

onredelijk bezwarende beding niet ambtshalve buiten toepassing laat, maar oordeelt via de lijn van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Art. 6:248 lid 2 BW functioneert namelijk separaat van de algemene voorwaardenregeling. Zie Hijma, *Algemene voorwaarden* (Mon. BW nr. B55) 2016/27. Overigens ziet men de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid ook in Nederland regelmatig terugkomen bij bijvoorbeeld de opzegging van bancaire relaties (en andere “duurovereenkomsten”), waar de vraag speelt in hoeverre het beroep op een opzeggingsbeding onaanvaardbaar is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. In zulke zaken doen de eisers echter een uitdrukkelijk beroep op de beperkende werking.

10. Het lijkt vreemd waarom in deze Curaçaose zaak de rechter wél art. 6:248 lid 2 BW van Curaçao ambtshalve lijkt toe te passen maar niet de vernietiging; wellicht om de discussie te vermijden of de algemenevoorwaardenregeling überhaupt ambtshalve mocht worden getoetst? Had de rechter het bezwaar van de eiseres tegen het beding mogen opvatten als een beroep op de vernietigbaarheid van art. 6:233 BW van Curaçao (in lijn met LOVCK&T 31 juli 2018, *Rapport ambtshalve toetsing III*, p. 45) en daarmee afstand doende van de ambtshalve toetsing?

11. Er valt wat voor te zeggen dat de rechter er toch voor had moeten kiezen om het onredelijk bezwarende beding ambtshalve te vernietigen op grond van art. 6:233 onder a BW van Curaçao. Niet alleen omdat het Gemeenschappelijk Hof van Justitie op 29 augustus 2014 oordeelde dat ook overzees consumentenrecht ambtshalve kan worden toegepast, maar ook omdat de (ook door Snel geciteerde) parlementaire geschiedenis bij de Caribische algemenevoorwaardenregeling benadrukt dat de strekking van de regeling is de “zwakke” contractspartij te beschermen tegen aan haar opgedrongen onereuze bedingen. Zie: M.F. Murray (red.), *Parlementaire Geschiedenis van het Curaçaose Burgerlijk Wetboek. Tekst en toelichting op het Burgerlijk Wetboek*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 1538-1539.

12. De grondslag voor de rechter in Curaçao om een onredelijk bezwarend beding ambtshalve buiten toepassing te laten c.q. te vernietigen ten behoeve van de eiseres lijkt dus aanwezig. Hoewel de route van art. 6:248 lid 2 BW van Curaçao tot eenzelfde (en naar mijn mening het gewenste) resultaat leidt, had vanuit de optiek van Ne-

derlands recht niet misstaan om toch de “ambtshalve route” toe te passen. Als consumenten, in tegenstelling tot deze zaak, geen beroep doen op het onredelijk bezwarende karakter van een beding, is zodoende in de gerechtelijke praktijk in ieder geval een ambtshalve toets aanwezig om de consumenten te beschermen.

mr. R.J.M. Sanders
senior Legal Consultant bij Deloitte Legal BV in Amsterdam

13

Peilmoment in kader van meldingsplicht ongebruikelijke transacties

Voorzieningenrechter Rechtbank Rotterdam
28 april 2022, nr. ROT 21/6403,
ECLI:NL:RBROT:2022:5158
(mr. Rutten)
Noot mr. V.H. Affourtit

Meldingsplicht bij ongebruikelijke transacties op basis van subjectieve indicator. Peilmoment. Melding moet onverwijld plaatsvinden nadat eerste behandelaar/compliance officer heeft beoordeeld dat er aanleiding is te veronderstellen dat transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme. Verband met Rb. Rotterdam 17 juli 2020, «JOR» 2020/14, m.nt. Affourtit.

[Wwft art. 16 lid 1 en 2 onder c]

In art. 16 lid 1 Wwft is vermeld dat een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld aan de FIU meldt nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Een ongebruikelijke transactie van de cliënt moet dus worden gemeld indien een instelling daarvan heeft kennisgenomen. In de wetsgeschiedenis en jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het CBb van 5 november 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:363, r.o. 3.4) is vermeld dat de verplichting om een ongebruikelijke transactie te melden, niet is beperkt tot de situatie dat concrete aanwijzingen bestaan dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme. De meldingsplicht van art. 16 Wwft heeft een ruimere

strekking: iedere ongebruikelijke transactie moet worden gemeld. De drempel om te melden is dus laag.

Uit de Indicatorenlijst van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 blijkt dat het bij een beleggingsonderneming om “een ongebruikelijke transactie” gaat als de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme. Daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen objectieve en subjectieve indicatoren. Tussen partijen is niet in geschil dat het in onderhavig geval gaat om ongebruikelijke transacties die op grond van de subjectieve indicator tot een meldplicht leidden. De subjectieve indicator schept een meldingsplicht op basis van de inschatting die de instelling zelf van een bepaalde situatie maakt. Het gaat dan om transacties waarbij aanleiding is te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.

Bij de verdere beoordeling is van belang de vraag op welk moment (peilmoment) het ongebruikelijke karakter van de transacties bekend is geworden bij [naam] en of de melding vervolgens onverwijld (zo spoedig mogelijk met een maximum van veertien dagen) aan de FIU is gedaan.

Zoals reeds is opgemerkt dient iedere ongebruikelijke transactie te worden gemeld en is de drempel om te melden laag. Weliswaar bieden de wetsgeschiedenis en Leidraad ruimte om waar nodig onderzoek te doen om vast te kunnen stellen of een transactie ongebruikelijk is, maar als dit slechts intern onderzoek is – zoals hier het geval is – dient de instelling naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter zo spoedig mogelijk (met een maximum van veertien dagen) nadat de eerste behandelaar/compliance officer heeft beoordeeld dat er aanleiding is te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme, de transactie te melden bij de FIU.

De AFM heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat de door [naam] gehanteerde werkwijze in het kader van het vier-ogen-principe ongerechtvaardigd lang duurt. De voorzieningenrechter is van oordeel dat [naam], indien zij van oordeel was dat voor de zorgvuldigheid vier ogen waren vereist, haar bedrijfsproces zodanig dient in te richten dat de beoordeling en de melding plaatsvindt binnen een termijn van maximaal veertien dagen nadat de eerste behandelaar de ongebruikelijke transactie had beoordeeld. Daarbij merkt

de voorzieningenrechter op dat als het peilmoment zou liggen bij het tweede beoordelingsmoment, er nog steeds elf transacties te laat waren gemeld aan de FIU en dat ook dit aantal meldingen duidt op een structurele overtreding van art. 16 lid 1 Wwft door [naam].

Dit betekent dat de AFM naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter terecht heeft geconstateerd dat [naam] in de periode van nog geen jaar 27 ongebruikelijke transacties in strijd met art. 16 lid 1 Wwft niet tijdig heeft gemeld. Dit toont een structurele overtreding van dit artikel aan.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stelt de AFM terecht dat van een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door [verzoekster] als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken, in dit geval geen sprake is. Ook anderszins is niet aannemelijk gemaakt dat publicatie van de bestuurlijke boete leidt tot onevenredige schade.

[Verzoekster],
 gemachtigde: mr. G.P. Roth,
 tegen
 Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM),
 verweerster,
 gemachtigden: mr. C. de Rond en M. Koppenol.

(...; red.)

Overwegingen

Verzoek om voorlopige voorziening

1.1. Het verzoek strekt ertoe dat de openbaarmaking van het primaire besluit wordt geschorst.

1.2. Ter beantwoording van de vraag of aanleiding bestaat de beslissing tot openbaarmaking als bedoeld in artikel 32f, vierde lid, van de Wwft te schorsen, moet allereerst de rechtmatigheid van het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete worden beoordeeld. Indien naar het oordeel van de voorzieningenrechter de boete niet op goede gronden is opgelegd, bestaat reeds om die reden aanleiding tot schorsing van de beslissing tot openbaarmaking daarvan. Wat betreft de hoogte van de opgelegde boete geldt als uitgangspunt dat pas tot schorsing van de beslissing tot openbaarmaking wordt overgegaan als de hoogte van de boete naar het oordeel van de voorzieningenrechter in wanverhouding staat tot de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid.

1.3. Het oordeel van de voorzieningenrechter is niet bindend in de hoofdzaak.

1.4. In de bijlage bij deze uitspraak zijn de van toepassing zijnde rechts- en beleidsregels opgenomen.

Feiten en besluitvorming

1.5. [naam 6] is een Duitse vennootschap en beschikt over een Duitse bankvergunning. Zij maakt onderdeel uit van de [naam 8], waarvan de aan de beurs in [plaats 2] genoteerde onderneming [verzoekster] ([verzoekster]) de moedervernootschap is.

[naam] ([naam]) was een Nederlandse vennootschap, gevestigd te [plaats 3], en beschikte van 17 september 2009 tot 7 mei 2021 over een vergunning van de AFM als beleggingsonderneming. [naam] was een online broker die haar (execution only) beleggingsdiensten aanbood aan retail- en professionele cliënten.

Met ingang van 7 mei 2021 is [naam] door een juridische fusie opgegaan in [verzoekster]. Zij heeft haar activiteiten op de Nederlandse markt voortgezet als bijkantoor van [verzoekster], gevestigd te [plaats 3].

