

## **Consultatieverslag Wet toezicht trustkantoren 2018**

### **1. Inleiding**

In de periode van 2 mei 2016 tot en met 30 mei 2016 is een concept van het wetsvoorstel Wet toezicht trustkantoren 2018 publiek geconsulteerd. Naar aanleiding van de publieke consultatie zijn 11 reacties ontvangen, waarvan er 7 openbaar zijn. De openbare reacties zijn afkomstig van Finnius Advocaten, Pellicaan Advocaten, het Compliance Platform, Holland Quaestor, Tax Justice Nederland, Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen, Vereniging Dutch Circle en één particulier.

Naar aanleiding van de consultatiereacties zijn de wettekst en de memorie van toelichting op verscheidene punten aangepast. In het navolgende zullen de ontvangen reacties, voor zover relevant voor het wetsvoorstel, per thema worden beschreven.

### **2. Algemeen**

In de ontvangen reacties doet zich een discrepantie voor met betrekking tot de gepercipieerde noodzaak van verdergaande regulering van de trustsector. Zo nemen de NGO's in hun consultatiereacties het standpunt in dat het wetsvoorstel niet ver genoeg gaat in dit opzicht, terwijl in de consultatiereacties vanuit de advocatuur de vraag wordt gesteld of aanvullende regulering daadwerkelijk noodzakelijk is. In de reacties is daarnaast naar voren gebracht dat het onvoldoende duidelijk is waarom er in het onderhavige wetsvoorstel voor is gekozen om op punten verder te gaan dan de vereisten van de vierde anti-witwasrichtlijn.

Reeds naar huidig recht omvat de wet- en regelgeving voor trustkantoren aanvullende verplichtingen ten opzichte van hetgeen waarin door Europese regelgeving wordt voorzien. De aanleiding voor deze verdergaande nationale wet- en regelgeving voor trustkantoren is enerzijds gelegen in het feit dat Nederland een relatief omvangrijke trustsector kent en anderzijds in de omstandigheid dat aan het verlenen van trustdiensten relatief hoge integriteitsrisico's zijn verbonden. Hier is op verschillende plekken in deze toelichting al bij stil gestaan. Ook het onderhavige voorstel voorziet, ten opzichte van de vierde anti-witwasrichtlijn, in aanvullende verplichtingen. Op onderdelen hebben de ontvangen consultatiereacties ertoe geleid dat het onderhavige wetsvoorstel meer in lijn is gebracht met de vierde anti-witwasrichtlijn. Dit is onder meer het geval geweest in de bepalingen met betrekking tot bestuurlijke sancties en maatregelen.

In een aantal reacties op het concept wetsvoorstel is naar voren gebracht dat de verschillende open normen waarin het wetsvoorstel voorziet, tot onduidelijkheid leiden voor de trustsector. Daarbij wordt stilgestaan bij de rol die De Nederlandsche Bank (DNB) als toezichthouder en op basis van het huidig recht inneemt. In reacties vanuit de trustsector is aangegeven dat het onvoldoende duidelijk is op welke wijze door de toezichthouder invulling wordt gegeven aan de open normen. Voorzien wordt dat dit ook in de context van de onderhavige wet tot onduidelijkheden kan leiden, waardoor er onvoldoende waarborgen zouden zijn voor het kader waarbinnen DNB haar toezicht uitoefent. In reactie op deze inbreng zijn enkele wetsbepalingen verduidelijkt en is de toelichting aangevuld. Het blijft daarbij aan de toezichthouder om op de naleving van de wettelijke verplichtingen toe te zien en te beoordelen of aan een norm voldaan wordt.

### **3. Uiteindelijk belanghebbende**

In de verschillende consultatiereacties is gewezen op onduidelijkheden in de definitie van uiteindelijk belanghebbende (UBO).

In aansluiting op de ontvangen consultatiereacties wordt beoogd om, door middel van een verwijzing naar de Wet ter voorkoming van witwassen en de financiering van terrorisme (Wwft), een uniforme definitie van UBO in de Nederlandse wet- en regelgeving op te nemen. Voor zover de ontvangen consultatiereacties betrekking hebben op de uitwerking van de definitie van UBO voor specifieke juridische entiteiten of juridische constructies, zullen deze reacties worden betrokken bij de uitwerking van deze definitie in lagere regelgeving onder de Wwft. Dat geldt ook voor de implementatie van het begrip 'hoger leidinggevend personeel' in artikel 3, zesde lid, van de vierde

anti-witwasrichtlijn, dat onderdeel uitmaakt van de uitwerking van het UBO-begrip voor vennootschappen en juridische entiteiten.

