

De Vierde Anti-witwasrichtlijn

Mr. R.J. de Doelder en mr. M. Elmas CCP¹

1. Inleiding

Op 20 mei 2015 is de Vierde Anti-witwasrichtlijn² ondertekend door de Europese Raad en het Europees Parlement, waarna het op 5 juni 2015 is gepubliceerd in het Publicatieblad³ van de Europese Unie. De uiterlijke 'implementatietermijn' – dat is de termijn die lidstaten krijgen om de richtlijn om te zetten in de nationale wetgeving – is vastgesteld op twee jaar. Lidstaten dienen uiterlijk 26 juni 2017 aan deze richtlijn te voldoen. Vanaf deze datum wordt de huidige Derde Anti-witwasrichtlijn (2005/60/EG) en de daarbij behorende Uitvoeringsrichtlijn (2006/70/EG) ingetrokken.

De inwerkingtreding van deze nieuwe anti-witwasrichtlijn zal gevolgen hebben voor de wet- en regelgeving, waaraan financiële ondernemingen dienen te voldoen. Het gaat hierbij met name om de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Vanzelfsprekend betekent een nieuwe invulling van de verplichtingen van de Wwft dat procedures in de bedrijfsvoering opnieuw tegen het licht moeten worden gehouden.

1 Rutger de Doelder is universitair docent en promovendus aan de Erasmus School of Law (Erasmus Universiteit Rotterdam) en Musa Elmas is als compliance officer, adviseur en trainer werkzaam bij het Nederlands Compliance Instituut.

2 Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie.

3 Pb EU L141/73.

In deze bijdrage wordt uiteengezet welke (nieuwe) verplichtingen de anti-witwasrichtlijn met zich meebrengt. Daarbij wordt mede een beoordeling gemaakt van de gevolgen die het zal hebben voor de Nederlandse financiële sector en de bedrijfsvoering van instellingen die onder de reikwijdte van de Wwft vallen.⁴

Hieronder worden de onderwerpen behandeld die het meest ingrijpen in de bedrijfsvoering. Hierbij wordt tevens een poging gewaagd om de wijzigingen in een breder perspectief te plaatsen. Dat is niet eenvoudig, omdat in de toelichtingen bij de richtlijn-wijzigingen niet altijd helder wordt beschreven waarom een bepaling wordt gewijzigd.

2. Achtergrond en ontwikkelingen

Achtergrond bij de totstandkoming van de anti-witwasrichtlijn zijn de ontwikkelingen in de bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme. De nieuwe anti-witwasrichtlijn is voornamelijk geïnspireerd door de nieuwe aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF). Deze aanbevelingen gelden als de wereldwijde standaard ter bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme en zijn in februari 2012 opnieuw vastgesteld.⁵

In de toelichting op het oorspronkelijke commissievoorstel⁶ van van de anti-witwasrichtlijn wordt ook gewezen op het feit dat criminelen voortdurend op zoek zijn naar nieuwe kwetsbare plekken om gebruik van te maken, wat noopt de bestaande normen te actualiseren en te verscherpen. Waaruit de gewijzigde patronen bestaan wordt helaas niet vermeld en er wordt dus geen relatie aangewezen tussen de wijzigingen en de ontwikkelingen bij de witwassers zelf. Denkbaar (het wordt niet expliciet vermeld) is dat bijvoorbeeld wordt ingespeeld op een trend bij witwassers om steeds internationaler te opereren. Dat is op zichzelf niets nieuws: al volgens de toelichtingen op de Eerste Anti-witwasrichtlijn waren de witwassers sterk internationaal georiënteerd en daar is toen al rekening mee gehouden, maar in deze vierde versie wordt nog meer nadruk gelegd op internationale samenwerking, zowel binnen overheidsdiensten als financiële ondernemingen, en gelijklopende regelgeving.

4 Een van de auteurs van dit artikel, Rutger de Doelder, heeft eerder samen met Melis van der Wulp over de Vierde Anti-witwasrichtlijn in het Tijdschrift voor Sanctierecht gepubliceerd gericht op de trustsector, ten tijde dat de richtlijn nog in onderhandeling was. Hoewel een enkele passage uit dat artikel is overgenomen menen de auteurs van het artikel dat nu voor u ligt, een nieuw artikel te hebben geschreven met de laatste stand van zaken. Voor het eerdere stuk zie: www.wlaws.com/de_vierde_witwasrichtlijn_en_haar_gevolgen_voor_de_nederlandse_trustsector.pdf

5 De FATF-aanbevelingen zijn vanaf de eerste publicatie inspiratiebron geweest voor de totstandkoming van nieuwe anti-witwasrichtlijnen. Sinds 1990 zijn nieuw uitgevaardigde FATF-aanbevelingen aanleiding geweest voor de totstandkoming van de Eerste, Derde en Vierde Anti-witwasrichtlijn.