1.6. Op 25 augustus 2020 is de AFM een onderzoek gestart naar de naleving van de meldplicht van ongebruikelijke transacties aan de Financial Intelligence Unit-Nederland (FIU) door [naam] in de periode van 1 juli 2019 tot en met 30 juni 2020. Desgevraagd heeft [naam] 36 niet geanonimiseerde meldrapporten en bijbehorende documenten verstrekt.

De resultaten van het onderzoek zijn neergelegd in het onderzoeksrapport van 22 juli 2021.

1.7. Na bij brief van 2 augustus 2021 een voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan [verzoekster] kenbaar te hebben gemaakt en kennis te hebben genomen van de zinswijze van [verzoekster] daarop, heeft de AFM aan [verzoekster] bij het primaire besluit een bestuurlijke boete opgelegd en besloten tot publicatie daarvan.

Aan de bestuurlijke boete heeft de AFM ten grondslag gelegd dat [naam] in de periode van 10 oktober 2019 tot en met 29 juni 2020 27 keer ongebruikelijke transacties te laat heeft gemeld bij de FIU en in de periode van 14 november 2019 tot en met 15 juni 2020 bij 10 meldingen aan de FIU een onjuiste transactiedatum heeft opgenomen.

Omdat [naam] op 7 mei 2021 door een juridische fusie is opgegaan in [verzoekster] heeft de AFM

de bestuurlijke boete opgelegd aan haar rechtsopvolger onder algemene titel, [verzoekster].

De bevoegdheid van de AFM

2. [verzoekster] betoogt dat de AFM gelet op artikel 1d van de Wwft niet bevoegd is om haar een bestuurlijke boete op te leggen op grond van de Wwft en het boetebesluit openbaar te maken. Uit het bepaalde in lid 1, onderdeel b, van artikel 1d van de Wwft volgt dat de AFM uitsluitend met de handhaving van de Wwft is belast voor zover het betreft instellingen als bedoeld in artikel 1a, derde lid, onderdeel c, d, h en i of bij kantoren van dergelijke instelling met zetel buiten Nederland, alsmede beheerders als bedoeld in artikel 1a, zesde lid, Wwft. [verzoekster] is evident niet een dergelijke instelling, maar een bankinstelling als bedoeld in artikel 1a, lid 2, Wwft.

Artikel 1d, onder a, Wwft bepaalt dat in dat geval niet de AFM maar de DNB exclusief belast is met de uitvoering en de handhaving van de Wwft en bevoegd is om banken te beboeten. Naar opvatting van [verzoekster] is DNB als prudentieel toezichthouder ook beter in staat om de (vroegtijdige) publicatie van een bestuurlijke boete bij banken te beoordelen. Daarnaast kennen de AFM en DNB een afwijkend boetebeleid.

Subsidiair stelt zij dat de AFM gelet op het soevereiniteitsbeginsel niet gerechtigd is om hoge straffen als de onderhavige op te leggen aan een in Duitsland zetelende Duitse rechtspersoon.

2.1. De AFM heeft toegelicht dat [verzoekster] wordt beboet, omdat zij door de juridische fusie met [naam] als rechtsopvolger onder algemene titel van [naam] kwalificeert.

De AFM heeft een onderzoek naar de naleving van de Wwft verricht bij [naam] en geconstateerd dat door [naam] overtredingen zijn begaan. [naam] kwalificeert als beleggingsonderneming als bedoeld in artikel 1:1 van de Wwft en valt daarmee onder artikel 1a, derde lid, onderdeel c, Wwft. De AFM is op grond van artikel 1d Wwft voor wat betreft beleggingsondernemingen de bevoegde toezichthouder en niet DNB, zodat de AFM bevoegd is de bestuurlijke boete op te leggen. Wanneer overtredingen door een bepaalde onderneming zijn begaan en deze onderneming fuseert dan wel wordt overgenomen, kan de bestuurlijke boete aan de verkrijgende onderneming worden opgelegd.

2.2. Uit vaststaande jurisprudentie volgt dat de datum van de overtreding in de regel bepalend is

voor het antwoord op de vraag wie de overtreders is en aan wie de boete moet worden opgelegd (zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 16 juni 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM7776).

Uit het uittreksel uit het Handelsregister blijkt dat [naam] ten tijde van de gestelde overtredingen als beleggingsonderneming in het register was ingeschreven. Op 17 mei 2021 is de registratie beëindigd in verband met het verdwijnen van de rechtspersoon ten gevolge van de juridische fusie in de Duitse vennootschap [verzoekster].

Dat [naam] reeds voor het primaire besluit van 23 december 2021 van rechtsvorm gewijzigd is, maakt niet dat de AFM niet langer bevoegd was een boete voor door [naam] begane overtredingen op te leggen.

De voorzieningenrechter volgt niet het standpunt van [verzoekster] dat op het moment dat een onderneming van kleur verandert door een fusie (van beleggingsonderneming naar bank) de bevoegdheid van de AFM tot beboeting van de overtreding uit het verleden vervalst en moet worden overgedragen aan DNB. [verzoekster] kwalificeert als rechtsopvolger onder algemene titel van [naam] en als gevolg daarvan zijn alle rechten en verplichtingen van [naam] op [verzoekster] overgegaan. De AFM heeft daarom de overtredingen van [naam] aan [verzoekster] kunnen toerekenen. Op grond van artikel 1d, aanhef en onder b, van de Wwft is de AFM (onder meer) met de handhaving van deze wet belast voor wat betreft beleggingsondernemingen. De AFM was dan ook bevoegd de boete aan [verzoekster] (als rechtsopvolger onder algemene titel van [naam]) op te leggen.

2.3. De voorzieningenrechter volgt voorts niet het betoog van [verzoekster] dat een onrechtmatige inbreuk op de soevereiniteit van de Duitse autoriteiten wordt gemaakt door [verzoekster] als een in het buitenland (Duitsland) gevestigde rechtspersoon te beboeten.

[verzoekster] heeft niet inzichtelijk gemaakt welke inbreuk de AFM heeft gemaakt op de soevereiniteit van Duitsland en heeft evenmin onderbouwd waarom deze gestelde inbreuk zo ernstig is dat daaraan consequenties moeten worden verbonden voor de rechtmatigheid van het primaire besluit. De voorzieningenrechter wijst in dit kader ook naar de uitspraak van de College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 4 september

2018 («JOR» 2018/249, m.nt. Nuijten; *red.*), (ECLI:NL:CBB:2018:444).

De bestuurlijke boete heeft betrekking op de door de AFM aan [naam] tegengeworpen overtredingen, die op dat moment in Nederland was gevestigd en actief was. [verzoekster] is uitsluitend als rechtsopvolgster van [naam] beboet. Dat zij in Duitsland is gevestigd, overigens met een bijkantoor in Nederland, doet daar niet aan af.

Ten aanzien van de BaFin

3. [verzoekster] betoogt dat de AFM het zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden, nu de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), de Duitse toezichthouder belast met het toezicht op de naleving van de implementatie van de anti-witwasrichtlijn (AMLD) en aan de Wwft verwante bepalingen in Duitsland, niet is gehoord. De BaFin is volgens [verzoekster] belanghebbende ex artikel 1:2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) bij het primaire besluit, hetgeen betekent dat de AFM de BaFin ten onrechte niet heeft gehoord op grond van artikel 4:8 Awb.

3.1. Aangezien het gaat om overtredingen die door [naam] in Nederland zijn begaan en [verzoekster] enkel als rechtsopvolger is beboet, heeft de AFM zich terecht op het standpunt gesteld dat zij niet verplicht was de boete met de BaFin af te stemmen. Met de AFM is de rechtbank van oordeel dat de BaFin geen belanghebbende is bij het bestreden besluit. Dat de BaFin in Duitsland toezicht houdt op [naam 6] betekent niet dat de belangen van de BaFin (rechtstreeks) betrokken zijn bij het primaire besluit. Van een hoorplicht (en schending daarvan) was dan ook geen sprake.

Niet langer is in geschil dat de AFM desondanks voorafgaand aan het primaire besluit contact heeft gezocht met de BaFin bij e-mailberichten van 9 december 2021 en 27 december 2021 en de BaFin heeft geïnformeerd over het voornemen aan [naam 6] een bestuurlijke boete op te leggen. BaFin heeft de AFM bedankt voor de informatie en verder geen reactie gegeven of bedenkingen geuit.

Nu deze e-mailberichten van de AFM aan de BaFin op verzoek van de voorzieningenrechter alsnog door de AFM ter zitting zijn overgelegd zal zij zich in dit kader niet meer uitlaten over de vraag of deze e-mailberichten op de zaak betrekking hebbende stukken zijn in de zin van artikel 8:42, eerste lid, van de Awb.

Overtreding van artikel 16, eerste lid, van de Wwft 4. [verzoekster] betwist dat van een structurele overtreding van artikel 16, eerste lid, Wwft sprake is. Zij betoogt dat de AFM uitgaat van een onjuist peilmoment, waarbij de AFM verder wisselende uitgangspunten hanteert bij de vaststelling van dat peilmoment, hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid.

In het onderzoeksrapport van 22 juli 2021 en in het voornemen van 2 augustus 2021 ging de AFM er, volgens [verzoekster], van uit dat het ongebruikelijke karakter van een transactie bij [naam] kenbaar was of redelijkerwijs kenbaar had moeten zijn “op het moment waarop (door [naam]) een alert ticket was aangemaakt”. Op basis van dat peilmoment kwam de AFM (vrijwel steeds) tot de conclusie dat door [naam] te laat was gemeld aan de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU), waardoor de norm van artikel 16, eerste lid, Wwft werd geschonden.

