

No.W06.17.0369/III

's-Gravenhage, 9 februari 2018

Bij Kabinetsmissive van 16 november 2017, no.2017001983, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, mede namens de Staatssecretaris van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende regels met betrekking tot het verlenen van trustdiensten en het toezicht daarop (Wet toezicht trustkantoren 2018), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot vervanging van de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) door een geheel nieuwe Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). De Wtt trad in 2004 in werking en zette de tot dan toe bestaande zelfregulering in de trustdienstensector om in wettelijke regulering en ondertoezichtstelling door De Nederlandsche Bank N.V. (DNB). Het voorstel strekt tot aanscherping van de normen waaraan trustkantoren moeten voldoen en tot uitbreiding van het toezichtsinstrumentarium.

De Afdeling advisering van de Raad van State wijst op twee onderliggende dilemma's bij het voorstel. Ten eerste is het toezicht op trustkantoren in belangrijke mate een afgeleide van problemen met internationale belastingconcurrentie en belastingontwijking. Zolang er geen internationale afspraken zijn over deze problemen, blijft het toezicht op trustkantoren suboptimaal. Ten tweede continueert het voorstel de keuze die ook in 2004 is gemaakt om het toezicht niet te richten op de achterliggende financiële structuren en vehikels, maar op trustkantoren als "poortwachter". Dertien jaar toezichtuitoefening heeft de beperkingen daarvan aangetoond. Gegeven deze dilemma's en de daarmee verbonden open normstelling van verschillende kernbepalingen van het voorstel legt dit voorstel een hypotheek op het toezicht en op de toezichthouder.

De Afdeling adviseert daarom over enige jaren de wet te evalueren op grond van ervaringen met de (geïntensiveerde) toezichtspraktijk en nadere internationaal-fiscale ontwikkelingen. Voorts adviseert de Afdeling om in het voorstel een adequate voorziening te treffen inzake (openbare) verslaglegging en verantwoording door DNB over de toezichtsuitoefening. Daarnaast zou een voorziening te moeten worden getroffen waarmee de toezichthouder wordt verplicht de open normstelling te concretiseren voordat handavingsmaatregelen worden getroffen zodat voor betrokkenen tijdig duidelijk is wat er van hen wordt verwacht.

AAN DE KONING

Ten slotte adviseert de Afdeling een grondslag voor de uitwisseling met derden van gegevens van strafrechtelijke aard op te nemen, en in de toelichting op de effectiviteit en handhaafbaarheid van het voorgestelde verbod van de combinatie van trustdiensten en belastingadvies, alsook op de verhouding tot het vrije verkeer van diensten en tot de Dienstenrichtlijn in te gaan.

De Afdeling adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

1. Achtergrond van het voorstel

Internationalisering van markten en van productieprocessen maakt dat ondernemingen opereren voor verschillende eigenaars of belanghebbenden in verschillende landen, en dat zij daar activiteiten ontwikkelen met een veelvoud van rechts- en natuurlijke personen. Die ondernemingen gebruiken vaak intermediaire dienstverleners (trustkantoren) voor het opzetten en beheren van die structuren. Daarbij is het voor hen van belang dat dergelijke diensten worden verleend in jurisdicties waar, naast gunstige fiscale voorwaarden, sprake is van een stabiele en betrouwbare rechtsstaat, en dubbele belastingdruk door belastingverdragen (zoveel mogelijk) wordt voorkomen. Nederland heeft met zeer veel landen belastingovereenkomsten gesloten, kent een stabiel en betrouwbaar rechtstelsel en is voor bepaalde activiteiten fiscaal gunstig.¹ Mede daarom is Nederland een aantrekkelijk land voor het afnemen van trustdiensten.² De Nederlandse trustdienstensector is dan ook, ook in vergelijking met omringende landen, groot.³

Kenmerken die het Nederlandse stelsel aantrekkelijk maken voor fiscale planning, maken het echter ook gevoelig voor belastingfraude, -ontduiking en -ontwijking. De grens tussen fiscale planning ("optimalisering") en belastingontwijking is moeilijk te bepalen.

