



Inbreng Consultatie document De Nederlandsche Bank (DNB)

Consultatie document “Good Practice: Fiscale Integriteitsrisico’s”

Amsterdam, 28 maart 2019

*Vereniging Holland Quaestor
Stephensonweg 14
4207 HB Gorinchem*

Contactgegevens Holland Quaestor voor deze inbreng:

Mevrouw Drs. (M.P.) Mariët van den Berg

Verenigingsdirecteur

M +31 (0)6 109 02962

E Verenigingsmanager@hollandquaestor.nl

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	3
Algemene reactie	3
- 1) Gebruik van het begrip “fiscale integriteitsrisico’s” is ongelukkig	4
- 2) Onderscheid Integrity Risk Appetite en SIRA is onduidelijk	6
- 3) Actualiteit van enkele Good Practices in het licht van de Wet Toezicht Trustkantoren 2018	6
- 4) <i>Conclusie</i>	7
Bijlage: Technisch commentaar	8

INTRODUCTIE

De leden van Holland Quaestor (hierna: HQ) hebben met interesse kennisgenomen van het consultatiedocument “Good Practice: Fiscale integriteitsrisico’s voor trustkantoren 2019” (het consultatiedocument). Het is te waarderen dat DNB de gelegenheid biedt om te reageren op het consultatiedocument. Wij hopen met onze reactie bij te dragen aan de kwaliteit en praktische toepasbaarheid van de uiteindelijk versie van de Good Practice. Hieronder geven wij eerst een algemene reactie en dragen wij bij DNB nog enkele aanverwante zorgpunten aan. Commentaar en aanbevelingen van een meer technische aard treft u in de bijlage bij deze brief.

ALGEMENE REACTIE

Al geruime tijd is door diverse stakeholders het belang aangegeven van een toelichting vanuit DNB over de invulling van fiscale integriteit als onderdeel van het begrip ‘maatschappelijke betamelijkheid’. Een ‘Good Practice’ document, een weergave van ‘het goede voorbeeld’ uit de praktijk die ook door andere partijen gehanteerd zouden kunnen worden, is hierbij een goed hanteerbare methode gebleken.

Na bestudering van het consultatiedocument concludeert HQ dat het consultatiedocument bij diverse aanvullingen en verduidelijkingen gebaat zou zijn wil het document een waardevolle toevoeging zijn aan de bestaande guidance en Good Practices die DNB gedurende de afgelopen jaren heeft uitgebracht. Het consultatiedocument zoals het nu voorligt kan voor de dagelijkse praktijk en de opzet van de integere en beheerste bedrijfsvoering van trustkantoren een grotere meerwaarde krijgen. Naar onze mening heeft het consultatiedocument de nodige overlap met bestaande Good Practices, waarbij begrippen en definities in de verschillende Good Practice documenten niet altijd consequent worden gebruikt. Daardoor ontstaat een diffuus geheel van verschillende Good Practices, wat de toepassing en uitvoerbaarheid van deze Good Practice in de praktijk bemoeilijkt.

HQ zou in dit verband toch nog de vraag willen opwerpen in hoeverre het nodig is om speciaal voor “fiscale integriteitsrisico’s” een Good Practice te publiceren (als aanvulling op geldende wet- en regelgeving en eerder uitgebrachte Good Practices) aangezien dit consultatiedocument geen duidelijke kaders (of verwijzing) geeft om vast te stellen wat “agressieve belastingplanning” of “ongewenste belastingontwijking” materieel gezien inhoudt. Het is wellicht beter als het geheel van bestaande Good Practices wordt herzien en samengevoegd en daar enkele passages over fiscale integriteitsrisico’s worden opgenomen zodat een werkbare richtlijn voor analyse en beheersing van integriteitsrisico’s (inclusief fiscale) ontstaat die aansluit op de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt18) en de actuele versie van de Wet ter voorkoming van witwassen het financieren van terrorisme (Wwft).

