

13 Corporate governance dilemma's bij het streven naar compliance met de Wwft

Tjalling Tiemstra

1. Inleiding

In 2016 startte de FIOD een onderzoek bij ING NL naar mogelijke overtredingen van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wwft') en de Wet op de Economische Delicten ('WED'). Hetzelfde gebeurde drie jaar later bij ABN AMRO. Beide onderzoeken resulteerden uiteindelijk in transacties met het Openbaar Ministerie (OM) waarin vervolging werd afgekocht voor respectievelijk € 775 miljoen bij ING in 2018 en € 480 miljoen bij ABN AMRO in 2021. Ook andere banken, maar ook sommige individuele (oud-)bestuurders, liggen met betrekking tot dit thema onder het vergrootglas van het OM. De vraag is gerechtvaardigd in hoeverre de corporate governance van deze banken niet goed heeft gefunctioneerd. Dit hoofdstuk bespreekt in dit verband een aantal dilemma's waar banken zich in het kader van corporate governance voor gesteld zien bij hun inspanningen om de Wwft voldoende na te leven.

2. Enige aspecten van de Wwft

Bedrijven, dus ook banken en professionele dienstverleners, hebben van oudsher altijd al de plicht gehad om bij het accepteren van klanten en het faciliteren van hun transacties te onderzoeken of er sprake is van heling. Het gaat er daarbij om of de betrokken partij wist of redelijkerwijs had moeten vermoeden dat een goed (inclusief vermogensrechten) een door misdrijf verkregen goed betrof. Witwassen is een misdrijf en viel daarmee dus altijd al onder de onderzoeksplicht van instellingen, ter voorkoming van betrokkenheid van marktpartijen bij heling. Niettemin, en ter implementatie van de betreffende Europese richtlijn¹, heeft de wetgever het noodzakelijk geacht om met de Wwft een bestuursrechtelijke invulling van, c.q. aanvulling op, deze al bestaande onderzoeksplicht van instellingen in te voeren. Het toezicht op de naleving van de Wwft is voor banken vervolgens bij DNB ondergebracht. In de Wwft worden instellingen verplicht om 'ongebruikelijke transacties' (transacties waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme) op te sporen en te melden aan de Financial Intelligence Unit (FIU), een onderdeel van het ministerie van Financiën ('MinFin'). Banken moeten bovendien hun relatie met klanten

¹ Vierde Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europese Parlement en de Raad van 20 mei 2015.

beëindigen als deze als ‘verdacht’ geclassificeerd (dienen te) worden. De Wwft hanteert voor de inhoud van deze verplichtingen zowel gesloten als open normen.

3. Resultaatsverplichtingen versus Inspanningsverplichtingen

De corporate governance in een organisatie dient gebaseerd te zijn op een doelmatig en goed werkend systeem van interne controle. Dit systeem moet onder andere de naleving van de voor de organisatie geldende wet- en regelgeving zo goed mogelijk waarborgen. Daarbij is het van belang om te bepalen of het om de naleving van gesloten of van open normen gaat.

De AFM definieert het begrip gesloten normen als normen waarin ‘heel precies’ is aangegeven wat een marktpartij ‘wel of niet mag’.² Ik verruim deze definitie naar ‘wel of niet moet doen’. Bij gesloten normen is sprake van een resultaatsverplichting. Het al of niet voldoen aan een wetsartikel met een gesloten norm kan objectief door het rechtssubject zelf, de toezichthouder en/of andere daartoe bevoegde instanties worden vastgesteld en gehandhaafd. Een gesloten norm biedt daarmee een redelijke mate van rechtszekerheid. Bij open normen is daarentegen sprake van een inspanningsverplichting. Het rechtssubject moet aantonen dat hij of zij zich voldoende heeft ingespannen om aan de open norm van de wettelijke verplichting te voldoen. De rechtszekerheid is hier veel moeilijker te realiseren. In het geval van de Wwft is de rechtszekerheid van het rechtssubject bijvoorbeeld afhankelijk van de verwachtingen bij de toezichthouder over de resultaten en vereiste inspanningen die de instelling zich moet getroosten om te voldoen aan de invulling van de open norm.

4. Gesloten c.q. open normen en corporate governance

Ondanks de hiervoor genoemde belangrijke verschillen tussen het naleven van open en gesloten normen stelt de Beleidsregel Handhavingsbeleid van AFM en DNB dat het onderscheid tussen open en gesloten normen geen verschil maakt voor het handhavend optreden van de toezichthouders.³ Voor de corporate governance van de onder toezicht gestelde instellingen bestaat er echter wel een belangrijk verschil tussen het naleven van de resultaatsverplichtingen van gesloten normen en het naleven van de inspanningsverplichtingen van open normen. In het eerste geval is er geen discussie: het systeem van interne controle moet gewoon zorgdragen voor naleving van gesloten normen. Bij open normen is dit anders: hier zal sprake zijn van een belangenafweging door het bestuur van de kosten en de doelmatigheid van naleving en de beperking van risico’s enerzijds en de invloed hiervan op de

² AFM, *Beleidsregel Informatieverstrekking, Waar let de AFM op bij het beoordelen van informatieverstrekking door financiële ondernemingen over financiële producten en diensten?*, Amsterdam 31 december 2018, p. 5.

³ Beleidsregel AFM & DNB, *Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en de Nederlandsche Bank*, Amsterdam oktober 2020, p. 5.

belangen van stakeholders zoals klanten en aandeelhouders anderzijds. In de Beleidsregel Handhavingsbeleid van AFM en DNB wordt over 'strekking van de norm' opgemerkt: "Anders dan gesloten normen geven open normen onder toezicht gestelden in specifieke situaties ruimte bij de invulling ervan, waarbij het de eigen verantwoordelijkheid van de onder toezicht gestelde is die normen op de juiste manier te interpreteren".