6 Voorstel voor een richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme: COM(2013) 45 final, 2013/0025 (COD).

De ontwikkelingen zullen ook te maken hebben met een steeds bredere consensus dat het voorkomen van witwassen steeds verregaandere eisen aan de instellingen, die onder de richtlijn vallen, rechtvaardigt en de bereidheid van landen om steeds meer informatie, inclusief privacy-gevoelige informatie van haar burgers, met elkaar te delen. Dit heeft ongetwijfeld te maken met het afnemen van de naïviteit over witwassen. Of positief benaderd: het toenemen van het bewustzijn dat witwassen in veel landen, waaronder Nederland, niet als een 'ver van mijn bed show' moet worden gezien, maar een risico dat daadwerkelijk een bedreiging voor de samenleving oplevert. In het oorspronkelijke commissievoorstel⁷ wordt bijvoorbeeld expliciet verwezen naar het HSBC-witwassschandaal.⁸ Ook het Nederlandse Openbaar Ministerie (OM) lijkt haar handen de laatste jaren steeds voller te hebben met politici, grote vastgoedmagnaten, beleggers en andere financiële dienstverleners, die worden verdacht van betrokkenheid bij fraude of corruptie en daarbij vermoedelijk het financiële stelsel misbruiken om het illegaal verkregen geld wit te wassen.

Bij de herziening van de anti-witwasrichtlijn is de evaluatie van de huidige (derde) anti-witwasrichtlijn mede als uitgangspunt genomen. Als gevolg hiervan bevat de anti-witwasrichtlijn enkele wijzigingen die verder gaan dan de FATF-aanbevelingen.

3. De hoofdlijnen

3.1 Een risicogebaseerde aanpak

Een voor Nederland 'gunstige' wijziging van deze anti-witwasrichtlijn, ten opzichte van de vorige edities, is een meer risicogebaseerde aanpak. Dit is met name gunstig omdat de Nederlandse wet, waarin een groot deel van de richtlijn terecht moet gaan komen, te weten de Wwft, ook een risicogebaseerde benadering kent. De risicogebaseerde aanpak in de anti-witwasrichtlijn brengt met zich mee dat een risicoanalyse onontbeerlijk is bij het bestrijden van witwassen en financiering van terrorisme, en dat deze tot uiting behoort te komen op drie niveaus: op het niveau van overheden (nationale risicoanalyse), toezichthouders (risicogebaseerd toezicht) en instellingen (o.a. verplichting tot risicoanalyse).

Ter voorbereiding van en samenhangend met de nationale risicoanalyse worden lidstaten geacht om statistieken bij te houden inzake de effectiviteit van maatregelen ter bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme.⁹ Dit omvat onder meer het nut en de

7 Zie voetnoot 6.

8 Lees meer over dit schandaal in o.a. *het Financieele Dagblad*, 5 maart 2013, 'Boete in Verenigde Staten voor witwassen drukt winst van HSBC'.

9 Zie overweging 49 en artikel 44 van de anti-witwasrichtlijn.

opvolging van ongebruikelijke transacties die aan Financial Intelligence Units¹⁰ worden gemeld. Dit is voor Nederland een bekend thema, mede omdat het uit de FATF-evaluatie van Nederland ook naar voren is gekomen.¹¹

Aanvullend zijn er in de anti-witwasrichtlijn wijzigingen te onderkennen die passen binnen de verdere risicogebaseerde aanpak.

Thans benoemt de Wwft instellingen, producten en diensten die in aanmerking komen voor een vereenvoudigd cliëntenonderzoek.¹² In de nieuwe richtlijn vervallen deze verwijzingen en worden die vervangen door een risk assessment dat een instelling zelf dient uit te voeren voorafgaand aan de totstandkoming van een zakelijke relatie. De risicovariabelen die ten grondslag behoren te liggen aan het risk assessment bestaan uit drie pijlers:

- cliëntgebonden risicofactoren;
- product-, dienst-, transactie- of leveringskanaalgebonden risicofactoren;
- geografische risicofactoren.

Voorbeelden van deze risicofactoren zijn opgenomen in een bijlage¹³ die deel uitmaakt van de anti-witwasrichtlijn. Een instelling behoort zelf de risicovariabelen inzichtelijk te maken en te beoordelen, opgevolgd door beperkende, beheersende of uitsluitende maatregelen. Dit biedt instellingen meer flexibiliteit.

Dezelfde aanpak wordt ook gehanteerd ten aanzien van hogere risico's met als resultaat eveneens een bijlage¹⁴, deel uitmakend van de anti-witwasrichtlijn, die voorbeelden bevat van risicofactoren onderverdeeld in de drie pijlers zoals hierboven genoemd. In tegenstelling tot het vereenvoudigd cliëntenonderzoek, blijft de 'standaardlijst' met verwijzingen naar gevallen die een verscherpt cliëntenonderzoek vereisen zo goed als gehandhaafd. In aanvulling op zakelijke relaties of transacties die een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich meebrengen (voortkomend uit de individuele risicoanalyse van de instellingen), worden drie gevallen genoemd die per definitie verscherpt cliëntenonderzoek vereisen, namelijk: zakelijke relaties woonachtig of gevestigd in hoogerisico-jurisdicties, PEP's en correspondent bankrelaties. Deze gevallen zijn thans opgenomen in de Wwft.¹⁵ Opvallend is dat de anti-witwasrichtlijn het fysiek niet aanwezig zijn van een zakelijke relatie voor identificatie, niet langer als geval benoemd dat op voorhand ver-

10 In Nederland de FIU-Nederland.

11 Samenhangend met dit thema is een publicatie van de Algemene Rekenkamer aanbevelingswaardig: 'Bestrijding witwassen; Stand van zaken 2013', gepubliceerd in maart 2014.

