

Financiële sancties: een hit... en dan?

Drs. A. Noorman RA

Inleiding

Sanctieregelgeving roept veel vragen op. Een van de terugkerende vragen is: 'Als sprake is van een hit, wat moet ik dan doen?' In opzet is het eenvoudig, sanctieregelgeving schrijft in die gevallen het vereiste resultaat voor: enerzijds dienen tegoeden en economische middelen te worden bevroren en anderzijds mogen aan gesanctioneerde personen of entiteiten geen tegoeden of economische middelen direct of indirect ter beschikking worden gesteld. In de sanctieregelgeving is alleen het beoogde resultaat voorgeschreven en niet de wijze waarop dit gerealiseerd dient te worden.

De EU-verordeningen uit 2014 inzake Oekraïne hebben duidelijk gemaakt dat de praktijk echter minder eenvoudig kan zijn. Met name indien sprake is van financiële dienstverlening aan internationale juridische structuren kan het opvolgen van de geboden en verboden uit de sanctieverordeningen een complex karakter krijgen als de ultimate beneficial owner (UBO) of een groepsonderdeel op een freeze list terecht komt.

In deze bijdrage zal met name worden ingegaan op aandachtspunten¹ die voor trustkantoren van belang zijn. Deze aandachtspunten kunnen daarnaast ook van belang zijn voor dienstverlening door andere financiële instellingen, bijvoorbeeld private banking.

1 Daarbij wordt ook gebruik gemaakt van casus uit het toezicht. Omwille van geheimhouding kunnen hierbij geen namen worden genoemd.

Normenkader

Het normenkader ingeval van financiële sancties is omvangrijk en complex. Voor de problematiek in deze bijdrage zijn van belang de EU-sanctieverordeningen, de Sanctiewet 1977² en de daarop gebaseerde Regeling Toezicht Sanctiewet 1977³ (RTSW), de Wet toezicht trustkantoren⁴ (Wtt), de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014⁵ (Rib Wtt 2014) alsmede de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme⁶ (Wwft).

In dit artikel wordt EU Verordening 208/2014 inzake Oekraïne⁷ gebruikt ter illustratie van aandachtspunten in het geval bevrozing dient plaats te vinden. Naast EU-verordeningen bestaan ook andere sanctieregelingen waarmee rekening dient te worden gehouden. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de Nederlandse sanctieregelingen terrorisme 2007⁸ en 2007-II⁹, alsmede regelgeving van de Office of Foreign Assets Control van de U.S. Department of the Treasury¹⁰ (OFAC).

Randvoorwaarde: het kunnen vaststellen van toepasselijkheid van sanctie-regelgeving

Het bevrozen van tegoeden en economische middelen kan op zich al een complex vraagstuk zijn. Voordat echter aan het vraagstuk van bevrozing wordt toegekomen, dient eerst vastgesteld te worden dat sanctieregelgeving van toepassing is. Om tot die vaststelling te kunnen komen, is grondige kennis nodig van de navolgende zaken.

-
- 2 Wet van 15 februari 1980, tot het treffen van sancties tegen bepaalde staten of gebieden.
 - 3 Regeling van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank NV van 28 september 2005, houdende regels ten behoeve van de naleving door financiële instellingen van de bij of krachtens de Sanctiewet 1977 gestelde regels met betrekking tot het financieel verkeer.
 - 4 Wet van 17 december 2003, houdende het toezicht op trustkantoren.
 - 5 Regeling van de minister van Financiën van 15 juli 2014, FM 2014/1025 M, directie Financiële Markten, houdende regels ten behoeve van een integere bedrijfsvoering door trustkantoren als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Wet toezicht trustkantoren.
 - 6 Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme).
 - 7 eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2014:066:0001:0010:NL:PDF
 - 8 Regeling van 21 februari 2007, nr. DJZ/BR/0185-07, houdende beperkende maatregelen tegen enkele aan Al Qaida gelieerde personen met het oog op de strijd tegen het terrorisme (Sanctieregeling terrorisme 2007).
 - 9 Regeling van de minister van Buitenlandse Zaken in overeenstemming met de minister van Financiën van 18 december 2007, nr. DJZ/BR/1222-07, houdende beperkende maatregelen met het oog op de strijd tegen het terrorisme (Sanctieregeling terrorisme 2007-II).
 - 10 treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Pages/Office-of-Foreign-Assets-Control.aspx

