

Integere normen voor trustkantoren

mr. drs. C. Riekerk¹

1. Integriteit beoordelen

Trustkantoren worden poortwachters genoemd vanwege hun grote rol bij het bewaken van de integriteit van de financiële sector. De Nederlandsche Bank N.V. ('DNB') heeft zich de laatste jaren steeds kritischer en hardvochtiger uitgelaten over trustkantoren. DNB stelt dat trustkantoren de poortwachterfunctie verzaken en dat een geheel nieuw regelgevend kader nodig is. In mei 2016 is het concept wetsvoorstel Wet toezicht trustkantoren 2018 ('ontwerp-wet Wtt 2018') geconsulteerd.² De beoogde wijziging is dermate ingrijpend, dat een geheel nieuw wetsvoorstel is opgesteld. Dit artikel tracht een bijdrage te leveren aan de discussie over de beoogde wijziging ter zake het voor trustkantoren verplichte onderzoek naar integriteitsrisico's en de beheersing van die risico's.

2. 'Moraliteit is een must'

De Wet toezicht trustkantoren ('Wtt') is geïntroduceerd in 2004 en nadien diverse malen gewijzigd. De Wtt is ook geëvalueerd. In het evaluatierapport uit 2010³ is geconcludeerd dat er geen aanleiding was om het toezicht anders in te richten. In de jaren daarna is met name DNB een steeds kritischer toon gaan ventileren met betrekking tot trustkantoren.

In 2012 concludeerde DNB op basis van een onderzoek naar doelvennootschappen die consultancydiensten verlenen, dat er bijzondere integriteitsrisico's aan deze dienstverlening zijn verbonden. Die risico's werden door meer dan de helft van de 9 onderzochte trustkantoren onvoldoende beheerst. In 2013 deed DNB onderzoek naar doorstroomvennootschappen bij 12 trustkantoren, om opvolgend bij drie kantoren te interveniëren. In 2015 deed DNB onderzoek bij 6 trustkantoren naar buitenlandse

branches van in Nederland gevestigde doelvennootschappen en concludeerde dat de risicobeheersing onvoldoende was. In de afgelopen jaren draaide DNB mee in het project 'niet-melders' en onderzocht DNB het meldgedrag van (onder meer) trustkantoren met betrekking tot art. 16 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wwft'). In dat project werken ketenpartners samen die zijn betrokken bij het toezicht op de Wwft, waarbij het doel is te zorgen dat meldplichtige instellingen beter aan de verplichtingen uit hoofde van de Wwft voldoen. Concrete bevindingen heeft DNB niet gepubliceerd. In januari 2016 meldde DNB dat maar 7 van de onderzochte 27 trustkantoren toereikende aandacht besteedt aan fiscaliteit bij de integriteitsrisicoanalyse.

De bevindingen van DNB duiden op een opvallend hoog percentage tekortkomingen per onderzochte groep trustkantoren (abstraherend van de maat die DNB voert om tot het oordeel te komen dat een trustkantoor niet normconform handelt). Voor het onderzoek met betrekking tot consultancydiensten is dit percentage bijvoorbeeld 66%, voor het onderzoek naar buitenlandse branches van doelvennootschappen bedraagt dit 83% en voor het vervolgonderzoek in 2015/16 naar de uitvoering van de systematische integriteitsrisicoanalyse ('SIRA') is dit 74%. Echter, er is weinig informatie gepubliceerd aan de hand waarvan kan worden bepaald of de concrete onderzoeksbevindingen van DNB representatief zijn voor de gehele trustsector. Naar mijn inzicht kunnen deze bevindingen niet te snel worden vertaald naar de hele trustsector. Zo hebben trustkantoren zeer wisselende profielen. Zij verlenen uiteenlopende diensten (niet elk trustkantoor bedient bijvoorbeeld doelvennootschappen met buitenlandse branches) en er zijn grote verschillen in zowel het soort klanten als in *risk appetite*. Verder meen ik dat de toezichthouder de beperkte toezichtcapaciteit doorgaans slim inzet. De onderzoeken worden uitgevoerd daar waar de te onderzoeken risico's naar verwachting aanwezig zijn en/of een relatief hoog risico vormen. De onderzochte trustkantoren vormen daardoor niet zonder meer een afspiegeling van de gehele populatie trustkantoren.⁴