Zowel MinFin, DNB als AFM hebben leidraden uitgegeven met voorbeelden voor het invullen van open normen. Deze bestuursorganen benadrukken echter dat deze leidraden geen juridische documenten zijn en niet in de plaats komen van wet- en regelgeving ('Leidraden').⁴ Hier kan uit opgemaakt worden dat de interpretatie van de open norm weliswaar in eerste instantie de 'eigen verantwoordelijkheid' is van de onder toezicht gestelde instelling, maar dat DNB achteraf bepaalt of de interpretatie door de instelling juist is of dat de betreffende norm overtreden is. Dit kan op gespannen voet staan met het rechtszekerheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. In formele zin houdt dit beginsel immers in dat rechtsgevolgen (in dit geval van de Wwft) duidelijk en ondubbelzinnig moeten zijn geformuleerd. In materiele zin bepaalt dit beginsel dat besluiten c.q. de invulling van een norm door de toezichthouder niet met terugwerkende kracht mogen worden toegepast, hetgeen hier wel gebeurt. In haar jaarverslag 2018 wees de Raad van State al op het risico van rechtsonzekerheid als gevolg van open normen: "Open normen in de vorm van kaderwetgeving, ruime delegatiebepalingen, doelregelgeving en zorgplichten kunnen weliswaar vanuit bestuurlijk oogpunt praktische voordelen hebben, maar zij staan ook op gespannen voet met het primaat van de wetgever. Zij kunnen voor de burger, uitvoerende instanties en overheden ruimte opleveren, maar ook rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid."

5. Risico-gebaseerde benadering

MinFin en DNB stellen in hun respectievelijke Leidraden dat de onder toezicht staande instellingen de Wwft 'risico-gebaseerd' moeten naleven. MinFin en DNB maken daarbij, naar mijn mening ten onrechte, geen onderscheid tussen de naleving van open of gesloten normen. Een risico-gebaseerde benadering kan immers alleen maar van toepassing zijn op open normen, omdat gesloten normen per definitie volledige (100%) naleving vereisen en zich dus niet lenen voor een risico-gebaseerde benadering waarbij de instelling keuzes maakt en prioriteiten stelt. Het rapport van SMV⁵ over deze problematiek formuleert ditzelfde probleem in iets andere bewoordingen: "Het vanuit de Wwft verplichte poortwachterssysteem is in principe gericht op een honderdprocentcontrole van klanten en van transacties. Dat impliceert dat elke nieuwe klant en elke banktransactie gecontroleerd moet worden, zij het dat er

4 Leidraad MinFin, p. 7; Leidraad DNB, p. 6: "Deze Leidraad is geen juridisch bindend document of beleidsregel van DNB als bedoeld in artikel 1:3 vierde lid van de Algemene wet bestuursrecht en heeft of beoogt geen rechtsgevolg".

5 Stichting Maatschappij en Veiligheid, *Poortwachters tegen witwassen: Naar een poortwachtersfunctie van banken die beter bijdraagt aan voorkoming en bestrijding van witwassen*, 2022.

gradaties in de mate van controle kunnen zijn. In technische termen: het systeem is in belangrijke mate rule-based en in veel mindere mate risk-based.”

5.1 *Noodzaak van materialiteits- en risicocriteria*

Het principe van een risico-gebaseerde benadering is uiteraard niet nieuw in de corporate governance van banken. De interne controlesystemen van banken zijn grotendeels risico-gebaseerd, evenals controle daarop door de interne en de externe accountant. Hiervoor zijn op basis van een weloverwogen en zo goed mogelijk omschreven risicobereidheid (*risk-appetite*) heldere materialiteits- en andere risicocriteria geformuleerd die regelmatig worden geëvalueerd en indien nodig worden bijgesteld. Het grote verschil met de risico-gebaseerde benadering die DNB in het kader van de Wwft van banken verwacht, is dat voor deze benadering geen risicobereidheid c.q. materialiteits- en/of risicocriteria zijn vastgesteld en/of overeengekomen. De Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) stelt in dit verband: “De externe accountant houdt bij het bepalen van de materialiteit rekening met de verwachtingen van de toezichthouder. De materialiteit bij de controle van de staten is afhankelijk van het effect van mogelijke onjuistheden in de rapportage voor de toezichtstaak van ECB/DNB. ECB/DNB informeert de externe accountant desgewenst of in specifieke omstandigheden zo nodig afwijkende materialiteitscriteria en controletoleranties moeten worden gehanteerd.”⁶

Op dit belangrijke punt zijn de Leidraden helaas niet erg concreet. Noch in de Wwft, noch in de Leidraden worden materialiteitscriteria, noch acceptabele risico-bandbreedtes aangegeven voor de gevraagde risico-gebaseerde benadering van de open normen of waar de interne controle en/of de accountantscontrole zich op zouden kunnen baseren. Zoals al is opgemerkt, stelt de toezichthouder pas achteraf vast of de open normen voldoende zijn nageleefd en daarmee aan de kennelijke, maar impliciete, materialiteitscriteria van de toezichthouder is voldaan. Ook voor de naleving van de gesloten normen zou het relevant zijn om materialiteitscriteria vast te stellen die meer duidelijkheid geven dan de ook daarvoor juridisch vrijblijvende ‘indicaties’ uit de Leidraden. Dit zou zowel de rechtszekerheid als de doelmatigheid van de naleving ten goede kunnen komen. Niet voor niets stelt de NBA dan ook: “De vereisten vanuit de Wwft worden regelmatig bijgesteld. Vanwege die bijstellingen en de complexiteit van de regelgeving blijkt in de praktijk dat volledige naleving van deze regelgeving een moeilijk uitvoerbare opdracht is voor de bancaire sector in haar functie als poortwachter.”⁷ Deze situatie is naar mijn mening uiterst onbevredigend en verontrustend voor het bestuur en de raad van commissarissen van de betreffende instellingen. Compliance is immers één van de belangrijkste voorwaarden voor de *licence to operate* die goede corporate governance zeker wil stellen.

