

Inbreng op de Consultatie van het Ministerie van Financien:

Wijziging Wet toezicht trustkantoren 2018

Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren 2018 in verband met aanvullende maatregelen om de integriteitrisico's bij trustdienstverlening te beheersen

Den Haag, 7 mei 2020

Contactpersoon Holland Quaestor:

Mw. Drs. (M.P.) Mariët van den Berg

Verenigingsdirecteur

Prinses Margrietplantsoen 33

2595 AM Den Haag

verenigingsdirecteur@hollandquaestor.nl

M +31 (0) 610902962

A. Inleiding

Holland Quaestor (HQ) waardeert de consultatie over de voorgenomen aanpassingen in de Wet toezicht trustkantoren 2018. Graag maakt zij gebruik van de mogelijkheid daarop te reageren, met als oogmerk tot een verduidelijking en verbetering van de voorgestelde aanpassingen en de uitvoerbaarheid daarvan te komen. Het effect van de regelgeving zal overigens beperkt zijn, aangezien de “verboden activiteiten” eenvoudigweg zonder de betrokkenheid van trustkantoren kunnen blijven plaatsvinden (zij het dan onder een minder strenge, en in sommige situaties zelfs zonder regulering en toezicht en handhaving).

HQ is zich ervan bewust dat nog steeds verbeteringen bij trustkantoren mogelijk zijn in het kader van de poortwachtersrol, zowel wat de risico's op belastingontduiking/witwassen als agressieve belastingplanning betreft. Door diverse regels en andere verplichtingen waar de leden van HQ zich aan hebben te houden wordt daar door ons als vereniging een bijdrage aan geleverd. Er is bij de leden van HQ een duidelijke trend zichtbaar naar minder primair fiscaal gedreven dienstverlening. In dit verband doet het eenzijdige beeld als zouden trustkantoren louter en alleen “economisch lege activiteiten gericht op belastingontduiking” faciliteren volstrekt geen recht aan de realiteit.

In de kern is onze reactie op de voorgenomen aanpassingen als volgt:

- Voorstander van het verbod op doorstroomvennootschappen, maar dit moet wel effectiever en duidelijker worden geregeld;
- Twijfel bij de houdbaarheid, effectiviteit en doelmatigheid van een verbod op zaken doen met hoog-risico respectievelijk non-coöperatieve landen. Deze voorgenomen aanpassing van de Wtt18 leidt tot rechtsonzekerheid bij trustkantoren en hun cliënten en is mogelijk strijdig met het *lex certa* beginsel. Voorts verstoort het verbod door de volatiliteit van de lijsten waarnaar verwezen wordt de mogelijkheid om de bedrijfsvoering adequaat te voeren. Als laatste en wellicht belangrijkste bezwaar wordt opgemerkt dat het verbod, gelet op de huidige samenstelling van de lijsten, leidt tot neveneffecten die internationaal en Europees beleid ten aanzien van alternatieve investeringsfondsen verstoren.
- Indien het Ministerie wenst het verbod te handhaven (hetgeen wij ontraden) zou toch tenminste een uitzondering moet worden gemaakt voor gereguleerde fondsen of fondsmanagers. Het uitsluiten van dergelijke fondsen van de dienstverlening door trustkantoren draagt niets bij aan de belangen die de Minister met zijn voorstel beoogt te beschermen en brengt grote schade toe aan het functioneren van een diversiteit aan belangrijke instituties.
- Aandacht van de minister wordt gevraagd voor de voortzetting van de verboden activiteiten zonder tussenkomst van trustkantoren (“weglekeffect”). De risicovolle vormen van dienstverlening raken zo buiten beeld.

1. Verbod doorstroomvennootschappen (onderdelen A – C en E - I)

HQ kan zich vinden in de gedachte om doorstroomvennootschappen te verbieden. De dienstverlening van trustkantoren middels doorstroomvennootschappen is vanwege haar aard risicovol. Het motief van de cliënt is vrijwel in alle gevallen een fiscaal motief, door velen als fiscaal agressief beschouwd, en in bepaalde gevallen is het motief zelfs niet legitiem. Dit hoeft niet per se illegaal te zijn, maar het kan bijvoorbeeld wel zo zijn dat de doorstroomvennootschap wordt gebruikt om transacties bewust gecompliceerd te maken zodat niet altijd te herleiden is wat er precies gebeurt. Praktijkvoorbeelden zijn gezien bij transacties die samenhangen met de voetbalsector, handelslicenties etc. Leden van HQ hebben historisch gezien weinig activiteiten aangeboden met doorstroomvennootschappen en hebben in 2019 zelfs besloten om dit type dienstverlening geheel uit te sluiten. Dit is gecodificeerd middels de HQ Tax Integrity Richtlijn die bindend is voor haar leden.