Hoewel sprake is van vele ontwikkelingen - ook internationaal -⁴ is van consensus op dit vlak beperkt sprake. In de belastingrechtspraak in binnen- en buitenland is het bovendien uitgangspunt dat belastingplichtigen het recht hebben binnen de wettelijke grenzen hun activiteiten op fiscaal zo gunstig mogelijke wijze te plannen.

¹ Met name dividend- rente- en royaltystromen zijn van belang. Zie onderzoek van SEO Economisch Onderzoek, "Uit de schaduw van het bankwezen", 2013, deel B, Hoofdstuk 1.

² Zie ook het onderzoek van SEO Economisch Onderzoek, "Uit de schaduw van het bankwezen", 2013, deel B, Hoofdstuk 3.

³ De in- en uitgaande geldstromen bedragen tezamen jaarlijks ongeveer € 5,5 biljoen. Voor een vergelijking met andere EU-lidstaten, zie bijvoorbeeld "Special Purpose Entities within EU Foreign Direct Investment Statistics for information of the IMF Balance of Payments Committee" van de Europese Commissie, Twenty-Ninth Meeting of the IMF Committee on Balance of Payments Statistics, 24-26 oktober 2016, <https://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2016/pdf/16-05.pdf>.

⁴ Zie voor een overzicht het verslag van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies (Kamerstukken II 2016/17, 34 566, nr. 3, blz. 16-18).

De bijzondere eigenschappen van de clientèle van trustkantoren, en de daarmee gepaard gaande grote financiële stromen, brengen een verhoogd risico mee dat bepaalde cliënten ‘gekunstelde’ structuren opzetten, met als (enkel) doel om zo het Nederlands financiële stelsel te gebruiken voor illegale praktijken, zoals witwassen van gelden, financiering van terrorisme, of belastingontduiking, -ontwijking of -fraude in binnen- en buitenland. Dat misbruik vindt als zodanig meestal niet in Nederland zelf plaats, maar het Nederlandse financiële stelsel wordt daarvoor wel gebruikt. In de toelichting op het wetsvoorstel wordt gewezen op actuele maatschappelijke en politieke discussies over Nederland als (vermeend) “belastingparadijs”, zoals recentelijk naar aanleiding van de zogenoemde “Panama Papers” en de bevindingen van de Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies.⁵

De Wet toezicht trustkantoren (2004)

Tot 2004 was sprake van zelfregulering in de sector. Daarvóór gold enkel de algemene witwaswetgeving (thans de Wet ter voorkoming van witwassen en de financiering van terrorisme (Wwft)); op basis daarvan moesten trustdienstverleners net als andere dienstverleners slechts cliënten onderzoeken en bepaalde meldingen doen. Omdat echter erkend werd dat met de trustdienstverlening bijzondere integriteitsrisico’s samenhangen is in 2004 een sectorspecifieke regeling waarop DNB toezicht houdt, ingevoerd. Trustdiensten zijn in de Wtt breed gedefinieerd; ook bepaalde reguliere advocaten-, notaris-, en belastingadviesdiensten vallen eronder. De wet kent aldus een ruime personele reikwijdte, ook al wordt deze in de praktijk thans veel beperkter toegepast (volgens de toelichting zijn er thans 229 trustkantoren met een vergunning).

Trustkantoren zijn in de Wtt gepositioneerd als “poortwachter”; er wordt van hen een eigen verantwoordelijkheid verwacht om onderzoek te doen naar de bijzondere integriteitsrisico’s. Voor trustkantoren is het evenwel vaak moeilijk om de gehele structuur van het netwerk van betrokken internationale bedrijven te (kunnen) overzien. Het komt daarbij ook regelmatig voor dat bij het trustkantoor onduidelijkheden bestaan over de natuurlijke persoon of personen voor wie de trustdiensten uiteindelijk verricht worden, of over de uiteindelijke oorsprong of het uiteindelijke doel van de geldstromen.

Waar de Wwft slechts cliëntenonderzoeken en meldingen vereist, geldt voor trustkantoren op grond van de Wtt een vergunning- en verbodstelsel. De Wtt vormt zo een significante verzwaring ten opzichte van de generieke regels van de Wwft. De Wwft vormt de implementatie van de Europese vierde anti-witwasrichtlijn,⁶ en is van toepassing als de Wtt niet van toepassing is.⁷

⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 566, nr. 4.