6 Koninklijke Nederlandse Beroepsorganisatie voor Accountants (NBA), *Herziene NBA-handreiking 1145: Specifieke verplichtingen vanuit de toezichtwet- en regelgeving voor de interne auditor en de externe accountant bij banken*, Amsterdam 13 oktober 2021, p. 19.

7 Ibid.

5.2 *Impact op de risicobereidheid: 'whatever it takes'*

Het risico van het niet naleven van de Wwft heeft binnen de risicobereidheid van een bank een hoge mate van negatief *bruto*⁸ verwacht resultaat (ie. kans vermenigvuldigd met impact). De mogelijke negatieve impact op reputatie, mogelijke boetes en de *license to operate* is immers omvangrijk. De onduidelijke criteria van de toezichhouders (inclusief het OM) verhogen het risico van deze mogelijke non-compliance voor de bank. Om het hierdoor ontstane bruto risico van non-compliance te mitigeren is het daardoor voor banken mogelijk niet voldoende om risico-gebaseerd en/of evenredig middelen toe te wijzen aan de naleving van de Wwft.

Dit kan voor deze banken vervolgens een reden zijn om *open-ended* c.q. *'whatever it takes'* middelen toe te wijzen aan de naleving van de Wwft. Dit gaat mogelijk ten koste van de belangen van andere stakeholders, zoals klanten en aandeelhouders. Dit kan echter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest, gezien de relevante bepalingen in de Wwft die vereisen dat de maatregelen, om risico's op witwassen en financieren van terrorisme vast te stellen en te beoordelen, in verhouding staan tot de aard en de omvang van de instelling (artikel 2b.1) en gedragslijnen, procedures en maatregelen daaraan evenredig zijn (artikel 2c.2).

5.3 *Tussenconclusie met betrekking tot de risico-gebaseerde benadering*

De 'Risk-Based Approach guidance for the banking sector' van de FATF⁹ uit 2014 stelt:

*"The effectiveness of a Risk Based Approach (RBA) depends on a common understanding by competent authorities and banks of what the RBA entails, how it should be applied and how Money Laundering/Terrorism Financing risks should be addressed. In addition to a legal and regulatory framework that spells out the degree of discretion, banks have to deal with the risks they identify, and it is important that competent authorities and supervisors in particular issue guidance to banks on how they expect them to meet their legal and regulatory AML/CFT obligations in a risk-sensitive way. Supporting ongoing and effective communication between competent authorities and banks is an essential prerequisite for the successful implementation of a RBA."*¹⁰

De Leidraad van DNB bevat echter nog steeds vooral open normen. Naar mijn mening heeft DNB daarmee dan ook niet voldoende invulling gegeven aan de hiervoor geciteerde oproep van de FATF, noch aan deze opmerking van de FATF: "The RBA is not a 'zero failure' approach; there may be occasions where an institution has taken all reasonable measures to identify and mitigate AML/CFT

8 'Bruto' betekent hier: vóór het effect van mitigerende maatregelen.

9 'The Financial Action Task Force (FATF) is an independent inter-governmental body that develops and promotes policies to protect the global financial system against money laundering, terrorist financing and the financing of proliferation of weapons of mass destruction. The FATF Recommendations are recognized as the global anti-money laundering (AML) and combatting financing of terrorism (CFT) standard.', FATF, 2014.

10 'Risk-Based Approach guidance for the banking sector', FATF, 2014, p. 10.

risks, but it is still used for ML or TF purposes”.¹¹ Het is daarom belangrijk dat banken en DNB in constructief overleg treden om tot een wederzijds verplichtende overeenstemming te komen met betrekking tot de operationele invulling van de risico-gebaseerde benadering van de open normen in de Wwft, en dan met name de te hanteren materialiteits- en risicocriteria. Het door DNB gepubliceerde rapport *Van herstel naar balans* en de inmiddels ingezette rondetafelgesprekken kunnen daartoe een goede eerste stap zijn. Vooralsnog lijkt DNB echter niet van plan te zijn om ook de tweede stap te nemen naar een wederzijds overeengekomen en wederzijds verplichtend ‘toezichtsconvenant’ per instelling. Hierin kunnen zowel de voor goede corporate governance vereiste belangenweging als de door de Wwft vereiste evenredigheid van de te nemen maatregelen met elkaar verenigd worden.

Zoals hierna zal blijken hebben de strafrechtelijke interventies van het OM op basis van individuele casussen de noodzaak van heldere en juridisch verbindende risico-criteria voor de bestuurders en commissarissen van instellingen alleen nog maar groter gemaakt. Het OM is bij haar handhaving bij ING en ABN AMRO, voor zover dat blijkt uit hun respectievelijke ‘feitenrelaas’, uitgegaan van een algehele resultaatsverplichting en een 100% controle door instellingen. Zij neemt daarmee kennelijk een ‘zero failure’ benadering als uitgangspunt bij het beoordelen van de naleving van de Wwft, hoewel dat mijns inziens strijdig is met het hierboven genoemde advies van de FATF.