1.1 Doorstroombrievenbussen

Zoals het Algemeen Overleg “Toekomst Financiële Sector” van 6 maart 2020¹ over de toekomst van de financiële sector aantoont, is er veel onbekendheid en verwarring over de exacte activiteiten van trustkantoren en de gevolgen van deze activiteiten voor Nederland. Laat het voor eenieder helder zijn dat de Minister met onderhavig wetsvoorstel beoogt te verbieden dat een trustonderneming één van de tot haar groep behorende rechtspersonen gebruikt als doorstroomvennootschap. Die rechtspersoon hoeft zelf geen vergunning houdende entiteit te zijn, met andere woorden: is derhalve niet altijd een trustkantoor. De rechtspersoon die de trustonderneming gebruikt zal geldstromen ontvangen, in bewaring nemen, en vervolgens doorzetten. Het uitgaande bedrag kan 100% van het inkomende bedrag zijn, al dan niet in delen. Het kan ook iets kleiner zijn als de doorstroomvennootschap haar vergoeding onder zich houdt. Het verbieden van deze dienst heeft geen gevolgen voor de ‘doorstroombrievenbussen’. Deze ‘doorstroombrievenbussen’ maken geen deel uit van de structuur van de trustonderneming maar van andere internationaal actieve concerns. Het effect van het beoogde verbod zal naar verwachting nagenoeg nihil zijn.

1.2 Wettelijke verplichting

HQ vraagt zich af of de uitzondering: ‘en waarvan het gebruik niet tot doel heeft om te voldoen aan enige wettelijke verplichting’ niet te vaag en te vrijblijvend is. De tekst van de wet suggereert dat ook een trustkantoor mag doorgaan met het aanbieden van deze dienst zolang zij maar kan hardmaken dat de cliënt hiermee voldoet aan enige wettelijke verplichting. Daarbij rijst een aantal vragen: 1. Betreft het dan een rechtstreeks wettelijke verplichting of ook een onrechtstreeks wettelijke verplichting? 2. Betreft de wettelijke verplichting louter publiekrecht of ook een rechtsgeldig tot stand gekomen verbintenis in privaatrechtelijke zin? 3. Gaat het om een wettelijke verplichting van welke staat dan ook of uitsluitend een nationale wettelijke verplichting? Wellicht is het, zoals uit de Memorie van Toelichting blijkt, beter om een beperking op te nemen door te verwijzen naar bijvoorbeeld de Advocatenwet, De Wet op het notarisambt en de Gerechtsdeurwaarderswet?

1.3 Zonder economische activiteit

Waarom heeft de minister als beperkende voorwaarde opgenomen ‘zonder economische activiteit’? Hierover lezen wij niets terug in de Memorie van Toelichting. Zo gezien zou iedereen doorstroomdiensten kunnen aanbieden aangezien dat op zichzelf al tot economische activiteit zou leiden. Een ander ‘geitenpaadje’ is het ondernemen van enige economische activiteit in de rechtspersoon en deze vervolgens ter beschikking stellen als doorstroomvennootschap.

¹ <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32013-234.html>

1.4 Niet meer in beeld

Het gevaar van de onder 2 en 3 gesignaleerde vaagheden is het feit dat de doorstroomvennootschap als gereguleerde activiteit in zijn geheel verdwijnt. Op het moment dat de verbodsbepaling onvoldoende duidelijk is kan de dienst vrijelijk worden aangeboden. Als gevolg van het verdwijnen van de doorstroomvennootschap als kwalificerende dienst is de dienstverlening niet meer voorbehouden aan trustkantoren, hoeft er geen cliëntenonderzoek meer te worden verricht en is er geen enkele vorm van toezicht of rapportageverplichting meer. De dienstverlening verdwijnt geheel uit het zicht. HQ meent dat dit niet de bedoeling van de minister zal zijn.

