ECLI:NL:RBROT:2017:1047

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	10-02-2017
Datum publicatie	14-04-2017
Zaaknummer	ROT_15-7794, ROT_16-2873
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Aanwijzing en boete wegens overtreding artikel 16, eerste lid, Wwft. Geen aanleiding om te veronderstellen dat de transactie verband houdt met witwassen of financiering terrorisme. Complexe zeggenschaps- en eigendomsstructuur is niet voldoende. Dus geen ongebruikelijke transactie. Geen bevoegdheid BFT om boete op te leggen aan eenmanszaak of accountant voor 1 januari 2015.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RF 2017/73 JONDR 2017/1050

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 2

zaaknummers: ROT 15/7794 en ROT 16/2873

uitspraak van de meervoudige kamer van 10 februari 2017 in de zaken tussen

[eiser]

gemachtigden: mr. R. van der Hoeven en mr. A. Daalderop,

en

Bureau Financieel Toezicht, verweerder (BFT),

gemachtigde: mr.drs. A.J. Rusting.

Procesverloop

Bij besluit van 1 mei 2015 (primair besluit 1) heeft het BFT aan [eiser] een aanwijzing gegeven op grond van artikel 32 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft).

Bij besluit van 2 november 2015 (bestreden besluit 1) heeft het BFT het bezwaar van [eiser] tegen primair besluit 1 ongegrond verklaard.

[eiser] heeft tegen bestreden besluit beroep 1 ingesteld (ROT 15/7794).

Bij besluit van 21 oktober 2015 (primair besluit 2) heeft het BFT aan [bedrijf 1] bestuurlijke boetes opgelegd van 7.500,- wegens overtreding van artikel 3 en/of 8, gelezen in samenhang met artikel 33 van de Wwft, en van 3.500,- wegens overtreding van artikel 16 van de Wwft.

Bij besluit van 14 maart 2016 (bestreden besluit 2) heeft het BFT het bezwaar van [eiser] en [eiser] tegen primair besluit 2 ongegrond verklaard.

[eiser] en [eiser] hebben tegen bestreden besluit 2 beroep ingesteld (ROT 16/2873).

Het BFT heeft een verweerschrift ingediend.

[eiser] heeft nadere stukken ingediend.

Het onderzoek ter zitting in beide zaken heeft plaatsgevonden op 13 december 2016.

[eiser] is verschenen, bijgestaan door zijn gemachtigde Van der Hoeven. Het BFT heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigde en drs. M.J.V. Freijssen RA.

Overwegingen

1.1 Het BFT heeft in 2014 een onderzoek ingesteld naar de naleving van de Wwft door [eiser] . Het onderzoek behelsde onder meer een onderzoek ter plaatse van het kantoor van [eiser] op 27 februari 2014, waar het BFT acht cliëntdossiers inhoudelijk heeft gecontroleerd, waaronder een dossier van [bedrijf 2] .

1.2 De resultaten van het onderzoek heeft het BFT neergelegd in een rapport van 12 september 2014 (het onderzoeksrapport). Uit dit onderzoek is ten aanzien van [bedrijf 2] het volgende gebleken. [eiser] heeft de uiteindelijk belanghebbende (ubo) van [bedrijf 2] bij het samenstellen van de jaarrekening 2012 op 7 oktober 2013 geïdentificeerd. Daarbij heeft [eiser] zich gebaseerd op een notitie van M.L. Luijckx, werkzaam bij Mazars, van 13 juli 2012 (de notitie van Mazars). De notitie van Mazars is opgesteld ten behoeve van ABN AMRO in het kader van een kredietaanvraag en vermeldt de volgende informatie over de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van [bedrijf 2] :

34% van de aandelen van [bedrijf 2] worden gehouden door [bedrijf 3] . De overige 66% van de aandelen [bedrijf 2] worden gehouden door [bedrijf 4] Laatstgenoemde vennootschap is een naar Nederlands recht opgerichte en feitelijk gevestigde vennootschap in Nederland. Alle aandelen in [bedrijf 4] worden gehouden door [bedrijf 5] , welke vennootschap eveneens een naar Nederlands recht opgerichte en feitelijk gevestigde vennootschap in Nederland is. Alle aandelen in [bedrijf 5] worden gehouden door [bedrijf 6] ., welke statutair en feitelijk gevestigd is in Luxemburg. Alle

aandelen van [bedrijf 6] . worden gehouden door [bedrijf 7] , welke statutair en feitelijk gevestigd in de British Virgin Islands. De aandelen van [bedrijf 7] . zijn allen in bezit van [bedrijf 8] , een zogenoemde Stichting Particulier Fonds op Curaçao (), feitelijk en statutair gevestigd op Curaçao.