5.4 Tussenconclusie met betrekking tot resultaats- versus inspanningsverplichtingen

Zoals uit het voorgaande blijkt is een risico-gebaseerde benadering niet geëigend voor het naleven van de resultaatsverplichting van gesloten normen. De Wwft eist bijvoorbeeld dat een instelling voor alle cliënten een cliëntenonderzoek uitvoert dat voldoet aan de eisen van artikel 3.2. Niets in de wet wijst erop dat een risico-gebaseerde benadering voor de gesloten normen in dit artikel is toegestaan of wenselijk is bij het naleven van de daaruit voortvloeiende resultaatsverplichting. Dat neemt overigens niet weg dat het wenselijk zou kunnen zijn minimum materialiteitscriteria te formuleren voor wetsartikelen met een gesloten norm. Boven die materialiteitsdrempel moet de norm als resultaatsverplichting 100% nageleefd worden. Daaronder kan een risico-gebaseerde benadering met een inspanningsverplichting meer zinvol zijn.

Zolang het te realiseren resultaat waartoe het onderzoek door de instelling moet leiden echter niet ‘heel precies’ beschreven is voldoet het niet aan de hierboven genoemde definitie van de AFM voor een gesloten norm. Er is dan sprake van een open norm met een inspanningsverplichting, en niet van een resultaatsverplichting. Deze onduidelijkheid over gesloten c.q. open normen, resultaats- c.q. inspanningsverplichtingen en de al of niet toepasbaarheid van een risico-gebaseerde benadering

¹¹ ‘Risk-Based Approach guidance for the banking sector’, FATF, 2014, p. 6.

vormen mijns inziens een essentieel onderdeel van de corporate governance-problematiek met betrekking tot de mate van naleving van de Wwft door banken.

6. Strafrechtelijke handhaving van de Wwft

Zoals hierboven beschreven is het voldoen aan de bestuursrechtelijke eisen van de Wwft al lastig genoeg voor een financiële instelling. De vraag of de Wwft door banken voldoende wordt nageleefd, is echter niet alleen maar afhankelijk van het bestuursrechtelijke oordeel van DNB als toezichthouder. Het OM heeft de afgelopen jaren immers al bij twee systeembanken aanleiding gezien een onderzoek uit te voeren in verband met vermeende strafbare feiten gerelateerd aan de Wwft. In het geval van ING (2018) heeft het onderzoek van FIOD/OM de codenaam 'Houston' gekregen, bij ABN AMRO (2020) was dit 'Guardian'. Beide onderzoeken zijn uiteindelijk afgesloten met een transactie waarmee strafvervolging werd voorkomen. Voor het bestuur en de commissarissen van respectabele ondernemingen is het in contact komen met het strafrecht één van de grootste schrikbeelden bij de invulling van hun corporate governance-verplichtingen. Om deze reden gaat deze bijdrage hieronder verder in op een aantal mogelijk relevante aspecten daarvan.

Een aantal handelingen in strijd met de Wwft vallen onder de WED. Daarvan wordt een aantal in Guardian genoemd. Het OM constateert in verband met deze artikelen de volgende strafbare feiten:

- 1) *het ontbreken of onvolledig zijn van klantdossiers/klantgegevens;*
- 2) *het niet of onvolledig uitvoeren van (verscherpt) cliëntenonderzoek voor aangaan relatie;*
- 3) *tekortkomingen bij risicobeoordelingen en risicoclassificaties;*
- 4) *het onvoldoende meenemen van cashgebruik bij risicobeoordeling en risicoclassificatie;*
- 5) *onvoldoende uitvoeren van voortdurende controle op de klantrelatie en transacties door:*
 - a. *tekortkomingen bij de herbeoordelingen;*
 - b. *tekortkomingen in het transactiemonitoringsysteem;*
- 6) *niet of niet tijdig melden van ongebruikelijke transacties;*
- 7) *het niet of niet tijdig beëindigen van klantrelaties.*

Het optreden van het OM bevestigt de hierboven gemaakte constatering dat in ieder geval voor de gesloten normen in de Wwft een risico-gebaseerde benadering volgens het OM niet gepast en niet voldoende is. Zoals hiervoor al is gesteld, is er dan volgens het OM kennelijk sprake van een resultaatsverplichting die per geval wel of niet wordt nageleefd en zich daardoor niet leent voor een risico-gebaseerde benadering. Dit blijkt onder andere uit opmerkingen van het OM zoals: "In het strafrechtelijk onderzoek is met betrekking tot elk van de vier Business Lines geconstateerd dat op verschillende momenten gegevens en/of documenten van klanten ontbraken of de herkomst van gegevens in klantdossiers onduidelijk was". Het OM stelde tevens:

“Bij een aantal dossiers was niet of onvoldoende onderzocht of de klant of de uiteindelijk belanghebbende een Politically Exposed Person (PEP) was, in welk geval er verscherpt cliëntenonderzoek plaats had moeten vinden”. En: “Ten slotte bleek uit rapportages van Compliance en Audit dat in 2019 het cliëntenonderzoek bij aanvang van de zakelijke relatie voor een deel van haar klantenbestand nog niet voldeed”.