12 Artikelen 6 en 7 van de Wwft.

13 Bijlage 2.

14 Bijlage 3.

15 Artikel 8 Wwft.

scherpt cliëntenonderzoek vereist. Dit is komen te vervallen, echter blijft dit geval wel als voorbeeld gehandhaafd in de bijlage met voorbeelden van een potentieel hoger risico.¹⁶

Daarnaast is in de anti-witwasrichtlijn aan de Europese Commissie de bevoegdheid toegekend om derde landen aan te wijzen die strategische tekortkomingen vertonen in hun nationale regelgeving ten aanzien van de bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme.¹⁷ Artikel 9 Wwft¹⁸ kan als het equivalent van deze mogelijke toepassing worden beschouwd.

In tegenstelling tot de lijst van derde (hoogrisico)landen, komt de lijst met de derde landen, die equivalent zijn aan de EU-lidstaten voor wat betreft de systemen ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering¹⁹, te vervallen. Instellingen worden in het licht van de risicogebaseerde aanpak geacht om zelf afwegingen te maken ten aanzien van het risicoprofiel van hun cliënten en de daarbij behorende geografische risicofactoren.

Voor Nederland is er wat betreft de verdere risicogebaseerde aanpak weinig nieuws onder de zon, hoewel het wellicht de mogelijkheden voor de meldplichtige instellingen verruimt.

3.2 UBO

De belangrijkste wijziging heeft waarschijnlijk betrekking op de uiteindelijk belanghebbenden (verder aangeduid met de Engelse afkorting UBO) van een rechtspersoon. Instellingen dienen een cliëntenonderzoek te verrichten dat hen onder meer in staat stelt de identiteit te kennen van de cliënt en de uiteindelijk belanghebbende. Een lichte wijziging is dat er bij de bepaling boven welke percentages een UBO geïdentificeerd moet worden, een meer risicogebaseerde aanpak dient te komen. Nu staat er in de wet dat alleen UBO's die meer dan 25% van de aandelen bezitten voor identificatie en verificatie in aanmerking komen, maar dat wordt aangepast in een minimumvoorschrift. De nieuwe definitie van UBO komt als volgt te luiden:

16 Zie bijlage 3, artikel 2 sub c van de anti-witwasrichtlijn.

17 Zie overweging 28 en artikel 9 van de anti-witwasrichtlijn.

18 Ingevoegd per 1 januari 2013 in de Wwft als gevolg van de FATF-evaluatie van Nederland.

19 Thans opgenomen in artikel 3 van de Uitvoeringsregeling Wwft.

Elke natuurlijke perso(o)n(en) die de uiteindelijke eigenaar is (zijn) van of zeggenschap heeft (hebben) over de cliënt en/of de natuurlijke perso(o)n(en) voor wiens/wier rekening een transactie of activiteit wordt verricht.²⁰

Daaronder wordt aangegeven dat hier ten minste sprake van is indien iemand kortgezegd 25% van de vruchten van een rechtspersoon plukt of zoveel zeggenschap heeft. Maar wellicht dat afhankelijk van de witwasrisico's ook lagere percentages als basis kunnen dienen voor de kwalificatie van UBO's. Lidstaten zijn bevoegd om een lager percentage als indicatie te geven.

Interessanter en opmerkelijker zijn de gedachten van de regelgevers dat er een UBO-register dient te komen als onderdeel van een paspoort voor rechtspersonen. Dit register zou dan onder andere door financiële ondernemingen geraadpleegd kunnen worden om de UBO's in kaart te brengen. Hoe dit (openbare) register er precies uit komt te zien is nog wel de vraag. Onder andere Nederland heeft aangegeven problemen met de privacy van de aandeelhouders te verwachten en wil een vertrouwelijk register.

Het is daarbij goed te realiseren waarom de UBO's geïdentificeerd moeten worden. Dit is met name het gevolg van de aantrekkingskracht die een aandeelhouderstructuur voor criminelen heeft. Een grote crimineel die een witwasconstructie wil opzetten zal er al snel achter komen dat hij beter niet zelf in de directie van een 'fictieve onderneming' kan zitten; daar kunnen beter stromannen voor worden gebruikt die de eerste klappen opvangen als de overheden achter de constructie komen. Het zal vervolgens veel lastiger te bewijzen zijn dat ook de aandeelhouders van de onderneming deelgenoot waren van de malafide praktijken binnen de onderneming. Ook is het voor criminele aandeelhouders mogelijk in meerdere kleinere (fictieve) bedrijven belangen te hebben en is een voordeel dat het gemakkelijk is nog een paar rechtspersonen in de UBO-structuur ertussen te plaatsen (liefst gevestigd in exotische oorden²¹ waarmee voor opsporingsdiensten lastig valt samen te werken). Het gevaar ligt er kortom hierin dat een instelling denkt zaken te doen met een bonafide bestuurder maar dat deze in werkelijkheid wordt aangestuurd door een criminele aandeelhouder.