In het boetebesluit geeft de AFM aan dat “als peilmoment niet geldt de datum van het aanmaken van het alert ticket, maar het moment waarop een behandelaar een transactie verdacht/ongebruikelijk heeft genoemd en/of een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering heeft uitgesproken en/of heeft geadviseerd dat de transactie moest worden gemeld”.

Als peilmoment dient volgens [verzoekster] te gelden het moment waarop de instelling heeft vastgesteld dat sprake is van een ongebruikelijke transactie, waarbij haar voldoende tijd moet worden geboden om een zorgvuldige afweging te maken en daadwerkelijk een melding te doen. Het gaat hier dus om twee zelfstandige momenten.

Op het moment dat een alert werd gegenereerd kon door [naam] nog niet worden vastgesteld dat sprake was van een ongebruikelijke transactie. Dit kon pas nadat dit door twee of soms zelfs drie medewerkers van [naam] was beoordeeld. [naam] hanteerde het vier-ogen-principe met het oog op een beheerste en integere uitoefening van het bedrijf en de zorgvuldige afweging ten aanzien van het melden van ongebruikelijke transacties aan de FIU. [naam] heeft steeds zorgvuldig afgewogen of een transactie als ongebruikelijk kwalificeerde en gemeld moest worden aan de FIU. Deze afweging sloot aan bij de norm van artikel 16, eerste lid, Wwft, de Algemene leidraad Wwft van het Ministerie van Financiën & Ministerie van Justitie en Veiligheid van 21 juli 2020 (de Leidraad) en de werkwijze en verwachting van de FIU.

De AFM heeft geen rekening gehouden met het wettelijke vereiste van een zorgvuldige afweging of een transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd. Daarmee is het bestreden besluit volgens [verzoekster] in strijd met de wet.

4.1. Tussen partijen is de werkwijze van [naam] niet in geschil. Deze werkwijze is als volgt.

[naam] beschikte over een geautomatiseerd transactiemonitoringssysteem. Dit systeem bevatte indicatoren op basis waarvan een “alert” werd gegenereerd. Alerts konden ook handmatig door medewerkers worden aangemaakt als zij tijdens hun werkzaamheden transacties waarnamen die verband kunnen houden met witwassen of financieren van terrorisme.

Naar aanleiding van een alert maakte [naam] een “alert ticket” aan. Het transactienummer dat de alert activeerde, werd in het alert ticket vermeld als “cashtransaction_id”.

Het alert ticket werd eerst bekeken door een client risk manager of een junior compliance officer en daarna steeds door een (andere junior of) senior compliance officer. De senior compliance officer concludeerde vervolgens of de transactie ongebruikelijk was en diende te worden gemeld bij FIU. De daadwerkelijke melding aan de FIU werd vastgelegd in een “Suspicious Activity Report” (SAR door een compliance officer, waarbij de analyses en beoordelingen aan het alert ticket werden toegevoegd door middel van “comments”. De door [naam] bij de FIU gemelde ongebruikelijke transacties werden vervolgens door FIU in een meldrapport gezet. [naam] kreeg hier een afschrift van.

4.2. De AFM heeft [naam] tegengeworpen dat zij 27 van de 36 onderzochte ongebruikelijke transacties niet onverwijld bij de FIU heeft gemeld en dat gelet daarop sprake is van een structurele overtreding van artikel 16, eerste lid, Wwft.

Volgens de AFM heeft [naam] meer dan veertien dagen (tussen de vijftien en 178 dagen) na het moment waarop het ongebruikelijke karakter van deze transacties bij [naam] in ieder geval bekend was deze transacties bij FIU gemeld. Als peilmoment hanteert de AFM het moment waarop een behandelaar een transactie verdacht/ongebruikelijk heeft genoemd en/of een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering heeft uitgesproken en/of heeft geadviseerd dat de transactie gemeld moest worden.

De AFM heeft ten aanzien van deze 27 ongebruikelijke transacties geconstateerd dat [naam] naar

aanleiding van een alert ticket slechts intern onderzoek heeft verricht. De medewerkers konden aan de hand van interne concrete en objectieve informatie vaststellen dat er (mogelijk) sprake was van een ongebruikelijke transactie, waarbij deze informatie geen vragen oproep waarvoor externe informatie bij de cliënt moest worden opgevraagd.

In de tabel in paragraaf 4.2 in het primaire besluit is weergegeven op welke datum een medewerker van [naam] een transactie voor het eerst verdacht/ongebruikelijk heeft genoemd en/of een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering heeft uitgesproken en/of heeft geadviseerd dat de transactie gemeld moest worden. Dit is veelal in een “comment” bij het alert ticket toegelicht en geeft aan op grond van welke informatie tot de conclusie is gekomen. Die medewerker heeft op die datum en op basis van de interne beschikbare informatie een beoordeling kunnen maken ten aanzien van de vraag of de transactie moest worden aangemerkt als ongebruikelijk. Op die datum was volgens de AFM het ongebruikelijke karakter van de transactie in ieder geval voor [naam] bekend en diende de transactie aldus onverwijld als ongebruikelijk bij de FIU gemeld te worden.

De AFM volgt [verzoekster] niet in haar standpunt dat naast de zorgvuldige afweging of een transactie als ongebruikelijk moet worden aangemerkt, waarbij tenminste twee medewerkers dan wel de afdeling compliance de transactie heeft onderzocht en deze als ongebruikelijk heeft aangemerkt, de instelling (in casu [naam]) aanneemelijk dient te maken dat het gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid over kan gaan tot het doen van een melding aan de FIU. Uit de tekst van artikel 16, eerste lid, Wwft volgt dat onverwijld moet worden gemeld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden.

Uit niets volgt dat deze bekendheid pas bestaat wanneer tenminste twee medewerkers dan wel de afdeling compliance een transactie heeft onderzocht en deze als ongebruikelijk heeft aangemerkt. Verder kan dit standpunt van [verzoekster] leiden tot een niet te rechtvaardigen lange doorlooptijd tussen de eerste vaststelling dat er (mogelijk) sprake is van een ongebruikelijke transactie die gemeld moet worden (het aanmaken van een alert ticket) en de tweede vaststelling, althans het compliance advies, en als gevolg daarvan de melding bij de FIU.

Vanwege de termijn van maximaal 14 dagen die [naam] had om een melding bij de FIU te doen na bekendheid met een mogelijke ongebruikelijke transactie, had [naam] haar bedrijfsprocessen zo kunnen inrichten dat zij binnen 14 dagen een compliance onderzoek had kunnen laten verrichten naar een transactie die eerder door een medewerker als ongebruikelijk was aangemerkt.

4.3. In artikel 16, eerste lid, Wwft is vermeld dat een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld aan de FIU meldt nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Een ongebruikelijke transactie van de cliënt moet dus worden gemeld indien een instelling daarvan heeft kennisgenomen.

4.4. De meldplicht is gericht op het integer houden van het financiële stelsel, witwassen van crimineel geld tegen te gaan en financieren van terrorisme voorkomen. Door de meldplicht wordt de FIU op de hoogte gebracht en in staat gesteld om de transactie te onderzoeken en waar nodig verdere acties (richting opsporingsinstanties) te ondernemen. Met het oog op dat doel moeten transacties onverwijld, oftewel zo snel mogelijk na het bekend worden ervan en uiterlijk binnen veertien dagen, worden gemeld.

In de wetsgeschiedenis en jurisprudentie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het Cbb van 5 november 2015 (ECLI:NL:CBB:2015:363, r.o. 3.4) is vermeld dat de verplichting om een ongebruikelijke transactie te melden, niet is beperkt tot de situatie dat concrete aanwijzingen bestaan dat sprake is van witwassen of het financieren van terrorisme. De meldingsplicht van artikel 16 Wwft heeft een ruimere strekking: iedere ongebruikelijke transactie moet worden gemeld. De drempel om te melden is dus laag.

4.5. Uit bijlage 1, tabel 1 van de Indicatorlijst van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 blijkt dat het bij een beleggingsonderneming om “een ongebruikelijke transactie” gaat als de instelling aanleiding heeft om te veronderstellen dat deze verband *kan* houden met witwassen of financieren van terrorisme. Daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen objectieve en subjectieve indicatoren.

Tussen partijen is niet in geschil dat het in onderhavig geval gaat om ongebruikelijke transacties die op grond van de subjectieve indicator tot een meldplicht leidde.

De subjectieve indicator scheidt een meldingsplicht op basis van de inschatting die de instelling zelf van een bepaalde situatie maakt. Het gaat dan om transacties waarbij aanleiding is te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.

4.6. Met ingang van 1 januari 2013 is de formulering in artikel 16, eerste lid, Wwft aangepast van melding van ongebruikelijke transactie “*binnen uiterlijk 14 dagen*” naar “*onverwijld*”.

In de wetgeschiedenis (Kamerstukken II 2011-2012, 33238, nummer. 3, p. 17-18) is daarover opgemerkt dat conform de aanbevelingen van de FATF (Financial Action Task Force) een ongebruikelijke transactie onverwijld dient te worden gemeld. In praktijk komt deze wijziging er op neer dat in ieder geval binnen 14 dagen moet worden gemeld, *of zo veel sneller als feitelijk mogelijk bij voldoende zorgvuldige interne afweging*, of een transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd.