Wat overigens opvalt is de hoge mate van gelijkheid tussen het consultatiedocument voor trustkantoren en het gelijktijdig uitgebrachte consultatiedocument voor banken. Het roept de vraag op of en zo ja in welke sector, deze Good Practices nu daadwerkelijk door DNB zijn waargenomen en of deze, al dan niet, ten dele, zijn aangevuld met de verwachtingen of opvattingen van DNB terzake. HQ is van mening dat de Wtt18, met name in hoofdstuk 4 (cliëntenonderzoek) aanmerkelijk verder gaat in hetgeen dat van een instelling wordt gevraagd in vergelijking met wat (zelfs in het geval van verscherp cliëntenonderzoek) wordt gevraagd aan een instelling op grond van de Wwft.

Het zou hoe dan ook goed zijn om te benadrukken dat, waar DNB fiscale risico-indicatoren beschrijft, het slechts voorbeelden betreffen en dat het trustkantoren vrij staat om hier zelf specifieke invulling aan te geven binnen de eigen Integrity Risk Appetite en de daarop gebaseerde procedures. Bijvoorbeeld op pagina 14 onder “complexiteit van de structuur”; trustkantoren moeten ruimte houden om genoemde

voorbeelden waar passend wel of niet over te nemen in procedures. Dit omdat genoemde rechtspersonen voor een veelvoud van legitieme (vaak niet fiscale) redenen binnen een structuur kunnen worden gebruikt. Bijvoorbeeld: C.V. voor Nederlands vastgoed, STAK binnen ‘family office’ structuren en SEC gereguleerde LP/GP structuren. Containerbegrippen als “special purpose vehicle” dienen te worden vermeden als niet duidelijk is wat daarmee binnen de context van de Good Practice wordt bedoeld.

Als laatste vragen wij opnieuw de aandacht van DNB voor het feit dat Nederlandse banken nauwelijks meer cliënten aannemen als deze via het leveringskanaal van een trustkantoor tot hen komen. Met de inwerkingtreding van de Wtt18 zijn trustkantoren, als het gaat om de beheersing van integriteitsrisico’s, zonder twijfel de zwaarst gereguleerde sub-sector binnen het grotere geheel van de financiële sector. Desondanks zien Nederlandse banken het leveringskanaal trustkantoor in toenemende mate als een te hoog risico. Een standpunt dat DNB in de bankenversie van het consultatiedocument lijkt te onderschrijven. Nu de bankensector zich geconfronteerd ziet met deze concept Good Practices ten aanzien van fiscale integriteitsrisico’s bestaat het risico dat zij vanwege hogere compliance kosten dan wel wijziging van de Tax Integrity Risk Appetite de trustsector als zodanig geheel gaan uitsluiten. Wanneer cliënten van trustkantoren niet langer diensten kunnen afnemen van de grote Nederlandse banken en zij gedwongen worden om te gaan samenwerken met buitenlandse banken (hetgeen op zichzelf weer een additionele risico-indicator kan opleveren – pagina 15, betrokken banken), kan dat een adequate transactiemonitoring en effectief cash management door trustkantoren bemoeilijken. Samenwerking tussen beide sectoren biedt meer waarborgen voor de integriteit van de Nederlandse financiële markten dan de huidige situatie van uitsluitingen en de sub-ideale alternatieven die dientengevolge gezocht moeten worden. Aangezien dit een sector overstijgend algemeen belang raakt zou DNB hier, als integriteitstoezichthouder op zowel banken als trustkantoren, een sturende rol in moeten spelen.

1. Gebruik van het begrip “fiscale integriteitsrisico’s” is ongelukkig

De keuze van DNB om het risico op belastingontduiking en belastingontwijking samen te voegen en daarmee een op AML-leest gestoelde risico gebaseerde benadering voor te schrijven, is naar onze mening niet verrijnd genoeg.

Belastingontduiking

Belastingontduiking is een overtreding of misdrijf met een duidelijke delictsomschrijving. Belastingontduiking valt vaak samen met witwassen aangezien een voltooid ontduikingshandeling leidt tot het ontstaan van *contra legem* vermogen. Elke poging of actie die vervolgens strekt tot het verplaatsen van dit vermogen geldt als witwassen. Vanuit die optiek is het logisch om belastingontduiking vanuit de AML-systematiek te benaderen.

