

Rubriek onder verantwoordelijkheid van de Stichting
www.notarielestichting.nl

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



Specifieke leidraad BFT 24 oktober 2018 vult scherper cliëntenonderzoek nader in

1. Inleiding

Maart vorig jaar schreef ik in deze rubriek over, toen nog, het voorstel van Wet tot aanpassing van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) aan de vierde anti-witwasrichtlijn.^{1,2} Daarin is melding gemaakt van een aantal extra verplichtingen met betrekking tot het cliëntenonderzoek die nog nader ingevuld moesten worden. Dat is nu gedaan door het Bureau Financieel Toezicht (hierna: “BFT”) in zijn ‘Specifieke leidraad naleving Wwft voor notarissen, kandidaat notarissen en toegevoegd notarissen en alle overige instellingen genoemd in artikel 1a lid 4 letter d Wwft’ van 24 oktober 2018 (hierna: “Specifieke leidraad”).³ Ook is in de Specifieke leidraad het begrip UBO⁴ nader gespecificeerd. Hierop en op de derde-hoogrisicolanden als objectieve indicator, zal hierna nader worden ingegaan.

2. Definities van UBO

Iemand kan als UBO kwalificeren indien deze de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over de vennootschap via een direct of indirect belang van meer dan 25% van de aandelen, de stemrechten of het eigendomsbelang heeft in de vennootschap.^{5,6} In artikel 3 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (hierna: “Uitvoeringsbesluit”) wordt voor de diverse rechtsvormen een nadere uitwerking gegeven van de definitie van UBO.⁷ De Specifieke leidraad geeft door middel

van voorbeelden een nadere handreiking hoe om te gaan met het vaststellen van de UBO bij de verschillende rechtsvormen. In de paragrafen 4.1 tot en met 4.5 worden voorbeelden gegeven wie als UBO(’s) moet(en) wordt aangemerkt, bijvoorbeeld in het geval van een familiebedrijf, een middellijk aandeelhouderschap, een STAK, een ‘nominee shareholder’ en een Stichting Particulier Fonds.

In gevallen waarbij de stichting een ideële of sociale strekking heeft, zal volgens het BFT veelal geen UBO direct kunnen worden aangewezen en zal de terugvaloptie van toepassing zijn. Dit betekent dat de voorzitter van het stichtingsbestuur (als hoger leidinggevend personeel) als

1. W. Bosse, ‘Naar een scherper cliëntenonderzoek door aanpassing Wwft aan vierde anti-witwasrichtlijn (I)’, *WPNR* 2018/7184, p. 219-220, en, idem (II, slot), *WPNR* 2018/7185, p. 235-235.
2. Thans Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, *Stb.* 2018, 238, i.w.t. 15 juli 2018, *Stb.* 2018, 240.
3. Zie over de Specifieke leidraad ook J. van der Weele, ‘Specifieke leidraad Wwft voor het notariaat’, *JBN* 2019/1, p. 11-14.
4. UBO staat voor ‘ultimate beneficial owner’, dat uiteindelijk belanghebbende betekent.
5. Zie ook B. Snijder-Kuipers, ‘De nieuwe UBO-definitie per 1 juni 2018’, *Ondernemingsrecht* 2018/59.
6. De vierde anti-witwasrichtlijn verplicht lidstaten ook tot het bijhouden en centraal registreren van (toereikende, accurate en actuele) informatie over de UBO van vennootschappen en andere juridische entiteiten: het UBO-register (Artikel 30 Richtlijn 2018/843/EU). In Nederland strekt het recente wetsvoorstel ‘Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten’ tot implementatie van deze verplichting (*Kamerstukken II* 2018/19, 35 179, 2). Inhoudelijke bespreking van het wetsvoorstel laat ik hier achterwege.
7. *Stb.* 2018, 241.

UBO moet worden aangemerkt.⁸ Echter moeten volgens het Uitvoeringsbesluit, indien het bestuur van de stichting uit meer leden bestaat, alle bestuursleden van de stichting als ‘pseudo UBO’ worden geïdentificeerd (zie het gecursiveerde gedeelte van de tekst in noot 9).