20 Artikel 3 lid 6 van de anti-witwasrichtlijn.

21 Bijvoorbeeld offshorejurisdicties, tax havens en free trade zones.

“De noodzaak van nauwkeurige en actuele informatie over de uiteindelijk begunstigde is een bepalende factor bij het opsporen van criminelen die hun identiteit anders achter een vennootschapsrechtelijke structuur kunnen verbergen. Daarom moeten de lidstaten ervoor zorgen dat entiteiten opgericht op hun grondgebied overeenkomstig het nationale vennootschapsrecht, naast de basisgegevens zoals naam en adres van de vennootschap en het bewijs van oprichting en juridische eigendom, adequate, accurate en actuele informatie verkrijgen en bijhouden betreffende hun uiteindelijk begunstigten. Met het oog op meer transparantie en om misbruik van juridische entiteiten tegen te gaan, moeten de lidstaten ervoor zorgen dat informatie over de uiteindelijk begunstigten in volledige overeenstemming met het Unierecht wordt bewaard in een centraal register dat zich buiten de vennootschap bevindt. [...] De lidstaten moeten ervoor zorgen dat die gegevens in alle gevallen aan de bevoegde autoriteiten en de FIE's beschikbaar worden gesteld en aan de meldingsplichtige entiteiten wordt verstrekt wanneer deze cliëntenonderzoeksmaatregelen nemen. De lidstaten moeten er tevens voor zorgen dat andere personen die zich met betrekking tot witwassen en terrorismefinanciering, en de daarmee verband houdende basisdelicten, zoals corruptie, fiscale misdrijven en fraude, op een rechtmatig belang kunnen beroepen overeenkomstig de voorschriften inzake gegevensbescherming toegang krijgen tot de gegevens betreffende uiteindelijk begunstigten. Personen die zich op een rechtmatig belang kunnen beroepen, moeten toegang krijgen tot gegevens omtrent de aard en de omvang van het gehouden financieel belang, als berekend bij benadering.”²²

“Om te zorgen voor een gelijk speelveld voor de verschillende rechtsvormen moeten ook trusteees worden verplicht informatie over de uiteindelijk begunstigten te verkrijgen, bij te houden en te verstrekken aan meldingsplichtige entiteiten die cliëntenonderzoeksmaatregelen nemen, en om die informatie te doen opnemen in een centraal register of een centrale database en moeten zij aan de meldingsplichtige entiteiten hun status kenbaar maken. Juridische entiteiten, zoals stichtingen en met trusts vergelijkbare juridische constructies, moeten aan gelijkwaardige voorschriften onderworpen zijn.”²³

Het UBO-register zal in ieder geval toegankelijk zijn voor overheidsinstanties, FIU's, meldplichtige instellingen (vallende onder de reikwijdte van de Wwft) en personen met een legitiem belang. De reikwijdte van het laatste is vooralsnog niet exact duidelijk, maar gedacht zou kunnen worden aan bijvoorbeeld onderzoeksjournalisten.

22 Overweging 14 van de anti-witwasrichtlijn.

23 Overweging 17 van de anti-witwasrichtlijn.

Het is nog niet bekend welke instantie het register gaat beheren en welke instantie het 'legitiem belang' gaat toetsen.

In het UBO-register behoren in ieder geval de volgende gegevens te worden vermeld: naam, geboortemaand en -jaar, nationaliteit, land van verblijfplaats en aard en omvang van de deelneming.²⁴

Voor trusts omvat de te registreren informatie de identiteit van de oprichter van de trust, de trustee(s), de protector (voor zover van toepassing), de begunstigden (of klasse van begunstigden) en elke andere natuurlijke persoon die effectief zeggenschap over de trust uitoefent.²⁵

Als een instelling er niet in slaagt om een UBO te identificeren, kunnen onder omstandigheden natuurlijke personen die behoren tot het hoger leidinggevend personeel als UBO worden gekwalificeerd.²⁶

Bij het UBO-register kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. Het idee is interessant, echter is het nog maar de vraag of de Europese Unie en de lidstaten er terecht vanuit gaan dat een dergelijk register het beoogde effect zal hebben.

In de omkaderde tekst hiervoor lijken de regelgevers over het hoofd te zien dat de criminele aandeelhouder de rechtspersoon misbruikt en (in werkelijkheid) aanstuurt. De bovenstaande tekst lijkt te suggereren dat de rechtspersoon niets afweet van de criminele aandeelhouder. Het zal in de praktijk ook voorkomen dat een aandeelhouder van een (besloten) vennootschap niet bij de bestuurders van de vennootschap bekend staat als crimineel, terwijl hij zijn aandelen met crimineel geld gekocht heeft. Maar deze criminelen zouden net zo goed, of zelfs beter, hun criminele geld in een beursgenoteerde onderneming kunnen investeren omdat ze dan anoniemer blijven. In de praktijk is een groter probleem dat criminele aandeelhouders, met medeweten van de bestuurder, in feite de lakens uitdelen in een onderneming, omdat op deze manier de boven- en onderwereld meer verweven worden.

Wellicht denken de verschillende partijen dat de Kamer van Koophandel en andere entiteiten, waaronder de Belastingdienst, adequate controles kunnen uitoefenen op de juistheid van de aangeleverde informatie maar dat lijkt, zeker bij complexe internationale structuren, naïef. Bovendien is er van de gedachte dat overheidsdiensten naast de registratie ook de verificatie ter hand gaan nemen niets terug te lezen in de plannen.

