

# Consultatiereactie beleidsregel Maatschappelijke Betamelijkheid

**Aan:** de directie van DNB

**Van:** Ellen Timmer, e-mail [ellen.timmer@pellicaan.nl](mailto:ellen.timmer@pellicaan.nl), weblog <https://ellentimmer.com/>, auteur voor <https://complianceplatformtrust.com/>

**Datum:** 17 augustus 2019

**Betreft:** Consultatie beleidsregel Maatschappelijke Betamelijkheid, <https://www.toezicht.dnb.nl/7/50-237738.jsp#>

Geachte directie,

In juni jl. nam ik kennis van uw uitnodiging tot deelname aan bovengenoemde consultatie. Van die gelegenheid maak ik hierbij gebruik.

---

## 1. Onderbouwing

U heeft een concept-beleidsregel in consultatie gebracht, die uitsluitend procesmatige regels bevat. De vraag wat 'maatschappelijke betamelijkheid' is wordt door u ontweken. Evenmin bespreekt u het juridische en bedrijfskundige vraagstuk of maatschappelijke betamelijkheid wel een geschikte norm is aan de hand waarvan het handelen van professionele statutaire bestuurders van rechtspersonen (de meest voorkomende dienst door trustkantoren) kan worden getoetst.

In de parlementaire geschiedenis van de huidige wet, de Wet toezicht trustkantoren 2018, is door leden van de Tweede Kamer gesproken over 'maatschappelijke betamelijkheid' van trustkantoren en van dienstverleners in de financiële sector. Uit wat er is gezegd, kan worden afgeleid dat de leden van de Tweede Kamer met hun opmerkingen goede politieke sier willen maken (bij bestrijding van financieel-economische criminaliteit) maar dat voor de wetgevingstechnische en grondrechtelijke aspecten geen aandacht is. Uit de behandeling blijkt evenmin dat er juridisch en/of bedrijfskundig onderzoek aan de voorstellen ten grondslag liggen.

### Aanbevelingen:

1.a Nu er geen enkele onderbouwing is van 'maatschappelijke betamelijkheid' als nalevingsnorm dient van het invoeren van de voorgestelde beleidsregel te worden afgezien.

1.b Het betaamt DNB niet om voorschriften op te leggen die trustkantoren er toe verplichten symbolische activiteiten te verrichten. Voorschriften dienen op het praktische handelen gericht te zijn.

## 2. Open normen

In aansluiting op het onder 1. opgemerkte vestig ik uw aandacht op het volgende. Dit geldt zowel voor 'maatschappelijke betamelijkheid' als nalevingsnorm als voor het toezicht op statutair bestuurders in het algemeen.

Zoals u weet heeft de Raad van State in adviezen en jaarverslagen meerdere malen gewezen op het feit dat open normen ongewenste consequenties hebben.

Jaarverslag 2016 (vindplaats)

Citaat:

De behoefte aan flexibele normstelling moet er volgens de Afdeling advisering eveneens niet toe leiden dat onduidelijk is tot wie een bepaling zich richt. Het gebruik van open normen heeft tevens gevolgen voor het toezicht op de naleving en handhaving. Bij de uitoefening van toezicht en handhaving kan gebruik worden gemaakt van ingrijpende bevoegdheden tegenover burgers en instanties. Belangrijk is dat nauwlettend wordt toegezien op de uitoefening van deze bevoegdheden. Eveneens moet voorzienbaar en duidelijk zijn welke bevoegdheden onder welke omstandigheden gehandhaafd kunnen worden en jegens wie. Open normen kunnen er niet alleen toe leiden dat de voorzienbaarheid voor justitiabelen afneemt, maar dat ook de mate van bescherming die zij genieten om ongerechtvaardigd overheidsingrijpen te voorkomen, kan verminderen. Kaderwetgeving en het (door)delegeren van wetgevende bevoegdheden kan op gespannen voet staan met het primaat van de wetgever. De Afdeling advisering heeft er in 2016 meerdere keren op gewezen dat de wet niet alleen de grondslag vormt voor de instrumenten die de overheid kan inzetten om publieke belangen te verwezenlijken, maar ook de legitimatie en begrenzing vormt van overheidsingrijpen.

Jaarverslag 2018 (vindplaats)

Citaat:

### **Open normen in de wet**

De wetgever biedt het bestuur, de uitvoerende macht, steeds meer ruimte voor oplossingen die aansluiten bij de praktijk van alledag. Ook dat is een begrijpelijke ontwikkeling. Maar normen die de wetgever zelf zou moeten invullen in de wet, worden in de wet dan heel open geformuleerd, zodat ze nauwelijks richting geven. De bevoegdheid om deze normen vast te stellen, wordt aan het bestuur overgedragen. Deze terugtrek van de wetgever ten gunste van de uitvoerende macht heeft weliswaar voordelen voor de slagkracht van de overheid, maar doet afbreuk aan de functie van wetgeving als rechtsstatelijke waarborg. (...)