In noot 20 van de Specifieke leidraad wordt geschreven dat van (klein-) dochtermaatschappijen van beursgenoteerde ondernemingen ‘pseudo UBO’s’ moeten worden aangewezen, omdat in die gevallen er vaak geen echte UBO is.⁹ Gezien de tekst van artikel 3 lid 1 letter a. van het Uitvoeringsbesluit is dit mijns inziens niet juist, omdat daarin beursgenoteerde vennootschappen met inbegrip van een 100 % dochtermaatschappij van een dergelijke vennootschap, worden uitgezonderd van de verplichting om daarvan een UBO te identificeren, en daarmee dus ook, lijkt mij, de ‘pseudo UBO(’s)’.¹⁰ Daarentegen laat volgens de minister de vierde anti-witwasrechtlijn geen ruimte voor deze interpretatie in het geval van een beursgenoteerde onderneming en evenmin in het geval van een algemeen nut beogende instelling (ANBI).¹¹ Of mogen we aannemen dat dit standpunt met betrekking tot beursgenoteerde ondernemingen is ‘overruled’ door de latere tekst van het Uitvoeringsbesluit? Wat opvalt is dat het BFT in genoemde noot ook kleindochtermaatschappijen van beursgenoteerde ondernemingen noemt. Deze vallen volgens de tekst van het Uitvoeringsbesluit niet onder de vrijstelling. Snijder-Kuipers vindt dit wel verdedigbaar.¹² Het BFT sluit zich daarbij blijkbaar aan.

3. Risicostaten als objectieve en subjectieve indicator

Op grond van artikel 16 lid 1 Wwft moet een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld melden aan de Financiële inlichtingen eenheid (“FIU”) nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Bij algemene maatregel van bestuur moeten indicatoren worden vastgesteld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een transactie wordt aangemerkt als een ongebruikelijke transactie (artikel 15 Wwft). Deze indicatoren zijn vastgesteld in de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit. In die bijlage wordt voor de (toegevoegd) (kandidaat-) notaris als één van de objectieve indicatoren genoemd “een transactie van of ten behoeve van een (rechts)persoon die woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft in een staat die op grond van artikel 9 van de vierde anti-witwasrichtlijn in gedelegeerde handelingen van de Europese Commissie is aangewezen als een staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme” (hierna “derde-hoogrisicoland(en)”).¹³ In de Specifieke leidraad (p. 6) wordt nog eens benadrukt dat

alle transacties die voldoen aan de objectieve indicatoren gemeld dienen te worden, zonder dat ruimte is voor nadere beoordeling door de instelling.

De Europese Commissie heeft op 13 februari 2019 een nieuwe lijst met 23 derde hoogrisicolanden vastgesteld. Hierop is veel kritiek geuit.¹⁴ Onder tussen heeft tot 25 maart 2019 het ontwerp van het Wijzigingsbesluit financiële markten 2019 ter consultatie gelegen.¹⁵ Daarin wordt voorgesteld om in de bijlage bij het Uitvoeringsbesluit de derde-hoogrisicolanden als objectieve indicator te verwijderen. Blijkens de Nota van Toelichting bij dit ontwerp besluit heeft deze objectieve indicator geleid tot een enorme toename (van wel 96%) aan meldingen bij FIU-Nederland (p. 18). Deze toename heeft het ongewenste effect dat het onmogelijk is om al deze meldingen te onderzoeken. Hierdoor worden de werkzaamheden van FIU-Nederland minder effectief, aangezien dergelijke hoeveelheden meldingen ten koste gaan van de capaciteit om andere meldingen te onderzoeken. Daarom wordt deze objectieve indicator uit de bijlage Indicatorenlijst geschrapt. Het BFT en de Belastingdienst/Bureau Toezicht Wwft kondigden bij wijze van uitzondering inmiddels aan een coulant handhavingsbeleid te zullen hanteren ten aanzien van de objectieve landenindicator tot de wijziging van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is gerealiseerd.¹⁶

