

ECLI:NL:RBROT:2020:9752

Instantie Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak 28-10-2020

Datum publicatie 12-11-2020

Zaaknummer ROT 19/4246

Rechtsgebieden Bestuursrecht

Bijzondere kenmerken Bodemzaak

Inhoudsindicatie

Rechtbank herroept boete voor overtredingen van artikel 16 van de Wwft. Het administratiekantoor hoefde niet onverwijld na de kennisneming van de transacties daarvan melding te maken, maar mocht eerst nader onderzoek naar deze transacties doen.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummer: ROT 19/5246

uitspraak van de enkelvoudige kamer van 28 oktober 2020 in de zaak tussen

[eiseres] , eiseres ([eiseres]),

gemachtigde: mr. Y. Benjamins,

en

Bureau Financieel Toezicht, verweerder (BFT),

gemachtigde: mr. W.F.C. Vogel.

Procesverloop

Bij besluit van 10 april 2019 (het primaire besluit) heeft het BFT aan [eiseres] een bestuurlijke boete van € 6.300,- opgelegd.

Bij besluit van 3 september 2019 (het bestreden besluit) heeft het BFT het daartegen door [eiseres] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft [eiseres] beroep ingesteld bij de rechtbank.

Het BFT heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 7 oktober 2020. Namens [eiseres] is haar gemachtigde verschenen, vergezeld door [naam] , directeur-eigenaar van [eiseres] .

Het BFT is ter zitting vertegenwoordigd door haar gemachtigde, vergezeld door mr. D.S. Kolkman, medewerker van het BFT.

Overwegingen

Inleiding

- 1.1. [eiseres] is een administratie- en belastingadvieskantoor met vestigingen in [plaatsnamen] . [eiseres] heeft voornamelijk MKB ondernemers en ZZP'ers uit de regio als klanten. De activiteiten van [eiseres] bestaan uit het verzorgen van administraties, het opmaken van jaarrekeningen en het indienen van fiscale aangiften.
- 1.2. Naar aanleiding van berichten in de media in [datum] over een verdenking van oplichting, faillissementsfraude, bedrieglijke bankbreuk en verduistering door [ondernemingen] in [plaatsnaam] heeft het BFT een analyse gemaakt van de mogelijk bij de fraude betrokken ondernemingen. Daarbij is geconstateerd dat mogelijk sprake is geweest van faillissementsfraude bij [vennootschap] . Het BFT heeft vervolgens bij de Belastingdienst nagevraagd welk advieskantoor de fiscale aangiften en administratie van deze onderneming verzorgt. Volgens informatie van de Belastingdienst is [vennootschap] klant (geweest) van [eiseres] . Gezien deze informatie en de mededeling van de Financiële inlichtingen eenheid dat [eiseres] bij haar niet staat geregistreerd als melder heeft het BFT besloten een onderzoek in te stellen bij [eiseres] , met als doel de toetsing van de naleving van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) door [eiseres] en de aanvaardbaarheid van de interne (beheers)maatregelen die door [eiseres] zijn genomen in het kader van de verplichtingen die aan [eiseres] zijn opgelegd door de Wwft, uitgaande van de Wwft zoals die tot 25 juli 2018 gold. Het BFT heeft het onderzoek op 6 maart 2018 schriftelijk aangekondigd.
- 1.3. Het BFT heeft geconstateerd dat [vennootschap] een aan [naam 2] gelieerde vennootschap is en dat ook andere aan [naam 2] gelieerde vennootschappen klant zijn (geweest) van [eiseres] , te weten [vennootschap 1] en [vennootschap 2] . De activiteiten van [vennootschap] bestaan uit het drijven van een onderneming die zich bezighoudt met handel in, reparatie van, import van en verhuur van personenauto's en lichte bedrijfsauto's alsmede een groothandel en handelsbemiddeling in auto-onderdelen en -accessoires. [vennootschap 1] is een financiële holding. De activiteiten van [vennootschap 2] bestaan uit het drijven van een fitnesscentrum.
- 1.4. Het BFT heeft ten behoeve van zijn onderzoek onder meer auditfiles van deze vennootschappen