⁶ Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PB 2015, L 141, blz. 73).

⁷ Zie artikel 3, dertiende lid, en artikel 5, eerste lid, onder a, onderdeel 2, van de Wwft.

De waardering van het effectief toezicht op het naleven van de Wtt lijkt in de loop van de tijd aanzienlijk te zijn veranderd. Aanvankelijk, toen de Wtt in 2010 werd geëvalueerd, werd op grond van gegevens van DNB geconcludeerd dat de vergunninghoudende trustkantoren de Wtt grotendeels correct naleefden, en er daarom nooit aanleiding was geweest om vergunningen in te trekken.⁸ In de jaren daarna heeft DNB in het lopend toezicht thematisch steekproeven bij de trustkantoren gedaan (2012-2015). DNB constateerde vaak dat een groot deel van de beproefde kantoren de wet niet adequaat naleefde en de onderzochte integriteitsrisico's onvoldoende afdekte. Weliswaar volgden die onderzochte trustkantoren vervolgens de aanwijzingen van DNB telkens op, maar ook bij elke nieuwe steekproef bleken kantoren pas na aanwijzingen van DNB in staat om de wet na te leven.⁹ De Parlementaire ondervragingscommissie Fiscale constructies constateerde dat het toezicht op de naleving van de Wtt er niet toe heeft geleid dat trustkantoren bereid zijn de wet naar de letter en naar de geest na te leven, en stelde vast dat de toezichthouder te beperkte mogelijkheden heeft om daarin op te treden.¹⁰ Trustkantoren maken de poortwachtersfunctie niet (meer) waar.

2. Hoofdpunten van het voorstel

Het voorliggende wetsvoorstel handhaaft de oorspronkelijke bedoeling van de Wtt om de integriteit van het financiële stelsel te bevorderen door middel van toezicht op de trustkantoren (poortwachtersfunctie). De normen voor integere bedrijfsvoering en een beheerste bedrijfsuitoefening van en door trustkantoren worden uitgebreid en in de wet zelf neergelegd. Scherpere eisen worden gesteld aan de rechtsvorm van een trustkantoor. Om onafhankelijke trustdienstverlening te bevorderen, introduceert het voorstel een verbod om aan eenzelfde cliënt zowel trustdiensten als belastingadvies te geven. Vanwege het zwaarwegende belang van cliëntenonderzoek zijn ook hier de regels van lagere regelgeving naar het niveau van de wet getild. In de wet is bepaald dat een trustkantoor niet alleen onderzoek moet doen naar de formele zeggenschapsstructuur van een cliënt (en doelvennootschappen) maar ook naar de feitelijke belanghebbende (de zogenoemde uiteindelijk belanghebbende of ultimate beneficiary owner, UBO).

Het voorstel vult het toezichtinstrumentarium aan, mede in overeenstemming met diverse anti-witwasrichtlijnen. De publicatiebevoegdheden van DNB over (voorgenomen) formele

⁸ Bij de evaluatie van de Wtt in 2010 is geconstateerd dat de Wtt haar doel "het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel door middel van de regulering van de trustsector" bereikt en dat de vergunninghoudende trustkantoren de wettelijke bepalingen grotendeels correct naleven (Kamerstukken II 2013/14, 32 384, nr. 1).

⁹ Zo bleek in 2012 dat de in 2011 door DNB geconstateerde gebreken ongedaan waren gemaakt door het merendeel van die trustkantoren zelf naar aanleiding van informele waarschuwingen en aanwijzingsbesluiten, zie ook Nieuwsbrief Toezicht trustkantoren februari 2013, <https://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-februari-2013/dnb285560.jsp>.

¹⁰ Kamerstukken II 2016/17, 34 566, nr. 3.

maatregelen, worden uitgebreid, en DNB kan personen verbieden beleidsbepalende functies te vervullen. DNB kan voorts, aldus het voorstel, boetes van een bepaalde (aan omzet gerelateerde) hoogte opleggen. De al in de Wtt voorkomende regeling voor het verstrekken van informatie door de toezichthouder aan binnen- en buitenlandse overheidsinstanties wordt in het voorstel verduidelijkt. Al met al wordt het toezicht op trustkantoren meer in lijn gebracht met overeenkomstige bepalingen in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de Wwft.