1. Casper Riekerk is advocaat bij Finnius advocaten te Amsterdam.
2. Concept wetsvoorstel houdende regels met betrekking tot het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren 2018), <https://www.internetconsultatie.nl/wettoezichttrustkantoren2018>.
3. Bijlage bij brief 3 mei 2010 van de Minister van Financiën aan de Tweede Kamer, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2010/05/03/evaluatie-wet-toezicht-trustkantoren>.

4. Wanneer de onderzochte trustkantoren met tekortkomingen worden afgezet tegen de totale populatie vergunninghoudende trustkantoren dan is het

Voor DNB zijn de onderzoeken aanleiding te concluderen dat de tekortkomingen bij trustkantoren sinds de evaluatie van de Wtt steeds ernstiger zijn geworden. In de wetgevingsbrief van juni 2015 meldt DNB dat de per 1 januari 2015 in werking getreden Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014 ('Rib 2014'), in de praktijk niet heeft geleid tot voortgaande structurele verbeteringen in het gewenste tempo. DNB meent dat haar inspanningen onvoldoende hebben geleid tot een breed geïnstitutionaliseerde integriteitsstandaard bij trustkantoren. DNB concludeert daarbij dat *'het huidige wet- en regelgevend kader onvoldoende aanknopingspunten biedt om de stap naar professionalisering van de sector te maken'*.⁵ DNB is ontevreden over de wijze waarop de trustsector de toezichtregulering naleeft. In mei 2016 roept DNB de trustsector in een dringend betoog op meer werk te maken van moraliteit, ethiek en integriteit. *'Moraliteit is een must'*, aldus DNB.⁶

3. Opzet regulering

De Wtt beoogt de integriteit van het financiële stelsel te bevorderen door middel van regulering van de trustsector. Trustkantoren staan onder toezicht van DNB. Dat toezicht is gericht op de integriteit van het trustkantoor en op de relationele integriteit: de integriteit van de klanten van het trustkantoor. Voor een vergunninghoudend trustkantoor gelden eisen met betrekking tot degenen die het beleid van het trustkantoor bepalen en met betrekking tot de bedrijfsvoering van het trustkantoor.

Art. 10 Wtt biedt een grondslag om nadere regels te stellen met betrekking tot de integere bedrijfsvoering, dit betreft de administratieve organisatie en interne controle bij een trustkantoor. De regelstellende bevoegdheid kwam aanvankelijk DNB toe. Die stelde in dat kader de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren ('Rib') op die per 1 maart 2004⁷ in werking trad en nadien in 2009 en 2012 is gewijzigd. Per 1 januari 2015 is de Rib ingetrokken en vervangen door de Rib 2014. Dat is een regeling van de Minister van Financiën, aan wie de regelgevende bevoegdheid van art. 10 Wtt is gedelegeerd per 1 januari 2015.⁸

tekortkomingspercentage lager (te weten voor het onderzoek m.b.t. consultancydiensten 3%, voor het onderzoek naar buitenlandse branches van doelvennootschappen 3% en voor het vervolgonderzoek naar de uitvoering van de SIRA 13%).