1.5 Voorstel HQ

HQ stelt voor om het begrip doorstroomvennootschap in artikel 1 te handhaven en het een kwalificerende dienst te laten blijven. Op deze manier scheidt de minister duidelijkheid over de reikwijdte wat betreft sectoren en de afbakening van de dienst. Het verbod kan vervolgens worden vormgegeven als “het is een trustkantoor verboden om de trustdienst, bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, in de definitie van trustdienst, aan te bieden.” Deze verbodsbepaling zou kunnen worden toegevoegd aan artikel 17 als een nieuwe tweede lid, in artikel 19 in plaats van de huidige bijzondere bepalingen met betrekking tot doorstroomvennootschappen of in artikel 23. De wat ongelukkige omnummering van diverse onderdelen van de Wtt (onderdelen E tm I) kan daarmee achterwege blijven.

2. Verbod dienstverlening hoogrisicolanden (onderdelen D en J)

Het voorgestelde artikel 23a bevat, kort gezegd, een verbod voor trustkantoren om een zakelijke relatie aan te gaan met cliënten, doelvennootschappen en uiteindelijk belanghebbenden gevestigd of woonachtig in staten die voorkomen op lijsten van hoog-risicolanden en landen die niet coöperatief zijn op belastinggebied, zoals vastgesteld door de Europese Unie op basis van artikel 9 van de 4e Witwas Richtlijn en Verordening (EU)2017/1601.

Na bestudering van het voorgestelde artikel 23a Wtt geeft HQ het Ministerie de volgende observaties ter overweging. De observaties worden hieronder nader toegelicht:

- Het voorgestelde artikel 23a Wtt is strijdig met het *Lex Certa* beginsel, het leidt tot rechtsonzekerheid bij het trustkantoor, doelvennootschappen, cliënten en uiteindelijk belanghebbenden (paragraaf 2.1).
- Het voorgestelde artikel 23a Wtt 2018 belemmert het voeren van adequaat beleid dat leidt tot integere en beheerste bedrijfsvoering zoals vereist in artikel 14 Wtt 2018 (paragraaf 2.2).
- De reikwijdte van het voorgestelde artikel 23a Wtt leidt tot een onredelijke behandeling van cliënten en uiteindelijk belanghebbenden uit hoog-risicolanden waarbij vestiging in Nederland niet (voornamelijk) fiscaal gedreven is (paragraaf 2.3).
- Zonder betrokkenheid van trustkantoren – die immers niet meer dan een faciliterende rol vervullen - blijft dienstverlening met betrokkenheid van genoemde landen goed mogelijk en dan zelfs onder een veel minder gereguleerd regime, met zeer beperkt toezicht (paragraaf 2.4).

2.1 Rechtsonzekerheid/Strijdigheid Lex Certa beginsel

HQ erkent dat er landen zijn met een hoger risico op witwassen of financiering van terrorisme. Het feit dat het voorgestelde verbodsartikel 23a Wtt verwijst naar dynamische lijsten leidt evenwel tot rechtsonzekerheid voor doelvennootschappen, uiteindelijk belanghebbenden van doelvennootschappen en cliënten. Nederland heeft de reputatie een stabiel en betrouwbaar rechtssysteem te hebben. Een cliënt of uiteindelijk belanghebbende moet er dan ook op kunnen vertrouwen dat zij een stabiele en betrouwbare zakelijke relatie kan aangaan met een trustkantoor nadat het verplichte cliëntonderzoek is afgerond. Het enkele feit dat een jurisdictie wordt toegevoegd op de lijst van hoog-risicolanden en landen die niet coöperatief zijn op belastinggebied, hetgeen op zichzelf geen strafbaar feit oplevert en ook geen actief handelen van de cliënt of uiteindelijk belanghebbende betreft, mag niet per definitie leiden tot een beëindiging van de zakelijke relatie door het trustkantoor. Binnen de gedachte van een integere en beheerste bedrijfsvoering die een trustkantoor wordt geacht te hanteren, zal het feit dat een bij een structuur betrokken vennootschap, cliënt of UBO in een hoog-risicoland is gevestigd, wel leiden tot een verzwaaring van de controlemaatregelen ten opzichte van deze betrokken partijen en tot een heroverweging van de zakelijke relatie of dienstverlening. Dit volgt reeds uit artikel 33 lid 1 en 36 Wtt 2018.

