

## Anti-witwassen en vinkentouw

Ondernemingsrecht 2020/19

Column

Ook handhaving kent golfbewegingen. Ging de voorkeur in voorbije jaren vaak uit naar informele maatregelen, de laatste tijd lijken de AFM en DNB weer meer heil te zien in aanwijzingen, lasten onder dwangsom en boetes. Ze tonen daarbij een sterk toegenomen aandacht voor de naleving van anti-witwasregelgeving. Dat valt te begrijpen gelet op de politieke en internationale druk om het financieel stelsel schoon te houden en witwassen uit te bannen. Het OM heeft, daarbij de grootbanken niet sparend, de boel inmiddels ook stevig opgepookt. Er zijn echter ook vraagtekens te plaatsen bij deze harde lijn. Natuurlijk hebben de autoriteiten er in het verleden ook wel op gewezen dat aan bijvoorbeeld banken en trustkantoren een wettelijke verantwoordelijkheid als poortwachter is toebedeeld. Maar waar jarenlang niet of nauwelijks wordt gehandhaafd kan niet verbazen dat de teugels bij marktpartijen gaan vieren. Dan kunnen autoriteiten nu, wellicht terecht, constateren dat de eisen met betrekking tot bijvoorbeeld cliëntenonderzoek of transactiemonitoring onvoldoende werden nageleefd, maar enige zelfreflectie zou daarbij niet ongepast zijn. Te meer daar door de spaarzame handhaving in het verleden voor marktpartijen ook relatief weinig *guidance* beschikbaar was, hetgeen zich juist bij de vele open anti-witwasnormen doet gevoelen.

Waar reparatoire maatregelen van DNB of de AFM ertoe dwingen dat grootschalige hersteltrajecten worden opgestart, bijvoorbeeld om cliëntdossiers op orde te brengen, rijst inmiddels ook de vraag of er nog wel voldoende compliance functionarissen beschikbaar zijn. Steeds vaker verschijnen berichten over uit de pan rijzende salarissen die banken (moeten) betalen voor geestdodend afvinkwerk.<sup>2</sup> Het daaruit opdoemende beeld stemt niet vrolijk: postcodegebieden vol glanzende torens waarbij in de ene helft vinkjes worden gezet en in de andere helft wordt gecontroleerd of ze op de juiste plek staan. Met in de aanpalende postcodegebieden op het vinkentouw (sic) zittende toezichthouders, die controleren of de diverse *lines of defence* naar behoren hebben gefunctioneerd.

En ook hier waart het hertoetsingsspoek. Want wee het gebeente van de bestuurder die zich (hardop) durft af te vragen hoe effectief deze inspanningen nu eigenlijk zijn en hoeveel witwassers er feitelijk buiten de deur worden gehouden. Helemaal uit den boze is om vraagtekens te plaatsen bij het uitbesteden van klassieke overheidstaken - het opsporen en bestrijden van criminaliteit - aan financiële instellingen, die daarbij poortwachters zijn gaan heten maar in wezen verkapte opsporingsdiensten zijn geworden. Poortwachters die nota bene zelf(s) het risico lopen op boetes indien zij niet succesvol zijn bij hun opsporingsactiviteiten. Een dergelijke punitieve stok achter de deur zou bij de politie of het openbaar ministerie eens geïntroduceerd moeten worden.

Anders dan bijvoorbeeld bankbestuurders kunnen columnisten tamelijk risicoloos de vraag opwerpen of de anti-witwasslinger niet te ver is doorgeslagen. Ik koppel er ook nog een voorspelling aan: de golf bevindt zich nu op het hoogste punt en zal daar ook ongeveer breken. Dat gaat uiteraard niet zonder geraas. Waar we de *hau-*se aan aanwijzingen en lasten onder dwangsom nu wel gehad zullen hebben, geldt dat niet voor de boetes. Die worden, naar hun aard, opgelegd voor gebeurtenissen in het verleden. Aangenomen mag worden dat deze boetes de aankomende jaren ook nog veelvuldig inzet zullen zijn van bezwaar- en beroepsprocedures. Daaraan draagt bij dat de maximale boetehoogten de laatste jaren fors zijn verhoogd en de AFM en DNB ook daadwerkelijk steeds hogere boetes opleggen. Niet valt uit

1 Guido Roth is advocaat te Amsterdam, voorzitter van de Stichting Waakzaamheid Financieel Toezicht en redacteur van dit tijdschrift.