5. Zie de DNB wetgevingsbrief 2015 van 25 juni 2015 (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/07/02/bijlage-v-brief-dnb>) en de memorie van toelichting bij de ontwerp-wet Wtt 2018, p.2.
6. Speech van DNB directeur Frank Elderson tijdens het DNB seminar voor trustkantoren op 24 mei 2016 (<https://www.dnb.nl/nieuws/nieuwsoverzicht-en-archief/speeches-2016/dnb341602.jsp>).
7. *Stcrt.* 27 februari 2004, nr. 40 p. 29
8. Via het Overdrachtbesluit integere 2012 bedrijfsvoe-

In de Rib en later de Rib 2014 zijn voorschriften opgenomen met betrekking tot de bedrijfsvoering van een trustkantoor. Het trustkantoor moet weten aan wie diensten worden verleend en moet deze kennis actueel houden. De gegevens van een cliënt moeten worden vastgelegd in een cliëntacceptatiedossier en het trustkantoor moet actuele informatie hebben over de uiteindelijk belanghebbende van een structuur waaraan diensten worden verleend. Een trustkantoor moet de structuur waarvan een doelvennootschap deel uitmaakt ook begrijpen, evenals het doel waarvoor een structuur is opgezet. Bij de verkoop van rechtspersonen dient het trustkantoor de kopende partij te kennen. Verder moet een trustkantoor kennis hebben van de herkomst van het vermogen van een doelvennootschap alsook van de herkomst en bestemming van de middelen van de doelvennootschap.

In verband met het cliëntenonderzoek is de correlatie belangrijk tussen de Wtt en de Wwft, een andere integriteitswet waar trustkantoren aan zijn onderworpen. In art. 3 lid 13 Wwft is bepaald dat trustkantoren bij de uitvoering van het cliëntenonderzoek de regels uit de Wtt en Rib volgen. De voorschriften in de Rib en Rib 2014 bevatten voor een groot deel open normen die een kader geven. Het bestuur van een trustkantoor is gehouden procedures, regels en normen op te stellen en is verantwoordelijk voor de toepassing en naleving daarvan in de praktijk. Dat is ook gelijk een belangrijke kiem voor discussies tussen trustkantoren en DNB; beide partijen vullen de omvang, diepgang en het detailniveau van de onderzoeksplicht en de vereiste informatiepositie van een trustkantoor in. Die invulling loopt niet automatisch synchroon.

4. De maat en mate van integriteit

De open normen in de Rib en later Rib 2014 geven een trustkantoor veel verantwoordelijkheid. De toelichting bij de Rib 2014 geeft aan: *'Het trustkantoor moet zijn eigen bedrijfsvoering op dusdanige wijze inrichten, dat het in staat is de risico's die aan het bedrijf van het trustkantoor zijn verbonden adequaat te mitigeren.(...) Ook ten aanzien van de dienstverlening blijft een onderzoeksplicht bestaan, vastgelegd in art. 23: een trustkantoor dient zich ervan te vergewissen dat eventuele integriteitsrisico's verbonden aan zijn dienstverlening adequaat zijn ondervangen.'* De in art. 23 Rib 2014 vastgelegde verplichting wordt hierna uitgelicht.

Art. 23 Rib 2014 schrijft voor dat een trustkantoor *'kennis heeft van het doel van zijn dienstverlening en onderzoekt ... of aan die dienstverlening integriteitsrisico's zijn verbonden.'* Een trustkantoor moet zorgen dat zij de integriteitsrisico's verbonden aan de dienstverlening in beeld krijgt en moet deze

ring Wet toezicht trustkantoren, *Stb.* 2012, nr. 228.

risico's adequaat ondervangen. De gegevens met betrekking tot dat onderzoek en de wijze van risicobeheersing moet het trustkantoor beschikbaar hebben. De strekking van deze bepaling is duidelijk en de ruime definitie van het begrip integriteitsrisico in art. 1 Rib 2014 impliceert dat het onderzoek uitgebreid van aard is.⁹ De Rib 2014 definieert het begrip als volgt:

Integriteitsrisico:

1°. het risico van ontoereikende naleving van hetgeen bij wettelijk voorschrift is bepaald;
2°. het risico van betrokkenheid van het trustkantoor of haar medewerkers bij handelingen die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in het trustkantoor of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.