Wat DNB duidelijker zou kunnen maken is dat het haar te doen is om het risico op belastingontduiking *ex ante* beter te kunnen beheersen. Wij doelen hiermee op structuren waarbij trustkantoren betrokken kunnen zijn, die zo worden ingericht dat zij naar inrichting en strekking geschikt zouden kunnen zijn om belastingontduiking mee te bewerkstelligen. Er zijn allerlei constructies denkbaar waarmee de transparantie van een structuur, met als oogmerk het verhullen van belastbaar vermogen of belastbare inkomsten, kan worden beperkt. Op het moment dat de transparantie succesvol is beperkt is een belangrijke randvoorwaarde voor het succesvol kunnen plegen van belastingontduiking gecreëerd.

HQ geeft DNB in overweging dat, met betrekking tot de wezenlijke verschillen van belastingontduiking *ex ante* en *ex post*, een nadrukkelijker sturing nuttig zou kunnen zijn. In het consultatiedocument wordt er geen onderscheid gemaakt tussen belastingontduiking *ex ante* en *ex post*. Terwijl deze beide verschijningsvormen, in ieder geval met betrekking tot de dienstverlening van trustkantoren, sterk van

elkaar verschillen en ook geheel andere organisatorische keuzes en beheersingsmaatregelen vergen. HQ zou DNB willen meegeven om meer aandacht te geven aan het voorkomen van betrokkenheid bij belastingontduiking. Het licht voor de hand voor instellingen om ten aanzien van belastingontduiking *ex ante*, met name in de Integrity Risk Appetite, keuzes te maken.

Belastingontwijking

Belastingontwijking is, zoals DNB zelf ook aangeeft, een legale bezigheid of een beoogd effect dat, indien bewerkstelligd, niet tot strijdigheid met een wettelijk voorschrift leidt. Bij belastingontwijking moet een trustkantoor dan ook rekening houden met de betamelijkheid. Behalve een korte referentie in de inleiding komt DNB hier niet meer op terug.

DNB kiest ervoor om voor belastingontwijking exact dezelfde benadering te kiezen als voor belastingontduiking. Maar waar belastingontduiking een concreet toetsbare norm is, is belastingontwijking dat niet. Dan rijst de vraag of er voor belastingontwijking wel een risico gebaseerde benadering gehanteerd kan worden. Het in kaart brengen van de mate van risico vergt immers een concreet toetsingskader. Dat toetsingskader is de wettelijke norm, of in het geval van belastingontduiking, de delictsomschrijving van de fiscale en economische-strafwetgeving.

De risico-gebaseerde aanpak voor belastingontduiking werkt. Het is helder wat belastingontduiking is, de norm is objectief en daarmee is de bovengrens bepaald. Als er in een zakelijke relatie te veel aspecten (risico-indicatoren) zijn waardoor de bovengrens in zicht komt, dan zal een trustkantoor normaliter afscheid nemen van de client en een melding bij FIU Nederland maken. Of er daadwerkelijk sprake is van belastingontduiking kan niet door een trustkantoor worden vastgesteld. Dat is, uiteindelijk, aan de autoriteiten om vast te stellen. Trustkantoren houden zich bezig met het risico op deze normschending en zullen steeds per geval toetsen hoe hoog deze risico's zijn.

Voor belastingontwijking ontbreekt een dergelijk objectief toetsingskader of een algemene verbindende definitie. Het enige dat dan resteert is voor het trustkantoor om zelf een toetsingskader te creëren en een definitie te formuleren. Maar juist over een toetsingskader schrijft DNB helemaal niets. Sterker nog, enige referentie hieraan ontbreekt in zijn geheel, terwijl dit nou juist in de dagelijkse praktijk tot de grootste uitdagingen leidt. Een algemene definitie zal namelijk niet te operationaliseren zijn. Het wezenlijke verschil tussen de beide fiscale integriteitsrisico's is dat trustkantoren bij belastingontwijking zelf degenen zijn die toetsen of aan de door hen zelf vastgestelde norm is voldaan.

Het is naar onze mening nodig om te werken met voorbeelden of indicatoren. Aangegeven moet worden wat concreet onder onacceptabele belastingontwijking valt, maar om dat te kunnen toetsen kom je uit op een systematiek die veel verfijnder is dan de risico gebaseerde benadering die door DNB wordt voorgesteld.