Om het vermogen in de vennootschapsstructuur te (blijven) beschermen en af te schermen van invloeden van buitenaf, alsmede om de opvolging van de onderneming veilig te stellen, is de onderneming gestructureerd via [bedrijf 8]) als uiteindelijk gerechtigde.

Via een zogenoemde letter of wishes heeft de heer [a] zijn wensen kenbaar gemaakt ten aanzien van het vermogen, waaronder wie de ondernemingsuitvoering en activiteiten zal voortzetten na het overlijden van de heer [a] et cetera. Op deze manier blijft het vermogen beschermd via het fiscaal vriendelijk instrument van de [bedrijf 8] . De oprichting van de buitenlandse tussenholdings heeft plaatsgehad om fiscale redenen, te weten de mogelijkheid om vermogen onbelast op te laten stromen naar de uiteindelijk gerechtigde, de [bedrijf 8] . De heer [a] zelf is de insteller van de [bedrijf 8] , houdt de oprichtingsrechten van de [bedrijf 8] en heeft de letter of wishes opgemaakt.

Vanuit compliance doeleinden wordt ook wel de insteller van een dergelijke structuur als uiteindelijk belanghebbende aangemerkt. Duidelijk dient te zijn dat dit niet correct is, daar de heer [a] geen enkel juridisch of economisch recht heeft op het vermogen van [bedrijf 8] . (...) Echter, voor het aangaan van een bankrelatie en/of het openen van de bankrekening op naam van [bedrijf 2] , kan de heer [a] als insteller van de [bedrijf 8] worden geïdentificeerd.

Het BFT heeft deze constructie aangemerkt als een ongebruikelijke transactie. Het BFT meent dat er sprake is van een niet-transparante bedrijfsstructuur die geschikt is om de identiteit van de ubo te verhullen of oneigenlijk belasting te besparen. Het BFT heeft geconcludeerd dat [eiser] verscherpt cliëntenonderzoek had moeten uitvoeren en deze ongebruikelijke transactie had moeten melden aan de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU).

2.1 Aan bestreden besluit 1 heeft het BFT ten grondslag gelegd dat in de door [bedrijf 2] gebruikte constructie sprake is van indicatoren die wijzen op witwassen en financieren van terrorisme en daarmee op een ongebruikelijke transactie. [eiser] had deze transactie onverwijld moeten melden aan het FIU en heeft de aanwijzing gekregen deze melding alsnog te doen.

2.2 Aan bestreden besluit 2 heeft het BFT ten grondslag gelegd dat [eiser] in zes cliëntdossiers, waaronder dat van [bedrijf 2] , artikel 3 en/of artikel 8, gelezen in samenhang met artikel 33 van de Wwft inzake het (verscherpt) cliëntenonderzoek en in het dossier van [bedrijf 2] artikel 16 van de Wwft inzake het niet tijdig melden van een ongebruikelijk transactie heeft overtreden.

3. [eiser] bestrijdt in beroep alleen de overtredingen in het cliëntdossier van [bedrijf 2] .

Aanwijzing (ROT 15/7794)

4. [eiser] voert aan dat hij de meldplicht van artikel 16, eerste lid, van de Wwft niet heeft overtreden, omdat uit de notitie van Mazars blijkt dat de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van [bedrijf 2] een legitieme reden heeft en geen verband houdt met witwassen of het financieren van terrorisme.

Deze beroepsgrond slaagt.

4.1 Het BFT heeft ter zitting desgevraagd bevestigd dat aan de aanwijzing alleen overtreding van de meldingsplicht van artikel 16, eerste lid, van de Wwft ten grondslag ligt.

4.2 Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Wwft worden bij algemene maatregel van bestuur, zo nodig per daarbij te onderscheiden categorieën transacties, indicatoren vastgesteld aan de hand waarvan wordt beoordeeld of een transactie wordt aangemerkt als een ongebruikelijke transactie.

Op grond van artikel 16, eerste lid, van de Wwft meldt een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, aan de Financiële inlichtingen eenheid.

Op grond van artikel 4 van het Uitvoeringsbesluit Wwft worden de indicatoren, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de wet, vastgesteld zoals opgenomen in de bijlage bij dit besluit.