- *UBO en juridische structuur*

Trustkantoren verlenen trustdiensten vaak aan een doelvennootschap en zullen hiervan veelal bestuurder zijn. Doelvennootschappen maken veelal onderdeel uit van een juridische structuur waarvan meerdere juridische entiteiten onderdeel uitmaken. Een doelvennootschap kan 'hoog in de boom' zitten, of juist 'laag', afhankelijk van de doelstelling van de doelvennootschap en de juridische structuur waarvan de doelvennootschap deel uitmaakt. Ongeacht de plek van de doelvennootschap in de juridische structuur, dient een trustkantoor op grond van de Wtt en de hierop gebaseerde Rib Wtt 2014 cliëntenonderzoek te verrichten dat het trustkantoor in staat stelt kennis te hebben van de UBO en relevante delen van de juridische structuur waartoe de doelvennootschap behoort.¹¹ Gelet op de poortwachtersfunctie van trustkantoren wordt die kennis van eminent belang geacht door de wetgever, gelet op het verbod op het aangaan van een zakelijke relatie en het verlenen van diensten voordat het cliëntenonderzoek, waarvan het vaststellen van de identiteit van de UBO onderdeel uitmaakt, is verricht. Het kennen van de structuur, eigendomsverhoudingen en zeggenschap is van groot belang om te kunnen bepalen of sanctieregelgeving van toepassing is en welke acties dienen te worden ondernomen door het trustkantoor.

- *Kennis van relaties van de doelvennootschap*

Naast de UBO en de relevante delen van de juridische structuur dienen ook de relaties van de doelvennootschap gekend te worden. Op grond van de RTSW dient nagegaan te worden of sanctieregelingen op één (of meerdere) van de relaties van toepassing is (zijn). In de RTSW worden relaties gedefinieerd als "een ieder die betrokken is bij een financiële dienst of een financiële transactie". In dit verband kan gedacht worden aan wederpartijen bij financiële transacties of bij financiële afwikkeling van een dienst of goederentransactie van de doelvennootschap, maar ook aan personen die gemachtigd zijn om over bankrekeningen te beschikken.

Deze kennis van relaties dient op grond van de RTSW te allen tijde aanwezig te zijn, ook als geen sanctieregelgeving van toepassing is op relaties van het trustkantoor. Zodoende kan voldaan worden aan de eis van artikel 3 RTSW om de toezichthouder 'onverwijld' een melding te kunnen doen als sprake is van een hit op een sanctieregeling.

- *Bezittingen, schulden en vermogen van de doelvennootschap.*

Op grond van de Wtt en Wwft is al kennis benodigd van bezittingen, schulden, eigen vermogen en transacties. Deze kennis is dus al beschikbaar ten behoeve van de beoordeling van toepasselijkheid van sanctieregelgeving.

De Wtt¹² onderkent meerdere diensten die door een trustkantoor kunnen worden verleend. Veelal zal het trustkantoor bestuurder zijn van de doelvennootschap en

11 Zie RIB 2014 artikel 13 lid 2 sub b alsmede artikel 19.

12 Artikel 1 sub d 1^e en 2^e.

is op grond daarvan bevoegd te beschikken over activa en passiva van de doelvennootschap om de statutaire doelstelling van de doelvennootschap te verwezenlijken. Op grond hiervan dient het trustkantoor op de hoogte te zijn van alle bezittingen, schulden en eigen vermogenscomponenten van de doelvennootschap. Maar daar houdt het niet op: ook alle transacties die door de doelvennootschap worden verricht, dienen nauwgezet te worden gemonitord door het trustkantoor. Een deel van die transacties zal door het trustkantoor, al dan niet in samenspraak met andere bestuurders, de UBO of gemachtigden namens de UBO worden geïnitieerd. In dat geval is het mogelijk om voorafgaande aan uitvoering van de transactie deze te beoordelen op haar kenmerken. Er is dan sprake van 'real time monitoring'. In andere gevallen zal beoordeling achteraf (post-event) dienen te geschieden. Bijvoorbeeld in geval van een ontvangst op de bankrekening van een doelvennootschap of bij bankrekeningen waarover anderen dan het trustkantoor kunnen beschikken. Het trustkantoor dient zelf, op basis van het inherent risicoprofiel van de doelvennootschap en de verschillende soorten transacties die plaatsvinden, een adequaat monitoringsprogramma op te zetten. Uiteindelijke doel hiervan is om vast te stellen of (voorgenomen) transacties een integriteitsrisico vormen en een ongebruikelijk karakter hebben. Daarvan is sprake als de transactie aanleiding geeft om te veronderstellen dat deze verband houdt met witwassen of het financieren van terrorisme. Dergelijke ongebruikelijke transacties dienen op grond van de Wwft¹³ onverwijld te worden gemeld aan FIU-Nederland¹⁴.

- *Kennis van de exacte bepalingen van sanctieregelgeving*

Hoewel als laatste genoemd in deze opsomming, is kennis van sanctieregelgeving van eminent belang. Om te kunnen voldoen aan de vereisten zoals opgenomen in de RTSW dient deze kennis doorlopend actueel te zijn.