Dat het onderzoek uitgebreid is spreekt ook uit de toelichting bij art. 23 Rib 2014 die aangeeft dat het trustkantoor moet onderzoeken of de dienstverlening kan worden misbruikt ten behoeve van overtreding van een wettelijk voorschrift, zoals 'misbruik van een vennootschapsstructuur voor witwassen ... of het ontduiken van fiscale of andere verplichtingen in Nederland of een andere jurisdictie.' Het trustkantoor kan dit onderzoek risicogebaseerd uitvoeren. De diepgang van het uit te voeren onderzoek mag derhalve hand in hand gaan met de mate van voorzienbaarheid van de integriteitsrisico's. Naast het onderzoek naar de integriteitsrisico's is ook het beheersen van die risico's essentieel. De toelichting bij art. 23 Rib 2014 geeft aan 'Het is in elk geval aan het trustkantoor om vast te stellen dat de risico's daadwerkelijk zijn ondervangen.' Het blijkt een uitdaging voor zowel de trustkantoren als DNB om over een dergelijk open norm steeds op dezelfde golflengte te zitten. Wanneer is een onderzoek voldoende uitgebreid uitgevoerd en wanneer heeft een trustkantoor de risico's adequaat geadresseerd?

Om richting te geven aan het beheersen van integriteitsrisico's in de financiële sector heeft DNB eind 2014 haar inzicht met betrekking tot de integriteitsrisicoanalyse kenbaar gemaakt. Er is een handzame methode uitgewerkt die instellingen kunnen gebruiken bij het uitvoeren van het risicogebaseerd onderzoek naar de integriteitsrisico's: de SIRA. Deze methode bestaat uit drie stappen. De

eerste stap is gericht op het identificeren van integriteitsrisico's voor financiële instellingen (DNB noemt tien risico's). In de tweede stap worden de risico's gekwalificeerd; wat is de kans dat een risico zich voordoet en welke impact heeft dat? De derde stap is gericht op het nemen van maatregelen waarmee een financiële instelling de risico's kan trachten te beheersen, om opvolgend te beoordelen of deze dan aanvaardbaar zijn geworden. De invulling van de open norm van art. 23 Rib 2014 krijgt zo vorm via een analyseproces, of in de woorden van DNB: 'Zonder deze risicoanalyse kan een instelling de integriteitswetgeving niet risicogebaseerd naleven'.¹⁰ Een heel inzichtelijk norm is hiermee echter niet gegeven. De onderzoeksplicht voor trustkantoren blijft abstract. Daar komt bij dat de analyse moet resulteren in adequate maatregelen ter beheersing van de geaccepteerde risico's. En ook die norm blinkt niet uit in klaarheid.

Een illustratie hoe de toezichthouder wil dat deze opzet concreet wordt toegepast door trustkantoren, is te geven aan de hand van de uitingen van DNB met betrekking tot trustdienstverlening in het kader van fiscale constructies.¹¹ Trustkantoren faciliteren cliënten in relatie tot het gebruik van fiscale mogelijkheden in Nederland. Om art. 23 Rib 2014 na te leven dient een trustkantoor onderzoek te doen naar de integriteitsrisico's. Fiscale fraude is een van de tien door DNB gemarkeerde integriteitsrisico's die door een trustkantoor in kaart zou moeten worden gebracht. Concrete risico's waar DNB in dat verband op wijst zijn het ontduiken van (buitenlandse) belastingen of het doen van een onjuiste aangifte door de uiteindelijk belanghebbende dan wel door de doelvennootschap. Verder wijst DNB op risico's 'die ontstaan op basis van voortschrijdend inzicht of veranderende (interpretatie van) wetgeving. Hierdoor kunnen bepaalde fiscale structuren, die aanvankelijk werden beschouwd als een vorm van belastingontwijking, naar verloop van tijd gekwalificeerd worden als belastingontduiking en/of maatschappelijk onwenselijk.' Als mogelijke maatregelen voor de beheersing van risico's schetst DNB: het formuleren van (cliënt-acceptatie-)beleid voor de *risk appetite* met betrekking tot de dienstverlening aan fiscale structuren, het beoordelen van fiscale adviezen en informatie, het cliëntenonderzoek (inclusief de beoordeling van doel en achtergrond van de structuur en de herkomst van het vermogen en de herkomst en bestemming van de middelen), de transactiemonitoring en het opleiden van het personeel.

