

Dhr. W.B. Hoekstra
Minister van Financiën
Korte Voorhout 7,
2511 CW Den Haag



Ir. S.L. Lelieveldt CCP
Amsterdam
24 oktober 2019

Geachte heer Hoekstra,

In het verlengde van de invoering van de AMLD5 heeft u een concept-implementatiebesluit wijziging vierde anti-witwasrichtlijn voorgelegd aan het publiek. Bij deze ontvangt u mijn reactie hierop, die nadrukkelijk geschiedt vanuit een historisch en holistisch perspectief.

1. Departementale werkdruk ?

Mijn hoofdreactie op het concept-implementatiebesluit is dat er in alle drukte van dit moment iets mis lijkt te gaan bij uw departement. Het is alsof uw departement er niet helemaal in slaagt om de relevante historische kennis over de Wet Financieel Toezicht (WFT), de Wet tegen Witwassen en Financiering van Terrorisme (WWFT) te ontsluiten. Kan het ook zo zijn dat door die werkdruk het ad-hoc technisch advies van een toekomstig toezichthouder zwaarder heeft gewogen dan de visie van de Raad van State en interne wetgevingsjuristen?

A. De Europese richtlijn kende eerst een concept-vergunningseis voor aanbieders van cryptowisseldiensten, welke echter geschrapt is en niet in de eindtekst terecht kwam. Het viel mij op dat het vergunningsregime in de eerste versie van het wetsvoorstel toch opdook, op advies van de beoogd toezichthouder DNB. De Raad van State merkte op dit punt op dat die ruimte er vanuit Brussel gewoonweg niet is.

B. De Raad van State gaf, onder verwijzing naar Brussel, aan dat implementatie van de richtlijn in de WFT of door WFT-achtige vergunningsregels in de WWFT niet aan de orde is. Het voorgenomen WWFT-wetsartikel 23j bevat echter toch die letterlijke WFT-achtige vergunningsregels. Ik kan dat niet rijmen met uw bericht aan de Tweede Kamer waarin wordt gesuggereerd dat u zich aan de EU richtlijn en het advies van de Raad van State houdt:

*Zoals ook in de toelichting bij het wetsvoorstel uiteen is gezet, beperkt het toezicht op deze aanbieders zich tot het toezicht op de naleving van integriteitregels, oftewel tot de eisen in de Wwft en de Sanctiewet 1977. **Er gelden voor deze aanbieders geen andere wettelijke eisen, dus ook geen eisen die kenmerkend zijn voor de Wft,** zoals prudentiële eisen.*

C. In lijn met het advies van de Raad van State en uw eigen verklaring zou ook het implementatiebesluit dat nu voorligt geen WFT-achtige eisen moeten bevatten. In de toelichting op deze AmvB wordt echter verduidelijkt dat dit wél het geval is:

Deze regels over voorkoming van belangenverstrengeling en de interne organisatie komen grotendeels overeen met bedrijfsvoeringseisen die op grond van het Besluit prudentiële regels Wft gelden voor financiële ondernemingen waar de Wet op het financieel toezicht op van toepassing is.

D. Het is voor mij onduidelijk hoe deze AmvB gezien kan worden als implementatie van de EU richtlijn. Artikel 8 van de EU richtlijn, met eisen aan de organisatie is namelijk ongewijzigd gebleven, wat betekent dat op lokaal niveau geen extra eisen nodig zijn. De toelichting op de AmvB laat dit gegeven onbenoemd en verwijst slechts naar het artikel 23j als basis voor nieuwe nationale eisen.

2. Groter denken, kleiner doen: de cruciale rol van de wetgevingsjurist

In zijn boek: 'Groter denken, kleiner doen' van eind 2018 wijst de heer Tjeenk Willink op de noodzaak voor burgers en organisaties om hun stem te laten horen als het bewaken van de democratische rechtsorde op het spel staat. Het is nodig om sluipende uitholling van de democratie te voorkomen.

Die sluipende uitholling kent, waar het de Ministeries betreft, volgens hem de volgende dynamiek:

Politieke adviseurs en communicatie-experts proberen hun minister niet alleen extern – tegenover de buitenwacht – maar ook intern – binnen het eigen departement – ‘uit de wind’ te houden. De inhoudelijke en uitvoerende deskundigheid op de departementen is afgenomen. Door de grote mobiliteit in politiek, bestuur en ambtenarij is het collectieve geheugen als tegenwicht weggefallen. De meeste departementale bibliotheken en documentatie-afdelingen zijn opgeheven.

Dit proces is al langer gaande. In 2012 stelde Tjeenk Willink, toen als vice-president van de Raad van State, [in zijn afscheids-speech](#) vast dat de rol van de wetgevingsjurist onder druk is komen te staan:

Als adviseur is de Raad niet de algemene juridische dienst van het Rijk. Hij moet dat ook niet worden. Hij moet echter wel rekening houden met de verzwakte positie van de departementale wetgevingsjuristen. Die zwakke positie is riskant in een rechtsstaat waarin de wet een vitale rol heeft. Dáárom moet de kwaliteit van de rechtsstatelijke en de juridische toetsing door de Raad hoog zijn.

Als adviseur is de Raad ook geen algemene deskundigenraad. Hij moet dat ook niet pretenderen. Hij moet echter wel rekening houden met de teruggelopen inhoudelijke en uitvoeringsdeskundigheid op de departementen en de veranderde positie van de vaste colleges van advies ex artikel 79 Grondwet. Die ontwikkeling is riskant in een overheidsbureaucratie waarvan een van de essentiële kenmerken behoort te zijn: inhoudelijke competentie.

De wetgevingsjurist speelt een cruciale rol op vakdepartementen. In de ideale situatie is deze zich de eigen geschiedenis en regelgeving goed bewust zijn, voorkomt hij/zij inconsistente regelgeving en volgt deze de aanwijzingen voor regelgeving. Dit zorgt ervoor dat de overheid voorspelbaar en rechtvaardig optreedt, zonder aanzien des persoons. Zo ontstaat een klimaat en institutioneel kader waarin de burgers de overheid kunnen vertrouwen.

In feite is de wetgevingsjurist de vooruitgeschoven post van de burgers in het vakdepartement. Die rol wordt ook benoemd door de huidige vice-president van de Raad van State, de heer de Graaf. Hij benadrukte dat [in zijn lezing](#) tijdens de recente lustrum-conferentie van de academie van Overheidsjuristen ([‘Fake-lawyers?’ – de rol en positie van juristen bij het Rijk](#)):

Kortom: de overheidsjurist is er niet alleen voor de belangen van het recht in de molen van het beleid, maar ook en misschien wel in de eerste plaats voor de belangen van de burger in de molen van het recht.

Dat brengt mij bij het volgende. Al weer enige tijd terug, maakte u tijdens [de Humboldt lezing](#) aan Europa duidelijk dat we in Europa niet kunnen accepteren dat we rechtsstaat uithollen.

“Als Europa een waardengemeenschap is, moeten we daar ook consequenties aan willen verbinden. Dan moeten we die waarden verdedigen. En kunnen we niet accepteren dat landen ermee sollen. De vrije pers muilkorven. En de rechtstaat uithollen. Dat, dames en heren, is simpelweg niet aanvaardbaar. Niet aanvaardbaar en niet uitlegbaar.”

Ik schaar me graag achter uw visie en roep u op om de genoemde norm ook toe te passen op de output van uw eigen departement. Dat vergt enerzijds aandacht en tijd, anderzijds een stuk historisch besef. Ter ondersteuning van uw wetgevingsjuristen, verschaft ik hierna graag het historisch perspectief dat mogelijk van dienst kan zijn bij de verdere vormgeving van regels.

3. Historie van WFT en WWFT en eisen aan organisaties

De WFT en de WWFT hebben een verschillende oorsprong en doel. Waar de WFT beoogt een open set van normen te formuleren, met ruime bevoegdheden voor de toezichthouder, geldt voor de WWFT dat deze op handlingsniveau voorschrijft welke maatregelen instellingen moeten nemen om witwasrisico's en terrorismefinanciering te voorkomen.

De WFT richt zich primair op instellingen die een vergunning nodig hebben, van hetzij DNB of AFM. De WWFT richt zich op alle soorten instellingen die zodanige activiteiten uitvoeren dat ze deel kunnen uitmaken van een constructie rond witwassen of terrorisme-financiering. Daarbij zijn de WWFT-verplichtingen limitatief van aard en beperken ze zich tot het beheersen van risico's van witwassen en terrorisme. De WWFT eisen gelden zowel voor onder toezicht staande WFT-instellingen als voor instellingen die niet onder WFT-toezicht staan (de zogeheten: aangewezen niet-financiële instellingen).

De [Memorie van Toelichting op de WWFT](#) meldt hierover:

Het belangrijkste verschil tussen de genoemde regelingen en deze wet is gelegen in de doelstelling en het toepassingsbereik. Bij de Wtt, Wgt en Wft gaat het om regelgeving ter bevordering van integriteit van dienstverlening, gericht op onderdelen van de financiële sector en activiteiten van financiële instellingen. Daarbij is er aandacht voor de organisatie van de instellingen, voor de producten die zij aanbieden en voor de wijze waarop zij hun diensten verlenen. Dit voorstel heeft in vergelijking tot de Wtt, Wgt en Wft een meer bijzondere doelstelling, te weten het voorkomen van witwassen en financieren van terrorisme. De in de wetten opgenomen maatregelen spitsen zich hierop toe. Zij gelden voor financiële instellingen, maar ook voor aangewezen niet-financiële instellingen.

Begripsverwarring en toepassing van WWFT en WFT-eisen

Het is belangrijk om te onderkennen dat de WWFT-verplichtingen niet identiek zijn aan de WFT-verplichtingen. Financiële instellingen dienen aan beide soorten eisen te voldoen. Niet financiële instellingen dienen, die wel onder de WWFT vallen, hoeven alleen aan de WWFT-eisen te voldoen. De algemene regel is dat de WFT-eisen aanzienlijk zwaarder zijn en dieper ingrijpen op de organisatie.

Belangrijk is dat gelijksoortige termen, andere inhoud hebben afhankelijk van de vraag of het de WFT of WWFT is. Zo definieert de WFT integriteitsrisico's en legt ze een systematische risico-analyse als verplichting op aan WFT-instellingen. De WWFT heeft geen aparte definitie van integriteitsrisico's en spreekt ook over een risico-analyse. Dat is echter een ander soort risico-analyse die een beperkter scope en diepgang heeft.

Wet Financieel Toezicht

De WFT is een nieuw type toezichtwet dat ingevoerd werd in het verlengde van een gewijzigde visie van het Ministerie van Financiën op de optimale toezicht-situatie in Nederland. De aannahme was dat toezichtregimes van uiteenlopende sectoren als pensioenen, verzekeraars, banken op termijn zouden convergeren.

Tot dan toe was er bancair toezicht bij DNB, verzekeraars- en pensioentoezicht bij de Pensioen- en Verzekeringskamer en effectentoezicht (enige uitzonderingen daargelaten) bij de Stichting Toezicht Effectenverkeer (later de Autoriteit Financiële Markten). Deze sectorale indeling werd losgelaten en DNB kreeg een rol als zogeheten prudentiële toezichthouder en de AFM als gedragstoezichthouder.

In lijn daarmee werden de sectorale toezichtwetten omgezet naar de Wet toezicht financiële markten die in 2007 ingevoerd werd. Daarin werd De Nederlandse Bank (inmiddels gefuseerd met de Stichting Pensioen- & Verzekeringskamer) de zogeheten prudentiële toezichthouder en de Autoriteit Financiële Markten de gedragstoezichthouder. De eenvoudige kenschets hiervan is dat DNB kijkt of het aan de binnenkant van de organisatie goed gaat, terwijl de AFM zich richt op het zichtbaar gedrag op de markten en het contact met de buitenwereld.

Wat betreft de organisatorische eisen, was er tot de WFT in 2007 sprake van een zogeheten [Regeling Organisatie en Beheersing \(ROB\)](#). De ROB was in 2001 ontstaan als verzamelde set eisen die beogen de goede werking van de organisatie te borgen. Al in die ROB was integriteitsrisico gedefinieerd, de eisen die aan integriteit gesteld worden en de noodzaak tot een systematische analyse van integriteitsrisico's. Artikel en hoofdstuk één van de ROB stelde eisen aan een verantwoorde en beheerste bedrijfsvoering.

Bij de invoering van de Wet Financieel Toezicht werd de ROB opgeheven en belandden de eisen aan integriteit en organisatie in de WFT met detail-eisen in het daaronder hangende Besluit Prudentiële Regels. In situaties waar de AFM het voortouw heeft in het toezicht op een partij, past de AFM de genoemde regels rond integriteit en organisatie toe.

Wet tegen Witwassen en Financiering van Terrorisme (WWFT)

De WWFT is sinds 1 augustus 2008 van kracht en implementeerde de derde antiwitwas richtlijn. Het was de samenvoeging van twee voorlopers: Wet identificatie bij dienstverlening (WID) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT).

In essentie verplicht de WWFT de daaronder vallende organisaties om te zorgen dat sprake is van:

- identificatie van de klant,
- monitoring van transacties,
- melding van ongebruikelijke transacties,
- documentatie en vastlegging van identificatie en monitoringprocessen.

Het feitelijk toezicht op de wet is belegd bij vijf toezichthouders.

Branche	Toezichthouder
Verkopers van goederen, bemiddelaars bij aan- en verkoop van goederen, makelaars en bemiddelaars in onroerende zaken, taxateurs van onroerende zaken, exploitanten van pandhuizen en domicilieverleners	Belastingdienst/bureau Toezicht Wwft
kredietinstellingen, financiële instellingen, geldtransactiekantoren, levensverzekeraars, trustkantoren, casino's en creditcardmaatschappijen	De Nederlandsche Bank
beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners bij levensverzekeringen	Autoriteit Financiële Markten
registeraccountants, accountant-administratieconsulenten, belastingadviseurs, administratiekantoren, juridische dienstverleners, advocaten en notarissen	Bureau Financieel Toezicht Nederlandse orde van advocaten

DNB en AFM, nemen het WWFT-toezicht mee als onderdeel van de al bestaande toezichtrelatie. Daarbij is relevant dat de WFT-eisen op het gebied van organisatie en integriteit verder reiken dan de WWFT-eisen. Het WWFT-toezicht is niet apart georganiseerd, maar geïntegreerd in het reguliere WFT-toezicht op financiële instellingen.

Te zien is dat voor advocaten geldt dat de lokale deken de toezichthouder voor de WWFT is en voor ondernemers die handelen in goederen en onroerend goed is dat het bureau Toezicht WWFT van de Belastingdienst. Voor administratieve dienstverleners is dat het Bureau Financieel Toezicht.

WWFT-eisen aan organisatie en risico-analyse

De eisen aan de organisatie van WWFT-instellingen staan geformuleerd in de artikelen 2, 2a, 2b, 2c, 2d en zijn een implementatie van de eisen uit de Europese anti-witwasrichtlijnen. Kern van de eisen is dat ze uitsluitend gericht zijn op het doel: voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering en dat een risico-gebaseerde, proportionele aanpak wordt gevolgd. Dit blijkt uit telkens terugkerende termen als: 'evenredig aan de aard en de omvang van de instelling' en 'waarbij de maatregelen in verhouding staan tot de aard en de omvang van de instelling.'

Bij de invoering van de vierde anti-witwas richtlijn kwam er een aparte regel dat aangewezen niet-financiële instellingen een aparte risico-analyse dienden uit te voeren. Dit leverde de vraag op of dat dan hetzelfde was als de zogeheten integriteits-risicoanalyse uit de WFT. Het antwoord daarop is, blijkens paragraaf 3.2 van de memorie van toelichting, dat dit niet het geval is:

Onder integriteitsrisico in de zin van het Bpr wordt een gevaar voor de aantasting van de reputatie verstaan of een bestaande of toekomstige bedreiging van het vermogen of resultaat van de financiële onderneming als gevolg van een ontoereikende naleving van hetgeen bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is voorgeschreven. De risicobeoordeling in de Wwft beperkt zich tot de blootstelling van een instelling aan het risico op witwassen en financieren van terrorisme, terwijl de systematische integriteitsrisicoanalyse een breder bereik heeft.

Het verschil in de benadering van de WWFT-toezichthouders laat zich ook herkennen in de beleidsregels en leidraden die ze uitgevaardigd hebben voor de WWFT-regels. [Het Bureau Financieel Toezicht](#) heeft aparte leidraden en beleidsregels opgesteld en een WWFT stappen plan voor de instellingen. Blijkens een [evaluatie uit 2018](#) verricht zij haar primaire activiteiten op een kundige manier, is de dossiervorming goed en houden de geconstateerde overtredingen goed stand bij de tuchtrechter. Wel is er, zoals bij meer toezichthouders, een gebrek aan capaciteit voor de handhaving.

In vergelijking hiermee is de leidraad van DNB extensiever van aard, waarbij meespeelt dat door de inbedding in het Europese toezicht, ook de leidraden en toezicht-aanbevelingen vanuit EBA en een plaats vinden in de leidraad. Per definitie is het toezicht van DNB daarmee veelomvattender.

4. Implementatie van de AMLD5 in de WWFT: het verloop van het proces

In het [initiële voorstel van de Europese Commissie](#) is sprake van een vergunnings- of registratieplicht voor aanbieders van wallets of wisselaars van virtuele valuta:

"1. De lidstaten waarborgen dat aanbieders van diensten voor het wisselen van virtuele valuta en fiduciaire valuta, aanbieders van bewaarportemonnees, wisselkantoren en kantoren voor het omwisselen van cheques, en aanbieders van trustdiensten of vennootschappelijke diensten over een vergunning beschikken of geregistreerd zijn, en dat aanbieders van kansspeldiensten worden gereguleerd."

Medio 2018 werd de [vijfde EU anti-witwas richtlijn](#) definitief aangenomen, maar is de vergunningsplicht voor cryptobedrijven, als onderdeel van de beraadslagingen met parlement, geschrapt.

In artikel 47 wordt lid 1 vervangen door:

„1. De lidstaten waarborgen dat aanbieders van diensten voor het wisselen tussen virtuele valuta en fiduciaire valuta en aanbieders van bewaarportemonnees worden geregistreerd, dat wisselkantoren en kantoren voor het omwisselen van cheques, en aanbieders van trustdiensten of vennootschappelijke diensten over een vergunning beschikken of geregistreerd zijn, en dat aanbieders van kansspeldiensten worden gereguleerd.”.

De richtlijn bepaalt (onder andere) dat cryptobedrijven toegevoegd worden aan de lijst van aangewezen niet financiële instellingen die onder de WWFT vallen. Daarmee moeten ook zij straks klanten identificeren en transacties monitoren, net als juweliers, accountants, advocaten, notarissen, makelaars, autohandelaren, casino's, belastingadviseurs, auditors, vermogensbeheerders, trustkantoren.

Bij de marktconsultatie van Financiën eind december 2018 is in zekere zin sprake van een ambachtelijke toepassing van de richtlijn. De sleuteleisen aan cryptobedrijven wordt gebaseerd op de relevante proportionele WWFT regels, zonder enige verwijzing naar WFT-achtige regels. Het relevante artikel 23-e luidt:

Artikel 23-e

De Nederlandsche Bank N.V. verleent op aanvraag een vergunning als bedoeld in artikel 23c, eerste of tweede lid, indien de aanvrager aantoont dat zal worden voldaan aan de bij of krachtens de artikelen 2 tot en met 2f, 3 tot en met 10, 16, 20a, 20b, 23h, 33 en 34 gestelde regels.

De concept-memorandum van toelichting meldt over het toezicht:

Met nadruk wordt vermeld dat de voorwaarden van de vergunning betrekking hebben op de naleving van de verplichtingen in de Wwft. Dit betekent dat de toetsing bij de vergunningverlening zich hier ook toe beperkt en dat in het toezicht ook alleen getoetst wordt of aan de verplichtingen in de Wwft wordt voldaan. De vergunning ziet dus niet zozeer op de activiteiten zelf, maar slechts op het feit dat de instelling over adequate beheersmaatregelen beschikt om te voldoen aan de Wwft-verplichtingen. DNB beoordeelt de activiteiten zelf dus niet en houdt hier ook geen toezicht op.

Gezien deze heldere afbakening concentreert het commentaar van de markt zich op de onwerkbare technische eisen in interpretaties in de concept-teksten, alsmede de gebrekkige en foutieve berekening van kosten van implementatie en toezicht. Er is geen bezwaar te zien tegen de bewoording vergunning, aangezien het feitelijk om registratie-regime gaat, zonder WFT-achtig inhoudelijk toezicht van DNB.

Het commentaar van de Raad van State benoemt vervolgens dat geen sprake mag zijn van een vergunning en ook niet van WFT-achtige eisen. Vervolgens wordt de term vergunning vervangen door registratie. Gelijktijdig wordt echter artikel 23^e geschrapt en vervangen door een WFT-achtige tekst in artikel 23j. Het parlement wordt echter voorgehouden dat er geen sprake is van een WFT-achtige eis.

Op het moment dat de nu voorliggende AmvB bevestigt dat het toch de intentie lijkt van de regelgever om toezicht in te voeren met WFT-kenmerken wijst de markt er in consultatiereacties op dat dit verder gaat dan de richtlijn bedoeld en in strijd is met het advies van de Raad van State.

5. Waar staan we nu werkelijk ?

In de kern van de zaak vallen de cryptobedrijven niet onder financiële toezichtregels en is het feitelijk beleid van DNB altijd geweest om cryptobedrijven te ontmoedigen en als hoog risico te kwalificeren. Het netto effect is dat het sinds 2014 zeer lastig is voor cryptobedrijven om hun bankrekening aan te houden en te continueren. Slechts indien aan banken en andere partners in de keten wordt gedemonstreerd dat sprake is van goede klantidentificatie en transactiemonitoring kan een betaalrekening worden gebruikt. Als gevolg daarvan is de industrie de facto al een heel stuk verder met de invoering van de WWFT-eisen dan de regelgever of de toezichthouder vermoed.

De aard van de regelgeving, de anti-witwas regelrichtlijn, heeft als logisch gevolg dat sprake is van implementatie in de WWFT. Gezien de nadrukkelijke EU discussie waarin het toezicht geschrapt is, is er geen enkele inhoudelijke reden om enige WFT-eis terug te laten komen in de WWFT. Ook kan de vraag gesteld worden of het logisch is dat DNB het toezicht uitvoert. De cryptobedrijven zijn geen financiële ondernemingen en Bureau Financieel Toezicht of de Autoriteit Financiële Markten (wegens het overwegend beleggingskarakter van cryptovaluta en de handelsfunctionaliteiten) ligt veel meer voor de hand.

In de contacten tot nu toe lijkt DNB nog steeds zoekende naar de manier waarop het toezicht moet worden uitgevoerd. Startpunt is daarbij, blijkens mededelingen aan de sector, het uitrollen van het standaard WFT integriteits-toezicht over de crypto-sector. Er zijn geen aparte beleidsregels rond handhaving of boetebeleid voor aangewezen deze niet-financiële instellingen geformuleerd en de uitvoering geschiedt door het team dat het reguliere WFT-integriteitstoezicht doet. Te voorzien is dat dan de term: risico-analyse uit de WWFT gezien wordt als integriteits-risico-analyse uit de WWFT. Als het standaard WFT-integriteits/organisatie toezicht inderdaad wordt uitgerold over de sector zal dit tot hoge toezichtkosten leiden, die bovendien door de sector zelf zouden moeten worden opgebracht.

Opmerkelijk is dat de kostenberekeningen over kosten van toezicht, al bij de eerder voorgestelde puur WWFT-invulling van het wetsvoorstel onjuist waren. Waar uw departement in de nota van verslag heeft aangegeven om bij deze AmvB een verdere uitwerking te geven op toezicht, capaciteit en rol DNB te geven is echter alleen een PM te vinden.

Daarmee staan we nu 2 maanden voor invoering van de wet op een punt waarbij:

- het Ministerie inconsistente uitspraken doet over intentie en feitelijkheid van de voorgenomen wet en lagere regelgeving,
- volstrekt onduidelijk is wat dan de feitelijke eisen worden die in principe vanaf 10 januari 2020 zouden gelden,
- de beoogd toezichthouder nog geen kenbare visie heeft ontwikkeld op de uitvoering van haar taak en voornemens lijkt te zijn het standaard WFT-toezicht toe te passen,
- zowel Ministerie als toezichthouder van mening lijken te zijn dat het nu voorliggende voorstel op geen enkele wijze WFT-achtige kenmerken heeft, die prudentieel van aard zijn,
- de oorsprong van de relevante eisen, overduidelijk gebaseerd is op prudentiële toezichtregelgeving, zoals destijds sectoraal georganiseerd en daarna in 2007 in de Wft verwerkt,
- de Raad van State geen enkele formele positie meer heeft om haar oordeel hierover te geven.

Dat we op dit punt staan vloeit vermoedelijk niet alleen voort uit de grote werkdruk bij het Ministerie van Financiën. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de algemene trends zoals door Tjeenk Willink benoemd, ook leiden tot het gebrekkige wetgevingsproces. Het netto effect is dat, nu op het departement de kennis niet meer aanwezig is, de professionals van buiten het Ministerie, genoodzaakt worden te wijzen op zaken die de interne wetgevingsjurist had moeten afvangen.

6. Hoe nu verder: to WFT or not to WFT ?

Het beste vervolg voor deze AmvB, alsmede de bovenliggende wet, lijkt me staatsrechtelijk gelegen in de visie van de Raad van State. Ik constateer uit uw verklaring in de nota van verslag aan de Tweede Kamer, dat u de visie van de Raad volgt en op zoek bent naar een zuivere implementatie van de richtlijn, zonder enige toevoeging van lokale eisen.

Als dat het startpunt is, dan is de onvermijdelijke consequentie dat er geen WFT-achtige regels in de WWFT worden ingevoerd en er ook geen lagere regelgeving ingevoerd hoeft te worden rond de eisen aan organisaties. Deze AmvB, als uitvoeringsregeling onder de gewijzigde vierde anti-witwasrichtlijn, met nadere organisatie-eisen welke niet in de EU richtlijn te vinden zijn, is een contradictio in terminis en niet meer nodig. Tezelfdertijd dient u ook artikel 23j, soortgelijke voorliggende WFT-achtige teksten in de wet, te schrappen.

Alternatief kunt u natuurlijk overwegen het advies van de Raad van State te negeren en de Tweede Kamer toe te lichten dat uw aanvankelijke bericht, over pure EU richtlijn interpretatie, bij nader inzien toch foutief bleek te zijn. U zou hen dan kunnen overtuigen dat er goede redenen zijn om het staatskundig advies van de Raad van State naast u neer te leggen en toch WFT-elementen in te voeren in de WWFT.

Dat zou echter leiden tot regels waarvan de legitimiteit en rechtsstatelijkheid hoe dan ook betwistbaar blijft. Ook is dan de vraag of de Eerste Kamer zich vanuit haar rol even makkelijk laat overtuigen van het nut en noodzaak van het terzijde schuiven van gerechtvaardigde staatsrechtelijke spelregels.

7. Een mogelijk vervolg

Ik begrijp dat uw departement graag aan de eisen van de EU en FATF wil voldoen en op tijd de EU richtlijn wil implementeren. Het geeft echter geen pas om de ongelukkige manier van implementatie van dit wetsvoorstel op de markt af te wentelen door het in volle vaart door te zetten.

Ik raad u aan om een bezinningspauze in te lassen waarin u, met hernieuwde aandacht en wellicht ook een hernieuwd advies van de Raad van State, vormgeeft aan de uiteindelijke wet. Wat nu voorligt is een ongelukkig en potentieel niet-legitiem halffabriekaat dat noch voor uw departement, noch voor de beoogde toezichthouder, noch voor de marktpartijen werkbaar is.

Mijn suggesties zijn dan ook:

- 1- las een expliciet bezinnings- en reflectiemoment met uw wetgevingsjuristen in om na te gaan hoe dit dossier inhoudelijk zo inconsistent heeft kunnen worden,
- 2- schrap, in lijn met uw mededeling aan de Tweede Kamer in de nota naar aanleiding van het verslag, alle verwijzingen naar WFT-regelgeving c.q. WFT-achtige teksten uit de implementatiewet vierde antiwitwas-richtlijn en trek het implementatiebesluit in.
- 3- kies als nieuw startpunt het aanvankelijk met de markt geconsulteerde artikel 23b en de bijbehorende Memorie van toelichting,
- 4- heroverweeg of De Nederlandsche Bank (DNB) de juiste toezichthouder is. Het ligt meer voor de hand dat dit het Bureau Financieel Toezicht (BFT) is. Het is ervaren, volledig operationeel en heeft een bewezen goed track record. BFT kan de toezichtactiviteit dimensioneren in verhouding tot soortgelijke bedrijven ('overige aangewezen niet financiële instellingen'),
- 5- overweeg om, als u de toezichthouder een half jaar tijd gunt om aan de eisen van de wet te voldoen (rond bijvoorbeeld de toetsing bestuurders), ook de marktpartijen diezelfde tijd te geven om alle vereiste stappen te zetten.

Met vriendelijke groet

Simon Lelieveldt