In de Bijlage Indicatorenlijst, zoals deze luidde ten tijde van de overtreding, staat onder I als subjectieve indicator vermeld:

Vermoedelijke witwastransacties of terrorismefinanciering

Transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.

4.3 Het College van beroep voor het bedrijfsleven heeft in zijn uitspraak van 13 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:305, geoordeeld dat de verplichting tot het doen van een melding als bedoeld in artikel 16 van de Wwft niet alleen bestaat wanneer er concrete aanwijzingen zijn dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme. Artikel 16 van de Wwft heeft een (veel) ruimere strekking: iedere ongebruikelijke transactie moet worden gemeld. Zoals blijkt uit de Indicatorenlijst, die als bijlage bij het Indicatiebesluit is opgenomen, is daarvan reeds sprake als er aanleiding is te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme. Daarvoor is een vermoeden reeds voldoende.

4.4 Niet in geschil is dat de inrichting van de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van [bedrijf 2] een transactie is in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder m, van de Wwft.

De redenen om deze structuur op te zetten zijn in de notitie van Mazars wel genoemd maar niet concreet onderbouwd. Dit betekent echter nog niet dat er sprake is van een ongebruikelijke transactie. [eiser] betoogt terecht dat er geen aanleiding was in dit dossier te veronderstellen dat de transactie verband hield met witwassen of financiering van terrorisme. Het enkele feit dat er sprake is van een volgens het BFT complexe zeggenschaps- en eigendomsstructuur is daarvoor onvoldoende. Dit kan ook niet worden afgeleid uit de door het BFT aangehaalde Leidraad Specifieke Leidraad naleving WWft voor accountants, nog daargelaten dat deze leidraad dateert van 15 juli 2014 (dat is na de gestelde overtreding). Dat [eiser] wellicht kan worden verweten dat hij, behoudens het opvragen van de notitie van Mazars, geen nader onderzoek heeft ingesteld naar de vraag of er legitieme fiscale, juridische of commerciële redenen aanwezig waren voor de opgezette structuur, betekent nog niet dat de transactie reeds om die reden had moeten worden gemeld op grond van artikel 16, eerste lid, van de Wwft. Of in deze situatie een andere meldingsplicht van toepassing was of is, staat gelet op 4.1 van deze uitspraak niet ter beoordeling.

5. Dit betekent dat het beroep tegen bestreden besluit 1 gegrond is. De rechtbank vernietigt bestreden besluit 1. De rechtbank zal zelf in de zaak voorzien door het bezwaar van [eiser] tegen primair besluit 1 gegrond te verklaren, primair besluit 1 te herroepen en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van bestreden besluit 1.

Boeteoplegging (ROT 16/2873)

6. Ten aanzien van de bevoegdheid van het BFT om een tweetal bestuurlijke boetes op te leggen overweegt de rechtbank als volgt.

6.1 Op grond van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, sub 11, van de Wwft, zoals dit artikelonderdeel luidt met ingang van 1 januari 2013, wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder instelling verstaan: natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap die als externe registeraccountant of externe accountant-administratieconsulent zelfstandig onafhankelijk beroepsactiviteiten waaronder forensische accountancy uitoefent, dan wel een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, voor zover die anderszins zelfstandig onafhankelijk daarmee vergelijkbare activiteiten beroeps- of bedrijfsmatig verricht.

Ten tijde van de overtreding luidde artikel 27 van de Wwft als volgt:

1. Onze Minister van Financiën kan een bestuurlijke boete opleggen ter zake van overtreding van de artikelen 2, 3, eerste tot en met vijfde, zevende en achtste lid, 8, eerste tot en met vijfde lid,(..), 16, eerste tot en met vierde lid, (..).

2. Het eerste lid is niet van toepassing ten aanzien van degene die, in geval van bezwaren tegen diens handelen of nalaten in de beroepsuitoefening, onderworpen is aan bij wet geregelde tuchtrechtspraak.

Met ingang van 1 januari 2015 is artikel 27 van de Wwft gewijzigd (Stbl 2014, 354) en is het tweede lid in deze vorm komen te vervallen.