9. Art. 1 lid 1 onder d Rib 2014 definieert het begrip integriteitsrisico als volgt:

1°. het risico van ontoereikende naleving van hetgeen bij wettelijk voorschrift is bepaald;
2°. het risico van betrokkenheid van het trustkantoor of haar medewerkers bij handelingen die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in het trustkantoor of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.

10. Zie DNB gebruiksgids 'De integriteitsrisicoanalyse', p. 4 (<http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-234068.pdf>).

11. Position Paper van DNB d.d. 25 augustus 2016 voor de Vaste kamercommissie voor financiën (t.b.v. de expertmeeting inzake fiscale constructies van 12 september 2016) en de DNB nieuwsbrief trustkantoren d.d. 5 januari 2016 (<https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-januari-2016/dnb335686.jsp>).

Vooropgesteld moet worden dat het te waarderen is dat DNB haar visie op de invulling van een abstract begrip als integriteit met de sector deelt en een specifiek integriteitsrisico duidt. Maar de illustratie maakt ook treffend duidelijk dat de open norm van art. 23 Rib 2014 aangaande het onderzoeken en beheersen van integriteitsrisico's door trustkantoren niet in heel concrete criteria is te vangen. Hier speelt de weerbarstige situatie dat:

- de Wtt zelf geen inhoudelijke norm voorschrijft;
- de norm in abstracte termen is vastgelegd in lagere regelgeving (in dit geval art. 23 Rib 2014), waarbij die norm veel ruimte laat voor interpretatie;
- de trustkantoren de plicht hebben risicogebaseerd onderzoek uit te voeren en een eigen verantwoordelijkheid hebben met betrekking tot het adequaat ondervangen van de risico's; en
- DNB een interpretatie van (het beheersen van) integriteitsrisico's uitdraagt, die DNB graag toegepast ziet.

Dat maakt het voor een trustkantoor niet eenvoudig om het onderzoek in de zin van art. 23 Rib 2014 steeds toereikend te voltooien en de integriteitsrisico's (inclusief die van de wijzigende tijdgeest) daarbij een veilige plek te geven, dat wil zeggen deze zodanig adequaat te beheersen dat de toezichthouder de risicobeheersing als goed beoordeelt.

DNB controleerde in 2015 bij 170 financiële instellingen, waaronder trustkantoren, of zij integriteitsrisico's beoordelen en analyseren. DNB stelde daarop vast dat het overgrote deel van de financiële instellingen dit proces niet goed op orde had. In 2016 is een vervolgonderzoek uitgevoerd onder 50 financiële instellingen. Hierover meldde DNB dat *'het merendeel van de onderzochte financiële instellingen de SIRA inmiddels op orde blijkt te hebben. Diverse instellingen hebben substantiële vooruitgang geboekt. Maar een aantal financiële instellingen beschikt nog niet over een adequate SIRA.'*¹² Er zijn geen gegevens beschikbaar op basis waarvan kan worden vastgesteld hoe de onderzochte trustkantoren presteren ten opzichte van de onderzochte banken, verzekeraars, betaalinstanties en pensioenfondsen. De introductie van de SIRA, inclusief de uitleg door DNB leidde aanvankelijk niet gelijk tot het door DNB gewenste resultaat. Maar een jaar later is er schijnbaar substantiële voortgang geboekt en dat is, met betrekking tot het invulling geven aan (procedures rond) een niet eenvoudig te duiden begrip als integriteitsrisico's, toch geen slecht resultaat. Desondanks wordt er nu een ingrijpende aanpassing voorbereid die strekt tot verdergaande regulering van trustkantoren. De poortwachterfunctie blijft in stand, maar er wordt van de trustsector een

hoger niveau van professionaliteit en een kritischer grondhouding verlangd. Er wordt getracht dit te realiseren door aanpassing van het normenkader.

