingen leggen strikte restricties op aan Amerikaanse banken ten aanzien van correspondent rekeningen die buitenlandse banken bij hen aanhouden. Dit houdt onder meer in dat als een buitenlandse bank (een Nederlandse bank bijvoorbeeld) transacties faciliteert met Iraanse banken dat de Amerikaanse bank de correspondentrelatie met deze bank moet heroverwegen.

Ook worden er sancties opgelegd ten aanzien van non-US verzekeraars die bepaalde goederenbewegingen naar Iran verzekeren.

5. Ten slotte

Sanctieregelgeving krijgt nationaal en internationaal steeds meer aandacht. Het sanctie-instrument is een belangrijk politiek instrument geworden. Overheden schromen niet om dit instrument waar nodig ook in te zetten. De recente sancties tegen Libië en Syrië onderstrepen dit.

Het zwaartepunt van de sanctieregelgeving ligt in de directe opvolging en naleving door instellingen. Dit is geen sinecure nu sanctieregelgeving complex is, op meerdere plekken vastligt, frequent wijzigt en meerdere gebieden beslaat (financiële sancties, goederen-embargo's, volledige sancties).

¹⁵ Een bijzonder voorbeeld van transshipment biedt de zaak aangaande Aviation Services International uit Heerhugowaard. Zie hiervoor <efoia.bis.doc.gov/exportcontrolviolations/e2154.pdf>.

Overheden hechten duidelijk aan naleving van sanctieregelgeving. De activiteiten in het kader van opsporing en vervolging nemen toe, en boetes zijn hoog. Op instellingen wordt een steeds grotere verwachting gelegd in termen van maatregelen die moeten voorkomen dat sanctions targets de beschikking krijgen over geld, goederen en informatie. Ook in de Nederlandse rechtspraak wordt inmiddels aandacht besteed aan Amerikaanse sancties.¹⁶

Sanctions compliance sluit aan bij al bestaande compliancemaatregelen (algemene compliancemaatregelen, CDD), maar heeft ook een aantal specifieke kenmerken. Compliance met sanctieregelgeving vergt daarom gerichte investeringen. Voor een aantal gebieden zoals screening zijn hulpmiddelen al verder ontwikkeld, op andere gebieden zoals TDD zijn de eerste hulpmiddelen in een beginnend stadium. Verder zijn onder meer permanente actualiteit, getrainde medewerkers en goede communicatie van groot belang voor sanctions compliance.

Sanctions compliance ontwikkelt zich tot een specialisme. Het belang van sanctions compliance neemt toe en rechtvaardigt inmiddels de inzet van een 'sanctions officer'.

¹⁶ Rb. Haarlem 25 mei 2011, LJN BQ6298.

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.

Bijlage 8

Aanvullend cliëntenonderzoek in de Wwft

Mr. B.C.G. Jennen en mr. J.E.E. van Doorn¹

1. Inleiding

Op 1 augustus 2008 is de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) in werking getreden.² Hiermee zijn de Wet identificatie bij dienstverlening (hierna: Wid) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (hierna: Wmot) aangepast ten einde te voldoen aan de Richtlijn ter voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme³ (ook wel aangeduid als de ‘Derde Antiwitwasrichtlijn’; hierna: de Richtlijn). Tegelijkertijd zijn de Wid en de Wmot tot één wet samengevoegd.⁴

De kern van de Wwft is de verplichting voor een groot aantal (financiële) ondernemingen om ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme de volgende maatregelen te nemen:

-
- 1 Mr. B.C.G. (Bas) Jennen is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam. Hij is werkzaam bij de praktijkgroep Litigation en maakt onderdeel uit van het Financial Regulatory Team. Mr. J.E.E. (Juliëtte) van Doorn LL.M. is werkzaam bij De Nederlandsche Bank, Divisie Toezicht, Expertise Centrum Integriteit. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.
 - 2 Staatsblad 2008, 303 en 304.
 - 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 gelden en de financiering van terrorisme (PbEU, L 309). Deze Richtlijn implementeert de 40 aanbevelingen en de 9 speciale aanbevelingen van de Financial Action Task Force (hierna: FATF). De FATF is een in 1989 opgericht samenwerkingsverband tussen 32 landen, de Europese Commissie en het samenwerkingsverband van de golfstaten met als doelstelling het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering. Hiertoe heeft de FATF 40 respectievelijk 9 aanbevelingen vastgesteld (zie www.fatf-gafi.org).
 - 4 In feite gaat het om twee wetsvoorstellen: 1) Wijziging van de Wet Wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties en het wetsvoorstel ter uitvoering van richtlijn nr. 2005/60/EG (3^e Witwasrichtlijn) (31237), en 2) Samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (31 238). Beide wetsvoorstellen zijn tezamen parlementair behandeld en hebben uiteindelijk gezamenlijk tot de Wwft geleid.

- het verrichten van het zogenoemde ‘cliëntenonderzoek’;
- het melden van transacties die mogelijk verband houden met witwassen van geld of met de financiering van terrorisme;
- het bewaren van bewijsstukken; en
- het trainen van medewerkers.

Voor de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwft en een algemene beschrijving van de wijzigingen die de wet met zich brengt ten opzichte van huidige weten regelgeving verwijzen wij graag naar andere bijdragen in dit Jaarboek. In dit artikel wordt – na een overzicht van de variaties op het cliëntenonderzoek die de Wwft kent – ingezoomd op het ‘verscherpt’ of ‘aanvullend’ cliëntenonderzoek⁵ van artikel 8 Wwft. Wij zullen antwoord geven op de vraag waarom juist in de gevallen die in artikel 8 genoemd worden een verscherpt onderzoek vereist is en welke maatregelen er genomen moeten worden.

2. Cliëntenonderzoek

Met betrekking tot identificatie- en Customer Due Diligence (CDD)-verplichtingen is er voor de aangewezen instellingen op grond van de Wwft een viertal mogelijkheden denkbaar:

1. De instelling dient het ‘standaard’ cliëntenonderzoek uit te voeren (artikel 3, eerste lid, Wwft).
2. Er is in zijn geheel geen cliëntenonderzoek vereist (artikel 3, derde lid, Wwft).
3. De instelling kan volstaan met vereenvoudigd cliëntenonderzoek (artikel 6 en 7 Wwft).
4. Er is sprake van een hoger risico, dus aanvullend cliëntenonderzoek is vereist (artikel 8 Wwft).

Onderstaand volgt een korte toelichting van die mogelijkheden.

Ad 1) Het standaard cliëntenonderzoek

Op grond van artikel 3, eerste lid, Wwft zijn instellingen verplicht cliëntenonderzoek te verrichten. Het onderzoek moet er – blijkens het tweede lid van genoemd artikel – toe leiden dat:

- a. de identiteit van de cliënt wordt vastgesteld en diens gegevens worden geverifieerd;
- b. in voorkomend geval, de identiteit van een uiteindelijke begunstigde wordt vastgesteld en op risicogebaseerde wijze wordt geverifieerd c.q. indien het rechtspersonen, trusts en soortgelijke juridische constructies betreft – op risicogebaseerde wijze inzicht wordt verworven in diens eigendomsen zeggenschapsstructuur;
- c. informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie wordt vastgesteld;

⁵ Zie Kamerstukken I 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. E, p. 3 (NMvA II): de betekenis van de termen is identiek, ter voorkoming van onduidelijkheid zal de wetgever bij eerstvolgende gelegenheid uitsluitend de term ‘verscherpt’ cliëntenonderzoek gebruiken.

- d. voor zover mogelijk, een voortdurende controle op de zakelijke relatie wordt verricht, met inbegrip van een nauwlettend toezicht op de tijdens de gehele duur van deze relatie verrichte transacties.

De Wwft gaat uit van een risicogebaseerde implementatie van maatregelen in verband met het cliëntenonderzoek door instellingen. Op dit punt zij gewezen op artikel 3, vierde lid, Wwft. Dit betekent kort gezegd dat een instelling de intensiteit en diepgang van de maatregelen afstemt op het risicoprofiel van cliënt, zakelijke relatie, transactie of product.

Ad 2) Geen onderzoek

Het standaard cliëntenonderzoek is uitsluitend verplicht indien sprake is van één van de vijf gevallen zoals beschreven in artikel 3, derde lid, Wwft.

- a. Indien de instelling in of vanuit Nederland een zakelijke relatie aangaat.
- b. Indien de instelling een incidentele transactie verricht van ten minste € 15.000 of twee of meer transacties waartussen een verband bestaat met een gezamenlijke waarde van ten minste € 15.000.
- c. Indien er indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen of financieren van terrorisme.
- d. Indien de instelling twijfelt aan de betrouwbaarheid van eerder verkregen gegevens van de cliënt.
- e. Indien het risico van betrokkenheid van een bestaande cliënt bij witwassen of terrorismefinanciering daartoe aanleiding geeft.

Met andere woorden, er hoeft géén cliëntenonderzoek verricht te worden als van deze situaties geen sprake is.

Ad 3) Vereenvoudigd onderzoek

In geval van bepaalde cliënten respectievelijk enkele zakelijke relaties of transacties kan in beginsel⁶ worden afgezien van cliëntenonderzoek. Het gaat dan bijvoorbeeld om kredietinstellingen en verzekeraars met een zetel in de EU/EER⁷, beursgenoteerde ondernemingen en Nederlandse overheidsinstanties dan wel om bepaalde levensverzekeringsovereenkomsten of pensioenproducten. Onder alle omstandigheden vereist de Wwft wel dat een instelling altijd genoeg gegevens verzamelt om te kunnen vaststellen of een cliënt in aanmerking komt voor een vereenvoudigd cliëntenonderzoek (lid 2 van artikelen 6 en 7).

⁶ Dit is anders indien er indicaties zijn dat nieuwe cliënten betrokken zijn bij witwassen of het financieren van terrorisme c.q. het risico op betrokkenheid daarbij van een bestaande cliënt daartoe aanleiding geeft (artikel 3, derde lid, onderdeel c en e Wwft).

⁷ Alle lidstaten van de Europese Unie en Noorwegen, IJsland en Liechtenstein als staten die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (artikel 1, eerste lid, onderdeel k, Wwft).

Ad 4) Verscherpt of aanvullend onderzoek

De wet onderkent vier gevallen waarin een verscherpt cliëntenonderzoek vereist is. Dergelijk onderzoek is vereist indien sprake is van:

1. Een zakelijke relatie of transactie die naar haar aard een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt.
2. Een cliënt die niet fysiek aanwezig is voor identificatie.
3. Correspondentbankrelaties buiten de EU/EER.
4. Politiek prominente personen (politically exposed persons, hierna: PEP's).

De vraag rijst of het verscherpt onderzoek bovenop het standaard cliëntenonderzoek van artikel 3, eerste lid, Wwft komt. Dit lijkt hoe dan ook logisch omdat een hoger risico nu eenmaal extra maatregelen vergt ten opzichte van een 'normaal risico'. Reden om deze vraag bevestigend te beantwoorden vinden wij ook in de term 'aanvullend' in artikel 8, eerste lid, Wwft en in het feit dat artikel 8, eerste lid, Wwft bepaalt dat het aanvullend onderzoek verricht dient te worden 'onverminderd het bepaalde in artikel 3, tweede, derde en vierde lid'. De tekst van artikel 13 van de Richtlijn is daarnaast op dit punt zeer expliciet door voor te schrijven dat verscherpte maatregelen moeten worden getroffen 'bovenop de in artikel 7 (...) omschreven maatregelen'. Ten slotte is dit in lijn met andere internationale documenten, zoals de aanbevelingen van de FATF.⁸ Als voorbeeld halen wij aan hetgeen bepaald is ten aanzien van verscherpt onderzoek bij correspondentbankrelaties. De desbetreffende FATF Aanbeveling 7 bepaalt: 'Financial institutions should, in relation to cross-border correspondent banking and other similar relationships, in addition to performing normal due diligence measures (...)'.⁹

Kort gezegd betekent het bovenstaande dat de wetgever uitgaat van een beoordeling (risicoclassificatie) door de instelling waarbij in sommige gevallen volstaan kan worden met de vier maatregelen van artikel 3, eerste lid, Wwft, waarbij overigens de intensiteit van deze maatregelen meebeweegt met het veronderstelde risicoprofiel. In gevallen waarin de risico's dermate groot worden geacht zijn – in aanvulling op genoemde maatregelen – andersoortige maatregelen nodig om het hogere risico te compenseren.

⁸ Zie voetnoot 3.

⁹ De relevante kamerstukken ondersteunen de lezing: hierin vindt men referenties in die zin dat het om meer maatregelen moet gaan dan het standaard cliëntenonderzoek: men vraagt om extra maatregelen. Onder meer Kamerstukken II 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 4 (MvT II) en Kamerstukken I 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. C, p. 5 (MvA I).

3. Artikel 8, eerste lid: 'hoger risico'

In het eerste lid van artikel 8 Wwft wordt bepaald dat een instelling aanvullende maatregelen moet treffen in geval van verhoogd risico. Uitgangspunt is dat de instelling op grond van haar eigen risicoanalyse moet beoordelen of een bepaalde zakelijke relatie of transactie naar haar aard een hoger risico op witwassen of terrorismefinanciering meebrengt.¹⁰ De wetgever houdt daarnaast expliciet de mogelijkheid open om bij algemene maatregel van bestuur categorieën zakelijke relaties of transacties aan te wijzen die als zodanig hebben te gelden. In dit verband wijst de wetgever op mogelijke toekomstige richtsnoeren dienaangaande vanuit Europa. Tot op heden zijn die er niet.

3.1 Denkbare situaties van verhoogd risico

De instelling zal dus zelf een inschatting moeten maken van de risico's die een bepaalde cliënt of een bepaald product met zich brengt. Voor banken en verzekeraars is dit sinds de publicatie van het Bazels rapport¹¹ en het rapport van de IAIS¹² een vast onderdeel van het risicomanagement. Geldt bijvoorbeeld de betaalrekening van een particulier met een inkomen uit een arbeidsovereenkomst sinds jaar en dag als een laag risico, zo zijn er ook min of meer 'klassieke' aanwijzingen voor een verhoogd risico. Dit zijn onder meer¹³:

- (bepaalde vormen van) zakelijke dienstverlening, private banking, vermogensbeheer en trustactiviteiten;
- signalen voor extra aandacht in verband met mogelijke risico's, zoals bijvoorbeeld
- MOT-meldingen of berichten in de media; en
- cliënten gevestigd in wat voorheen genoemd werden FATF-'non-cooperative countries and territories' (ook wel: 'NCCT'-landen). Dit waren landen waarvan de FATF oordeelde dat de anti-witwasmaatregelen onvoldoende waren of die door de FATF werden aangemerkt als landen die onvoldoende meewerkten aan witwasbestrijding. Hiervan werden lijsten gepubliceerd. Sinds kort werkt de FATF niet meer met deze vaste NCCT-lijsten, echter zij duidt nog altijd de risico's aan vanwege gebreken in anti-witwas terrorismefinanciering wetgeving van bepaalde landen.¹⁴

10 Onder meer Kamerstukken I 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. C, p. 5 (MvA I) en Kamerstukken I 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. E, p. 3 (NMvA I).

11 Het rapport Customer Due Diligence for Banks van het Basel Committee on Banking Supervision (Bank for International Settlements), Oktober 2001 (www.bis.org). Het Bazels comité is een in 1974 opgericht internationaal samenwerkingsverband van banktoezichthouders.

12 *Guidance Paper on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism van de International Association of Insurance Supervisors (IAIS)*, Oktober 2004. De IAIS is een in 1994 opgericht internationaal samenwerkingsverband van verzekeringstoezichthouders (www.iais.org).

13 Zie het Bazels rapport (zie voetnoot 380) en de toelichting hierop van DNB en NVB 'Customer Due Diligence for Banks', versie april 2006.

14 Op dit punt zij gewezen naar het persbericht van de FATF van februari 2008 waarin zij wijst op de gebrekkige wetgeving van Oezbekistan, Iran, Pakistan, San Tomé en Príncipe, Turkmenistan en het noordelijk gedeelte van Cyprus.

Ten aanzien van categorie ‘signalen voor extra aandacht in verband met mogelijke risico’s’ op witwassen en terrorismefinanciering is in het bijzonder te wijzen op de FATF typology-reports, de rapporten van de Egmont Group¹⁵ en de rapporten van de IAIS. Dit zijn rapporten waarin voorkomende methoden en trends van witwassen en terrorismefinanciering geanalyseerd worden. Wij zijn van oordeel dat van de instellingen verwacht mag worden dat zij bij de analyse en classificatie van risico’s rekening houden met publicaties van dergelijke toonaangevende (internationale) organisaties. Recent gepubliceerde FATF rapporten betreffen onder meer risico’s van witwassen en terrorismefinanciering van internationale handelsmethodieken¹⁶ en vastgoed.¹⁷

Ten slotte wijzen wij op de typologieën zoals genoemd in de Aanwijzing witwassen van het openbaar ministerie.¹⁸ De wetgever heeft overigens bij de beschrijving van de ‘Risicogeoriënteerde benadering’ aangegeven dat buitenlandse rechtspersonen en cliënten van trustkantoren een ‘verhoogd risico’ met zich brengen.¹⁹ Wij gaan er van uit dat de wetgever ten aanzien van deze categorieën niet per definitie aanvullende maatregelen in de zin van artikel 8, eerste lid, Wwft vereist, maar eerder dat het verhoogde risico van invloed kan zijn op de intensiteit van het standaardonderzoek.²⁰

3.2 Aanvullende maatregelen

Er is bij de totstandkoming van de Wwft enige discussie gevoerd omtrent de vraag welke maatregelen een instelling moet nemen indien en zodra sprake is van een hoog risico profiel. De tekst is hier namelijk niet duidelijk over. De bedoeling van de wetgever is dit geheel over te laten aan de instelling zelf. Aansluiting kan zo nodig gezocht worden bij de maatregelen zoals genoemd in de leden 2, 3 en 4 van artikel 8 Wwft. De wetgever zal de tekst van de wet bij eerstkomende gelegenheid op dit punt verduidelijken.²¹

15 De Egmont Group is een internationaal samenwerkingsverband van Financial Intelligence Units (FIU) en richt zich op het verbeteren van de internationale gegevensuitwisseling tussen FIU's. Ten einde dit doel te bereiken, wisselen de leden van de Egmont Group kennis en ervaring uit over witwasbestrijding en de bestrijding van terrorismefinanciering (www.egmontgroup.org). Het Nederlandse meldpunt voor ongebruikelijke transacties, FIU-Nederland, is ook lid van de Egmont Group.

16 FATF 'Best practices paper on Trade Based Money Laundering, 20 juni 2008', www.fatf-gafi.org/dataoecd/9/28/40936081.pdf.

17 FATF 'Money laundering and terrorist financing through the real estate sector, 29 juni 2007', www.fatf-gafi.org/dataoecd/4/5/31/40705101.pdf.

18 De Aanwijzing witwassen (Stc. 4 maart 2008, nr. 45 p. 15 e.v.) regelt de aanpak van witwassen van het Openbaar ministerie en bevat een lijst van (bij publicatie van de aanwijzing) bekende typologieën.

19 Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 3 (MvT II).

20 Dit leiden wij onder meer af uit de plaats van deze verwijzing in de Memorie van Toelichting, namelijk in het algemene deel onder 'Risicogeoriënteerde benadering', en het feit dat deze categorieën ontbreken in artikel 8 Wwft en ook niet op grond van artikel 8 Wwft bij AMvB zijn aangewezen.

21 Kamerstukken I, 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. C, p. 5 (MvA I) en Kamerstukken I 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. E, p. 3-4 (NMvA I).

Enkele van de in de leden 2, 3 en 4 genoemde maatregelen zullen inderdaad bepaald wenselijk zijn in geval van alle hoog risico cliënten, zoals onderzoek naar de bron van het vermogen en de reputatie van de cliënt. Daarnaast zouden als maatregelen kunnen worden genomen onderzoek naar de bedrijfseconomische realiteit en transparantie van de organisatiestructuur en een onderzoek naar de risico's uit hoofde van het land van herkomst.

Wij menen dat ook dit aanvullende cliëntenonderzoek op een risicogeorïenteerde wijze zou moeten worden aangepakt, wederom op basis van de risico's die samenhangen met (de combinatie van) de cliënt, de zakelijke relatie, de transactie of het product. De aanvullende maatregelen zullen het hogere risico op een adequate wijze moeten compenseren. Dit geldt in ieder geval voor het aangaan van een relatie met een PEP. Indien bijvoorbeeld een PEP een risicovol product afneemt, zal de instelling de PEP aan een (nog) strengere controle moeten onderwerpen.²² Dit zal naar onze mening evenzeer opgaan indien bijvoorbeeld op afstand een risicovol product wordt afgenomen of een correspondent-bankrelatie wordt aangegaan met een bank in een land met een hoger risico.

4. Artikel 8, tweede lid: Identificatie van een cliënt die niet fysiek aanwezig is

Artikel 8, tweede lid, Wwft bevat een regeling over de omgang met cliënten die niet fysiek aanwezig zijn voor identificatie. In dergelijke gevallen vinden identificatie en verificatie in het kader van cliëntenonderzoek plaats op afstand. Het zal niemand verbazen dat dan sprake is van een verhoogd risico en dat het nodig is aanvullende maatregelen te treffen om dit risico te compenseren. Deze verplichtingen zijn gebaseerd op artikel 13, tweede lid, van de Richtlijn en Aanbeveling 8 van de FATF. De tekst van de Richtlijn is praktisch één op één overgenomen in de Wwft.

Dit is een duidelijk voorbeeld van een meer 'principle-based' benadering. Voorgeschreven is tot welk resultaat het onderzoek moet leiden. Namelijk tot het deugdelijk verifiëren van de identiteit van de cliënt. Niet is voorgeschreven hoe het onderzoek moet worden uitgevoerd. In navolging van de Richtlijn heeft de wetgever ervoor gekozen de instellingen enige houvast te geven door – niet limitatief – een aantal van de mogelijke maatregelen te noemen.²³ Dit regime is een versoepeling ten opzichte van het regime van de Wid dat precies voorschreef wat een instelling diende te doen.

²² Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 21 (MvT II) en Kamerstukken II, 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 22 (MvT II).

²³ Kamerstukken II 2007/08, 31 238, nr. 6, p. 10 (NvW II). Dit vloeit ook nadrukkelijk voort uit de tekst van artikel 13, tweede lid, van de Richtlijn, waarin wordt gesproken van 'bijvoorbeeld'.

4.1 Verscherpt cliëntenonderzoek

Artikel 8, tweede lid, Wwft schrijft dus voor dat maatregelen moeten worden getroffen om het hogere risico te compenseren. Aan welke maatregelen kan dan worden gedacht? De wetgever heeft de volgende drie soorten maatregelen genoemd die in ieder geval voldoen:

- het verifiëren van de identiteit van de cliënt aan de hand van aanvullende documenten, gegevens of informatie; overgelegde
- het beoordelen van de documenten op echtheid; of
- het waarborgen dat de eerste betaling die met de zakelijke relatie of transactie verband houdt, wordt gedaan ten gunste of ten laste van een rekening van de cliënt bij – kort gezegd – een vergunninghoudende bank in de EU/EER of in een door de Minister van Financiën aangewezen staat²⁴, de zogenoemde ‘afgeleide identificatie’.

Daarnaast is er nog een aantal andere maatregelen te bedenken en is niet uit te sluiten dat zich in de toekomst nog nieuwe mogelijke (technische) maatregelen zullen aandienen.²⁵

Aanvullende documenten, gegevens of informatie

Dit houdt in dat ten aanzien van de cliënt die niet fysiek aanwezig is nadere documenten, gegevens of informatie vereist zijn, in aanvulling op de documenten, gegevens of informatie die vereist zijn voor de verificatie van de identiteit van cliënten die wel fysiek aanwezig zijn. Op grond van artikel 11, eerste lid, Wwft vindt de verificatie van de identiteit van een cliënt, zijnde een natuurlijk persoon, plaats aan de hand van documenten, gegevens of informatie uit betrouwbare en onafhankelijke bron. Dit zijn in ieder geval de bekende – ook onder de Wid geaccepteerde – identiteitsdocumenten. Bijvoorbeeld het paspoort, de Nederlandse identiteitskaart, de identiteitskaart afgegeven door een EU Lidstaat en het Nederlandse rijbewijs.²⁶

De aanvullende documenten, gegevens of informatie moeten in ieder geval uiteindelijk tot het beoogde resultaat leiden. In dit geval dat de identiteit kan worden geverifieerd. Het spreekt voor zich dat een document uitgegeven door een overheidsinstantie of rechterlijke

24 Op dit moment zijn er geen staten door de minister aangewezen.

25 Zie in dit kader bijvoorbeeld Commission of the European Communities, *Commission Staff Working Document, The application of Directive 91/308/EEC on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering in relation to the identification of clients in non-face to face transactions and possible implications for electronic commerce* (SEC(2006) 1792), Brussels, 19.12.2006, p. 9.

26 Artikel 4, eerste lid, Uitvoeringsregeling Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: de Uitvoeringsregeling), Staatscourant 25 juli 2008, nr. 142, p. 8. De opsomming van documenten in dit artikel is niet-limitatief, zodat verificatie ook kan plaatsvinden aan de hand van andere documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron. ‘Als voorbeeld kan worden genoemd de verificatie van de identiteit van een natuurlijk persoon uit de Verenigde Staten van Amerika die niet in het bezit is van een paspoort. Rekeningen op naam van de betreffende persoon (mogelijk) in combinatie met andere gegevens over de natuurlijke persoon, kunnen in bepaalde gevallen worden geaccepteerd. Dit laatste wordt overgelaten aan de risicobeoordeling van de instelling die de betreffende persoon als cliënt wil accepteren.’ (Toelichting bij artikel 4, eerste lid, Uitvoeringsregeling).

instantie als betrouwbaar is aan te merken. Afhankelijk van de risicobeoordeling door de instelling zouden ook andere (aanvullende) documenten kunnen worden geaccepteerd. Wij denken daarbij aan bijvoorbeeld de volgende documenten, gegevens of informatie:

- Bankafschrift.
- Een verklaring van een (onafhankelijke) derde, zoals een notaris, een accountant, of een andere in binnenof buitenland onder (vergelijkbaar) toezicht staande instelling.²⁷
- Gasen elektriciteitrekening.
- Salarisstrook.
- Arbeidsovereenkomst.
- Openbare bronnen.