van [eiseres] ontvangen. Omdat de administratie van deze vennootschappen door de politie bij [eiseres] in beslag was genomen, heeft het BFT daarin inzage gehad bij de politie. Uit het onderzoek is volgens het BFT onder meer naar voren gekomen dat [eiseres] in het dossier [vennootschap 1] heeft verzuimd (tijdig) twee (samengestelde) ongebruikelijke transacties te melden aan de Financiële inlichtingen eenheid, zodat sprake is van twee overtredingen van artikel 16, eerste lid, van de Wwft.

Boete voor overtredingen van de Wwft

2. Na op 12 maart 2019 het voornemen daartoe aan [eiseres] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zienswijze van [eiseres] daarop, heeft het BFT wegens voormelde overtredingen aan [eiseres] bij het primaire besluit een bestuurlijke boete van € 6.300,- opgelegd. Bij het bestreden besluit heeft het BFT het daartegen door [eiseres] gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Wet- en regelgeving

3. 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 1 van de Wwft wordt in deze wet en de daarop berustende bepalingen onder ongebruikelijke transactie verstaan: transactie die op grond van de indicatoren bedoeld in artikel 15, eerste lid, als ongebruikelijk is aan te merken.

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 4 van het Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Uitvoeringsbesluit Wwft), zoals dit gold ten tijde van belang, worden de indicatoren, bedoeld in artikel 15, eerste lid, van de wet, vastgesteld zoals opgenomen in de bijlage bij dit besluit.

In de bijlage zijn objectieve en subjectieve indicatoren opgenomen. Van de objectieve indicatoren is in dit geval geen sprake. De subjectieve indicator luidt als volgt: "een transactie waarbij de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme".

Als hulpmiddel om te bepalen of hiervan sprake is, heeft het BFT de Specifieke leidraad naleving WWFT voor accountants, belastingadviseurs, administratiekantoren en alle overige instellingen zoals genoemd in artikel 1, lid 1, letter a, sub 11, 12, 13 en 23 WWFT (de Leidraad) opgesteld.

In bijlage 1 van deze Leidraad van 15 juli 2014 zijn voorbeelden opgenomen bij de subjectieve indicator. Hiermee is beoogd een handreiking te geven aan instellingen hoe zij in de praktijk ongebruikelijke transacties kunnen herkennen doch laat onverlet dat er ook andere mogelijkheden zijn om invulling te geven aan de toepassing van de subjectieve indicator. Het betreft onder meer de volgende voorbeelden:

D1: De cliënt is betrokken bij - al dan niet eenmalige - transacties, die ongebruikelijk zijn doordat deze niet passen in de normale beroeps- of bedrijfsuitoefening van de cliënt, terwijl daarvoor geen voor de instelling acceptabele verklaring kan worden gegeven.

E1: De cliënt heeft voorkeur voor activa die geen sporen achterlaten, zoals contant geld, toonderpapier, toonderpolissen.

E3: Het betaalverkeer vertoont een ongebruikelijk patroon. De gelden waarover de cliënt beschikt zijn afkomstig uit onduidelijke bronnen of de door de cliënt aangegeven bronnen zijn onwaarschijnlijk of onvoldoende gedocumenteerd.

J6: Er wordt niet voldaan aan enige publicatieverplichting.

J8: Er wordt gebruik gemaakt van vermoedelijk valse facturen; dit kunnen ook facturen zijn die wel aan de factuurvereisten voldoen maar waaraan geen reële tegenprestatie ten grondslag ligt.

Overtredingen

4. [eiseres] betoogt dat het BFT zich ten onrechte op het standpunt stelt dat sprake is van overtredingen van artikel 16, eerste lid, van de Wwft.

