

Territoriale of nationale werking van de Wwft-meldplicht?

mr. N. Smeets*

Instellingen die kennis krijgen van ongebruikelijke transacties, moeten deze op grond van de Wwft melden bij de FIU. Deze Wwft-meldplicht is echter volgens de wettekst niet gelimiteerd tot slechts in Nederland gevestigde instellingen, of in Nederland uitgevoerde transacties. Toch moet aangenomen worden dat deze wet een stilzwijgende beperking van het toepassingsbereik kent. Maar hoe luidt deze beperking? Is sprake van een territorialiteits- of nationaliteitsbeginsel, of geldt wellicht het Home Member State principle? Een eenduidige, kenbare norm is gewenst.

Inleiding

De Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (hierna: Wwft) bevat in art. 16 de verplichting voor bepaalde instellingen om verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transacties, die verband zouden kunnen houden met witwassen of het financieren van terrorisme, onverwijld te melden bij de Financial Intelligence Unit (FIU). De Wwft vindt zijn oorsprong in de Derde Witwasrichtlijn¹, die beoogt de waarborgen tegen witwassen en terrorismefinanciering verdergaand te harmoniseren in het licht van de interne Europese markt.² Deze gezamenlijke aanpak van de lidstaten heeft tot doel om de effectiviteit te vergroten door te voorkomen dat criminelen op de interne markt gemakkelijk kunnen uitwijken naar het land met de minste waarborgen tegen witwassen en terrorismefinanciering, terwijl zij met hun handelen de stabiliteit van de gehele (Europese) financiële sector in gevaar kunnen brengen.³ Noch in de meldplicht van art. 16, noch langs de definitie van instelling of transactie, noch elders bevat de Wwft een beperking van de verplichting om ongebruikelijke transacties te melden. De meldplicht uit art. 16 Wwft geldt voor 'instellingen'. Wie als instelling in de zin van deze wet moet worden beschouwd staat opgesomd in art. 1 lid 1 sub a Wwft. Deze opsomming bestaat voor het grootste deel uit verwijzingen naar de definities van financiële ondernemingen uit art. 1:1 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Art. 1:1 Wft geeft slechts een materiele definitie van financiële ondernemingen, waarbij het stramen telkens als volgt kan worden omschreven: financiële onderneming X is hij die bepaalde financiële producten aanbiedt of diensten verleent. Niet van belang⁴ is welke nationaliteit men heeft, waar men zijn zetel heeft of waar men zijn producten aanbiedt of diensten verleent.⁵ Deze koppeling tussen Wwft-instelling en Wft-financiële onderneming heeft tot gevolg dat instellingen in de zin van de Wwft niet zijn begrensd door nationaliteits- of territoriale beperkingen; ongeacht waar men zijn zetel heeft en ongeacht waar men handelt is men een instelling al naar gelang men bepaalde gedragingen verricht.

Instellingen die kennis krijgen van ongebruikelijke transacties, moeten deze melden. Een transactie wordt in art. 1 lid

1 sub m Wwft gedefinieerd als handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt in verband met het afnemen of het verlenen van diensten. Dat deze handeling of dit samenstel van handelingen (al dan niet deels) binnen Nederland plaatsvindt, is niet vereist.

De Wwft-meldplicht is derhalve tekstueel niet gelimiteerd tot slechts in Nederland gevestigde instellingen, of in Nederland uitgevoerde transacties. Naar de letter van de wet lijkt dit te betekenen dat *alle* ongebruikelijke transacties - door wie en waar ook ter wereld zij worden uitgevoerd - bij de Nederlandse FIU zouden moeten worden gemeld. Dus ook bijvoorbeeld een Chinese bank die kennis krijgt van een ongebruikelijke transactie die plaatsvindt in Australië tussen twee Argentijnen zou deze transactie bij de Nederlandse FIU dienen te melden. Een dergelijke ongeclausuleerde toepassing van de Wwft lijkt niet alleen onuitvoerbaar en onhandhaafbaar, maar ook veel verdergaand dan nodig vanuit het perspectief van de nationale belangen die de Wwft beoogt te beschermen. Uitgaande van die vaststelling moet worden aangenomen dat de Wwft op dit punt een stilzwijgende beperking kent. Niet *alle* instellingen ter wereld moeten *alle* ongebruikelijke transacties in Nederland melden. Maar hoe luidt die stilzwijgende beperking dan precies?