Voor zover het een document betreft kan om een origineel of een kopie worden verzocht. Een origineel geeft uiteraard meer zekerheid dat de informatie juist is, maar het opvragen van originele documenten is voor zowel de instelling als de cliënt een zwaardere belasting. De instelling zal een origineel document zo spoedig mogelijk moeten retourneren.

Indien het documenten betreft die niet afkomstig zijn van overheidsinstanties of rechterlijke instanties, dan zal de instelling zich moeten afvragen of de documenten voldoende betrouwbaar zijn. Dergelijke documenten zullen op zichzelf veelal onvoldoende zijn om de identiteit op een adequate wijze te verifiëren, maar wel kunnen dienen als aanvullende informatie. Het spreekt voor zich dat documenten die afkomstig zijn van instanties uit de publieke of een gereguleerde sector – in beginsel – als relatief betrouwbaar kunnen worden aangemerkt. Documenten uit een andere bron of documenten die eenvoudig te verkrijgen zijn zonder dat vaststaat dat daaraan een adequate identificatie en verificatie vooraf is gegaan, zoals studentenkaarten, werknemerspassen, (sommige) buitenlandse rijbewijzen (zonder pasfoto), kunnen ons inziens niet volstaan om de identiteit te verifiëren.²⁸

Beoordelen echtheid document

De instelling zal de overgelegde documenten moeten beoordelen op echtheid. Dit betekent natuurlijk niet dat als een instelling ervoor kiest het hogere risico te compenseren door het opvragen van aanvullende documenten, gegevens en informatie (zoals hiervoor beschreven), de echtheid van deze informatie er niet toe doet. Uiteindelijk gaat het erom dat de identiteit van de cliënt wordt vastgesteld en geverifieerd.

²⁷ De Richtlijn noemt in artikel 13, tweede lid, onder b, nog de mogelijkheid een tot bevestiging strekkende certificatie van een onder de Richtlijn vallende kredietinstelling of financiële instelling te vereisen.

²⁸ Ook de Guidance Paper van de IAIS (zie voetnoot 381). Wij wijzen ook op The Joint Money Laundering Steering Group, Prevention of money laundering/combating of terrorist financing, Guidance for the financial sector, Part I, December 2007, in het bijzonder op: 5.3.72-5.3.78 (Documentary verification) en 5.3.82 (Mitigation of impersonation risk).

Wij denken aan de volgende manieren om de echtheid te controleren:

- het checken van inen externe systemen, zoals Verificatie Informatie Systeem (VIS);
- het gebruik maken van externe partijen die de echtheidskenmerken van identiteitsdocumenten kunnen checken;
- het verifiëren aan de hand van het originele identiteitsdocument (te retourneren door de instelling);
- een verklaring of aantekening op het document van een onafhankelijke derde (zie hiervoor) dat het document echt is.

Afgeleide identificatie

Bij afgeleide identificatie vindt de identificatie van de klant plaats door gebruik te maken van eerdere door een andere instelling, een bank, verrichte identificatie. Bij deze vorm van identificatie is van belang dat er voldoende zekerheid bestaat dat de cliënt zich elders heeft geïdentificeerd en dat hij dus op die manier via een papieren spoor achterhaald kan worden. Daarom mag alleen gebruik worden gemaakt van de identificatie van banken in de andere EU/EER lidstaat of in een door de minister van Financiën aangewezen staat. Deze vorm van identificatie houdt in dat de instelling waarborgt dat de eerste betaling die met de zakelijke relatie of transactie verband houdt, wordt gedaan ten gunste of ten laste van een rekening van de cliënt bij die bank. Deze bank zal op grond van de Wwft of vergelijkbare buitenlandse wetgeving de identiteit van de cliënt voor het openen van deze rekening hebben vastgesteld en geverifieerd. De instelling kan er dus vanuit gaan dat de gegevens van de cliënt juist zijn.

Deze wijze van identificatie is oorspronkelijk geïntroduceerd om tegemoet te komen aan de technologische ontwikkelingen die het verlenen van financiële diensten op afstand steeds meer mogelijk maakten. Als oorspronkelijke uitgangspunt gold hierbij dat de procedures voor identificatie van cliënten op afstand zowel voldoen aan eisen van flexibiliteit, met name met betrekking tot het vermogen zich aan te passen aan technische ontwikkelingen, als aan eisen van veiligheid, ter waarborging van een adequate identificatie.²⁹ Op grond van artikel 4 Wwft was afgeleide identificatie de enige manier om de identiteit van een cliënt die niet in persoon verschijnt vast te stellen en te verifiëren.

De vraag komt op of voor de verificatie van de identiteit van de cliënt in beginsel kan worden volstaan met afgeleide identificatie of dat daarnaast documenten, gegevens of inlichtingen als bedoeld in artikel 11 Wwft nodig zijn. Zoals eerder opgemerkt gaan wij ervan uit dat het verscherpt onderzoek bovenop het standaard cliëntenonderzoek van artikel 3, eerste lid, Wwft komt. Dit zou voor een aantal categorieën instellingen/producten echter een verzwarende betekenen ten opzichte van de Wwft. Artikel 4 Wwft bepaalde

²⁹ Kamerstukken I 1999/00, 27 001, nr. 3, p. 3 (Wijziging van de Wet identificatie bij financiële dienstverlening 1993, Memorie van Toelichting). Hierin wordt verwezen naar een aantal beginselen dat door de Europese Commissie is vastgesteld voor de interpretatie van de eerste witwasrichtlijn (91/308/EEG) op dit punt, de zogenoemde 'Beginselen voor de identificatie van cliënten'.

weliswaar dat de instelling, naast het waarborgen dat de eerste betaling wordt gedaan ten gunste of ten laste van een rekening bij een EU/EER bank, een afschrift of het nummer van een identiteitsdocument moest verkrijgen, maar deze verplichting was niet absoluut. Zo bevatte onder meer artikel 4, derde lid, Wwft een aantal categorieën waarvoor geen nummer of afschrift van een identiteitsdocument was vereist en kon worden volstaan met een check van de eerste betaling. Uit de parlementaire behandeling van de Wwft valt op te maken dat een verzwaring niet is beoogd.³⁰ Wij stellen voor – in lijn met de risiken principle-based gedachte – het opvragen van documenten afhankelijk te maken van de risicobeoordeling van de instelling. Het opvragen van aanvullende documenten is nodig indien het risico daartoe aanleiding geeft, bijvoorbeeld indien op afstand een risicovol product wordt afgenomen of indien sprake is van een risicovolle cliënt.

Overige maatregelen

De genoemde bovenstaande maatregelen volgen uit de wet. Dit is een niet-limitatieve opsomming.³¹ Het staat instellingen dan ook vrij andere maatregelen te treffen om de identiteit van een niet fysiek aanwezige cliënt vast te stellen en te verifiëren. Uiteindelijk zal de instelling de toezichthouder ervan moeten overtuigen dat de door haar getroffen maatregelen voldoende adequaat zijn.

Een maatregel die nog wordt genoemd, maar die niet zonder meer onder een van de vorige maatregelen valt, is het tot stand brengen van onafhankelijk contact met de cliënt.³² Bijvoorbeeld door telefonisch contact op te nemen met de cliënt (uiteeraard via zijn vaste telefoonnummer).

30 Tijdens de parlementaire behandeling heeft de minister van Financiën met betrekking tot afgeleide identificatie aangegeven: 'Er is geen sprake van een trendbreuk met de huidige situatie. Het is niet de bedoeling dat er sprake is van extra maatregelen' en 'De reden waarom wij dit niet op detailniveau in de wet hebben willen vastleggen, is dat dit wetsvoorstel nu net als kern heeft dat hij eerder principle based dan rule-based is. Er wordt gewerkt met risico-oriëntatie. Daarom wordt een zekere globaliteit aan uitgangspunten gehanteerd, waarbinnen de bevoegde partijen vervolgens zelf hun keuzen maken, in plaats van dat heel specifiek van geval tot geval wordt voorgeschreven wat van toepassing is.' (Handelingen II 2007/08, nr. 86, p. 6081).

31 Zie voetnoot 24.

32 Ook Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations, 27 February 2004 (Updated as of February 2008), www.fatf-gafi.org.

5. Artikel 8, derde lid: Correspondentbankrelaties

5.1 Correspondentbankrelaties, algemeen

Ook de keuze voor correspondentbankrelaties als hoog-risico categorie vormt geen verrassing. Met inwerkingtreding van de Wwft is deze verplichting expliciet in de Nederlandse wetgeving verankerd.³³

De tekst van de Wwft steunt (uiteeraard) op de Richtlijn en meer in het bijzonder op artikel 13, derde lid. Dat artikel is praktisch gelijklopend aan Aanbeveling 7 van de FATF. Het bepaalde in artikel 8, derde lid, Wwft strekt er toe dat een bank die een correspondentbankrelatie aangaat of is aangegaan met een bank in een staat die geen lidstaat is er, naast de standaardverplichtingen van artikel 3 Wwft (zie Hoofdstuk 2), voor zorgt dat:

- a. zij voldoende informatie over de betrokken bank verzamelt om een volledig beeld te krijgen van de aard van haar bedrijfsactiviteiten, en op basis van openbaar beschikbare informatie de reputatie van de bank en de kwaliteit van het toezicht dat op de bank wordt uitgeoefend beoordeelt;
- b. zij de procedures en maatregelen ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme van de betrokken bank beoordeelt;
- c. indien het een nieuwe correspondentbankrelatie betreft, de beslissing tot het aangaan van die relatie wordt genomen of goedgekeurd door personen die daartoe door de bank gemachtigd zijn;
- d. de verantwoordelijkheden van beide banken schriftelijk worden vastgelegd;
- e. de betrokken bank de cliënt heeft geïdentificeerd en zijn identiteit heeft geverifieerd en daarnaast doorlopend toezicht houdt op de cliënten die rechtstreeks toegang hebben tot transitrekeningen en dat deze in staat is om op haar verzoek de relevante cliëntgegevens te verstrekken.

³³ Voor banken en verzekeraars gold al een dergelijke verplichting. De regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars (onder de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht verzekeringsonderneming 1993 en de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsonderneming) bepaalde dat kredietinstellingen en verzekeraars het Bazels rapport respectievelijk de Guidance Paper van de IAIS en de 40 aanbevelingen van de FATF als uitgangspunt hanteren voor hun CDD-beleid. Deze internationale documenten identificeren correspondentbankrelaties als verhoogd risico. Uit de transponeringstabel Besluit prudentiële regels Wft volgt dat onder meer deze bepaling terug komt in artikel 14 van het Besluit prudentiële regels Wft (CDD-verplichtingen). Ook de toelichting bij dit artikel bepaalt dat de bepalingen aansluiten bij de normen van de Basel Committee en de IAIS.

5.2 Wat is een correspondentbankrelatie?

In artikel 1, eerste lid, onderdeel l, Wwft wordt correspondentbankrelatie gedefinieerd als een vaste relatie tussen banken in verschillende landen voor de afwikkeling van transacties of de uitvoering van opdrachten. Een transactie is overeenkomstig de definitie in de wet (artikel 1, eerste lid, onderdeel m) een handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen of het verlenen van diensten. Het begrip 'diensten' wordt niet nader gedefinieerd in de wet.

Bij correspondentbankrelaties treedt de bank feitelijk op als agent (correspondent) voor een andere bank (respondent) door het verzorgen van betalingen of het verrichten van andere diensten voor een cliënt van deze respondent. Die cliënten kunnen natuurlijke personen of rechtspersonen zijn waaronder financiële ondernemingen. Begunstigden van de transacties of opdrachten kunnen klanten van de correspondent, de respondent of in veel gevallen klanten van andere banken zijn.

De rekeningen die banken (wederzijds) bij elkaar aanhouden kunnen worden onderscheiden in nostrorekeningen (die Nederlandse banken bij banken in het buitenland aanhouden, meestal luidend in de valuta van dat land) en lororekeningen (die buitenlandse banken bij banken in Nederland aanhouden, meestal luidend in euro's). De transacties op de nostroen lororekeningen vinden hun oorsprong in verschillende bancaire producten en diensten, met name betalingsverkeer, handelsfinanciering, garanties, treasury en investment banking-producten. Met de komst van de euro is het aanhouden van nostrorekeningen bij correspondenten in andere eurolanden niet langer noodzakelijk. Banken van buiten het eurogebied zullen echter nog steeds behoefte hebben aan correspondentbankrelaties voor hun Europese betalingsverkeer en omgekeerd.

Binnen dit hiervoor beschreven correspondentennetwerk worden gelden naar elkaar verzonden en wordt tevens met elkaar gecommuniceerd. De communicatie wordt veelal via het SWIFT-netwerk³⁴ tot stand gebracht. Via dat netwerk worden de berichten over en weer verzonden met de gegevens over de transacties.³⁵

³⁴ Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.

³⁵ Die gegevens kunnen door de (Europese) financiële ondernemingen worden getoetst aan de (openbare) electronic Consolidated Targeted Financial Sanctions List database, die door de Europese Commissie is ingezet om banken in staat te stellen om effectiever bankrekeningen, andere fondsen en middelen te bevriezen wanneer deze ten dienste zijn gesteld aan terrorismefinanciering.

5.3 Hoog risico

De reden waarom aan deze categorie verhoogde aandacht geschonken dient te worden wortelt in het feit dat het (ook) hier in feite gaat om een dienstverlening op afstand. Immers, meestal heeft de correspondentbank zelf geen relatie met de bij de transacties betrokken partijen en heeft zodoende minder of zelfs geen mogelijkheid om de herkomst en de aard van de geldstromen te doorgronden. Daar komt bij dat in het internationale betalingsverkeer een bank dagelijks zeer veel transacties binnen zeer korte tijdsspanne dient te verwerken. Om te voorkomen dat een bank het gevaar loopt misbruikt te worden voor het witwassen van gelden of financieren van terrorisme via dergelijke transacties, is het van belang dat zij ‘verscherpt’ onderzoek verricht naar het reilen en zeilen van haar respondenten.³⁶

In termen van risico is voorts in het bijzonder te wijzen op sommige bancaire producten die via de correspondentrelaties verlopen, zoals ‘payable through accounts’, of in de gekozen term van de wetgever ‘transitrekeningen’. Via een dergelijke rekening kunnen de klanten van een respondent direct de correspondentrekening bij een buitenlandse bank debiteren en crediteren. In een dergelijk geval is – anders dan bij de hiervoor beschreven situaties – de informatiepositie van de betrokken banken nog slechter: de respondent kent de identiteit van de klant en tevens diens achtergrond, maar heeft geen zicht op de transacties die deze aangaat. De correspondent ziet juist alleen de opdracht tot de transactie, doch kan deze niet beoordelen wegens ontbrekende informatie over de opdrachtgever en vaak ook over de begunstigde.

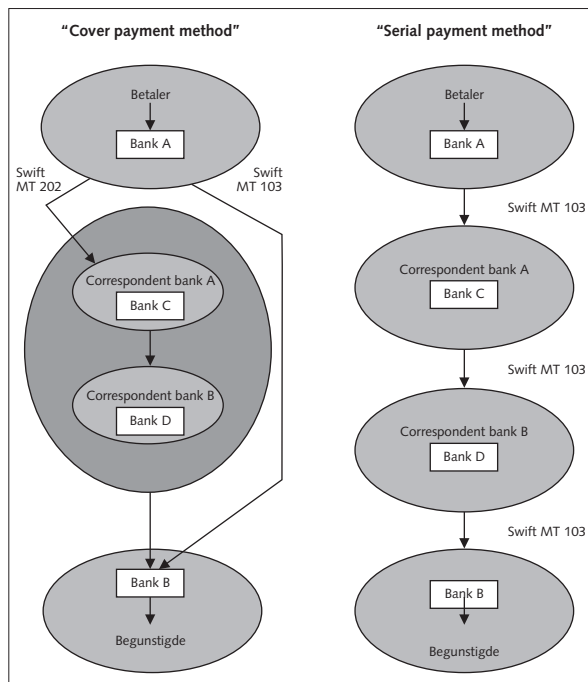
Een specifiek issue dat overigens in de context van correspondentbanking niet onbesproken mag blijven is dat de correspondentbanken (vaak) niet alleen geen zicht hebben op de achtergrond van de betrokken partijen, maar ook de naam van de betaler en de begunstigde niet altijd kennen. Een van de gebruikte betalingsmethoden is namelijk de zogenaamde ‘cover payment’. Er wordt bij een cover payment niet één bericht via SWidT uitgestuurd dat in de keten van correspondenten telkens wordt doorgestuurd (het zogenaamde MT 103-bericht in een ‘serial payment’, zie figuur), maar er worden twee verschillende berichten uitgestuurd: de MT 103 naar de bank van de uiteindelijk begunstigde en de MT 202 naar de tussenliggende correspondentbanken. In tegenstelling tot de MT 103, bevat de MT 202 de gegevens van de betrokkenen niet. De MT 202 bevat alleen de voor ‘clearing’ benodigde gegevens, dus het bedrag, een referentienummer en de naam van de correspondentbank van de begunstigde. De reden waarom met dergelijke dubbele berichten wordt gewerkt is (onder meer) samengevat dat het verwerken van het SWidT-bericht met alle informatie relatief duur is en vertragend werkt.

Echter, deze methode zou tot voor de correspondentbanken onwenselijke resultaten kunnen leiden, omdat zij niet beschikken over de cliëntgegevens. Niet alleen zouden zij

³⁶ Kamerstukken II 2007-2008, 31 238, 4, p. 21 (MvT II).

gebruikt kunnen worden voor witwassen en het financieren van terrorisme, ook zouden bepaalde (inter)nationale sanctieregimes hierdoor geschonden kunnen worden met alle gevolgen van dien.

De FATF heeft aan dit specifieke aspect aandacht besteed in de Speciale Aanbeveling VII inzake de ‘wire transfers’.³⁷



Deze heeft geleid tot de implementatie van Verordening (EG) nr. 2006/1781/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie over de betaler. Kort gezegd vloeit hieruit de rechtstreekse verplichting voor onder meer banken en geldtransactiekantoren³⁸ voort om er voor zorg te dragen dat de gegevens beschikbaar zijn van diegene die in eerste instantie de betalingsopdracht heeft gegeven.

37 Zie ook het Consultative Document Due diligence and transparency regarding cover payment messages related to cross-border wire transfers van juli 2008 van het Bazels Comité.

38 Cf. het beschreven toepassingsgebied in artikel 3 van de Verordening is deze van toepassing op geldovermakingen die worden verzonden of ontvangen door een betalingsaanbieder die in de Gemeenschap is gevestigd. Een betalingsaanbieder is een natuurlijk of rechtspersoon wiens bedrijfsactiviteit onder meer bestaat in het aanbieden van geldovermakingsdiensten. Een ‘geldovermaking’ is een transactie die door een betalingsdienstaanbieder langs elektronische weg wordt uitgevoerd voor rekening van een betaler met de bedoeling bij een betalingsdienstaanbieder gelden beschikbaar te stellen voor een begunstigde, ongeacht of de betaler en de begunstigde een en dezelfde persoon zijn.

Als die gegevens er niet zijn bij ontvangst van de betalingsopdracht heeft de instelling verschillende opties. Zo moet hij of de overmaking weigeren of deze aanhouden en vervolgens om verdere informatie vragen. De Wwft bevat enkele bepalingen die ter uitwerking dienen van de hiervoor genoemde verordening.³⁹

Ten slotte is bij één categorie correspondentrelaties het risico dusdanig hoog dat hier überhaupt geen relatie mee mag worden aangegaan. Dit verbod is niet te vinden in artikel 8 van de Wwft maar in artikel 5. Het betreft hier het verbod voor een bank om een correspondentbankrelatie aan te gaan of voort te zetten met shellbanks of met een bank die shellbanks toestaat van haar rekeningen gebruik te maken. Volgens artikel 1, eerste lid, onderdeel j, Wwft is een shellbank een bank 'die zich met vergelijkbare activiteiten bezig houdt, opgericht in een staat waar zij geen fysieke aanwezigheid heeft en die geen onderdeel uitmaakt van een onder toezicht staand financieel conglomeraat in de zin van de Wet op het financieel toezicht of een daarmee vergelijkbare groep'. Dit impliceert een onderzoeksplicht om uit te sluiten dat sprake is van een shellbank.

5.4 Buiten de EU of EER

Komt een correspondentrelatie van buiten de EU/EER dan is er op voet van de Wwft een hoger risico. De wet laat geen ruimte voor risicoafweging en maatwerk ten aanzien van die gedefinieerde groep landen. De wetgever gaat er daarmee vanuit dat banken uit ieder willekeurig land binnen de EU/EER een hogere standaard hanteren op het terrein van antiwitwas- en terrorismefinancieringswetgeving c.q. in dat opzicht een minder groot risico vormen dan banken uit de landen daarbuiten. Die vooronderstelling vloeit voort uit de Richtlijn, die ook verhoogde aandacht vraagt voor grensoverschrijdende correspondentrelaties met respondente instellingen uit 'derdelanden.' Internationale documenten formuleren evenwel een grotere beoordelingsvrijheid op dit punt. Te wijzen is bijvoorbeeld op de Wolfsberg AML principles for Correspondent Banking.⁴⁰ Ten aanzien van de selectie van de hoger risico-correspondentrelaties beveelt de Wolfsberg Group aan een beoordeling van ieder afzonderlijke relatie op eigen merites te maken.⁴¹ In die beoordeling dienen (hoofdzakelijk) twee risicofactoren – afzonderlijk en tezamen – te worden betrokken. In de eerste plaats het landenrisico. Het land waar een bank is gevestigd kan een indicatie zijn voor een hoger risico. Dit kan te maken hebben met maatregelen die een land kunnen zijn opgelegd (bijvoorbeeld door de VN), het niveau van criminaliteit,

39 Allereerst wijst artikel 24, derde lid, Wwft DNB als toezichthouder op de naleving van de Verordening aan. Daarnaast kunnen op grond van artikel 26 en 27 Wwft respectievelijk een last onder dwangsom en een bestuurlijke boete worden opgelegd bij overtreding van de Verordening.

40 The Wolfsberg Anti-Money Laundering Principles for Correspondent Banking, November 2002. De Wolfsberg Group is een in 2000 opgericht samenwerkingsverband tussen elf internationale banken gericht op het ontwikkelen van standaarden en guidance voor de financiële sector op het gebied van het tegengaan van witwassen en financieren van terrorisme (www.wolfsberg-principles.com).

41 Zie ook Wolfsberg Frequently Asked Questions on Correspondent Banking, nr. 3.

corruptie en terrorismefinanciering in een land en vaak ook het instabiele politieke klimaat en ten slotte een gebrek aan adequate wetten regelgeving in de strijd tegen het witwassen en terrorismefinanciering. In de tweede plaats dient men te kijken naar de organisatie en de activiteiten van de correspondentbank zelf. Relevant is onder meer om na te gaan of de respondent een zogenaamde 'Offshore Correspondent'⁴² is, de organisatie van de respondent wezenlijk gecontroleerd wordt door een PEP of veel verloop binnen het management kent, zelf correspondentdiensten aan haar cliënten aanbiedt die in zijn algemeenheid als een hoog-risico producten kunnen worden gekwalificeerd (bijvoorbeeld payable-through accounts) of hoog-risico transacties via de correspondent wil laten afwikkelen. In dat laatste geval kan gedacht worden aan (met name in de VS gebruikelijke) bankcheques.

Overigens geldt voor een aantal correspondentrelaties buiten de EU/EER het vereenvoudigd regime van artikel 6.⁴³ Dit betekent dat het standaardonderzoek van artikel 3 in beginsel achterwege kan worden gelaten.

5.5 Verscherpt cliëntenonderzoek

Artikel 8, derde lid, Wwft schrijft een aantal aanvullende maatregelen voor om het hogere risico te compenseren. Voorgeschreven is tot welk resultaat het onderzoek moet leiden: inzicht in, vastlegging van de relatie met en meer interne controls met betrekking tot de acceptatie van de respondent. Niet is volledig voorgeschreven hoe het onderzoek moet worden uitgevoerd.

Onderstaand volgt een beschrijving van de voorgeschreven extra maatregelen:

Informatie

De bank dient in de eerste plaats bepaalde informatie te verwerven over de respondent. Dit betreft:

- voldoende informatie om een volledig beeld te verkrijgen van de aard van de bedrijfsactiviteiten;
- informatie (uit openbare bronnen) omtrent de reputatie van de respondent;
- informatie (uit de openbare bronnen) over de kwaliteit van het toezicht dat op hem wordt uitgeoefend;

⁴² Hiermee wordt bedoeld een financiële onderneming die conform haar vergunning geen transacties mag verrichten met burgers uit het land waar de vergunning is verleend of in de valuta van dat desbetreffende land (zie de uitleg in Wolfsberg FAQ on Correspondent Banking, noot 5).

⁴³ Zie artikel 6, eerste lid, onderdeel b, Wwft, jo. artikel 3 Uitvoeringsregeling: aangewezen zijn Argentinië, Aruba, Australië, Brazilië, Canada, Frans Polynesië, Guernsey, Hongkong, Japan, Jersey, het eiland Man, Mayotte, Mexico, De Nederlandse Antillen, Nieuw Zeeland, de Russische Federatie, Singapore, Sint Pierre en Miquelon, de Verenigde Staten van Amerika, de Wallis-archipel, en Futuna-eiland, Zuid-Afrika en Zwitserland.