Een stapeling van omstandigheden (zoals complexiteit structuur, structuurindicatoren, activiteiten, betrokken landen en leveringskanalen) is veelzeggend met betrekking tot het risico op belastingontduiking, maar geeft weinig inzicht met betrekking tot het risico op belastingontwijking. Het risico op belastingontwijking laat zich niet vangen door deze zeer generieke factoren en kan bijvoorbeeld ook via zeer eenvoudige structuren in jurisdicties (zoals de Nederlandse) plaatsvinden die normaliter niet als risico-verhogend worden aangemerkt. Dat is de aard van dit zeer complexe en hoog technische speelveld. Benoemd zal moeten worden wat maatschappelijk niet betamelijk is (wat op zich al een fluïde norm is) en dat zal via concrete voorbeelden gedetecteerd moeten kunnen worden. Deze voorbeelden zullen continue moeten worden aangepast en bijgewerkt op basis van de maatschappelijke en juridische ontwikkeling.

Als gevolg hiervan is het consultatiedocument in onze optiek eigenlijk alleen bruikbaar voor de omgang met betrekking tot het risico op belastingontduiking en (behoudens enkele uitzonderingen) niet of nauwelijks voor de omgang met betrekking tot het risico op belastingontwijking. HQ adviseert DNB om:

- Het begrip fiscale integriteitsrisico's niet op deze wijze te blijven gebruiken;
- Onderscheid te maken tussen belastingontduiking ex ante en ex post;
- Voor belastingontwijking een kader te ontwikkelen dat toepasbaar is. Hierin zou DNB in ieder geval moeten voorschrijven dat een definitie ter zake opgesteld zal moeten worden door het trustkantoor. HQ heeft een verstrekkende "Tax Integrity" richtlijn ontwikkeld en is van mening dat deze richtlijn concrete handvaten biedt voor een praktische en adequate aanpak van belastingontwijking. In deze richtlijn maakt HQ duidelijk keuzes ten behoeve van haar leden en nemen wij afstand van structuren met een risico op belastingontduiking en komen wij met een systeem voor de detectie en preventie van betrokkenheid bij structuren die, in onze optiek, agressieve belastingplanning nastreven. De opzet van deze richtlijn is eerder ter kennis gebracht van DNB, HQ gaat hierover graag verder in gesprek met DNB.

2. Onderscheid Integrity Risk Appetite en SIRA is onduidelijk

In 2015 heeft DNB haar Good Practices document inzake de SIRA gepubliceerd. Eind 2017 volgde een Good Practices document inzake de Integrity Risk Appetite (IRA). Zoals HQ het begrijpt en zoals volgt uit de Good Practice IRA, beschrijft een IRA op een hoog abstractieniveau welke risico's de financiële instelling bereid is te accepteren en welke niet. De SIRA is een analyse van alle vormen van dienstverlening die binnen de door de IRA geschetste bandbreedte vallen. Op basis van deze analyse kunnen bepaalde cliënten of producten alsnog in strijd met de Risk Appetite worden aangemerkt of kan worden aangegeven dat het bruto risico met maatregelen ter beheersing naar een acceptabel netto risico moet worden gebracht.

Het lijkt HQ voor de hand liggen dat de Integrity Risk Appetite een duidelijke vastlegging moet bevatten van wat, in de ogen van de desbetreffende instelling, acceptabel is of niet met betrekking tot belastingontwijking. Aan het vastleggen van een werkbare omschrijving en een methode om deze te operationaliseren is niet te ontkomen.

Op diverse plekken in het consultatiedocument lezen wij passages over de IRA en de SIRA die HQ niet geheel duidelijk zijn. Deze passages staan benoemd in het technisch commentaar gedeelte van deze reactie.

HQ geeft DNB in overweging om:

- Na te gaan of passages over de IRA en SIRA consistent zijn met eerdere uitlatingen;
- Na te gaan of passages over de IRA en SIRA niet kruislings zijn verwoord.

3. Actualiteit van enkele Good Practices in het licht van de Wet toezicht trustkantoren 2018

Een aantal van de Good Practices die worden weergegeven, zijn inmiddels gecodificeerd middels de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018). Zij kunnen derhalve niet meer als Good Practice gelden. Door dit wel als zodanig te presenteren ontstaat verwarring en wordt het doel van de Wtt 2018 (verdere professionalisering van de trustsector) enigszins ondermijnd doordat er discussie zou kunnen ontstaan over de juiste invulling van de vereisten op grond van deze wet (deze Good Practices zijn immers niet bindend).