5. Nieuw kader inzake integriteitsrisico's

In de ontwerpwet Wtt 2018 is ervoor gekozen om normen die op dit moment in de lagere regelgeving (Rib 2014) zijn opgenomen, een wettelijke basis te geven. De verplichtingen ten aanzien van het onderzoeken en beheersen van integriteitsrisico's van de trustdienstverlening zijn identiek en zijn vastgelegd in art. 46 ontwerpwet Wtt 2018. De onderzoeksplicht uit art. 46 ontwerpwet Wtt 2018 omvat een doorlopende verplichting. De toelichting maakt duidelijk dat bij elke wijziging in de dienstverlening of andere relevante omstandigheden, het trustkantoor moet nagaan wat dit betekent voor de resultaten van de risicoanalyse.

De definitie van integriteitsrisico verhuist ook van de Rib 2014 naar de wet (art. 1 lid 1 ontwerpwet Wtt 2018) en blijft eveneens ongewijzigd. In de toelichting bij de ontwerpwet wordt de ruime uitleg die aan het begrip integriteitsrisico wordt gegeven nog eens benadrukt: *'Het integriteitsrisico ziet dus niet alleen op de Nederlandse rechtsorde maar kan in voorkomende gevallen ook op buitenlandse regelgeving zien. Dit sluit aan bij het doel van de regulering van de trustsector: het voorkomen dat dienstverlening door die sector wordt misbruikt voor overtreding van wettelijke voorschriften in binnen- of buitenland. Zodoende kan de onderzoeksplicht ter zake in artikel 46 mede op mogelijke overtredingen in het buitenland zien.'*

Het onderzoek naar integriteitsrisico's kan – net als onder de huidige Wtt – risicogebaseerd worden uitgevoerd door het trustkantoor, waarbij met name de regels rond het cliëntenonderzoek een doorslaggevende invloed hebben. Ten aanzien van die regels wordt een nieuwe norm geïntroduceerd. Uitgangspunt in het wetsvoorstel is dat *'elk aspect van het cliëntenonderzoek tot een wettelijk bepaald resultaat moet leiden: de voorgeschreven informatie moet met zekerheid worden vastgesteld. Voor de onderdelen van het onderzoek die naar hun aard niet kunnen leiden tot vaststelling met zekerheid geldt een inspanningsverplichting. Artikel 21 beschrijft de inhoud van die inspanningsverplichting: deze dient gericht te zijn op een inzicht dat met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid overeenkomt met de waarheid in absolute zin.'*¹³ Voor de delen van het cliëntenonderzoek die niet als een inspanningsverplichting zijn geformuleerd, geldt een andere eis. Daarvan moet de in de wet voorgeschreven informatie uit het cliëntenonderzoek blijken en die informatie moet met absolute zekerheid worden vastgesteld. Als dit niet moge-

12. Zie het nieuwsbericht DNB van 30 mei 2016: <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-banken/nieuwsbrief-banken-mei-2016/dnb341670.jsp>.

13. Zie de memorie van toelichting bij de ontwerpwet Wtt 2018, p. 28 (toelichting op art. 21).

lijk is mag het trustkantoor op grond van art. 29 ontwerpwwt Wtt 2018 de dienstverlening niet aanvangen of voortzetten. Indien het trustkantoor erin geslaagd is het cliëntenonderzoek normconform uit te voeren en het onderzoek naar de integriteitsrisico's af te ronden, dan moet het trustkantoor de eventuele integriteitsrisico's adequaat ondervangen. Als er reële risico's in beeld komen, maar het trustkantoor is niet in staat zich er afdoende van te vergewissen dat die risico's ondervangen worden, dan moet de dienstverlening geweigerd c.q. beëindigd worden.