24 Artikel 30 lid 4 van de anti-witwasrichtlijn.

25 Zie artikel 31 lid 1 van de anti-witwasrichtlijn.

26 Zie overweging 13 en artikel 3 lid 6, sub a, onderdeel ii van de anti-witwasrichtlijn.

Overigens zal de situatie ten opzichte van nu ook niet verslechteren. Financiële ondernemingen zijn nu immers ook aangewezen op het opvragen van gegevens bij de cliënt, en een malafide (vertegenwoordiger van een) rechtspersoon zal net zo goed zand in de ogen willen strooien en de werkelijke (criminele) aandeelhouder zoveel mogelijk willen verbergen. Enig voordeel is dus dat een financiële onderneming de (in de EU-gevestigde) cliënt niet zelf om de UBO hoeft te vragen, maar hiertoe een register kan raadplegen. De moeilijkheid zit hem echter niet in de identificatie maar in de verificatie; die verificatieplicht zal in de plannen bij de instelling blijven liggen en uitgevoerd worden naar aanleiding van de mate van risico die de cliënt met zich meebrengt. Dit risico is sterk afhankelijk van de gevraagde diensten en de hoogte van de bedragen die met transacties gemoeid zijn. Deze informatie bevindt zich alleen bij de dienstverlener waardoor het sowieso niet effectief lijkt om de Kamer van Koophandel met verificatieverplichtingen op te zadelen (zij kunnen immers geen risicogebaseerde benadering hanteren en kunnen bovendien de structuren niet matchen met transactiepatronen).

Wij kunnen ons voorstellen dat er voor het UBO-register aansluiting gezocht wordt bij het Centraal Aandeelhoudersregister dat per 1 januari 2016 in werking treedt. Dit register wordt ondergebracht bij de Kamer van Koophandel.

Het UBO-register heeft in vergelijking met het Centraal Aandeelhoudersregister in twee opzichten een ruimere reikwijdte. Uiteindelijk belanghebbenden zijn naast aandeelhouders ook natuurlijke personen die (feitelijk) zeggenschap kunnen uitoefenen in de rechtspersoon of begunstigden van het kapitaal van die rechtspersoon. Deze personen dienen ook te worden opgenomen in het register. Bovendien is de toegankelijkheid van het Centraal Aandeelhoudersregister beperkter. Het register is alleen toegankelijk voor de aandeelhouders, notarissen en overheidsdiensten.

Het UBO-register zal nog even met veel vraagtekens omgeven blijven. Uit de te verschijnen implementatiewet Wwft zal moeten blijken wat de plannen zijn.

3.3 PEP

Een andere belangrijke wijziging heeft betrekking op politiek prominente personen (verder aangeduid met de Engelstalige afkorting PEP: politically exposed person); dat is een persoon die een hoge politieke functie bekleedt of onlangs heeft bekleed. Er zullen (wederom) meer PEP's in kaart gebracht moeten worden.

Het PEP-begrip was in 2000 door de Wolfsberg Group²⁷ geïntroduceerd. De gedachte achter deze verplichting was dat PEP's uit landen waar corruptie wijdverspreid is hun 'corruptie-inkomen' niet in Westerse landen verborgen kunnen houden. Daar was de PEP-bepaling overigens niet voor nodig omdat corruptie-inkomen uiteraard illegaal vermogen betreft en een goed onderzoek naar de potentiële cliënt en de herkomst van vermogen al zou moeten leiden tot een weigering van de potentiële cliënt en de transactie. Maar gezien het feit dat er gevallen bekend zijn dat (ex)dictators in het Westen bankrekeningen hadden geopend, kon het wellicht geen kwaad hier nog eens extra onderzoek op los te laten.

Sinds de introductie heeft het PEP-begrip in Nederland een belangrijke evolutie ondergaan. Vóór 2013 kon volstaan worden met het identificeren van buitenlandse PEP's woonachtig buiten Nederland. In 2013 kwamen daar, gezien een wijziging van de Wwft in verband met reparatie van geconstateerde gebreken in de FATF-evaluatie van Nederland, de buitenlandse PEP's woonachtig in Nederland bij.

In de anti-witwasrichtlijn wordt de reikwijdte van het PEP-begrip verruimd tot binnenlandse PEP's.

De anti-witwasrichtlijn lijkt op dit gebied aansluiting te zoeken bij de FATF-aanbevelingen ten aanzien van PEP's, ongeacht het verschil in risico's van PEP's. Maar blijkbaar is dat nu niet meer aan de orde en wil de wetgever dat ook de transacties en cliënten waarbij het volstrekt verklaarbaar is dat ze een binnenlandse financiële dienstverlener voor gewone diensten gebruiken, beter worden gemonitord. Nu zijn er de afgelopen jaren in de Nederlandse politiek wel wat gevallen boven water gekomen waarin politici ervan worden verdacht te zijn omgekocht. Opgemerkt moet worden dat het hierbij personen betrof die door de richtlijn niet als PEP worden aangemerkt. Middelbare of lagere ambtenaren vallen niet onder de reikwijdte van de aangewezen publieke functies. Het PEP-begrip blijft beperkt tot 'landelijke' politici.