DNB lijkt op een aantal plekken de gevolgen en terminologie van de Wtt 2018 nog niet te hebben verdisconteerd in het consultatiedocument. Het woord 'cliënt' wordt veel gebruikt, maar het is de trustdienst die het trustkantoor levert die doorslaggevend is voor de voorgeschreven onderzoeksmaatregelen. Het onderzoek zal zich in bijna alle gevallen richten op de doelvennootschap en

dergelijk onderzoek vindt niet risico-gebaseerd plaats. Trustkantoren zijn immers verplicht om zaken (a) vast te stellen of (b) met zoveel mogelijk zekerheid vast te stellen. Dat laat weinig ruimte voor een risico gebaseerde benadering in het cliëntenonderzoek, met name als doelvennootschap en client samenvallen, hetgeen in de regel wel zo is en ook door de wetgever is erkend (artikel 27, vierde lid).

HQ geeft DNB in overweging om:

- Geen Good Practices op te nemen die alleen het volgen van de wettelijke norm betreffen;
- Terminologie van de Wtt 2018 en de Wet ter voorkoming van Witwassen en Financiering van Terrorisme (Wwft) niet kruislings door elkaar te gebruiken;
- Voor zover DNB van plan is vast te houden aan het centraal stellen van de cliënt boven de doelvennootschap, vergt dit tenminste enige toelichting.

4. Conclusie

HQ vraagt zich af of dit document voldoende zelfstandig bestaansrecht heeft en het niet beter zou zijn om de bestaande guidance en Good Practices te actualiseren (Wtt18 en Wwft zijn immers nieuw c.q. grondig herzien) en daarin aandacht te schenken aan fiscale integriteitsrisico's. Het huidige consultatiedocument ziet in feite vooral op de omgang met betrekking tot het risico op belastingontduiking binnen bestaande AML-systematiek. Om de Good Practice meer 'body' te geven zullen een aantal stappen gemaakt moeten worden zoals meer aandacht voor de twee relevante verschijningsvormen van het risico op belastingontduiking, meer aandacht voor de ontwikkeling van een definitie en bijbehorend toetsingskader bij belastingontwijking. HQ is van harte bereid om DNB in dit proces te ondersteunen en stuurt bij deze reactie in ieder geval ook de conceptversie van de HQ "Tax Integrity" richtlijn ter informatie en, wellicht, ter inspiratie.

BIJLAGE: TECHNISCH COMMENTAAR

1. Inleiding, pagina 5: “Verricht een trustkantoor – witwassen van geld faciliteert.”

Met deze zin lijkt DNB te suggereren dat als een trustkantoor ongewild belastingontwijking faciliteert dit leidt tot het witwassen van geld. Dit behoeft nuancering. Belastingontwijking kan wellicht onbetamelijk zijn, maar niet illegaal. Een standpunt dat DNB verderop op pagina 5 en in de figuur op pagina 8 zelf overigens ook inneemt.

2. Inleiding, pagina 5: “Belastingontwijking – legaal is.”

Hier geeft DNB een definitie van belastingontwijking die, enigszins opmerkelijk, niet verwijst naar de component van betamelijkheid. DNB stelt: “belastingontwijking is het onttrekken aan belastingen zonder overtreding van een wetsbepaling door bijvoorbeeld winsten te verschuiven naar landen waar deze minder belast worden, wat in beginsel legaal is.” Als er geen overtreding van een wetsbepaling plaatsvindt is de handeling niet slechts ‘in beginsel’ legaal, maar onverkort legaal. Daarnaast: belastingplanning is op zich een algemeen aanvaard motief. Op het moment dat belastingplanning op agressieve wijze wordt ingericht dan wordt al snel gesproken over belastingontwijking. Dat laatste is dan kennelijk aan de orde als de belastingplanning legaal is, maar niet maatschappelijk betamelijk. Het ontbreken van deze component in de definitie van DNB maakt dat het onderscheid tussen reguliere belastingplanning en agressieve belastingplanning ontbreekt.

3. Inleiding, pagina 6: “Belastingontwijking en belastingontduiking...fiscale integriteitsrisico’s.”

Het samenvoegen van deze twee van elkaar te onderscheiden facetten van integriteitsrisico’s werkt verderop in het consultatiedocument problematisch. DNB staat voor beide facetten namelijk eenzelfde, risico gebaseerde, benadering voor, die slechts ten dele effectief kan zijn.