- informatie omtrent de maatregelen en procedures die de respondent hanteert in de strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering.⁴⁴

Ten aanzien van openbare bronnen is naast het gebruik van het Internet op de volgende in internationale context geaccepteerde documenten te wijzen:

- a. De Wolfsberg Group heeft een internationale database voor financiële ondernemingen opgezet, the Bankers Almanac Due Diligence Module.⁴⁵ Bij aanmelding dienen de instellingen allerlei informatie aan te leveren die nuttig is in het kader van het uitvoeren van due diligence⁴⁶ zoals een ingevulde, uitvoerige, AML-Questionnaire, een overzicht van de maatregelen die de instelling treft om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan, een overzicht van de eigendomsstructuur etc. Op dit moment hebben meer dan 10.000 financiële instellingen informatie verschaft aan de Wolfsberg Group.
- b. In de tweede plaats is te wijzen op de activiteiten van onder meer de FATF.⁴⁷ De leden van de FATF voeren onderlinge beoordelingen uit van de lokale anti-witwas en -terrorismefinanciering regelingen en de mate waarin landen compliant zijn met de 40 + 9 aanbevelingen. Sommige landen laten de uitkomst van de boordeling publiceren op de website van de FATF. Hieruit volgt uiteraard niet direct in hoeverre een bepaalde instelling voldoet aan de internationale standaarden, maar de instelling kan op basis hiervan wel om bepaalde informatie aan de instelling vragen, met name ook ten aanzien van het toezicht dat op hem uitgeoefend wordt.

Hoewel de wet dit dus ten aanzien van correspondentbanking niet met zoveel woorden voorschrijft zal de diepte van het onderzoek niet anders dan afhankelijk kunnen zijn van de inschatting van de risico's. In sommige gevallen zal bijvoorbeeld een gesprek met het hoger management van de respondent nodig zijn om zich er van te vergewissen dat het belang van maatregelen ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering wordt erkend.⁴⁸

44 Het is overigens opvallend dat anders dan Aanbeveling 7 van de FATF, de Wwft de correspondent niet expliciet voorschrijft informatie in te winnen over de eventuele sancties die de respondent zijn opgelegd of onderzoeken die naar hem zijn ingesteld inzake witwassen en terrorismefinanciering. Het inwinnen van dergelijke informatie kan evenwel van belang zijn bij het beoordelen van de procedures en maatregelen.

45 Voor meer informatie (bijvoorbeeld ten aanzien van de actualiteit van documenten) zij verwezen naar de Bankersalmanac.com – Due diligence Repository: Frequently Asked Questions.

46 Let op, de Wolfsberg Group merkt op dat het gebruik maken van haar databank kan helpen bij het uitvoeren van het due diligence onderzoek, maar dat het aan de instelling zelf is om te bepalen welk niveau van maatregelen gezien de risico-gevoeligheid vereist is (Bankersalmanac.com – Due diligence Repository, Frequently Asked Questions – Regulation).

47 Hetzelfde geldt voor de FATF Associate Members en de FATF Style Regional Bodies, zie www.fatf-gafi.org.

48 Zie ook Wolfsberg AML Principles for Correspondent Banking, onder Enhanced Due Diligence.

Toestemming

Artikel 13, derde lid, onderdeel c, van de Richtlijn bepaalt dat senior management toestemming moet geven voor het aangaan van een nieuwe correspondentbankrelatie.⁴⁹ De wetgever heeft ervoor gekozen om deze bepaling te implementeren als toestemming van ‘personen die daartoe door de instelling gemachtigd zijn’ (artikel 8, derde lid, sub c, Wwft). De reden hiervan is dat de wetgever van mening is dat ‘senior management’ geen eenduidig begrip is in de sector.⁵⁰ Dit is opmerkelijk, omdat uit overweging 26 bij de Richtlijn volgt dat dit niet impliceert dat toestemming nodig is van de raad van bestuur, maar dat van het eerste hiërarchische niveau boven dat van de persoon die de toestemming vraagt. Je zou zeggen dat de uitleg van het begrip senior management daarmee helder is. Ook de Raad van State achtte deze wijze van implementatie onvoldoende nauwkeurig en adviseerde het begrip senior management te implementeren volgens de in de aangehaalde overweging 26 gegeven uitleg. De wetgever heeft dit echter ongewijzigd gelaten, omdat deze formulering niet de verlangde duidelijkheid zou brengen. De formulering zou tot gevolg hebben dat zeer verschillende medewerkers als zodanig zouden kwalificeren (bijvoorbeeld de directeur Private banking, maar ook de chef van een klein bankfiliaal). De wetgever heeft met de gekozen omschrijving willen benadrukken dat ‘in aanvulling op het vereiste van toestemming op een hoger hiërarchisch niveau, het dient te gaan om toestemming van personen die daartoe gemachtigd zijn’. Hiermee zou de onderliggende doelstelling van de verplichting beter worden verwezenlijkt.⁵¹ Volgens de wetgever moet dus sprake zijn van toestemming door een persoon die daartoe door de instelling gemachtigd is én die van een hoger hiërarchisch niveau is. Dit laatste blijkt echter niet uit de wettekst. Het strekt tot aanbeveling de onduidelijkheid hierover te elimineren.

Schriftelijkheidsvereiste

De verantwoordelijkheden van beide banken dienen schriftelijk te worden vastgelegd. Dit voorschrift is in lijn met de Richtlijn en met Aanbeveling 7 van de FATF.

Payable Through Accounts

Ten slotte artikel 8, derde lid, sub e, Wwft. Zoals gezegd hiervoor liggen extra maatregelen in de rede indien sprake is van een transitrekening. Zo vragen de Richtlijn en de FATF van de banken zich er van te vergewissen dat de respondentbank de identiteit van en een ongoing due diligence van de cliënten uitvoert die directe toegang tot de rekeningen van de correspondent hebben en dat het mogelijk is om relevante klantgegevens omtrent de identiteit op verzoek van de correspondent te kunnen overleggen.

Op dit onderdeel rijzen er vraagpunten ten aanzien van de (letterlijke) tekst van de Wwft. Vooreerst rijzen er vragen naar aanleiding van de wettelijke definitie. De wetgever

49 In de Nederlandse tekst van de Richtlijn: ‘hoge bedrijfsleiding’. Ook Aanbeveling 6 van de FATF spreekt van senior management.

50 Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 22 (MvT II).

51 Kamerstukken II 2007/08, 32 137, nr. 4, p. 3-4 (Advies Raad van State en Nader Rapport).

definieert in artikel 1, eerste lid, onder h, Wwft 'transitrekening' als een 'door een bank aangehouden bankrekening in een staat die geen lidstaat is en die door een cliënt van de bank die niet in die staat is gevestigd gedebiteerd of gecrediteerd kan worden zonder tussenkomst van de bank'. De definitie lijkt er op te duiden dat het gaat om het monitoren van een 'payable through account' die door een Nederlandse bank bij een buitenlandse bank (bijvoorbeeld in de VS) wordt aangehouden en niet zozeer om een 'payable through account' bij een Nederlandse bank.

Ten tweede lijkt de wetgever voor een zwaardere verplichting voor de Nederlandse correspondentbank te kiezen door voor te schrijven dat deze er voor moet 'zorgdragen' dat de respondent haar klantenonderzoek op een deugdelijke manier uitvoert. Maar meer in het oog springt nog het feit dat de wet een dergelijke aanvullende maatregel lijkt voor te

schrijven ten aanzien van iedere transactie die de correspondent voor haar respondent uitvoert, dus niet alleen bij crediteren of debiteren van transitrekeningen.

6. Artikel 8, vierde lid: PEP's

6.1 PEP'S

Ook PEP's verdienen bijzondere aandacht vanwege een hoger risico. Deze verplichting heeft met de inwerkingtreding van de Wwft een wettelijke basis gekregen.⁵² Op grond van artikel 8, vierde lid, Wwft moet een instelling beschikken over op risico gebaseerde procedures om te bepalen of de cliënt een PEP is die niet in Nederland woont. Voor het aangaan van een zakelijke relatie met of het verrichten van een transactie voor een PEP die niet in Nederland woont, gelden, naast de standaard CDD verplichtingen van artikel 3 Wwft, de volgende verplichtingen:

- a. de beslissing tot het aangaan van die relatie of het verrichten van die transactie wordt genomen of goedgekeurd door personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd;
- b. de instelling treft adequate maatregelen om de bron van het vermogen vast te stellen dat bij de zakelijke relatie of transactie wordt gebruikt; en
- c. de instelling oefent doorlopend controle uit op de zakelijke relatie.

Deze PEP-verplichtingen zijn gebaseerd op artikel 13, vierde lid, van de Richtlijn en Aanbeveling 6 van de FATF. De tekst van de Richtlijn is praktisch één op één overgenomen in de Wwft. Evenals hiervoor besproken voor correspondentbankrelaties spreekt de Wwft van toestemming van 'personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd' in plaats van 'senior management'. Daarnaast is op grond van de Wwft deze toestemming

⁵² Voor banken en verzekeraars gold een dergelijke verplichting, vergelijkbaar de correspondentbankverplichtingen al (zie voetnoot 33).

ook nodig voor het verrichten van een transactie voor een PEP, terwijl de Richtlijn een dergelijke toestemming alleen vereist voor het aangaan van een zakelijke transactie.

6.2 Wat is een PEP?

In artikel 1, eerste lid, onderdeel e, Wwft is het begrip PEP gedefinieerd door te verwijzen naar artikel 2 van de Uitvoeringsrichtlijn.⁵³ Daarbij is expliciet gemaakt dat van een PEP geen sprake meer is als de persoon de bedoelde functie ten minste gedurende één jaar niet meer heeft uitgeoefend.

Dit leidt ertoe dat de volgende personen als PEP zijn aan te merken:

- a. staatshoofden, regeringsleiders, ministers en staatssecretarissen;
- b. parlementsleden;
- c. leden van hooggerechtshoven, constitutionele hoven en andere hoge rechterlijke instanties die arresten wijzen waartegen doorgaans geen verder beroep mogelijk is, behalve in uitzonderlijke omstandigheden;
- d. leden van rekenkamers of van directies van centrale banken;
- e. ambassadeurs, zaakgelastigden en hoge legerofficieren;
- f. leden van bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende organen van overheidsbedrijven.⁵⁴

Daarnaast zijn directe familieleden⁵⁵ en naaste geassocieerden⁵⁶ van deze personen aan te merken als PEP.

53 Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 1 augustus 2006 tot vaststelling van 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).

54 Artikel 2, eerste lid, Uitvoeringsrichtlijn. Middelbare of lagere ambtenaren vallen niet onder de in de eerste alinea, onder a) tot en met f), genoemde categorieën. Onder de in de eerste alinea, onder a) tot en met e), genoemde categorieën vallen, waar toepasselijk, ook posten op Gemeenschapsniveau of internationaal niveau.

55 De echtgenoot of echtgenote; een partner die naar nationaal recht als gelijkwaardig met een echtgenoot of echtgenote wordt aangemerkt; de kinderen en hun echtgenoten of partners; en de ouders (artikel 1, eerste lid, onderdeel e, Wwft jo. artikel 2, tweede lid, Uitvoeringsregeling).

56 Een natuurlijke persoon van wie bekend is, dat deze met een in lid 1 genoemde persoon de gezamenlijke uiteindelijke begunstigde is van juridische entiteiten of juridische constructies of met genoemde persoon andere nauwe zakelijke relaties heeft; en b) een natuurlijke persoon die alleen de juridische begunstigde is van een juridische entiteit of juridische constructie waarvan bekend is, dat deze is opgezet ten behoeve van de feitelijke begunstiging van de in lid 1 genoemde persoon (artikel 1, eerste lid, onderdeel e, Wwft jo. artikel 2, derde lid, Uitvoeringsregeling).

6.3 Hoger risico

Volgens overweging 25 bij de Richtlijn kunnen zakelijke relaties met PEP's en dan vooral degenen die afkomstig zijn uit landen waar corruptie veelvuldig voorkomt vooral een groot reputatierisico en/of juridisch risico met zich brengen voor de financiële sector. Gedacht kan worden aan passieve omkoping – het ontvangen van steekpenningen – of de verduistering van overheidsmiddelen. Niet zelden zijn de gevolgen voor het land waarin zij hun ambt vervullen aanzienlijk en gaat een land na het aftreden van de betrokken PEP gebukt onder grote schulden. De uitbreiding van de reikwijdte van de bepalingen tot familieleden en zakenrelaties moet ervoor zorgen dat PEP's niet via anderen alsnog illegaal verkregen vermogen kunnen witwassen.⁵⁷

Het spreekt voor zich dat het verlenen van diensten aan corrupte PEP's publicitair, maatschappelijk en politiek gevoelig ligt. Dit kan daarom de reputatie van de instelling schaden, maar ook gevolgen hebben voor het vertrouwen in de (financiële) sector. Daarbij komt dat instellingen te maken kunnen krijgen met kostbare informatieverzoeken en andere (onwenselijke) aandacht van de toezichthoudende en strafrechtelijke autoriteiten. Ook zouden de instelling en haar medewerkers – onder omstandigheden – aangesproken kunnen worden wegens om (schuld)witwassen.⁵⁸

De wetgever heeft ervoor gekozen dat alle PEP's die niet woonachtig zijn in Nederland dezelfde behandeling verdienen. Een verdergaande risicobenadering binnen deze categorie PEP's lijkt op het eerste gezicht op grond van de Wwft niet mogelijk.⁵⁹

Uit de parlementaire geschiedenis echter volgt dat de regels met betrekking tot het verscherpt cliëntenonderzoek bij het aangaan van een zakelijke relatie met een PEP op een risicogeoriënteerde wijze moeten worden toegepast. Behalve de regels die in de wet zijn gesteld zal de instelling in haar interne procedures afwegingen dienen te maken over de risico's van een bepaald product dat de PEP afneemt. In het geval sprake is van een risicovol product zal een strengere controle nodig zijn.⁶⁰ Ook de Uitvoeringsrichtlijn stuurt juist aan op verscherpte maatregelen naar gelang de risicogevoeligheid. De middelen van de instellingen zouden vooral moeten worden gericht op producten en transacties met een hoog witwasrisico. Daarnaast wordt erop gewezen dat bij de vaststelling van de onder het PEP-begrip vallende groepen of personen, de maatschappelijke, politieke en economische verschillen tussen de diverse landen van wezenlijk belang zijn.⁶¹ Uit de Uitvoeringsrichtlijn

57 Kamerstukken II 2007/08, 32 137 en 31 238, nr. 6, p. 10-11 (NV II). De wetgever heeft hierbij nog verwezen naar het VN Verdrag tegen corruptie (Trb. 2004, 11), dat zich met nadruk richt op het voorkomen van (internationale) omkoping van ambtenaren en de bestrijding van de verduistering van overheidsmiddelen.

58 Zie hierover ook het Bazels rapport (zie voetnoot 380). Ook DNB, Nadere toelichting CDD identificatie, april 2004.

59 De CDD-verplichtingen die voortvloeien uit de Wft bieden hiervoor daarentegen meer ruimte.

60 Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 3, p. 21 (MvT II) en Kamerstukken II, 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 22 (MvT II).

61 Overweging 1 bij de Uitvoeringsrichtlijn.

volgt daarnaast dat wanneer de politieke invloed van personen in publieke functies op lager dan nationaal niveau vergelijkbaar is met die van soortgelijke posities op nationaal niveau, afhankelijk van de risicogevoeligheid moet worden overwogen of deze personen als PEP moeten worden aangemerkt.⁶² Het meewegen van het landenrisico lijkt ook logisch, omdat er toch grote verschillen bestaan tussen een PEP uit bijvoorbeeld Noorwegen en een PEP uit een land dat op het gebied van het tegengaan van corruptie minder goed scoort.⁶³ Anderzijds is het ook voor een Noorse PEP een legitieme vraag waarom deze in Nederland wenst te bankieren. De wetgever heeft gemeend dat met de huidige aanpak een werkbaar compromis is gevonden. De eigen ingezetenen hoeven niet in aanmerking te worden genomen, omdat zich bij deze categorie in ieder geval de minste risico's voordoen.⁶⁴ Dat wil overigens niet zeggen dat binnenlandse PEP's geen hoger (dan normaal) reputatierisico met zich brengen. Hoge bomen vangen nu eenmaal veel wind. Indien zich, ondanks het lagere risico, een incident voordoet is publiciteit doorgaans onontkoombaar.

6.4 Herkennen van een PEP en verscherpt cliëntenonderzoek

Er is een aantal methoden dat gebruikt om een PEP te herkennen. Een instelling kan openbare bronnen (waaronder internet) raadplegen of informatie inwinnen bij een filiaal in het land waar de PEP vandaan komt. Ook kan gebruik worden gemaakt van door commerciële organisaties aangeboden lijsten die per land een overzicht geven van als PEP aan te merken personen. De wetgever wijst er echter op dat in veel gevallen de informatie die de cliënt verstrekt, in antwoord op de vragen die doorgaans worden gesteld voorafgaand aan het vestigen van een zakelijke relatie, reeds een indicatie geven. Er mag dan worden verwacht dat de instelling hier adequaat op reageert. Wat in een concreet geval een redelijke inspanning is, zal in het licht van de beschikbare middelen en het al dan niet evidente karakter van de status van de cliënt moeten worden beoordeeld. De omstandigheden van het geval zijn dus bepalend.⁶⁵

Bij PEP's mag de instelling niet voetstoots de door de cliënt zelf verstrekte informatie accepteren, maar moet zij deze waar mogelijk door onderzoek checken en in ieder geval op geloofwaardigheid toetsen.⁶⁶ In dat kader kan het van pas komen om te weten wat het

⁶² Overweging 3 bij de Uitvoeringsrichtlijn.

⁶³ De Toelichting Customer Due Diligence (CDD) for banks (versie april 2006) van DNB: 'personen in publieke functies, afkomstig uit landen waarvan redelijkerwijs vermoed kan worden dat daar het gevaar van corruptie en kapitaalvlucht groot is kunnen eveneens tot de verhoogdrisicocategorie worden berekend' en 'PEP's zijn personen die prominente publieke functies bekleden zoals staatshoofden, hoge politici of militaire functionarissen in een land waar corruptie veelvuldig voorkomt.' Ook hieruit volgt een dergelijke risicobenadering.

⁶⁴ Handelingen II 2007-2008, nr. 86, p. 6084. Opgemerkt zij dat de FATF in de Interpretative Note bij Aanbeveling 6 de landen aanmoedigt de vereisten van Aanbeveling 6 uit te breiden tot PEP's die woonachtig zijn in het eigen land.

⁶⁵ Onder meer Kamerstukken II 2007/08, 31 237 en 31 238, nr. 6, p. 10-11 (NV II).

⁶⁶ DNB, Nadere toelichting CDD identificatie, april 2004.

corruptieniveau is in het land waar de persoon vandaan komt. Wij wijzen op de Corruption Perceptions Index van Transparency International.⁶⁷

Overigens heeft de wetgever toegezegd bij de inwerkingtreding van de Wwft de nieuwe wettelijke verplichtingen nader toe te lichten door middel van een brochure of documentatie op de website van het ministerie van Financiën. Aan deze toezegging is vooralsnog geen uitvoering gegeven. Ook beroepsen brancheorganisaties kunnen volgens de wetgever een rol spelen bij de toepassing van de nieuwe regelgeving, door bijvoorbeeld met de toezichthouders afspraken te maken over de wijze waarop door kleine instellingen uitvoering zal worden gegeven aan de voorschriften.⁶⁸

De Wolfsberg Group noemt de volgende onderdelen van het interne beheersingskader voor de omgang met PEP's, waarbij er op wordt gewezen dat voor verschillende soorten van dienstverlening een verschillend niveau van maatregelen vereist kan zijn⁶⁹:

- cliëntacceptatie beleid: procedures om te trachten PEP's te herkennen;
- identificatie – bestaande cliënten: zo gauw een instelling ermee bekend wordt dat een cliënt een PEP is geworden, gelden verscherpte procedures en beheersingsmaatregelen. Dit impliceert dat de instelling alert moet zijn op (openbare) informatie waaruit blijkt dat de status van een cliënt is gewijzigd of zal wijzigen;⁷⁰
- verscherpt cliëntonderzoek: afhankelijk van de dienstverlening, dient aanvullend onderzoek en analyse plaats te vinden, inclusief het valideren van de verkregen informatie;
- verscherpte monitoring: rekeningen van PEP's verdienen verhoogde aandacht met het oog op het detecteren van ongebruikelijke transacties;
- periodieke review – bestaande PEP cliënten: relaties met PEP's moeten periodiek gereviewd worden om de actualiteit van de cliëntinformatie en de toereikbaarheid van de risicoanalyse en beheersingsmaatregelen te waarborgen. De reviews moeten worden geaccordeerd door senior management;
- training en opleiding: medewerkers zijn de 'first line of defense' bij het voorkomen en detecteren van witwassen, het identificeren van cliënten en het herkennen van PEP's. Het is van belang dat de risico's, het beleid, de procedures en de processen ten aanzien van PEP's op een adequate wijze worden gecommuniceerd aan de desbetreffende medewerkers en onderdeel uitmaken van het reguliere opleidingsplan op het gebied van het tegengaan van witwassen.

67 www.transparency.org

68 Kamerstukken II 2007/08, 31 237, nr. 4, p. 5 (Advies Raad van State en nader Rapport). Zie ook Overweging 2 bij de Uitvoeringsrichtlijn, waaruit blijkt dat Lidstaten moeten overwegen nadere richtsnoeren te geven om de naleving te vergemakkelijken.

69 Wolfsberg Frequently Asks Questions ('FAQ's') on Politically Exposed Persons ('PEP's'), the Wolfsberg Group, mei 2008.

70 Ook The Joint Money Laundering Steering Group, Prevention of money laundering/combating of terrorist financing, Guidance for the financial sector, Part I, December 2007, p. 91 (5.5.29), www.jmlsg.org.uk.

De definitie van ‘naaste geassocieerden’, waarin wordt gesproken van het openbaar bekend zijn van de relatie met de PEP of het hebben van redenen om aan te nemen dat een relatie bestaat, veronderstelt geen actief onderzoek door de instelling. Dit ligt voor familieleden van PEP’s iets anders, omdat daar de herkenning op evidente gronden gemakkelijker kan zijn, bijvoorbeeld door het overeenkomen van namen. Overigens heeft de wetgever erop gewezen dat het niet herkennen van een PEP niet automatisch hoeft te leiden tot handhavend optreden van de toezichthouder.⁷¹

6.5 Toestemming van ‘personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd’

Ingevolge artikel 8, vierde lid, sub a, Wwft moet de beslissing tot het aangaan van een zakelijke relatie met een PEP óf het verrichten van een transactie voor een PEP worden genomen of goedgekeurd door personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd. Kortheids halve verwijzen wij naar de opmerkingen die hierover zijn gemaakt in paragraaf 5.5.

De verplichting om voor het aangaan van een zakelijke relatie met een PEP toestemming te verkrijgen impliceert, hoewel dat niet zonder meer uit de wet voortvloeit, dat ook toestemming moet worden verkregen om een relatie te continueren met een cliënt die PEP wordt.⁷²

7. Conclusie

Wij komen tot de conclusie dat het belangrijkste pluspunt van de Wwft is dat het inflexibele rule based regime van de Wid is verlaten en dat daarvoor een meer risk en principle based benadering in de plaats is gekomen. Zoals ook blijkt uit het voorgaande geldt voor instellingen dan ook nog meer dan voorheen de noodzaak van een adequaat systeem van risicobeheersing dat is afgestemd op een eigen risicoanalyse. Daarbij moet meteen worden opgemerkt dat de Wwft voor financiële ondernemingen weinig nieuws zal brengen, gezien de CDD-verplichtingen die voortvloeien uit de Wft.

Het voorgaande betekent echter niet dat op de Wwft niets is aan te merken. Naar onze mening rijzen er nog de nodige vragen. Op een aantal terreinen lijkt de Richtlijn te zijn overgenomen, zonder dat daarbij voldoende is afgewogen of de verplichtingen voldoende helder zijn. In andere gevallen leidt juist een afwijking van de Richtlijn tot onduidelijkheid. Wij hebben een aantal voorbeelden hiervan aangekaart.

⁷¹ Kamerstukken II 2007/08, 32 137 en 31 238, nr. 6, p. 10-11 (NV II). Ook Overweging 2 bij de Uitvoeringsrichtlijn.

⁷² Zie in dit verband ook paragraaf 6.2.1 van de Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations, 27 February 2004 (Updated as of February 2008): ‘Where a customer has been accepted and the customer or beneficial owner is subsequently found to be, or subsequently becomes a PEP, financial institutions should be required to obtain senior management approval to continue the business relationship’.

Een aantal van de vraagpunten zal door de instellingen zelf beantwoord kunnen worden door logisch nadenken en Richtlijnconforme interpretatie. Andere punten vereisen overleg met of nadere guidance van het ministerie van Financiën en/of de toezichthouders. Dit overigens zonder dat de principle based benadering tekort wordt gedaan. De guidance zal zich dus moeten richten op het wegnemen van de onduidelijkheden en niet op het invullen van normen. Instellingen zullen in ieder geval bij de les moeten blijven en, waar nodig in goed overleg met de toezichthouder, de wettelijke verplichtingen op een adequate wijze moeten invullen. Hierbij zal voorop moeten staan dat de naleving van de wettelijke normen ten dienste staat aan een toereikende risicobeheersing, waarvoor de instelling verantwoordelijk is. De instelling zal aan de toezichthouder moeten aantonen dat de wettelijke uitgangspunten op een adequate wijze zijn ingevuld en de toezichthouder zal haar eventueel afwijkende mening goed moeten onderbouwen.

Bijlage 9

To monitor or not that's (no longer) the question

A. de Ruiter¹

Inhoud

In dit artikel geeft de auteur, naast het wettelijk kader en de uitleg daarvan door de toezichthouder, een overzicht van de begrippen rondom monitoring en filtering van cliënten en transacties. Doel is om te komen tot een uniforme benoeming van de begrippen en het creëren van een level playing field.

