

Notitie

Aan: Ministerie van Financiën
Van: Het Compliance Platform, Marianne van Rappard en Stijn Wortelboer
Onderwerp: Reactie op wetsvoorstel WTT 2018
Datum: 30 mei 2016

§1. Introductie

Het Compliance Platform is een non-profit initiatief van een aantal (externe) compliance officers, gespecialiseerd op het gebied van trust.

Naar aanleiding van het voorliggend wetsvoorstel heeft het Compliance Platform een rondgang gemaakt langs een groot aantal kleine en middelgrote trustkantoren.

Onderstaand relaas is een weergave van de diverse bemerkingen die door de geconsulteerde trustkantoren naar voren zijn gebracht.

§2. Huidige stand van zaken

De trustsector is al sinds eind jaren negentig onderwerp van discussie als het gaat om de integriteit van het monetair- en financieel stelsel in Nederland.

Vanaf 2004 is de WTT in werking getreden en heeft De Nederlandsche Bank (DNB) als toezichthouder gestreefd naar een ordentelijk georganiseerde trustsector. In 2014 is er aanvullende wetgeving in de vorm van een vernieuwde Rib Wtt toegevoegd aan de vigerende wet- en regelgeving.

Ondanks alle inspanningen tot op heden is het volgens DNB niet gelukt de sector te laten functioneren in lijn met de wettelijke vereisten.

Bij gemiddeld 3 van de 5 kantoren zijn zelfs ernstige tekortkomingen geconstateerd. Dat geldt voor zowel grote als kleinere kantoren. De overige 2 van de 5 kantoren kampen volgens DNB ook met tekortkomingen, met als gevolg dat er door de bank genomen geen kantoren zijn die voldoen aan de wet volgens de maatstaven van DNB.

Dit is opmerkelijk te noemen indachtig het feit dat DNB al sinds 2004 bezig is met het uitoefenen van toezicht en controle op de sector. In dat kader moet ook worden nagedacht hoe het komt dat een relatief kleine groep van ca. 150 marktpartijen in maar liefst 12 jaar tijd nog steeds niet aan de wet schijnt te kunnen voldoen.

Dat kan niet alleen aan de sector zelf liggen. Ook DNB heeft door het telkens oprekken van een open norm haar eigen beoordelingen steeds verder aangescherpt. Dat is mogelijk omdat er een groot gebrek aan transparantie bestaat, zowel bij DNB als bij de sector zelf.

De vaststellingsrapportages van DNB naar aanleiding van toezichthoudende bezoeken worden niet geopenbaard, maar nader onderzoek wijst uit dat ook DNB in sommige gevallen terugkomt op haar eigen conclusies. Daar waar enkele jaren terug bijvoorbeeld de doelomschrijving van een cliëntstructuur als "goed" werd beoordeeld, wordt deze heden ten dage als onvoldoende beschouwd.

Vrijwel alle trustkantoren zijn van mening dat DNB onvoldoende concreet aangeeft hoe een trustkantoor kan voldoen aan de vigerende wet- en regelgeving. Het formele standpunt van DNB is dan ook dat zij niet op de stoel van het trustkantoor gaat zitten en dat de sector dit zelf moet bepalen.

DNB stelt echter wel eenzijdig vast dat een kantoor niet aan de wet voldoet en op grond van haar eigen – niet toetsbare – oordeel heeft zij de bevoegdheid vervolgens formele maatregelen te nemen. Hoewel het wellicht als tendentius kan worden gezien, is het ontegenzeggelijk dat er een zekere angstcultuur heerst binnen de trustsector. De gehele trustsector in Nederland heeft zich als doel gesteld er een goed georganiseerde en integere bedrijfsvoering op na te houden, maar men vreest over het algemeen het oordeel van DNB, aangezien het nooit helemaal duidelijk is aan welke normen moet worden voldaan.

Met betrekking tot sommige deelaspecten verstrekt DNB guidance, maar daarbij zal zij nooit stellen hoe exact er door een trustkantoor moet worden gehandeld. Het geeft richtlijnen aan de hand waarvan een kantoor zelf het beleid moet invullen.