4. Inleiding, pagina 6: “Anti-witwaswetgeving – resultaat.”

Hier memoreert DNB dat anti-witwaswetgeving al meer dan een decennium van kracht is. Dat lijkt feitelijk onjuist. De derde anti-witwasrichtlijn is uit 2006, maar er zijn ook een eerste en tweede anti-witwasrichtlijn geweest en als gevolg daarvan was er reeds in 1993 nationale wetgeving van kracht met als doel om witwassen te voorkomen. Dat zijn 26 jaren.

DNB geeft aan dat belastingontduiking een verschijningsvorm is van witwassen en dat het vanuit die optiek niet nieuw is dat trustkantoren hiermee rekening moeten houden. Op zichzelf is deze constatering juist. Dat brengt HQ echter wel bij het punt dat belastingontduiking op meer dan slechts een manier relevant is. Je kunt spreken over belastingontduiking die reeds is gepleegd, een voltooid delict als het ware. Dat maakt de middelen afkomstig uit het plegen van dit delict tot crimineel vermogen en maakt elke verplaatsing daarvan een strafbare verhuilingspoging, oftewel witwassen. Er is echter, en dat is in de trustsector met name relevant, het risico dat een structuur voor belastingontduiking gebruikt gaat worden, gewild (voorzien) of ongewild (onvoorzien). Belastingontduiking *ex ante*.

Een structuur kan zo worden opgezet dat deze naar aard en strekking geschikt is voor het plegen van belastingontduiking (bijvoorbeeld doordat economisch en juridisch eigendom gesplitst wordt). Dat risico past ook in de definitie van integriteitsrisico als gegeven in artikel 1 van de Wtt18. Het gaat immers om het voorkomen van betrokkenheid bij de overtreding van enig wettelijk voorschrift. Het valt op dat DNB nergens in het consultatiedocument een onderscheid maakt tussen belastingontduiking *ex ante* en belastingontduiking *ex post*. Naar het oordeel van HQ zou belastingontduiking *ex ante* vooral moeten blijken tijdens het onderzoek naar de formele en feitelijke zeggenschapsstructuur van de groep waartoe de

doelvennootschap behoort alsmede de strekking van de structuur. Belastingontwijking *ex post* is vooral een kwestie van detectie in het kader van de voortdurende controle c.q. transactiemonitoring. Naar het idee van HQ zou meer aandacht moeten worden besteed aan de verschillende stadia van belastingontduiking en de momenten in de zakelijke relatie dat deze verschillende stadia relevant zijn.

5. Inleiding, pagina 7

Het consultatiedocument voor trustkantoren is in hoge mate gelijklopend aan het consultatiedocument voor de sector banken. Zowel qua opzet, als qua voorbeelden van Good Practices, als het grootste gedeelte van de tekst. Dat roept de vraag op in hoeverre hier daadwerkelijk sprake is van Good Practices die zijn aangetroffen in de sector, en zo ja in welke sector en in welke mate deze recht doen aan de specifieke activiteiten en kenmerken van –in ons geval- de trustsector.

6. Hoofdstuk 2.1, pagina 8, “Vervolgens zal.....vindt.”

Kleven er fiscale integriteitsrisico's aan belastingontwijking of is belastingontwijking een fiscaal integriteitsrisico? (zie paragraaf 1 van de hoofdtekst voor wat betreft het gebruik van het begrip “fiscaal integriteitsrisico”).

7. Hoofdstuk 2.1, pagina 8, “Indien.....risk appetite.”

DNB stelt dat een trustkantoor moet vaststellen dat er geen sprake is van belastingontwijking, maar het onderzoek kan duiden op belastingoptimalisatie. Is het door DNB beoogd om hier zo resoluut te stellen dat een trustkantoor onder geen voorwaarde bij belastingontwijking betrokken mag zijn? Zijn alle trustkantoren derhalve verplicht om dit zo in hun risk appetite op te nemen?

Zou de kwaliteit van het consultatiedocument hier bij een andere opzet gebaat zijn? Bijvoorbeeld door te sturen op het opstellen van een raamwerk waaruit blijkt dat een instelling:

A. bekend is met de mogelijkheid dat haar dienstverlening misbruikt kan worden om geen belasting te betalen, dan wel zo min mogelijk belasting te betalen.