Ook in de Leidraad (p. 39) wordt aangegeven dat “onverwijld” betekent zo snel als mogelijk bij een zorgvuldige afweging. De Leidraad biedt Wwft-instellingen dus de ruimte waar nodig onderzoek te doen om vast te kunnen stellen of een transactie ongebruikelijk is.

4.7. Bij de verdere beoordeling is van belang de vraag op welk moment (peilmoment) het ongebruikelijke karakter van de transacties bekend is geworden bij [naam] en of de melding vervolgens onverwijld (zo spoedig mogelijk met een maximum van veertien dagen) aan de FIU is gedaan. [verzoekster] stelt dat het ongebruikelijke karakter van de transacties pas na “voldoende zorgvuldige interne afweging” is vastgesteld, namelijk op het moment dat het alert-ticket door twee (vierogen principe) of soms zelfs drie medewerkers van [naam] was geanalyseerd en beoordeeld.

De AFM zegt dat dit al het geval was nadat de eerste medewerker het alert-ticket had beoordeeld en de transactie verdacht/ongebruikelijk had genoemd en/of een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering had uitgesproken en/of had geadviseerd dat de transactie gemeld moest worden. Zoals ter zitting is toegelicht, hoeft volgens de AFM deze eerste medewerker/beoordelaar geen compliance officer te zijn.

4.8. Zoals hierboven is opgemerkt dient iedere ongebruikelijke transactie te worden gemeld en is de drempel om te melden laag. Weliswaar bieden de wetgeschiedenis en Leidraad ruimte waar no-

dig onderzoek te doen om vast te kunnen stellen of een transactie ongebruikelijk is, maar als dit slechts intern onderzoek is – als hier het geval – dient de instelling naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter zo spoedig mogelijk,

(met een maximum van veertien dagen) nadat de eerste behandelaar/compliance officer heeft beoordeeld dat aanleiding is te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme, de transactie te melden bij de FIU.

De AFM heeft zich op het standpunt kunnen stellen dat de door [naam] gehanteerde werkwijze in het kader van het vier-ogen-principe ongerechtvaardigd lang duurt.

Met de AFM is de voorzieningenrechter verder voorlopig van oordeel dat [naam], indien zij van oordeel was dat voor de zorgvuldigheid vier ogen waren vereist, haar bedrijfsproces zodanig dient in te richten dat de beoordeling en de melding plaatsvindt binnen een termijn van maximaal veertien dagen nadat de eerste behandelaar de ongebruikelijke transactie had beoordeeld.

Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat als het peilmoment zou liggen bij het tweede beoordelingsmoment, er nog steeds 11 transacties te laat waren gemeld aan de FIU en dat ook dit aantal meldingen duidt op een structurele overtreding van artikel 16, eerste lid, Wwft door [naam]. 4.9. Subsidiair heeft [verzoekster] zich op het standpunt gesteld dat de door de AFM gehanteerde uitleg van het peilmoment niet voorzienbaar was en in strijd met het *lex certa* beginsel.

De voorzieningenrechter volgt dit standpunt niet. De tekst van artikel 16, eerste lid, Wwft is duidelijk: ongebruikelijke transacties dienen onverwijld te worden gemeld, nadat een instelling bekend is geworden met het ongebruikelijke karakter van de transactie. Deze norm is ook voldoende bepaalbaar. Dat in de wetgeschiedenis en de Leidraad is gesproken over een voldoende zorgvuldige interne afweging of een transactie als ongebruikelijk moet worden beschouwd, kan niet zodanig worden uitgelegd dat van een dergelijke afweging pas sprake is als de transactie door tenminste twee medewerkers dan wel de afdeling compliance is beoordeeld. Daarvoor biedt de wetgeschiedenis geen aanknopingspunt. Ook het doel van de meldplicht maakt de uitleg die de AFM heeft gehanteerd voorzienbaar.

4.10. Het standpunt van [verzoekster] dat [naam] een zorgvuldige afweging moest maken alvorens

tot melding over te gaan, gelet op de strafrechtelijke en civielrechtelijke vrijwaring in artikel 19 en 20 Wwft, kan evenmin afdoen aan de termijnoverschrijding van de meldplicht. Voor eventuele schade van derden die het gevolg is van een dergelijke melding is de instelling op grond van de genoemde artikelen in beginsel niet aansprakelijk. Van civielrechtelijke claims is de instelling gevrijwaard, indien de melding is gedaan “in de redelijke veronderstelling” uitvoering te geven aan de Wwft. Deze redelijke veronderstelling kan al aanwezig worden geacht als reeds door één medewerker (al dan niet een compliance officer) is beoordeeld dat sprake is van een ongebruikelijke transactie en geen extern onderzoek nodig is geacht.

4.11. Verder heeft [verzoekster] gesteld dat, als de FIU wordt overspoeld met meldingen, de FIU mogelijk in capaciteitsproblemen raakt en niet alle meldingen kunnen worden geanalyseerd en haar doel voorbij wordt geschoten. Hierbij wijst [verzoekster] op een artikel in het Financieel Dagblad, waarin staat vermeld dat niet langer alle transacties op de “zwarte” lijst hoeven te worden gemeld.

De in het artikel gemelde situaties zijn echter niet vergelijkbaar met de onderhavige.

Dit betroffen meldingen waar geen inhoudelijke beoordeling aan ten grondslag lag. In het onderhavige geval heeft wel een beoordeling van de transacties plaatsgevonden.

Daarnaast is niet gesteld of aangetoond dat er een aanzienlijk verschil zit tussen het aantal transacties dat als ongebruikelijk is aangemerkt bij een eerste vaststelling en het aantal transacties dat na een tweede vaststelling uiteindelijk wordt gemeld.

4.12. Ten aanzien van het betoog van [verzoekster] dat de AFM wisselende uitgangspunten bij de vaststelling van het peilmoment hanteert en voor haar op voorhand nooit duidelijk kan zijn geweest wat de AFM van haar verwachtte, oordeelt de voorzieningenrechter als volgt.

Zoals hiervoor onder 4. is overwogen, ging de AFM in de motivering van het onderzoeksrapport van 22 juli 2021, dat aan het voornemen van 2 augustus 2021 ten grondslag lag, ervan uit dat het ongebruikelijke karakter van een transactie bij [naam] in de meeste gevallen kenbaar was of redelijkerwijs kenbaar had moeten zijn “op het moment waarop (door [naam]) een alert ticket was aangemaakt” (het peilmoment). In het primaire besluit heeft de AFM echter als peilmoment aan-

gehouden “het moment waarop een behandelaar een transactie verdacht/ongebruikelijk heeft genoemd en/of een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering heeft uitgesproken en/of heeft geadviseerd dat de transactie moest worden gemeld”.

[verzoekster] is beboet voor overtredingen als vastgesteld in het primaire besluit, zodat alleen relevant is het peilmoment in dat besluit.

Dat in het onderzoeksrapport wordt verwezen naar het alert ticket als het moment waarop in de meeste gevallen het ongebruikelijke karakter van een transactie kenbaar was of redelijkerwijs kenbaar had moeten zijn voor [naam], is verwarrend. Echter daaruit kan niet worden afgeleid dat sprake is van een onrechtmatig besluit.

De AFM heeft toegelicht dat alleen de bijlagen 1 en 2 bij het onderzoeksrapport (met uitzondering van SAR28 die niet meer ten grondslag is gelegd aan het besluit en SAR48 en 49), waarin de feiten staan vermeld en toegelicht, zijn overgenomen in het primaire besluit. In deze bijlagen is uitgewerkt op welke datum [naam] geacht werd bekend te zijn met het ongebruikelijke karakter van de transacties.

De AFM stelt terecht dat geen enkele keer het peilmoment is vastgesteld enkel onder verwijzing naar de datum waarop een alert ticket is aangemaakt. In het primaire besluit, dat bepalend is voor de boeteoplegging, heeft de AFM steeds de comments/beoordelingen van medewerkers van [naam] gehanteerd als datum (peilmoment) waarop [naam] bekend was met het ongebruikelijke karakter van een transactie.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is [verzoekster] niet benadeeld door deze benadering, immers door uit te gaan van een ander/latere peilmoment dan het alert ticket (te weten de eerste beoordeling ervan door een medewerker) begint de meldtermijn (onverwijld, met een maximum van veertien dagen) op een later tijdstip te lopen.

4.13. [verzoekster] heeft nog gewezen op een eerder onderzoek door de AFM bij [naam] en dat in het kader van de opgelegde maatregelen aandacht is geweest voor de compliance functie.

Zij stelt dat gelet op die procedure [naam] ervan uit mocht gaan dat deze functie in orde was.

Nu niet is gesteld of gebleken dat het onderzoek van de AFM zich destijds ook heeft gericht op de meldplicht ongebruikelijke transacties gaat de

voorzieningenrechter voorbij aan deze stelling van [verzoekster].

4.14. [verzoekster] betoogt dat niet bij 27 maar bij (12 dan wel) 10 SAR meldingen sprake was van een periode van meer dan 14 dagen tussen moment dat de compliance officer de transactie als ongebruikelijk had bestempeld en de datum waarop de melding is gedaan bij de FIU.