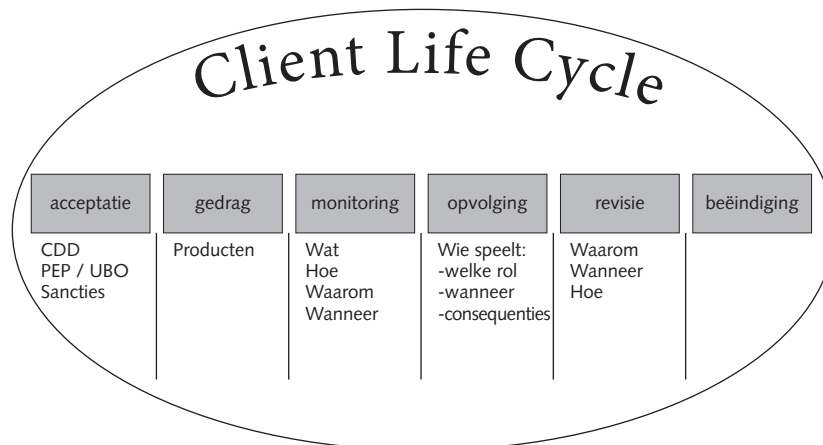
Inleiding

Monitoring is, in tegenstelling tot een vaak gehoorde uitleg, geen op zichzelf staande activiteit die de financiële instellingen door de overheid wordt opgedrongen, die handen vol geld kost en uiteindelijk niets oplevert. Monitoring is een wezenlijk onderdeel geworden van het risicomanagement van de financiële instelling. Klantacceptatie en vooral het daarop volgende 'ken uw cliënt' is zonder filtering en monitoring in het retailen commercial bankingsegment nagenoeg niet meer uitvoerbaar.

¹ A. de Ruiter is directeur/eigenaar van Crown Legal & Forensic Support BV en was voorheen werkzaam als hoofd van de afdeling Integrity Services van Fortis Bank.

To monitor or not that's (no longer) the question

Monitoring is een onlosmakelijk onderdeel geworden van de client life cycle².



Vooral de vraag waarom en op welke wijze de cliënt gebruik maakt van de faciliteiten van de financiële instelling, bepaalt in hoeverre een voortzetting of aanpassing van de relatie wenselijk dan wel noodzakelijk is. Elk resultaat van monitoring heeft effect op de relatie met de cliënt, op welke wijze dan ook. In dit artikel wordt niet ingegaan op de mogelijkheden en onmogelijkheden van de aanpassing van de relatie van een financiële instelling met een cliënt of op de valkuilen bij het beëindigen van de relatie met een cliënt. Dit artikel beperkt zich tot filteren en monitoren, waarbij eerst een schets van het wettelijk kader wordt gegeven waarna de begrippen filtering en monitoring worden uitgewerkt.

Wettelijk kader

Op de internetsite van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) wordt ten aanzien van monitoring en review van cliënten bij artikel 14 van het Besluit prudentiële regels Wft de volgende toelichting gegeven:

‘De normen met betrekking tot Customer Due Diligence (‘ken uw cliënt’ hierna: CDD) hangen nauw samen met de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering. De normen zijn echter ook relevant voor de integere bedrijfsvoering van financiële ondernemingen; door een goed zicht op de eigen cliënten te houden én geen relaties aan te knopen met personen die het vertrouwen in de financiële onderneming kunnen schaden, kan voorkomen worden dat de integriteit van een financiële onderneming in gevaar komt. Verder is CDD een belangrijk onderdeel van het risicomangement.’

² Onder Client Life Cycle wordt hier verstaan: het totale proces van ‘prospect’ tot en met beëindiging van de relatie.

De richtlijn nr. 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 is in werking getreden.³ Deze richtlijn bevat enkele belangrijke wijzigingen op het gebied van CDD. Hoewel de formulering is aangepast, beogen de huidige artikelen met betrekking tot CDD materieel geen wijziging ten opzichte van de bepalingen uit het Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars en de Regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars van DNB.⁴

Het Basel Committee on Banking Supervision, heeft in 2001 normen geformuleerd die banken als leidraad kunnen gebruiken bij het opstellen van beleid met betrekking tot CDD. Deze normen zijn in 2003 verduidelijkt met het opstellen van de 'General Guide to Account Opening and Customer Identification'. Naast de normen van het Basel Committee heeft de International Association of Insurance Supervisors (IAIS) normen geformuleerd die verzekeraars kunnen gebruiken bij het opstellen van beleid met betrekking tot CDD. Deze normen zijn in januari 2002 neergelegd in de 'Anti-Money Laundering Guidance Notes'.

CDD valt uiteen in vier belangrijke onderdelen: (i) de acceptatie van cliënten; (ii) de identificatie en verificatie van cliënten; (iii) monitoring en review van cliënten, rekeningen en transacties en (iv) risicomanagement.

Cliëntacceptatie

Banken en verzekeraars dienen ten aanzien van de acceptatie van cliënten te beschikken over een adequaat beleid. Belangrijk hierbij is dat de financiële onderneming een verdeling maakt van het cliëntenbestand in verscheidene risicocategorieën op basis van risico's die met de cliënt in kwestie samenhangen en risico's die met de producten of diensten samenhangen. Voor de verschillende risicocategorieën gelden verschillende procedures met betrekking tot de acceptatie. Bij de feitelijke beoordeling of een bepaalde cliënt wel of niet geaccepteerd wordt, spelen de bovengenoemde elementen uiteraard een rol bij de risico-inschatting. Een financiële onderneming gaat in ieder geval niet over tot acceptatie van een cliënt indien diens identiteit niet afdoende is vastgesteld conform de procedures en maatregelen.

Identificatie en verificatie

Identificatie is de eerste stap om de cliënt te leren kennen. In het kader van de strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering, én ter bevordering van de integere uitoefening van het bedrijf wordt het wenselijk geacht verder te gaan dan het vaststellen en verifiëren van de identiteit van de betrokkenen. Daarom is de verplichting opgenomen om ook de

³ PbEU, L 309) (derde richtlijn witwassen).

⁴ Stcrt. 2003, 248.

To monitor or not that's (no longer) the question

achtergrond van de cliënt te onderzoeken. Afhankelijk van het risico moeten meer gegevens van personen of entiteiten worden geverifieerd. Bij het witwassen van geld wordt vaak gebruik gemaakt van allerlei constructies om de ware herkomst van het geld (of andere waarden) te verhullen. Voor een correct beeld en een goed begrip van een transactie is het derhalve van belang dat de financiële onderneming weet wie de uiteindelijk belanghebbende is van de transactie in kwestie.

Monitoring en review

Het is van belang dat de financiële onderneming periodiek toetst of de situatie van de cliënt na het moment van acceptatie veranderd is (voldoet de cliënt nog steeds aan het risicoprofiel?). Financiële ondernemingen kunnen immers alleen de ongebruikelijke transacties opmerken als ze een goed beeld hebben van het gedrag van de betreffende cliënt. Indien uit bepaalde transacties blijkt dat de cliënt afwijkt van zijn normale gedrag of afwijkt van het profiel zoals dat was ten tijde van het begin van de relatie met de financiële onderneming (bijvoorbeeld transacties die economisch of commercieel gezien niet logisch zijn/het op grote schaal afkopen van verzekeringen), dient de financiële onderneming na te gaan welke risico's dit eventueel met zich meebrengt. De frequentie en diepgang van een dergelijke review hangen af van de risicosituatie van de cliënt. Uitgangspunt blijft echter dat er binnen de financiële onderneming een integraal inzicht bestaat in de situatie van de cliënt.

Bij de hierboven genoemde onderdelen is het van belang dat procedures en maatregelen zijn toegesneden op de onderscheiden risicogroepen en dat bij een groep met een hoger risico scherpere procedures en maatregelen van kracht zijn dan bij een groep met een lager risico.

In het beleid betreffende CDD dient de financiële onderneming de nodige aandacht te besteden aan het vastleggen van het besluitvormingsproces aangaande cliëntacceptatie, identificatie en voortdurende monitoring en review. Dergelijke gegevens dienen, net als op basis van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna Wwft), vijf jaar bewaard te worden na de dienstverlening of beëindiging van de relatie. Het kan immers voorkomen dat gedurende de relatie het noodzakelijk blijkt om gegevens te verstrekken aan het Meldpunt ongebruikelijke transacties of justitiële autoriteiten. De wijze van vastlegging dient zodanig te zijn ingericht dat kan worden nagegaan op grond van welke overwegingen en welke documenten een besluit is genomen.

In de niet meer van kracht zijnde Regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars stond in artikel 5 een heldere beschrijving van de verplichtingen:

De instelling beschikt over organisatorische en administratieve procedures en maatregelen ter zake van de analyse van gegevens van cliënten, mede in relatie tot de door de cliënt afgenomen producten of diensten, en ter zake van de detectie van afwijkende transactiepatronen.

In de toelichting bij artikel 21 van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft stelt DNB:

- Het in het vierde lid bepaalde betreft het monitoren en review van deelnemers. Het is van belang dat de beleggingsinstelling toetst of de situatie en het risicoprofiel van de deelnemer na het moment van acceptatie veranderd is, aan de hand van analyse van gegevens van deelnemers en detectie van afwijkende transactiepatronen. Een integraal inzicht in de situatie van een deelnemer is noodzakelijk voor het opmerken van afwijkend (transactie)gedrag.
- De frequentie en diepgang van het bovengenoemde hangt af van de risicosituatie van de deelnemer. In het beleid betreffende CDD dient de beleggingsinstelling de nodige aandacht te besteden aan het vastleggen van het besluitvormingsproces aangaande acceptatie van deelnemers, identificatie en voortdurende monitoring en review. Dergelijke gegevens dienen, net als op basis van de Wid, vijf jaar bewaard te worden na de dienstverlening of beëindiging van de relatie.

In de tekst van het hierboven aangehaalde artikel 21 en ook artikel 3 van de Wwft wordt het woord 'monitoren' niet gebruikt zoals bijvoorbeeld in de Regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars. De wetgever spreekt echter wel over 'voortdurende controle':

Artikel 3 Wwft:

1. Een instelling verricht ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme cliëntenonderzoek.
2. Het cliëntenonderzoek stelt de instelling in staat om:
 - d. voor zover mogelijk, een voortdurende controle op de zakelijke relatie en de tijdens de duur van deze relatie verrichte transacties uit te voeren, teneinde te verzekeren dat deze overeenkomen met de kennis die de instelling heeft van de cliënt en van zijn risicoprofiel, met in voorkomend geval een onderzoek naar de bron van het vermogen.

In de praktijk vertaalt de toezichthouder in haar controle van de financiële instelling de 'voortdurende controle' in 'de inrichting van het monitoringsinstrument'.

Naar verwachting zal bij het verschijnen van dit jaarboek een voornemen van de Minister van Financiën zijn omgezet in een leidraad (zie onderstaand nieuwsbericht van het Ministerie van Financiën) waarin 'voortdurende controle' wordt vertaald in 'monitoringsverplichting'.

Ontwikkeling leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)

Nieuwsbericht | 25-08-2010 | Integriteit

De komende maanden wordt er gewerkt aan het opstellen van een leidraad voor de uitvoering van de verplichtingen zoals vastgelegd in de Wwft. Doel is om deze begin 2011 gereed te hebben. Iedere toezichthouder ontwikkelt een specifieke leidraad voor de onder haar toezicht gestelden. Dit gebeurt in overleg met de relevante branche-organisaties en met het ministerie van Financiën.

Dit jaar wordt Nederland geëvalueerd in het kader van de Financial Action Task Force (FATF). Beoordeeld wordt in hoeverre Nederland voldoet aan de 40 aanbevelingen ter bestrijding van witwassen en de 9 aanbevelingen ter bestrijding van terrorismefinanciering die de FATF heeft opgesteld. In februari 2011 wordt het evaluatierapport van Nederland behandeld in de plenaire vergadering van de FATF.

Onderwerpen leidraad (guidance)

Het is van belang om guidance te ontwikkelen ten aanzien van de uitvoering van de verplichtingen neergelegd in de Wwft. Meer specifiek zal de guidance antwoord moeten geven op, bijvoorbeeld, onderstaande vragen:

- Wat is het doel van de Wwft?
- Waar bestaat het cliëntenonderzoek uit?
- Wat zijn voorbeelden van hoog risico situaties en wat zijn voorbeelden van extra maatregelen die dan getroffen kunnen worden?
- Hoe kan uitvoering gegeven worden aan de monitorverplichting?

In hoeverre de voorgestelde 'leidraad' een verbetering zal blijken te zijn, is nu de vraag. Het risico is aanwezig dat 'de onder toezicht gestelden' de leidraad gaan gebruiken als 'afvink-lijstje', waardoor het risk based systeem weer een rule based karakter zou kunnen krijgen.

In artikel 6, lid 1 Wwft zijn typen cliënten aangegeven die een lager risico op witwassen en terrorismefinanciering vormen. Voor deze cliënten geldt een versoepeld regime voor het cliëntenonderzoek. De aangewezen soorten cliënten zijn voornamelijk cliënten met een bepaalde rechtspersoonlijkheid. Tevens is er in artikel 7, lid 1 Wwft een aantal producten benoemd waarvoor een versoepeld regime bestaat.

Instellingen dienen echter wel voldoende gegevens te verzamelen om te beoordelen of de cliënt voldoet aan de eisen voor een versoepeld regime. Om te beoordelen of een cliënt inderdaad een laag risico cliënt is, zou een onderneming kunnen vragen naar een uittreksel van de Kamer van Koophandel, inschrijvingen in openbare registers, of andere openbare noteringen.

Enige vorm van monitoring van deze zakelijke relaties is altijd nodig om te bekijken of de rekening inderdaad gebruikt wordt voor de opgegeven reden. Indien er bijvoorbeeld indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen of terrorismefinanciering of indien er een risico voor betrokkenheid bij witwassen of terrorismefinanciering is, dient de instelling alsnog het volledige cliëntenonderzoek uit te voeren. Ook dient de instelling te beoordelen of de rekening wel voor eigen gebruik wordt aangehouden en gebruikt. Bijvoorbeeld, banken houden soms een rekening op eigen naam aan bij een andere instelling maar voor rekening en risico van derden. In dit soort gevallen dient de instelling te overwegen of nog wel aan het doel van artikel 6 Wwft (vereenvoudigd cliëntenonderzoek vanwege een laag risico) wordt voldaan of dat de instelling toch niet meer informatie van de cliënt moet vragen om het doel en beoogde aard van de zakelijke relatie vast te stellen en een voortdurende controle uit te voeren.

Met betrekking tot de derdengeldenrekeningen die beroepsbeoefenaren bij kredieten financiële instellingen aanhouden, hoeft de kredietof financiële instelling niet een cliëntenonderzoek te doen naar de cliënt van de beroepsbeoefenaar. De kredietof financiële instelling heeft al het cliëntenonderzoek van de beroepsbeoefenaar, zijnde de rekeninghouder, gedaan, en omdat deze beroepsbeoefenaren ook onder de Wwft vallen, dienen deze op hun beurt te voldoen aan de verplichtingen van artikel 3 Wwft met betrekking tot het cliëntenonderzoek van hun cliënt. Het is derhalve niet nodig voor de kredietof financiële instelling een cliëntenonderzoek te doen naar 'de cliënt van de cliënt'.

Tot zover een overzicht van het wettelijk kader en de uitleg van de toezichthouder DNB. Bovenstaande teksten zijn grotendeels terug te vinden op de website van DNB.

Vandaag de dag is het niet meer de vraag of een financiële instelling cliënten en transacties van haar cliënten moet monitoren, maar veel meer op welke wijze het monitoren adequaat kan worden ingezet.

Begrippen

Wat als afgeleide van de 'verplichting' tot monitoring steeds belangrijker wordt, is de uitleg die toezichthouders geven aan deze verplichtingen. Om een level playing field te bereiken voor allen die te maken hebben met financiële transacties en de daaruit voortvloeiende verplichtingen van monitoring en filtering, enkele gedachten over deze begrippen.

Veelvuldig worden de begrippen matching, filtering en monitoring door elkaar gebruikt. Dit is in Nederland al lastig en in de contacten met andere Nederlandstaligen (België,

To monitor or not that's (no longer) the question

Suriname, Curaçao, Sint Maarten, Aruba en de BES⁵), blijkt dat de begrippen weer op een heel andere wijze worden gebruikt, laat staan als we proberen de begrippen in een internationale context te plaatsen. Daar ligt dit weer geheel anders. Dit artikel wil een aanzet zijn om te beginnen nationaal met elkaar in gesprek te komen over begrippen, wijze van gebruik en waar mogelijk een level playing field in contacten met toezichthouders. Het zou aan te bevelen zijn de begrippen rondom de cliënt en transacties internationaal te standaardiseren, zoals in het verleden heeft plaatsgevonden met de begrippen rondom witwassen: placement, layering en integration of zo u wilt: plaatsing, versluiering en integratie. Maar ook in deze is het Nederlands naar de achtergrond gedrongen.

Filtering, onder te verdelen in:

1. Transactiefiltering
2. Cliëntfiltering

en monitoring, onder te verdelen in:

1. Transactiemonitoring
2. Cliëntmonitoring.

Internationaal worden de volgende termen veelvuldig gehanteerd: name matching, monitoring, detection systems, filtering systems, blacklisting. Blacklisting is een veel gebruikt woord maar geeft altijd een negatieve lading aan het geheel. Hierop wordt in dit artikel niet verder ingegaan.

In het algemeen kan het volgende onderscheid kan worden gemaakt: filtering is online, realtime en transactiemonitoring is post transaction. Onder post transaction wordt hier bedoeld op dag 1 of 2 na het uitvoeren van de transactie.

Voorafgaand aan dit alles is er de cliëntacceptatie. Goede nationale afspraken ten aanzien van cliëntacceptatie en waar mogelijk ook internationaal, verminderen het reputationeel risico voor de instelling en bij een goed cliëntacceptatieproces worden de daarop volgende processen in principe eenvoudiger van aard.

Dit artikel is een aanbeveling om een inzichtelijk overzicht te hebben van begrippen die op een eenvoudige wijze internationaal herkenbaar zijn, zoals in de bancaire industrie als in het internationale opsporingsperspectief. Een en ander natuurlijk ook in het licht van de nationale en internationale regelgeving op het gebied van sancties m.b.t. personen en goederen. Al met al toch wel een gecompliceerde wereld. Om de begrippen helder te maken wordt hierna uitgelegd hoe het proces in elkaar zit, aangezien zonder een procesbeschrijving de begrippen toch weer tot verwarring kunnen leiden.

5 Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

Schematisch ziet het er als volgt uit:

	cliënt	transactie
online	filtering	filtering
post	filtering	
post	monitoring	monitoring

Filtering

Cliëntacceptatie / client filtering

Bij filtering is sprake van een online situatie. Kernwoorden zijn: direct, zonder vertraging, ontdekken / signaleren, bevriezen, melden. Van filtering is sprake in de volgende situaties:

- Cliëntacceptatie;
- Financiële transacties (overboekingen).

Wat is algemeen gangbaar in Nederland?

De financiële instellingen die samenwerken onder het protocol 'Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen' van de Nederlandse Vereniging van Banken hebben bij cliëntacceptatie de mogelijkheid de prospect te controleren in het interbancaire register van personen en/of bedrijven bij wie bij acceptatie rekening gehouden dient te worden met een verhoogd risico. De op de Europese sanctielijsten opgenomen personen zijn ook in dit register opgenomen. Door deze vroeg in het proces opgenomen controle vindt een eerste schifting en indicering plaats bij de voordeur van de financiële instelling. De bij deze controle ontdekte personen die op een sanctielijst staan, zal toegang tot het bancaire systeem worden geweigerd. Voordeel van deze werkwijze is dat interbancaire transactiefiltering op nationaal niveau niet online realtime hoeft plaats te vinden. Daarover later meer.

Post client filtering

Als er bij de voordeur goed wordt gecontroleerd lijkt 'post client filtering' op het eerste gezicht een onnodig gegeven. Post client filtering is echter noodzakelijk aangezien er door de overheid namen aan lijsten worden toegevoegd van personen en/of bedrijven die reeds cliënt kunnen zijn van een financiële instelling. Deze cliënt zou niet opvallen als er geen interbancaire of internationale transacties worden uitgevoerd. Op grond van de sanctiewetgeving en de daarbij behorende regelingen is de instelling verplicht om na de inwerking-treding van nieuwe sanctielijsten haar cliëntenbestand overeenkomstig te controleren.

To monitor or not that's (no longer) the question

In de praktijk komt het erop neer dat het gehele cliëntenbestand en bij sommige instellingen ook het bestand van tegenrekeninghouders van ontvangen transacties gecontroleerd wordt aan de hand van de meest recente sanctielijsten. Hier wordt vaak de term 'matching' gebruikt, aangezien er twee bestanden met elkaar worden gematched. Voor de eenduidigheid is het aan te bevelen om hier de term filtering te gebruiken, aangezien het niet uitmaakt of er één cliënt aan het filterbestand wordt aangeboden of tijdvolgordelijk drie miljoen cliënten.

Transactiefiltering

Zoals de naam al aangeeft gaat het hier om het filteren van transacties. Daarin wordt onderscheid gemaakt tussen transacties naar landen waarop een sanctieregime van toepassing is en transacties naar personen die, om welke reden dan ook, op een sanctielijst zijn geplaatst.

In het algemeen wordt er gefilterd op de EU-sanctielijst en op de zogenaamde OFAC-lijst, de lijst uitgegeven door het Office for Foreign Asset Control van het Amerikaanse Ministerie van Financiën. Op de website van OFAC staan de volgende lijsten: Specially Designated Nationals List (SDN List), Counter Terrorism Sanctions, Non proliferation Sanctions, Counter Narcotics Trafficking Sanctions, Iran Sanctions en nog 19 andere sanctielijsten. Naast deze 'Amerikaanse lijsten' zijn er vele andere door overheden uitgegeven lijsten waarop financiële instellingen kunnen filteren, maar het gebruik van deze lijsten heeft, net als het filteren op de OFAC-list slechts een preventief reputationeel karakter. De vraag dringt zich op of het voor de financiële instelling noodzakelijk is om haar cliëntenbestand (of de prospect bij cliëntacceptatie) te toetsen aan al deze lijsten. Afhankelijk van de landen waar de financiële instelling is gevestigd en de exterritoriale reikwijdte van de wetgeving van het betreffende land kan het wenselijk zijn. Hierop wordt in dit artikel niet verder ingegaan.

Ter illustratie een overzicht aangetroffen op de website van het Bureau of Industry and Security (BIS) van het U.S. Department of Commerce:

'The following lists may be relevant to your export or reexport transaction:

Denied Persons List: A list of individuals and entities that have been denied export privileges. Any dealings with a party on this list that would violate the terms of its denial order is prohibited.

Unverified List: A list of parties where BIS has been unable to verify the end-user in prior transactions. The presence of a party on this list in a transaction is a "Red Flag" that should be resolved before proceeding with the transaction.

Entity List: A list of parties whose presence in a transaction can trigger a license requirement under the Export Administration Regulations.

Specially Designated Nationals List: A list compiled by the Treasury Department, Office of Foreign Assets Control (OFAC). OFAC's regulations may prohibit a transaction if a party on this list is involved.

Debarred List: A list compiled by the State Department of parties who are barred by §127.7 of the International Traffic in Arms Regulations

Nonproliferation Sanctions: Several lists compiled by the State Department of parties that have been sanctioned under various statutes.'

De ervaring leert dat er internationaal een gebrekkige afstemming is ten aanzien van de op sanctielijsten opgenomen personen en entiteiten. Het vergelijken van lijsten van de verschillende departementen/ministeries van de Verenigde Staten van Amerika laat zien dat daar op nationaal niveau geen of gebrekkige afstemming plaatsvindt en het ontbreken van gegevens op de Europese sanctielijsten laat zien dat (Binnenlandse) Veiligheidsdiensten van de bij de Unie horende landen hun informatie niet of onvoldoende uitwisselen.

Het is voor elke financiële instelling aan te bevelen terughoudend te zijn in het opnemen van 'te veel' lijsten in het filtersysteem. Actualiteit van de lijsten en de veelal beperkte mogelijkheid tot internationale opvolging bij een 'treffer' zijn overwegingen die hierbij een rol spelen. Beperking tot, afhankelijk van de plaatsen van vestiging, het wettelijk en reputationeel noodzakelijke geniet de voorkeur.

De financiële instellingen in Nederland hebben de afspraak gemaakt dat nationaal transactieverkeer (vaak 'domestic transactions' genoemd) niet online/realtime wordt gefilterd. Dit kan door de hiervoor beschreven maatregelen van cliëntacceptatie aan de voordeur. In principe kan er geen persoon/bedrijf cliënt zijn die op de sanctielijst staat dan wel zeer recent op een sanctielijst is opgenomen. In theorie is er sprake van een restrisico. Dat restrisico is echter zo klein, dat dat door de financiële instellingen als acceptabel wordt aanvaard en ook DNB heeft zich stilzwijgend aan deze werkwijze geconformeerd.

Wat overblijft zijn de internationale transacties. Elke transactie die wordt uitgevoerd via het SWIFT-netwerk (Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication), dus zowel de uitgaande transacties als inkomende, wordt gecontroleerd. Staat de begunstigde van de uitgaande betaling op een sanctielijst, staat de opdrachtgever van een inkomende betaling op een sanctielijst, gaat de transactie naar een land waarop sancties van toepassing zijn, of staat er in de omschrijving van de transactie een vermelding die aanleiding kan geven tot nader onderzoek, dan zal de transactie worden 'opgehouden' voor nader onderzoek. Daarnaast zijn er aanwijzingen met betrekking tot de verplichte vermelding van een identificerend gegeven van de opdrachtgever of de begunstigde. 'One of our customers' of soortgelijke vermeldingen zijn niet meer aan de orde. De controle is een lastige en tijdrovende aangelegenheid. Vooral lastig omdat de meeste instellingen de uitgaande betalingen pas controleren als ze al in de systemen van de bank zijn geboekt (general ledger) en aan het SWIFT-netwerk worden aangeboden. De

To monitor or not that's (no longer) the question

opdrachtgevende cliënt heeft de transactie al als debetboeking op zijn rekening zien verschijnen. Het blokkeren van inkomende transacties kent hetzelfde risico. Goederen zijn misschien al vrijgegeven of vervolgttransacties in gang gezet. De noodzaak tot het instellen van een fijnmazig transactiecontrolesysteem is noodzakelijk, maar te fijnmazig levert problemen op in de uitvoering. Op deze problematiek wordt hier niet verder ingegaan, maar de verplichting tot filtering heeft veel meer bijeffecten dan de wetgever zich wellicht had voorgesteld.