Om het nog concreter te maken: buitenlandse vennootschap A is een beleggingsonderneming (en dus een instelling in de zin van de Wwft) met haar zetel in, en een vergunning van een andere lidstaat. A is via het Europees paspoort ook in Nederland actief. A koopt T, een Nederlandse holding B.V. die verschillende buitenlandse dochtermaatschappijen heeft. Deze transactie vindt plaats bij een Nederlandse notaris. A ontdekt kort vóór de closing dat deze transactie moet worden aangemerkt als ongebruikelijk omdat er in een van de buitenlandse dochtermaatschappijen van T mogelijk sprake is van witwassen. A meldt deze ongebruikelijke transactie

* Nienke Smeets is advocaat bij CMS.

1. Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, *PbEU* 2005, L 309/15.
2. Overwegingen 1 t/m 8 preambule van de Derde Witwasrichtlijn.
3. Dit doel wordt deels doorkruist door het feit dat in de Derde Witwasrichtlijn niet is gekozen voor volledige harmonisatie, maar lidstaten de ruimte behouden om strengere regelgeving in te voeren.
4. Althans niet voor de vraag of men kwalificeert als bepaalde financiële onderneming.
5. Waar die financiële onderneming zijn zetel heeft, en waar hij zijn producten aanbiedt of diensten verleent is wél van belang voor de vraag aan welke (vergunnings-)vereisten moet worden voldaan om rechtmatig de markt te betreden (Deel 2 Wft).

bij de FIU in haar eigen lidstaat. Is A op grond van de Wwft verplicht om deze transactie *ook* bij de Nederlandse FIU te melden?

De meldplicht: een (on)beperkt toepassingsgebied?

De meldplicht van de Wwft is gebaseerd op de Derde Witwasrichtlijn. Deze bevat wél een uitdrukkelijke bepaling over het toepassingsgebied van de meldplicht. Art. 22 lid 2 Derde Witwasrichtlijn luidt:

‘De in lid 1 bedoelde inlichtingen worden verstrekt aan de FIE van de lidstaat op het grondgebied waarvan de instelling of persoon die de inlichtingen heeft verstrekt, zich bevindt.’

Deze op het eerste gezicht verhelderende bepaling roept bij nadere beschouwing vragen op. Immers, waar moet een rechtspersoon worden geacht zich te bevinden? Goed verdedigbaar is dat de rechtspersoon zich bevindt in de plaats waar haar zetel is. Als die lezing juist is, is in de geschets-te casus de vestigingsplaats van de verkrijgende vennootschap A bepalend. Maar dat lijkt dan weer met zich te brengen dat rechtspersonen die hun zetel buiten Europa hebben, in het geheel niet aan een Europese meldplicht onderworpen zijn wanneer zij binnen Europa betrokken zijn bij een ongebruikelijke transactie.⁶ Het is moeilijk voorstelbaar dat een dergelijke leemte in het systeem door de wetgever is bedoeld. Anderzijds zou kunnen worden betoogd dat de rechtspersoon zich daar bevindt waar zij handelingen verricht. Dit lijkt in elk geval een voor-de-hand-liggende uitleg voor instellingen met hun zetel in een staat die geen lidstaat is. In dat geval zou de plaats waar de transactie plaatsvindt bepalend zijn. Welbeschouwd geeft de richtlijn dus geen antwoord op de vraag. Ook in het concept van de Vierde Witwasrichtlijn⁷ wordt het antwoord niet gegeven. Maar zelfs al zou dat anders zijn, moet bedacht worden dat de richtlijn minimumharmonisatie beoogt en dus niet doorslaggevend kan zijn voor de uitleg van het toepassingsgebied van de Wwft.