Ook schrijft de richtlijn voor dat uiteindelijk begunstigen geëxpliciteerd moeten worden op de PEP-status.²⁸ In de Wwft is dit per 1 januari 2013 reeds geëxpliciteerd.

De verscherpte cliëntonderzoeksmaatregelen die worden voorgeschreven voor PEP's blijven vergelijkbaar met de bepalingen in de Wwft.²⁹

27 Een samenwerkingsverband van elf internationale banken.

28 Artikel 20 van de anti-witwasrichtlijn.

29 Zie artikel 8 lid 4 Wwft.

Mocht een PEP – of een familielid of ander naaste geassocieerde – als zakelijke relatie worden geïdentificeerd, dan zal het hoger leidinggevend personeel van de financiële onderneming toestemming moeten geven om de relatie aan te gaan en zal, kortgezegd, de herkomst van het vermogen van de PEP en zijn transacties extra streng moeten worden gemonitord.³⁰

Een verduidelijking in de voorgeschreven maatregelen springt wel in het oog. In de Wwft wordt thans voorgeschreven dat de beslissing tot het aangaan van een PEP, of het verrichten van een transactie ten behoeve van een PEP, wordt genomen of wordt goedgekeurd door personen die daartoe door de instelling zijn gemachtigd. In de anti-witwasrichtlijn wordt dit verduidelijkt met een verwijzing naar de goedkeuring van hoger leidinggevend personeel, waaronder het volgende wordt verstaan:

“functionarissen of werknemers met voldoende kennis van de blootstelling van een instelling aan het witwasrisico en het risico van terrorismefinanciering en met voldoende anciënniteit om beslissingen te nemen die van invloed zijn op die blootstelling; hierbij hoeft het niet noodzakelijk om een lid van de raad van bestuur te gaan.”³¹

Een directielid zou bijvoorbeeld daartoe bevoegd kunnen zijn.

Opvallend is ook dat een nieuwe groep van publieke functies deel uitmaakt van de PEP-kwalificatie, namelijk bestuurders, plaatsvervangend bestuurders en leden van de raad van bestuur of bekleders van een gelijkwaardige functie bij een internationale organisatie.³² In de richtlijn worden dergelijke internationale organisaties niet nader aangeduid. Wij kunnen ons indenken dat organisaties zoals de Verenigde Naties, het Internationaal Monetair Fonds en zelfs de FIFA³³ onder de reikwijdte daarvan zullen vallen.

De bovenstaande verruiming zullen leiden tot een toename van het aantal PEP's bij meldplichtige instellingen.

30 Artikel 20 van de anti-witwasrichtlijn.

31 Zie artikel 3 lid van de anti-witwasrichtlijn.

32 Zie overweging 32 en artikel 3 lid 9 sub h van de anti-witwasrichtlijn.

33 In de amendementen van het Europees Parlement werd de FIFA nog expliciet benoemd, daarna is er in de ‘triloog’ een algemene aanduiding van gemaakt.

3.4 Uitbreiding reikwijdte richtlijn

Fiscale misdrijven

Een van de meest ingrijpende wijzigingen – die rechtstreeks voortvloeit uit de gewijzigde FATF-aanbevelingen – is dat de gronddelicten voor witwassen worden uitgebreid met fiscale delicten. Dat betekent dus dat in de gehele EU (maar ook alle bij de FATF betrokken landen als Zwitserland) zware fiscale fraude, net als bijvoorbeeld wapenhandel en drugshandel, wordt gezien als een misdrijf waarmee criminele opbrengsten gegenereerd worden die kunnen worden witgewassen. Voor Nederland en een groot aantal EU-lidstaten zal deze wijziging echter geen gevolg hebben, omdat zij reeds eerder besloten fiscale delicten als gronddelict voor witwassen aan te merken. In het Nederlandse Wetboek van Strafrecht worden alle handelingen met geld uit misdrijf afkomstig als witwassen gekwalificeerd en de Hoge Raad heeft bevestigd dat ook de opbrengsten uit fiscale fraude kunnen worden gezien als uit misdrijf verkregen vermogen, ook al betreft het slechts een gedeelte van het totale verkregen vermogen (namelijk het deel dat anders aan de fiscus zou moeten worden betaald).³⁴ De consequentie van de wijziging van de FATF-aanbeveling is dat wereldwijd transacties waarbij het vermoeden bestaat dat fiscale fraude is gepleegd door financiële ondernemingen, moeten worden tegengegaan, gemeld en/of geweigerd. Dat klinkt overigens vanuit een level playing field-perspectief beter dan het in de praktijk zal zijn. In overweging 11 van de anti-witwasrichtlijn geeft de Europese Commissie het probleem zelf al treffend aan:

Aangezien in elke lidstaat verschillende belastingdelicten kunnen worden beschouwd als 'criminele activiteit' [...] kunnen de definities van belastingmisdrijven in het nationaal recht van elkaar verschillen. Hoewel er niet wordt gestreefd naar harmonisatie van de definities van fiscale misdrijven in het nationaal recht, moeten de lidstaten binnen de grenzen van hun nationaal recht een zo ruim mogelijke mate van inlichtingenuitwisseling en bijstandverlening tussen de financiële-inlichtingeneenheden (FIE's) in de Unie toestaan.