#### **4. Intrekken vergunningen**

Door Tax Justice Nederland en Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen is in de consultatiereacties gepleit voor een verruiming van de bevoegdheid om vergunningen in te trekken, in geval van overtreding van de ingevolge het onderhavige wetsvoorstel gestelde regels. Ook de toezichthouder heeft hier, onder meer in de verhoren van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies, voor gepleit.

Het wetsvoorstel komt hieraan tegemoet. Voorzien wordt in een intrekingsbevoegdheid die vergelijkbaar is met de bevoegdheid die aan DNB toekomt op grond van artikel 1:104 van de Wet op het financieel toezicht. Op grond van het voorgestelde artikel kan DNB onder meer een vergunning intrekken, indien een trustkantoor niet meer voldoet aan de bij of krachtens deze wet gestelde regels. De consultatieversie van het concept wetsvoorstel voorzagt reeds in deze bepaling. Naar aanleiding van de ontvangen consultatiereacties is in de memorie van toelichting een verduidelijking opgenomen van deze bevoegdheid.

#### **5. Rechtsvorm trustkantoor**

Door Holland Quaestor is in reactie op het concept wetsvoorstel naar voren gebracht dat trustkantoren ook de rechtsvorm van een vereniging of coöperatie zouden moeten kunnen hebben. Deze rechtsvormen zouden de ruimte laten voor kleinere trustkantoren om samenwerkingsverbanden aan te gaan, om daarmee de toename van de nalevingskosten als gevolg van dit wetsvoorstel te beperken. Holland Quaestor wijst in dat kader op de gelijkwaardige regelingen die boek 2 van het Burgerlijk Wetboek kent voor coöperaties en verenigingen.

Deze consultatiereactie heeft niet geleid tot wijzigingen van het wetsvoorstel. Trustkantoren worden verplicht de rechtsvorm van een naamloze vennootschap, besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid of een Europese naamloze vennootschap te hebben. De aanleiding voor de introductie van deze verplichting is gelegen in het doel van dit wetsvoorstel om een verdere professionalisering van de trustsector in gang te zetten. Met de voorgestelde verplichting wordt het niet langer mogelijk voor natuurlijke personen om trustdiensten te verlenen en wordt voorts bewerkstelligd dat trustkantoren moeten voldoen aan de vereisten die aan de voorziene rechtsvormen worden gesteld. De rechtsvorm van de coöperatie en de vereniging bieden die waarborgen, anders dan Holland Quaestor stelt, niet in gelijke mate.

In de toelichting is nader ingegaan op de gevolgen van deze verplichting. Overigens zijn er op dit moment slechts drie trustkantoren met zetel in Nederland die niet aan dit vereiste voldoen.

#### **6. Uitbesteding compliance functie**

Door Holland Quaestor is in het kader van de consultatie opgemerkt dat het uitbesteden van de audit functie en de compliance functie door trustkantoren mogelijk zou moeten blijven. Het uitbesteden van deze functies komt in de praktijk vaak voor. Met name voor middelgrote en kleine trustkantoren zou de bij derde partijen beschikbare expertise en capaciteit noodzakelijk zijn voor een effectieve invulling van deze functies.

Het wetsvoorstel voorziet – mede naar aanleiding van de bevindingen van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies – in een verbod om de compliancefunctie uit te besteden. Hoewel erkend wordt dat externe partijen over de noodzakelijke expertise en capaciteit beschikken, is overwogen dat de aanwezigheid van deze partijen bij trustkantoren in veel gevallen tekort schiet om een effectieve invulling van deze functie te waarborgen. In tegenstelling tot de audit functie, ten aanzien waarvan het wetsvoorstel niet voorziet in een verbod op uitbesteding, dient de compliance functie op een doorlopende basis te worden ingevuld. De compliance functie is gericht op het waarborgen van de naleving van wettelijke voorschriften en interne regels, afspraken en procedures. Dit dient in de dagelijkse praktijk van het trustkantoor te worden ingebed. Om die reden is er geen gevolg gegeven aan dit onderdeel van de consultatiereactie van Holland Quaestor.