8. p. 13 Specifieke leidraad. Zie over wie ‘pseudo-UBO’s’ zijn, de hierna volgende voetnoot.
9. (Een) P(p)seudo UBO(’s) is (zijn) het lid of de leden van het hoger leidinggevend personeel welke als UBO wordt (worden) aangemerkt indien alle mogelijke maatregelen door een instelling zijn ingezet om op eerder genoemde gronden de UBO’s van een cliënt vast te stellen gerekend (artikel 3 lid 1 juncto lid 7 Uitvoeringsbesluit). Dat is bijvoorbeeld de statutair bestuurder of - *indien sprake is van een meerkoppig bestuur - de statutair bestuurders* (cursivering WB) van een vennootschap (Nota van Toelichting bij Uitvoeringsbesluit p. 29).
10. Zie ook p. 30 van het Uitvoeringsbesluit.
11. *Kamerstukken II* 2017/2018, 34 808, nr. 3, p. 23.
12. B. Snijder-Kuipers, t.a.p. (noot 5), p. 354.
13. Raadpleeg https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/criminal-justice/anti-money-laundering-and-counter-terrorist-financing/eu-policy-high-risk-third-countries_en#eulistofhighriskthirdcountriesstatu sfebruary2019&_ga=2.239105603.1539086926.1551543698-381004972.1518605100..
14. ‘Groeïend verzet tegen Europese zwarte lijst van witwaslanden’, *Het Financieele Dagblad* 25 februari 2019. De kritieken zijn dat Saoedi-Arabië wel en dat Rusland niet op de lijst staat. Zie ook ‘EU-landen keren zich massaal tegen Europese witwaslijst’, *Het Financieele Dagblad* 2 maart 2019.
15. Voluit: Besluit van ... tot wijziging van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft, het Besluit toezichtaccountantsorganisaties, het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, alsmede enige andere besluiten op het terrein van de financiële markten (Wijzigingsbesluit financiële markten 2019). <https://www.internetconsultatie.nl/b19>.
16. <https://www.bureaufit.nl/2019/03/21/coulant-handhavingsbeleid-wwft-met-betrekking-tot-objectieve-indicator-wwft-derde-hoog-risico-landen/>.

Indien de transacties van of ten behoeve van een (rechts)persoon die gevestigd of woonachtig is in een derde-hoogrisicoland tevens kwalificeren als ongebruikelijk op basis van de subjectieve indicator dan geldt het coulant handhavingsbeleid overigens niet.

Deze landen zullen dan vermoedelijk komen te staan op de lijst met voorbeelden van risicofactoren in paragraaf 4.7 van de Specifieke leidraad, bedoeld om voorafgaand aan het aangaan van een zakelijke relatie of het verrichten van een incidentele transactie, vast te stellen of een verscherpt cliëntenonderzoek noodzakelijk is. Deze lijst bevat type cliënten, type transacties of landen met een mogelijk hoger risico.

Het BFT geeft aan dat dit slechts voorbeelden zijn die niet limitatief zijn bedoeld; indien een land, type cliënt of type dienstverlening in die lijst genoemd wordt, betekent dit niet dat er automatisch sprake is van een verhoogd risico op witwassen of financieren van terrorisme en een verscherpt cliëntenonderzoek moet worden uitgevoerd. Afhankelijk van de concrete feiten en omstandigheden en het professionele oordeel van de instelling zal beoordeeld moeten worden of sprake is van een verhoogd risico. In veel gevallen zal (pas) sprake zijn van een verhoogd risico, indien zich een combinatie voordoet van aandachtspunten in een bepaald land en/of bepaald type cliënt en/of bepaald type dienstverlening.

Onder het kopje ‘Geografische risicofactoren’ van de genoemde paragraaf van de Specifieke leidraad verwijst het BFT naar de lijst van de FATF met landen waarbij het risico van misbruik in het kader van witwassen en financieren van terrorisme hoog is (‘high risk jurisdicties’).¹⁷ Voor landen die hierop voorkomen en die niet op de voornoemde lijst van Europese Commissie staan, geldt een subjectieve indicator. Bovendien worden onder dit kopje door het BFT de volgende landen of staten genoemd met een hoger witwasrisico die tijdens onderzoeken naar vastgoedfraude naar voren zijn gekomen: Andorra, Curaçao, Delaware, Panama, Zwitserland, Kaaimaneilanden, Guernsey, Jersey, Britse Maagdeneilanden, Anguilla, Liechtenstein, Luxemburg en Hong Kong. Ook is uit onderzoeken van het BFT naar voren gekomen dat Malta, Cyprus en de Verenigde Arabische Emiraten als landen met een verhoogd risico kunnen worden aangemerkt.

Ten aanzien van geografische risico’s kan volgens het BFT verder worden gedacht aan landen waarvoor sancties, embargo’s of soortgelijke maatregelen gelden die bijvoorbeeld door

de Europese Unie of de Verenigde Naties zijn uitgevaardigd. Daarvoor dienen de Nederlandse¹⁸, Europese¹⁹ of VN-sanctielijsten te worden geraadpleegd.

Ook niet-financiële ondernemingen zoals accountants, belastingadviseurs en administratiekantoren (en notarissen (toev. WB)), dienen aan de Sanctiewet te voldoen (paragraaf 6 van de Specifieke leidraad). Van instellingen wordt door het BFT verwacht dat zij in het kader van het door hen te verrichten cliëntenonderzoek de genoemde sanctielijsten raadplegen. Als op grond van de Sanctiewet het verboden is een transactie uit te voeren, dan dient een (voorgenomen) ongebruikelijke transactie te worden gemeld.