3. Algemeen

De Afdeling onderkent, met het kabinet en met de parlementaire bevindingen, dat de aard van trustdiensten en trustkantoren risico's met zich brengt en dat signalen wijzen op de noodzaak om het toezicht op de trustsector aan te scherpen. Zij wijst evenwel op een tweetal onderliggende complicaties, die weliswaar ook in de huidige Wtt spelen, maar die gelet op de ambitie van het voorstel om te komen tot intensiever toezicht, des te knellender worden.

In het voorstel is, in aansluiting op de huidige wetgeving, sprake van "integriteitsrisico's" bij risico's op ontoereikende naleving van enig wettelijk voorschrift, alsmede bij het risico van handelingen die op een dusdanige manier 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.¹¹ Het toezicht op de trustsector is in belangrijke mate een afgeleide van problemen met internationale belastingconcurrentie en belastingontwijking. Een effectieve aanpak van die problemen vereist internationale consensus en afspraken. De bevindingen van de Parlementaire ondervragingscommissie geven inzicht in de moeizame verhouding tussen het internationaal en nationaal fiscaal stelsel, belastingbesparing (fiscale planning en optimalisering), belastingontwijking, -ontduiking en -fraude. Ook de zogenoemde "Panama Papers" maken zichtbaar dat verschillen tussen nationale belastingssystemen en de honderden losse belastingafspraken tussen landen oorzaken van problemen zijn die zich ook via de trustsector openbaren.¹² De verdere ontwikkeling van normen waaraan trustdiensten in Nederland moeten voldoen, in het bijzonder het vermijden van handelingen die ingaan tegen "hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt", zal dus afhankelijk blijven van fiscale en internationale ontwikkelingen, en vooralsnog voor de trustsector de nodige onzekerheid impliceren. De thans voorgestelde wet zal hier van rekenschap moeten geven door zo kenbaar

¹¹ Thans artikel 1, eerste lid, onderdeel d van de Regeling integrale bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014; artikel 1 van het wetsvoorstel.

¹² Onder deze naam publiceerden 376 journalisten uit 76 landen, in het kader van het internationaal consortium van journalisten, the International Consortium of Investigative Journalists (ICIJ), artikelen op basis van 11,5 miljoen gelekke documenten van het juridisch advies-kantoor Mossack Fonseca uit Panama (zie Kamerstukken II 2015/16, 34 451).

mogelijk te zijn (rechtszekerheid) en evenwichtig in de belangenafwegingen (waartoe mede adequate rechtsbescherming strekt).

Gelet op het vorenstaande hangt veel af van de uitoefening van het toezicht; er rust met andere woorden een flinke hypotheek op DNB. In dit voorstel worden de normen zoveel mogelijk in de wet zelf in plaats van in lagere regelgeving neergelegd. Aldus kan het parlement zich over het normgevend kader uitspreken. Net als in de huidige Wtt en Wft behoudt een aantal wettelijke normen, zoals “maatschappelijke betamelijkheid” en “integriteitsrisico” evenwel een open karakter. Die open normstelling leidt tot spanning, nu de DNB in de toezichtspraktijk deze normen nader zal moeten invullen terwijl de toezichts- en sanctiebevoegdheden worden uitgebreid en aangescherpt. Deze bevoegdheidsuitbreiding vergroot het knelpunt dat onder de huidige Wtt al speelt: de praktijk laat immers al zien dat de invulling die DNB aan de Wtt geeft, bepalend is voor de betekenis die de wet heeft voor trustkantoren. Eerder heeft de Afdeling opgemerkt dat een toezichthouder die nog zoekende is naar de (precieze inhoud van de) te handhaven normen, intussen de onder zijn toezicht gestelde niet mag afrekenen op de nog niet getoetste uitkomsten van zijn zoektocht. De gevolgen zijn daarvoor te groot, publicitair en mogelijk daarmee ook financieel,¹³ en brengen bovendien ook de toezichthouder zelf in een kwetsbare positie.

