

Hieronder volgen algemene opmerkingen van juridische aard met betrekking tot de brief van de AFM d.d. 7 april 2015. De nummers verwijzen naar de dezelfde nummers als die in de brief zijn vermeld.

Geen uitdrukkelijke verplichting vaststellen herkomst vermogen

1. De verplichting tot het zo nodig vaststellen van de herkomst van het vermogen volgt niet uitdrukkelijk uit de Wwft (in art. 3 Wwft staat vermeld dat de instelling inzicht dient te verkrijgen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt. Tevens staat in art. 3 lid 2 sub d Wwft wel dat de instelling voortdurende controle moet uitoefenen op de zakelijke relatie en de transacties, met zo nodig een onderzoek naar de bron van de middelen die daarbij gebruikt worden).

In de AFM Leidraad Wwft staat in par. 5.3 (oud) / 3.7 (nieuw) wel expliciet dat een instelling bij het aangaan van een relatie en tijdens de monitoring onderzoek moet doen naar de herkomst van het vermogen van de cliënt. Het betreft hier dus een interpretatie van de AFM en niet een uitdrukkelijk wettelijk voorschrift.

NB: de AFM heeft recent in maart 2015 een nieuwe versie van de Leidraad Wwft gepubliceerd ("AFM - Leidraad Wwft, Wwft BES en Sanctiewet"), vandaar de verwijzing naar de oude en nieuwe Leidraad. De vorige Wwft Leidraad van de AFM dateerde van augustus 2013.

Meldingsplicht

2. Het is juist dat een beleggingsonderneming op grond van art. 16 lid 1 Wwft een ongebruikelijke (voorgenomen) transactie onverwijld dient te melden bij het FIU.

Ingevolge art. 6 lid 4 Wwft is deze meldingsplicht ook van toepassing indien (1) (kort gezegd) het cliëntenonderzoek niet naar behoren kan worden afgerond of (2) een zakelijke relatie wordt beëindigd en er in beide gevallen tevens indicaties zijn dat de cliënt betrokken is bij witwassen of terrorismefinanciering. Vermelding van deze twee situaties (in combinatie met de indicaties) ontbreken in de brief van de AFM.

Incident

3. Dat een ongebruikelijke transactie kwalificeert als incident volgt uit de AFM Leidraad Wwft, zie h. 8 (oud - waar overigens staat dat dit "in bijna alle gevallen" als incident moet worden gemeld) / par. 3.6 (nieuw - hierin wordt geen voorbehoud gemaakt). Het gaat dus niet om een wettelijke kwalificatie maar om een oordeel van de AFM.

Geen concrete aanduiding tekortkoming

4. Niet blijkt concreet welke tekortkomingen zijn geconstateerd, met andere woorden uit welke antwoorden op welke vragen in het self assessment dit blijkt. Dit maakt het vrijwel onmogelijk om gericht op de aantijgingen te reageren.

Bewustwording en bevorderen integer handelen

5. De plicht om kort gezegd integer handelen te bevorderen staat in ieder geval (ook) in de inleidende bepalingen hij h. 4 van het Bgfo Wft (p. 171).

Integere bedrijfsvoering

6. De AFM baseert de conclusie dat de bedrijfsvoering niet adequaat is ingericht uitsluitend op “wetsovertredingen”. Ook dit is niet nader geconcretiseerd aan de hand van feiten.

Verwijzing naar subregelgeving op grond waarvan art. 4:11 Wft zou zijn overtreden ontbreekt. Dat sprake is van een overtreding van art. 4:11 Wft indien de bedrijfsvoering niet is ingericht op bewustwording, bevordering en handhaving van integer handelen, volgt niet letterlijk uit deze bepaling.

Risicoclassificaties

7. Zie art. 26 lid 1 en 2 Bgfo Wft.
NB: ten aanzien van de zinsnede in deze brief “te voldoen aan de voorschriften van de Wwft” geldt dat art. 26 lid 2 bepaalt: “Onverminderd het bepaalde ingevolge de Wwft beschikt de beleggingsonderneming over procedures en maatregelen met betrekking tot de identificatie van cliënten en de verificatie daarvan.’ Dat is net iets anders.

Procedures afwijkende transactiepatronen

8. Indien de beleggingsonderneming niet over procedures beschikt met betrekking tot onder andere de detectie van afwijkende transactiepatronen, lijkt de conclusie dat daarmee art. 26 jo. 30 Bgfo Wft is overtreden juist (hoewel art. 26 niet spreekt over beleid maar procedures).

Overigens gaat art. 16 Wwft over het melden van ongebruikelijke transacties (het bevat de meldplicht), niet over het signaleren ervan.

Karakter normoverdragend gesprek

9. Met betrekking tot de maatregel normoverdragend gesprek of waarschuwing staat op de website van de AFM het volgende vermeld:

“De AFM geeft de financiële dienstverlener schriftelijk of mondeling uitleg over de overtreden norm. De financiële dienstverlener wordt gewaarschuwd dat hij in overtreding is van Wet- en regelgeving. De financiële dienstverlener wordt gevraagd aan te geven hoe hij aan de norm gaat voldoen en hoe hij voorkomt dat de norm in de toekomst wordt overtreden.”

Let wel: een normoverdragend gesprek of waarschuwingsbrief is geen wettelijk handhavingsinstrument en daarmee met minder (wettelijke) waarborgen omkleed.

Aan AFM bekende feiten en omstandigheden

10. Dit laat ruimte om eventuele onjuiste constatering of abusievelijk fout ingevulde onderdelen van het self assessment te corrigeren / aan te vullen. Het is aan te raden hier gebruik van te maken. De conclusies van de AFM lijken immers uitsluitend te zijn gebaseerd op de uitkomsten van het self assessment. Hierdoor is ook weinig ruimte voor mogelijke bijzondere omstandigheden van de beleggingsonderneming in kwestie.

Keerzijde is dat als andere feiten en omstandigheden aan de AFM bekend worden en die in negatieve zin afstralen om de beleggingsonderneming, de AFM terug zou kunnen komen op haar mededeling geen maatregelen te zullen treffen.

Conclusie

11. Conclusie: de AFM handelt onzorgvuldig en disproportioneel door uitsluitend op basis van de uitkomsten van een self assessment een (formele) waarschuwing te geven en als zodanig als antecedent te registreren, zonder de overtreding te concretiseren en zonder een eigen oordeel te vormen.