De praktische oplossing van de Europese Unie is geweest om een fiscaal delict te definiëren als een belastingdelict waarop in het land zelf maximale gevangenisstraffen mogelijk zijn van minimaal een jaar.³⁵

34 Venlose (vrouw van) Hashkoning arrest, 7 oktober 2008, NJ 2009/94.

35 Of voor lidstaten die in hun rechtsstelsel een strafminimum voor strafbare feiten kennen, alle strafbare feiten die strafbaar zijn gesteld met een minimum van meer dan zes maanden. Zie artikel 3 lid 4 sub f van de anti-witwasrichtlijn.

De onderwerpen 'belastingontwijking' en de aanpak van 'belastingparadijzen' staan inmiddels ook hoog op de Europese agenda.³⁶

Meldplichtige instellingen

Een ander soort uitbreiding betreft de verruiming van de doelgroep die onder de anti-witwasrichtlijn valt (ook wel aangeduid als meldplichtige instellingen).

Het betreft onder meer aanbieders van kansspelen. In vergelijking met de voorgaande richtlijn en de FATF-aanbevelingen heeft de nieuwe anti-witwasrichtlijn een verdergaande reikwijdte. In tegenstelling tot de FATF-aanbevelingen, die betrekking hebben op (online) casino's, heeft de anti-witwasrichtlijn naast (online) casinospelen, betrekking op diverse vormen van kansspeldiensten, zoals speelhuizen, loterijen, poker en wedden-schapstransacties.

In bepaalde omstandigheden is het een lidstaat toegestaan om bepaalde kansspel-diensten van sommige of van alle voorschriften van de anti-witwasrichtlijn vrij te stellen. Voorwaarden hiervoor betreffen een toepassing in strikt beperkte en gerechtvaardigde omstandigheden, met als grondslag een specifieke risicobeoordeling van de kansspel-dienst in combinatie met de verbonden risico's aan de dienst c.q. potentiële transacties in kwestie, die tot de conclusie leidt dat het witwasrisico en het risico van terrorismefinanciering gering zijn. De nationale risicoanalyse op overheidsniveau zou hiervoor als basis gebruikt kunnen worden.

Tevens zullen er meer zogenoemde handelaren in grote waarden onder de richtlijn vallen. Dat zijn juweliers, autodealers, maar ook elektronicazaken, e.d. mits zij hoge cash-bedragen accepteren. Dat hoge cashbedrag was vastgesteld op € 15.000,- maar zal worden verlaagd tot € 10.000,-.

Bovendien wordt in de anti-witwasrichtlijn geëxpliciteerd dat huurbemiddelingdiensten eveneens onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. In de Wwft is hiervoor reeds een basis aanwezig.³⁷

36 Zie de volgende link voor een beschrijving en weergave van de initiatieven op Europees niveau: www.europa-nu.nl/id/vi38jaxg5zqp/aanpak_belastingparadijzen_en.

37 Zie artikel 1 lid 14 Wwft.

3.5 Overige punten

In deze paragraaf worden wat 'losse eindjes' behandeld die relevant kunnen zijn.

Zo wordt de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de lidstaten (en bijvoorbeeld tussen de instanties waar meldingen over ongebruikelijke transacties binnenkomen, de FIU's) versterkt. Voor Nederland zitten hier geen belangrijke nieuwe verplichtingen, gezien de huidige verantwoordelijkheden, taken en bevoegdheden van FIU-Nederland.

In de anti-witwasrichtlijn wordt ook een rol toebedeeld aan de Europese toezichthouders, te weten de Europese Bankautoriteit (EBA), de Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen (EIOPA) en de Europese Autoriteit voor effecten en markten (ESMA).³⁸ De Europese toezichthouders zullen ten behoeve van de supranationale risico-analyse worden belast met het uitbrengen van advies over de risico's die van invloed zijn op de financiële sector van de Europese Unie. Tevens zijn de Europese toezichthouders gehouden om ontwerpen van technische reguleringsnormen te ontwikkelen en die voor te leggen aan de Europese Commissie. Bovendien wordt aan de Europese toezichthouders opgedragen om met richtsnoeren te komen ten aanzien van risicofactoren die in overweging moeten worden genomen en maatregelen die moeten worden toegepast in situaties waarin vereenvoudigde of verscherpte cliëntonderzoeksmaatregelen passend zijn. Omdat afwijking van de richtsnoeren in de praktijk lastig is en afwijking van de technische reguleringsnormen niet is toegestaan, is het raadzaam voor de financiële sector consultaties van deze normen nauwlettend te volgen.

Verder worden mogelijke sancties op overtreding van de normen uit de anti-witwasrichtlijn tussen de lidstaten van de EU meer gelijkgetrokken. De sancties zullen daardoor in Nederland moeten worden opgehoogd tot € 5 miljoen of 10% van de totale jaaromzet.³⁹

Tot slot schrijft de anti-witwasrichtlijn voor dat de bevoegde autoriteiten erop moeten toezien dat personen die een bepaald aantal entiteiten (wisselkantoren, kantoren voor het omwisselen van cheques, verrichters van trustdiensten en vennootschapsrechtelijke diensten of aanbieders van kansspeldiensten) feitelijk leiden en de uiteindelijk begunstigden van deze entiteiten, betrouwbaar en deskundig zijn.⁴⁰ Dit zal in Nederland geen grote gevolgen hebben, omdat de geschiktheidstoets, in diverse wetten, onderdeel uitmaakt van het vergunningstraject van de genoemde instellingen en het doorlopende toezicht van de toezichthouders.