Hoewel de Nederlandse wet geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag wat het toepassingsgebied is van de Wwft, lijkt het Besluit aanwijzing toezichthouders Wwft wel een beperking te bevatten. Dit besluit bepaalt namelijk dat de AFM en DNB zijn belast met het toezicht op de Wwft voor een groot aantal⁸ in de wet genoemde instellingen, *of* op bijkantoren in Nederland van dergelijke instellingen met zetel buiten Nederland. Uit de omstandigheid dat instellingen met een zetel *buiten*, maar een bijkantoor *in* Nederland in het besluit apart worden benoemd, moet worden afgeleid dat de besluitwetgever kennelijk buitenlandse instellingen niet onder de algemene term ‘instelling’ begrijpt.

Wanneer men deze beperkte lezing van het begrip instelling echter terug zou wentelen op de tekst van de Wwft, resulteert dit in onlogische uitkomsten. Immers, indien het begrip instelling in de zin van de Wwft evenmin zou moeten worden geacht buitenlandse instellingen te omvatten, zou de Wwft *in zijn geheel* niet van toepassing zijn op instellingen met een zetel buiten Nederland, ongeacht de vraag of zij een bijkantoor in Nederland hebben. Maar als de Wwft niet van toepassing is op buitenlandse instellingen zou het ook niet nodig zijn om een toezichthouder aan te wijzen voor deze groep buitenlandse instellingen. Uit het feit dat er uitdrukkelijk wél een toezichthouder is aangewezen voor instellingen

met een zetel buiten Nederland en met een bijkantoor in Nederland, volgt echter dat de Wwft op dergelijke buitenlandse instellingen wél van toepassing is. Daaruit moet worden geconcludeerd dat de Wwft en het Besluit aanwijzing toezichthouders Wwft kennelijk een ander instellingsbegrip hantieren. Dat betekent dan weer dat het besluit niet bruikbaar is voor het antwoord op de vraag naar het toepassingsgebied van de Wwft.

Van Kampen stelt dat de Wwft uit de aard der zaak een territoriale werking heeft. Volgens deze auteur is de Wwft slechts van toepassing op instellingen die activiteiten verrichten op Nederlands grondgebied.⁹ Van Kampen bepleit derhalve het inlezen van een territorialiteitsbeginsel dat bewerkstelligt dat de Wwft-meldplicht voor ongebruikelijke transacties slechts van toepassing is op instellingen, ongeacht waar zij gevestigd zijn *c.q.* welke nationaliteit zij hebben, indien en voor zover zij kennis hebben van het ongebruikelijke karakter van een verrichte of voorgenomen transactie welke *in Nederland* plaatsvond dan wel zal plaatsvinden. Met andere woorden, de plaats van de transactie dient bepalend te zijn. Vindt die plaats in Nederland, dan moet in Nederland worden gemeld.

Deze uitleg strookt met de impliciete territorialiteitsbeperking die in bijna elke nationale wet verondersteld zou kunnen worden, gelet op het soevereiniteitsbeginsel. Van Kampen wijst erop¹⁰ dat dit territorialiteitsbeginsel haaks staat op het Europees financieel toezichtrechtelijk heersende *Home Member State principle*, dat juist inhoudt dat de financiële toezichthouders van de verschillende lidstaten toezicht houden op hun ‘eigen’ financiële instellingen, dat wil zeggen de instellingen die in hun land gevestigd zijn en daar ook een vergunning hebben verkregen om de financiële markt te betreden. Overigens wordt in het Verenigd Koninkrijk, in afwijking van meeste andere lidstaten, voor de meldplicht voor verdachte transacties wél (deels) aangesloten bij het Home Member State Principle. Banken die hun hoofdvestiging in het Verenigd Koninkrijk hebben, zijn op grond van het Engelse recht verplicht om (in elk geval ook) in het Verenigd Koninkrijk melding te doen van ongebruikelijke transacties.¹¹

Een soortgelijke zaak als de hierboven geschetste casus is op anonieme basis voorgelegd aan de toezichthouder AFM. Deze stelde zich op het standpunt dat de betreffende instelling, nu die uit een andere lidstaat komt, op grond van de

6. De wettelijke systematiek maakt het mogelijk dat buiten de EU gevestigde instellingen op de Europese markt financiële diensten verlenen, zie bijvoorbeeld art. 4:45 Wft. Het zou onwenselijk zijn als zo een instelling met betrekking tot zijn handelen binnen de EU, niet onder een Europese meldplicht zou vallen.

7. COM(2013) 45 def.

8. Naast de AFM en DNB zijn ook het Bureau Financieel toezicht en de Belastingdienst Holland/Midden Unit MOT aangewezen als toezichthouder op de Wwft.

9. P.T.C. van Kampen, Hoofdstuk 7 – De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, in: F.G.H. Kristen et al. (red.), *Bijzonder strafrecht; Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 148.

10. Van Kampen, a.w., p. 148.

11. Van Kampen, a.w., p. 148.

Wwft niet verplicht lijkt om bij de Nederlandse FIU een ongebruikelijke transactie te melden, ook al vond die transactie in Nederland plaats. Indien de instelling – onverplicht – toch melding zou doen bij de Nederlandse FIU, waarschuwd de AFM dat vrijwaring, dat in de Wwft is geregeld voor degene die een melding doet, niet aan de orde is. Deze opvatting van de AFM lijkt niet te stroken met het door Van Kampen verdedigde territorialiteitsbeginsel.

Moet nu uit dit antwoord van de AFM worden afgeleid dat deze toezichthouder een beperking van de toepassing hanteert op grond van het nationaliteitsbeginsel? Dat is niet noodzakelijkerwijs het geval. In de aan de AFM voorgelegde casus was immers bekend dat de instelling reeds bij het FIU in haar eigen lidstaat had gemeld. Gelet op de samenwerking tussen de FIU's uit de verschillende lidstaten, kan het goed zijn dat het voor de AFM om het even is wáár wordt gemeld, zolang er maar ergens binnen de EU wordt gemeld. Het is daarom ook voorstelbaar dat het oordeel van de AFM anders was geweest indien de instelling haar zetel in een derde land zou hebben gehad, waardoor de melding anders in géén van de lidstaten plaats zou hebben gevonden.¹²

Conclusie

Aannemelijk is dat de meldplicht uit de Wwft een stilzwijgende beperking bevat. Het is alleen de vraag hoe die beperking exact luidt. In plaats van deze beperking te zoeken in een territoriale werking van de Wwft, zoals Van Kampen doet, lijkt de AFM het Home Member State principle toe te passen, zoals zij ook in haar overige toezichtsgebieden gewend is. Het zou interessant zijn om te horen hoe de andere toezichthouders op de Wwft, de Nederlandse Bank, Bureau Financieel toezicht en Belastingdienst Holland/Midden Unit MOT, met een dergelijke casus zouden omgaan.

De bestaande onduidelijkheid over het toepassingsbereik van de meldplicht is uitermate onwenselijk. Ten onrechte niet melden is een strafbaar feit, maar strafrechtelijke sanctiëring vereist een eenduidige, kenbare norm. Die ontbreekt hier. Daar komt bij dat ten onrechte wél melden kan leiden tot civiele aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende schade. Wanneer die melding onverplicht geschiedt¹³ kan geen beroep worden gedaan op de wettelijke vrijwaring voor aansprakelijkheid voor enige daaruit voortvloeiende schade. Zekerheidshalve melden brengt dus ook risico's met zich. Baat het niet, dan schaadt het mogelijk wel. Ook daarom is een eenduidige, kenbare norm gewenst.

12. In dit voorbeeld ga ik er voor het gemak vanuit dat bij de transactie niet tevens instellingen zijn betrokken die wél in Nederland meldingsplichtig zijn. Dat zal bij een transactie echter vaak wel het geval zijn.
13. Dan wel indien niet kan worden gezegd dat de melding is gedaan 'in de redelijke veronderstelling uitvoering te geven aan [de meldplicht]', aldus art. 20 Wwft.