Mocht het nu zo zijn dat DNB na twaalf jaar toezicht recent tot de conclusie was gekomen dat op een paar uitzonderingen na de branche als geheel naar behoren functioneert, dan is het geven van guidance voldoende effectief. Helaas is het tegendeel waarheid gebleken, waarbij overigens andermaal benadrukt moet worden dat de volledige sector een onmiskenbaar positieve metamorfose heeft ondergaan op het gebied van governance en compliance ten opzichte van 2004.

§3. Bemerkingen mbt huidig wetsvoorstel

Aan de hand van het in de voorgaande alinea gestelde, vinden de meeste trustkantoren dat het voorliggend wetsvoorstel niet goed is doordacht. Het lijkt erop alsof de wetgever het gebrek aan effectiviteit van de huidige WTT en Rib Wtt wil vergroten door de toezichthouder ongekend verre gaande bevoegdheden te geven, zonder eerst te hebben onderzocht hoe het komt dat er volgens de toezichthouder behoefte bestaat aan een herziening van de WTT.

Het voorstel geeft onvoldoende waarborgen voor een toetsbaar kader waarbinnen DNB invulling geeft aan haar rol van toezichthouder.

Dat komt mede tot uiting doordat de wetgever in dit wetsvoorstel op diverse punten haar wetgevende bevoegdheid door middel van de mogelijkheid tot AMVB's overdraagt aan de Minister. Dit kan leiden tot ad-hoc regelgeving, mogelijkerwijs ingegeven door politieke druk. Voorts kan DNB op grond van deze nieuwe wet altijd zonder tussenkomst van de Rechter formele rechtsmaatregelen opleggen. Pas achteraf kunnen gedupeerden het beleid van DNB laten toetsen door een onafhankelijke Rechter.

Indien het beleid van DNB kraakhelder, voorspelbaar en toetsbaar zou zijn, dan zou er minder angst bestaan omtrent een eventueel gebrek aan controlemechanismen binnen de nieuwe WTT.

De nieuwe wet werkt een zekere mate van rechtsongelijkheid in de hand. Bovendien creëert het ruimte om het Legaliteitsbeginsel te schenden. Tenslotte herbergt de nieuwe wet een aantasting van de Trias Politica.

De rechtsongelijkheid is terug te voeren op het verschil van mogelijkheden om deel uit te maken van een bepaalde groepsstructuur. Een buitenlandse multinational mag zich bijvoorbeeld in Nederland vestigen met een "eigen" directeur. De groepsstructuur van deze onderneming is niet onderhevig aan wettelijke beperkingen, mits zij hier in Nederland op correcte wijze belastingaangifte doet. Eenzelfde structuur kan – indien zij als doelvennootschap van een trustkantoor staat geregistreerd – op enig moment door DNB worden aangemerkt als "Tax aggressive" met als gevolg dat het betreffende trustkantoor dienaangaande ter verantwoording wordt geroepen. Het behoeft geen toelichting dat het trustkantoor onder druk van de toezichthouder afscheid zal nemen van deze cliënt.

Dit aspect is onder meer ingegeven door wat men tegenwoordig noemt de "Maatschappelijke onbetamelijkheid".

Onder grote politieke druk wil DNB ervoor zorgdragen dat de Nederlandse trustsector zich niet inlaat met niet integere cliënten. Een begrijpelijk en eerbaar streven, dat ons brengt op het Legaliteitsbeginsel.

Dit beginsel wordt bedreigd als DNB op grond van niet-toetsbare begrippen bepaalde gedragingen tot verboden gebied kan verklaren.

Eenzijds stelt DNB dat de markt zelf invulling moet geven aan het begrip “Maatschappelijk onbetamelijk” anderzijds geeft zij net zo gemakkelijk aan wanneer bepaalde zaken in haar ogen redelijkerwijs niet meer kunnen worden geaccepteerd door de trustsector.

Hierbij wordt onomwonden verkondigd dat iets weliswaar niet verboden is, maar volgens de samenleving niet meer getolereerd wordt.

Als dat zo zou zijn, dan behoort de wetgever dat signaal van de samenleving om te zetten in wet- en regelgeving. Dat is het fundament van onze Rechtsstaat.

Gebleken is bovendien dat DNB in het verleden hierbij zelfs met terugwerkende kracht trustkantoren op heeft aangesproken.

Dat neemt niet weg dat de sector er goed aan doet om zelf, vanuit haar eigen wens om professioneel en integere diensten te verlenen, zou moeten besluiten het Maatschappelijk onbetamelijke niet langer toe te staan.