Het OM baseert, zoals in het strafrecht ook gebruikelijk is, zijn onderzoek primair op individuele gevallen c.q. casussen en niet op al of niet risico-gebaseerde processen. In Guardian vermeldt het OM wel de risico-gebaseerde benadering zoals genoemd in de Wwft en in de Leidraad van DNB. Het OM betreft dit begrip echter niet bij het beoordelen van de rechtmatigheid van het door ABN AMRO doen of nalaten van handelingen in verband met het naleven van de Wwft. Het OM beperkt zich in dit verband slechts tot opmerkingen zoals: “Uit het strafrechtelijk onderzoek is gebleken dat bij ABN AMRO sprake was van tekortkomingen in deze processen” wanneer het gaat over het onvoldoende uitvoeren van voortdurende controle, of: “Hierbij komt dat het proces van bijzondere herbeoordelingen niet naar behoren functioneerde”, zonder daar specifieke beschuldigingen over het al of niet juist toepassen van de risico-gebaseerde benadering of daarmee verbonden criteria aan te verbinden. Ook hier worden geen indicaties gegeven met betrekking tot materialiteit en risico-parameters die door het OM wel of niet als acceptabel beschouwd zouden kunnen worden. Guardian roept daarmee vragen op met betrekking tot het thema rechtszekerheid en de interactie tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aspecten van de Wwft. Het volgen van de door de wetgever en de toezichthouder gevraagde risico-gebaseerde benadering is voor bestuurders en commissarissen bij de huidige onzekerheden over deze aanpak dus geen garantie tegen strafrechtelijke belangstelling van het OM.

6.1 Misdrif of overtreding?

Het OM stelt dat ABN AMRO zich schuldig heeft gemaakt aan het overtreden van een aantal bepalingen van de Wwft. Volgens het OM zijn deze overtredingen meermalen gepleegd in 2014 en in 2015-2020 tot een gewoonte gemaakt. In een voetnoot voegt het OM daar aan toe: “Met ingang van 1 januari 2015 is het gewoonte maken van het plegen van een economisch delict dat als misdrijf kwalificeert, strafbaar gesteld in de Wet op de economische delicten”. De WED bepaalt echter in artikel 2.1 dat “(...) de economische delicten die (onder andere) betrekking hebben op de Wwft misdrijven zijn, voor zover zij opzettelijk zijn begaan; voor zover dit geen misdrijven zijn, zijn het overtredingen”. In Guardian is door het OM niet expliciet gesteld of bewezen dat bij ABN AMRO sprake was van opzet of voorwaardelijke opzet. Bij gebreke daarvan is er dus geen sprake van misdrijven, maar (eventueel) van overtredingen. De Amerikaanse filosofe Hannah Arendt merkte daar in 1963 al over op dat “...the assumption current in all modern legal systems (is) that intend to do wrong is necessary for the commission of a crime”.¹²

¹² H. Arendt, ‘Eichmann in Jerusalem’, in: P. Baehr (red.), *The Portable Hannah Arendt*, London: Penguin Books 2003, p. 373.

Het moge duidelijk zijn dat hier van *opzet* ('*intend to do wrong*') om de Wwft te overtreden geen sprake is geweest. Dit is ook niet gesteld of bewezen door DNB en/of het OM. Dan blijft over de vraag of bij het bestuur van voorwaardelijke opzet sprake zou kunnen zijn geweest. De overweging van de Hoge Raad in dit verband is: "Voorwaardelijk(e) opzet op een bepaald gevolg is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. Voor de vaststelling dat de verdachte zich bewust heeft blootgesteld aan zodanige kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft gehad van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen)."¹³

Onder omstandigheden kan ook een meer passieve rol van bestuurders tot het oordeel leiden dat een verboden gedraging daardoor zodanig is bevorderd dat van feitelijk leidinggeven kan worden gesproken. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat dit in het bijzonder het geval kan zijn bij de verdachte die bevoegd en redelijkerwijs gehouden is maatregelen te treffen ter voorkoming of beëindiging van verboden gedragingen en die zulke maatregelen achterwege laat.¹⁴ Deze overwegingen van de Hoge Raad zijn uiterst relevant voor het beantwoorden van de vraag of de verantwoordelijken voor de corporate governance van de betreffende instelling adequaat hebben gehandeld en gefunctioneerd. Als één of meer van de hierboven genoemde 'strafbare feiten' het '*bepaald gevolg*' zijn, dan moge duidelijk zijn dat er altijd een reële kans bestaat dat, bij een grote complexe bank met miljoenen cliënten en honderden miljoenen transacties per jaar, één of meer van deze 'strafbare feiten' zich op enig moment als bepaald gevolg voor zullen kunnen doen.

Binnen de door het bestuur vastgestelde *risk-appetite* van de bank zal hier aandacht aan zijn besteed. Kennelijk zijn de daar geformuleerde materialiteits- en risico-parameters echter niet in lijn geweest met die van DNB c.q. het OM. Daarmee heeft de bank zich mijns inziens echter nog niet willens en wetens blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. ABN AMRO heeft bij het vaststellen van de *risk-appetite* en de vervolgens te nemen risicobeperkende maatregelen een inschatting gemaakt van welke parameters naar haar stellige overtuiging acceptabel zijn voor het naleven van de wet. Dit proces vindt zijn beslag in de systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA) en ligt ten grondslag aan de door de wet en DNB gevraagde risico-gebaseerde benadering.¹⁵ Bij open normen vereist het beginsel van rechtszekerheid mijns inziens dat de toezichthouder en eventueel het OM vooraf instemmen met de betreffende materialiteitsgrenzen, bandbreedtes en risiconiveaus die door de bank worden gehanteerd bij hun naleving van de wet. In de huidige praktijk gebeurt dit dikwijls echter pas achteraf door de toezichthouder, al of niet op basis van individuele dossiers en zonder precedentwerking naar toekomstige situaties. De *risk-appetite* van ABN AMRO en de mate waarin de daarin opgenomen risico-gerelateerde aannames voor het OM al of niet acceptabel waren, is, voor zover

¹³ HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ* 2013/111, m.nt. Keijzer, r.o. 2.3.