### **Minder duidelijkheid en zekerheid**

De Raad van State begrijpt waarom de overheid deze wegen is ingeslagen, maar wijst erop dat de wet zelf door deze ontwikkelingen steeds minder duidelijkheid en zekerheid biedt. Het wetgevingsproces is geen stempelmachine van besluiten die anderen dan de wetgever hebben genomen. Niet alleen kan deze ontwikkeling het vertrouwen van de burger in de democratische rechtsstaat aantasten, maar ook stelt ze zowel de uitvoerende als de rechterlijke macht voor problemen. Het bestuur moet zelf regels maken en de rechter moet invulling geven aan open normen in de wet en antwoorden vinden waar de wet die duidelijkheid niet biedt.

Een voorbeeld van Europees geïnspireerde regelgeving met een nieuw nauwkeurige normadressaat en veel open normen, is het wetsvoorstel ter bestrijding van agressieve belastingplanning. Ook in het advies over het voorontwerp van dat wetsvoorstel was de Raad van State kritisch over de open normen.

Advies Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies  
19 juni 2019 (vindplaats)

Citaat:

## 2. Open normen

DAC 6 - en daarmee voorliggend wetsvoorstel - kent geen definitie van "agressieve (plannings)constructies". De reden daarvoor is dat constructies in de loop der jaren steeds complexer zijn geworden, en ook constant worden aangepast en gewijzigd in reactie op defensieve tegenmaatregelen van de belastingautoriteiten. (zie noot 6) Daarom probeert het voorstel grip te krijgen op agressieve grensoverschrijdende planningsconstructies door een lijst te hanteren van de kenmerken en elementen van transacties die een sterke aanwijzing vormen voor belastingontwijking of -misbruik. (zie noot 7) Deze aanwijzingen worden wezenskenmerken genoemd en zij moeten, naast andere gegevens, door intermediairs worden gemeld bij de Belastingdienst.

Inherent aan deze aanpak is dat de wezenskenmerken uit DAC 6 - en uit voorliggend voorstel nu ze daarin zijn overgenomen - veel open normen bevatten waarvan de betekenis niet a priori (volledig) duidelijk is. (zie noot 8) Gemeenschappelijk in de reacties op de internetconsultatieversie van het voorstel is dan ook de vraag naar een (nadere) uitleg van veel DAC 6 normen. De consultatieparagraaf maakt duidelijk dat de toelichting op het voorstel naar aanleiding van deze vragen "zoveel mogelijk" is aangevuld. (zie noot 9) Ook wordt in deze paragraaf (zie noot 10) aangegeven dat er nog een leidraad zal worden opgesteld waarin nadere inkleding wordt gegeven aan de verplichtingen van DAC 6. Volgens de toelichting op het voorstel zal de leidraad onder andere - ter illustratie - ten aanzien van een aantal concrete constructies aangeven of zij wel of juist niet aan (één van) de wezenskenmerken voldoen, teneinde intermediairs en relevante belastingplichtigen, waar mogelijk, te ontlasten. (zie noot 11)

De Afdeling merkt op dat veel DAC 6 begrippen, ondanks de nog op te stellen leidraad, ook bij de inwerkingtreding van het voorstel nog niet (volledig) duidelijk zullen zijn. De inhoud van veel begrippen zal zich in de praktijk, waaronder de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, moeten uitkristalliseren. Dat blijkt ook uit de uitvoeringstoets van de Belastingdienst die vermeldt dat "de open normen in het voorstel bij zullen dragen aan meer discussies". (zie noot 12) De Afdeling merkt daarover het volgende op.

Dit is terechte kritiek waarop zowel de wetgevers als bestuursorganen, zoals DNB, acht dienen te slaan.

### Aanbeveling:

2. Beperk het hanteren van open normen bij het toezicht op trustkantoren.

### 3. Aparte rol beleid 'maatschappelijke betamelijkheid'

Tot slot attendeer ik u er op dat er geen reden is voor afzonderlijk beleid door trustkantoren inzake maatschappelijke betamelijkheid, nu dit onderwerp al deel uitmaakt van de Wtt 2018 en de huidige door DNB uitgevaardigde regelgeving, meer in het bijzonder:

- de good practices integriteitrisicoanalyse;
- Good practice Integrity Risk Appetite.

Bovendien zijn trustkantoren 'hulpintermediair' op grond van de Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies ('MDR-wet'), die thans in de Tweede Kamer wordt behandeld (vindplaats). Dat heeft tot gevolg dat trustkantoren zowel rekening moeten houden met datgene wat in de MDR-wet staat, als in de op die wet gebaseerde leidraden. De naleving zal een plaats moeten vinden in de risicoanalyses die nu al worden gemaakt.