Conclusie filtering

1. Prospects worden getoetst – cliëntfiltering;
2. Nieuwe sanctielijsten worden aan de systemen aangeboden – postfiltering;
3. Internationale transacties worden aan de hand van lijsten gecontroleerd – transactie-filtering.

Wat overblijft is de filtering van nationale transacties. Die komen, als het goed is, naar voren zodra de postfiltering wordt uitgevoerd. Ook een nationale transactie die er om welke reden dan ook 'doorheen geglipt' is, zal op dat moment aan het licht komen. Filtering is hiermee een 'waterdicht' systeem zoals dat door de wetgever is bedoeld en door de toezichthouder wordt gecontroleerd.

Monitoring

Zoals al aangegeven kennen we twee soorten monitoring: cliëntmonitoring en transactie-monitoring.

Beide begrippen worden hier verder uitgewerkt. Op de eerste plaats zal helder moeten zijn wat een cliënt is. In dit verband is een cliënt een (rechts)persoon die een relatie onderhoudt met een financiële instelling, ongeacht welk(e) product(en) hij afneemt. Van een cliënt zijn vele zaken bekend:

naam, voornamen of letters van de voornamen, geboortedatum, burgerservicenummer, adres, postcode en plaats, woonland, land van herkomst, rekeningnummer(s), producten, gezinsleden, sociale status, schuldpositie, vermogen, met wie doet hij zaken, hoe vaak en met welke omvang, bij welk kantoor de relatie in de boeken staat, wat is het inkomen per maand, uit welke componenten bestaat dit inkomen, etc.. Er zijn nog andere mogelijkheden onder andere voor marketingdoeleinden, maar die worden hier niet verder uitgewerkt.

Voordat er van monitoring sprake kan zijn, zal moeten worden vastgesteld welk gewicht er aan elk van de onderdelen van de hiervoor opgenomen opsomming wordt toegekend.

Ter toelichting een voorbeeld:

Een man heeft als particuliere cliënt alleen een betaalrekening die middels electronic banking frequent wordt gebruikt. De cliënt woont op meer dan 50 km afstand van het kantoor waar de rekening wordt aangehouden. Er komen twee girale betalingen per maand binnen, laten we zeggen: een salaris en een periodieke (vooraftek-)betaling van de belastingdienst en het uitgavenpatroon bestaat uit betaling van een hypotheek, verzekering, levensonderhoud, sportclub en kinderopvang, waarbij er soms geld overblijft aan het einde van de maand, maar regelmatigier maand aan het einde van het geld. Dat is toch een heel herkenbaar patroon. Plotseling wordt de rekening ook gevoed door middel van afstortingen via een geldautomaat. De plaats waar dit gebeurt heeft op het oog geen enkele relatie met de woonplaats van de cliënt of met het kantoor waar de rekening wordt aangehouden.

Vreemd? Zegt u het maar.

Transactiemonitoring

In het kader van transactiemonitoring zou het hiervoor geschetste rekeninggebruik mijns inziens moeten opvallen. Een rekening met twee terugkerende girale voedingen per maand en dan extra inkomsten kan op een eenvoudige wijze worden getraceerd.

Een scenario dat hierop van toepassing zou kunnen zijn is:

- Aantal mutaties inkomend per maand = 2
- Gemiddelde voeding per maand = X
- Andere voeding dan giraal = 0

Op basis van de scenario's zou deze transactie worden opgemerkt. Er zijn vele scenario's te bedenken die sec gericht zijn op transactiemonitoring. Er is echter geen uniforme richtlijn te geven voor scenario's voor transactiemonitoring. Parameters zijn sterk afhankelijk van het cliëntensegment, soort business, de producten die worden afgenomen, de landen waarmee zaken worden gedaan enz. enz.. Daarnaast kan, afhankelijk van het risicoprofiel van de cliënt, gekozen worden voor een 'maand-maand' of voor een 'kwartaal-kwartaal'-vergelijking.

Deze vorm van monitoring geldt natuurlijk niet alleen voor financiële (valuta) transacties. Het kan ook een afbetaling / afkoop zijn van een levensverzekering, een terugbetaling van een hypotheek, het verkopen van een onevenredig groot deel uit een effectendepot. Dit zijn echter ook allemaal zaken die niet losgezien kunnen worden van de rest van het profiel van de cliënt.

In dit artikel wordt niet ingegaan op de vraag of dit een meldenswaardige transactie is in het kader van de Wwft. Dat het een voor de instelling te onderzoeken transactie is, gezien de afwijking van het normale gebruik van de rekening, staat buiten kijf. De ongebruikelijkheid en daardoor de meldenswaardigheid kan pas worden vastgesteld als ook gekeken is naar het 'profiel van de cliënt'.

Cliëntmonitoring

Cliëntmonitoring is een complexe aangelegenheid. Om te beginnen maar even terug naar de cliënt uit het voorbeeld van de kasstortingen.

Naast de melding(en) die het monitoringssysteem van de bank naar aanleiding van de kasstortingen heeft gegenereerd (alerts) bleek er nog een alert te zijn op naam van deze cliënt. Wat namelijk uit de alert op basis van de transactiemonitoringsregel niet bleek, is dat deze cliënt naast de privérekening ook zakelijk aan de bank verbonden is. De salarisbetaling komt uit een BV die volgens de bij de bank bekende gegevens en uit de inschrijving bij de Kamer van Koophandel gevestigd is in de plaats waar ook de stortingen via de geldautomaat zijn gedaan. De bedrijfsactiviteiten bestaan uit hoofdzakelijk contante handel. Uit een artikel in een regionale krant blijkt dat het niet zo goed gaat in het marktsegment waarin de cliënt actief is. Er is zelfs sprake van schuldeisers en de cliënt heeft besloten om tijdelijk zakelijk gebruik te maken van de privérekening.

De afstortingen via de geldautomaat zijn wel gebruikelijk op de zakelijke rekening van de cliënt. In het verleden maakte de cliënt gebruik van een sealbag-overeenkomst, maar het afstorten via de automaat heeft nu kennelijk zijn voorkeur.

De handelwijze van de cliënt, en het mogelijk gedogen daarvan door de financiële instelling, heeft een reputationeel risico in zich. Tijdig signaleren en beheersen is van groot belang.

Cliëntmonitoring strekt zich uit over de gehele 'breedte' van de cliënt: betaalrekening, sparen, hypotheek, zakelijk betalingsverkeer, risicoprofiel behorend bij het zakelijk betalingsverkeer, beleggen met beleggersprofiel, gemachtigde op rekening van anderen, de risicomatrix van het betreffende product in combinatie met de beroepsactiviteiten van de cliënt etc. etc..

Zoals uit het voorbeeld blijkt is een eenvoudig 'afvinklijstje' ten aanzien van cliëntmonitoring een achterhaalde zaak. De complexiteit neemt toe, mede door de zelfstandigheid van de cliënt middels het elektronisch bankieren.

De financiële instelling zal per cliëntsegment 'risico-indicatoren' moeten benoemen. In combinatie met elkaar en afhankelijk van het soort business zullen daar parameters uit afgeleid kunnen worden.

Conclusie monitoring

De vraag dringt zich op: 'Hoe breed je moet monitoren. Hoort bij gedrag ook het gedrag van de cliënt "buiten de directe relatie met de bank"?'. Rechtelijke uitspraken inzake coffeeshops en prostitutie hebben aangetoond dat er niet één lijn te trekken is. Cliëntmonitoring en daaraan gekoppeld adequaat optreden door de financiële instelling zullen altijd weer de toets van kritiek moeten doorstaan. De ervaring leert dat politiek, toezichthouder en publiek zich snel een bijna onuitwisbaar beeld vormen van 'de macht van de bank'. Het is aan ons, Compliance professionals, om daarop een adequaat antwoord te geven. Naar mate dat meer eensluidend is, zal de kracht ervan toenemen. Hopelijk is dit een eerste aanzet om in elk geval 'dezelfde taal' te spreken.

Bijlage 10

CDD: Voordeur dicht, achterdeur open

Het opzeggen van relaties met klanten in verband met integriteitsrisico's

Mr. A.H.J. Kuus¹

Inleiding

Sinds het rapport 'Customer Due Diligence for banks' uit 2001² is Customer Due Diligence (CDD) een vast onderdeel van het beleid van financiële ondernemingen. Met de invoering van de Wwft is CDD dubbel geborgd in de Nederlandse regelgeving. Zowel de Wft als de Wwft besteden aandacht aan dit onderwerp. Deze toegenomen aandacht voor de integriteitsaspecten van klanten heeft ook consequenties voor klantacceptatie en het beëindigen van lopende relaties met klanten. Een onderwerp dat de laatste tijd, door procedures en vragen in de Twee Kamer, opeens nogal in de belangstelling staat. In deze bijdrage ga ik daar dieper op in.

Het wettelijk kader

De Wft

In mei 2003 is het CDD rapport van het Basel committee door DNB geïmplementeerd op grond van de toenmalige Wet toezicht kredietwezen. Per 1 januari 2004 is het rapport komen te vallen onder de Regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars van DNB. Na de invoering van de Wet op het financieel toezicht wordt het onderwerp CDD geregeld in een aantal bepalingen in hoofdstuk 3 (voor 'banken') en hoofdstuk 4 (voor overige financiële ondernemingen) van die Wft.

-
- 1 Ad Kuus werkt bij het Directoraat Juridisch Fiscale Zaken van Rabobank Nederland. Hij is voorzitter van de Commissie Criminaliteitsbeheersing van de NVB en van de Werkgroep weten regelgeving criminaliteitsbeheersing van de NVB. In 2008 heeft Ad Kuus de NCI Compliance Award 2008 uitgereikt gekregen.
 - 2 Customer Due Diligence for Banks, Basel Committee on Bank Supervision, october 2001.

De regels komen er kort gezegd op neer, dat in de Wft in algemene zin wordt gesteld dat de bank zorg dient te dragen voor een integere bedrijfsvoering:

Een financiële onderneming voert een adequaat beleid dat een integere uitoefening van haar bedrijf waarborgt. Hieronder wordt verstaan dat:

- a. belangenverstrengeling wordt tegengegaan;
- b. wordt tegengegaan dat de financiële onderneming of haar werknemers strafbare feiten of andere wetsovertredingen begaan die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kunnen schaden;
- c. wordt tegengegaan dat wegens haar cliënten het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten kan worden geschaad; en
- d. wordt tegengegaan dat andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.³

Een nadere uitwerking hiervan is opgenomen in twee Algemene Maatregelen van Bestuur: het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft. In artikel 14 van het Besluit prudentiële regels Wft worden de uitgangspunten van het CDD Rapport kort weergegeven en als verplichting opgelegd aan de instellingen:

1. Een kredietinstelling, levensverzekeraar of bijkantoor als bedoeld in artikel 11, eerste lid, beschikt met het oog op een integere uitoefening van het bedrijf over procedures en maatregelen met betrekking tot de acceptatie van cliënten.
2. Onverminderd het bepaalde ingevolge de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme beschikt een kredietinstelling, levensverzekeraar of bijkantoor als bedoeld in het eerste lid, over procedures en maatregelen met betrekking tot het vaststellen van de identiteit van cliënten en van de verificatie daarvan. De kredietinstelling, levensverzekeraar, onderscheidenlijk het bijkantoor, accepteert een cliënt niet indien de identiteit niet is vastgesteld overeenkomstig het daarvoor opgestelde beleid.
3. De financiële onderneming, bedoeld in het tweede lid, onderscheidenlijk het bijkantoor, beschikt met het oog op een integere uitoefening van het bedrijf over organisatorische en administratieve procedures en maatregelen die betrekking hebben op risicoclassificaties ten aanzien van cliënten, producten of diensten.
4. De financiële onderneming, bedoeld in het tweede lid, onderscheidenlijk het bijkantoor, beschikt over procedures en maatregelen met betrekking tot de analyse van gegevens van cliënten, mede in relatie tot de door de cliënt afgenomen producten of diensten, en terzake van de detectie van afwijkende transactiepatronen. Aan de hand van voornoemde procedures en maatregelen bepaalt de financiële onderneming tevens de risico's van bepaalde cliënten, producten of diensten voor de integere uitoefening van haar bedrijf.

³ Art 3.10 Wft (beknopt weergegeven).

5. De financiële onderneming, bedoeld in het tweede lid, onderscheidenlijk het bijkantoor, draagt zorg voor de documentatie en vastlegging met betrekking tot de acceptatie en indeling naar risico van cliënten, de identificatie en verificatie van de gegevens van cliënten en de bewaking van het handelen van cliënten. Dergelijke gegevens worden tot vijf jaar na de dienstverlening of het beëindigen van de relatie bewaard.⁴

De Wwft

Sinds augustus 2008 zijn de wetten Wid⁵ en Wmot⁶ opgegaan in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.⁷ Deze wet integreert de bestaande regelgeving, maar implementeert ook de Derde Anti-witwasrichtlijn van de EU. Belangrijk onderdeel van deze Derde Anti-witwasrichtlijn was de verdergaande aandacht voor de achtergronden van klanten. In de eerdere regelgeving was vooral gericht op de identificatie van de klant en het detecteren en melden van ongebruikelijke transacties. Door de Derde antiwitwasrichtlijn is dit verbreed tot een zogenaamd 'cliëntenonderzoek'. Dit omvat veel meer dan identificatie alleen.

Het cliëntenonderzoek omvat:

- identificatie van de cliënt en verificatie van de identiteit;
- het, waar relevant, identificeren en verifiëren van de uiteindelijk belanghebbende;
- het vaststellen van doel en aard van de relatie; en
- het voortdurend controleren van de relatie en de verrichte transacties, met in voorkomende gevallen een onderzoek naar de bron van het vermogen van de cliënt.

Als er geen cliëntenonderzoek kan worden uitgevoerd is het de instelling verboden een relatie met een cliënt aan te gaan.

Overlap?

De regels in de Wft en de Wwft overlappen elkaar. Bij de invoering van de Wft schreef de minister nog dat de normen rond CDD eigenlijk tijdelijk in de Wft terecht waren gekomen (via de bepaling in artikel 14 Besluit prudentiële regels Wft, zoals hierboven weergegeven). Op termijn zouden de regels echter in de Wwft terecht komen:

Bij de integratie zullen de bepalingen met betrekking tot CDD naar voornoemde wetten en bijbehorende regelgeving worden verplaatst. Tot die tijd zijn de bepalingen in dit besluit opgenomen. Hoewel de formulering is aangepast, beogen de huidige artikelen met betrekking tot CDD materieel geen wijziging ten opzichte van de bepalingen uit het Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars en de Regeling CDD kredietinstellingen en verzekeraars.⁸

⁴ Artikel 14 Besluit prudentiële regels Wft.

⁵ Wet identificatie bij dienstverlening.

⁶ Wet melding ongebruikelijke transacties.

⁷ Staatsblad 208, 303.

⁸ Toelichting bij artikel 14 Besluit prudentiële regels Wft.

Bij het indienen van het voorstel voor de Wwft was de minister echter van mening veranderd: De Besluiten prudentiële regels Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft bevatten namelijk evenals dit voorstel voorschriften met betrekking tot cliëntenonderzoek. Wat hierboven is opgemerkt over de relatie tussen de Wft en dit wetsvoorstel geldt ook voor deze bepalingen: zij zien niet op het voorkomen van witwassen of het financieren van terrorisme, maar hebben als doel de integere uitoefening van het bedrijf van financiële ondernemingen te waarborgen. Deze doelstelling is breder dan die in van onderhavig voorstel en volgt ook niet uit de derde witwasrichtlijn. Financiële instellingen die te maken hebben met beide wetten kunnen in hun interne organisatie en bedrijfsvoering de uitvoering van de vereisten van de Wft en dit wetsvoorstel op elkaar aan laten sluiten.

Hierover zijn de nodige vragen gesteld in de Kamer. Die hebben geleid tot een nader onderzoek van de minister. In een brief⁹ hierover schreef de minister:

Het is niet onze bedoeling om instellingen die zowel onder de Wft als onder de Wwft vallen, twee soorten cliëntenonderzoek uit te laten voeren. De reikwijdte van het cliëntenonderzoek in de Wft is anders dan die van het cliëntenonderzoek in de Wwft. Vergeleken met de Wft heeft de Wwft een meer bijzondere doelstelling, te weten heel specifiek het voorkomen van witwassen en van het financieren van terrorisme. Instellingen die te maken hebben met beide wetten in hun interne organisatie en bedrijfsvoering kunnen het cliëntenonderzoek uit hoofde van die twee wetten integreren. Gelet op het bovenstaande is er niet per definitie sprake van overlap of stapeling van wetgeving, maar is het voor de betreffende instellingen wel onduidelijk. Ik ben met u van mening dat één helder normatief kader wenselijk is.

Kijkend naar beide regelingen kan met de minister worden geconstateerd dat ze elkaar overlappen, maar dat de scope van de Wft wat breder lijkt te zijn dan die van de Wwft. De Wwft kijkt vooral naar risico's van klanten als het gaat om betrokkenheid bij witwassen van geld of financiering van terrorisme. De Wft hanteert daartegenover het bredere begrip integere bedrijfsvoering. Uitgaande van één dossier omtrent de cliënt moet een inschatting worden gemaakt van de risico's die uit een relatie met een cliënt kunnen voortvloeien.

9 Brief van 15 oktober 2008, kst 31 239, nr 9.

De risico's

De integriteitsrisico's die in het kader van Customer Due Diligence beheerst moeten worden zijn beschreven in het BIS Rapport uit 2001 en worden nog eens krachtig samengevat in de Toelichting¹⁰ die door DNB na overleg met de Nederlandse Vereniging van Banken is gepubliceerd:

- Reputatierisico: het risico dat door nadelige publiciteit kan ontstaan (kortweg: zou ik samen met deze cliënt in de krant willen staan?)
- Operationeel risico: het risico van schade als gevolg van het feit dat niet volgens procedures wordt gehandeld
- Juridisch risico: het risico van rechtszaken, strafvervolging, en de daarmee gepaard gaande boetes, schadevergoedingen en sancties die een bedreiging kunnen vormen voor de continuïteit van de bedrijfsvoering
- Concentratierisico: het risico dat (onbewust) teveel zaken wordt gedaan met personen of ondernemingen die uiteindelijk tot hetzelfde conglomeraat behoren.

De risico's die de Wwft beoogt te beheersen zijn hier ook onder te brengen: deels reputatierisico, deels juridische risico, en zeker ook operationeel risico.

Risicobeheersing en klanten

De eerder al genoemde Toelichting van DNB geeft aan dat een bank, om uitvoering te geven aan de risicogelateerde benadering, haar (potentiële) klanten en haar producten in kan delen in risicocategorieën. Op elke risicocategorie kan de bank dan passende beheersmaatregelen nemen. In de Toelichting wordt als voorbeeld een viertal categorieën genoemd: Laag, Normaal, Verhoogd en Onacceptabel. In de categorie Laag zal in beginsel het grootste deel van de retailproducten en retailklanten worden ingedeeld. Het risico van verwijtbare betrokkenheid bij witwassen door een klant met een spaarrekening is veel kleiner dan de risico's rond een klant die door een bank in het kader van international private banking wordt geadviseerd over vermogensbeheer.

Bij de indeling in de categorieën kijkt de bank dus naar het product dat de klant zal afnemen, maar ook naar de persoon van de klant, de aard van de transacties, de herkomst van het vermogen e.d.

De Toelichting beschrijft dat een bepaalde groep voor een bank een onacceptabel hoog risico kan opleveren. Dit zijn klanten die bijvoorbeeld geen (of onvoldoende) informatie geven omtrent de herkomst van hun vermogen of de aard van hun zakelijke activiteiten. Dit ligt eigenlijk ook in het verlengde van de Wwft, waarin wordt geregeld dat het ver-

¹⁰ Toelichting Customer Due Diligence for Banks (versie april 2006), kenmerk Tb/2006/00836/Rei. Deze toelichting is indertijd geschreven naar aanleiding van een DNB regeling over CDD. Die regeling is met de invoering van de Wft komen te vervallen. Omdat is aangegeven dat de invoering van de Wft op dit punt geen wijziging inhoudt ten opzichte van bestaande uitgangspunten is die Toelichting nog steeds valide en derhalve nog te vinden op de website van DNB.

boden is om een relatie met een klant aan te gaan als de bank onvoldoende in staat is het cliëntenonderzoek uit te voeren.¹¹

Het is daarbij overigens wel opmerkelijk dat de wetgever in de Wwft een formulering heeft gekozen die uitsluitend lijkt te zien op het aangaan van de relatie. ('Het is een instelling verboden een zakelijke relatie aan te gaan (...) indien (...)'). De Wwft schrijft echter ook voor dat er een voortdurende controle moet plaatsvinden op de zakelijke relatie en de verrichte transacties. Dit wordt ook wel een review en monitoring verplichting genoemd. De Wwft heeft geen bepaling die expliciet verbiedt om een relatie voort te zetten als deze review verplichting niet kan worden uitgevoerd. Het lijkt echter niet de bedoeling van de wetgever dat een instelling de dienstverlening onbeperkt zou kunnen continueren als het klantdossier met betrekking tot CDD aspecten niet meer op orde is.

In de Toelichting van DNB wordt hier veel duidelijker mee omgegaan: bij constatering van een onacceptabel risico wordt geen relatie aangegaan. Een bestaande relatie die een onacceptabel risico is geworden, wordt beëindigd. 'Kort gezegd geldt hier: voordeur dicht en achterdeur open.'

Wanneer is er nu sprake van een onacceptabel risico? Daarvoor zijn enkele voorbeelden te noemen.

In de eerste plaats de situatie waarvan overduidelijk is, dat het de bank verboden is om diensten te verlenen. Het kan dan gaan om klanten die voorkomen op een sanctielijst, of transacties die worden verricht in strijd met de sanctielijsten.

Een ander voorbeeld betreft het verlenen van diensten aan illegale ondernemingen. Het verlenen van diensten aan financiële ondernemingen die geen vergunning hebben is veelal verboden.¹² In de Circulaire van DNB¹³ over dit onderwerp uit 2005 wordt een aantal signalen genoemd, zoals de naam van de klant (klanten met het woord 'bank' in hun naam, of financial services e.d.) of bepaalde soorten transacties. Zodra een instelling detecteert dat de klant zich bezig houdt met vergunningplichtige activiteiten zal gecontroleerd moeten worden of de klant over de vereiste vergunningen beschikt. Heeft de klant die vergunningen niet, dan zal de instelling verdere dienstverlening moeten staken.

Een volgende categorie betreft dienstverlening aan klanten die zich bezig houden met criminele activiteiten en die de opbrengsten daarvan witwassen via de relatie met de bank. De bank die hier aan meewerkt maakt zich zelf ook schuldig aan witwassen.¹⁴

In de Wwft zelf staat geen bepaling die het uitvoeren van een witwastransactie verbiedt. Dat is ook niet nodig, want dit vloeit al voort uit het wetboek van strafrecht.

Het meewerken aan witwastransacties is verboden.¹⁵ Dus ook deze transacties zal de bank niet mogen uitvoeren.

11 Artikel 5 lid 1 Wwft.

12 Zie bijvoorbeeld artikel 11 Wet op de Geldtransactiekantoren.

13 Circulaire DNB 4 augustus 2005, referentie Eci/2005/00297/pos.

14 Zie ook het artikel 'Schuldwitwassen' in deze editie, geschreven door Mr. P.C. (Paul) Verloop.

15 Zie bijvoorbeeld artikel 420bis van het Wetboek van Strafrecht.

Lastiger is het om de positie te bepalen als de activiteiten van de klant niet expliciet verboden zijn (of voor de bank niet is te bewijzen dat het om verboden transacties gaat). Dat probleem speelt vooral bij het opzeggen van een bestaande relatie met een klant.

Contractvrijheid

Het Nederlandse recht kent contractvrijheid. Dat betekent dat civiele partijen in beginsel niet verplicht zijn met elkaar een relatie aan te gaan. De bank is dus in principe vrij om te weigeren met klanten een relatie aan te gaan. Zo'n besluit om te weigeren mag niet op discriminatoire redenen worden genomen. Daarnaast is te zien dat de contractvrijheid enigszins wordt ingeperkt als het gaat om die financiële diensten die men als een nutsfunctie ziet. Daar kom ik later nog op terug.

Beëindiging van lopende relaties

Gecomplieerder is de situatie als het gaat om het beëindigen van lopende relaties. Er is dan sprake van een duurovereenkomst. Algemeen uitgangspunt is, dat dit soort duurovereenkomsten kan worden opgezegd. Maar, bij die opzegging komen wel de regels van redelijkheid en billijkheid om de hoek kijken. Uit uitspraken van rechters komt daarbij de volgende afweging naar voren: aan de ene kant wordt gekeken naar het belang dat personen toegang hebben tot het financiële stelsel. Uitsluiting van de nutsfunctie die een betaalrekening toch steeds meer gaat worden kan niet zo maar plaatsvinden. Aan de andere kant wordt echter ook het belang van de bank gewogen, en dan met name het belang van de integriteit van de bank zelf en van het financiële stelsel als geheel.¹⁶ Het Gerechtshof in Den Bosch¹⁷ formuleerde dat als volgt:

De voorzieningenrechter heeft (...) terecht vooropgesteld dat de uitoefening van de bevoegdheid de overeenkomsten door opzegging te beëindigen in strijd is met de eisen van redelijkheid en billijkheid indien in de concrete omstandigheden van het geval voor opzegging geen voldoende (zwaarwegende) grond bestaat, en dat daarbij het bijzondere belang dat de wederpartij heeft bij instandhouding van de overeenkomsten, de in beginsel tot opzegging bevoegde partij in de uitoefening van zijn bevoegdheid geheel of gedeeltelijk kan beperken.

Hierbij moet enerzijds in oenschouw worden genomen dat het voor rechtsen natuurlijke personen voor hun voortbestaan of functioneren van eminent belang is dat toegang hebben tot het bancaire systeem. Anderzijds moet de maatschappelijke functie van banken in het oog worden gehouden. Deze functie verlangt van de bank de grootst mogelijke integriteit, hetgeen onder meer meebrengt dat zij zich dient te distantieren van activiteiten die het daglicht niet kunnen verdragen. De maatschappelijke positie van de bank brengt echter ook mee dat zij de belangen van de individuele cliënt in het oog houdt en een relatie met deze slechts op grond van goede redenen en met toepassing van de vereiste zorgvuldigheid opzegt.