Sanctieregelgeving is opgesteld voor specifieke situaties; daarmee zijn de geboden en verboden in de verschillende regelingen uniek. Van geval tot geval zal daardoor, met inachtneming van de kennis van de UBO, eigendoms- en zeggenschapsverhoudingen, relaties, bezittingen, schulden, eigen vermogen en (voorgenomen) transacties, vastgesteld moeten worden of sanctieregelgeving van toepassing is. Hiervoor is gedetailleerde kennis van de mogelijk van toepassing zijnde regelingen van belang.

In dit verband is van belang te onderkennen dat de EU, in aanvulling op specifieke verordeningen inzake landen en groeperingen, ook richtsnoeren heeft gegeven wanneer sprake is van eigendom, zeggenschap alsmede het direct en indirect ter beschikking stellen van middelen: de 'Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and

13 Artikel 16 lid 1 Wwft.

14 Artikel 12 Wwft benoemt dit als de Financiële Inlichtingen Eenheid.

Security Policy – new elements'.¹⁵ In voorkomende gevallen kan namelijk op grond van deze richtsnoeren worden vastgesteld dat sanctieverordeningen niet van toepassing zijn. Dat zal hierna nog blijken.

Bevriezen en voorkomen van ter beschikking stellen

Definities

De definities van tegoeden en economische middelen en bevroering zijn opgenomen in elke afzonderlijke EU-verordening die beperkende maatregelen oplegt aan natuurlijke personen of entiteiten. Onderstaand zijn de definities uit de EU Verordening 208/2014 inzake Oekraïne¹⁶ ter illustratie opgenomen. Als hierna wordt gesproken van 'de verordening', wordt hiermee de EU Verordening 208/2014 bedoeld.

De verordening maakt onderscheid tussen tegoeden en economische middelen. Voor beide is een afzonderlijke definitie opgenomen.¹⁷ Ook is een afzonderlijke definitie opgenomen voor bevroering van tegoeden en bevroering van economische middelen:

- Bevroering van tegoeden: "voorkoming van mutatie, overmaking, wijziging, gebruik of inzet van of omgang met tegoeden, op welke wijze ook, met als gevolg wijziging van hun omvang, bedrag, locatie, eigenaar, bezit, onderscheidende kenmerken, bestemming of andere wijzigingen waardoor het gebruik van bedoelde tegoeden, inclusief het beheer van een beleggingsportefeuille, mogelijk wordt gemaakt."
- Bevroering van economische middelen: "voorkomen dat economische middelen worden gebruikt om op enigerlei wijze tegoeden, goederen of diensten te verkrijgen, onder meer door deze te verkopen, te verhuren of te verhypothekeren."

Materieel gezien komt het erop neer dat niet alleen activa dienen te worden bevroren, maar dat de gehele balans van de doelvennootschap 'op slot gaat': de status quo op het moment van het van kracht worden van de verordening wordt bevroren, mutaties mogen niet meer plaatsvinden zonder voorafgaande toestemming van de bevoegde autoriteiten.¹⁸ Het trustkantoor dient vast te stellen welke actieve handelingen dienen te worden verricht voor het 'op slot zetten' en dient daarna 'op z'n handen te gaan zitten'.

¹⁵ register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%209068%202013%20INIT

¹⁶ Verordening (EU) nr. 208/2014 van de Raad van 5 maart 2014 betreffende beperkende maatregelen tegen bepaalde personen, entiteiten en lichamen in het licht van de situatie in Oekraïne.

¹⁷ Zie artikel 1 sub d en g.

¹⁸ Voor Nederland is de bevoegde autoriteit inzake tegoeden en economische middelen de minister van Financiën.

Geboden en verboden

Sanctieregelgeving betreft politieke instrumenten in het buitenland- of veiligheidsbeleid van de Verenigde Naties, de Europese Unie en afzonderlijke landen. Het zijn dwingende, niet-militaire, instrumenten die worden ingezet als reactie op schendingen van het internationale recht of mensenrechten door regimes die rechtsstatelijke en democratische beginselen niet eerbiedigen, in een poging een kentering teweeg te brengen. Daarnaast vervullen sancties een rol in de bestrijding van terrorisme. Dit betekent dat elke sanctieverordening 'tailor made' is en specifieke geboden en verboden kent om het beoogde effect te bereiken. Deze geboden en verboden zijn het centrale punt in de verordeningen. In EU Verordening 208/2014 zijn deze als volgt geformuleerd in artikel 2:

- In lid 1 is het gebod tot bevrozing opgenomen: "Alle tegoeden en economische middelen die toebehoren aan of eigendom zijn, in het bezit zijn of onder zeggenschap staan van een in bijlage I opgelijste natuurlijke persoon of rechtspersoon, entiteit of lichaam, worden bevroren."
- In lid 2 is het verbod van ter beschikking stellen opgenomen: "Aan of ten behoeve van een in bijlage I opgelijste natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen worden geen tegoeden of economische middelen direct of indirect ter beschikking gesteld."