De Afdeling heeft in de toelichting een beschouwing gemist hoe voldoende tegenwicht en rechtszekerheid kan worden geboden. Met het oog hierop wijdt de Afdeling in de punten 4 en 5, enige beschouwingen aan respectievelijk de verhouding tussen de Minister van Financiën en de DNB, alsmede aan rechtsbescherming. Daarnaast adviseert de Afdeling om in ieder geval het voorstel enkele jaren na invoering te evalueren, en in dat verband het normgevend kader zoveel als mogelijk nader in te vullen aan de hand van de ervaringen in de (geïntensiveerde) toezichtspraktijk en de ontwikkelingen in de internationale fiscale praktijk.

4. Verhouding Minister van Financiën en toezichthouder

De veronderstelling die aan dit voorstel ten grondslag ligt is, zoals gezegd, dat de toezichthouder met een uitgebreider instrumentarium de handhaving van de scherpere normstelling met het oog op de integriteit van het financiële stelsel beter weet waar te maken. De mate waarin DNB effectief toezicht kan uitoefenen, en inzicht in de wijze waarop dat dan gebeurt, is een belangrijk thema in gesprekken van de Parlementaire ondervragingscommissie geweest. De Afdeling merkt meer in het algemeen op dat adequate inbedding van onafhankelijke toezichthouders in democratische besluitvorming en verantwoording aandacht vraagt. Dit geldt ook DNB, zo blijkt niet alleen uit voornoemde parlementaire ondervraging maar ook uit het recente rapport van de Algemene Rekenkamer “Toezicht op banken”. Op grond van de Wft en de Bankenwet 1998 verkrijgt de Minister van Financiën slechts beperkte informatie van DNB. In het financieel toezicht (Wft) heeft die informatievoorziening, en de beperkingen

¹³ Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2005/06, 30 336, nr. 4.

daarop, herhaaldelijk tot discussies geleid tussen minister en Staten-Generaal. De Algemene Rekenkamer heeft in dat verband in 2017 in zijn rapport “Toezicht op banken” nadrukkelijk aandacht besteed aan opzet en werking van de “toezichthoudende rol” van de minister van Financiën op DNB. Het gaat zowel om de (informatie- en verantwoordings-) verhouding tussen minister en DNB als om de verhouding jegens het parlement. Dat rapport bevat de nodige aanbevelingen; de minister van Financiën heeft aangegeven daar binnen zijn mogelijkheden zo veel mogelijk gevolg aan te geven.

In het wetsvoorstel is ervoor gekozen wat betreft de verhouding tussen de Minister van Financiën en DNB aan te sluiten bij de bepalingen in de Wft dienaangaande. De Afdeling merkt in dit verband op dat de bepalingen in de Wft in belangrijke mate de implementatie vormen van de voorschriften in de toepasselijke richtlijnen inzake financieel toezicht.¹⁴ Dergelijke richtlijnen zijn ten aanzien van trustkantoren niet van toepassing. Tegen die achtergrond vergen de in het voorstel gemaakte keuzes met betrekking tot deze verhouding een nadere motivering.

In dit verband wijst de Afdeling er in het bijzonder op, dat de huidige Wtt de bepaling in artikel 18 bevat dat de toezichthouder jaarlijks aan de minister over de uitoefening van zijn taken en bevoegdheden verslag doet, en dat dit verslag, geschoond voor gegevens over individuele trustkantoren, wordt geopenbaard. In het voorliggende voorstel ontbreekt een dergelijke bepaling. Op grond van de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen brengt DNB weliswaar al verslag uit van (alle) toezichtuitoefening, maar op een tamelijk globaal niveau, en geen rekening houdend met de specifieke omstandigheden van een Wtt. Dit roept de vraag op of de Kamers met het voorstel voldoende in staat zijn om jaarlijks met de minister te spreken over alle relevante ontwikkelingen die met het toezicht op de trustsector, en de onderliggende fiscale en internationale ontwikkelingen, te maken hebben.

De Afdeling adviseert in het licht van het vorenstaande in het voorstel een adequate voorziening inzake (openbare) verslaglegging en verantwoording door DNB te treffen.

5. Rechtsbescherming

Voor de rechtsbescherming tegen door DNB genomen besluiten gelden de normale bestuursrechtelijke regels uit hoofde van de Algemene wet bestuursrecht. Gelet op de in punt 3 hiervoor geduide hypotheek die op het toezicht rust, is de Afdeling van oordeel dat bijzondere aandacht nodig is voor de rechtsbescherming. In dit verband wijst de Afdeling op het volgende.