2 Zie als enkel voorbeeld: 'Gezocht: witwasspecialisten tegen vorstelijke beloning', *Het Financieele Dagblad* 3 januari 2020.

te sluiten dat ze zich daarbij enigszins hebben laten "inspireren" door de schikking die ING in 2018 met het OM trof ter hoogte van maar liefst EUR 775 mio. Dat, ook door grotere onder toezicht staande instellingen, steeds vaker wordt geageerd tegen boetes laat zich overigens niet alleen verklaren door de stijgende hoogte ervan. Het toegenomen besef dat boetes zware toezichtsantecedenten opleveren voor de betrokken bestuurders en commissarissen speelt evenzeer een rol. Zo ook dat door het aantekenen van bezwaar en (hoger) beroep de publicatie van de boete in ieder geval voor langere tijd kan worden uitgesteld, zij het dat daar in bepaalde gevallen ook nog een voorlopige voorziening voor is vereist.

Anders dan met het OM, valt er met DNB en de AFM niet te schikken. Dat heeft het voordeel van de rechterlijke legitimatie. Die beroepsprocedures beloven interessant te worden. Natuurlijk zullen daarbij klassieke thema's als proportionaliteit, willekeur en gelijkheid aan bod komen. Ook over de mate van verwijtbaarheid en ernst zullen de nodige noten worden gekraakt. Maar de hoogste ogen gooit volgens mij toch het legaliteitsbeginsel, met name waar dat erin voorziet dat het boete-<sup>3</sup> en publicatierecht<sup>4</sup> moet worden geëerbiedigd zoals dat gold ten tijde van de overtreddingen. Daarbij is van belang dat de aan de diverse anti-witwasnormen gekoppelde boetecategorieën en -maxima de laatste jaren veelvuldig zijn gewijzigd. Omdat volgens de toezichthouders gedurende vaak langere (maar verschillende) perioden meerdere van dat soort normen werden geschonden, ontstaat steevast een ingewikkelde juridische lappendeken. Extra complicerend is dat ook het publicatieregime in het verleden meermaals is gewijzigd, waarbij de data waarop dat gebeurde bovendien niet per se gelijk zijn aan die waarop het boetestelsel werd gewijzigd. Aldus is een Gordiaanse knoop ontstaan die het ingewikkeld maakt om in anti-witwaszaken de boetehoogte(n) vast te stellen en te bepalen wat er precies openbaar mag worden gemaakt. Daarbij helpt niet dat DNB en de AFM vaak meerdere (verschillende) boetes in één document vevat. Want wat mag er dan worden gepubliceerd indien een of meer van die boetes in bezwaar of beroep sneuvelt? Soortgelijke vragen komen op indien de diverse schendingen van de anti-witwasbepalingen niet als zodanig worden beboet, maar als bouwstenen worden gebruikt voor een boete die steunt op schending van de overkoepelende wettelijke norm die voorschrijft dat een adequaat beleid wordt gevoerd dat de integere bedrijfsuitoefening waarborgt.<sup>5</sup>

Ik zal hier niet de staf breken over de onbepaaldheid van deze laatste "delictomschrijving", die door toezichthouders soms, ook in anti-witwaskwesties, wel erg gemakkelijk als kapstok, respectievelijk breekijzer wordt ingezet. Wel roep ik op om in de smiezen te blijven houden dat de anti-witwasslinger niet te ver doorslaat. Ook dat vinkentouw moet immers bemand blijven.

3 Zie b.v. art. 15 IVPBR.

4 Zie Rb. Rotterdam 31 juli 2015 (ECLI:NL:RBROT:2015:5635).

5 Zie b.v. art. 3:10 en 4:11 Wft.