¹⁶ Zie ook 'Opzegging bankrelatie wegens integriteits- en reputatierisico's' door Arie van den Bergen en John van Baaren in *Bank- en Effectenbedrijf* van maart 2009.

¹⁷ Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 9 december 2008, LJN BI0880.

Die afweging valt in het voordeel van de bank uit als er sprake is van duidelijk verboden activiteiten, of activiteiten die een ernstig risico voor de integriteit van de bank opleveren. Voorbeelden hiervan zijn:

a) De klant wordt in de pers in verband gebracht met witwasactiviteiten, daarom beëindigt de bank de relatie in verband met het reputatierisico.

Cliënt heeft aangevoerd dat hij nooit veroordeeld is voor de misdrijven waarmee hij in verband wordt gebracht (...). Volgens de CDD doet dit echter niet ter zake. De 'reputational risk' wordt immers gedefinieerd als 'the potential that adverse publicity regarding a bank's business practices and associations, whether accurate or not, will cause a loss of confidence in the integrity of the institution'.

Dit betekent dat de omstandigheid dat de werkelijk betrokkenheid van Cliënt bij (ernstige) criminele activiteiten onzeker is, op zichzelf volgens CDD niet hoeft af te doen aan het reputatierisico en de daaraan te verbinden gevolgen. Dat zou wellicht anders kunnen zijn, indien die veronderstelde betrokkenheid in die mate aan twijfel onderhevig is, dat bij de beoordeling van het reputatierisico daarmee redelijkerwijs geen rekening mag worden gehouden, maar die situatie doet zich hier niet voor. (...) Het hof acht het voorhands op grond van de veelvuldige publiciteit rond Cliënt, de ernst van de misdrijven waarmee hij in verband wordt geacht (...) niet onaannemelijk dat de bodemrechter van oordeel zal zijn dat het reputatierisico hier van dien aard is dat het de bank vrij stond de relatie met Cliënt te beëindigen op de wijze zoals zij heeft gedaan.

Daarbij is nog van belang dat – zo is ten pleidooie in hoger beroep gebleken – Cliënt haar betaalrekeningen bij een andere bank heeft onder kunnen brengen en voorts dat niet aannemelijk is dat Cliënt in ernstig mate gedupeerd is door de beëindiging van de kredietfaciliteit, zodat valt aan te nemen dat de bodemrechter op grond hiervan de afhankelijke van de Cliënt van de bank minder zwaar zal laten wegen.¹⁸

b) De klant heeft zich schuldig gemaakt aan een feit dat de rechtsorde ernstig heeft geschokt (handel in kinderporno).

Indachtig de inhoud van het rapport 'CDD for banks' en gezien de Toelichting op dat rapport van DNB, heeft de bank naar het oordeel van de voorzieningenrechter in redelijkheid kunnen beslissen dat het betrekken tot de relatie met Cliënt sprake was van een onacceptabel reputatierisico en dat deze relatie om die reden diende te worden beëindigd. De voorzieningenrechter heeft daarbij het volgende in aanmerking genomen. In de eerste plaats stond op (...) de dag dat de bank haar relatie met Cliënt opzei, vast dat Cliënt in X ter zake van – kort gezegd – de handel in kinderporno was veroordeeld tot een gevangenisstraf van 11 jaar. In de tweede plaats liepen op dat moment in Nederland tegen Cliënt strafrechtelijke onderzoeken ter zake van de verdenking van, eveneens, de handel in kinderporno. De handel in kinderporno wordt wereldwijd beschouwd als één van de meest ernstige strafbare feiten (...). Het is niet meer dan begrijpelijk dat de bank, zoals ieder weldenkend mens, zich

18 Gerechtshof te Amsterdam, 2 juni 2005, rolnummer 1772/04 SKG.

verre wil houden van deze handel. Voor de bank, en banken in het algemeen klemt dat te meer, omdat wanneer zij zich niet van een dergelijke handel zouden distantiëren het vertrouwen van het publiek in – de integriteit van – banken ernstig zou worden geschaad. (...) Gelet op het voorgaande (...) heeft de bank haar relatie met Cliënt terecht aangemerkt als een onacceptabel reputatierisico en als gevolg daarvan heeft zij die relatie moeten beëindigen nu – kort gezegd – meergenoemde CDD regelgeving daartoe dwingt.¹⁹

c) Aan de andere kant valt de afweging in het voordeel van de klant uit, als er onvoldoende dringende redenen worden aangevoerd en blijkt dat de beëindiging nadelig uitpakt voor de klant. Dit deed zich voor toen steeds meer banken besloten om de relatie met coffeeshops te beëindigen. Door berichten in de pers over toenemende infiltratie van de onderwereld in coffeeshops begonnen banken kritisch te kijken naar de risico's rond dit soort klanten.

De bank heeft aangevoerd dat zij op grond van de (...) CDD regelgeving, die op 1 januari is opgegaan in de Wet op het Financieel toezicht (Wft) en het Besluit prudentiële regels Wft (BPR) verplicht is een adequaat beleid te voeren waar het om integere bedrijfsvoering gaat. De bank stelt dat zij op grond van die (dwingende) regelgeving gehouden is de relatie met haar rekeninghouders te beëindigen in die relatie een voor haar onaanvaardbaar risico oplevert als het gaat om haar integriteit dan wel haar reputatie. De bank heeft op basis van deze regelgeving haar beleid ten aanzien van coffeeshops gewijzigd en aangescherpt hierop neerkomende dat het enkele feit dat een cliënt betrokken is bij de exploitatie van een coffeeshop voor de bank een zodanige aantasting van haar integriteit en reputatie alsmede een risico voor een (strafrechtelijke) aansprakelijkheid kan opleveren, dat zulks opzegging rechtvaardigt. (...) Het BPR verplicht de financiële instelling evenwel niet om de relatie met een bepaalde cliënt te beëindigen, (...). De stelling van de bank dat zij op grond van deze (dwingende) regelgeving gehouden is of bevoegd is de relatie met haar rekeninghouders te beëindigen indien die relatie een voor haar onaanvaardbaar risico oplevert, faalt mitsdien.

Het vorenstaande laat evenwel onverlet dat de bank wel haar belang om de relatie met Cliënt te beëindigen aan de CDD-regelgeving kan onttelen. Blijkens de toelichting (...) beoogt de regeling dat de bank beleid voert en maatregelen neemt teneinde het optreden van reputatie-, operationele, juridische en concentratie risico's te voorkomen. (...) Het hof is (...) van oordeel dat hieruit volgt dat de bank zal moeten beoordelen of bij een bepaalde cliënt de hiervoor omschreven risico's zich in de concrete omstandigheden van het geval ook daadwerkelijk voordoen, en dat de bank dus niet kan volstaan met haar algemene beleidsopvatting dat het enkele feit dat Cliënt betrokken is bij een coffeeshop, reeds leidt tot een aantasting van haar integriteit, haar reputatie of tot andere genoemde risico's.²⁰

Samenvattend kan worden geconcludeerd dat rechters onderkennen dat duurovereenkomsten met klanten kunnen worden opgezegd, maar wel met inachtneming van redelijkheid en billijkheid. Daarbij zal het (reputatie)risico van de bank worden afgewogen tegen het nadeel

19 Rechtbank Alkmaar, 23 juni 2005, rolnummer KG 200/2005.

20 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 09-12-2008. LJN BI0880.

dat de klant heeft van het beëindigen van de relatie. Uit de CDD regelgeving halen de rechters geen keiharde verplichting om de relatie te beëindigen, maar wel een beëindigingsgrond. Maar de bank zal dan wel dat risico concreet moeten maken. Daarbij zal de ernst van de feiten waarvan de klant wordt beschuldigd een rol spelen. Te zien valt dat bij feiten als witwassen van geld, of betrokkenheid bij kinderporno de beoordeling al snel in het voordeel van de bank uitvalt. Gaat het om betrokkenheid bij op zich legale activiteiten, dan zal de bank meer concrete risico's moeten aanvoeren, om de relatie te kunnen beëindigen.

Unbankables

De eerder in deze bijdrage beschreven contractsvrijheid staat onder druk. De mogelijkheid om overeenkomst met cliënten op te zeggen wordt, zoals beschreven, ingeperkt door de regels van redelijkheid en billijkheid. Maar ook het weigeren om een relatie aan te gaan kan op problemen stuiten. Dit in verband met de al eerder genoemde nutsfunctie van het betalingsverkeer. Het is tegenwoordig erg lastig om aan het maatschappelijk verkeer mee te doen zonder een bankrekening. Veel werkgevers en uitkeringsinstantie betalen uitsluitend giraal uit. Ook sommige voorzieningen (zoals een ziektekostenverzekering) moet giraal worden betaald.

Om particuliere klanten op dit gebied een voorziening te bieden bestaat er al een aantal jaren een Convenant Basis bankdiensten. Dit convenant stelt iedereen in staat een basisbankdienst te verkrijgen, zelfs indien er sprake is van schulden e.d.

Ook indien de klant zich in het verleden schuldig heeft gemaakt aan strafbare feiten (oplichting, misbruik van vertrouwen, bedrieglijke bankbreuk, valsheid in geschrifte, witwassen van geld en fraude) biedt het convenant een voorziening. In dat geval wordt ook een basisbankdienst geleverd, onder de voorwaarde dat de rekening wordt beheerd door een erkende hulpverleningsinstantie.²¹

Voor particuliere klanten biedt het convenant dus een voorziening. Voor zakelijke klanten is zo'n voorziening er niet. Tot voor kort werd aangenomen dat die niet nodig was. Dit omdat werd aangenomen dat zij welbewust hadden gekozen zo'n risico aan te gaan door zich in een bepaalde activiteit te begeven. Inmiddels veranderen de gedachten op dit punt. Aanleiding is een wijziging van de bejegening van coffeeshops door banken. In het verleden stonden banken niet altijd afwijzend tegen relaties met (gedoogde) coffeeshops. De laatste jaren is het beeld van de coffeshop echter gewijzigd: zowel justitie als lokale overheden kijken minder positief naar deze sector. Het beeld is dat vaak banden zijn met georganiseerde criminaliteit, dat er veel crimineel geld in deze sector rond gaat, dat er vaak in strijd met voorwaarden wordt gewerkt e.d.²² Deze signalen, samen met de na 2001 toegenomen aandacht voor klantintegriteit, hebben veel banken aanleiding gegeven om actief relaties met coffeeshops te beëindigen. (zie bijvoorbeeld de uitspraak in paragraaf 6

21 Voor meer informatie zie: www.nvb.nl, onder het tabblad Dossiers, Convenant Basis Bankdiensten.

22 Zie bijvoorbeeld het rapport Preventieve doorlichting van de cannabissector, geschreven in 2005 door het onderzoeksbureau IntraVal in opdracht van het ministerie van Justitie.

hierboven). Een en ander heeft aanleiding gegeven tot Kamervragen. In antwoord daarop heeft de minister van Financiën verklaard dat hij het onacceptabel vindt dat bepaalde sectoren worden afgesneden van het betalingsverkeer: 'dit kan betekenen dat een bank gerechtigd is de rekening van een cliënt op te zeggen wanneer die cliënt het vertrouwen in haar of in de financiële markten schaadt of dreigt te schaden. Ik deel de vrees dat het uitsluiten van alle coffeeshops en houders van coffeeshops van iedere vorm van bancaire dienstverlening ongewenst of zelfs crimineel gedrag, zoals het (ondergronds) bankieren, in de hand kan werken.²³

In antwoord op latere vragen stelt de minister nog: 'Voor zoveel mogelijk dient te worden voorkomen dat coffeeshops ondergronds gaan bankieren of gebruik gaan maken van bankrekeningen van zogenaamde katvangers en dat als gevolg daarvan vrijwel ieder zich op geldstromen van en naar de coffeeshops verdwijnt.'²⁴ Een toch enigszins pikante stelling, gelet op het oorspronkelijke doel van de anti-witwaswetgeving: het schoon houden van het financiële stelsel. In voorkomende gevallen blijkt het opsporingsbelang (zicht houden op geldstromen) dus te prevaleren boven die doelstelling. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage vond overleg plaats tussen de minister en de NVB over een voorziening voor dit soort gevallen. Gedacht werd o.a. aan een zogenaamde white label bank, bijvoorbeeld in de vorm van een stichting die als bank zou kunnen gaan fungeren voor deze groepen klanten. Die bank zou gebruik kunnen maken van verwerkingscapaciteit van een andere bank.²⁵ (het voorstel vertoont enige analogie met Terminus (thans Rialto verzekeringen). Terminus is ooit opgezet in verband met de verplichte Wet Aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen; verzekerden die vanwege excessieve schades bij een reguliere maatschappij werden uitgesloten konden daar een verzekering afsluiten tegen speciale premies). Aan zo'n constructie kleven echter wel forse kosten. En het is de vraag of het politiek acceptabel is dat die kosten integraal aan de klanten worden doorberekend. (overigens opvallend dat als het gaat om premies voor verzekeringen daar nog nooit iemand een bezwaar in heeft gezien). Een alternatief voor zo'n Terminus-achtige voorziening is een oplossing waarbij dit soort klanten wel in de boeken van hun bank mogen blijven, maar dan met een vrijwaring van de overheid.

Conclusie

De regelgeving en de toegenomen bewustheid van risico's die voortvloeien uit dienstverlening aan niet integere cliënten hebben er toe geleid dat banken met meer aandacht naar risico's kijken. Vrijwel alle banken hebben op dit punt beleid geformuleerd. In dat beleid worden klanten ingedeeld naar risicoklasse. In een aantal gevallen wordt besloten met bepaalde klanten geen zaken (meer) te doen. Het beëindigen van een lopende relatie is in principe mogelijk, maar vraagt wel om een zorgvuldige behandeling. De ernst van de

23 Tweede Kamer de Staten Generaal, Kamervraag 1461 (vergaderjaar 2008-2009, KVR34917).

24 Tweede Kamer de Staten Generaal, Kamervraag 1858 (vergaderjaar 2008-2009, KVR35350).

25 Tweede Kamer de Staten Generaal, Kamervraag 3134 (vergaderjaar 2008-2009, KVR36775).

bezwaren tegen de klant en de risico's die daaruit voortvloeien moeten worden afgezet tegen de nadelen die de klant zal ondervinden bij een beëindiging. De jurisprudentie leert dat als de bezwaren concreet zijn en goed te onderbouwen en beëindiging van de relatie zeker mogelijk is.

Een verplichting om contracten aan te gaan met nieuwe klanten is er niet. Dus op zich zijn er voldoende mogelijkheden om de bank schoon te houden.

De hele (op zich duidelijke) regelgeving is uitvoerbaar, maar dreigt nu wel enigszins doorkruist te worden door de politieke discussie over de maatschappelijke functie van het betalingsverkeer. Ook daar geldt dat belang van bank en klant strijden. Hoe veel risico moet een bank dan accepteren, welk gedrag van de cliënt moet dan nog getolereerd worden. Ervaringen bij bijvoorbeeld uitkeringsinstanties leren dat sommige klanten bewust misbruik maken van het feit dat zij weten dat ze niet geweigerd kunnen worden. Dus het opleggen van de verplichting om de nutsvoorziening betalingsverkeer te leveren lijkt wel een oplossing, maar dit kan vanzelfsprekend niet oneindig gebeuren. Het vangnet van de nutsvoorziening of een laatste kans is wat mij betreft een laatste waarschuwing. Nogmaals over de schreef betekent einde relatie. Hoe lastig dat ook is voor de klant.

Bijlage 11

Regulering van de financiële markten van Caribisch Nederland en het toezicht door DNB

Mr. M.Y. Ridderikhof¹

Inleiding

De datum 10 oktober 2010 ('10/10/10') is voor het Caribische deel van het Koninkrijk der Nederlanden een belangrijk moment. Op deze datum zijn immers grote veranderingen van kracht geworden, ook voor wat betreft Nederland op het vlak van de regulering van de financiële markten. De BES-eilanden – Bonaire, Sint Eustatius en Saba – zijn als zogenoemde openbare lichamen onderdeel van het Nederlandse staatsbestel geworden en de verantwoordelijkheid voor de regulering van de financiële markten is derhalve een verantwoordelijkheid voor de Nederlandse minister van Financiën geworden. De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) hebben hierbij toezichhoudende taken op de BES-eilanden gekregen. Financiële instellingen actief op de BES-eilanden (ook aangeduid met: Caribisch Nederland) hebben nu te maken met Nederlandse regelgeving, in plaats van de hen bekende Nederlands-Antilliaanse regelgeving en met nieuwe toezichthouders. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de uitgangspunten van deze regelgeving, met nadruk op de regelgeving waarop DNB toezicht houdt. Daarbij wordt inzicht gegeven in de uitgangspunten die Nederland heeft gekozen bij de inrichting van de regulering van de financiële markten in Caribisch Nederland en de door DNB gehanteerde aanpak bij de opzet en implementatie van dit nieuwe toezichtsterrein. In dit artikel wordt de regulering van pensioenfondsen in Caribisch Nederland via de Pensioenwet BES buiten beschouwing gelaten.

¹ Mr. M.Y. (Marijn) Ridderikhof is senior toezichthouder bij De Nederlandsche Bank N.V. en heeft een coördinerende rol in het toezicht in Caribisch Nederland. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

De nieuwe samenstelling van het Koninkrijk der Nederlanden

Per 10/10/10 is het Koninkrijk der Nederlanden een nieuw stadium in gegaan. De bevolking van het land Nederlandse Antillen hebben enkele jaren eerder in een referendum kunnen aangeven in welke vorm men het liefste doorging binnen óf buiten het Koninkrijk. Geen enkel eiland heeft er voor gekozen het Koninkrijk te verlaten, terwijl de kleinste drie eilanden – Bonaire, Sint Eustatius en Saba – kozen voor een nauwere band met Nederland of behoud van het land Nederlandse Antillen. Dit laatste was echter geen haalbare optie, gelet op de uitslagen op de grotere eilanden Curaçao en Sint Maarten. Het algehele resultaat van het referendum is dat het land Nederlandse Antillen werd opgeheven, Curaçao en Sint Maarten, net als Aruba in de vorige eeuw, een status aparte kregen en als twee nieuwe landen binnen het Koninkrijk doorgaan. De BES-eilanden zijn ten slotte als openbare lichamen aan het land Nederland toegevoegd. Gelet op de omvang van deze samenlevingen werd en wordt het niet als haalbaar gezien een andere status binnen het Koninkrijk aan de BES-eilanden te geven. Deze wijzigingen binnen het Koninkrijk zijn 10/10/10 van kracht geworden en sindsdien bestaat het Koninkrijk der Nederlanden dus uit vier landen; Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten.

Met de opheffing van het land Nederlandse Antillen en de toevoeging van de BES-eilanden aan Nederland is een voor velen onnatuurlijk aanvoelende grens tussen de Antilliaanse gemeenschappen en markten ontstaan. Immers, Curaçao is nu buitenland voor Bonaire, evenals Sint Maarten dat voor Saba en Sint Eustatius is. Het opmerkelijke is dat deze grens, ondanks dat deze binnen het Koninkrijk loopt, een nog ‘hardere’ grens is dan die tussen Nederland en België. Binnen de Europese Unie zijn er immers diverse uitwerkingen van een vrij verkeer van goederen, diensten en personen die we niet of althans in mindere mate kennen tussen de landen van het Caribische deel van het Koninkrijk. Zo is het makkelijker om als Nederlander de grens met België te passeren, dan om vanaf Bonaire Curaçao binnen te komen. Ook voor wat betreft het aanbieden van financiële diensten tussen en binnen het Caribisch deel van het Koninkrijk gelden ‘hardere’ grenzen dan binnen de Europese Unie. Daarover later meer, nu eerst nog wat meer over de omgeving waarbinnen de markten opereren.

De financiële sector in de Nederlandse Cariben en Caribisch Nederland

De landen Curaçao en Sint Maarten delen een centrale bank en toezichthouder op de financiële sector, de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (CBCS). De CBCS is sinds 10/10/10 de rechtsopvolger van de voormalige Bank van de Nederlandse Antillen (BNA). Gelet op de discussies tussen de regeringen van Curaçao en Sint Maarten en de CBCS is het de vraag hoe lang de monetaire unie tussen beide landen, met een gezamenlijke centrale bank, nog stand zal houden. Beide landen lijken voornemens om deze monetaire unie op termijn prijs te geven, maar vooralsnog gelden de in 2006 bij de akkoorden betreffende de

ontmanteling van de Nederlandse Antillen hieromtrent gemaakte afspraken. Een eis van Sint Maarten in deze discussie betreft overigens wel de inrichting door CBCS van een volwaardig filiaal te Philipsburg, waarmee ook de toezichthouder dichterbij de financiële sector van Sint Maarten gebracht kan worden.

De financiële sector in de voormalige Nederlandse Antillen is hoofdzakelijk gevestigd te Curaçao. In Sint Maarten zijn minder financiële ondernemingen gezeteld. Voor Caribisch Nederland geldt dat er met name financiële instellingen actief zijn als bijkantoor van ondernemingen met zetel te Curaçao. Zoals opgenomen in de registers van DNB betreffende Caribisch Nederland² is te Bonaire één zelfstandige bank actief, Maduro & Curiel's Bank (Bonaire) N.V., onderdeel van de Curaçaose MCB Groep. Als onderdeel van dezelfde groep is Windward Islands Bank (WIB), gezeteld te Sint Maarten, door middel van bijkantoren op de Bovenwindse eilanden Sint Eustatius en Saba actief. Daarnaast ondervinden zij per Bovenwindse eiland concurrentie van één andere bank; RBC Royal Bank te Saba en First Caribbean International Bank te Sint Eustatius. Bonaire kent, naast MCB, bijkantoren van een zestal kredietinstellingen, allen met zetel te Curaçao en daarnaast staan twee Curaçaose banken ingeschreven als dienstverleners vanaf Curaçao zonder vestiging in Caribisch Nederland.

Er zijn geen zelfstandige verzekeraars met zetel in Caribisch Nederland. Wel zijn er een aantal bijkantoren van verzekeraars met hoofdkantoor op Curaçao te Bonaire actief. Een Sint Maartense verzekeraar heeft eveneens een bijkantoor te Bonaire en een te Saba. Op Sint Eustatius zijn geen bijkantoren van verzekeraars geregistreerd. Daarnaast staan er nog een pensioenfonds en enkele geldtransactie- en trustkantoren geregistreerd.

Aanpak Nederland

Met de opzet en inrichting van de regulering van de financiële markten in Caribisch Nederland zijn de lokale omstandigheden en feitelijke inrichting van de financiële sector in de Nederlandse Cariben het uitgangspunt geweest. Het heeft voor de wetgever niet de voorkeur gehad om Caribisch Nederland als integraal onderdeel van de Europees-Nederlandse financiële markt te (gaan) zien. Nadruk is gelegd op het respecteren van de status quo en het nastreven van een 'level playing field' met Curaçao en Sint Maarten. In tegenstelling tot andere regelgeving, zoals op het gebied van sociaal-ethische aspecten als euthanasie, abortus en homohuwelijk, waarbij wel is gekozen voor een onverkorte invoering van Europees-Nederlandse normen in Caribisch Nederland, is de regulering van de financiële markten dus in principe wel aan de lokale omstandigheden aangepast. Er is een keuze gemaakt voor het respecteren van de verschillen tussen de kleine, Nederlands-Caribisch georiënteerde markt op de BES-eilanden en de veel complexere EU-georiënteerde markt

² Zie: www.cn.dnb.nl.

in Europees-Nederland. Bij deze invoering is onderscheid gemaakt in een transitiefase en een eindfase.

Transitiefase

Deze fase, aangevangen op 10/10/10, zou aanvankelijk tot 1 januari 2012 lopen. Gedurende 2011 is echter gebleken dat een verlenging tot 1 juli 2012 wenselijk zou zijn. Voor de transitiefase is de Nederlands-Antilliaanse regelgeving van kracht gebleven, waartoe de relevante landsverordeningen grotendeels 'beleidsneutraal' door middel van de aanpassingswetgeving (onder andere de Aanpassingswet openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba) zijn omgezet in Nederlands recht. Zo is de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 (Ltbk) omgezet in de Wet toezicht bank- en kredietwezen 1994 BES (Wtbk BES)³, de Landsverordening toezicht Verzekeringsbedrijf (Ltv) in de Wet toezicht verzekeringbedrijf BES (Wtv BES)⁴, de Landsverordening toezicht trustwezen (Ltt) in de Wet toezicht trustwezen BES (Wtt BES) en de Landsverordening melding ongebruikelijke transacties (Lv MOT) in de Wet melding ongebruikelijke transacties BES (Wet MOT BES), et cetera. Bij deze omzetting zijn in principe alleen kleinere wijzigingen doorgevoerd, met name voor wat betreft 'updates' op het gebied van voorkoming en bestrijding van witwassen op grond van internationale afspraken vanuit de Financial Action Task Force (FATF). Met de Regeling integriteit financiële markten BES (Rifm BES)⁵ is wel een harmonisatieslag gemaakt voor wat betreft de integriteitregelgeving.

De transitiefase is door de toezichthouders gebruikt om zich, ten behoeve van het opstarten van de toezichtrelatie, bekend te maken met de financiële sector, de regelgeving, de risico's en relevante omstandigheden. Daarbij is vastgesteld welke financiële instellingen van rechtswege over een vergunning voor de BES beschikten. Op grond van de Overgangs- en vrijstellingsregeling financiële markten BES (OVR BES)⁶ zijn de op grond van de Ltbk, Ltv en Ltt verleende vergunningen gelijkgesteld met op grond van respectievelijk Wtbk BES, Wtv BES en Wtt BES verleende vergunningen, voor zover de vergunninghouder de activiteiten waarop de vergunning betrekking had op 10/10/10 in of vanuit een vestiging in de openbare lichamen verrichtte.

