

Per e-mail: internet consultatie
 Ministerie van Financiën
 t.a.v. de heer mr. W.B. Hoekstra MBA

Den Haag, 15 januari 2019
 dossiernummer: 106547
 uw kenmerk: n.v.t.
 telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 81
 e-mail: v.matroos@advocatenorde.nl

Betreft: reactie op internetconsultatie implementatiewet wijziging vierde anti-witwasrichtlijn (5^e Richtlijn)

Geachte minister,

De algemene raad van de Nederlandse orde van advocaten heeft kennis genomen van het wetsvoorstel tot implementatie van de wijziging van de richtlijn (EU) 2018/843 van het Europese Parlement en de Raad van 30 mei 2018 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van gelden of terrorismefinanciering (hierna: het wetsvoorstel).

De consultatiereactie van de algemene raad, waar de adviescommissie strafrecht, een belangrijke bijdrage aan heeft geleverd omvat de volgende onderwerpen:

1. Voorgestelde wijziging van artikel 3, tweede lid, onderdeel b, Wwft
2. Voorgestelde wijziging artikel 4, tweede lid, Wwft
3. Voorgestelde wijziging van artikel 9 Wwft
4. Nieuw voorgesteld artikel 9a Wwft

Hieronder volgt bij elk van de onderwerpen een nadere toelichting.

1. Voorgestelde wijziging artikel 3, tweede lid, onderdeel b Wwft

Doel van deze bepaling is vast te leggen dat ook de identiteit van de pseudo-UBO moet worden geverifieerd en dat daarbij de genomen maatregelen om een "echte" UBO te achterhalen en de in dat proces eventueel gerezen moeilijkheden worden vastgelegd.

De gewijzigde tekst van de 5^e Richtlijn luidt op dit punt als volgt:

„Indien de geïdentificeerde uiteindelijk begunstigde een in artikel 3, punt 6, onder a), ii), bedoeld lid van het hoger leidinggevend personeel is, nemen de meldingsplichtige entiteiten de noodzakelijke redelijke maatregelen om de identiteit te verifiëren van de natuurlijke persoon die lid is van het hoger leidinggevend personeel, en documenteren zij welke acties zijn ondernomen en welke moeilijkheden eventueel tijdens het verificatieproces zijn ondervonden;”.

Bezoekadres
 Neuhuyskade 94
 2596 XM Den Haag
 Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
 Postbus 30851
 2500 GW Den Haag

Bedoeld is dat, in het geval de cliënt-entiteit geen "echte" UBO heeft, of een "echte" UBO niet kon worden vast gesteld, dan wel daarover twijfels zijn gerezen, en er om die reden een lid van het hoger leidinggevend personeel als "pseudo-UBO" is aangewezen, de identiteit van het aldus als UBO aangewezen lid van het hoger leidinggevend personeel moet worden geverifieerd. Deze verificatieverplichting van de pseudo-UBO is in het huidige recht al verplicht via artikel 3, lid 1, onder a, sub 2, van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 jo. artikel 3, lid 2, sub b, van de Wwft. De wijziging die nog in de huidige Wwft moet worden geïmplementeerd betreft derhalve de zinsnede *"en documenteren zij welke acties zijn ondernomen en welke moeilijkheden eventueel tijdens het verificatieproces zijn ondervonden"*.

De voorgestelde implementatie tekst van artikel 3, lid 2, sub b, luidt:

*"(...) en indien **de cliënt** lid is van het hoger leidinggevend personeel, noodzakelijke redelijke maatregelen te nemen om de identiteit te verifiëren van de natuurlijke persoon die lid is van het hoger leidinggevend personeel, waarbij de genomen maatregelen en de ondervonden moeilijkheden tijdens het verificatieproces worden vastgelegd."* (vet toegevoegd)

De tekst lijkt onjuist en werkt verwarrend voor zover de woorden "de cliënt" worden gebruikt. Het lid van het hoger leidinggevend personeel is niet de cliënt. De cliënt is de rechtspersoon. Bedoeld zal zijn "(...) en indien is vastgesteld dat een lid van het hoger leidinggevend personeel als uiteindelijk rechthebbende heeft te gelden, noodzakelijke maatregelen "(...).

De memorie van toelichting is op dit punt ook verwarrend door niet duidelijk tot uitdrukking te brengen dat het hier gaat om een verificatie en vastleggingsverplichting in het geval is vastgesteld dat er geen "echte" UBO is, en daarom een lid van het hoger leidinggevend personeel als "pseudo" UBO is aangewezen. Het gaat vervolgens om de verificatie van de identiteit van die "pseudo" UBO, niet om verificatie van de identiteit van de cliënt, waarvan het hoger leidinggevend personeel deel uit maakt.

De algemene raad adviseert dan ook de tekst van de wetsbepaling en van de memorie van toelichting dienovereenkomstig aan te passen, zodat onnodige verwarring wordt voorkomen.