## **7. Verbod op het verlenen van bepaalde trustdiensten**

In één van de consultatiereacties vanuit de advocatuur is gereageerd op het voorstel om een grondslag op te nemen om bij algemene maatregel van bestuur het verlenen van trustdiensten onder bepaalde omstandigheden, te verbieden. Betoogd is dat een ingrijpend verbod als het voorgestelde, op het niveau van de wet zou moeten worden geregeld.

Mede in het licht van de parlementaire ondervragingscommissie wordt nog nader onderzoek gedaan naar het verbieden van het verlenen van trustdiensten aan bepaalde constructies. Bij het regelen van de verboden die hieruit naar voren komen, wordt beoogd om in ieder geval de hoofdlijnen bij wet te regelen.

## **8. Scheiding tussen trustdienstverlening en belastingadvies**

Door Tax Justice Nederland en de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen is in reactie op het wetsvoorstel aandacht gevraagd voor een strengere scheiding tussen trustkantoren en belastingadvieskantoren.

Aan deze oproep is gehoor gegeven, waarbij tevens rekening is gehouden met de bevindingen uit het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies. Het wetsvoorstel voorziet in een verbod voor trustkantoren om een trustdienst te verlenen aan een cliënt, wanneer de te verlenen trustdienst op enige wijze samenhangt met een belastingadvies dat aan de cliënt is verstrekt door het trustkantoor zelf, of door een persoon of vennootschap die deel uitmaakt van dezelfde groep als het trustkantoor.

## **9. Inspanningsverplichting bij het cliëntenonderzoek**

In de consultatieversie van het wetsvoorstel werd een verplichting voorgesteld voor trustkantoren om ten aanzien van bepaalde aspecten van het cliëntenonderzoek de voorgeschreven informatie vast te stellen 'met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid'. Zowel vanuit de trustsector, als vanuit de advocatuur zijn grote vraagtekens geplaatst bij de uitvoerbaarheid en proportionaliteit van dit voorstel. Deze reacties hebben tot wijzigingen geleid.

Van een trustkantoor wordt een gedegen en diepgaand cliëntenonderzoek verlangd waarbij absolute zekerheid op alle onderdelen niet altijd te verkrijgen is. In dat kader wordt van trustkantoren verwacht dat zij de gevraagde informatie zoveel mogelijk met zekerheid achterhalen. Voor zover absolute zekerheid niet te verkrijgen is, wordt dus een inspanning verwacht om zoveel mogelijk zekerheid te verkrijgen. Van belang is daarbij dat een trustkantoor documenteert wat hij in dit kader heeft gedaan en op welke documenten hij zich heeft gebaseerd.

## **10. Handhaving, publicatie en rechtsbescherming**

In verschillende consultatiereacties wordt aandacht besteed aan de uitbreiding van het handhavingsinstrumentarium van DNB. Zo is er in de consultatiereacties vanuit de advocatuur op gewezen dat het wetsvoorstel in dit opzicht verder gaat dan de vierde anti-witwasrichtlijn.

Met het wetsvoorstel wordt in de eerste plaats beoogd het handhavingsinstrumentarium van DNB in lijn te brengen met de vereisten van de vierde anti-witwasrichtlijn. Tegelijkertijd heeft het onderhavige wetsvoorstel tot doel om het handhavingsinstrumentarium van de toezichthouder te verruimen, zodat DNB beter geëquipeerd is om in te grijpen in geval van geconstateerde overtredingen door trustkantoren. Daarbij is in het onderhavige wetsvoorstel rekening gehouden met het handhavingsinstrumentarium dat DNB toekomt als toezichthouder op banken en andere financiële ondernemingen, op grond van zowel de Wft, als de Wwft, zodat de toezichthouder voor alle onder haar toezicht staande sectoren zoveel als mogelijk over hetzelfde instrumentarium kan beschikken.

Met inachtneming van deze drie uitgangspunten, hebben de ontvangen consultatiereacties tot enkele wijzigingen in het wetsvoorstel geleid. Zo is de hoogte van een boete die wordt gebaseerd op het door een overtreding verkregen voordeel, verlaagd van driemaal het bedrag van het verkregen voordeel naar tweemaal het bedrag van het verkregen voordeel. Ook is de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur, ter uitvoering van bindende EU-rechtshandelingen, te

voorzien in een verhoging van de basis- en maximumbedragen van een bestuurlijke boete, komen te vervallen.