In de systematiek van de verordening zijn de geboden en verboden van artikel 2 van toepassing op de in de bijlage opgenomen natuurlijke personen, rechtspersonen, entiteiten en lichamen. Daarmee is het mogelijk om op redelijk eenvoudige wijze naderhand wijzigingen door te voeren in de bijlage, door het toevoegen van nieuwe namen of het afvoeren of wijzigen van eerder in de bijlage opgenomen namen. Recent is bijvoorbeeld de tweehonderdachtentigste wijziging doorgevoerd in EU Verordening 881/2002 inzake het Al Qaida-netwerk.¹⁹

EU-verordeningen hebben geen vrijblijvend karakter. Vanaf het moment van publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie is de verordening van toepassing.²⁰

- op het grondgebied van de EU, met inbegrip van haar luchtruim;
- aan boord van vlieg- of vaartuigen die onder de rechtsbevoegdheid van een lidstaat vallen;
- op alle zich op of buiten het grondgebied van de EU bevindende personen die onderdaan van een lidstaat zijn;

19 Uitvoeringsverordening (EU) 2015/1815 van 8 oktober 2015 tot 238e wijziging van Verordening (EG) nr. 881/2002 van de Raad tot vaststelling van beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met het Al Qaida-netwerk.

20 Zie artikel 17.

- op alle volgens het recht van een lidstaat erkende of opgerichte natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen, binnen of buiten het grondgebied van de EU;
- op alle natuurlijke personen of rechtspersonen, entiteiten of lichamen ten aanzien van alle geheel of gedeeltelijk binnen de EU verrichte zakelijke transacties.

Bovenstaande bepalingen overziende kan gesteld worden dat toepasselijkheid van de verordening buiten kijf staat. Dat neemt niet weg dat er uitvoeringskwesties zijn die tot hoofdbrekens kunnen leiden. Hierbij kan gedacht worden aan een Nederlandse doelvennootschap met activa buiten de EU, bijvoorbeeld een bankrekening, of een deelneming: lokaal betrokkenen zijn immers niet gehouden de verordening toe te passen. Maar het trustkantoor wel!

Aandachtspunten

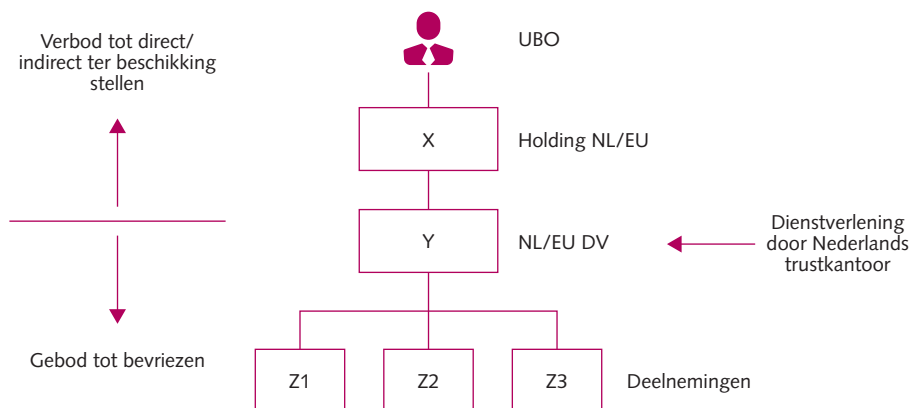
In deze paragraaf worden aandachtspunten behandeld bij de vaststelling of daadwerkelijk sprake is van een hit en, indien daarvan sprake is, de vervolgens te ondernemen acties. Deze aandachtspunten zijn alle gebaseerd op praktijkgevallen en derhalve geen hypothetische situaties.

Achtereenvolgens zal aandacht worden besteed aan:

- het werkingsbereik van de verordening;
- activa in het buitenland;
- deelnemingen;
- continuïteit van bestuur;
- samenwerking met de bevoegde autoriteiten.

Het werkingbereik van de verordening

Bezien vanuit een trustkantoor kan het werkingbereik van de verordening als volgt schematisch worden weergegeven.



Het schema is een sterk vereenvoudigde weergave van een veel voorkomende praktijk situatie: een Nederlands trustkantoor verleent trustdiensten aan een Nederlandse rechtspersoon die onderdeel uitmaakt van een internationaal vertakte en uitgebreide juridische structuur. De doelvennootschap heeft deelnemingen in het buitenland. Deze deelnemingen kunnen uiteenlopende activiteiten verrichten: operationele activiteiten, beheer van licenties etc. De aandelen van de doelvennootschap worden gehouden door een holdingmaatschappij en boven in de structuur is sprake van een UBO. In het schema is sprake van een UBO die is opgenomen in bijlage I van de verordening, bijvoorbeeld Oleksandr Yanukovych.