- 4.1. De rechtbank stelt voorop dat indien het BFT een boete wil opleggen wegens overtreding van bepalingen van de Wwft op hem de bewijslast rust om aan te tonen dat de overtreding is begaan (zie bijvoorbeeld ook de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, van 5 februari 2019, ECLI:NL:CBB:2019:48).
- 4.2. Aan zijn standpunt dat [eiseres] artikel 16, eerste lid, van de Wwft heeft overtreden, heeft het BFT het volgende ten grondslag gelegd.

Contante stortingen

Volgens de auditfiles van [vennootschap 1] over de jaren 2014 tot en met 2016 was sprake van omvangrijke contante stortingen op de bankrekening van [vennootschap 1] .

In 2014 betrof het twintig stortingen met een totaalbedrag van € 96.245,-, in 2015 dertien stortingen met een totaalbedrag van € 48.820,- en in 2016 vier stortingen met een totaalbedrag van € 7.240,-.

De herkomst van deze gelden is niet duidelijk nu daaromtrent geen onderliggende documentatie in het dossier aanwezig is. Dat er geen verklaring was voor de herkomst van de gelden wordt volgens het BFT bevestigd door de omstandigheden dat in de auditfile van [vennootschap 1] over 2014 geen opbrengsten zijn verantwoord en dat de onder de holding hangende werkmaatschappijen [vennootschap] en [vennootschap 2] in 2014 nog niet waren opgericht. Van opbrengsten die gerealiseerd waren met de bedrijfsactiviteiten van deze werkmaatschappijen kon in 2014 dan ook geen sprake zijn.

Voorts was in de auditfile van [vennootschap 1] over 2015 een omzet van € 100.289,49 verantwoord, waarvan € 80.868,- betrekking heeft op de in de rekening gebrachte huur aan [vennootschap 2] . Noch uit de auditfile 2015 van [vennootschap 1] , noch uit de auditfile 2015 van [vennootschap 2] blijkt echter dat de huur contant is voldaan. Het is dan ook niet duidelijk wat de herkomst is van de gelden die in 2015 contant zijn gestort op rekening van de holding.

Dat sprake was van omvangrijke contante stortingen zonder dat de herkomst daarvan duidelijk was, maakte volgens het BFT gezien voormelde subjectieve indicator en voorbeelden DI, EI, E3, J6 en J8 dat sprake was van een ongebruikelijke transactie.

Deze ongebruikelijke transactie is [eiseres] volgens het BFT in ieder geval kenbaar geworden op het moment dat de administratie over de jaren 2014 tot en met 2016 door haar gelijktijdig werd geboekt in het jaar 2017. Gezien deze gelijktijdige kennisneming van de contante stortingen wordt het samenstel van deze stortingen over de desbetreffende jaren door het BFT als één ongebruikelijke transactie aangemerkt.

Door niet onverwijld na het kenbaar worden van deze ongebruikelijke transactie een melding te doen bij de Financiële inlichtingen eenheid heeft [eiseres] volgens het BFT artikel 16, eerste lid, van de Wwft overtreden.

Factuur investering via [vennootschap 3] .

In het dossier [vennootschap 1] is een factuur van 19 september 2014 aangetroffen, die is afgegeven door [vennootschap 3] aan [vennootschap 1] . Volgens de factuur zou de inventaris

van een beautycentrum geleverd zijn en zouden werkzaamheden zijn verricht.

Het totaalbedrag van de factuur bedraagt € 100.304,78, exclusief de omzetbelasting (en € 121.368,78 inclusief 21% BTW). In de auditfile van [vennootschap 1] over 2014 is echter geen boeking van deze factuur aangetroffen.

