



De Minister van Financiën  
Postbus 20201  
2500 EE Den Haag

**Finnius advocaten**  
Weteringschans 128  
1017 XV Amsterdam

t. (020) 767 01 80  
f. (020) 767 01 81  
www.finnius.com

**Datum** 30 mei 2016  
**E-mail** andries.doets@finnius.com, casper.riekerk@finnius.com  
**Onderwerp** Consultatie concept wetsvoorstel houdende regels met betrekking tot het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren 2018)

Excellentie,

## Inleiding

Wij hebben met belangstelling kennis genomen van het concept wetsvoorstel houdende regels met betrekking tot het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren 2018). Wij maken graag gebruik van de gelegenheid daarop een korte reactie te geven, vanuit onze positie als advocaten gespecialiseerd in het financieel toezichtrecht. In die hoedanigheid adviseren wij met regelmaat trustkantoren over de relevante wet- en regelgeving en staan wij trustkantoren bij in het kader van toezicht en handhaving door DNB. De onderstaande reactie kan niet als uitputtend worden beschouwd. Wij beperken ons tot de onderwerpen die voor ons het meest in het oog springen.

## Legaliteitsbeginsel en level playing field

De uitdagingen en inspanningen om de integriteit van het financieel stelsel te waarborgen, zijn met betrekking tot de trustsector recentelijk helder toegelicht in de kabinetsreactie op de Panama papers. Tegelijkertijd moet er voor worden gewaakt dat doelmatigheidsoverwegingen afbreuk (kunnen) doen aan algemene rechtsbeginselen en waarborgen.

Ingeval van overtreding van de voorgestelde normen, kunnen de gevolgen groot zijn voor het trustkantoor en de betrokken leidinggevenden. Zo kan DNB een (hoge) boete opleggen en kan door DNB aangifte worden gedaan waar de overtreden norm is opgenomen in de Wet op de economische delicten. Het concept wetsvoorstel voorziet bovendien in een beroepsverbod. Dit zijn verstreckende maatregelen die vergen dat de inhoud en strekking van voorgestelde normen steeds helder zijn en het ook feitelijk mogelijk is om aan die normen te voldoen. Verwezen zij naar onder meer het lex certa beginsel en het legaliteitsbeginsel.

In de voorgestelde memorie van toelichting wordt herhaaldelijk verwezen naar de Europese vierde anti-witwasrichtlijn. Toegelicht wordt dat de trustsector extra aandacht vergt, nu gedurende de afgelopen periode volgens de minister is komen vast te staan dat het voorkomen van witwassen gebreken vertoont. Vastgesteld moet echter worden dat de voorgestelde voorschriften op diverse punten in materieel opzicht strenger zijn dan de voorschriften zoals neergelegd in de vierde anti-witwasrichtlijn. Uit de concept memorie van toelichting wordt niet duidelijk waarom hiervoor wordt gekozen. De invoering van normen die materieel gezien verder gaan dan is vereist op basis van Europese regelgeving staat op (tenminste) gespannen voet met een level playing field binnen de



# FINNIUS

interne markt. Het verdient aanbeveling dat nadere aandacht wordt besteed aan dit onderwerp en de wijze waarop trustdiensten in andere lidstaten zijn gereguleerd.

## Artikel 15

Op basis van deze bepaling kunnen bij of krachtens AMvB diensten worden aangewezen die een trustkantoor niet mag uitoefenen. De toelichting bij deze bepaling leert dat hier een bevoegdheid wordt gecreëerd om concrete dienstverlening in "aan te wijzen omstandigheden" te verbieden. Dit om corrigerend te kunnen optreden ten aanzien van trustkantoren die een onvoldoende integrale bedrijfsvoering hebben of integriteitsrisico's onvoldoende beheersen. Wij wijzen erop dat artikel 53 de toezichthouder een aanwijzingsbevoegdheid geeft met betrekking tot "een ieder die niet voldoet aan hetgeen bij of krachtens deze wet is bepaald". Dat lijkt bij uitstek een geschikt instrument om in dergelijke situaties handhavend op te treden.

Mocht zijn bedoeld op eventuele generieke uitsluiting van specifieke dienstverlening, dan verdient het aanbeveling zulks op wettelijk niveau te regelen, gezien de verstrekende gevolgen daarvan. Het kan immers ook gaan om op zichzelf geoorloofde dienstverlening die op een bepaald moment in algemene zin verboden of beperkt wordt. Als alternatief zou de reikwijdte van de voorgestelde bevoegdheid op wettelijk niveau tenminste kunnen worden ingekaderd, door bijvoorbeeld een of meer voorwaarden of kaders te noemen waarbinnen deze kan worden uitgeoefend.