¹⁴ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, r.o. 3.5.2.

¹⁵ DNB, *Good practice integrity risk appetite*, Amsterdam augustus 2015.

aan mij bekend, echter geen onderdeel van het onderzoek van het OM geweest. Er is hier binnen de criteria van de Hoge Raad naar mijn mening dan ook geen sprake van voorwaardelijke opzet, en dus ook niet van *misdriven*.

7 Doeltreffendheid en doelmatigheid van de Wwft

De Corporate Governance Code (2016) stelt: “Het bestuur en de raad van commissarissen hebben een verantwoordelijkheid voor de afweging van (deze) belangen en zijn doorgaans gericht op de continuïteit van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Daarbij streeft de vennootschap naar het creëren van waarde op de lange termijn.” De bankierseed vereist van een bestuurder eveneens dat hij of zij “(...) een zorgvuldige afweging zal maken tussen alle belangen die bij de onderneming betrokken zijn, te weten die van de klanten, de aandeelhouders/leden, de werknemers en de samenleving waarin de onderneming opereert”. Daarbij gaat het veelal om de evenwichtige allocatie van middelen van de onderneming naar activiteiten en processen die hier doeltreffend en doelmatig aan kunnen bijdragen. Bij het door bestuurders alloceren van middelen voor het realiseren van compliance zou de mate waarin de na te leven wet doeltreffend en doelmatig is daarom ook een rol moeten kunnen spelen.

De Algemene Rekenkamer beschrijft het begrip *doeltreffendheid* als volgt:¹⁶ “Bij ons onderzoek naar doeltreffendheid van beleid brengen wij eerst in kaart wat de doelen zijn. Daarbij stellen wij ook de vraag of die doelen meetbaar zijn, of er een tijdspad is en of er tussentijds wordt gekeken of het beleid werkt en zo nee, of het dan bijgesteld wordt.”

Wat betreft *doelmatigheid* stelt de Algemene Rekenkamer: “Wij passen het begrip doelmatigheid in ons onderzoek toe op zowel de uitvoering van beleid, de prestaties die zijn geleverd als de kosteneffectiviteit. De onderzoeksvragen die daarbij horen zijn, steeds in sets van twee: Had het beleid goedkoper uitgevoerd kunnen worden en/of had het beleid beter uitgevoerd kunnen worden voor hetzelfde geld; Had met minder geld dezelfde prestatie geleverd kunnen worden en/of had met hetzelfde geld meer gepresteerd kunnen worden; Had met minder geld hetzelfde effect bereikt kunnen worden en/of had met hetzelfde geld meer effect bereikt kunnen worden.”

Hieronder wordt in dat kader nader ingegaan op de mate van doeltreffendheid en doelmatigheid van de Wwft.

7.1 Doeltreffendheid

De materiële doelstellingen van de Wwft in enge zin zijn (1) het voorkomen dat (potentiële) cliënten die geld (willen) witwassen een bankrekening kunnen krijgen

¹⁶ E-mail van de Algemene Rekenkamer d.d. 24 mei 2022 in antwoord op een WOB-verzoek.

of behouden of daar voor criminele doeleinden gebruik van kunnen maken en (2) het aan de FIU melden van 'onbruikelijke transacties'. Het is uiteraard niet bekend hoeveel cliënten onopgemerkt geld witwassen en hoeveel 'onbruikelijke transacties' niet als zodanig geïdentificeerd en aan de FIU gemeld worden. Een andere benadering van doeltreffendheid zou kunnen zijn dat het verwaarloosbaar kleine percentage transacties dat uiteindelijk door de FIU als verdacht wordt gesignaleerd juist aangeeft dat de Wwft zeer doeltreffend wordt nageleefd. We weten echter niet wat we niet weten met betrekking tot het totale aantal illegale transacties waar we dit tegen af moeten zetten. Per saldo concludeer ik daarom dat het niet mogelijk is om vast te stellen in hoeverre de Wwft doeltreffend is in enge zin.

Het is ook nauwelijks vast te stellen in hoeverre de Wwft in ruime zin doeltreffend is bij het bestrijden van witwassen. Naar schatting worden er jaarlijks door de vijf grootste banken in Nederland voor 35 miljoen cliënten c.q. bankrekeningen (die allemaal gescreend moeten zijn of worden) 10 miljard transacties verwerkt. Dit leidde in 2021 bij de FIU tot 262.991 (oftewel slechts 0,003% van het totale aantal transacties) meldingen volgens het subjectieve criterium 'onbruikelijke transacties'. Om dit te realiseren worden door de banken jaarlijks naar schatting €1,5 miljard aan kosten gemaakt. 82% van deze meldingen bleken na onderzoek door de FIU alsnog niet verdacht te zijn. 47.325 transacties (0,0005% van het totale aantal door de vijf banken verwerkte transacties) waren wel verdacht en zijn vervolgens door de FIU gemeld aan opsporings-, inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Deze 47.325 verdachte transacties zijn deel van het totale aantal van 94.208 door de FIU als verdacht aangemerkte transacties. Dit laatste aantal is inclusief de meldingen van andere instellingen dan banken. 59% van dit totale aantal betreffen transacties met een waarde van minder dan € 10.000 en een gemiddelde waarde per transactie van € 1.676. Voor de tranche tussen € 10.000 en € 100.000 (33% van het totale aantal verdachte transacties) bedraagt de gemiddelde waarde € 33.659 per transactie. De gemiddelde waarde van de resterende 8% van het totale aantal verdachte transacties bedraagt € 1.612.767.