Voor de reeds actieve geldtransactiekantoren in de BES moest een andere aanpak worden gekozen. Deze sector was voor 10/10/10 niet gereguleerd (behalve vanwege deviezenverkeer) en stond daarmee voor transitie niet onder toezicht van BNA. Toezicht moest dus op de geldtransactiekantoren (die niet opereren onder een bankvergunning) worden geïntroduceerd. Wettelijke vereisten voor deze sector zijn opgenomen in de Wtbk BES en in het

3 Beschikking van de minister van Justitie van 14 september 2010 tot plaatsing in het Staatsblad van de tekst van de Wet toezicht bank- en kredietwezen 1994 BES (...), *Staatsblad* 2010, 468.

4 Beschikking van de minister van Justitie van 22 september 2010 tot plaatsing in het Staatsblad van de tekst van de Wet toezicht verzekeringbedrijf BES (...), *Staatsblad* 2010, 472.

5 *Staatscourant* 2010, nr. 14617, 1 oktober 2010.

6 *Staatscourant* 2010, nr. 14607, 1 oktober 2010.

overgangsrecht is een pragmatische aanpak gekozen door aan te sluiten bij de feitelijke omstandigheden. Het overgangsrecht kende slechts één vereiste dat inhield dat het overgangsrecht alleen van toepassing was op die geldtransactieaanbieders die een maand voor transitie in Caribisch Nederland het bedrijf van geldtransactiekantoor uitoefende. Deze reeds actieve geldtransactiekantoren hebben vervolgens acht maanden de tijd gekregen om zich door middel van een vergunningaanvraag te ‘legaliseren’ en de bedrijfsvoering in lijn te brengen met de vereisten van de Wtbk BES.

Eindmodel

De regelgeving voor de transitiefase heeft plaats gemaakt voor die van het zogenoemde ‘eindmodel’. De genoemde toezichtwetten zijn per 1 juli 2012 geharmoniseerd in de Wet financiële markten BES (‘Wfm BES’)⁷ en de wetgeving ter voorkoming van witwassen in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES (‘Wwft BES’)⁸. In het eindmodel vindt verdere harmonisatie plaats en zijn aanvullingen of aanscherpingen doorgevoerd die tot doel hebben gehad om de wetgeving voor de financiële markten meer in overeenstemming te brengen met actuele inzichten en ook beter te doen aansluiten bij de in Europees Nederland bestaande inrichting van het toezicht via het ‘twin peaks-model’. De wetgever vond het te ver gaan en in strijd met het uitgangspunt van beleidsarme omzetting van de Nederlands-Antilliaanse wetgeving, om dit reeds per 10/10/10 in te voeren. Er is nu dus wel een beweging richting het Nederlandse ‘Wft⁹-model’ ingezet. Er is echter gebruik gemaakt van de mogelijkheid om vanwege de bijzondere positie van de BES-eilanden aansluiting te zoeken bij de lokale omstandigheden, boven die van Europees Nederland. Op grond van artikel 1, tweede lid van het Statuut¹⁰ geldt dat voor de BES-eilanden regels kunnen worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op de economische en sociale omstandigheden, de grote afstand tot het Europese deel van Nederland, hun insulaire karakter, kleine oppervlakte en bevolkingsomvang, geografische omstandigheden, het klimaat en andere factoren waardoor deze eilanden zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland. De wetgever heeft dit opgevat als een opdracht om rekening te houden met de specifieke plaatselijke omstandigheden en heeft daar gehoor aan gegeven door de regels af te stemmen op de geringe omvang van de markt, de samenstelling van het producten-aanbod en de sterke verwevenheid met de financiële sector op Curaçao en Sint Maarten. De Wft is sterk geënt op de Europese Unie, de Wfm BES op de Nederlandse Cariben. Hierbij kan echter wel worden opgemerkt dat de wetgeving van de voormalige Nederlandse Antillen en het huidige Curaçao en Sint Maarten veelal gebaseerd is op Europees Nederlandse regelgeving, vanwege historische en praktische overwegingen. Dit

7 *Staatsblad* 2011, 612.

8 *Staatsblad* 2011, 613.

9 Wft: Wet op het financieel toezicht.

10 Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, zoals aangepast per 10/10/10; *Staatsblad* 2010, 333.

neemt echter niet weg dat de financiële sector sinds de staatkundige hervorming te maken heeft met twee rechtsstelsels, zelfs drie, indien men eveneens op Aruba actief is.

Het verdient aandacht op te merken dat met deze regelgeving wordt afgeweken van de 'legislatieve terughoudendheid' voor een periode van vijf jaar vanaf 10/10/10, zoals afgesproken. Op grond van dit uitgangspunt zou de Nederlands-Antilliaanse wetgeving niet direct worden vervangen door (bestaande) Nederlandse wetgeving, maar zou dat geleidelijk en pas na vijf jaar geschieden. Er is voor de regulering van de financiële markten gebruik gemaakt van een uitzonderingsmogelijkheid op dit uitgangspunt door sneller aan een zogenoemd 'eindperspectief' te werken. Volgens de Memorie van Toelichting Wfm BES (pagina 5) zijn de redenen om af te wijken:

De kredietcrisis heeft geleerd hoe kwetsbaar de financiële sector kan zijn en hoe belangrijk het is dat de wet- en regelgeving voortdurend 'up-to-date' wordt gehouden.

De toezichtwetten van de transitiefase bevatten, net als de voorheen geldende landsverordeningen, slechts weinig gedragsregels. In Europees Nederland zijn dergelijke voorschriften zoals ten aanzien van aan consumenten te verstrekken informatie over de kenmerken en risico's van financiële producten vanzelfsprekend en een dergelijk groot verschil in niveau van consumentenbescherming tussen Europees en Caribisch Nederland wordt als moeilijk verdedigbaar gezien.

De sectorale toezichtwetten van de transitiefase (en dus ook de voorheen geldende landsverordeningen) verschilden onderling sterk en ook de voormalig Nederlands-Antilliaanse overheid had dan ook al een harmonisatieslag in gang gezet. In deze lijn heeft de Nederlandse wetgever de harmonisatie doorgezet.

Tot slot wordt gewezen op de toegenomen vervlechting van de verschillende vormen van financiële dienstverlening en het feit dat de inrichting van het toezicht langs sectorale lijnen niet past bij het 'twin peakmodel'.

Wfm BES

Ingevolge het in de Wfm BES, in navolging van de Wft, opgenomen 'twin peakmodel' zijn de toezichtsverantwoordelijkheden tussen AFM en DNB verdeeld. Hiermee is DNB verantwoordelijk geworden voor de vergunningverlening, het doorlopend prudentieel toezicht en het integriteittoezicht op kredietinstellingen, verzekeraars, geldtransactiekantoren en trustkantoren. Onder integriteittoezicht wordt hierbij verstaan het toezicht op de integere bedrijfsvoering op grond van de Wfm BES, toezicht op de preventie van witwassen en terrorismefinanciering op grond van de Wwft BES en op de naleving van de sanctieregelgeving op grond van de Sanctiewet 1977.

De AFM is in dit model verantwoordelijk voor de vergunningverlening van beleggingsinstellingen, vermogensbeheerders, bemiddelaars, adviseurs en kredietaanbieders, het

doorlopend gedragstoezicht op alle genoemde sectoren (behalve trustkantoren) en het integriteitstoezicht op de sectoren waartoe zij ook de vergunningverlening verzorgt.

Markttoegang en toezicht – kredietinstellingen

De uitoefening van het bedrijf van kredietinstelling in of vanuit de openbare lichamen is ingevolge artikel 2:1 van de Wfm BES vergunningplichtig. Vervolgens is daarbij voor de bepaling van de omvang van het toezicht door DNB op kredietinstellingen een onderverdeling in drie categorieën gemaakt; de zelfstandige onderneming, het (kleinere) bijkantoor en de dienstverrichter zonder vestiging in Caribisch Nederland.

Als uitgangspunt voor alle financiële ondernemingen geldt, op grond van artikel 3:1 van de Wfm BES, dat zij hun zetel in Caribisch Nederland, Curaçao of Sint Maarten dienen te hebben om in aanmerking te kunnen komen voor een vergunning voor Caribisch Nederland van DNB. Hiermee is beoogd tot uitdrukking te brengen dat een kredietinstelling die vóór de staatkundige hervorming (dus vóór 10/10/10) op grond van een vergunning actief was op de verschillende eilanden van de voormalige Nederlandse Antillen, grotendeels op dezelfde manier actief kan blijven. De kredietinstelling die in Caribisch Nederland vergunning heeft als zelfstandige rechtspersoon met zetel in Caribisch Nederland valt wel geheel binnen het bereik van de Wfm BES. De prudentiële eisen, eisen met betrekking tot integriteit en gedragsregels zijn onverkort van toepassing op deze kredietinstelling en DNB houdt volledig toezicht op de twee eerstgenoemde onderdelen en de AFM op het laatste. Er is voor wat betreft de rapportageverplichtingen voor de zelfstandige banken aansluiting gezocht bij de (New) Charts of Accounts van de CBCS en bij het overgangsrecht voor de invoering van Bazel II te Curaçao en Sint Maarten. Voor wat betreft het integriteitstoezicht volgt hieronder meer.

Kredietinstellingen met een zetel buiten de openbare lichamen, Curaçao of Sint Maarten moeten een vergunning als zelfstandige rechtspersoon met zetel in Caribisch Nederland bezitten. In bijzondere gevallen kan op grond van artikel 3:1 van de Wfm BES van dit zetelvereiste worden afgeweken.

Met betrekking tot de tweede categorie, de bijkantoren, is een grens gesteld aansluitende bij de grootte van het bijkantoor. Deze grens is gesteld op negentig miljoen US dollar aan deposito's per ultimo van het voorafgaande boekjaar. Beneden deze grens is het bijkantoor vrijgesteld van de prudentiële vereisten van de Wfm BES en valt het bijkantoor onder het 'home country'-toezicht van CBCS. Wel dient het over een vergunning van DNB te bezitten en valt het bijkantoor onder het integriteitstoezicht van DNB. Boven deze grens zal het bijkantoor zich moeten omvormen tot een zelfstandige rechtspersoon met zetel in Caribisch Nederland. Deze bij de omvang van de onderneming aansluitende grens is vastgesteld vanuit de gedachte dat grote bijkantoren in redelijkheid in staat kunnen worden

geacht zelfstandig aan de eisen van de Wfm BES te voldoen en daarom hoeft deze niet door middel van vrijstellingen ontzien te worden. Een andere eis die is gesteld om als bijkantoor actief te mogen zijn in Caribisch Nederland is dat zij zich niet bezighoudt met offshore-activiteiten. Er wordt verwacht dat de omvang van het bijkantoor moet blijken uit de jaarrekening van de hoofdvestiging. Het integriteitstoezicht door DNB houdt een toezicht in op de integere bedrijfsvoering (op grond van artikel 3:8 van de Wfm BES) en de uitwerking in de artikelen 3:6 tot en met 3:18 van het Besluit financiële markten BES (Bfm BES)¹¹.

Een derde wijze waarop een kredietinstelling actief kan zijn in Caribisch Nederland is door middel van dienstverrichting. In dit geval dient de kredietinstelling de zetel te Curaçao of Sint Maarten te hebben, terwijl het in Caribisch Nederland diensten aanbiedt zonder vestiging. Ook deze vorm van dienstverlening in Caribisch Nederland is vergunningplichtig, waarnaast geldt dat de kredietinstelling in de staat waar deze haar zetel heeft, bevoegd is tot deze dienstverlening. In de Beleidsregel AFM en DNB toepassing en uitvoering Wfm BES en Wwft BES 2012¹² ('de Beleidsregel') is door de toezichthouders aangegeven wat zij onder dienstverrichting vanuit het buitenland naar Caribisch Nederland verstaan. In artikel 7 wordt aangegeven dat een zogenoemde 'initiative test' wordt gehanteerd bij het beantwoorden van deze vraag. Zo wordt gesteld dat er geen sprake is van dienstverrichting vanuit een vestiging in het buitenland, voor zover de betrokken financiële onderneming kan aantonen dat het initiatief tot de dienstverlening uitsluitend uitgaat of is uitgegaan van een cliënt of een consument die zijn gewone verblijfplaats in Caribisch Nederland heeft of die een vestiging in Caribisch Nederland heeft. Er is dus wel sprake van dienstverrichting (en dus van een vergunningplichtige activiteit) indien de betrokken financiële onderneming zich vanuit een vestiging te Curaçao of Sint Maarten actief richt op cliënten die wonen of gevestigd zijn in Caribisch Nederland. Dat kan via internet of andere elektronische en niet-elektronische media of reclame-uitingen. Wanneer sprake is van meer dan incidentele activiteiten door een financiële onderneming in Caribisch Nederland, moet het van geval tot geval worden bezien. Voor wat betreft de dienstverrichting geldt dat deze ook beperkt onder het integriteitstoezicht op grond van de Wfm BES vallen. Alleen van toepassing zijn de Wwft BES en Sanctiewet 1977. De banken die op deze wijze diensten verrichten dienen wel een afzonderlijke boekhouding te hebben voor wat betreft de activiteiten in Caribisch Nederland.

Een speciaal type kredietinstellingen zijn de kredietverenigingen. Op de Antillen zijn dit historisch gegroeide coöperaties en verenigingen die zich veelal richten op de relatief grote behoefte aan kleine leningen ten behoeve van met name consumptieve uitgaven zoals koelkasten. Daaraan wordt vaak een doelstelling tot bevordering van spaarzin gekoppeld. Deze kredietverenigingen zijn ook op Bonaire actief. Volgens de definitie van de Wfm BES vallen ze onder kredietinstelling, tenzij sprake is van een besloten kring

¹¹ *Staatsblad* 2012, 238.

¹² *Staatscourant* 2012, nr. 17541, 27 augustus 2012.

waarbinnen de opvorderbare gelden worden gespaard. De voor Bonaire geregistreerde kredietverenigingen/coöperaties zijn bijkantoren van te Curaçao gezetelde kredietverenigingen/coöperaties en vallen derhalve alleen onder het integriteittoezicht van DNB en het gedragstoezicht door AFM. Hierbij is het van belang om deze typische lokale vormen in hun eigen omgeving te kunnen benaderen en beoordelen onder de Wfm BES.

Markttoegang en toezicht – verzekeraars

Voor wat betreft de vergunningverplichtingen voor verzekeraars in Caribisch Nederland zijn dezelfde uitgangspunten gehanteerd als voor kredietinstellingen, met één belangrijke uitzondering. Naast de vergunningplicht voor zelfstandige verzekeraars met zetel in Caribisch Nederland en de verzekeraars die vanaf Curaçao of Sint Maarten door middel van een bijkantoor actief zijn in Caribisch Nederland¹³, worden eveneens de dienstverrichters zonder vestiging in Caribisch Nederland erkend. Deze laatste categorie is echter, in tegenstelling tot de kredietinstellingen, niet vergunningplichtig, doch (sinds 1 juli 2012) notificatieplichtig. Op grond van artikel 2:23 van de Wfm BES is het een buitenlandse verzekeraar verboden door middel van het verrichten van diensten vanuit een vestiging in het buitenland verzekeringen aan te bieden in Caribisch Nederland, tenzij de verzekeraar DNB ‘hiervan kennis geeft’ en aantoont dat de verzekeraar zetel heeft te Curaçao of Sint Maarten¹⁴, naar het recht van de staat van zetel rechtspersoon is, in de staat van zetel bevoegd is tot uitoefening van het desbetreffende verzekeringsbedrijf en dit bedrijf daadwerkelijk vanuit een vestiging in die staat uitoefent en tot slot, voldoet aan de in de Wfm BES gestelde regels (artikel 3:17) betreffende solvabiliteit. Hoe dit laatste door de toezichthouder getoetst gaat worden moet zich nog nader uitwijzen, maar in ieder geval wordt er in belangrijke mate vertrouwd op het toezicht in het land van herkomst en dient de samenwerking tussen de toezichtautoriteiten in Caribisch Nederland en de buitenlandse toezichthoudende instantie goed geregeld te zijn. Naast de reeds aangehaalde ‘initiatie test’ is voor de inkomende dienstverrichting door verzekeraars van belang dat DNB in de Beleidsregel heeft uitgelegd wat er onder dat begrip wordt verstaan in het geval van dienstverrichting door een levensverzekeraar, een natura-uitvaartverzekeraar en een schadeverzekeraar.

13 Voor wat betreft de grootte van het bijkantoor om als ‘klein’ bestempeld te kunnen worden is de grens voor verzekeraars getrokken op vijf miljoen US dollar aan bruto premie-inkomsten in het vorig boekjaar.

14 Op grond van artikel 2:23, eerste lid, onder a van de Wfm BES kunnen andere staten worden aangewezen.

Markttoegang en toezicht – geldtransactiekantoren en trustkantoren

Voor wat betreft geldtransactiekantoren geldt dat zij, gelijk aan de vergunningsplicht voor kredietinstellingen voor het uitoefenen van het bedrijf in of vanuit Caribisch Nederland een vergunning van DNB nodig hebben. Voor trustkantoren geldt daarentegen op grond van artikel 2:1 van de Wfm BES dat voor het in of vanuit Caribisch Nederland als trustkantoor werkzaam zijn een vergunning van DNB nodig is. Hiermee is door de wetgever bewust aangesloten bij het uitgangspunt om alle werkzaamheden, dus ook die vanuit een vestiging buiten Caribisch Nederland, onder de vergunningplicht te brengen. Hierbij wordt expliciet in de Memorie van Toelichting verwezen naar de bijzondere risico's op het terrein van witwassen en financieren van terrorisme. Uitdrukkelijk worden dus alle activiteiten van trustkantoren in Caribisch Nederland onder het relevante toezicht van DNB gebracht. Aangezien het toezicht op deze sectoren in zijn aard gericht is op integriteit, vallen deze sectoren onder het integriteittoezicht door DNB. Daarnaast zijn voor trustkantoren specifieke normen in de Wfm BES en Bfm BES opgenomen gericht op het hebben van een lokale directeur (artikel 3:5, vierde lid, Bfm BES) en het beschikbaar hebben van de in artikel 2:3 Regeling financiële markten BES (Rfm BES) opgenomen bescheiden en gegevens (artikel 3:18 Bfm BES). Voor beide typen financiële ondernemingen geldt een eis tot vermogensscheiding ten behoeve van de waarborging en bescherming van de rechten van cliënten. Voor trustkantoren is deze vastgelegd in artikel 3:23 Wfm BES, terwijl DNB deze eis door middel van artikel 5 van de Regeling AFM en DNB nadere voorschriften Wfm BES en Wwft BES 2012 ('de Regeling')¹⁵, als onlosmakelijk onderdeel van de beheerste bedrijfsuitoefening van geldtransactiekantoren ziet. De methode van vermogensscheiding wordt aan het geldtransactiekantoor gelaten, zolang deze maar adequaat is.

Integriteitsregels

Waar bestaat het integriteitstoezicht uit dat DNB uitoefent op de financiële ondernemingen met vestiging in Caribisch Nederland? Zoals gezegd ziet dit in de eerste plaats op de integere bedrijfsvoering zoals opgenomen in artikel 3:8 van de Wfm BES. Dit onderdeel is misschien voor wat betreft de bewoording, samenstelling en uitwerking nieuw voor de instellingen actief in Caribisch Nederland, maar voor wat betreft de onderliggende principes en nadere uitgangspunten geldt het merendeel van deze regels al reeds sinds jaren in de Antillen. De Nederlandse Antillen kende en Curaçao en Sint Maarten kennen, op grond van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen 1994 en de nadere regelgeving en beleidsregels van de BNA/CBCS grotendeels dezelfde uitgangspunten van integere bedrijfsvoering.

¹⁵ *Staatscourant* 2012, nr. 17536, 27 augustus 2012.

De reeds geharmoniseerde opzet in Caribisch Nederland wordt op basis van artikel 3:8 Wfm BES uitgewerkt in het Bfm BES. De hierin opgenomen regels zijn ook grotendeels met een oog op de reeds vóór 10/10/10 geldende regels opgesteld. Er valt niet te ontkennen dat hier een Wft-achtergrond in te herkennen is, in ieder geval in de gebruikte bewoordingen. Zo wordt er van de kredietinstellingen onder andere verwacht dat zij zorg dragen voor een integriteitsbewuste bedrijfscultuur, gebaseerd op een systematische analyse van risico's (artikel 3:7 Bfm BES), een compliance functie inrichten (artikel 3:8 Bfm BES), procedures en maatregelen betreffende: cliëntacceptatie, risicoclassificatie en -analyse (artikel 3:9 Bfm BES), naleving van Wwft BES en Sanctiewet 1977 (artikel 3:13 Bfm BES), omgang met en vastlegging van incidenten (artikel 3:14 Bfm BES), belangenverstrengeling (artikel 3:15 Bfm BES) en integriteitsgevoelige functies (artikel 3:16) hanteren. Nieuw is wel dat er expliciete regeling is opgenomen betreffende afgeschermdere rekeningen (artikel 3:10 Bfm BES) en 'back-to-back' leningen (artikel 3:11 Bfm BES), in lijn met die onder de Wft. Nadere invulling is met betrekking tot een aantal elementen van deze onderwerpen gegeven door middel van de Regeling.

Daarnaast wijs ik nog op de Beleidsregel, waarin duidelijkheid wordt getracht te geven aan de werking van beleidsregels en 'guidelines' van CBCS inzake de integere bedrijfsvoering en die ter voorkoming van witwassen. Een expliciet voorbeeld van de hantering van lokale integriteitsnormen, die in dit geval strenger uitvallen dan de normen op dit vlak in Europees Nederland, is de bepaling omtrent de toetsing van betrouwbaarheid in het geval van lokale 'politically exposed persons', oftewel PEP's; personen die prominente politieke functies bekleeden of hebben bekleed. Vanwege de status van PEP kan op een dergelijke persoon grote druk worden uitgeoefend om te komen tot bepaalde besluitvorming die anders niet zou zijn bereikt, waardoor zijn betrouwbaarheid als (mede)beleidsbepaler bij een financiële onderneming in gevaar zou kunnen komen. De toezichthouders hebben daarom, gelet op de relatief kleine omvang van de gemeenschappen, gesteld dat zich in beginsel een conflicterend belang voordoet indien de op betrouwbaarheid te toetsen (mede)beleidsbepaler een lokale PEP is. Dit feit staat in beginsel de benoeming bij de financiële instelling dan ook in de weg.

Er is gewezen op de specifieke regels ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering, geharmoniseerd in de Wwft BES. Daarover wil ik hier niet verder op in gaan. Een nadere gedetailleerde beschrijving van de diverse daarin opgenomen regels zou als onderwerp voor een separate beschouwing kunnen dienen, terwijl het hier het bestek van dit artikel te buiten gaat. Wat ik wel wil opmerken is dat er voor wat betreft de indicatoren om een transactie als ongebruikelijk te bestempelen, duidelijk is aangesloten bij de Nederlands-Antilliaanse uitgangspunten, zoals deze ook nu te Curaçao en Sint Maarten worden gehanteerd. Dit houdt in dat er vanuit een 'rule based' benadering, relatief lange lijsten met indicatoren worden gehanteerd, die door middel van een 'afvinkexercitie' zou moeten leiden tot een melding van een ongebruikelijke transactie. Vanuit een toezichthouderperspectief, waarbinnen een meer 'risk based' benadering passend is voor de

benadering vanuit een financiële onderneming van mogelijk ongebruikelijke transacties, is een beweging naar een korte indicatorenlijst met subjectieve in plaats van objectieve indicatoren, toe te juichen.

Een ander onderdeel betreft de (internationale) sanctieregelgeving. Voor de regulering van de financiële markten in Caribisch Nederland is dit het enige terrein waar is besloten om onverkort de in Europees Nederland geldende regelgeving in te voeren, namelijk de Sanctiewet 1977. Daartoe is het wel noodzakelijk geweest om duidelijk te maken welke internationale sanctieregels van kracht zullen zijn, aangezien Caribisch Nederland geen onderdeel uitmaakt van de Europese Unie (EU), terwijl de EU-sanctieregels de uitgangspunten van de Nederlandse sanctieregelgeving vormen. Door middel van de Sanctieregeling BES¹⁶ is de Sanctiewet 1977 van overeenkomstige toepassing verklaard voor Caribisch Nederland en gelden de EU-sanctieregels eveneens voor dit deel van Nederland. Voor het toezicht op de naleving is DNB aangewezen.

Betrouwbaarheid en geschiktheid bestuurders

Op grond van de Wfm BES (artikelen 3:4 en 3:5) wordt het (dagelijks) beleid van de financiële onderneming (met zetel of via bijkantoor in Caribisch Nederland actief) bepaald door betrouwbare en geschikte personen. Hier bestaat weinig verschil met Europees Nederland. In de Beleidsregel wordt met betrekking tot de geschiktheid van dagelijks beleidsbepalers en commissarissen aansluiting gezocht bij de onder de Wft tot stand gekomen Beleidsregel geschiktheid 2012 van AFM en DNB¹⁷. Ook Curaçao en Sint Maarten kennen de deskundigheidseis, maar deze is niet zoals in Nederland vervangen door geschiktheid. Met de Wet tot introductie van de geschiktheidseis (Staatsblad 2012, 7, in werking getreden op 1 juli 2012) is de deskundigheidseis van artikel 3:5 Wfm BES vervangen door een geschiktheidseis.

Belangrijk is dat de op grond van de Wfm BES uit te voeren toetsingen veelal personen betreft die eveneens door CBCS getoetst dienen te worden op betrouwbaarheid en deskundigheid/geschiktheid. Immers, de (mede)beleidsbepalers van de financiële ondernemingen in Caribisch Nederland zijn in de meeste gevallen verbonden aan de hoofdvesting van de onderneming te Curaçao of Sint Maarten en vallen daarmee eveneens onder de toetsingsverantwoordelijkheid van CBCS. Op grond van de regelgeving voor Caribisch Nederland moet elke drie jaar een hertoetsing plaatsvinden. In de implementatie van de toetsingsverantwoordelijkheden van DNB wordt aangesloten bij de toetsingskalender die CBCS hanteert, zodat er eenvoudiger kan worden aangesloten bij informatievergaring door de andere partij en eventueel noodzakelijk overleg kan volgen indien een situatie ontstaat waarbinnen de toezichthouders mogelijk tot een verschillend betrouwbaarheidsoordeel komen.