## Artikel 21

De redactie van dit artikel is niet geheel duidelijk. Bedoeld lijkt te zijn dat de *juistheid en volledigheid* van de voorgeschreven informatie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid moet worden vastgesteld. Een dergelijke maatstaf is ons niet bekend in de context van het financieel toezichtrecht. De reikwijdte van het artikel is ruim, nu de norm van toepassing is op alle aspecten van het cliëntenonderzoek waarbij sprake is van een inspanningsverplichting. Diverse bepalingen uit het concept wetsvoorstel verwijzen verder (kennelijk ten overvloede) naar artikel 21. De verplichting betekent dat een trustkantoor met betrekking tot de vereiste informatie in alle gevallen moet kunnen onderbouwen dat de juistheid en volledigheid daarvan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is vastgesteld. Volgens de toelichting dient de "waarheid in absolute zin" steeds met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te worden benaderd. Dit verhoudt zich niet met het risicogebaseerde karakter van de verplichtingen die voortvloeien uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de vierde anti-witwasrichtlijn.

De voorgestelde norm leidt tot een bewijsopdracht waar het trustkantoor in veel gevallen niet aan zal kunnen voldoen. Hoe kan bijvoorbeeld met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden vastgesteld dat naast de UBO's die door het trustkantoor zijn geïdentificeerd en waarvan de identiteit is geverifieerd overeenkomstig de daarvoor geldende eisen, geen *andere* personen feitelijke zeggenschap hebben over de doelvennootschap (zie artikel 22, eerste lid, onderdeel d van het concept wetsvoorstel)? Hoe kan met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid worden vastgesteld of de cliënt niet ten behoeve van een derde optreedt? De minister introduceert hier een negatieve bewijslast.

Ingeval van handhaving, zal de bewijslast bij het trustkantoor liggen om aan te tonen dat de (juistheid en volledigheid van de) informatie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is vastgesteld. Deze gekozen maatstaf betekent dat het in veel gevallen feitelijk onmogelijk zal zijn om aan deze bewijslast te voldoen ten aanzien van willekeurig welke doelvennootschap, UBO of

# FINNIUS

structuur. Het voorgestelde artikel 25 brengt mee dat het trustkantoor de zakelijke relatie dan dient te beëindigen.

Onduidelijk is hoe het voorgestelde artikel 21 zich verhoudt tot artikel 24, dat bepaalt dat artikel 11 Wwft van overeenkomstige toepassing is. Artikel 11 Wwft noemt de documenten die voor verificatie van de identiteit gebruikt kunnen worden. Het voorgestelde artikel 21 impliceert echter dat ook indien van de betreffende documenten gebruik is gemaakt, nog nader onderzoek vereist is om de juistheid van met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te kunnen vaststellen. Ook de verhouding met artikel 45, derde lid, van het concept wetsvoorstel is onduidelijk. Dat artikel bepaalt dat een trustkantoor "op risico gebaseerde maatregelen neemt" om ingewonnen gegevens actueel te houden. Hoe verhoudt die norm zich tot het in artikel 21 neergelegde – algemene – voorschrift dat een trustkantoor te allen tijde moet kunnen onderbouwen dat (de juistheid en volledigheid van) informatie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is vastgesteld?

Middels de voorschriften die voortvloeien uit de Wwft en de vierde anti-witwasrichtlijn, wordt naar ons inzicht reeds in voldoende mate gewaarborgd dat het cliëntenonderzoek naar behoren dient te worden uitgevoerd en dat DNB handhavend kan optreden indien zulks niet of onvoldoende heeft plaatsgevonden. Het introduceren van de in artikel 21 neergelegde norm is niet nodig en ook onwenselijk gezien de implicaties daarvan. Voorkomen moet worden dat in de wet een (bewijs)norm wordt geïntroduceerd bij overtreding waarvan bestraffend kan worden opgetreden, terwijl op voorhand vaststaat dat in veel gevallen feitelijk niet aan die norm zal kunnen worden voldaan.

## **Artikel 22, eerste lid, onderdeel d**

Onduidelijk is hoe een trustkantoor met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid kan vaststellen of andere natuurlijke personen als uiteindelijk belanghebbenden kwalificeren, dan de personen die door het trustkantoor als zodanig zijn geïdentificeerd. Daarbij is van belang dat reeds uit de definitie van 'UBO' volgt dat personen die feitelijk zeggenschap kunnen uitoefenen over de doelvennootschap onder dat begrip vallen. De verplichting om de UBO vast te stellen volstaat derhalve. Voorkomen moet worden dat het trustkantoor een negatieve bewijslast krijgt, waaraan zij gezien de aard daarvan niet kan voldoen.