6.2 Ter zitting heeft het BFT bevestigd dat het BFT de bestuurlijke boetes heeft opgelegd aan [eiser] , de onderneming van [eiser] . BFT heeft daarbij [eiser] aangemerkt als instelling in de zin van artikel 1, eerste lid, aanhef en onder a, sub 11, van de Wwft. Gelet op de in artikel 1 van de Wwft (zoals luidend ten tijde hier van belang) gegeven definitie is een instelling een natuurlijk persoon, een rechtspersoon of een vennootschap. [eiser] valt niet in één van deze categorieën. Dat betekent dat het BFT dus niet bevoegd was aan [eiser] een bestuurlijke boete op te leggen.

6.3 Voor zover moet worden geoordeeld dat [eiser] als eenmanszaak en [eiser] handelend onder deze naam met elkaar moet worden vereenzelvigd, zodat het opleggen van een boete aan [eiser] gelijk moet worden gesteld met het opleggen van een boete aan [eiser] , leidt dat niet tot een andere conclusie over de bevoegdheid van het BFT. Uit de in 6.1 genoemde definitiebepaling volgt dat [eiser] , als natuurlijk persoon die als externe registeraccountant zelfstandig onafhankelijk beroepsactiviteiten uitoefent, een instelling is in de zin van de Wwft. [eiser] is daarmee weliswaar normadressant, maar hij is als registeraccountant onderworpen aan bij wet geregelde tuchtrechtspraak, zodat het BFT gelet op het ten tijde hier van belang bepaalde in artikel 27, tweede lid, van de Wwft niet bevoegd was aan [eiser] bestuurlijke boetes op te leggen. Dat dit artikellid inmiddels is vervallen, betekent gelet op rechtszekerheidsbeginsel niet dat het BFT alsnog tot beboeting mag overgaan.

7. Het beroep tegen bestreden besluit 2 is dus gegrond. De rechtbank vernietigt bestreden besluit 2. De rechtbank zal zelf in de zaak voorzien door het bezwaar van [eiser] en [eiser] gegrond te verklaren, primair besluit 2 te herroepen en te bepalen dat deze uitspraak in de plaats treedt van bestreden besluit 2.
De rechtbank onderkent dat de boete van 7.500,- mede betrekking heeft op in beroep niet betwiste overtredingen. Dit laat onverlet dat de rechtbank, gelet op de vernietiging van bestreden besluit 2 en artikel 8:72a van de Algemene wet bestuursrecht, gehouden is de hoogte van deze boete opnieuw vast te stellen. Nu de bevoegdheid tot het opleggen van de betreffende boete ontbreekt, kan ook voor de niet betwiste overtredingen geen boete worden opgelegd en moet het boetebedrag worden vastgesteld op nihil. Hiermee komen alle rechtsgevolgen van primair besluit 2 en bestreden besluit 2 te vervallen. Gelet hierop en uit een oogpunt van duidelijkheid kiest de rechtbank ervoor bestreden besluit 2 in zijn geheel te vernietigen en primair besluit 2 in zijn geheel te herroepen.

8. Omdat de beroepen gegrond zijn, bepaalt de rechtbank dat het BFT aan [eiser] de door hem betaalde griffierechten vergoedt, met dien verstande dat, nu in zaak ROT 15/7794 ten onrechte het hoge griffierecht is geheven, de griffier wat teveel aan griffierecht is geheven aan [eiser] zal terugbetalen.

9. De rechtbank veroordeelt het BFT in de door [eiser] gemaakte proceskosten. De rechtbank neemt daarbij in aanmerking dat in beroep sprake is van samenhangende zaken als bedoeld in artikel 3 van het Besluit proceskosten bestuursrecht (het Besluit). De rechtbank stelt deze kosten op grond van het Besluit voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 2.475,- (2 punten voor het indienen van een bezwaarschrift, 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting inzake het bezwaar tegen primair besluit 1, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van 495,- en wegingsfactor 1).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen gegrond;
- vernietigt de bestreden besluiten;
- verklaart de bezwaren gegrond, herroept de primaire besluiten en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de bestreden besluiten;
- bepaalt dat het BFT de door [eiser] betaalde griffierechten vergoedt tot een bedrag van in totaal 336,-;
- bepaalt dat de griffier het teveel geheven griffierecht in de zaak ROT 15/7794 ter hoogte van 163,- aan [eiser] vergoedt;
- veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van in totaal 2.475,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. M.C. Woudstra, voorzitter, en mr. M. Munsterman en mr. B. van Velzen, leden, in aanwezigheid van mr. drs. M.L. Bosman-Schouten, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 10 februari 2017.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.