In het jaaroverzicht van de FIU wordt deze verdeling binnen de verdachte transacties niet uitgesplitst voor de meldingen van banken. Gezien het feit dat meldingen van banken de helft van het totale aantal meldingen vormen is bovenstaande analyse waarschijnlijk ook representatief voor de door banken gemelde transacties. Dit benadrukt naar mijn mening het belang en de operationele noodzaak van het voor de hele opsporingsketen onderling afstemmen en overeenkomen van *materialiteitscriteria* bij de risico-gebaseerde benadering. Hoewel 47.325 verdachte transacties slechts vijftienduizendste procent van de totale transactiepopulatie is, is het in absolute zin een (te) groot aantal voor de beperkte capaciteit van de FIU en de vervolgende instanties. Het bevat bovendien transacties vanuit heel verschillende categorieën van onderliggende (criminele) problematiek die elk hun eigen aanpak vereisen. Bovendien heeft het merendeel van deze verdachte transacties een geringe omvang in relatie tot de inspanningen die met vervolging gepaard kunnen gaan. Het

is onwaarschijnlijk dat er voldoende capaciteit is bij de verschillende opvolgende instanties om deze verdachte transacties in afdoende mate doeltreffend op te volgen.

De Raad van State stelt hierover: “FIU Nederland kampt nu reeds met een tekort aan capaciteit (zowel personeel en financieel als technologisch) om de stroom meldingen te verwerken”¹⁷. Het eerdergenoemde rapport van de SMV stelt in dit verband: “De uitlegbaarheid is hierbij een uitdaging; poortwachters wordt door de overheid nagedragen een onvoldoende 100% effectief systeem te hebben, terwijl met de resultaten door diezelfde overheid ‘weinig tot zeer weinig’ wordt gedaan. Het is een delicate balans, die moeilijk uitlegbaar is.”

De vraagstelling met betrekking tot de doeltreffendheid van de Wwft wordt inmiddels breed als relevant onderkend: “De (in dit geval twijfelachtige) effectiviteit van financiële regulering is immers nadrukkelijk een component van haar eigen legitiemering.”¹⁸ Met betrekking tot de doeltreffendheid in ruime zin moet ook aandacht besteed worden aan de vraag in hoeverre de toegenomen onderzoeksactiviteiten van banken slechts een ‘waterbedeffect’ bewerkstelligen en vooral leiden tot toename van het witwassen buiten het bancaire stelsel om. Dit valt echter buiten de scope van deze bijdrage.

7.2 Doelmatigheid

Zoals eerder al genoemd besteden banken in Nederland jaarlijks rond € 1,5 miljard (ongeveer 20% van hun operationele kosten) aan 12.000 FTE, software, consultants, et cetera om hun cliënten te onderzoeken en een relatief zeer gering, maar absoluut toch omvangrijk aantal ongebruikelijke transacties te kunnen melden aan de FIU. De FIU moet deze transacties vervolgens met een budget van slechts € 9 miljoen en 82 FTE zien te verwerken. Men zou hier, met een gevoel voor *understatement*, wellicht kunnen spreken van een flessenhals c.q. mismatch.

Het resultaat daarvan is de doorverwijzing voor mogelijke vervolging van een zeer gering percentage van het totale aantal geanalyseerde transacties. Het uiteindelijke resultaat van deze (eventuele) vervolging wordt vervolgens niet publiekelijk of aan de banken bekendgemaakt. Indien deze jaarlijkse uitgave van € 1,5 miljard overheidsgeld was geweest, had de Algemene Rekenkamer naar mijn stellige verwachting geconstateerd dat de naleving van de eerdergenoemde open normen goedkoper uitgevoerd had kunnen worden en met minder geld vrijwel dezelfde prestatie geleverd had kunnen worden. Zij had waarschijnlijk geconcludeerd dat met minder geld het vereiste effect bereikt had kunnen worden indien de eerdergenoemde materialiteits- en risicoparameters voor een risico-gebaseerde benadering duidelijk en beschikbaar waren geweest. De Rekenkamer zou ook zeker geconstateerd hebben dat de doelmatigheid bijzonder geholpen zou kunnen worden indien informatie gedeeld zou mogen worden met andere banken en met instanties

¹⁷ Advies Raad van State wetsvoorstel plan van aanpak witwassen, Kamerstuk, 13-01-2021, p.7.

¹⁸ J. Broekhuizen, ‘Financiële regulering moet maatschappelijker’, *Financieel Dagblad* 29 juli 2022, p. 25.

als de belastingdienst en de FIOD. Naar mijn mening moet daarmee geconstateerd worden dat de naleving van de Wwft niet doelmatig is wanneer het resultaat wordt afgezet tegen de door de betreffende instellingen aangewende middelen. Men kan zich afvragen of, wanneer het bestrijden van witwassen het gemeenschappelijke doel is, een deel van de middelen die nu besteed worden aan pogingen om de Wwft na te leven niet doelmatiger zouden kunnen worden aangewend bij het bestrijden van de criminaliteit die de bron van het wit te wassen geld vormt.

Ook internationaal trekt het gebrek aan doelmatigheid bij de bestrijding van het witwassen de aandacht. *The Economist* schreef al in april 2021: "A study published last year by Ronald Pol, a financial-crime expert, concluded that the global anti-money-laundering (aml) system could be 'the world's least effective policy experiment', and that compliance costs for banks and other businesses could be more than 100 times higher than the amount of laundered loot seized. A report based on a survey of professionals, published last year by LexisNexis, an analytics firm, found that worldwide spending on aml and sanctions compliance by financial institutions (including fund managers, insurers and others, as well as banks) exceeds \$ 180bn a year." Dit sluit aan bij de conclusie die *The Economist* in oktober 2021 trekt uit de studie 'Global Shell Games' van Cambridge University en University of Texas dat het "(...) risk-based regime is broken (...)". In datzelfde artikel geeft de voormalig CEO van de FATF ook toe dat "(...) national AML laws were rarely being used effectively".