NB Dit laat onverlet dat de MDR-wet mogelijk regels bevat die in strijd zijn met Nederlandsrechtelijke of Europeesrechtelijke grondrechtelijke principes op het gebied van financiële mensenrechten.

#### **Aanbevelingen:**

3.a Voor zover 'maatschappelijke betamelijkheid' als nalevingsnorm ingevuld zou kunnen worden (wat ik betwijfel), dient dat pas aan de orde te komen nadat naleving van de reguliere regelgeving gewaarborgd is. Aangezien er momenteel een vloed van nieuwe regelgeving is, past het een zorgvuldige toezichthouder niet om er extra voorschriften aan toe te voegen.

3.b Van de invoering van good practices voor trustkantoren op het van fiscale structuren, dient door DNB te worden afgezien.

3.c DNB dient als een zorgvuldige toezichthouder transparant te zijn over zijn verwachtingen ten aanzien van toezichtssubjecten en dient deze via de website openbaar te maken, zodat ook adviseurs van trustkantoren van die verwachtingen kunnen kennis nemen.

---

### 4. Voorbeelden van maatschappelijke betamelijkheid

Ten aanzien van het navolgende zou ik graag vernemen van DNB of mijn mening deelt dat het navolgende maatschappelijk **on**betamelijk is.

a. Het is onbetamelijk dat een doelvennootschap of het trustkantoor medewerking verleent aan buitenlandse overheden die verlangen dat in Nederland wonende personen, die geen binding hebben met die buitenlandse overheid (bij voorbeeld doordat zij in dat land inkomen genereren of daar vastgoed hebben), fiscaal aangifte in dat land moeten doen over hun wereldinkomen. Dit doet zich bij voorbeeld voor bij de 'accidental Americans', die slachtoffer zijn van de Amerikaanse belastingwetgever en FATCA, als hun enige band met de VS is dat één van de ouders daar is geboren (meer informatie).

b. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen of hun deelnemingen zaken doen met ondernemingen in landen, die op grote schaal handelen in wapens en daarmee gewelddadige

regimes faciliteren die hun bevolking onderdrukken. Handel met ondernemingen in zulke landen is onbetamelijk, ook als die ondernemingen zelf niet in wapens handelen, omdat er nu geen stimulans is voor die ondernemingen om van hun regering te eisen dat een einde wordt gemaakt aan de wapenhandel. Voorbeeld: de VS.

c. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen zaken doen met of deelnemingen hebben in landen die bekend staan wegens de onderdrukking van hun bevolking, of waar op grote schaal kinderarbeid of slavenarbeid voorkomt, of waar de overheid grootschalig alle leden van de bevolking in het geheim monitort via elektronische middelen, zoals onderschepping van messaging, e-mail en andere elektronische communicatie. Voorbeelden: China, VS, UK. Variant: zaken doen met een onderneming die gebruik heeft gemaakt van kinderarbeid (voorbeeld: Amazon).

d. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen en hun deelnemingen actief zijn in regio's waar grootschalige milieuvervuiling plaats vindt en de overheid onvoldoende maatregelen neemt.

e. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen en hun deelnemingen direct of indirect participeren in ondernemingen die illegaal persoonsgegevens verzamelen, verwerken en vermarkten (zoals Facebook en Google grootschalig doen met gegevens van derden via de eigen klanten en via scripts en andere trackingtechnieken; voorts alle adtech bedrijven). Deze groep omvat ook ondernemingen die illegaal persoonsgegevens oogsten ten behoeve van kredietbeoordeling en witwasgegevensdiensten (WorldCheck, Equifax c.s.).

f. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen en hun deelnemingen direct of indirect participeren in ondernemingen die hun eigen cybersecurity niet bewijsbaar op orde hebben en/of de aldaar geldende databeschermingsregelgeving niet bewijsbaar naleven.

g. Het is onbetamelijk dat doelvennootschappen en hun deelnemingen met hun MKB-leveranciers betalingstermijnen overeen komen langer dan dertig dagen (zodat de leverancier de facto als bank van het bedrijf fungeert) dan wel direct of indirect participeren in ondernemingen die zich schuldig maken aan oneerlijke handelspraktijken waarbij MKB-leveranciers worden uitgebuit.

Zo zijn nog veel andere voorbeelden van onbetamelijkheid te bedenken.

Graag hoor ik of, als mijn onbetamelijkheidsstellingen juist zijn, er überhaupt nog door iemand zaken kan worden gedaan.

---

## Slotopmerking

NB Het voorgaande laat onverlet dat ik van mening ben dat de Wtt 2018 een op onjuiste concepten gebaseerde wet is. Een algemene toelichting is te vinden in mijn artikelen, onder meer een bericht van 22 augustus 2018 (vindplaats).

Graag verzoek ik aan het bovenstaande aandacht te besteden.

Met vriendelijke groet,  
Ellen Timmer