In reactie op vragen van het BFT hierover bij brief van 29 juni 2018 heeft [naam] namens [eiseres] bij e-mail van 18 juli 2018 verklaard dat [eiseres] de factuur niet heeft opgenomen in de boeken omdat de factuur tijdens een boekenonderzoek van 19 maart 2015 door de Belastingdienst als 'niet-plaatsgevonden' (en derhalve niet betaald) is gewaarmerkt.

Op de transactie waarop de betreffende factuur ziet en die volgens de Belastingdienst niet heeft plaatsgevonden is volgens het BFT de subjectieve indicator van toepassing, zodat sprake is van een ongebruikelijke transactie. Er kan bijvoorbeeld niet worden uitgesloten dat de gefactureerde BTW wel werd afgetrokken, aldus het BFT. Daarbij heeft het BFT op de voorbeelden DI, EI, E3, J6 en J8 (vermoedelijk valse factuur) gewezen.

Volgens het BFT is deze ongebruikelijke transactie [eiseres] in ieder geval kenbaar geworden op het moment dat zij in 2017 kennis nam van de betreffende factuur bij het verwerken van de administratie over het jaar 2014.

Door niet onverwijld na het kenbaar worden van de ongebruikelijke transactie een melding te doen bij de Financiële inlichtingen eenheid heeft [eiseres] volgens het BFT artikel 16, eerste lid, van de Wwft overtreden.

- 4.3. [eiseres] heeft onweersproken naar voren gebracht dat zij na kennisneming van de desbetreffende contante stortingen en factuur bij de bestuurder van [vennootschap 1] navraag daarnaar heeft gedaan, maar dat zij de gewenste duidelijkheid over deze stortingen en factuur niet heeft verkregen, omdat de bestuurder kort daarna na de inbeslagname van de op haar kantoor aanwezige administratie van [vennootschap 1] en de andere vennootschappen ieder contact met haar heeft verbroken. Volgens [eiseres] kon zij, nu zij geen antwoord heeft gekregen op haar vragen en de administratie in beslag was genomen, de transacties in het geheel niet 'plaatsen' en mocht van haar niet worden verwacht dat zij deze transacties desondanks als ongebruikelijk zou aanmerken en zou melden bij de Financiële inlichtingen eenheid.

Het BFT heeft in reactie hierop erop gewezen het ongebruikelijke karakter van de transacties volgens haar reeds kenbaar was bij de kennisneming van de contante stortingen en de factuur, waarna [eiseres] onverwijld melding had moeten maken van deze transacties en dus niet had moeten afwachten of de door haar gestelde vragen zouden worden beantwoord en, zo ja, hoe die beantwoording zou luiden.

- 4.4. Zoals ook is vermeld in de memorie van toelichting bij de Wwft (TK, 2007-2008, 31 238, nr. 3, blz. 27), is bij de wijziging van de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet MOT) en de Wet identificatie bij dienstverlening ter explicitering van de reikwijdte en versterking van het toezicht (Stb. 2006, 187) besloten om meer de nadruk te leggen op het gebruik van subjectieve indicatoren, waarmee de verantwoordelijkheid van de instellingen voor hun meldgedrag groter wordt en zij zich vaker dienen te buigen over de vraag of een transactie wellicht melding behoeft omdat er mogelijk sprake is van witwassen of financieren van terrorisme.
- Zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis bij deze wijzigingswet (TK, 2004-2005, 29 990, nr. 7, blz. 17) is met de formulering van artikel 9, eerste lid, van de Wet MOT (meldingsplicht ongebruikelijke transacties) beoogd ruimte te laten voor nader onderzoek, bijvoorbeeld omdat sprake is van subjectieve inschattingen. Deze ruimte voor nader onderzoek moet bij het grotendeels gelijk geformuleerde artikel 16, eerste lid, van de Wwft naar het oordeel van de rechtbank ook aanwezig worden geacht.

