



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Op weg naar een nieuw regime voor uitbesteding van KYC-verplichtingen op grond van de Wwft

Strijder, J.J.; Lopik, S.J.

Citation

Strijder, J. J., & Lopik, S. J. (2022). Op weg naar een nieuw regime voor uitbesteding van KYC-verplichtingen op grond van de Wwft. *Tijdschrift Voor Bijzonder Strafrecht En Handhaving*, 2022(1), 39-42. doi:10.5553/TBSenH/229567002022008001006

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3307606>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Trending Topics

Op weg naar een nieuw regime voor uitbesteding van KYC-verplichtingen op grond van de Wwft

Mr. J.J. Strijder en mr. S.J. Lopik*

De laatste jaren is een grote interesse ontstaan voor verplichtingen die voortkomen uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Dit komt onder andere door de toenemende eisen die de wetgever op grond van de Wwft stelt aan de poortwachtersfunctie van allerlei organisaties, zoals banken en accountants. Daarnaast is de Wwft een speerpunt van diverse autoriteiten geworden, en is het Openbaar Ministerie (OM) tot aanzienlijke schikkingen voor Wwft-overtredingen gekomen. Veel instellingen hebben in de afgelopen jaren dan ook fors geïnvesteerd om aan de toenemende eisen op het gebied van know your customer (KYC) te voldoen. Dit roept de vraag op of KYC-werkzaamheden kunnen worden uitbesteed aan gespecialiseerde dienstverleners die dit werk mogelijk beter en kostenefficiënter kunnen uitvoeren. Mocht een instelling besluiten om tot uitbesteding over te gaan, dan moet dit zorgvuldig gebeuren. De Wwft kent hiertoe regels en verschillende autoriteiten bieden enkele handvatten. In de praktijk laat de handzaamheid hiervan echter niet zelden te wensen over. In deze bijdrage gaan wij in op het uitbestedingsregime onder de Wwft en kijken wij naar de veranderingen die op dit gebied op komst lijken te zijn.

1. Inleiding

De Wwft wijst financiële instellingen en bepaalde beroepsgroepen, waaronder advocaten, notarissen en accountants, als poortwachters aan. Deze poortwachters hebben allerlei verplichtingen om te voorkomen dat gelden hun weg van de onderwereld naar de bovenwereld vinden. De laatste jaren is een grote interesse voor de Wwft ontstaan. Dit komt onder andere door de toenemende eisen die de wetgever aan de poortwachtersfunctie van allerlei organisaties stelt. Bovendien is de Wwft verworven tot een speerpunt van diverse autoriteiten, waaronder de Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst en De Nederlandsche Bank (DNB). Ook de hoge boetebedragen uit de transacties van het OM met ING Bank N.V. en ABN AMRO Bank N.V. dragen hieraan bij. Met de naleving van KYC-verplichtingen zijn aanzienlijke geldbedragen gemoeid. Zo geven Europese banken miljarden uit aan de naleving van de Wwft en vergelijkbare buitenlandse wetgeving. ABN AMRO besteedde in vijf jaar tijd twee miljard euro aan investeringen ter naleving van de Wwft; een derde van het personeel bestaat daar inmiddels uit KYC-medewerkers.¹ Het verbaast dan ook niet dat Nederlandse banken in 2021 een recordaantal mogelijke witwastransacties meldde.²

Wij zien in de praktijk dat instellingen steeds vaker op zoek gaan naar nieuwe manieren om vorm aan hun Wwft-verplichtingen te geven. Dit kan uit een financiële

39

* Mr. J.J. Strijder is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam. Mr. S.J. Lopik is advocaat bij Allen & Overy LLP te Amsterdam en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden.

1 R. Betlem, M. de Boer & E. Rooijers, 'Poortwachterswerk kost Europese banken vele miljarden', *Het Financieele Dagblad* 20 april 2021, fd.nl.