Bevriezen: werking naar beneden toe

Het gebod tot bevroeren heeft, gezien vanuit het trustkantoor, een werking naar beneden toe: het trustkantoor is verantwoordelijk voor bevroering van tegoeden en economische middelen van de doelvennootschap, maar ook voor de tegoeden en economische middelen van de deelnemingen van de doelvennootschap. Dit volgt uit de bewoordingen van artikel 2 lid 1 van de verordening: "alle tegoeden en economische middelen (...) worden bevroren." De verordening definieert het beoogde doel. Dat betekent dat een ieder op wie de verordening van toepassing is, gehouden is te doen wat binnen zijn of haar beïnvloedingssfeer ligt om het doel van de verordening te bereiken. Dat resulteert soms in dubbel werk, bijvoorbeeld bij een doelvennootschap met een bankrekening in Nederland. Zowel het trustkantoor als de bank dient het tegoed op de bankrekening te

bevroren en te melden aan DNB²¹, die daardoor over hetzelfde activum een dubbele melding ontvangt. De bevroeringshandeling wordt dubbel uitgevoerd. Daarmee zijn er 'twee sloten op de deur gezet' en is het doel van de verordening bereikt.

Ter beschikking stellen: werking naar boven toe

Het verbod om tegoeden of economische middelen direct of indirect ter beschikking te stellen heeft een werking naar boven toe. Het trustkantoor dient ervoor te zorgen dat er vanuit de doelvennootschap, of de deelnemingen van de doelvennootschap, geen middelen ter beschikking komen van de UBO of een andere persoon of entiteit waarop de beperkende maatregelen in een verordening van toepassing zijn (hierna wordt gesproken van 'opgelijste' persoon of entiteit). Toch? Welnu, dat hangt ervan af...

Niet altijd bevroeringsverplichting bij een opgelijste persoon of entiteit

In artikel 2 lid 1 van de verordening is opgenomen dat "alle tegoeden en economische middelen die *toebehoren aan of eigendom zijn, in het bezit zijn of onder zeggenschap staan* van een in bijlage I opgelijste natuurlijke persoon of rechtspersoon, entiteit of lichaam, worden bevroren."

Vastgesteld dient te worden of de cursieve tekstgedeelten van toepassing zijn. Met name de begrippen 'eigendom' en 'onder zeggenschap staan' verdienen nadere aandacht, omdat deze begrippen nader worden uitgewerkt in de al eerder genoemde richtsnoeren: 'Guidelines on implementation and evaluation of restrictive measures (sanctions) in the framework of the EU Common Foreign and Security Policy – new elements'. Eigendom wordt in het richtsnoer verondersteld bij een aandelenbelang van de UBO in de doelvennootschap van meer dan 50%. Voor zeggenschap zijn in de richtsnoer een aantal criteria opgenomen, waaronder:

- "(a) having the right or exercising the power to appoint or remove a majority of the members of the administrative, management or supervisory body (...);
- (b) having appointed solely as a result of the exercise of one's voting rights a majority of the members of the administrative, management or supervisory bodies (...);
- (c) controlling alone, pursuant to an agreement with other shareholders in or members of a legal person or entity, a majority of shareholders' or members' voting rights (...);
- (d) having the right to exercise a dominant influence (...);
- (f) having the right to use all or part of the assets (...);
- (h) sharing jointly and severally the financial liabilities of a legal person or entity, or guaranteeing them."

21 Voor meldprocedure en meldformat zie www.toezicht.dnb.nl/2/50-221960.jsp

Voorts is in de richtsnoer opgenomen: "If any of these criteria are satisfied, it is considered that the legal person or entity is controlled by another person or entity, unless the contrary can be established on a case by case basis."

Bovenstaande resulteert in de navolgende mogelijkheden:

- Als sprake is van een UBO die een aandelenbelang heeft van meer dan 50%, dienen tegoeden en economische middelen bevroren te worden.
- Als sprake is van een UBO die een aandelenbelang in de doelvennootschap heeft van 50% of minder, en zeggenschap niet kan worden aangetoond aan de hand van de in de richtsnoeren opgenomen criteria, is de bevroeringsverplichting niet van toepassing. Dit is een opmerkelijke uitkomst. De uitkomst was nog opmerkelijker in een praktijkgeval waarin sprake was van twee natuurlijke personen die allebei in de bijlage bij de verordening waren opgenomen, allebei een belang in de doelvennootschap hadden van minder van 50%, maar gezamenlijk de 50% fors overschreden. Deze belangen mogen niet bij elkaar worden opgeteld in de bepaling of sprake is van eigendom. Uit publieke informatie van de OFAC was daarnaast de nauwe band tussen beide personen bekend, maar op basis van de beschikbare informatie kon zeggenschap op basis van de criteria in de richtsnoeren niet worden vastgesteld. Ook in dit geval moest uiteindelijk geconcludeerd worden dat de verordening niet van toepassing was. Een opmerkelijke uitkomst in relatie tot het doel van de verordening: het bevroeren van activa van gesanctioneerde personen.