In de consultatiereacties is voorts kritisch gereageerd op de introductie van een bevoegdheid voor de toezichthouder om iemand (tijdelijk) de bevoegdheid te ontzeggen een beleidsbepalende functie uit te oefenen. Op grond van artikel 59, eerste en tweede lid, van de vierde anti-witwasrichtlijn is het noodzakelijk dat deze handhavingsmaatregel wordt opgenomen in het onderhavige wetsvoorstel. In de consultatiereacties is bekritiseerd dat deze bevoegdheid een ruimer toepassingsbereik heeft dan strikt genomen is vereist op grond van de vierde anti-witwasrichtlijn. De wet- en regelgeving kent voor trustkantoren, reeds naar huidig recht, aanvullende verplichtingen voor trustkantoren dan op grond van de vierde anti-witwasrichtlijn is vereist. Daarmee wordt beoogd de inherent hoge integriteitrisico's die aan de trustsector zijn verbonden, te beheersen. Voor een adequate handhaving van deze verplichtingen is het noodzakelijk dat het handhavingsinstrumentarium waarin het onderhavige wetsvoorstel voorziet, ook kan worden ingezet als deze verplichtingen worden overtreden. Dat de reikwijdte van een ontzegging zich uitstrekt naar het uitoefenen van een beleidsbepalende functie bij een instelling als bedoeld in de Wwft, vloeit rechtstreeks voort uit artikel 59, tweede lid, van de richtlijn.

Daarnaast is, zowel vanuit de advocatuur als door de trustsector, gewezen op het ontbreken van voldoende rechtsbescherming voor belanghebbenden. Deze reacties hebben geleid tot een aantal wijzigingen. Zo is in het kader van de publicatiemogelijkheden van DNB een verplichting voor de toezichthouder geïntroduceerd om een separaat besluit tot openbaarmaking te nemen. Hiermee staat vast dat aan belanghebbenden bestuursrechtelijke rechtsbescherming toekomt. Ook komt belanghebbenden in de fase van voorbereiding van een dergelijk besluit, op grond van de Algemene wet bestuursrecht, de mogelijkheid toe om een zienswijze te geven ten aanzien van een voorgenomen besluit. Daarnaast is met betrekking tot de publicatiebevoegdheden van DNB voorzien in een wachttijd tussen het bekendmaken van het besluit tot openbaarmaking en de daadwerkelijke openbaarmaking. Deze termijn stelt een belanghebbende in de gelegenheid een verzoek om voorlopige voorziening in te dienen op grond van artikel 8:81 Awb. Een verzoek om voorlopige voorziening heeft schorsende werking, zodat DNB niet kan overgaan tot openbaarmaking alvorens de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan of het verzoek is ingetrokken. In het wetsvoorstel is tot slot een verplichting opgenomen voor DNB om belanghebbenden een rectificatie aan te bieden indien een besluit tot openbaarmaking in bezwaar wordt ingetrokken of wordt herroepen in beroep of hoger beroep.

## **11. Informatie uitwisseling trustkantoren**

Door de trustsector is in de consultatiereacties opgemerkt dat het voor trustkantoren, met het oog op de vertrouwelijkheid die wordt overeengekomen met cliënten, niet mogelijk is om cliëntgegevens uit te wisselen met andere trustkantoren. Daartoe zou een wettelijke vrijwaringsregeling noodzakelijk zijn.

Omdat het van belang is dat trustkantoren voorkomen dat zij trustdiensten verlenen aan een cliënt, waaraan door een ander trustkantoor niet langer trustdiensten worden verleend vanwege onbeheersbare integriteitrisico's, is de verplichting voor trustkantoren om informatie uit te wisselen over gebleken integriteitrisico's gehandhaafd. Een wettelijke plicht gaat daarbij voor op een contractuele afspraak. Naar aanleiding van voornoemde consultatiereactie is wel een waarborg opgenomen zodat cliënten op de hoogte zijn: een trustkantoor is gehouden om voorafgaand aan het aangaan van een zakelijke relatie of het verlenen van een trustdienst, de cliënt te informeren over deze wettelijke verplichting tot informatie uitwisseling. Daarbij is in het voorstel opgenomen dat de informatieplicht geldt voor integriteitrisico's die na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zijn gebleken.