## **Artikel 28**

Artikel 28 noemt de onderdelen van het onderzoek naar de cliënt/doelvennootschap ten aanzien waarvan een inspanningsverplichting geldt als bedoeld in artikel 21. Zoals hiervoor is toegelicht, zal in veel gevallen sprake zijn van feitelijke onmogelijkheid om aan deze norm te voldoen. Een voorbeeld. Een trustkantoor kan beoordelen of het vermogen van de UBO van de doelvennootschap uit legitieme bron afkomstig is. Maar daarmee is niet voldaan aan de plicht om vast te stellen dat de verkregen informatie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid overeenkomt met de waarheid in absolute zin. Uit de toelichting wordt niet duidelijk bij welke informatiepositie de "aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid" is bereikt en het trustkantoor op adequate wijze aan de verplichting heeft voldaan. Een dergelijke informatiepositie vergt – indien deze al feitelijk kan worden gerealiseerd – een dermate vergaand onderzoek, dat dit economisch in veel gevallen niet haalbaar zal zijn. Er zal door trustkantoren in het kader van de bewijsopdracht in ieder geval aanzienlijke kosten moeten worden gemaakt. Er zal – gezien het voorgestelde artikel 25 – afscheid moeten worden genomen van partijen ten aanzien waarvan dit inzicht niet conform de nieuwe norm kan worden vastgesteld.

## Artikel 61

Het voorstel voorziet, net als de huidige Wet toezicht trustkantoren, in de eis dat beleidsbepalers van een trustkantoor geschikt zijn en hun betrouwbaarheid buiten twijfel staat. Deze eis geldt ook ten aanzien van financiële ondernemingen als bedoeld in de Wet op het financieel toezicht. Niet duidelijk is waarom in aanvulling op die eis, waarvan de naleving door DNB kan worden afgedwongen middels diverse handhavinginstrumenten, de introductie van een afzonderlijk beroepsverbod naar aanleiding van overtredingen van de Wtt is aangewezen. De minister schrijft in de toelichting dat aansluiting is gezocht bij artikel 59 van de vierde anti-witwasrichtlijn. Met het koppelen van het beroepsverbod aan overtredingen van de Wtt, die op diverse punten uitgebreider zijn dan opgenomen in de Wwf en vereist op basis van de vierde anti-witwasrichtlijn, wordt dit verbod echter een nadrukkelijk bredere werking gegeven.

De reikwijdte van de voorgestelde bepaling is dermate ruim – nu de ontzegging ziet op functies bij een instelling als bedoeld in de Wwft – dat het beroepsverbod niet alleen ziet op het werkzaam kunnen zijn bij trustkantoren, maar tevens op overige instellingen als bedoeld in de Wwft die niet onder toezicht van DNB staan. Op basis van de voorgestelde tekst, zal een ontzegging door DNB derhalve ook in de weg staan aan het actief zijn als, of vervullen van functies bij, bijvoorbeeld een handelaar in zaken van grote waarde of een taxateur. Niet duidelijk is hoe dit zich verhoudt met het onderwerp van het onderhavige voorstel en de bevoegdheden van DNB. Daarbij zij opgemerkt dat DNB uitsluitend bevoegd is om toezicht te houden op de Wwft, waar het gaat om financiële dienstverlening (zie artikel 1 sub a van het Aanwijzingsbesluit Wwft).

De aard van een dergelijke ontzegging, die onder omstandigheden zelfs voor onbepaalde tijd kan worden opgelegd, is dermate verstrekkend dat het naar ons oordeel onwenselijk is dat de toezichthouder daar zelf zonder rechterlijke tussenkomst toe kan overgaan.

## Gevolgen voor het bedrijfsleven

In de concept toelichting wordt over de gevolgen van de nieuwe regulering vermeld: “de administratieve lasten van trustkantoren zijn naar verwachting beperkt” (p.12). Tegelijkertijd wordt toegelicht dat waar een inspanningsverplichting is opgenomen, de inspanning van het trustkantoor moet leiden tot een inzicht dat met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid overeenkomt met de waarheid in absolute zin. Hoe de wetgever bij de introductie van een dergelijke bewijsopdracht tot de conclusie kan komen dat de gevolgen van de nieuwe regels beperkt zijn, is ons niet duidelijk. Naar onze inschatting wordt de lat voor trustkantoren via de voorgestelde (al dan niet negatieve) bewijslast dermate hoog gelegd, dat dit – zo feitelijk al aan deze norm kan worden voldaan – een grote impact zal hebben op de bedrijfsvoering en administratieve lasten voor trustkantoren.

Wij hopen dat de bovenstaande reactie van nut zal zijn bij de totstandkoming van het definitieve wetsvoorstel. Wij zijn indien gewenst graag beschikbaar voor het geven van een verdere reactie.

Hoogachtend,  
Finnius advocaten

Andries Doets  
Casper Riekerk