Hier manifesteert zich een verschil met sanctieregelgeving van de OFAC. In de OFAC-regelgeving²² moeten dergelijke belangen wel bij elkaar worden opgeteld en zou in het bovenstaande voorbeeld wel bevroren moeten worden.

- Als daarentegen sprake is van een UBO met een aandelenbelang van 50% of minder, maar zeggenschap aannemelijk is op basis van een van de hiervoor genoemde criteria uit de richtsnoeren, dient bevroering wel plaats te vinden.

Hierbij dient vooral gelet te worden op eventuele afspraken tussen aandeelhouders, sowieso van de doelvennootschap, maar indien mogelijk ook van de holding(s) boven de doelvennootschap. Met name het laatste kan in de praktijk lastig zijn, maar het valt onder de onderzoeksplicht van het trustkantoor om vast te stellen of wel of geen sprake is van een UBO.

Daarnaast dient ook aandacht te worden besteed aan verstrekte financieringen, aan de doelvennootschap of de holding, en leningsvoorwaarden die zouden kunnen duiden op zeggenschap. In een praktijkgeval werd vastgesteld dat ondanks een eigendomsverhouding van minder dan 50%, op grond van condities in een aan de holding verstrekte lening, toch sprake was van zeggenschap. De verordening bleek bij nadere beschouwing toch van toepassing.

22 www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/licensing_guidance.pdf

In artikel 2 lid 2 van de verordening is opgenomen dat “aan of ten behoeve van een in bijlage I opgelijste natuurlijke of rechtspersonen, entiteiten of lichamen worden geen tegoeden of economische middelen direct of indirect ter beschikking gesteld.” Ook hierover zijn interessante bepalingen opgenomen in de richtsnoeren. Over het indirect ter beschikking stellen is opgenomen:

“If the ownership or control is established in accordance with the above criteria, the making available of funds or economic resources to non-listed legal persons or entities which are owned or controlled by a listed person or entity will in principle be considered as making them indirectly available to the latter”. Dit betekent voor de doelvennootschap in het schema dat geen middelen ter beschikking mogen komen aan de holding. Hierbij kan gedacht worden aan dividenduitkeringen (cash of non-cash), terugbetaling van op aandelen gestort agio, aflossing of rentebetaling op verstrekte leningen, verrekeningen in rekening-courantverhoudingen etc.

Resumerend: het vaststellen of sprake is van eigendom of zeggenschap en daarmee toepasselijkheid van verordeningen kan in de praktijk tot opmerkelijke uitkomsten leiden. Het doorgronden van juridische structuren qua eigendom en feitelijke zeggenschap, en het doorgronden van de financieringsverhoudingen tussen groepsonderdelen alsmede de hierbij overeengekomen voorwaarden, is noodzakelijk om tot een juist oordeel te komen over toepasselijkheid van sanctieverordeningen.

Activa in het buitenland

Hoewel de doelvennootschap in Nederland is gevestigd, kunnen activa zich in het buitenland bevinden. Een veel voorkomend voorbeeld hiervan zijn bankrekeningen bij buitenlandse banken. Die banken kunnen binnen de EU, maar ook daarbuiten gevestigd zijn. Als het trustkantoor als enige over de buitenlandse bankrekening kan beschikken, is het daardoor in staat te voldoen aan de verordening. Maar als dat niet het geval is, kan een lastige situatie ontstaan.

Bijvoorbeeld in het geval van een bankrekening buiten de EU. EU-verordeningen zijn van toepassing binnen de EU. Een bank die buiten de EU is gevestigd is derhalve niet gehouden om de verordening toe te passen.

Als het trustkantoor als enige bevoegd is om over de bankrekening te beschikken, is het hierdoor in staat te voldoen aan de verordening. Maar als dat niet het geval is, is nadere actie nodig. In ieder geval is van belang dat betrokkenen door het trustkantoor actief geïnformeerd worden over het van toepassing zijn van de verordening en welke verplichtingen dit voor het trustkantoor met zich meebrengt.