B. een tax risk appetite te formuleren waaraan scenario's uit de SIRA uiteindelijk getoetst worden.

C. een tax risk appetite te formuleren waaruit de maatschappelijke aanvaardbaarheidsgrens blijkt ten aanzien van belastingoptimalisatie door cliënten (tax planning).

D. een raamwerk te hebben waarmee inzichtelijk kan worden gemaakt of structuren van cliënten binnen de tax risk appetite van de instelling vallen.

De Good Practices zouden naar oordeel van HQ moeten toezien op het opstellen van een raamwerk met inachtneming van de bovenstaande punten.

8. Hoofdstuk 2,2, pagina 8, “Fiscale....wet- en regelgeving.”

De betrokkenheid van de FATF bij de genoemde richtlijnen en initiatieven is, althans voor de buitenwacht, niet duidelijk. Is het noemen van deze organisatie hier wel zinvol?

9. Hoofdstuk 2.2, pagina 9, “Het is belangrijk....witwassen”

Als belastingontduiking simpelweg via het bestaande AML-ricicomanagement systeem zou kunnen worden afgedaan lijkt het niet nodig om hier Good Practices voor uit te brengen. Die zullen dan weinig toevoegen aan bestaande Good Practices over de SIRA, IRA en transactiemonitoring.

10. Hoofdstuk 2.2, pagina 9, “De poortwachterfunctie...belastingautoriteiten.”

Naar oordeel van HQ zullen trustkantoren in bepaalde gevallen als (hulp)intermediair kwalificeren indien zij bestuursdiensten (dienst A in de Wtt18) verrichten. Indien uitsluitend trustdienst B wordt verleend of een trustkantoor geen diensten in de zin van de Wtt18 verleent is de kwalificatie van intermediair in onze optiek niet van toepassing. Wij verwijzen hierbij naar onze reactie op de openbare internetconsultatie van de wet ter implementatie van DAC6 (<https://www.internetconsultatie.nl/dac6/reacties>).

11. Hoofdstuk 2.3, pagina 10, “Tot de integriteitsrisico’s.....treffen.”

Zonder onderbouwing wordt gesteld dat fiscale integriteitsrisico’s ook tot de integriteitsrisico’s behoren. HQ neemt aan dat hiermee bedoeld wordt dat belastingontduiking leidt tot ontoereikende naleving en belastingontwijking in strijd kan zijn met de betamelijkheid. Goed om dit te verduidelijken.

12 Hoofdstuk 2.3, pagina 10, “De wettelijke vereisten...toetst.”

Is het niet logischer dat trustkantoren op basis van hun integrity risk appetite aangeven of zij bepaalde structuren (of transactie) al dan niet nog langer acceptabel achten? De SIRA kan dan scenario’s bevatten waarvan de uitkomst aan de IRA kan worden getoetst. De IRA is de lat, de SIRA het meetinstrument. Dat lijkt hier verkeerd te staan.

12. Hoofdstuk 2.3, pagina 10, “Specifiek...wijzigen.”

Hier lijkt een mismatch met de sector banken en de Wwft plaats te vinden. Deze hele alinea gaat voorbij aan de bijzondere voorschriften van de Wtt18 ten opzichte van de algemene voorschriften van de Wwft. Ten eerste gaat de Wtt18 niet specifiek over witwassen of de financiering van terrorisme. Hoofdstuk 4 is breder geformuleerd en gaat over de beheersing van integriteitsrisico’s (inclusief onbetamelijk gedrag). Een trustkantoor neemt geen adequate maatregelen om inzicht te verkrijgen, een trustkantoor is verplicht om de eigendomsstructuur en de formele zeggenschapsstructuur van de doelvennootschap, alsmede de relevante delen van de structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort vast te stellen. Dat is een aanzienlijk verschil met de verplichting uit de Wwft die hier ten onrechte door DNB wordt aangehaald. Ook de passage daarna is gestoeld op de Wwft. Voor trustkantoren geldt een verplichting om een transactieprofiel op te stellen naast een risicoprofiel. Het onderzoek naar de bron van de middelen is niet “zo nodig”, maar onverkort verplicht. Herkomst en bestemming van middelen moet worden vastgesteld. HQ wijst DNB in dit verband op artikel 27 van de Wtt18.