38 Allen opgericht in 2010.

39 Artikel 59 lid 3 van de anti-witwasrichtlijn.

40 Overweging 51 van de anti-witwasrichtlijn.

4. Verordening informatie bij geldovermakingen

Naast de anti-witwasrichtlijn is tevens de Verordening informatie bij geldovermakingen⁴¹ herzien.⁴² Deze verordening regelt welke informatie bij (internationale) overboekingen vermeld moet worden. Belangrijkste wijziging is dat er meer informatie over de begunstigde van een betaling moet worden gegeven – vooral in gevallen waarin de betaaldienstverlener van de begunstigde in een niet-EU-lidstaat is gevestigd – en dat de controles op ontbrekende informatie zullen worden aangescherpt.⁴³

5. Conclusie

Een belangrijke Europese ontwikkeling die in Nederland al veel eerder is ingezet, is dat in de Vierde Anti-witwasrichtlijn expliciet wordt overgegaan tot een risicogebaseerde aanpak. Deze aanpak brengt mee dat een risicoanalyse onontbeerlijk is bij het bestrijden van witwassen en financiering van terrorisme, zowel voor de lidstaat, de toezichthouders als voor de instelling die onder de richtlijn valt. Het bijhouden van statistieken door de overheid inzake de effectiviteit van maatregelen ter bestrijding van witwassen en financieren van terrorisme is ook een vereiste dat samenhangt met de risicogebaseerde aanpak.

De belangrijkste ontwikkeling lijkt de oprichting van een UBO-register te zijn, maar daarover zijn nog weinig details bekend.

Het feit dat ook Nederlandse PEP's in kaart moeten worden gebracht en extra moeten worden gemonitord, lijkt niet ingrijpend. Op basis van hun media-exposure hebben de meeste financiële ondernemingen dergelijke personen al als een verhoogd risico aangemerkt.

De aanwijzing van fiscale misdrijven als gronddelict voor witwassen zal in Nederland geen impact hebben, gezien de wet- en regelgeving en de rechtspraak.

De uitbreiding van meldplichtige instellingen daarentegen wel, doelend op de verruiming van aanbieders van kansspelen en handelaren in zaken van grote waarde die cashbedragen accepteren van € 10.000,- (thans € 15.000,-).

41 Verordening (EG) Nr. 1781/2006.

42 Verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1781/2006.

43 Meer hierover is onder andere te lezen in het artikel 'Commissievoorstellen Vierde Anti-witwasrichtlijn en herziening Verordening informatie bij geldovermakingen', mr. J.A. Voerman en mr. J. Reijmer, *Tijdschrift voor Financieel Recht*, nummer 6 (juni 2013).

De versterking van de samenwerking en informatie-uitwisseling tussen de lidstaten (en bijvoorbeeld tussen de instanties waar meldingen over ongebruikelijke transacties binnenkomen, de FIU's) zal niet leiden tot nieuwe verplichtingen met grote consequenties, gezien de huidige verantwoordelijkheden, taken en bevoegdheden van FIU-Nederland.

In de anti-witwasrichtlijn wordt ook een rol toebedeeld aan de Europese toezichthouders (EBA, EIOPA en ESMA). Zij zullen onder andere technische reguleringsnormen ontwerpen en richtsnoeren opstellen ten aanzien van risicofactoren en passende cliëntonderzoeksmaatregelen. Omdat deze toekomstige normen de nationaal geldende richtsnoeren van de bevoegde toezichthouders zullen 'overrulen' is het raadzaam deze ontwikkelingen nauwlettend te volgen.

Verder worden in de nieuwe anti-witwasrichtlijn de mogelijke sancties op overtreding van de normen uit de richtlijn tussen de lidstaten van de EU meer gelijkgetrokken. De sancties worden daardoor in Nederland opgehoogd tot € 5 miljoen of 10% van de totale jaaromzet.

De voorgeschreven geschiktheidstoetsing voor de feitelijk leidinggevend en uiteindelijk begunstigen van een bepaald aantal type instellingen⁴⁴ is in Nederland een gangbare praktijk en heeft weinig consequenties.

De gevolgen van de Vierde Anti-witwasrichtlijn voor Nederlandse meldingsplichtigen, zullen onzes inziens beperkt zijn. Dat komt onder andere doordat Nederland met de per 1 januari 2013 gewijzigde Wwft vooruit is gelopen op een aantal ontwikkelingen die nu in de anti-witwasrichtlijn zijn opgenomen en doordat de Nederlandse Wwft altijd al risicogebaseerd was ingericht (en daarmee zelfs vooruitliep op de gewijzigde FATF-aanbevelingen en de anti-witwasrichtlijn).

44 Wisselkantoren, kantoren voor het omwisselen van cheques, aanbieders van trustdiensten en vennootschapsrechtelijke diensten of aanbieders van kansspeldiensten.