Met deze opzet geeft de ontwerpwwt een nieuw kader voor het onderzoeken en beheersen van integriteitsrisico's door trustkantoren. Naar inzicht van Holland Quaestor – de belangenvereniging voor Nederlandse trustkantoren – is de nieuwe norm niet uitvoerbaar.¹⁴ Die stelling is reëel. De voorgestelde norm leidt tot een bewijsopdracht waar het trustkantoor in veel gevallen niet aan zal kunnen voldoen. Een voorbeeld. Een trustkantoor kan zich een oordeel vormen over de vraag 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.¹⁵ Een ander voorbeeld. Hoe kan 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?¹⁶ Met de nieuwe norm krijgt het trustkantoor de bewijslast om aan te tonen dat (de juistheid en volledigheid van) de informatie met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid is vastgesteld. Door deze norm zal het voor trustkantoren in veel gevallen feitelijk onmogelijk zijn om aan de bewijslast te voldoen ten aanzien van willekeurig welke doelvennootschap, UBO of structuur. Of het verwerven van een dergelijke informatiepositie – voor zover deze feitelijk is te realiseren – ook economisch haalbaar is laat ik hierbij buiten beschouwing.

Met de introductie van deze nieuwe norm krijgt de onderzoeksplicht opgenomen in art. 46 ontwerpwwt Wtt 2018 een geheel nieuw karakter. De bestaande open norm in art. 23 Rib 2014 krijgt een basis in de wet, maar wordt verder ingevuld aan de hand van een ongekend hoge norm met betrekking tot de informatiepositie van het trustkantoor. Uit

de toelichting wordt niet duidelijk bij welke informatiepositie de 'aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid' is bereikt, waarmee het onbekend is wanneer het trustkantoor zich toereikend van haar onderzoeksplicht heeft gekweten. Wel duidelijk is dat zodra de betrokken informatie niet met 'aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid' is vastgesteld, het trustkantoor geen diensten mag verlenen.

Introductie van regelgeving die niet is na te leven, is ook niet te handhaven. Er zou moeten worden voorkomen 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.

6. Conclusie

Er wordt gewerkt aan een fundamentele wijziging van de Wtt teneinde de poortwachterfunctie van trustkantoren te versterken. De onderzoeksplicht voor trustkantoren met betrekking tot de integriteitsrisico's van de dienstverlening speelt hierin een grote rol. De huidige open norm is vormgegeven via lagere regelgeving en krijgt een zekere invulling via de toelichting bij die regelgeving en via interpretaties en uitleg van de toezichthouder. In de nieuwe opzet krijgt de norm een basis in de wet zelf. De open norm ter zake de onderzoeksplicht naar integriteitsrisico's wijzigt daarbij niet. Zowel het inhoudelijke voorschrift als het open karakter daarvan blijven in stand. Maar de vereiste informatiepositie van het trustkantoor ten aanzien van het uit te voeren onderzoek wijzigt ingrijpend en op een wijze die meebrengt dat het voor trustkantoren in veel gevallen onmogelijk is om aan de norm te voldoen. Zo beschouwd lijkt dit onderdeel van de beoogde wijziging van de Wtt averechts te werken. Waar het de bedoeling is trustkantoren tot betere poortwachters te maken, zullen deze naar verwachting minder dan nu in staat zijn de onderzoeksplicht met betrekking tot de integriteitsrisico's normconform uit te voeren. Dit onderdeel van de beoogde wijziging van de Wtt lijkt daarmee eigenlijk alleen verliezers op te leveren.

14. Zie de reactie van Holland Quaestor van 30 mei 2016 op de ontwerpwwt Wtt 2018, <https://www.internetconsultatie.nl/wettoezichttrustkantoren2018/reactie/3826b4ef1201-4a2f-bd60-e4afb6c3bca2>.

15. Zie art. 28, jo. art. 21, jo. art. 27 lid 3 onder c ontwerpwwt Wtt 2018.

16. Zie art. 21 jo. art. 22 lid 1 onderdeel d ontwerpwwt Wtt 2018.