2 'Een miljoen "ongebruikelijke" transacties, maar weinig aanhoudingen', *Nieuwsuur* 1 november 2021, nos.nl.

drijfveer voortkomen, maar kan ook met kwaliteit te maken hebben. Witwasmonitoring behoort van oudsher immers niet tot de *core business* van veel Wwft-instellingen, waardoor expertise kan ontbreken. In die gevallen kan een uitbesteding aan een gespecialiseerde dienstverlener de kwaliteit van het KYC-werk ten goede komen. Van dergelijke specialisten mag men namelijk meer kwaliteit en specifieke expertise verwachten, bijvoorbeeld wat betreft het inzichtelijk krijgen van een eigendoms- en zeggenschapsstructuur en het identificeren van uiteindelijk belanghebbenden. Wij onderscheiden twee vormen van uitbesteding. Ten eerste is sprake van samenwerkingsverbanden, zoals Transactie Monitoring Nederland. Deze organisatie is opgericht door een aantal grote Nederlandse banken³ en moet de transacties van de deelnemende banken gaan monitoren. Dit moet resulteren in effectievere transactiemonitoring en minder *false positives*.⁴ Ten tweede zien wij steeds vaker uitbesteding aan gespecialiseerde externe dienstverleners. Het is onder bepaalde omstandigheden mogelijk om het cliëntenonderzoek onder een uitbestedingsovereenkomst te laten uitvoeren door een derde. De Wwft bevat een beknopt kader voor uitbestedingen, dat verder is ingevuld in de leidraden van toezichthouders.⁵ In de praktijk blijken deze regels niet zelden onduidelijk of ontoereikend. Gelukkig lijkt verandering op komst. In de volgende paragrafen staan wij stil bij de huidige uitbestedingsregels en de wijzigingen die eraan lijken te komen.

40

2. Huidig wettelijk kader

De verplichtingen voor instellingen die voortvloeien uit de Wwft kunnen grofweg in drie categorieën worden onderverdeeld. Ten eerste moet een instelling cliëntonderzoek uitvoeren. Deze verplichting kan worden onderverdeeld in het initiële cliëntonderzoek, dat moet worden uitgevoerd voorafgaand aan het aangaan van een nieuwe zakelijke relatie, en doorlopend cliëntonderzoek, dat bestaat uit een voortdurende controle ten aanzien van de relatie met de cliënt en diens transacties.⁶ Ten tweede heeft de instelling een meldplicht. Deze houdt in dat de instelling ongebruikelijke transacties onverwijld aan de Nederlandse Financial Intelligence Unit (FIU) kenbaar moet maken.⁷ De derde categorie bestaat uit regels ten aanzien van de *governance* van instellingen, zoals verplichtingen tot het inrichten van een compliance-functie en tot het aanwijzen van een Wwft-verantwoor-

delijke.⁸ De uitbestedingsvoorschriften uit de Wwft vallen ook onder deze *governance*-categorie.

De Wwft bevat een behoorlijk beknopte regeling voor uitbesteding.⁹ Artikel 10 Wwft bepaalt dat een structurele uitbesteding moet worden vastgelegd in een schriftelijke overeenkomst. Slechts een gedeelte van de verplichtingen uit de eerste bovengenoemde categorie mag worden uitbesteed. Uit deze bepaling volgt dat een instelling de voortdurende controle, onderdeel van de eerste categorie, niet mag uitbesteden.¹⁰ Andere onderdelen van het cliëntenonderzoek, zoals de identificatie van de cliënt, mag een instelling wel uitbesteden.¹¹ De Wwft zwijgt over de uitbesteding van verplichtingen uit de andere twee categorieën. In de wetsgeschiedenis wordt echter opgemerkt dat verplichtingen op het gebied van compliance- en auditfuncties kunnen worden uitbesteed.¹² Dit wekt de suggestie dat uitbesteding van verplichtingen anders dan cliëntenonderzoek mogelijk is onder de Wwft. De leidraden van de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid, DNB en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) vullen artikel 10 Wwft nader in.¹³ De leidraden zijn echter beperkt in omvang en op sommige vlakken zelfs onderling tegenstrijdig. Zo lijkt de AFM het laten verrichten van de voortdurende controle door groepsmaatschappijen niet als uitbesteding te beschouwen,¹⁴ terwijl DNB en de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid benadrukken dat alleen de Wwft-instelling zelf deze controle kan uitvoeren.¹⁵

Overtredingen van de regels uit de Wwft, waaronder bijvoorbeeld het schriftelijkheidsvereiste van een structurele uitbesteding, kunnen bestuursrechtelijk worden gehandhaafd.¹⁶ Het wederrechtelijk uitbesteden van Wwft-verplichtingen zou er zelfs toe kunnen leiden dat een toezichthouder of het OM tot de conclusie komt dat de verplichting in kwestie door de instelling in zijn ge-

3 M. de Boer, 'Banken tuigen samen antiwitwasbedrijf op', *Het Financieel Dagblad* 8 juli 2020, fd.nl.

4 Conceptmemorie van toelichting bij het Plan van aanpak witwassen, p. 6.

5 Andere wet- en regelgeving, zoals de Wet op het financieel toezicht en de *guidelines on outsourcing arrangements* van de Europese Bankautoriteit, kan uitbestedingen van Wwft-instellingen ook aan nadere voorwaarden binden. Deze voorwaarden vallen buiten de reikwijdte van deze bijdrage.