Ingeval andere personen zelfstandig over de bankrekening kunnen beschikken, zou bijvoorbeeld dit zelfstandig beschikkingsrecht aangepast kunnen worden in het gezamenlijk met het trustkantoor kunnen beschikken over de bankrekening. Op die wijze is medewerking van het trustkantoor te allen tijde nodig voor het kunnen doen van betalingen

vanaf de bankrekening. Als hieraan niet meegewerkt zou worden, lijkt een incidentmelding aan DNB op grond van de Wtt voor de hand te liggen.

Het bovenstaande zou veiligheidshalve ook ondernomen kunnen worden ingeval van bankrekeningen in andere EU-landen. Hoewel een ieder op het grondgebied van de EU is gehouden de verordening toe te passen en dat al enige waarborg zou veronderstellen, heeft het trustkantoor als bestuurder van de doelvennootschap een extra verantwoordelijkheid de nakoming van de verordening te garanderen. Ook in die gevallen is het aan te bevelen om voor alle bankrekeningen na te gaan hoe de beschikkingsmacht is geregeld. Voor de gevallen waarin nog zonder het trustkantoor kan worden beschikt over bankrekeningen, is het aanbevelenswaardig dit te wijzigen. Al eerder is genoemd dat een volledig overzicht van bankrekeningen en de mutaties die daarop plaatsvinden sowieso noodzakelijk is om te kunnen voldoen aan de meldingsplicht van ongebruikelijke transacties op grond van artikel 16 Wwft. Van die kennis kan gebruik worden gemaakt om naleving van de sanctieregelgeving vast te stellen.

Naast bankrekeningen is het ook mogelijk dat andere activa zich in het buitenland bevinden, bijvoorbeeld als de doelvennootschap met een branche in het buitenland actief is. Een dergelijke branche staat letterlijk op grotere afstand van de doelvennootschap en daarmee het trustkantoor, bijvoorbeeld als een branchemanager is benoemd met een bijbehorend mandaat. Op grond van Wwft en Wtt is het trustkantoor al verplicht de activiteiten in de branche adequaat te monitoren. Hiervoor is gedegen kennis van de activa en passiva in de branche benodigd. Die kennis is ook van belang om vast te stellen dat activiteiten in de branche niet in strijd zijn met sanctieregelgeving. In ieder geval zijn duidelijke afspraken met een branchemanager nodig, maar wellicht ook aanvullende maatregelen om zelf vast te kunnen stellen dat de gemaakte afspraken worden nagekomen.

Deelnemingen

Een bijzonder activum is een deelneming in een andere vennootschap, in Nederland, binnen de EU of daarbuiten. Een deelneming is opgenomen op de balans van de doelvennootschap. Het bedrag waarvoor de deelneming is opgenomen weerspiegelt, gegeven de gekozen waarderingsgrondslagen, de waarde van de deelneming. Op de balans van de deelneming zijn ook activa en passiva opgenomen en als voor de deelneming voldaan wordt aan het vereiste van eigendom of zeggenschap zoals eerder behandeld, zullen ook tegoeden en economische middelen van de deelneming bevroren moeten worden. Maar als de deelneming geen doelvennootschap van het trustkantoor is, hoe moet daar dan mee omgegaan worden? Kan een deelneming bevroren worden?

Als bestuurder van de doelvennootschap vervult het trustkantoor daarmee ook de rol van aandeelhouder van de deelneming. Daarmee heeft het trustkantoor doorgaans, afhankelijk van het recht dat van toepassing is op de deelneming, de bevoegdheid om

de jaarrekening vast te stellen. Maar daarnaast bestaat veelal ook de mogelijkheid om de bestuurder van de deelneming te benoemen en te ontslaan. In dit laatste ligt ook de beïnvloedingsmogelijkheid van het trustkantoor besloten. De bestuurder dient actief geïnformeerd te worden door het trustkantoor over de toepasselijkheid van de verordening en welke verplichtingen dit met zich meebrengt. Samen met de bestuurder van de deelneming dient in kaart te worden gebracht welke acties ondernomen moeten worden in het kader van de bevroezingsverplichting, maar ook dient in kaart te worden gebracht van welke acties de deelneming zich moet onthouden. Hierover dienen duidelijke schriftelijke afspraken te worden gemaakt. De naleving van deze afspraken moet actief gemonitord worden door het trustkantoor, bijvoorbeeld door frequente bespreking hiervan met de bestuurder. Indien wordt geconstateerd dat een bestuurder zich niet houdt aan gemaakte afspraken, zal ingegrepen moeten worden. Als ultiem middel zou ontslag van de bestuurder en het benoemen van een nieuwe bestuurder ingezet kunnen worden.