Ook dit standpunt van [verzoekster] volgt de voorzieningenrechter niet. Artikel 16 van de Wwft vermeldt een onverwijld melding “nadat” het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden. Er staat niet dat “een dag na” het moment van vaststellen van het ongebruikelijke karakter van de transactie de termijn gaat lopen. Nu de AFM naar het oordeel van de voorzieningenrechter van het juiste peilmoment is uitgegaan zijn het aantal te late meldingen van ongebruikelijke transacties (27) ook juist vastgesteld.

4.15. Dit betekent dat de AFM naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter terecht heeft geconstateerd dat [naam] in de periode van nog geen jaar 27 ongebruikelijke transacties in strijd met artikel 16, eerste lid, van de Wwft niet tijdig heeft gemeld. Dit toont een structurele overtreding van dit artikel aan.

Overtreding van artikel 16, tweede lid, onder c, van de Wwft

5. [verzoekster] betoogt dat de AFM ten onrechte de overtreding van artikel 16, tweede lid, onder c, Wwft heeft vastgesteld en dat [naam] artikel 16, tweede lid, onder c, Wwft niet heeft overtreden. Het overzicht van de AFM geeft volgens haar een te beperkt beeld van de meldingen die door [naam] aan de FIU zijn gedaan.

[verzoekster] wijst op de toelichting in iedere SAR en/of de bijlagen bij de FIU-meldingen, waaruit volgt om welke transactie(s) het ging, wat het verband is tussen de transacties en wat de reden is om de melding te doen. Dit blijkt ook uit het FIU-meldrapport.

Dat sprake is van een afwijkende datum en/of transactienummer is daarmee verklaarbaar.

Het transactiemonitoringsysteem markeert een mogelijk ongebruikelijke transactiebeweging of (samenstel aan) handelingen voor verder analyse en onderzoek naar de betreffende cliënt. Bij dit onderzoek kan ook een andere transactie aan het licht komen. Indien blijkt dat (ook) die andere transactie als ongebruikelijk moest worden aan-

gemeld, werd ook die transactie gemeld bij de FIU. Daarbij kan het voorkomen dat de eerste transactie toch niet als ongebruikelijk is aangemerkt en de daarop volgende transacties wel.

Het overzicht van de AFM geeft volgens haar een te beperkt beeld van de meldingen die door [naam] aan FIU zijn gedaan.

5.1. De AFM heeft zich op het standpunt gesteld dat [naam] in de periode van 14 november 2019 tot en met 15 juni 2020 bij 10 FIU-meldingen een onjuiste transactiedatum heeft verstrekt. De AFM heeft per SAR-nummer gemotiveerd waarom een onjuiste transactiedatum is vermeld. Daarbij heeft de AFM de informatie in de FIU-meldrapporten vergeleken met de bijbehorende alert tickets en de voor de SAR-nummers door [naam] aangeleverde screenshots. De AFM meent dat niet dan wel onvoldoende blijkt waarom een transactie waarvoor het alert ticket was aangemaakt niet meer als ongebruikelijk is aangemerkt dan wel waarom die transactie niet apart is gemeld, terwijl een transactie van een latere datum wel als ongebruikelijk is aangemerkt door [naam].

5.2. Door [verzoekster] wordt niet betwist dat [naam] in deze 10 meldingen niet de transactiedatum (het tijdstip) heeft vermeld van de transactie waarvoor het desbetreffende alert ticket was aangemaakt, maar van een transactie van een latere datum. Zij stelt echter dat dit (in een aantal gevallen) verklaard kan worden en heeft dit ook nader toegelicht.

5.3. De voorzieningenrechter acht de door de AFM gegeven uitleg en toelichting ter zitting voorlopig voldoende voor het oordeel dat [naam] artikel 16, tweede lid, van de Wwft heeft overtreden. De voorzieningenrechter stelt vast dat [naam] op grond van de wet niet gehouden was een transactienummer te vermelden, maar wel het tijdstip/de datum van de transactie. Uit de meldingen die [naam] bij de FIU heeft gedaan is zichtbaar dat zij steeds één transactie als ongebruikelijk meldt. Het FIU-meldingsrapport vermeldt de “transaction description”, de toelichting die [naam] bij haar melding aan de FIU heeft doorgegeven. Tussen de AFM en [verzoekster] bestaat verschil van inzicht over de transactiedatum die blijkt uit de informatie in de FIU-meldrapporten in vergelijking met de informatie in de bijbehorende alert tickets en de voor de SAR-nummer aangeleverde screenshots. In de bezwaarfase kunnen hieromtrent nadere standpunten en stukken worden gewisseld en zo nodig

nader onderzoek worden gedaan. De voorlopige voorzieningen procedure leent zich hier niet voor.

Opportuniteit van de boete

6. [verzoekster] betoogt dat het aantal werkelijk te laat gemelde ongebruikelijke transacties veel lager is (10 dan wel 12 in plaats van 27), zeker als rekening wordt gehouden met het totale aantal van 38.891 alert tickets, die in die periode zijn uitgebracht. Daarnaast is geen sprake van een forse overschrijding van de termijn voor het melden van een ongebruikelijke transactie en heeft [naam] steeds gemeld aan de FIU. [naam] heeft steeds zorgvuldig beoordeeld of sprake was van een ongebruikelijke transactie door toepassing van het vier-ogen-principe en het transactiemonitoringsysteem. [verzoekster] wijst er verder op dat haar cliënten steeds hun “reference-accounts” aanhouden bij gereputeerde kredietinstellingen binnen de Europese Unie en dat dit betekent dat stortingen en onttrekkingen alleen kunnen plaatsvinden via rekeningen bij genoemde kredietinstellingen, waarbij iedere transactie twee keer wordt gecheckt.

Deze omstandigheden doen af aan de opportuniteit en de ernst van de overtreding.

Verder is herhaling door de fusie met [verzoekster] nagenoeg uitgesloten. [naam] is opgegaan in een groeps-brede compliance afdeling. Voorts is alle medewerking verleend aan het onderzoek.

6.1. De beroepsgrond dat het opleggen van de bestuurlijke boete niet opportuun is vanwege de beperkte ernst en verwijtbaarheid slaagt niet.

De stellingen van [verzoekster] doen niet af aan de omstandigheid dat [naam] ongebruikelijke transacties tijdig diende te melden bij FIU. [naam] was een professionele marktpartij met een eigen verantwoordelijkheid om zich aan de geldende wet- en regelgeving te houden.

Dat cliënten van [naam] gebruik maken van “reference-accounts”, doet hieraan niet af. [naam] had een zelfstandige verplichting om ongebruikelijke transacties onverwijld te melden.

De meldplicht heeft een opsporingsfunctie en belangrijke preventieve werking. Als een instelling een ongebruikelijke transactie niet tijdig meldt kan niet direct een onderzoek door de FIU worden gestart, hetgeen kan bijdragen aan (het faciliteren van) witwassen en/of financieren van terrorisme. De voorzieningenrechter acht de overtreding van artikel 16 Wwft naar zijn aard dan ook ernstig.

Daarbij neemt de voorzieningenrechter in aanmerking dat de AFM ten aanzien van 27 van de in totaal 36 aan de FIU gemelde transacties heeft vastgesteld dat deze niet onverwijld zijn gedaan. Ook de termijn van de overschrijding was soms fors en bij sommige transacties ging het om grote bedragen. De voorzieningenrechter is voorlopig van oordeel dat de door [naam] begane overtreding van artikel 16 Wwft ook hierom ernstig is en dat de AFM deze overtreding terecht als een structurele overtreding heeft bestempeld.

Dat [verzoekster] maatregelen heeft getroffen om herhaling te voorkomen, doet hier evenmin aan af. De bestuurlijke boete is opgelegd omdat [naam] (in het verleden) artikel 16 Wwft heeft overtreden en de AFM bestraffing op zijn plaats acht. Wel heeft de AFM in de door [verzoekster] getroffen maatregelen om herhaling te voorkomen aanleiding gezien het boetebedrag met 20% te matigen, waarbij de AFM ook rekening heeft gehouden met de verleende medewerking door [naam] aan het onderzoek.

6.2. Ter zitting heeft [verzoekster] nog aangevoerd dat uit het recent gepubliceerde jaarverslag van de AFM blijkt dat in 2021 slechts twee boetes (uitsluitend aan [verzoekster]) zijn opgelegd tegenover 1189 informele maatregelen. [verzoekster] heeft echter niet aannemelijk gemaakt dat in gelijke gevallen als de onderhavige de AFM willekeurig of met alleen bijzondere aandacht voor haar heeft gehandeld.

Ook kan de in algemene zin ter zitting aangehaalde boete aan de Belastingdienst in verband met de “zwarte lijst” niet met het onderhavige boetebesluit worden vergeleken nu sprake is van een geheel ander (wettelijk) kader.

6.3. Gelet op het voorgaande heeft de AFM kunnen besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan [verzoekster].