6 Artikel 3 lid 2 Wwft.

7 Artikel 16 lid 1 Wwft. Het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 bevat in Bijlage 1 een lijst met indicatoren op grond waarvan instellingen transacties als ongebruikelijk moeten aanmerken.

8 Respectievelijk artikel 2d lid 2 en 3 en 2d lid 1 Wwft.

9 Vgl. artikel 1:1 onder 'uitbesteden' Wft. Nadere uitbestedingsvoorwaarden uit andere wetten, zoals de Wft en de *guidelines on outsourcing arrangements* van de Europese Bankautoriteit, vallen buiten de reikwijdte van dit artikel. Ook met deze regels moet rekening worden gehouden bij uitbesteding van Wwft-verplichtingen. Hierbij moet worden opgemerkt dat het voorgaande geldt voor het geval Wwft-verplichtingen worden uitbesteed aan een derde partij die zelf niet als Wwft-instelling kwalificeert. Als dat wel het geval is, kan onder omstandigheden namelijk ook gebruik worden gemaakt van het regime van het introducerende cliëntenonderzoek van artikel 5 lid 1 Wwft.

10 Artikel 3 lid 2 onder d Wwft is namelijk niet opgenomen in de opsomming in artikel 10 lid 1 Wwft.

11 Deze informatie moet ook actueel worden gehouden. Het is onduidelijk of deze actualisatieverplichting valt onder de voortdurende controle, die niet mag worden uitbesteed.

12 *Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 3, p. 17.

13 Zie bijvoorbeeld 'Leidraad Wwft en Sw', *De Nederlandsche Bank* december 2020, dnb.nl, p. 53-54; en 'Leidraad Wwft en Sanctiewet', *Autoriteit Financiële Markten* 19 oktober 2020, afm.nl, p. 23.

14 'Leidraad Wwft en Sanctiewet', *Autoriteit Financiële Markten* 19 oktober 2020, afm.nl, p. 23.

15 'Leidraad Wwft en Sw', *De Nederlandsche Bank* december 2020, dnb.nl, p. 53-54; en 'Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)', *Ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid* 21 juli 2020, rijksoverheid.nl, p. 38.

16 Paragraaf 4.2 Wwft.

heel niet is nageleefd. Ook een ondermaatse uitvoering van de uitbestede Wwft-verplichtingen door de externe dienstverlener zou erin kunnen resulteren dat de Wwft-instelling wordt aangesproken. Dit komt door het feit dat alleen de uitvoering van Wwft-verplichtingen kan worden uitbesteed; de verantwoordelijkheid voor de naleving van de Wwft blijft bij de instelling berusten.¹⁷ Naast bestuursrechtelijke handhaving, bijvoorbeeld via een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete, is vaak ook strafrechtelijke handhaving mogelijk.¹⁸

Instellingen kunnen contractuele maatregelen nemen om de uitbesteding aan een externe dienstverlener zo zorgvuldig mogelijk te laten verlopen. Zij zullen in de uitbestedingsovereenkomst tot afdwingbare afspraken moeten komen over de uitbestede taken.¹⁹ Deze afspraken kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op minimumstandaarden en kwaliteitsnormen, instructie- en auditrechten voor de instelling en rapportageverplichtingen voor de dienstverlener.²⁰ Om naleving van de verplichtingen uit de Wwft door de dienstverlener te bevorderen, kan ook worden gedacht aan een contractuele boete bij niet-naleving van de uitbestedingsovereenkomst. De overeenkomst zou daarnaast kunnen voorzien in een vrijwaring voor verdedigingskosten als gevolg van een punitief handhavingstraject dat voortkomt uit ondermaats werk van de dienstverlener. Tot slot doet een instelling er goed aan om een inspectierecht voor toezichthouders in de overeenkomst op te nemen, aangezien een uitbesteding het toezicht op de naleving van de Wwft niet mag verhinderen.²¹