Continuïteit van bestuur

In het kader van het eigen klantacceptatiebeleid van een trustkantoor zou het kunnen zijn dat acceptatie van klanten die geraakt zijn door sanctieregelgeving niet mogelijk is. Die beleidsruimte hebben trustkantoren. Als echter een al bestaande klant gedurende de relatie getroffen wordt door sanctieregelgeving, bestaat die mogelijkheid niet. Dit is afgelopen jaar duidelijk geworden in een aantal gevallen waarin trustkantoren hebben aangegeven de klantrelatie en de rol van bestuurder van de doelvennootschap te willen beëindigen. Ook is een geval bekend waarin de klant de relatie met het trustkantoor wilde beëindigen.

Het is, anders dan na vooraf verkregen toestemming van de bevoegde autoriteiten, niet toegestaan de klantrelatie te beëindigen. Met name als vanwege de klant het besluit wordt genomen om het trustkantoor te ontslaan als bestuurder zal een moeilijke situatie ontstaan. Het trustkantoor zal dan aan de klant duidelijk moeten maken dat een dergelijk besluit strijdig is met sanctieregelgeving. Achterliggende gedachte ten aanzien van dit verbod is de noodzakelijkheid om continu te blijven voldoen aan geboden en verboden van de sanctieregelingen. Een overgang van de bestuurdersrol wordt in dit verband als een onacceptabel risico gezien. Tevens wordt een bestuurswissel bij een doelvennootschap gezien als een wijziging in beschikkingsbevoegdheid, hetgeen niet is toegestaan door het gebod tot bevroezing.

Het is uiteraard mogelijk om hiervoor ontheffing aan te vragen bij de bevoegde autoriteiten. Uit de praktijk zijn gevallen bekend waarin die ontheffing is verleend. In die gevallen was de continuïteit van bestuur echter wel gegarandeerd door het trustkantoor dat een wijziging wilde aanbrengen. Bijvoorbeeld door vervanging door een ander Nederlands trustkantoor. In dat geval neemt het trustkantoor afscheid van de klant en gaat de verplichting tot nakoming van de sanctieregelgeving over op een ander trustkantoor. Maar

ook normale operationele overwegingen kunnen nopen tot een wijziging van bestuurder. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat een medewerker van een trustkantoor, die in persoon als bestuurder van een doelvennootschap is benoemd, langdurig ziek wordt of een sabbatical neemt. Vervanging door een andere medewerker van hetzelfde trustkantoor ligt dan in de rede, maar mag pas plaatsvinden na voorafgaande ontheffing van de bevoegde autoriteit.

Samenwerking met de bevoegde autoriteiten

De bevoegde autoriteiten kunnen onder in de EU-verordeningen genoemde voorwaarden in voorkomende gevallen een ontheffing verlenen voor geboden en verboden in die verordeningen. In elke EU-verordening is opgenomen wie als bevoegde autoriteit is aangewezen; voor Nederland is dit de minister van Financiën. Het is aanbevelenswaardig om een goede samenwerking tot stand te brengen met het ministerie. Dit is van belang als in voorkomende gevallen snel gehandeld zou moeten worden, bijvoorbeeld bij dreigende discontinuïteit van het bestuur van een doelvennootschap, maar ook als in het kader van een voorgenomen herstructurering in de juridische structuur tijdig gehandeld dient te worden. Die samenwerking dient ervoor om het ministerie tijdig te informeren over ontwikkelingen bij en inzake de doelvennootschap. Uit de praktijk zijn hiervan goede voorbeelden bekend. Het ministerie is altijd bereid tot een goede samenwerking²³, maar de eerste stap zal genomen dienen te worden door het trustkantoor; deze is immers op de hoogte van hetgeen er speelt bij een doelvennootschap.

Afsluiting

De inwerkingtreding van de EU-verordeningen inzake Oekraïne heeft duidelijk gemaakt dat een proactieve houding ten aanzien van sanctieregelgeving absoluut noodzakelijk is. Met name bewustwording van het werkingsbereik van de geboden en verboden in de EU-verordeningen is een aspect dat meer aandacht verdient. Bij het vaststellen van de toepasselijkheid van een EU-verordening kan mede gebruik worden gemaakt van de informatie die op grond van de Wtt en Wwft al in het bezit is van het trustkantoor.

Het gebod om te bevriezen kan in de praktijk tot lastige situaties leiden. Bedacht moet worden dat sancties politieke instrumenten zijn die een bepaald effect beogen; efficiënte uitvoering is daaraan ondergeschikt gemaakt. Het is van groot belang dat trustkantoren de geboden en verboden uit de verordeningen strikt naleven en hits direct melden aan DNB.²⁴

23 Voor contactgegevens zie www.toezicht.dnb.nl/2/50-221960.jsp

24 Voor meldprocedure en meldformat zie www.toezicht.dnb.nl/2/50-221960.jsp

Het niet naleven van sanctieregelgeving is een economisch delict. Daarnaast kan DNB bij het niet naleven van de RTSW een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete aan een instelling opleggen. Ook kan DNB aangifte doen bij het Openbaar Ministerie.