Boetheogte

7. [verzoekster] betoogt dat de boete onevenredig hoog is en dat de AFM ten onrechte een omzet gerelateerde boete heeft opgelegd. De wet noch het boetetoemtingsbeleid van de AFM schrijft een omzet gerelateerde boete dwingend voor. Verder wordt niet voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van het omzet gerelateerde boeteregime, omdat de AFM ten onrechte is uitgegaan van de omzet van moedermaatschappij [naam 8]. Daardoor is de omzet van [verzoekster] zelf ten onrechte vastgesteld op meer dan € 50 miljoen en

is [verzoekster] bovendien ten onrechte in de 100%-categorie van het boetetoemingsbeleid ingedeeld. [verzoekster] acht het onrechtvaardig om uit te gaan van de omzet van [naam 8] over 2020, omdat [naam] in de overtredingsperiode een zelfstandige rechtspersoon was. [verzoekster] heeft er nooit rekening mee hebben kunnen of hoeven houden dat aan haar een boete zou worden opgelegd, waarbij voor wat betreft de hoogte van de boete zou worden uitgegaan van haar omzet in 2020.

Verder betoogt [verzoekster] dat de AFM ten onrechte en in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en de geldende overgangsregeling het nieuwe boetetoemingsbeleid heeft toegepast.

7.1. Gelet op het in r.o. 1.2 weergegeven toetsingskader is met het oog op de publicatie van de boeteoplegging maatgevend of [verzoekster], als rechtsoptvolger onder algemene titel van [naam], terecht als overtreder is aangemerkt en of in redelijkheid tot boeteoplegging kon worden overgegaan. Gelet op het voorgaande is dit naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter het geval.

Bij de vraag of geoordeeld moet worden dat de boeteoplegging in essentie in stand kan blijven zal de voorzieningenrechter aan de hand van wat [verzoekster] heeft aangevoerd nagaan of sprake is van een wanverhouding tussen de ernst en verwijtbaarheid en de hoogte van de boete.

7.2. Het betoog van [verzoekster] dat de AFM ten onrechte een omzet gerelateerde boete heeft opgelegd slaagt niet.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat artikel 32, eerste lid, van de Wwft geen “kan-bepaling” betreft. Met het woord “bedraagt” is dwingend-rechtelijk voorgeschreven dat als aan de in het artikellid gestelde voorwaarde is voldaan de boete aan de hand van de netto-omzet van de overtreder berekend wordt. De voorzieningenrechter verwijst naar de tekst van artikel 32, eerste lid, Wwft, waarin duidelijk is bepaald dat, indien een bestuurlijke boete wordt opgelegd wegens een overtreding die is begaan door (i) een beleggingsinstelling (*[naam]*) wegens (ii) een overtreding van een voorschrift dat is gerangschikt in de derde boetecategorie (*zoals artikel 16 Wwft*), een omzet gerelateerde boete van ten hoogste 20% van de netto-omzet wordt opgelegd, (iii) indien dat meer is dan tweemaal het op grond van artikel 31 toepasselijke maximumbedrag. Daarmee staat vast dat de omzet gerelateerde boete van artikel 32

Wwft in het onderhavige geval dwingend is voorgeschreven.

Gelet op het bepaalde in het tweede lid van artikel 32 Wwft was de AFM verder gehouden om uit te gaan van de netto-omzet van [naam 8], de uiteindelijke moeder-maatschappij. Niet in geschil is dat daarmee de voor het boetebedrag te hanteren netto-omzet meer dan € 200 miljoen is.

7.3. In haar verweerschrift en ter zitting heeft de AFM – onweersproken – nader toegelicht dat de toepassing van het omzet gerelateerde regime in dit geval geen verschil maakt voor de hoogte van de uiteindelijk opgelegde bestuurlijke boete.

De AFM stelt dat zij met toepassing van artikel 5.1 van het boetetoemingsbeleid, op basis van artikel 31, eerste, tweede en derde lid, Wwft en artikel 13 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs), is uitgegaan van het basisbedrag van € 2.500.000,- en dat dit bedrag vervolgens in het kader van de passendheidstoets met 20% is verlaagd, bij het doorlopen van de stappen als bedoeld voor het “reguliere regime in artikel 3 van het boetetoemingsbeleid, Daarmee komt het boetebedrag uit op € 2.000.000,-.

Gelet op het voorgaande heeft de AFM naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter op juiste gronden kunnen besluit tot het opleggen van een boete ter hoogte van € 2.000.000,-.

7.4. De stelling van [verzoekster], dat de AFM tot op heden nauwelijks boetes heeft opgelegd waarbij de hoogte van de boete is gerelateerd aan de omzet van de overtreder of van de moedermaatschappij, doet aan het voorgaande niet af. [verzoekster] heeft verder haar stelling dat in vergelijkbare gevallen door de AFM geen omzet gerelateerde boete is opgelegd, niet onderbouwd. Niet is gebleken dat sprake is van vergelijkbare gevallen.

7.5. Evenmin kan [verzoekster] gevolgd worden in haar stelling dat het boetetoemingsbeleid uit 2016 diende te worden toegepast. Voorafgaand aan het primaire besluit is het boetetoemingsbeleid 2021 in werking getreden dat, in tegenstelling tot het beleid uit 2016, specifiek toeziet op bestuurlijke boetes op grond van de Wwft. Met de AFM is de voorzieningenrechter van oordeel dat de overgangsregeling bij het nieuwe boetebeleid expliciet duidelijk maakt dat vanwege de ingrijpende wetswijzigingen per 11 augustus 2016 voor alle overtredingen waarop op grond van de wet het regime van de omzet gerelateerde boete van toepassing is, het nieuwe beleid direct wordt toe-

gepast. Dat geldt ook als de overtreding is begaan vóór de inwerkingtreding van het nieuwe beleid. 7.6. Gelet op het vorenstaande staat het boetebedrag naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter niet in een wanverhouding met de ernst en de verwijtbaarheid van de overtreding en heeft de AFM de hoogte van de boete conform de wet en haar boetetoemtingsbeleid bepaald.

Publicatie

8. [verzoekster] betoogt dat iedere openbaarmaking van het boetebesluit – zeker een vroegtijdige – achterwege behoort te blijven, omdat de AFM daartoe niet gerechtigd is.

Het boetebesluit zelf is zodanig gebrekkig, en zelfs onbevoegdlijk genomen, dat reeds daarom iedere openbaarmaking achterwege behoort te blijven.

Daarnaast heeft de AFM een verkeerd criterium toegepast bij beantwoording van de vraag of openbaarmaking moet worden uitgesteld dan wel geanonimiseerd. De jurisprudentie waarnaar de AFM verwijst heeft geen betrekking op Wwft zaken en de toets is te beperkt.

Ter onderbouwing van haar betoog verwijst [verzoekster] naar een advies bij de Wet transparant toezicht financiële markten van de Afdeling Advies van de Raad van State (TK 2016-2017, 34 769, nr. 4). In dit advies staat vermeld dat de Wft uiteenlopende belangen beschermt waaronder die van vertrouwelijkheid en dat die belangen steeds weer en per individueel geval door de toezichthouder afgewogen zullen moeten worden. Verder wijst [verzoekster] op de uitspraak van de Afdeling van 2 februari 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:285), waarin de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel centraal staat. [verzoekster] leidt daaruit af dat een ietserevevenredigheidsdoets moet worden verricht. Dit is niet te rijmen met het standpunt van de AFM dat van onevenredigheid alleen sprake is in een bijzondere en uitzonderlijke situatie.

Ook is [verzoekster] van mening dat het persbericht op onderdelen feitelijk onjuist is, met name waar wordt gesteld dat in 27 gevallen te laat is gemeld en in 10 gevallen een onjuiste transactiedatum is gemeld. De zinnen “Het grootste gedeelte (...) op de drie niet” is niet correct. Daarnaast zou ten minste vermeld moeten worden dat het hier volgens de AFM een verplicht voorgeschreven omzet gerelateerde boete betreft.

8.1. Uit hetgeen hiervoor door de voorzieningenrechter is overwogen volgt dat van onbevoegdheid of onrechtmatigheid op voorhand niet is gebleken. Voor het oordeel dat openbaarmaking in zijn geheel achterwege behoort te blijven bestaat daarom geen aanleiding.

8.2. De voorzieningenrechter verwijst naar het bepaalde in de artikelen 32f, eerste lid, juncto 32f, vierde lid, Wwft. Het vierde lid bepaalt dat de AFM een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete zo spoedig mogelijk openbaar maakt, indien het een bestuurlijke boete betreft ter zake van een overtreding van een voorschrift dat op grond van artikel 31, tweede lid, Wwft is gerangschikt in de derde categorie. Niet is in geschil dat een overtreding van artikel 16 van de Wwft beboetbaar is gesteld met een boete uit de derde categorie. Slechts indien één van de in artikel 32g, eerste lid, van de Wwft limitatief opgesomde uitzonderingsgronden van toepassing is, dient openbaarmaking te worden uitgesteld of geanonimiseerd.

8.3. Uit de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 3, p. 11) bij de wijziging van de Wwft en enkele andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) nr. 2015/849/EC (de vierde anti-witwasrichtlijn) volgt dat met de publicatiebepalingen uit de Wwft aansluiting is gezocht bij de publicatiebevoegdheden uit de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Verder blijkt uit de Memorie van Toelichting dat in de beginselplicht tot openbaarmaking van sanctiebesluiten tot uitdrukking komt dat de belangen bij openbaarmaking in beginsel opwegen tegen het belang van de overtreder dat de overtreding niet bekend wordt. Desalniettemin is de toezichthoudende autoriteit gehouden een afweging hieromtrent te maken, omdat er in voorkomende gevallen aanleiding kan bestaan om een sanctiebesluit anoniem, uitgesteld of zelfs niet openbaar te maken indien de belangen van de overtreder onevenredig zouden worden geschaad.