8. Implicaties voor corporate governance: conclusie en samenvatting

Goede corporate governance vereist een weloverwogen balans tussen de allocatie van middelen en het daarmee in het belang van de onderneming en haar stakeholders te bereiken resultaat. Mede als gevolg van het gebrek aan doelmatigheid en doeltreffendheid van de Wwft, heeft er bij de belangenafweging door bestuurders en commissarissen in eerste instantie mogelijk een zekere aarzeling bestaan voordat zij overgingen tot het alloceren van aanzienlijke hoeveelheden middelen aan het naleven van de Wwft.

Het optreden van het OM heeft bestuurders en commissarissen van banken vanaf 2016/17 gedwongen om de Wwft op basis van een *whatever-it-takes*-benadering na te leven, ongeacht de daarmee verbonden benadeling van andere stakeholders zoals klanten en aandeelhouders, en ongeacht de hierboven beschreven ondoelmatigheid en ondoeltreffendheid van deze wet. De door DNB en MinFin gewenste, maar niet nader c.q. juridisch afdoende gespecificeerde, risico-gebaseerde benadering was als gevolg van deze druk van het OM voor de betreffende instellingen simpelweg niet juridisch verantwoord toepasbaar.

In de recente Bunq/DNB uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) spreekt voor de eerste keer een rechter in hoogste instantie zich uit over een met dit thema verbonden aspect.¹⁹ Het College is hier van oordeel “(...) dat DNB niet duidelijk heeft gemaakt waarom de door Bunq via data-analyse en statistisch onderzoek verkregen informatie ontoereikend is” en “DNB heeft niet inzichtelijk gemaakt waarom Bunq op basis van deze informatie niet in staat was eventuele risico’s die de dienstverlening aan deze bestaande klanten oplevert in te schatten”.

Dit is een stap in de juiste richting. Een andere stap in de juiste richting is de recente, na overleg met DNB tot stand gekomen, publicatie van de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) *Standaarden mbt. uitgangspunten voor een risicogebaseerde uitvoering van het Wwft klantonderzoek door banken*. DNB, en dus ook de NVB, komen inzake het segmenteren en classificeren van *risicobereidheid* in deze Standaarden echter nog steeds niet verder dan het geven van een paar vrijblijvende voorbeelden van situaties die als laag, neutraal of hoog risico zouden kunnen gelden en waar deze nieuwe Standaarden op toegepast kunnen worden. Aan deze voorbeelden van risicoclassificatie kunnen door banken ook geen rechten ontleend worden. De NVB schrijft hier in deze Standaarden over: “Iedere individuele bank bepaalt haar eigen beleid en risk appetite”. De Bunq-uitspraak, noch deze Standaarden formuleren (nieuwe) ook voor DNB acceptabele criteria en marges voor kerncomponenten van een risico-gebaseerde aanpak, zoals materialiteit, (minimale/maximale) kans c.q. risico en verwacht resultaat, waar instellingen hun aanpak juridisch verantwoord op kunnen gaan baseren.

Het blijft hiermee nog steeds onduidelijk wanneer er sprake is van laag, neutraal of hoog risico. Het toepassen van deze Standaarden voor een risico-gebaseerde aanpak ontbeert daarmee nog steeds het juridisch solide fundament van duidelijkheid over de mate waarin de toegepaste risk appetite acceptabel is voor DNB. Zeker met het OM in de coulissen kan dit voor banken nog steeds een reden zijn voor een *better be safe dan sorry* benadering van de risicoclassificatie. Het kernprobleem in de corporate governance bij banken met betrekking tot deze materie is naar mijn mening dat geen duidelijke risicobereidheid met betrekking tot de Wwft is overeengekomen tussen de instelling en DNB. De risico-gebaseerde benadering en de daarmee verbonden maatregelen kunnen daardoor niet vooraf in overeenstemming met DNB per instelling worden ingevuld en nageleefd. Als dit juridisch verbindend kan worden gedaan, kan dit ook tegenover het OM geldend worden gemaakt.

Dit zou bijvoorbeeld gerealiseerd kunnen worden in de vorm van een per instelling met de toezichthouder overeen te komen wederzijds bindend ‘Toezichtsconvenant’, analoog aan het proces van risico-inschattingen en het tot stand komen van het controleprogramma van externe en interne accountants. Dit vereist een fundamentele herziening van de aanpak van de naleving van de Wwft, in ieder geval van DNB, maar mogelijk zelfs door middel van een aanpassing van de wet. De zaak

¹⁹ College van Beroep voor het bedrijfsleven 18 oktober 2022, ECLI:NL:CBB:2022:707.

Bunq/DNB heeft aangetoond dat waarschijnlijk de betrokkenheid van de hoogste bestuursrechter nodig zal zijn om dit proces in gang te zetten en te realiseren.

Bestuurders, met de steun van hun commissarissen, zouden daarom bereid moeten zijn om *hun visie* op de risico-gebaseerde benadering van de Wwft tot in hoogste bestuursrechterlijke instantie te laten toetsen. Dit schept ook voor DNB meer duidelijkheid met betrekking tot het vereiste toezichtbeleid. De Corporate Governance Code, de Wwft en het toezicht op de naleving daarvan hoeven dan niet langer meer met elkaar te schuren waar het de criteria van evenredigheid, proportionaliteit en rechtszekerheid betreft.