- 4.5. De rechtbank ziet geen grond voor het oordeel dat [eiseres] bij haar inschatting of de desbetreffende transacties als ongebruikelijk moeten worden beschouwd ten onrechte nader onderzoek aangewezen heeft geacht. Dit te minder, nu [eiseres] onweersproken naar voren heeft

gebracht dat zij bij de kennisneming van de contante stortingen en de factuur nog druk bezig was met het ordenen van de administratie van de afgelopen jaren van [vennootschap 1] en de andere vennootschappen en het in kaart brengen van de structuren binnen de holding.

Bij een dergelijk beperkt inzicht op dat moment in de bedrijfsvoering en de geldstromen binnen de holding lag het uit een oogpunt van zorgvuldigheid in de rede om bij de bestuurder van [vennootschap 1] navraag te doen naar de contante stortingen en de factuur alvorens de afweging te maken of deze transacties als ongebruikelijk moeten worden beschouwd.

Dit is ook in lijn met de 'Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft)' van de ministeries van Financiën en Justitie en Veiligheid van 21 juli 2020, waarin staat vermeld (blz. 39) dat "onverwijld" in artikel 16, eerste lid, van de Wwft inhoudt dat zo snel als mogelijk moet worden gemeld nadat een voldoende zorgvuldige afweging is gemaakt of een transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd.

Voor zover het BFT stelt dat evident was dat sprake was van ongebruikelijk transacties en dat dus geen nader onderzoek nodig was, volgt de rechtbank het BFT daarin niet.

Niet kan op voorhand worden uitgesloten dat door de bestuurder van [vennootschap 1] een logische (onderbouwde) verklaring voor de contante stortingen en de factuur zou worden gegeven.

- 4.6. De rechtbank stelt vast dat het BFT aan haar vaststelling van de overtredingen van artikel 16, eerste lid, van de Wwft alleen ten grondslag heeft gelegd dat [eiseres] onverwijld na de kennisneming van de contante stortingen en de factuur melding had moeten maken van ongebruikelijk transacties bij de Financiële inlichtingen eenheid. Het BFT heeft daaraan niet (subsidiar) ten grondslag gelegd dat [eiseres], voor zover zij zou moeten worden gevolgd in haar standpunt dat eerst een nader onderzoek naar de contante stortingen en de factuur was aangewezen, in ieder geval onverwijld na het uitblijven van een antwoord op haar vragen (en een logische (onderbouwde) verklaring voor de contante stortingen en de factuur) melding had moeten maken van deze transacties bij de Financiële inlichtingen eenheid.
- 4.7. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat de vaststelling van de overtredingen van artikel 16, eerste lid, van de Wwft door het BFT niet wordt gedragen door wat het BFT daaraan ten grondslag heeft gelegd. Het betoog slaagt.

Conclusie

5. Het beroep is gegrond. Het bestreden besluit moet worden vernietigd omdat de vaststelling van de overtredingen van artikel 16, eerste lid, van de Wwft door het BFT niet wordt gedragen door wat het BFT daaraan ten grondslag heeft gelegd en het BFT dus niet bevoegd was tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan [eiseres].

Het primaire besluit moet om dezelfde reden worden herroepen.

Griffierecht en proceskosten

6. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, moet het BFT het door [eiseres] betaalde griffierecht aan haar vergoeden.

7. De rechtbank veroordeelt het BFT in de door [eiseres] gemaakte proceskosten.

Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.362,50 (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift, 1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 525,- en wegingsfactor 1,5).

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit;
- verklaart het bezwaar gegrond, herroept het primaire besluit en bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit;
- bepaalt dat het BFT aan [eiseres] het door haar betaalde griffierecht van € 345,- vergoedt;
- veroordeelt het BFT in de proceskosten van [eiseres] tot een bedrag van € 2.362,50.

Deze uitspraak is gedaan door mr. E.J. Rutten, rechter, in aanwezigheid van mr. M.J.F.J. van Beek, griffier. Deze uitspraak is gedaan op 28 oktober 2020.

griffier rechter

Een afschrift van deze uitspraak is 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.