8.4. Uit vaste jurisprudentie over de openbaarmaking van besluiten tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie ingevolge de Wft, bijvoorbeeld de uitspraak van het CBB van 12 oktober 2017 (ECLI:NL:CBB:2017:327), volgt dat de toezichthouder verplicht is een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete volledig openbaar te maken, tenzij bekendmaking van persoonsgegevens onevenredig zou zijn of betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berok-

kend. Nu het belang van de toezichthouder bij publicatie slechts wijkt voor het belang van de betrokken partijen in geval van onevenredigheid of onevenredige schade, dient het in zodanig geval te gaan om een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door de financiële onderneming als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken.

8.5. De voorzieningenrechter volgt [verzoekster] niet in haar betoog dat de AFM niet aan de hand van dit criterium mocht beoordelen of aanleiding bestond om het boetebesluit anoniem of uitgesteld openbaar te maken. Het door [verzoekster] genoemde advies van de Afdeling advisering van de Raad van State over de Wet transparant toezicht financiële markten is in lijn met de opmerking van de wetgever dat steeds een belangenafweging moet worden gemaakt. Ook bij toepassing van het door de AFM gehanteerde toetsingscriterium vindt een belangenafweging plaats, echter met dien verstande dat aan het belang van de bescherming van de markt een dermate zwaar gewicht toekomt dat dit belang in beginsel dient te prevaleren.

8.6. Het beroep van [verzoekster] op de uitspraak van de Afdeling van 2 februari 2022 inzake de toepassing van het evenredigheidsbeginsel leidt evenmin tot een ander beoordelingskader.

De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze uitspraak – waarin handvatten zijn gegeven voor toetsing aan het evenredigheidsbeginsel – uitsluitend betrekking heeft op gevallen waarin sprake is van beleidsruimte (zie ook overweging 7.5 van die uitspraak). Hier is een gebonden bevoegdheid aan de orde. De wettelijk ingevulde belangenafweging houdt rekening met het evenredigheidsbeginsel. Een afzonderlijke evenredigheidstoetsing op grond van artikel 3:4, tweede lid, van de Awb voegt daaraan niets toe.

8.7. Gelet op het voorgaande heeft de AFM terecht aan de hand van het in het kader van de Wft in de jurisprudentie ontwikkelde criterium beoordeeld of aanleiding bestond om het boetebesluit anoniem of uitgesteld openbaar te maken. Uit de gronden bij het verzoek en de nadere toelichting ter zitting blijkt dat [verzoekster] met name een beroep doet op de grond genoemd onder b van artikel 32g van de Wwft. [verzoekster] heeft echter nagelaten om dit standpunt met argumenten te onderbouwen.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter stelt de AFM terecht dat van een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door [verzoekster] als gevolg van de publicatie te verwachten schade zodanig uitzonderlijk is dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken, in dit geval geen sprake is. Ook anderszins is niet aannemelijk gemaakt dat publicatie van de bestuurlijke boete leidt tot onevenredige schade.

8.8. Mede gelet op hetgeen hiervoor door de voorzieningenrechter is overwogen over de rechtmatigheid van het bestreden besluit wordt [verzoekster] niet gevolgd in haar standpunt dat het persbericht op onderdelen feitelijk onjuist is. Evenmin ziet zij de meerwaarde van het vermelden in de publicatie dat het een omzet gerelateerde boete betreft nu berekening via de reguliere wijze tot een vergelijkbaar bedrag zou hebben geleid.

Op de zaak betrekking hebbende stukken

9. [verzoekster] heeft betoogd dat de AFM niet alle op de zaak betrekking hebbende stukken heeft overgelegd. Zij meent dat – voor zover hier nog van belang – de (e-mail) correspondentie die is gewisseld tussen de AFM en de FIU inclusief de kwartaalrapportages dient te worden opgenomen in het dossier.

9.1. De AFM is slechts gehouden de op de zaak betrekking hebbende stukken te overleggen. Tot de op grond van artikel 8:42, eerste lid, Awb over te leggen stukken behoren alle stukken die de AFM ter raadpleging ter beschikking staan of hebben gestaan en die van belang kunnen zijn voor de beslechting van de (nog) bestaande geschilpunten (zie de uitspraak van de Hoge Raad van 4 mei 2018 («JOR» 2018/247, m.nt. Nuijten; red.), ECLI:NL:HR:2018:672, r.o. 3.4.2).

De AFM stelt dat in het dossier dat door de afdeling MIH is overgedragen aan de boetefunctionaris geen stukken zaten zoals omschreven. Voor zover de stukken al bestaan, stonden zij niet bij de voorbereiding van het besluit ter beschikking. De stukken zijn dus ook niet gebruikt voor de onderbouwing van het besluit.

Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft [verzoekster] niet aannemelijk gemaakt dat de gevraagde stukken – voor zover die er al zijn – van belang zijn voor de beslechting van de bestaande geschilpunten. Dat zij hierdoor in haar (verdedigings)belang zou zijn geschaad, wordt dan ook niet gevolgd.

10. Gelet op wat hiervoor is overwogen ziet de voorzieningenrechter geen aanleiding om te veronderstellen dat de boeteoplegging aan [verzoeker] in essentie niet in stand zal kunnen blijven.

11. De voorzieningenrechter wijst het verzoek af.

12. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De voorzieningenrechter wijst het verzoek om voorlopige voorziening af.

NOOT

1. Bovenstaande uitspraak betreft een broker die sinds 2009 over een AFM-vergunning als beleggingsonderneming beschikte. De broker kreeg al lange tijd de nodige aandacht van de AFM, die kritiek had op verschillende onderdelen van de bedrijfsvoering. Sinds 2011 zijn normoverdragende gesprekken gevoerd en normoverdragende brieven verstuurd in verband met het niet (tijdig) melden van transacties (art. 4:90e lid 3 Wft). Bij besluit van 26 oktober 2017 werd hiervoor een bestuurlijke boete opgelegd. Voor verschillende overtredingen van art. 4:11 Wft legde de AFM op 23 april 2018 een last onder dwangsom op (zie naar aanleiding daarvan Rb. Rotterdam 17 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6328, «JOR» 2020/14, m.nt. Affourtit).

2. In de hier te bespreken uitspraak gaat het om een boete van € 2.000.000 voor het te laat en onjuist melden van ongebruikelijke transacties. De AFM was van oordeel dat van de 36 meldingen van ongebruikelijke transacties die de broker in een jaar tijd bij de Financial Intelligence Unit (FIU) had gedaan, er 27 te laat waren gedaan (art. 16 lid 1 Wwft); in tien gevallen bevatte de melding een onjuiste transactiedatum (art. 16 lid 2 aanhef en onder c Wwft). Daartegen zijn in bezwaar en in de procedure over de gevraagde voorlopige voorziening heel veel argumenten aangevoerd, waarvan ik er enkele uitlicht.

3. Tijdens het onderzoek van de AFM was de broker, een Nederlandse bv met een Duitse moeder, gefuseerd met een Duitse vennootschap uit dezelfde structuur. Deze laatste vennootschap beschikte over een Duitse bankvergunning. De Nederlandse bv was de verdwijnende vennootschap en de broker ging door als bijkantoor van de Duitse bank in Nederland. De AFM legde na af-

ronding van het onderzoek aan de Duitse bank een boete op voor het handelen van de broker van voor de fusie. In bezwaar en in de procedure bij de voorzieningenrechter betoogde de Duitse bank dat de AFM geen bevoegdheid had om jegen haar handhavend op te treden. Immers, zo was het betoog, na de fusie was de broker nog slechts een bijkantoor van een bank. DNB is de toezichthouder op de banken, dus de AFM had de kwestie aan DNB moeten laten. De voorzieningenrechter is snel klaar met dit argument: ten tijde van de overtreding was de rechtsvoorganger van de Duitse bank (de broker) een beleggingsinstelling die onder het toezicht van de AFM viel. De AFM was bevoegd naar het handelen van de broker onderzoek te doen en, bij constatering van een overtreding, handhavend op te treden. Dat een boete na de fusie aan de rechtsopvolger onder algemene titel wordt opgelegd, doet daaraan niet af. Dat is een voor de hand liggende en volgens mij terechte conclusie.

4. Interessanter is de discussie over wat in de uitspraak wordt aangeduid als het “peilmoment”. Op grond van art. 16 lid 1 Wwft moet een instelling een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie onverwijld nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden aan de FIU melden. Dát sprake was van ongebruikelijke transacties, stond in de procedure wel vast. Wanneer dat bekend was geworden, zodat een verplichting tot het doen van een (onverwijld) melding ontstond, was echter onderwerp van debat. De Duitse bank beriep zich erop dat de broker een systeem had waarbij na een eerste, geautomatiseerd gegenereerde *alert* (de *alert ticket*) twee en soms drie medewerkers de transactie moesten beoordelen. Pas na al die beoordelingen kon worden vastgesteld of de transactie inderdaad ongebruikelijk was en, als dat zo was, een melding worden gedaan. De AFM stelde dat al een meldplicht ontstond zodra de eerste medewerker de *alert ticket* had beoordeeld en de transactie verdacht of ongebruikelijk had genoemd, een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering had uitgesproken of had geadviseerd dat de transactie moest worden gemeld.