2.2 Adequate bedrijfsvoering

Tevens vraagt HQ zich af op welke wijze trustkantoren in het licht van het voorgestelde artikel 23a Wtt invulling moeten geven aan de verplichting adequaat beleid te voeren dat leidt tot integere en beheerste bedrijfsvoering (artikel 14 Wtt 2018).

De lijsten die ten grondslag liggen aan het voorgestelde verbod van art 23a Wtt 2018 zijn dynamisch van aard. Jurisdicties kunnen op ieder gewenst moment worden toegevoegd of verwijderd. Er zijn zelfs gevallen bekend waarbij jurisdicties maar voor korte tijd op een dergelijke lijst terecht komen. In de praktijk leidt dit ertoe dat trustkantoren mogelijk van de ene op de andere dag de zakelijke relatie met bepaalde cliënten moeten beëindigen, waarbij het zelfs mogelijk is dat een cliëntrelatie achteraf onnodig blijkt te zijn beëindigd omdat een land maar voor korte tijd op een dergelijke lijst heeft gestaan, of zelfs ten onrechte staat. De aard van de dienstverlening van trustkantoren brengt met zich mee dat het beëindigen van een dienstverleningsovereenkomst een veelvoud van handelingen tot gevolg heeft, variërend van het wijzigen van een bestuurder en adres, het (moeten) wijzigen van de juridische structuur tot en met een vereffeningprocedure. De gevolgen voor een cliënt zijn ingrijpend. HQ ziet niet in hoe het voorgestelde ongeclausuleerde verbod van 23a Wtt 2018 bijdraagt aan een integere en beheerste bedrijfsvoering. Eerder is de verwachting dat het voorgestelde verbod leidt tot onzekerheid en mogelijk tot ad hoc en inconsistent beleid.

Hoe dan ook zou een termijn (van bijvoorbeeld een half jaar) moeten worden toegestaan om de cliëntrelatie op ordelijke wijze aan te passen dan wel te beëindigen, in combinatie met een peildatum voor het tijdstip vanaf het moment waarop een lijst geldt voor een gedefinieerde periode (bijvoorbeeld een half jaar).

2.3 Doel en reikwijdte verbod – ongelijke behandeling - neveneffecten

HQ vraagt zich af welk doel beoogd is met het voorgestelde verbod van 23a Wtt. Voor zover het artikel beoogt het tegengaan van belastingontwijking en/of -ontduiking door de partijen genoemd in het voorgestelde artikel 23a Wtt, dan brengt de reikwijdte van de voorgestelde formulering met zich mee dat ook partijen worden geraakt die geen motief van belastingontwijking en/of -ontduiking hebben,

maar wel zijn gevestigd of woonachtig in de jurisdicties genoemd op een van de lijsten in het voorgestelde artikel 23a. Te denken valt onder meer aan de volgende twee typen cliënten.

a. Reële economische activiteit

Cliënten en uiteindelijk belanghebbenden van cliënten of doelvennootschappen gevestigd of woonachtig in een op de lijst genoemde jurisdictie met een onderneming met reële economische activiteiten hebben geen toegang meer tot het Nederlandse financiële systeem. Het is niet zo dat deze partijen altijd een fiscaal oogmerk hebben om een entiteit in Nederland te vestigen. Voorbeelden zijn een joint venture structuur, waarbij Nederland als neutrale jurisdictie wordt gekozen of een keuze voor Nederland als vestigingsland om een Europese divisie op te zetten, waarbij reële economische activiteit in de lijn der verwachting ligt. Het enkele feit dat deze partijen in een aangewezen hoog-risicoland gevestigd of woonachtig zijn, zou niet moeten leiden tot een ongelijke behandeling ten opzichte van vergelijkbare partijen in jurisdicties die niet gevestigd of woonachtig zijn in een aangewezen hoog-risicoland (met in achtname van het gestelde onder 2.1 en 2.2).