De hiervoor geschetste fiscale problematiek leidt ertoe dat voor een trustkantoor moeilijk valt te achterhalen wanneer sprake is van een integriteitsrisico. Veel hangt daarom af van de wijze waarop DNB in de praktijk invulling geeft aan deze open normstelling. Zoals ook uit de

¹⁴ Hoofdstuk 1.5. van de Wft, en de daarin geïmplementeerde Europese richtlijnen en verordeningen.

consultatiereacties naar voren komt¹⁵ brengt dit mee dat binnen de sector behoefte bestaat om vooraf duidelijkheid te krijgen van DNB in concrete situaties. Het voorstel voorziet niet in een procedure waarmee een trustkantoor in een vroeg stadium die zekerheid van DNB kan krijgen. De Afdeling verwijst in dit verband naar ontwikkelingen in vergelijkbare situaties op andere terreinen. Zo heeft de Afdeling onlangs geadviseerd bij de bescherming van persoonsgegevens in te voorzien dat alvorens een boete kan worden opgelegd op overtreding van een open norm, eerst een bindende aanwijzing moet worden gegeven door de toezichthouder zodat de betrokkenen weten wat er van hen verwacht wordt.¹⁶ In fiscale zaken is op verschillende plaatsen de mogelijkheid geboden vooraf zekerheid te krijgen en staan tegen de beslissing van de inspecteur afzonderlijk rechtsmiddelen open.

Ook is het de vraag of de genoemde onzekerheden aanleiding zouden moeten zijn om hiermee in de toezichts- en handhavingspraktijk rekening te houden. Zo kan worden gedacht aan de regelmatig in de praktijk gehanteerde figuur dat eerst een (informele) waarschuwing (“normoverdragend gesprek”) wordt gegeven voordat handhavend wordt opgetreden, of voordat een publiekswaarschuwing wordt gedaan.¹⁷

De Afdeling adviseert het voorstel aan te vullen met een adequate procedure waarmee DNB wordt verplicht de normstelling te concretiseren voordat handhavend wordt opgetreden, zodat voor betrokkenen tijdig duidelijk is wat er van hen wordt verwacht .

6. Gegevensuitwisseling tussen trustkantoren

Het voorgestelde artikel 68 over gegevensuitwisseling tussen trustkantoren is nieuw ten opzichte van het huidige recht. Een trustkantoor moet bij aanvang van een zakelijke relatie of het verlenen van een trustdienst onderzoeken of een ander trustkantoor diensten verleent of heeft verleend aan de cliënt. Indien dat het geval is, dan is het trustkantoor verplicht om bij het andere trustkantoor navraag te doen naar geconstateerde integriteitsrisico's ten aanzien van een cliënt. Een trustkantoor dat wordt verzocht om informatie over een voormalig cliënt is verplicht deze informatie onverwijld te verstrekken.

¹⁵ Toelichting, algemeen, paragraaf 9.

¹⁶ Dit in aansluiting op de huidige Wet bescherming persoonsgegevens. Zie ook het advies van de Afd. vd RvS van 10 oktober 2017 over de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming: Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 4, punt 10a.

¹⁷ In dit verband wijst de Afdeling er nog op, dat in de rechtspraktijk thans de vraag voorligt of een waarschuwing (of vooraankondiging) als een afzonderlijk (voor bezwaar en beroep vatbaar) besluit moet worden aangemerkt (Hoger beroep tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 9 augustus 2016 in zaak nr. AWB 16/1415, 201607055/2/A3). De uitkomst van deze procedure is nog niet bekend; inmiddels is wel de conclusie van de staatsraad-Advocaat Generaal bekend (Conclusie van de Advocaat Generaal van 24 januari 2018 in het hoger beroep 201607055/2/A3, ECLI:NL:RVS:2018:249). Deze conclusie stelt, samengevat, dat vooraankondigingen (inclusief waarschuwingen en normoverdragende gesprekken) en standpuntbepalingen, indien zij een essentieel en onlosmakelijk onderdeel zijn van het sanctieregime van een wet, een besluit in de zin van de Awb zijn en dus bij de bestuursrechter kunnen worden aangevochten.