¹⁶ *Staatscourant* 2011, nr. 2873, 15 februari 2011.

¹⁷ *Staatscourant* 2012, nr. 13546.

Samenwerking DNB met CBCS

Praktisch gezien en in algemene bewoordingen gesteld, beperkt het toezicht door DNB zich tot het prudentieel en integriteittoezicht op één zelfstandige bank en het uitvoeren van het integriteittoezicht op de aanwezige bijkantoren (van banken en verzekeraars) en op de trust- en geldtransactiekantoren in Caribisch Nederland¹⁸. Deze financiële ondernemingen staan, behalve de trust- en geldtransactiekantoren, ook via de hoofdvestiging te Curaçao of Sint Maarten onder toezicht van CBCS, op wiens prudentieel toezicht DNB derhalve vertrouwt. In de opzet en implementatie van het toezicht door DNB wordt de aandacht dan ook met name op het integriteittoezicht gelegd, met als belangrijk aandachtspunt de samenwerking met de Caribische toezichtcollegae. Zo is onder het College van Koninkrijkstoezichthouders de Werkgroep Harmonisatie Integriteitstoelicht actief, waarbinnen de Centrale Bank van Aruba, de CBCS, AFM en DNB samenwerken in de harmonisatie van het integriteittoezicht zoals dat in de regelgeving voor de drie landen is neergelegd en door de toezichthouders wordt uitgevoerd. Onderdeel van die samenwerking is een rechtsvergelijking tussen de drie systemen en het formuleren van aanbevelingen aan de drie landen ter overbrugging van de verschillen. Daarnaast vindt een praktische samenwerking plaats door middel van onder andere wederzijdse ondersteuning in de ontwikkeling van toezichtsmethodologie en methodes van risico identificatie. Voor de financiële ondernemingen actief in twee of drie van de landen of openbare lichamen, is het belangrijk dat zij in de bedrijfsvoering niet geconfronteerd worden met drie uiteenlopende systemen, om administratieve lasten zo laag mogelijk te houden. Daarnaast is het voor de toezichthouders belangrijk om in de uitwerking van ieders integriteitskader de samenwerking te kunnen vinden met de andere toezichthouders om integriteitsrisico's op een effectieve wijze te kunnen beheersen en tegenstrijdige uitkomsten te voorkomen. Zo wordt tussen CBCS en DNB overleg gevoerd over de toetsing van (mede)beleidsbepalers van financiële ondernemingen en wordt de nodige informatie uitgewisseld om tot een gedeeld inzicht te kunnen komen. In de toezichtuitvoering is het eveneens belangrijk te voorkomen dat de inzichten en resultaten van onderzoeken uitgevoerd door verschillende toezichthouders, hemelsbreed van elkaar verschillen, om de onder toezicht staande partijen duidelijkheid te kunnen bieden in de versterking van de risicobeheersing.

DNB zal, nu het eindmodel van kracht is geworden en de introducties, voorlichtingen en eerste analyses achter de rug zijn die als basis voor een verdere strategie dienen, de toezichttaak een praktische invulling moeten geven. Binnen deze invulling is het de ambitie om goed geïnformeerd, op een efficiënte en effectieve wijze, de échte integriteitsproblemen in Caribisch Nederland aan te pakken.

18 Volledigheidshalve; DNB heeft eveneens een Wwft BES-toezichttaak op casino's in Caribisch Nederland.

Bijlage 12

De Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme: geen rustig bezit

P.C. Verloop¹

1. Inleiding

Op 1 januari 2013 trad de gewijzigde Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme in werking.² Deze wetswijziging was noodzakelijk in verband met de implementatie van aanbevelingen uit het evaluatierapport Nederland van de Financial Action Task Force van 25 februari 2011.³ Op 1 september 2013 heeft de Wwft opnieuw een wijziging ondergaan naar aanleiding van de (aparte) strafbaarstelling van het financieren van terrorisme in het Wetboek van Strafrecht.⁴ Op 5 februari 2013 verscheen daarnaast een voorstel van de Europese Commissie voor een Vierde Anti-witwasrichtlijn.⁵

In deze bijdrage zal worden ingegaan op de verschillende wijzigingen die de Wwft in 2013 heeft ondergaan en de wijzigingen die de wet onder invloed van het Commissievoorstel nog zal dienen te ondergaan.

-
- 1 Mr. P.C. (Paul) Verloop is werkzaam als advocaat bij Ploum Lodder Princen. Hij gaf onderwijs in het straf(proces)recht aan studenten, rechters, officieren van justitie, opsporingsbeambten en advocaten. Daarnaast was hij betrokken bij diverse onderzoeken voor het WODC en het Ministerie van Justitie en hij is betrokken bij de herziening van de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering van Curaçao, Aruba, Sint Maarten en Suriname.
 - 2 Wet van 20 december 2012 tot wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES in verband met de implementatie van aanbevelingen van de Financial Action Task Force (Stb. 2012, 686).
 - 3 Mutual Evaluation Report, Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, the Netherlands, FATF 25 februari 2011.
 - 4 Wet van 10 juli 2013 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafrecht BES, en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het financieren van terrorisme (Stb. 2013, 292).
 - 5 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, COM (2013) 45.

Daarbij past een opmerking vooraf. De herziening van de FATF Recommendations in 2003 heeft in 2005 geleid tot de Derde Anti-witwasrichtlijn en de daarbij behorende Uitvoeringsrichtlijn. Deze zijn in Nederland geïmplementeerd door middel van de Wwft. In februari 2012 zijn de FATF Recommendations opnieuw herzien en het doel van de Vierde Anti-witwasrichtlijn is erin gelegen deze aanbevelingen te (doen) implementeren in de regelgeving van de lidstaten van de Europese Unie. De aanbevelingen die voortvloeien uit het evaluatierapport Nederland van de FATF lopen echter vooruit op verplichtingen die Nederland op grond van de Vierde Anti-witwasrichtlijn dient door te voeren. Met het implementeren van de aanbevelingen uit het evaluatierapport heeft Nederland dus een voorsprong op andere EU-lidstaten, nu een deel van hetgeen naar voren komt in de Vierde Anti-witwasrichtlijn per 1 januari 2013 als is geïmplementeerd.

Deze bijdrage wordt afgesloten met enkele opmerkingen over de stapeling van wijzigingen.

2 De FATF-evaluatie 2011

De FATF voert evaluaties uit van ieder lid, in de vorm van peer reviews, om voortdurend het niveau van implementatie van de FATF Recommendations te toetsen, teneinde tot een beschrijving en analyse te komen van de verschillende nationale systemen ter voorkoming van misbruik van het financiële stelsel. In dat kader heeft – inmiddels al weer een aantal jaar geleden – een evaluatie plaatsgevonden van de implementatie van aanbevelingen van de FATF in Nederland. In februari 2011 is tijdens de plenaire vergadering van de FATF het evaluatierapport van Nederland vastgesteld.

Door de FATF is een aantal tekortkomingen in de implementatie van de aanbevelingen in Nederland vastgesteld. Nederland 'scoort' op een aantal punten het oordeel 'compliant' en 'largely compliant'. Daarnaast wordt op een aantal onderdelen echter het oordeel 'non-compliant' gescoord en op een aantal punten het oordeel 'partially compliant'. Deze 'score' leidt tot een aanzienlijk aantal aanbevelingen.

De aanbevelingen hebben enerzijds betrekking op het beleid, op de registratie van informatie, maar ook op aanpassing van wetgeving, die volgens de FATF noodzakelijk is ter versterking van de mogelijkheden tot bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme. In het evaluatierapport wordt ten aanzien van de veertig aanbevelingen en de negen Special Recommendations in een tabel aangegeven welke 'score' is behaald en wordt een korte samenvatting gegeven van de redenen die tot die score hebben geleid. Het evaluatierapport wordt afgesloten met een tweede tabel waarin per onderwerp en onder verwijzing naar een aanbeveling (bv. *Preventive Measures–Financial Institutions, 3.2 Customer due diligence, including enhanced or reduced measures (R.5–8)*) een aantal specifieke aanbevelingen wordt gedaan.

Zoals gezegd kent de evaluatie aanbevelingen die zien op het gevoerde beleid. Zo wordt aanbevolen beleid te maken teneinde te verzekeren dat effectieve monitoring plaatsvindt op compliance met EU sancties, beleid te maken voor het verduidelijken van CDD-verplichtingen, vergroten van de effectiviteit van melding van verdachte transacties, onder meer door het vergroten van het bewustzijn bij financiële instellingen ten aanzien van verdachte transacties. Het aantal beleidsmatige aanbevelingen is te groot om hier op te noemen. In de volgende paragraaf zal daarop nog worden teruggekomen.

Zoals hierboven al aangegeven wordt aanbevolen de registratie van informatie te verbeteren. Zo volgt uit het evaluatierapport dat niet wordt bijgehouden hoeveel onderzoeken naar witwassen plaatsvinden en hoeveel vervolgingen en veroordelingen daaruit voortvloeien.

Daarnaast worden aanbevelingen gedaan die nopen tot wetswijziging. De FATF adviseert bijvoorbeeld het financieren van terrorisme apart strafbaar te stellen, in overweging te nemen om het professioneel verschoningsrecht van advocaten en notarissen te beperken en om te komen tot het eenvoudiger aannemen van dubbele strafbaarheid teneinde de uitvoering van rechtshulpverzoeken die in verband staan met witwassen te vereenvoudigen. Ook ten aanzien van de aanbevelingen die worden gedaan, die tot wetswijziging dienen te leiden, wordt hier niet beoogd uitputtend te zijn.

Van belang is te constateren dat de FATF komt tot een totaal van 148 aanbevelingen. Voor de implementatie van een deel van deze aanbevelingen is aanpassing van de Wwft noodzakelijk

3 Implementatie aanbevelingen FATF

In paragraaf 2 is zeer in het kort aangegeven dat de aanbevelingen van de FATF noopten tot aanpassing van wetgeving om te komen tot implementatie van deze aanbevelingen.

Bij brief van 4 maart 2011 berichtte de minister aan de Tweede Kamer dat hij de conclusies in het rapport grotendeels kan onderschrijven.⁶ Toch is op sommige punten aanpassing van wetgeving noodzakelijk. Zo geeft de FATF de voorkeur aan een autonome strafbaarstelling van terrorismefinanciering, schrijft de minister, hetgeen leidt tot de beslissing in het Wetboek van Strafrecht 'een autonome strafbaarstelling van TF op te nemen om dit misdrijf overeenkomstig de aanbevelingen in het rapport duidelijk herkenbaar in de wet te positioneren.⁷ Deze aanpassing komt hieronder in paragraaf 4 eveneens aan de orde. Naar aanleiding van de aanbevelingen dient niet alleen aanpassing van het Wetboek van Strafrecht plaats te vinden, maar ook – het is al gesteld – aanpassing van de Wwft: 'De

⁶ Brief van de minister van Financiën 4 maart 2011, 2011D10952.

⁷ Idem als 5.

tekortkomingen in de Wwft hebben onder meer betrekking op elementen van het cliëntenonderzoek dat instellingen die onder de reikwijdte van de Wwft vallen, moeten uitvoeren. Hierbij wordt opgemerkt dat bepaalde tekortkomingen het gevolg zijn van een discrepantie tussen de aanbevelingen van de FATF- en EU-regelgeving welke de basis vormt voor de Nederlandse anti-witwasregelgeving.⁸

In navolging van de brief van 4 maart 2011 wordt op 19 april 2012 het voorstel tot Wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme BES in verband met de implementatie van aanbevelingen van de Financial Action Task Force aan de Tweede Kamer gezonden.

Over de aanbevelingen merkte de minister op dat deze voor een groot deel zijn te herleiden tot de verschillen tussen de FATF-aanbevelingen en de Derde Anti-witwasrichtlijn die de basis vormde voor de Wwft.⁹

De belangrijkste wijzigingen van de Wwft die voortvloeien uit de FATF-aanbevelingen betreffen wijzigingen inzake het cliëntenonderzoek, de melding van ongebruikelijke transacties, en de strafrechtelijke en civielrechtelijke vrijwaring van instellingen die een melding hebben gedaan. Verder is voorzien in de uitwisseling van gegevens tussen toezichthouders.¹⁰ Bovendien wordt in deze wet al rekening gehouden met de herziening van de FATF-aanbevelingen uit februari 2012 en de mede daaraan gerelateerde toekomstige wijzigingen van het Europeesrechtelijk kader. Het gaat dan om de aanscherping van de voorschriften in het cliëntenonderzoek met betrekking tot de vertegenwoordiger van de cliënt en het onderkennen van stromanconstructies, en het onderzoeken of de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt kwalificeert als politiek prominent persoon alsmede het verruimen van het begrip politiek prominent persoon tot ingezetenen van Nederland zonder de Nederlandse nationaliteit.

Ten eerste wordt een betrekkelijk groot aantal van de definitiebepalingen, die mede de reikwijdte van de Wwft bepalen, gewijzigd. Deze wijzigingen vloeien grotendeels niet voort uit de FATF-aanbevelingen. Zo is inmiddels geëxpliciteerd dat onder accountantswerkzaamheden tevens de werkzaamheden van de forensisch accountant vallen (art. 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 11 Wwft), is de taxateur opgenomen in de lijst van instellingen (art. 1, eerste lid, onderdeel a, subonderdeel 24 Wwft) en wordt met wijziging van art. 1, eerste lid onderdeel m wordt duidelijk dat de meldingsplicht (ook) geldt bij dienstverlening die ziet op het verwerken of beoordelen van een ongebruikelijke transactie waarbij de cliënt betrokken is.

8 Idem als 5.

9 Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, 33 238, nr. 3, p.2.

10 Kamerstukken II, vergaderjaar 2011-2012, 33 238, nr. 3, p.2.

Daarnaast vindt – naar aanleiding van de aanbevelingen uit het evaluatierapport – aanpassing plaats in de definitie van de uiteindelijk belanghebbende, wordt onderzoek voorgeschreven naar degene die de cliënt vertegenwoordigt, wordt de verplichting tot het actueel houden van gegevens uit het cliëntenonderzoek geëxpliciteerd. Dit betreffen allemaal wijzigingen van art. 3 Wwft.

Voorts wordt art. 8 Wwft, inzake het verscherpt cliëntenonderzoek, aangepast. Een verscherpt cliëntenonderzoek wordt voorgeschreven 'indien en naar gelang een zakelijke relatie of transactie naar haar aard of in verband met de staat waar de cliënt woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt.' Daarbij wordt het verscherpt cliëntenonderzoek inzake politiek prominente personen op aanbeveling van de FATF in die zin aangepast dat het voorgeschreven onderzoek wordt uitgebreid tot de bron van het vermogen van die personen, komt de uiteindelijk belanghebbende van de cliënt onder die regeling te vallen en wordt de reikwijdte van de regeling uitgebreid met personen die niet de Nederlandse nationaliteit hebben en wonen in Nederland.

Tot slot verdienen twee belangrijke bepalingen vermelding: art. 16 Wwft – de meldplicht – is in die zin gewijzigd dat melding 'onverwijld' dient plaats te vinden en niet – zoals in de oude regeling – binnen twee weken. Er dient dus onmiddellijk na het bekend worden van de ongebruikelijke aard van de transactie te worden gemeld.

Ook de vrijwaringsbepalingen zijn aangepast. Strafrechtelijke vrijwaring bestaat als de gegevens of inlichtingen door de melder te goeder trouw zijn verstrekt (art. 19 Wwft) en voor civielrechtelijke vrijwaring is van belang of de verstrekker heeft verstrekt in de redelijke veronderstelling uitvoering te geven aan de Wwft (art. 20).

4 Strafbaarstelling financieren van terrorisme

Op 1 september 2013 is de Wwft opnieuw gewijzigd in verband met één van de aanbevelingen van de FATF. De FATF uitte in de evaluatie kritiek op de wijze waarop het financieren van terrorisme in Nederland strafbaar is gesteld. Anders dan de meeste FATF-lidstaten, die kozen voor een aparte strafbaarstelling van het financieren van terrorisme, heeft Nederland er in eerste instantie voor gekozen om het financieren van terrorisme strafbaar te stellen via de band van de voorbereidingshandelingen als bedoeld in art. 46 Sr. Daarnaast kan – volgens de minister – het financieren van terrorisme worden bestreden via de strafbaarstelling van deelneming aan een terroristische organisatie (art. 140a Sr.).

Dat nu voor een aparte strafbaarstelling van het financieren van terrorisme is gekozen (in een nieuw art. 421 Sr.) is erin gelegen dat '(d)e FATF (...) *blijkens een van de aanbevelingen van het rapport sterk de voorkeur (geeft) aan een autonome strafbaarstelling van het finan-*

*cieren van terrorisme.*¹¹ Bijkomend voordeel van een zelfstandige strafbaarstelling is bovendien dat de internationale rechtshulp in strafzaken daarmee is gediend. Het is op deze wijze immers onmiskenbaar dat financieren van terrorisme een strafbaar feit oplevert, zonder dat deze strafbaarstelling min of meer ‘verstoep’ bleef in een andere strafbaarstelling.

De wijziging van de Wwft naar aanleiding van deze wet is beperkt. In de Wwft was tot 1 september 2013 een driedelige omschrijving van financieren van terrorisme opgenomen. *‘Een van de punten van kritiek van de FATF-evaluatie was de vermeend mindere inzichtelijkheid van de samengestelde, feitelijke omschrijving. Na invoering van een zelfstandige strafbaarstelling van financieren van terrorisme kan voor de duidelijkheid daarnaar worden verwezen*¹², zo stelt de Minister. In de Wwft wordt nu verwezen naar ‘de gedraging strafbaar gesteld in artikel 421 van het Wetboek van Strafrecht’.

Daarmee is voor een ieder onmiskenbaar wat volgens de Nederlandse wetgever – zowel in het Wetboek van Strafrecht als in de Wwft – moet worden beschouwd als financieren van terrorisme.

5 Vierde Anti-witwasrichtlijn

Op 5 februari 2013 verscheen een voorstel voor een nieuwe Anti-witwasrichtlijn van de Europese Commissie.¹³

Het doel van de nieuwe Anti-witwasrichtlijn is het versterken van de interne markt binnen de Europese Unie. Met versterking van de interne markt – zo wordt overwogen – wordt niet alleen de ontwikkeling van legitieme ondernemingen gestimuleerd, maar loopt de Unie ook het risico dat witwassen en het financieren van terrorisme toenemen. Omdat de aard en verschijningsvormen van witwassen en terrorismefinanciering zich ontwikkelen, is het noodzakelijk om periodiek aanpassingen door te voeren in de regelgeving die beoogt witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen.

De belangrijkste wijzigingen ten opzicht van de Derde Anti-witwasrichtlijn vallen uiteen in een aantal deelgebieden. Ten eerste wordt het bereik van de richtlijn uitgebreid. Voorgesteld wordt om de volgende instellingen onder het bereik van de richtlijn te brengen: handelaren in voorwerpen van grote waarde, bij contante transacties vanaf € 7.500, aanbieders van verhuurdiensten en aanbieders van kansspelen.

11 Kamerstukken II, vergaderjaar 2012-2013, 33 478, nr. 3, p. 1.

12 Kamerstukken II, vergaderjaar 2012-2013, 33 478, nr. 3, p. 11.

13 Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing, COM (2013) 45.

Op dit moment ligt de grens voor handelaren in voorwerpen van grote waarde bij contante transacties nog bij € 15.000. Uit reacties van de Lidstaten – zo stelt het Commissievoorstel – is gebleken dat dit relatief hoge bedrag ertoe leidde dat criminaliteit onvoldoende kon worden opgespoord. Daarnaast zullen handelaren in voorwerpen van grote waarde een liëntonderzoek dienen te verrichten.

Ten aanzien van aanbieders van kansspelen geldt dat thans alleen casino's onder de richtlijn vallen. In het voorstel voor de nieuwe richtlijn wordt de werking uitgebreid naar alle aanbieders van kansspelen.

Daarnaast wordt – in overweging 10 van het voorstel – gesteld dat het noodzakelijk is de natuurlijke persoon te identificeren die de controle heeft over een rechtspersoon: de UBO. Daartoe is het nodig dat de identificatie en verificatie zich uitstrekt via rechtspersonen die de eigendom houden van andere rechtspersonen tot de natuurlijke persoon die de controle of eigendom houdt van de rechtspersoon die de cliënt is, is geïdentificeerd. Daarmee wordt beoogd te voorkomen dat natuurlijke personen zich kunnen verschuilen achter rechtspersonen.

Blijkens art. 3 lid 5 onder a ten eerste van het voorstel geldt als bewijs van eigendom of zeggenschap middels aandelenbezit het houden van 25% plus één aandeel. Het voorstel voorziet daarnaast in een verplichting van de lidstaten om ervoor zorg te dragen dat rechtspersonen informatie over hun UBO's bewaren en aan de bevoegde autoriteiten en meldingsplichtige instellingen beschikbaar stellen.

Het voorstel voorziet voorts in nieuwe bepalingen ten aanzien van het vereenvoudigd en verscherpt cliëntenonderzoek. Vastgelegd wordt – omdat blijkens de toelichting bij het voorstel de bepalingen omtrent het vereenvoudigd cliëntenonderzoek onvoldoende werden nageleefd – dat de bepalingen omtrent het vereenvoudigd cliëntenonderzoek worden verscherpt en dat geen vrijstellingen van dit onderzoek meer worden toegestaan. Uit art. 13, eerste lid van het voorstel volgt dat, indien een lidstaat of een meldingsplichtige entiteit gebieden met een lagere risico vaststelt, de lidstaat vereenvoudigd cliëntenonderzoek mag toestaan. Daarbij dienen de in bijlage II bij de richtlijn genoemde factoren van een potentieel lager risico in acht te worden genomen.

Bij gevallen van een verhoogd risico geldt uiteraard het verscherpt cliëntenonderzoek, waarbij rekening dient te worden gehouden met de bijlage II bij de richtlijn genoemde factoren.

Ten aanzien van PEP's schrijft het voorstel voor dat niet alleen moet worden gekeken of de cliënt zelf een PEP is, maar dat ook moet worden onderzocht of de UBO van de cliënt een PEP is (art. 18 onder a en art. 19 onder a van het voorstel). Daarnaast moet er toestemming van het senior management worden verkregen om relaties met PEP's aan te gaan of

voort te zetten (art. 18 onder b van het voorstel). Nieuw in het voorstel is dat het verscherpt cliëntenonderzoek gaat gelden voor personen met een prominente functie bij een internationale organisatie en – eindelijk – ook voor binnenlandse PEP's. Daarmee komt het ongerechtvaardigde onderscheid tussen buitenlandse en binnenlandse politiek prominente personen te vervallen.

Tot slot beoogt het voorstel aan lidstaten de verplichting op te leggen de mogelijkheid te creëren dat overtredingen van de uit de richtlijn voortvloeiende bepalingen worden bestraft met administratieve sancties. Daarbij wordt een aantal sancties genoemd die in ieder geval mogelijk moeten zijn zoals publicatie van de overtreding, bestuurlijke boeten van tenminste een bepaalde hoogte en de mogelijkheid een tijdelijke ontzetting uit beroep uit te spreken (art. 56, tweede lid voorstel).

Blijkens de brief van de minister van Buitenlandse Zaken van 1 maart 2013¹⁴ verwelkomt de regering het Commissievoorstel. Nederland steunt de door de Commissie gekozen lijn in algemene zin, maar plaatst kanttekeningen ten aanzien van enkele individuele onderdelen. Kritiek is er op het voorstel om op Europees niveau voor te schrijven welke soorten sancties opgelegd moeten kunnen worden. Ook ten aanzien van het verlagen van de drempelwaarde bij handelaren in voorwerpen van grote waarde en de uitbreiding naar aanbieders van alle kansspelen geeft de Minister aan niet overtuigd te zijn van de noodzaak.

Daarnaast plaatst Nederland kanttekeningen bij de aan ondernemingen op te leggen verplichting om informatie over UBO's te bewaren. Daartoe wordt gesteld dat: *'(h)et vaststellen van de uiteindelijk belanghebbende kan een complex proces zijn, zodat deze maatregel van zeer veel personen een inspanning zou vergen, reeds om met deze materie vertrouwd te raken. Daarbij komt dat een instelling in het kader van het cliëntenonderzoek toch gehouden zou zijn dergelijke informatie zelf te controleren. Verder zou toezicht op de naleving van een dergelijke verplichting moeilijk zijn vorm te geven.'* De minister ziet daarom meer in het nog in te voeren centraal aandeelhoudersregister.

¹⁴ Brief van de Minister van Buitenlandse Zaken betreffende informatievoorziening over nieuwe Commissievoorstellen, 1 maart 2013, referentie Minbuza-2013.119018.

6 Slotopmerking

Op 1 augustus 2008 trad de Wwft in werking. De Wet verving – ter implementatie van de Derde Anti-witwasrichtlijn – de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties. Sinds haar inwerkingtreding is de wet inmiddels twaalf (!) keer gewijzigd, terwijl nog drie wijzigingen aanhangig zijn. Bij de drie aanhangige wijzigingen zijn de wijzigingen die voort zullen vloeien uit het voorstel voor een Vierde Anti-witwasrichtlijn uiteraard niet meegerekend. Het betreft niet allemaal ingrijpende wijzigingen, maar geconcludeerd moet worden dat de Wwft in de – bijna – zes jaar van haar bestaan, bepaald geen rustig bezit is geweest.

Dat is voor beroepsbeoefenaren die met de Wwft dienen te werken of dienen te voldoen aan de eisen die uit de Wwft voortvloeien soms een lastige exercitie. De wet vraagt om het continu aanpassen van processen en procedures. Dat is echter – gelet op het terrein dat de Wwft bestrijkt onvermijdelijk. Zoals in het Explanatory Memorandum bij het voorstel voor de Vierde Anti-witwasrichtlijn wordt gesteld: *‘However, the changing nature of money laundering and terrorist financing threats, facilitated by a constant evolution of technology and of the means at the disposal of criminals, requires a permanent adaptation of the legal framework to counter such threats.’*

De Wwft is geen rustig bezit en zal dat ook niet worden. Daar moeten we mee leven.