HQ wijst erop dat een trustkantoor al onderzoek moet doen naar de economische en fiscale motieven om een doelvennootschap in Nederland te vestigen tijdens het verplichte cliëntonderzoek voorafgaand aan het aangaan van een zakelijke relatie met een cliënt. Trustkantoren zullen zich ervan vergewissen dat een cliënt en/of UBO een valide en zakelijke reden heeft om in of via Nederland investeringen op te zetten. Juist bij een cliënt of UBO uit een hoog-risicoland is dit een belangrijk onderdeel van het cliënt acceptatieproces en voegt deze generieke uitsluiting op basis van een dynamische landenlijst niets toe aan dit proces.

b. Investeringsfondsen

Een andere sector die geraakt wordt door de voorgestelde reikwijdte van het verbod van artikel 23a Wtt 2018 is de fondsensector.

De keuze van jurisdictie voor het structureren van een investeringsfonds is afhankelijk van veel factoren, zoals de rechtsvorm, de regulering, de strategie van het fonds en het type en de locatie van de investeerders. Alhoewel vaak anders gedacht, zijn fiscale motieven veelal niet leidend in die keuze. Bijvoorbeeld Nederlandse pensioenfondsen maken gebruik van vestiging op de Kaaimaneilanden in verband met investeringsfondsen. Redenen hiervoor kunnen liggen in de keuze van fondsmanager, de keuze van mede-investeerders of een investeringsstrategie. Het feit dat op de Kaaimaneilanden mogelijk geen belasting wordt betaald, betekent niet dat in de hele structuur geen belasting wordt betaald. Veelal bestaat er een belastingplicht voor de investeerders van de fondsen in hun jurisdicties van vestiging.

De reikwijdte van het voorgestelde verbod leidt ertoe dat een trustkantoor geen diensten kan verlenen aan een investeringsfonds, een fondsmanager of een bewaarder in de vorm van bijvoorbeeld een stichting juridisch eigendom, indien de cliënt of uiteindelijk belanghebbende, aandeelhouder van de fondsmanager of een grote investeerder die als uiteindelijk belanghebbende dient te worden aangemerkt, woonachtig of gevestigd is in een hoog-risicoland zoals bedoeld in het voorgestelde artikel 23a Wtt. Dit kan met name tot problemen leiden indien een fondsmanager voldoet aan het AFM-beleid dat het fondsmanagement en het beheren van de activa van het fonds gescheiden dienen te zijn. Juist voor het optreden van bestuurder van stichting juridisch eigenaar spelen trustkantoren een belangrijke rol.

De onwenselijkheid van de reikwijdte van het voorgestelde artikel 23a Wtt 2018 komt ook tot uiting bij dienstverlening aan zogenoemde impact fondsen. Wezenlijk onderdeel van de strategie van deze fondsen is dat investeringen aantoonbare impact hebben op een sector of regio. Investeerders van deze fondsen bestaan uit (lokale) overheden (of fondsen daarvan), ontwikkelingsbanken of HNWI vermogen. Vanwege de aard van deze fondsen komt het regelmatig voor dat hoog-risicolanden betrokken zijn bij het aantrekken van fondsen of het doen van investeringen.

HQ meent dat de reikwijdte van het verbod van artikel 23a Wtt 2018 zich niet zou moeten uitstrekken tot een van bovengenoemde categorieën cliënten. In het geval van investeringsfondsen en/of fondsmanagers gevestigd in een van de betrokken landen, zou in ieder geval een generieke uitzondering overwogen moeten worden voor bijvoorbeeld gereguleerde fondsen of fondsmanagers gevestigd in hoog risicolanden en landen die niet coöperatief zijn op belastinggebied die betrokken zijn bij dergelijke structuren.

c. Doelmatigheid

Aan investeringsfondsen wordt door onder andere de OECD² en de Europese Unie³ een belangrijke maatschappelijke functie toegedicht. Hierbij hoort onder andere de toekenning van fiscale neutraliteit aan investeringsfondsen. Het uitgangspunt is dat de fiscale positie van een investeerder niet mag wijzigen als gevolg van zijn deelname aan een collectieve of alternatieve investering. Blijkens de fiscale behandeling van dergelijke fondsen in Nederland, onderschrijft de Nederlandse overheid impliciet dit beginsel. De investeerder betaalt zijn belasting op het ontvangen rendement conform de in zijn jurisdictie geldende voorwaarden.

