

Hart advocaten: de beheerder als poortwachter

Daira Cervera Garcia - 20 april 2022



De AFM heeft recent een boete van 2 miljoen euro aan Robeco opgelegd wegens gebrekkige naleving van de Wwft. Naar het oordeel van de AFM heeft Robeco twee kernverplichtingen als poortwachter onvoldoende nageleefd. Welke lessen kunnen uit dit boetebesluit van de AFM worden getrokken?

De Wwft kent twee kernverplichtingen, namelijk (i) de verplichting tot het verrichten van een cliëntenonderzoek (art. 3 Wwft, hieronder valt ook de verplichting tot het uitvoeren van een doorlopende controle), en (ii) de verplichting tot het melden van ongebruikelijke transacties bij de FIU-Nederland. De AFM is van oordeel dat Robeco tekort is geschoten in de naleving van deze twee kernverplichtingen. Hieronder volgen de belangrijkste overwegingen van de AFM om de boete op te leggen gevolgd door een samenvatting van enkele lessons learned voor de praktijk.

Verantwoordelijkheid beheerder

De AFM heeft de boete opgelegd aan Robeco Institutional Asset Management B.V., de beheerder van een aantal beleggingsinstellingen die onder het label Robeco aan het publiek worden aangeboden.

Dat is meteen de eerste les uit het boetebesluit: de beheerder en niet de

onderliggende beleggingsinstellingen draagt de verantwoordelijkheid dat de Wwft wordt nageleefd door de onder beheer staande beleggingsinstellingen. Pas op het moment dat de beleggingsinstelling geen (aparte) beheerder heeft, is de beleggingsinstelling zelf verantwoordelijk voor de naleving van de Wwft.

Onjuiste risicoclassificatie

De werkwijze om cliënten bij aanvang van de relatie gestandaardiseerd in te delen in de risicoclassificatie ‘normaal’ is in de ogen van de AFM niet afdoende. De AFM wenst dat bij aanvang een volledige beoordeling wordt gedaan zodat zich niet het risico kan voordoen dat naderhand blijkt dat een cliënt een verhoogd of zelfs een onacceptabel risico vormt.

Verder constateert de AFM dat cliënten in sommige gevallen een te late of zelfs geen risicoclassificatie – hebben gekregen. Hierdoor zijn de beleggingsinstellingen naar het oordeel van de AFM onvoldoende in staat geweest om te controleren of de zakelijke relatie en de verrichte transacties overeenkwamen met hun kennis van de cliënten en in het bijzonder hun risicoprofiel. Bovendien hebben de beleggingsinstellingen bij enkele cliënten met een verhoogd risicoprofiel geen nadere afweging gemaakt of van een onacceptabel risico sprake was. De AFM stelt dat bij het ontbreken van een nadere afweging het niet duidelijk is welk risico de cliënt daadwerkelijk vertegenwoordigt.

Ontoereikende transactiemonitoring

De AFM is van oordeel dat Robeco haar transactiemonitoring niet op de orde heeft.

De belangrijkste reden voor de AFM om

tot dit oordeel te komen is het feit dat Robeco geen verwacht transactiepatroon had opgesteld. In plaats daarvan pasten de beleggingsinstellingen vijf algemene business rules toe. Deze business rules zijn volgens de AFM niet toereikend omdat geen onderscheid wordt gemaakt naar type cliënt.

De business rules werden toegepast op alle cliënten van de beleggingsinstellingen, ongeacht hun risicoprofiel en zonder rekening te houden met het transactiepatroon dat voor deze cliënten gebruikelijk kon worden geacht. Bovendien voerden de beleggingsinstellingen de controle slechts per kwartaal uit. Een ‘onverklaarbare storting’ kon op deze manier meerdere maanden onopgemerkt blijven.

Periodieke review

Robeco voerde geen periodieke review uit bij cliënten die ingedeeld waren in de risicocategorie ‘normaal’. Wel werd een controle op de sanctielijsten uitgevoerd. Het CDD beleid bevatte verder geen criteria of omstandigheden wanneer een event driven review werd uitgevoerd.