4. Compliancefunctie en auditfunctie

Rechtspersonen of vennootschappen die als Wwft-instelling kwalificeren, dienen op grond van lid 1 van artikel 2d Wwft één van de personen die het dagelijks beleid voeren, aan te wijzen die is belast met de verantwoordelijkheid voor de naleving door de Wwft-instelling van het bij of krachtens deze wet bepaalde.²⁰

Op grond van het tweede lid van artikel 2d Wwft worden Wwft-instellingen voorts verplicht om, voor zover dit passend is ten opzichte van de aard en de omvang van de instelling, te voorzien in de invulling van een compliancefunctie. De compliancefunctie dient op onafhankelijke en effectieve wijze te worden uitgevoerd. In beginsel betekent dit dat de personen die betrokken zijn bij de uitoefening van de compliancefunctie, niet tevens betrokken zijn bij de activiteiten waarop zij toezicht houden.²¹ Daarnaast kan het volgens de wetgever voor een Wwft-instelling van beperkte omvang onevenredig en daarmee niet passend zijn om een afzonderlijke compliancefunctie in te richten. De omvang van de instelling, alsmede het type instelling, speelt derhalve een belangrijke rol bij de naleving van deze verplichting.²²

Rechtspersonen en vennootschappen die als Wwft-instelling kwalificeren moeten, indien dit passend is ten opzichte van de aard en omvang van hun onderneming, bovendien voorzien in een onafhankelijke auditfunctie (lid vier van het

17. <http://www.fatf-gafi.org/countries/#high-risk>. Op deze lijst staan Cambodja en Servië die op de lijst van de Europese commissie (noot 11) ontbreken.

18. <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2015/08/27/nationale-terrorisielijst>.

19. https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage_en/8442/Consolidated%20list%20of%20sanctions.

20. *Kamerstukken II* 2017–18, 34808, 3, p. 44. Welke personen daarmee worden bedoeld is mij niet duidelijk.

21. Zie mijn opmerking in de vorige noot.

22. *Kamerstukken II* 2017–18, 34808, 3, p. 44.

voorgestelde artikel 2d Wwft). De auditfunctie dient de naleving van het bij of krachtens de Wwft bepaalde door de Wwft-instelling, alsmede de uitoefening van de compliancefunctie, op onafhankelijke wijze te controleren.

In de Specifieke leidraad (p. 24) worden criteria genoemd voor de omvang van de instelling, alsmede het type instelling, waardoor deze verplicht wordt om een compliance- en aan auditfunctie in te richten. In ieder geval moet volgens het BFT een compliancefunctie en auditfunctie ingesteld worden bij ondernemingen die op grond van de WOR verplicht zijn een Ondernemingsraad te hebben (doorgaans met een totaal personeelsbestand van 50 werknemers of meer op jaarbasis). Ik denk dat hieraan wel een nuancering moet worden aangebracht voor een kantoor dat wel een dergelijke omvang heeft maar waarvan een omzetmatig gezien relatief kleine sectie Wwft-plichtige transacties verricht. In bijzondere omstandigheden kan bij ondernemingen met minder dan 50 werknemers een auditfunctie of compliancefunctie verplicht zijn gezien de 'aard' van de onderneming. Indien uit het eigen risicobeleid van een instelling blijkt dat deze voor meer dan 75% cliënten of trans-

acties heeft met een hoog risicoprofiel waarvoor artikel 8 Wwft geldt, is de instelling verplicht een compliancefunctie en auditfunctie in te richten. Als voorbeeld geeft het BFT een klein notaris-kantoor dat zich grotendeels bezig houdt met oprichten van vennootschappen of overdracht van aandelen voor cliënten ten behoeve van trustkantoren. Dit zal in de praktijk niet vaak voorkomen, zo verwacht het BFT.

Zeker in de randstad zijn er zogenaamde 'niche' kantoren op het gebied van het ondernemingsrecht. Mogelijk is dat deze voor meer dan 75% cliënten of transacties hebben met een hoog risicoprofiel. Hoe moet dat worden gemeten? En indien blijkt dat aan dit criterium wordt voldaan, mag ik toch wel aannemen dat een dergelijk kantoor, indien dat bijvoorbeeld bestaat uit drie partners en minder dan 50 werknemers, vanwege zijn omvang niet een afzonderlijke compliancefunctie en een onafhankelijke auditfunctie hoeft in te richten.

Mr. W. Bosse*

* Notaris te Amsterdam
(wessel@bvwn.nl)