De verplichte gegevensuitwisseling kan in sommige gevallen ook verstrekking van gegevens van strafrechtelijke aard betreffen (bijvoorbeeld een verdenking door een trustkantoor van een strafbaar feit). Artikel 10 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) bepaalt dat deze gegevens alleen mogen worden verwerkt als dat is toegestaan bij lidstatelijke bepalingen waarbij passende waarborgen zijn geboden. In het voorstel Uitvoeringswet AVG wordt een grondslag geboden indien de verwerkingsverantwoordelijke persoonsgegevens van strafrechtelijke aard ten eigen behoeve verwerkt ter beoordeling van een verzoek van betrokkene om een beslissing over hem te nemen of aan hem een prestatie te leveren.¹⁸ Hieronder valt de verwerking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard voor zover een trustkantoor dat voor zichzelf doet. Zoals ook uit de toelichting bij de Uitvoeringswet AVG blijkt volgt uit deze bepaling niet dat de persoonsgegevens van strafrechtelijke aard aan derden (i.c. een ander trustkantoor) mogen worden verstrekt.¹⁹ Voor een dergelijke verstrekking is dus een expliciete grondslag vereist, hetgeen echter in het wetsvoorstel ontbreekt.

De Afdeling adviseert om in het kader van de gegevensuitwisseling tussen trustkantoren in het wetsvoorstel expliciet een grondslag op te nemen voor de verstrekking van persoonsgegevens van strafrechtelijke aard.

7. Belastingadvies

Het wetsvoorstel introduceert in artikel 17 het verbod om een trustdienst te verlenen aan een cliënt, als die trustdienst op enigerlei wijze samenhangt met een belastingadvies dat aan diezelfde cliënt is verstrekt. Het voorgestelde verbod heeft tot doel een onafhankelijke afweging van de integriteitrisico's en mogelijke beheersmaatregelen door het trustkantoor te waarborgen. De Afdeling begrijpt de overwegingen die aan het voorgestelde verbod ten grondslag liggen, maar heeft, gelet op de ruime definitie die gehanteerd wordt ("op enigerlei wijze"), een beschouwing gemist over de effectiviteit en de handhaafbaarheid van het voorgestelde verbod. Een dergelijke beschouwing acht de Afdeling mede van belang in het licht van het vrije verkeer van diensten.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting nader in te gaan

8. Verhouding tot het vrije verkeer van diensten

De thans nieuw voorgestelde voorschriften voor trustkantoren kunnen de dienstverlening verder belemmeren of deze minder aantrekkelijk maken en vormen als zodanig een beperking van het vrije verkeer van diensten.²⁰ Bij

¹⁸ Artikel 33, tweede lid, onderdeel a, Uitvoeringswet AVG (Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 2).

¹⁹ Artikelsgewijze toelichting op artikel 33 (Kamerstukken II 2017/18, 34 851, nr. 3).

²⁰ Artikel 56 VWEU. Zie ook HvJ EU 3 oktober 2006, C-452/04 (Fidium Finanz), ECLI:EU:C:2006:631, punt 46. Zoals uit dit arrest blijkt, kan mogelijk tevens sprake van een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal (artikel 63 VWEU), waardoor het kapitaalverkeer met landen die geen EU-lidstaat zijn mede in het geding is.

gebreke van relevante harmonisatie ten aanzien van trustkantoren staat het Nederland vrij om dergelijke voorschriften te stellen. Deze dienen echter wel in overeenstemming met het Unierecht te zijn.²¹