Een event driven review werd ook niet in de praktijk uitgevoerd. Daarnaast werd een bad press controle slechts uitgevoerd bij cliënten met de risicoclassificatie ‘verhoogd’. Robeco was volgens de AFM hierdoor niet in staat om te controleren of de informatie en het risicoprofiel van een cliënt overeenkwam met de verrichte transacties.

Boetetoemingsbeleid

De wetgever heeft de overtredingen waarvoor een wettelijk basisbedrag geldt, ingedeeld in drie categorieën. Voor de overtreding van artikel 3 Wwft (boetecategorie 3) gold in dit geval een basisbedrag van € 2.000.000.

de hoogte wordt bepaald door de stappen uit het boetetoemingsbeleid van de AFM:

1. Het basisbedrag kan worden verhoogd of verlaagd op grond van de ernst en duur van de overtreding.
2. Het basisbedrag kan worden verhoogd of verlaagd op grond van de mate van verwijtbaarheid.
3. Het bedrag van de boete wordt verdubbeld op het moment dat sprake is van ‘recidive’.
4. De AFM houdt rekening met de omvang van de onderneming.
5. Het vastgestelde boetebedrag kan worden verlaagd op grond van overige omstandigheden van het geval (passendheidstoets).
6. De AFM kan het boetebedrag verhogen tot ten minste het bedrag van een eventueel verkregen voordeel.
7. Het boetebedrag kan worden verlaagd op grond van geringe draagkracht.

Voor de boetecategorie 3 geldt bovendien dat publicatie in beginsel meteen geschiedt en niet eerst nadat het boetebesluit niet meer in rechte wordt aangevochten.

Lessons Learned

Bestuurlijke boetes aan beheerders van beleggingsinstellingen zijn op een hand te tellen. Het is voor de praktijk derhalve relevant welke lessons learned uit een dergelijk boetebesluit zijn af te leiden:

- Indien een beleggingsinstelling een (aparte) beheerder heeft, draagt de beheerder van de beleggingsinstellingen de verantwoordelijkheid voor de naleving van de Wwft.

Voor de boetecategorieën 2 en 3 geldt dat

- De risicoclassificatie van een cliënt dient bij aanvang van de relatie meteen te worden vastgesteld.
- Bij cliënten met een verhoogd risicoprofiel dient een nadere afweging te worden gemaakt of daadwerkelijk sprake is van een onacceptabel risico.
- Stel een verwacht transactiepatroon vast per cliënt. Gedurende de relatie dient periodiek te worden getoetst of de cliënt nog aan het risicoprofiel voldoet en of het transactiepatroon overeenkomt met de verwachtingen.
- Neem in het beleid criteria of omstandigheden op wanneer een event driven review moet worden uitgevoerd.
- Beperk de bad press controle niet tot cliënten met een hoog risicoprofiel.
- De risicoclassificatie van een cliënt kan gedurende de relatie namelijk wijzigen.
- Bad press vormt derhalve altijd een event, ongeacht de eerdere risicoclassificatie van de cliënt. Overigens is een controle op bad press geen wettelijke verplichting.

Deze lessons learned zijn voor iedereen belangrijk omdat van financiële ondernemingen wordt verwacht dat zij kennis nemen van boetebesluiten en dus ook bekend zijn met de daarin opgenomen opvattingen van de AFM.

Daira Cervera Garcia is advocaat bij Hart Advocaten in Amsterdam, dat zich richt zich op de financiële markt. Cliënten zijn banken, verzekeraars, beleggingsinstellingen, beursfondsen, pensioenuitvoerders en trustkantoren. Hart Advocaten is één van de kennispartners van Investment Officer en schrijft maandelijks een bijdrage over uiteenlopende thema's.

Dit artikel is afkomstig van de redactie van Investment Officer, een journalistiek platform voor professionals werkzaam in de beleggingsindustrie.

www.investmentofficer.com