3. Toekomstige wetgeving

De Wwft is aan verandering onderhevig door nationale en internationale invloeden. De ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid publiceerden in december 2019 het conceptwetsvoorstel 'Plan van aanpak witwassen'.²² Dit conceptvoorstel voorziet onder andere in de mogelijkheid om de eerste categorie Wwft-verplichtingen, het cliëntenonderzoek, volledig uit te besteden aan gespecialiseerde dienstverleners, dus inclusief de voortdurende controle van de relatie met de cliënt. Voor het huidige verbod is geen Europese aanleiding en dus staat het de Nederlandse wetgever vrij het verbod op te

heffen.²³ Daarmee zou de huidige beperking voor de uitbesteding van de voortdurende controle komen te vervallen. Hoewel de Nederlandse regering in december 2020 aankondigde dat het definitieve wetsvoorstel begin 2021 zou worden ingediend,²⁴ is dat tot op heden niet gebeurd. Dit zou kunnen komen door de toenmalige demissionaire status van het kabinet, maar ook een Europese ontwikkeling kan daaraan ten grondslag liggen.

De Europese Commissie deed in juli 2021 vier voorstellen om het Europese antiwitwastoezicht in belangrijke mate te herzien.²⁵ Deze herziening bestaat onder andere uit de harmonisatie van het Europese antiwitwastoezicht in een verordening²⁶ (Conceptverordening) en de oprichting van een Europese Anti-Money Laundering Authority (AMLA).²⁷ De Conceptverordening bevat overeenkomsten met het Plan van aanpak witwassen, waaronder de mogelijkheid om de voortdurende controle uit te besteden.²⁸ Wel blijft in de Conceptverordening een verbod gelden op uitbesteding van een aantal andere specifieke taken, zoals het toekennen van een risicoprofiel aan een cliënt of het melden van 'suspicious activities' aan de FIU.²⁹ Verder blijft het juridisch kader voor uitbestedingen grotendeels hetzelfde ten opzichte van de huidige Europese regels. Zo blijft de verantwoordelijkheid voor de naleving van de antiwitwasregels ook na een uitbesteding bij de instelling zelf.³⁰ Dit betekent dat de voornoemde contractuele afspraken tussen instelling en dienstverlener nodig zullen blijven.

De aanstaande uitbestedingsregels bevatten wat ons betreft een aantal verbeteringen ten opzichte van het huidige wettelijke kader. Een daarvan is het vervallen van het verbod om de voortdurende controle uit te besteden ten opzichte van de huidige Nederlandse regeling. Dit zou betekenen dat ook dit deel van het cliëntenonderzoek kan worden overgelaten aan gespecialiseerde dienstverleners, wat de kwaliteit van de voortdurende controle ten goede kan komen. Ook bevat de Conceptverordening een verplichting voor de AMLA om praktische richtsnoeren over uitbestedingen te publiceren.³¹ Onze verwachting is dat deze richtsnoeren meer duidelijkheid kunnen bieden dan de huidige leidraden van de

17 Zie expliciet het slot van artikel 10 lid 1 Wwft. *Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 3, p. 57-58.
18 Dit is mogelijk voor overtreding van de Wwft-verplichtingen die in artikel 1 onder 2 Wet op de economische delicten als economisch delict zijn aangemerkt.
19 De verantwoordelijkheid voor de dienstverlener kan immers slechts uit de overeenkomst (en niet uit de Wwft) volgen. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 3, p. 57-58.
20 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 31238, nr. 3, p. 23.
21 Vgl. guideline 36 van de 'EBA Guidelines on outsourcing arrangements', *Europese Bankautoriteit* 25 februari 2019, eba.europa.eu.
22 De tekst van het conceptwetsvoorstel en de conceptmemorie van toelichting is beschikbaar op www.internetconsultatie.nl/wetplanvan-aanpakwitwassen.

23 Zie de conceptmemorie van toelichting van het Plan van aanpak witwassen, p. 6.
24 *Kamerstukken II* 2020/21, 31477, nr. 53, p. 2.
25 'Anti-money laundering and countering the financing of terrorism legislative package', *Europese Commissie* 20 juli 2021, ec.europa.eu.
26 'Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of terrorismefinanciering' (COM(2021) 420), *Europese Commissie* 20 juli 2021, eur-lex.europa.eu.
27 'Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot oprichting van de Autoriteit voor de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering en tot wijziging van de Verordeningen (EU) nr. 1093/2010, (EU) nr. 1094/2010 en (EU) nr. 1095/2010' (COM(2021) 421), *Europese Commissie* 20 juli 2021, eur-lex.europa.eu.
28 Artikel 40 Conceptverordening. De voortdurende controle is opgenomen in artikel 16 lid 1 onder d Conceptverordening, en die is niet uitgesloten van uitbestedingen in artikel 40 lid 2 Conceptverordening.
29 Artikel 40 lid 2 Conceptverordening.
30 Preambule 62 bij de Conceptverordening.
31 Artikel 41 Conceptverordening.

ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid, DNB en de AFM, gelet op de beperkte omvang van de handvatten over uitbestedingen daarin. Verder kunnen deze richtsnoeren voor pan-Europese instellingen een uniform uitbestedingskader bieden, waar deze nu nog vaak moeten werken met de verschillende uitbestedingsregimes van individuele lidstaten. Wij zien in de praktijk dat op dit moment al grote behoefte bestaat aan zulke duidelijkheid. Hoewel financiële instellingen al aansluiting kunnen zoeken bij het toezichtrechtelijke kader voor uitbestedingen,³² missen andersoortige instellingen vaak dergelijke *guidelines*. Voor alle instellingen zullen de praktische richtsnoeren specifiek gericht op het uitbesteden van KYC-taken van de AMLA hopelijk een uitkomst bieden. Zij zullen nog wel even geduld moeten hebben. De richtsnoeren van de AMLA worden binnen drie jaar na inwerkingtreding van de definitieve tekst van de Conceptverordening uitgevaardigd.

4. Afsluitende opmerkingen

Financiële instellingen hebben de afgelopen jaren fors geïnvesteerd om te voldoen aan hun poortwachtersfunctie. Deze investeringen roepen de vraag op hoe die poortwachtersfunctie het best en efficiëntst kan worden uitgevoerd. De kwaliteit van het cliëntenonderzoek, waaronder de voortdurende controle, zou daarbij voorop moeten staan. Uitbesteding kan daarvoor bevorderlijk zijn. Gespecialiseerde dienstverleners kunnen vanwege hun expertise in veel gevallen namelijk beter gestalte geven aan de verplichtingen uit de Wwft dan de instellingen waarop die verplichtingen rusten, bijvoorbeeld bij het inzichtelijk maken van complexe eigendoms- en zeggenschapstructuren. Het huidige wettelijk kader voor uitbesteding van Wwft-verplichtingen is echter ontoereikend. Zo is het uitbesteden van de voortdurende controle nog niet mogelijk, terwijl daarvoor geen duidelijke aanleiding bestaat. Toezichthouders bieden momenteel in hun leidraden op dit gebied beperkt houvast aan instellingen. Instellingen lopen in de praktijk daarom niet zelden tegen onduidelijkheden aan over hoe zij de uitbesteding van hun Wwft-taken mogen vormgeven. Dat is een situatie die aan verbetering toe is.

Nieuwe regelgeving lijkt op komst met het Plan van aanpak witwassen, de Conceptverordening en aanstaande praktische richtsnoeren van de nieuw op te richten AMLA. Deze ontwikkelingen zullen waarschijnlijk voor meer benodigde praktische handvatten zorgen en voor meer uitbestedingsmogelijkheden. Zo lijkt het op basis van deze Nederlandse en Europese ontwikkelingen mogelijk te worden om de voortdurende controle uit te besteden. De voortdurende controle uitbesteden aan gespecialiseerde dienstverleners kan de kwaliteit daarvan ten goede komen. Het vervallen van dit verbod zou dan

ook een gunstige ontwikkeling zijn. Het zou daarom niet de bedoeling moeten zijn dat de Nederlandse wetgever het conceptwetsvoorstel Plan van aanpak witwassen in de ijskast zou zetten in afwachting van de Conceptverordening. In onze ogen zouden instellingen handvatten geboden moeten worden om hun poortwachtersfunctie beter te vervullen. Als uitbesteding daarbij kan helpen, zien wij geen directe aanleiding om de huidige beperkingen te laten voortduren. Bij dit alles moet namelijk niet worden vergeten dat uitbesteding niet betekent dat een Wwft-instelling afscheid neemt van haar Wwft-verantwoordelijkheden. Het betreft slechts enkele gespecificeerde taken waarvan de uitvoering wordt overgelaten aan een partij die deze vaak beter kan uitvoeren. Juist dat helpt ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme.

32 Wij noemden eerder al de *guidelines on outsourcing* van de Europese Bankautoriteit.