a. *Beperkingen van het vrije verkeer van diensten*

De Afdeling merkt op dat belemmeringen voor het vrije verkeer van diensten die vanuit andere lidstaten worden aangeboden, enkel mogen worden gesteld indien dit gerechtvaardigd is uit het oogpunt van een dwingende reden van algemeen belang en dat belang niet reeds wordt gewaarborgd door de regels die voor het trustkantoor gelden in de lidstaat waar deze is gevestigd. Voorts dienen de voorschriften te voldoen aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid.²² Daarbij is van belang dat de betreffende diensten reeds in belangrijke mate vallen onder het bereik van Europese regels die, net als de Wtt 2018, ten dienste staan aan het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel, en ook in de andere lidstaten gelden.²³ De toelichting besteedt geen aandacht aan de wijze waarop in andere lidstaten de integriteit van het financieel stelsel wordt bevorderd. Voorts wordt met het wetsvoorstel geen rekening gehouden met eventuele overige (vergunning)voorschriften in andere lidstaten en het toezicht daarop.²⁴ De Afdeling merkt op dat, anders dan de Wtt, de Wtt 2018 niet in de mogelijkheid voorziet dat aan trustkantoren met een zetel in lidstaten waar sprake is van een gelijkwaardig beschermingsniveau, vrijstelling kan worden verleend van de aanvullende verplichtingen (wederzijdse erkenning).²⁵

De Afdeling adviseert in de toelichting de noodzaak en evenredigheid van aanvullende regels voor trustkantoren met zetel in een andere lidstaat dragend te motiveren, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

b. *Dienstenrichtlijn*

De Europese verdragsregels inzake het vrije verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging van dienstverleners zijn nader ingevuld door de Dienstenrichtlijn.²⁶ Indien diensten onder het bereik van deze richtlijn vallen, kunnen geen nationale regels worden gesteld die het vrije dienstenverkeer belemmeren tenzij voldaan wordt aan de in die richtlijn genoemde voorwaarden. Sommige diensten zijn uitgezonderd van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, waaronder onder meer financiële diensten.²⁷ Onder

²¹ Dat geldt ook voor aanvullende of strengere eisen waartoe de harmonisatieregels ruimte laten: zie bijvoorbeeld artikel 5 van de vierde anti-witwasrichtlijn.

²² Zie onder andere HvJ EU 30 november 1995, C-55/94 (Gebhard), ECLI:EU:C:1995:411 en HvJ EU 3 december 2014, C-315/13 (De Clercq), ECLI:EU:C:2014:2408, punt 62.

²³ Zie, laatstelijk, de vierde anti-witwasrichtlijn. Het implementatiewetsvoorstel tot wijziging van de Wwft is thans aanhangig bij de Staten Generaal (Kamerstukken II 2017/18, 34 808, nr. 1 e.v.).

²⁴ Zie, met het oog op de aanpak van ongewenste fiscale constructies, ook het voorstel van de Commissie van 21 juni 2017 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft de verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot te rapporteren grensoverschrijdende constructies (COM(2017) 335).

²⁵ Zie artikel 2, vijfde lid, van de Wtt.

²⁶ Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36).

²⁷ Artikel 2, tweede lid aanhef en onderdeel b, van de Dienstenrichtlijn.

financiële diensten worden onder andere begrepen bankdiensten, kredietverstrekking en verzekering, maar ook advisering aan ondernemingen inzake kapitaalstructuur, bedrijfsstrategie en dienstverrichtingen op het gebied van fusie en overname van ondernemingen of diensten betreffende vermogensbeheer en -advisering.²⁸ In dergelijke gevallen is de Dienstenrichtlijn dus niet van toepassing maar gelden onverkort de algemene verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten (zie hiervoor).

Sommige van de in de wet als trustdienst aangemerkte diensten vallen onder het bereik van uitgezonderde financiële diensten in de zin van de Dienstenrichtlijn; daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn in het geval van vermogensbeheer en -advisering.²⁹ Mogelijk echter kunnen niet alle in artikel 1 van de Wtt 2018 genoemde diensten als financiële dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn worden aangemerkt. Zo is daarvan bijvoorbeeld mogelijk geen sprake bij de dienst van “het zijn van bestuurder van een rechtspersoon of vennoot van een vennootschap in opdracht van een natuurlijke persoon, rechtspersoon, of vennootschap die niet tot dezelfde groep behoort als degene die bestuurder of vennoot is.”³⁰ Dergelijke diensten vallen in dat geval onder het bereik van de Dienstenrichtlijn. In de toelichting wordt op het vraagstuk van de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn niet ingegaan.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan, en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

²⁸ Artikel 2, tweede lid, aanhef en onderdeel b, van de Dienstenrichtlijn en bijlage I bij richtlijn 2006/48/EG.

²⁹ Artikel 1, ‘trustdienst’, onderdeel e.

³⁰

Artikel 1, ‘trustdienst’, onderdeel a.