Vanuit het Legaliteitsbeginsel is het vervolgens belangrijk te wijzen op het gevaar van een aantasting van de Trias Politica.

DNB bepaalt dat de onder toezicht staande marktpartijen zelf invulling mogen geven aan het begrip Maatschappelijke onbetamelijkheid. Zij vraagt niet aan de wetgever om dat te doen, maar mag zonder last of ruggenspraak zelf beoordelen hoe er moet worden gekeken naar dit begrip. Als zodanig neemt zij waar voor de wetgever.

Vervolgens kan zij, wederom zonder enige last of ruggenspraak, besluiten dat de invulling van het begrip door een trustkantoor volstrekt onvoldoende is. Zij kan dan als handhaver tekortkomingen in de bedrijfsvoering vaststellen en voorleggen aan de Rechter om te sanctioneren.

Laat nu echter DNB zelf deze sanctionerende bevoegdheid hebben tot het opleggen van de formele rechtsmaatregelen. Kortom; DNB krijgt op grond van dit wetsvoorstel zich op te stellen als wetgever, handhaver en Rechter, zonder dat er enige vorm van toetsing door een onafhankelijk orgaan kan plaatsvinden.

Bovenstaande situatieschets is opgesteld aan de hand van het begrip Maatschappelijke onbetamelijkheid, maar er zijn diverse voorbeelden aan te halen waarbij DNB invulling geeft aan de vigerende wet- en regelgeving zonder dat deze invulling kan worden getoetst. Het behoort tot haar discretionaire vrijheid.

§4. Aanbevelingen:

Sta ons toe te benadrukken dat alle geconsulteerde trustkantoren zonder enige beperking het belang inzien van een schone, professionele en integere trustsector. Zowel de sector zelf als ook de toezichthouder heeft aangetoond te worstelen met de wijze waarop men dat punt kan bereiken, temeer de maatschappelijke normen altijd zullen blijven verschuiven en men dientengevolge altijd achter de feiten aanholt.

Feit blijft evenwel dat het onverstandig is om als gevolg van een vorm van onvermogen tot het bereiken van een gewenst resultaat, de wetgever bereid zou zijn tot het uithollen van enkele fundamenten van ons rechtstelsel.

Aan de hand van de vraag aan alle geconsulteerde trustkantoren wat zij graag zouden willen zien gewijzigd worden in dit wetsvoorstel, kwamen er diverse punten naar voren. Deze hebben wij samengevat tot een handvol concrete aanbevelingen:

1. Alle geraadpleegde trustkantoren hebben grote behoefte aan duidelijkheid en strakke regelgeving. De markt wil weten waar zij aan toe is en de toezichthouder moet zich voorspelbaar opstellen.
Hoewel DNB zich op het standpunt stelt geen beleid te mogen maken, is het essentieel dat DNB zich zo concreet en gedetailleerd mogelijk vastlegt met betrekking tot de vereisten waaraan door trustkantoren op alle verschillende niveaus in de bedrijfsvoering moeten voldoen. Dit teneinde de toets der kritiek van DNB te kunnen doorstaan.
Immers, beleid wordt indirect ook gemaakt door bepaalde gedragingen af te keuren en te beboeten.
2. In dat kader behoort er ook zo min mogelijk ruimte te bestaan voor niet-toetsbare interpretatievrijheid. Termen zoals “Aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid”, “Integriteit” en “Maatschappelijk onbetamelijk” dienen zo concreet mogelijk door DNB te worden gedefinieerd.
3. Bevindingen van DNB naar aanleiding van toezichthoudende bezoeken zouden op geanonimiseerde basis kunnen worden gearhiveerd in een voor de sector toegankelijke database. Dat genereert voor alle kantoren de mogelijkheid om op basis van ‘Best practice’ een hoger niveau te bereiken.
4. Besluiten met betrekking tot formele rechtsmaatregelen moeten aan de hand van een WOB verzoek op geanonimiseerde basis kunnen worden opgevraagd.
5. De mogelijkheden van het door middel van AMVB in te vullen regelgeving dienen bij voorkeur tot een minimum te worden teruggebracht.
6. Tenslotte moet de Rechter als enige de bevoegd zijn om verregaande rechtsmaatregelen op te leggen, zoals bijvoorbeeld boetes, het aanstellen van een curator en/of het intrekken van een vergunning.