5. Voor het standpunt van de broker/bank valt vanuit de systematiek van de wet in zoverre iets te zeggen, dat het hier ging om transacties die op grond van subjectieve indicatoren als ongebruikelijk werden aangemerkt. Subjectieve indicatoren zijn aanwijzingen die de Wwft-instelling re-

den geven te veronderstellen dat een transactie verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme (art. 4 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018). Dit vergt een analyse door de Wwft-instelling zelf, die daarbij alle relevante omstandigheden van het geval moet betrekken. Dat vergt dus onderzoek en beoordeling, waarbij geldt dat tegenover indicaties ook contra-indicaties kunnen staan, terwijl ook de feiten niet in alle gevallen meteen duidelijk zijn. Zorgvuldig onderzoek kan dan ook best wat tijd vragen. Daar staat echter tegenover dat een vermoeden dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme al voldoende is voor het doen van een melding (zie CBb van 13 september 2016, ECLI:NL:CBB:2016:305). Bovendien, zo overweegt de voorzieningenrechter, was het onderzoek naar de ongebruikelijkheid van de transacties bij de broker een uitsluitend intern proces. Dat dient volgens de voorzieningenrechter zo te worden ingericht dat binnen veertien dagen nadat de eerste medewerker heeft beoordeeld dat aanleiding is te veronderstellen dat de transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme, de transactie wordt gemeld bij de FIU. Daar voldeed de broker niet aan: tussen het eerste vermoeden en de melding zaten tussen de 15 en 178 dagen. De voorzieningenrechter stelt bovendien vast dat zelfs wanneer het peilmoment zou liggen bij het tweede beoordelingsmoment, er nog steeds elf transacties te laat waren gemeld aan de FIU. Ook dit aantal te late meldingen duidt volgens de voorzieningenrechter op een structurele schending van de meldplicht.

6. Hierbij is natuurlijk van belang dat in dit geval er geen discussie over was dat de betrokken transacties ongebruikelijk waren. Ze zijn dan ook door de broker bij de FIU gemeld. Wanneer de Wwft-instelling na nader onderzoek tot de conclusie komt dat de aanvankelijke veronderstelling, dat een transactie verband kan houden met witwassen of financieren van terrorisme, onjuist is, hoeft een transactie uiteraard niet te worden gemeld. Sterker, voor advocaten en (kandidaat-) notarissen geldt dat zij niet gebonden zijn aan hun wettelijke geheimhoudingsplicht voor zover zij overeenkomstig art. 16 Wwft een melding doen. Het onverplicht doen van een melding levert wel een schending op van de geheimhoudingsplicht indien daarmee informatie wordt ge-

deeld die de beroepsbeoefenaar in zijn hoedanigheid is toevertrouwd.

7. Het verzoek om voorlopige voorziening van de bank strekte vooral tot het tegenhouden van publicatie van de boete. De voorzieningenrechter stelt voorop dat een algehele opschorting aan de orde is indien naar het oordeel van de voorzieningenrechter de boete ten onrechte is opgelegd. Dit ligt ook voor de hand: publicatie van een onterechte boete is in beginsel onrechtmatig en moet worden voorkomen, zeker nu herstel van toegebrachte schade achteraf doorgaans zal afstuiten op de vergaande aansprakelijkheidsberkering van art. 1:125d Wft. De hoogte van de opgelegde boete is alleen reden tot opschorting van de openbaarmaking als de hoogte van de boete naar het oordeel van de voorzieningenrechter in wanverhouding staat tot de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid. Als in het voorgaande geen grond kan worden gevonden tot algehele schorsing van de publicatiebeslissing, geldt dat de AFM verplicht is het boetebesluit zo spoedig mogelijk volledig openbaar te maken, tenzij bekendmaking van persoonsgegevens onevenredig zou zijn of betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend (art. 32f Wwft). Het belang van de AFM bij publicatie wijkt slechts voor het belang van de beboete persoon in geval van onevenredigheid of onevenredige schade. Het dient daarbij te gaan om een individuele, bijzondere situatie, waarbij de door de persoon als gevolg van de publicatie te verwachten schade en/of gevolgen zodanig uitzonderlijk zijn dat het belang van de bescherming van de markt daarvoor moet wijken (CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:327). De voorzieningenrechter sluit daarmee aan bij het beoordelingskader zoals dat geldt voor Wft-boetes (*Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 3, p. 11). Toepassing van dit kader leidt in dit geval niet tot schorsing van de publicatiebeslissing.

8. Met deze uitspraak van de voorzieningenrechter was de kous nog niet af. Ten eerste heeft de bank geprobeerd in hoger beroep te komen van de uitspraak van de voorzieningenrechter, daarbij betogend dat het appelverbod zou moeten worden doorbroken. Ten tweede heeft de bank een tweede verzoek om voorlopige voorziening hangende bezwaar ingediend. Beide pogingen waren in juridisch opzicht niet succesvol (zie respectievelijk voorzieningenrechter CBb 31 mei 2022,

ECLI:NL:CBB:2022:280 en Vzng. Rb. Rotterdam 27 juni 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:5156). In praktisch opzicht hadden deze procedures wel enig succes, omdat de publicatie pas op 28 juni 2022 heeft plaatsgevonden, ruim een half jaar na het opleggen van de boete. De AFM was daartoe niet gehouden (art. 32i lid 2 Wwft) en heeft zich dus in die zin bepaald soepel opgesteld.

9. Op 19 juli 2022 heeft de AFM beslist op het bezwaar. De AFM heeft het boetebesluit herroepen ten aanzien van zeven overtredingen van art. 16 lid 2 aanhef en onder c Wwft. In verband daarmee heeft de AFM de boete verlaagd tot € 1.700.000. Het boetebesluit is voor het overige in stand gebleven. Naar ik begrijp, is tegen dit besluit beroep ingesteld.

mr. V.H. Affourtit
advocaat bij Houthoff in Amsterdam

14

Opzegging van bankrelatie wegens handel in designer drugs

Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
14 september 2022, nr. KG ZA 22-736,
ECLI:NL:RBAMS:2022:5379
(mr. Konings)
Noot mr. B.W. Wijnstekers

Opzegging van bankrelatie. Door niet uit eigen beweging openheid van zaken te geven over gewijzigde bedrijfsactiviteiten is vertrouwensbreuk met bank ontstaan. Bank had ten tijde van de opzegging gegronde en zwaarwegende redenen om bankrelatie per direct te beëindigen. Opzegging is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar of in strijd met de zorgplicht van bank.

[BW art. 6:248 lid 2]

Een opzegging moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van de bancaire zorgplicht op grond waarvan Bunq bij haar dienstverlening zorgvuldigheid in acht moet nemen, waarin ook het belang van betalingsverkeer voor de rekeninghouders wordt meegewogen. Daarbij moet

mede worden betrokken dat het voor (rechts)personen van groot belang is dat zij toegang hebben tot het bancaire systeem.

De omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een bank van haar contractuele opzeggingsbevoegdheid gebruikmaakt (art. 6:248 lid 2 BW; zie HR 10 oktober 2014, «JOR» 2015/8, m.nt. Bertrams (ING/De Keijzer)).

Voor zover L W Sales meent dat Bunq te snel heeft gehandeld en haar eerst vragen had moeten stellen over het gebruik van de bankrekening alvorens over te gaan tot beëindiging van de relatie, wordt zij daarin niet gevolgd. De voorzieningenrechter is het met Bunq eens dat L W Sales niet aannemelijk heeft gemaakt dat er daadwerkelijk geen 3-MMC is geleverd en dat het feit dat de middelen 3-MMC (dat sinds 29 oktober 2021 op lijst II van de Opiumwet staat) en 3-CMC op de website werden aangeboden de reputatie van Bunq reeds heeft geschaad. Het is dan ook begrijpelijk dat Bunq er niet voor heeft gekozen om L W Sales om opheldering te vragen door middel van een vragenbrief.

Bunq heeft terecht aangevoerd dat L W Sales uit eigen beweging openheid van zaken had moeten geven over haar exacte activiteiten met betrekking tot de website www.chemistrybay.com. Op grond van de Algemene Voorwaarden is L W Sales immers gehouden om gewijzigde activiteiten door te geven aan Bunq en om de informatie jegens Bunq actueel te houden. In de Algemene Voorwaarden staat voorts dat bedrijfsactiviteiten die te maken hebben met softdrugs buiten de risicobereidheid van Bunq vallen. In lijn daarmee had L W Sales moeten begrijpen dat de informatie over haar nieuwe handel voor Bunq van belang was. Het feit dat zij geen openheid van zaken heeft gegeven, raakt de noodzakelijke vertrouwensrelatie tussen Bunq en L W Sales.

Het is begrijpelijk dat Bunq de handel in designer drugs niet wenst te faciliteren door middel van haar betaaldiensten en dat zij daar ook niet mee wenst te worden geassocieerd. De schending door L W Sales van verschillende (sub)bepalingen van de Algemene Voorwaarden bieden ieder zelfstandig en zeker in onderlinge samenhang gezien een grondslag tot directe beëindiging van de bankrelatie. Gelet op de ontstane vertrouwensbreuk kan van Bunq bovendien niet verlangd worden dat zij de bankrelatie met L W Sales voort-