Voorts adviseert de AR om de memorie van toelichting ook op een ander punt te nuanceren. De huidige toelichting vermeldt (pagina 26, tweede helft van tweede alinea) in te absolute bewoordingen dat *"Het niet kunnen identificeren van de uiteindelijk belanghebbende op basis van een toereikend percentage van de aandelen of de stemrechten of het eigendomsbelang dan wel zeggenschap via andere middelen, risico's met zich mee [brengt], waardoor extra waarborgen dienen te gelden."*

Deze formulering is te absoluut en kan daardoor in de praktijk voor verwarring zorgen omdat géén sprake is van extra risico's indien het om een op de gereguleerde markt genoteerde vennootschap gaat. Een dergelijke vennootschap heeft in de regel geen natuurlijk persoon die zeggenschap of controle over de vennootschap heeft, terwijl het risico van betrokkenheid bij witwassen bij de betreffende vennootschap bovendien via de notering en de daarbij behorende transparantieverplichtingen al voldoende beheerst wordt. Niet voor niets zegt de Richtlijn (in de definitiebepaling van artikel 3, lid 6, sub a, onder i) dat het bij de verplichting om een UBO vast te stellen niet gaat om *"een op een gereguleerde markt genoteerde vennootschap die is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten overeenkomstig het recht van de Unie, of aan gelijkwaardige internationale standaarden die een toereikende transparantie van eigendomsinformatie waarborgen."* Indien de cliënt een beursgenoteerde onderneming betreft, is er

dus juist geen sprake van extra risico's. De algemene raad wijst in dit verband ook nog op Bijlage II, artikel 1 sub a van de 4^e en de 5^e Richtlijn waarin beursgenoteerde vennootschappen worden genoemd als een cliëntgebonden factor die juist een *lager* risico oplevert.

2. Voorgestelde wijziging artikel 4, tweede lid, Wwft

Uit het voorgestelde artikel 4, tweede lid van het wetsvoorstel blijkt dat er een verplichting bestaat voor een instelling (advocaat) om een bewijs van registratie van de UBO in het register, bedoeld in artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007. Op grond van deze nieuwe bepaling moeten instellingen bij het aangaan van een nieuwe relatie met een cliënt over een bewijs van inschrijving van de UBO van de cliënt beschikken. Gezien deze verplichtstelling vraagt de algemene raad hoe dit zich verhoudt tot de notie dat er niet 'blind' mag worden vertrouwd op de informatie aangaande UBO's uit het register. Voorts vraagt de algemene raad of, in het kader van de lastenverzwaring, de raadpleging van het UBO-register en de verstrekking van uittreksels uit het UBO-register kosteloos zal kunnen plaatsvinden.

3. Voorgestelde wijziging van artikel 9 Wwft

In het wetsvoorstel is in het voorgestelde artikel 9 opgenomen dat Wwft-instellingen meer risicobeperkende maatregelen moeten nemen als zij via hun cliënten te maken krijgen met een land buiten de EU dat door de Europese Commissie is aangewezen als een land met een hoog risico op witwassen of terrorismefinanciering. Dit artikel bepaalt dat een instelling aanvullende informatie moet verzamelen indien het een cliënt of transactie betreft die afkomstig is uit een dergelijk land. Om misverstanden en een niet gewenste terugkeer naar een rule-based systeem te voorkomen, adviseert de algemene raad in de memorie van toelichting bij dit artikel tot uitdrukking te brengen dat de omvang en reikwijdte van de te verzamelen aanvullende informatie wordt bepaald door het concrete, in dit geval hoge, risico van de cliënt of de transactie. Het moet dus ook hier gaan om "redelijke" aanvullende maatregelen. Artikel 18, lid 2, van de richtlijn noemt immers wel expliciet dat het hier moet gaan om het verzamelen van aanvullende informatie "*voor [dat] zover redelijkerwijs mogelijk is*". Het is voor de praktijk van belang dat dit in de toelichting wordt genoemd omdat de instellingen in de praktijk, mede door de wijze waarop toezicht en handhaving in concrete gevallen plaats vindt, soms wel eens de indruk hebben dat zij tot het onmogelijke gehouden zijn.

Voorts wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat via een ministeriële regeling meer duiding zal worden geven aan de aanvullende informatie die een instelling moet verzamelen om aan het verscherpte cliëntenonderzoek te kunnen voldoen. De algemene raad vraagt of er zicht is op wanneer die regeling beschikbaar zal zijn.

4. Voorgesteld artikel 9a Wwft

In het voorgestelde artikel 9a Wwft wordt bepaald dat de Ministers van Financiën en Justitie en Veiligheid gezamenlijk een lijst met de exacte prominente publieke functies publiceren. De algemene raad verzoekt om aan te geven op welke termijn deze lijst beschikbaar zal komen en of deze lijst zowel binnenlandse publieke functies als ook buitenlandse publieke functies zal omvatten. Voorts verzoekt de algemene raad om aan te geven wat de status zal zijn van deze lijst ten opzichte van de lijst met binnenlandse PEP-functies die inmiddels door de Belastingdienst is gepubliceerd. Een volledige lijst van binnenlandse en buitenlandse PEP's is van belang om het onderzoek naar PEP's door advocaten naar behoren te kunnen uitvoeren.

Tot slot

De algemene raad verzoekt u de hierboven staande opmerkingen te betrekken bij het verdere wetgevingsproces. Tot een nadere toelichting zijn wij gaarne bereid.

Met vriendelijke groet,
namens de algemene raad



mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris