

20. Ubo-wijziging, een ongebruikelijke transactie in de zin van de Wwft

W. BOSSE

In hoger beroep werd aan het College van Beroep voor het bedrijfsleven verzocht om te beoordelen of wijziging van de ubo van een cliënt een ongebruikelijke transactie kan zijn als bedoeld in artikel 16 lid 1 Wwft.

1. Inleiding

Indien sprake is van een ongebruikelijke transactie dienen instellingen als bedoeld in artikel 1 lid 1 onderdeel a van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), zoals trustkantoren, notarissen en advocaten bij het door hen verlenen van advies of bijstand bij de in artikel 1 lid 1 onderdeel a onder 12° genoemde transacties, deze ongebruikelijke transactie (op grond van artikel 16 lid 1 Wwft) onverwijld en in ieder geval binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie aan de instelling bekend is geworden, te melden aan de Fiscale inlichtingen eenheid (ook wel genoemd: Financial Intelligence Unit – Nederland, hierna: FIU), genoemd in artikel 12 lid 1 Wwft. Overtreding van deze verplichting valt onder categorie 2 van de bestuurlijke boetes, waarvoor een basisbedrag geldt van € 500.000 en een maximumbedrag van € 1.000.000 (artikel 28 lid 3 Wwft en Besluit bestuurlijke boetes financiële sector van 11 juni 2009, *Stb.* 2009, 329).

Voor het bepalen wat een ongebruikelijke transactie is, gelden de indicatoren die op grond van artikel 15 lid 1 Wwft zijn vastgesteld bij het Uitvoeringsbesluit Wwft van 15 juli 2008, *Stb.* 2008, 305. In de bijlage van laatstgenoemd besluit, de indicatorenlijst, wordt als subjectieve indicator genoemd, transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.

Zoals in onderstaande uitspraak zal blijken kan van een ongebruikelijke transactie ook sprake zijn indien de uiteindelijk belanghebbende ('ultimate beneficial owner', hierna: ubo, gedefinieerd in artikel 1 lid 1 onderdeel f Wwft) van een cliënt, waaraan door de instelling diensten worden verleend, onder 'verdachte' omstandigheden wijzigt.

Het Bureau Financieel Toezicht (BFT) houdt toezicht op de naleving door notarissen van de bij en krachtens de Wwft gestelde regels (artikel 24 lid 5 Wwft). Voor advocaten is de toezichthouder de (lokale) deken (artikel 24 lid 6 Wwft).

Trustkantoren vallen wat betreft het naleven van de regels van de Wwft onder het toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB) (Besluit aanwijzing toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme van 18 juli 2008, FM08-1794, *Stcrt.* nr. 142). Tegen een besluit van DNB inzake een overtreding van de Wwft-regels door een onder haar toezicht staande instelling, kan de instelling beroep instellen bij de bestuursrechter van de rechtbank. Daartegen kan hoger beroep ingesteld worden bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

2. De feiten

Sinds 15 maart 2013 verleent een trustkantoor diensten aan een Nederlandse B.V. De Nederlandse B.V. is eigenaar van onroerend goed in Oekraïne ter waarde van ruim USD 10.000.000. De Nederlandse B.V. heeft certificaten uitgegeven die alle in handen zijn van een rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen. De aandelen in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen worden gehouden door een 'nominee shareholder'. De economische eigendom van de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen berustte tot 15 juli 2013 bij A, een persoon met de Oekraïense nationaliteit. Deze persoon is door het trustkantoor bij aanvang van zijn dienstverlening voor de Nederlandse B.V. aangemerkt als de ubo.

De Nederlandse B.V. heeft het trustkantoor op 13 december 2013 per e-mail geïnformeerd dat A met ingang van 15 juli 2013 zijn aandelen in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen om niet heeft overgedragen aan B, een persoon met de Oekraïense nationaliteit. Het trustkantoor heeft naar aanleiding van dit bericht nadere vragen gesteld aan de Nederlandse B.V. Op 23 en 25 december 2013 heeft het trustkantoor via een e-mail nadere informatie over de aandelentransactie verkregen. Op 25 december 2013 heeft het trustkantoor B aangemerkt als ubo van de Nederlandse B.V. Op 10 februari 2014 heeft het trustkantoor in Oekraïne een bespreking gehad met

A over de reden van de overdracht van de aandelen in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen.

Op 25 april 2014 heeft het trustkantoor bij de FIU melding gemaakt van diverse transacties van A. Daarbij heeft het trustkantoor ook de overgang van het belang in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen van A aan B gemeld.

Bij besluit van 20 februari 2015 (het primaire besluit) heeft De Nederlandsche Bank (DNB) het trustkantoor een bestuurlijke boete opgelegd van € 40.000 wegens overtreding van artikel 16 lid 1 Wwft.

DNB beschouwt namelijk de overdracht om niet van de aandelen in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen door A aan B als een ongebruikelijke transactie in de zin van artikel 16 lid 1 Wwft. Op 25 december 2013 beschikte het trustkantoor over voldoende informatie om te veronderstellen dat de transactie verband zou kunnen houden met witwassen of de financiering van terrorisme en zodoende had zij deze uiterlijk veertien dagen na 25 december 2013 moeten melden. Door dit niet te doen, heeft het trustkantoor artikel 16 lid 1 Wwft overtreden.

De bestuursrechter van de rechtbank heeft het beroep van het trustkantoor in eerste instantie ongegrond verklaard. De relevante overwegingen van de rechtbank zullen hierna bij de beoordeling door het College van gronden voor hoger beroep worden weergegeven.

3. Oordeel College van Beroep voor het bedrijfsleven ('College')

Transactie in de zin van de Wwft

Allereerst komt de vraag aan de orde of er sprake is van een transactie in de zin van de Wwft. Het trustkantoor stelde dat de wijziging van de ubo bij de onderhavige vennootschappelijke structuur niet tot de conclusie kan leiden dat de transactie tussen de oude en nieuwe certificaathouder *ten behoeve van* (cursivering WB) de Nederlandse B.V. geschiedde. Dit verweer houdt verband met de definitie in artikel 1 onderdeel m Wwft van het begrip 'transactie': 'handeling of samenstel van handelingen van of *ten behoeve van een cliënt* (curs. WB) waarvan de instelling ten behoeve van haar dienstverlening aan die cliënt heeft kennisgenomen;'

Hierin gaat het College niet mee. De constructie waarvan de Nederlandse B.V. onderdeel uitmaakt is specifiek opgezet om – zo heeft het trustkantoor gesteld – de vastgoedportefeuille van A af te schermen tegen de mogelijke invordering van de Oekraïense overheid. De Nederlandse B.V. speelt daarin een sleutelrol en het trustkantoor is daarbij nauw betrokken. Mede door zijn positie en gelet op de intakesheet d.d. 18 februari 2013 en de management agreement van 4 maart 2013, die beide door A zijn ondertekend, kan de Nederlandse B.V. nagenoeg met A vereenzelvigd worden. De wisseling van de ubo wijzigt de positie van de Nederlandse B.V. dan ook werkelijk, omdat zij de vastgoedportefeuille vanaf dat moment niet meer voor A, maar voor

B is gaan houden. In zoverre staat voor het College vast dat de Nederlandse B.V. bij de aandelenoverdracht betrokken is en dus dat sprake is van een handeling ten behoeve van de Nederlandse B.V.

Voorts stelt het trustkantoor dat het onderkent dat van groot belang is dat er zicht blijft op handelingen die mogelijk leiden tot witwassen of het financieren van terrorisme, en benadrukt het dat het om die reden een cliëntenonderzoek heeft uitgevoerd, dat is herhaald toen de mutatie zich voor het trustkantoor openbaarde. Indien uit dergelijk onderzoek indicaties van witwassen of financieren van terrorisme voortkomen, dan geldt dienaangaande de meldplicht van artikel 16 lid 4 Wwft. Het trustkantoor bestrijdt dat in die situatie geconcludeerd kan worden dat artikel 16 lid 1 Wwft is overtreden en meent dat de rechtbank ten onrechte een koppeling legt tussen het cliëntenonderzoek en de meldplicht van artikel 16 lid 1 Wwft. De rechtbank hanteert volgens het trustkantoor een onjuiste uitleg van het begrip 'transactie' omdat deze botst met de opzet van de Wwft en de daarin vastgelegde normen ten aanzien van het cliëntenonderzoek enerzijds en de monitoring van transacties anderzijds. Het transactiebegrip in de Wwft was en is begrensd door de koppeling met (handelen door of ten behoeve van) de cliënt (en niet: de ubo). Voorts meent het trustkantoor dat de uitleg van de rechtbank niet zodanig kenbaar was op basis van de Wwft, de wetsgeschiedenis en de door DNB gepubliceerde interpretaties, dat deze als grondslag kan dienen voor het opleggen van een punitieve maatregel.

Op dit mijns inziens in eerste instantie begrijpelijk en redelijk voorkomend standpunt van het trustkantoor wordt door het College niet echt ingegaan. Het College reageert namelijk hierop met te stellen dat het College het trustkantoor niet in zijn betoog volgt dat deze uitleg van artikel 1 aanhef en onderdeel m Wwft voor het trustkantoor niet kenbaar kon zijn. Mede gelet op artikel 22 lid 1 onderdeel a van de Derde Anti-witwasrichtlijn en in aanmerking genomen hetgeen over het transactiebegrip in de memorie van toelichting bij de Wijziging van de Wwft en de Wwft BES in verband met de implementatie van aanbevelingen van de Financial Action Task Force (*Kamerstukken II 2011/12, 33238, nr. 3*) is opgenomen, is het College van oordeel dat – voor een professionele verlener van financiële diensten als het trustkantoor – voldoende duidelijk, bepaald en kenbaar was dat het (verruimde) transactiebegrip als gedefinieerd in artikel 1 aanhef en onderdeel m Wwft iedere transactie omvat waarbij een cliënt is betrokken en waarvan het trustkantoor kennis heeft genomen ten behoeve van zijn dienstverlening aan die cliënt. Het College ziet geen aanleiding voor het oordeel dat deze uitleg van het transactiebegrip op enige wijze in strijd zou kunnen zijn met Unierecht, in het bijzonder artikel 22 lid 1 onderdeel a van de Derde Anti-witwasrichtlijn. Omdat het College niet inziet dat over deze uitleg redelijkerwijs twijfel kan bestaan, bestaat geen aanleiding voor het stellen van prejudiciële vragen.

Maar dit is niet hetgeen het trustkantoor stelt, zoals ik dat begrijp. Ik begrijp de stelling van het trustkantoor aldus, dat de transactie in december 2013 heeft moeten leiden tot een nader cliëntenonderzoek en niet meteen tot een meldingsplicht. Pas na een nader cliëntenonderzoek, dat het trustkantoor in de maanden daarna heeft uitgevoerd, kon vastgesteld worden dat er sprake was van een ongebruikelijke transactie en pas toen dat bleek, heeft het trustkantoor de melding kunnen doen en heeft dat ook gedaan. Voor het doen van een nader cliëntenonderzoek door het trustkantoor was in het onderhavige geval echter geen ruimte. Dat blijkt uit de hierna volgende overwegingen.

Ongebruikelijke transactie

De rechtbank heeft overwogen dat bij de aandelenoverdracht van A aan B een portefeuille met een aanzienlijke waarde om niet is overgedragen. Zeker nu de Nederlandse B.V. een cliënt was met een hoog risico en deze transactie niet overeenkwam met de doelstellingen van de Nederlandse B.V., rechtvaardigt dit de veronderstelling dat deze transactie verband kan houden met het witwassen van gelden of het financieren van terrorisme. Daaraan doen de opgegeven redenen en de stelling dat dergelijke transacties vaker voorkomen in het land van herkomst niet af. Dat niet vaststond dat de transactie verband hield met witwassen of het financieren van terrorisme en dat het trustkantoor het aangewezen achtte nader onderzoek te doen, maakt dit naar het oordeel van de rechtbank niet anders. De verplichting tot het doen van een melding als bedoeld in artikel 16 lid 1 Wwft bestaat immers niet slechts wanneer er concrete aanwijzingen bestaan dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme. Artikel 16 Wwft heeft een veel ruimere strekking; iedere ongebruikelijke transactie behoort te worden gemeld, aldus de rechtbank die in dat kader ook verwijst naar de uitspraken van het College van 5 november 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:363) en 16 september 2016 (ECLI:NL:CBB:2016:305).

Volgens het trustkantoor geeft de omstandigheid dat de waardeoverdracht substantieel was nog geen vermoeden van witwassen.

DNB betoogt dat ingevolge artikel 15 lid 1 Wwft bij algemene maatregel van bestuur indicatoren worden vastgesteld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een 'transactie' dient te worden aangemerkt als een 'ongebruikelijke transactie'. Krachtens de bijlage bij artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit Wwft (Uitvoeringsbesluit) is de volgende subjectieve indicator vastgesteld:

'Transacties waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme.'

Uit de toelichting bij artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit blijkt voorts het volgende:

'De subjectieve indicator verplicht een instelling om een transactie te melden indien er aanleiding is om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme. De instelling zal zich

derhalve moeten buigen over de vraag of een bepaalde transactie wellicht melding behoeft omdat er mogelijk sprake is van witwassen of financieren van terrorisme. Daarmee wordt de verantwoordelijkheid van de instellingen voor hun meldgedrag benadrukt.'

Volgens DNB is het reeds voldoende voor activering van de subjectieve indicator dat er aanleiding is om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of terrorismefinanciering. Juist bij transacties met een van tevoren kenbaar (groot) verlies, waarbij activa worden overgedragen tegen een prijs die beduidend afwijkt van de marktprijs, bestaat een aanmerkelijk risico dat deze transactie verband houdt met witwassen of financieren van terrorisme.

Het College overweegt dat de transactie een beperkt gedocumenteerde overdracht om niet betreft van een vastgoedportefeuille met een waarde van ongeveer USD 10.000.000 tussen twee personen met de Oekraïense nationaliteit. De waarde van de overgedragen vastgoedportefeuille staat bovendien in opvallende verhouding tot het bij het trustkantoor bekende verdere vermogen van A. Gelet op die omstandigheden, is het College met de rechtbank en DNB van oordeel dat er voor het trustkantoor aanleiding bestond om te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of terrorismefinanciering. Dat is van de zijde van het trustkantoor overigens onderkend, zoals blijkt uit het feit dat een van de feitelijk bestuurders van het trustkantoor de transactie als 'highly unusual' heeft benoemd. Om die reden had het trustkantoor de overdracht (van de economische eigendom) van de aandelen in de rechtspersoon naar het recht van de Republiek der Seychellen van A aan B als een ongebruikelijke transactie dienen aan te merken en was het gehouden die transactie ingevolge artikel 16 lid 1 Wwft onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie hem bekend was geworden, aan de FIU te melden. Nu in dit hoger beroep niet (meer) in geschil is dat het trustkantoor die melding niet tijdig, want in ieder geval niet binnen veertien dagen nadat zij met het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend was geworden, heeft gedaan, staat voor het College vast dat het trustkantoor artikel 16 lid 1 Wwft heeft overtreden.

Evenredigheid van de hoogte van de boete

De vierde grond voor hoger beroep is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat DNB terecht geen aanleiding heeft gezien de boete te verlagen wegens verminderde ernst of verwijtbaarheid en dat de rechtbank ook overigens geen aanleiding ziet voor een verdere matiging. Volgens het trustkantoor is sprake van verminderde verwijtbaarheid omdat het voor hem niet kenbaar was dat het trustkantoor het transactiebegrip moest uitleggen zoals de rechtbank dat heeft gedaan. Verder kent de rechtbank geen waarde toe aan de inspanningen van het trustkantoor met betrekking tot het cliëntenonderzoek. Het opleggen van een substantiele boete, terwijl het trustkantoor zich serieus inspande om

de noodzakelijke informatie te verwerven en daadwerkelijk tot een beoordeling kwam, is niet proportioneel. Het trustkantoor benadrukt dat het in het verleden (andere) meldingen heeft gedaan op basis van de Wwft en derhalve een bewezen 'track record' heeft.

DNB zet uiteen dat een overtreding van artikel 16 lid 1 Wwft beboetbaar is met een boete uit categorie 2. Hiervoor geldt een basisbedrag van € 500.000. Hieruit volgt dat de wetgever een overtreding van artikel 16 lid 1 Wwft als ernstig aanmerkt. De ernst van de overtreding, de risico's die daarmee gepaard gaan in het licht van het belang van de Wwft en de verwijtbaarheid van het trustkantoor rechtvaardigen volgens DNB niet een matiging van de boete. Op grond van het algemene evenredigheidsbeginsel, waarbij tevens het 'track record' van het trustkantoor is meegenomen, is DNB tot een boetebedrag van € 40.000 gekomen. Ten opzichte van het basisbedrag van € 500.000 heeft DNB de boete dus al sterk gematigd, hetgeen de rechtbank terecht heeft onderschreven, aldus DNB.

Het College acht, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, waaronder het bewezen 'track record' van het trustkantoor, in dit geval een boete van € 40.000 passend en geboden.

4. Slot

Voor het beoordelen of sprake is van een ongebruikelijke transactie is het niet voldoende dat alleen gekeken wordt naar transacties die door de cliënt zelf wordt verricht. Artikel 1 aanhef en onderdeel m Wwft omvat iedere transactie waarbij een cliënt is betrokken en waarvan de instelling heeft kennis genomen ten behoeve van zijn dienstverlening aan die cliënt. Dat kan dus ook de wijziging van de ubo van cliënt zijn, indien deze onder 'verdachte' omstandigheden geschiedt.

Indien de instelling kennis heeft van een ongebruikelijke transactie moet dit direct, indien binnen veertien dagen daarna, gemeld worden, op straffe van onder andere een bestuurlijke boete. Er is dan geen tijd en ruimte voor een nader cliëntenonderzoek.

College van Beroep voor het bedrijfsleven 17 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:6

Over de auteur

W. Bosse