Deze fondsen worden in overwegende mate op gestandaardiseerde wijze opgericht naar het recht van een beperkt aantal jurisdicties, waaronder de Kaaimaneilanden. De notering van de Kaaimaneilanden op de lijst hangt samen met het feit dat er geen heffing plaatsvindt op inkomende dividenden. Dat staat echter los van de omstandigheid dat de Kaaimaneilanden een standaardfondsenjurisdictie zijn. Dat laatste hangt samen met een juridische en financiële infrastructuur die erop is gericht om dit type fondsen te accommoderen. Gelet op de neutrale status van investeringsfondsen doet het specifieke belastingklimaat op de Kaaimaneilanden feitelijk niet ter zake. Van belang is dat de deelnemers of investeerders op enig moment hun belasting over het ontvangen rendement betalen. Om dit te waarborgen is het van belang om te kijken of de investeringen via een fonds kenbaar zijn voor de belastingautoriteiten. Dat laatste is, blijkens de gegevens van de OECD, het geval. De Kaaimaneilanden participeren onverkort in programma's als FATCA en CRS en wisselen actief informatie uit met onder andere Nederland en nog ruim 75 andere jurisdicties.

Met het voorgenomen verbod doorkruist Nederland stand beleid van belangrijke internationale en Europese instituties. Daarnaast worden de investeringsfondsen gefrustreerd doordat het voor hen nagenoeg onmogelijk wordt gemaakt om kostenefficiënt via of in Nederland te investeren. Behoudens misgelopen omzet voor trustkantoren frustreert Nederland geïsoleerd en ogenschijnlijk ondoordacht wereldwijde investeringen, waarvan het belang alom wordt onderschreven.

2.4 Buiten de trustsector blijft alles mogelijk

Tenslotte en als toevoeging op bovenstaande punten, vragen wij hierbij nogmaals aandacht voor het ongewenste effect dat deze regelgeving andere sectoren buiten schot laat en daardoor geen oplossing biedt. De trustsector maakt onderdeel uit van en neemt een speciale positie in, in de Nederlandse financiële sector. Net als elke andere gereguleerde financiële dienstverlener vervult de trustsector een cruciale rol als poortwachter. Over wat de trustsector in die rol beter kon en moest en nog steeds beter kan en moet is al veel gezegd en geschreven; HQ daar stevig op ingezet en doet dat nog steeds. Niet valt in te zien waarom deze specifieke regeling nu alleen voor de trustsector wordt ingevoerd. Zoals HQ al in vele gesprekken met diverse stakeholders heeft aangegeven, leidt een dergelijk verbod niet tot een oplossing van het probleem: mocht een trustkantoor afscheid moeten nemen van een in

² <https://www.oecd.org/ctp/treaties/collectiveinvestmentvehicles-taxissues.htm>

³ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/investment-funds_en

dit kader dan te noemen 'ongewenste cliënt', dan verdwijnt deze cliënt eenvoudig naar het 'publieke domein' waar geen enkele toezichthouder toezicht houdt.

Er is door de wetgever destijds gekozen voor een systeem met poortwachters om de integriteit van het Nederlandse financiële stelsel te beschermen. Naast trustkantoren fungeren ook andere financiële instellingen en vrije beroepsbeoefenaars als poortwachters, zoals banken, notarissen en advocaten. In de regel zijn er meerdere dienstverleners/poortwachters betrokken bij de structuren waarop het verbod ziet. Het systeem is gebaat bij een gezamenlijke inspanning waarbij geldt dat een groter aantal betrokken poortwachters een grotere kans van slagen biedt. De huidige systematiek welke een verscherpt onderzoek vereist door de streng gereguleerd trustsector, zou nu juist van pas komen bij het beheersen van integriteitsrisico's en signaleren van mogelijke misstanden. Met name nu de andere dienstverleners/poortwachters niet geraakt worden door het verbod. Ook zo bezien zal het risico dat het Nederlandse financieel stelsel wordt gebruikt voor oneigenlijke doeleinden door het beoogde verbod, eerder toenemen dan afnemen.