13. Hoofdstuk 2.3, pagina 11, “op grond...trustkantoor.”

Hier wordt gesteld dat op basis van de Wwft en de Wtt18 een risico gebaseerde aanpak geldt. Dit is echter niet het geval wat het cliëntenonderzoek betreft. Zoals in de volgende alinea is vermeld moet een resultaat worden behaald (vaststellen) of moet met zoveel mogelijk zekerheid worden vastgesteld. Als een trustkantoor de feitelijke zeggenschapsstructuur niet kan vaststellen, verbiedt artikel 23 Wtt18 simpelweg het verlenen van diensten. Als een cliënt onvoldoende transparantie verleent staat het een trustkantoor niet vrij dat als een risico te beschouwen. De relatie IRA en SIRA wordt niet goed duidelijk uit deze alinea.

14. Hoofdstuk 2.4, pagina 12, “Internationaal operende....stelt.”

De verwijzing naar artikel 21 van de Wtt18 is niet juist. Artikel 21 gaat in alle gevallen over het verlenen van trustdiensten in of naar Nederland. Het eerste lid gaat over trustkantoren die vanuit het buitenland trustdiensten naar Nederland verrichten. Het tweede lid gaat over de bijkantoren in Nederland van trustkantoren die zelf in het buitenland gevestigd zijn. Zo gezien heeft de Wtt18 geen extraterritoriale werking. Als DNB dit punt wil maken zou het beter zijn om te verwijzen naar artikel 2, eerste lid, van de Wwft, net als in de bankenversie. Dit artikel is eveneens op trustkantoren van toepassing. Opgemerkt wordt nog dat de reikwijdte van integriteitsrisico enger is op grond van de Wwft dan op grond van de Wtt18. Het is volgens HQ ook niet mogelijk of afdwingbaar om het Nederlandse fiscale integriteitsrisicomanagement bij buitenlandse (bij) kantoren of vestigingen van Nederlandse trustkantoren ten uitvoer te brengen.

15. Figuur 2

De figuur zoals deze hier wordt gepresenteerd werkt verwarrend als het gaat om de verhouding tussen de IRA en de SIRA. Meermaals heeft DNB aangegeven dat de IRA idealiter wordt opgesteld voordat de SIRA wordt vervaardigd.

16. Hoofdstuk 3

Op grond van dit hoofdstuk wordt van trustkantoren gevraagd om hun portefeuille in kaart te brengen. Dat is zonder meer een zinvolle exercitie. De genoemde Good Practice (pagina 14) lijken echter vooral relevant te zijn voor belastingontduiking. Hier wreekt opnieuw het feit dat wordt gewerkt met de term “fiscale integriteitsrisico’s”.

Voordat de scan wordt gemaakt moet naar onze mening eerst worden vastgesteld wat belastingontwijking c.q. agressieve belastingplanning precies is. Deze stap ontbreekt in de tekst. Zonder definitie en toetsingskader wordt de scan erg ongericht. Het lijkt logisch dat ieder trustkantoor eerst met een eigen en ingekaderde definitie van deze twee begrippen komt. Een definitie zou dan vervolgens geoperationaliseerd kunnen worden waarna vervolgens kan worden bekeken welke data precies nodig is om inzicht te geven aan blootstelling aan dat risico. Doordat DNB deze stap niet opneemt in haar consultatiedocument lijkt het nu alsof je eerst boodschappen gaat doen en pas daarna bepaalt wat je wilt gaan koken, met het risico dat je dan niet de juiste dingen uit de supermarkt hebt gehaald.

17. Good Practice, pagina 14 en 15

Op zich een bruikbare Good Practice, maar heeft vooral betrekking op het risico van belastingontduiking. De genoemde voorbeelden op pagina 14 bijvoorbeeld zijn allemaal relevant als het gaat om het verhullen van eigendom door juridisch en economisch eigendom te splitsen of door een niet transparant lichaam te gebruiken. De complete afwezigheid van al deze voorbeelden betekent echter nog (bepaald) niet dat er geen belastingontwijking aan de orde is. Belastingontwijking kan een zeer complexe en technische exercitie zijn, die zich niet altijd zo eenvoudig laat inkaderen als hier gesuggereerd wordt. Met andere woorden: het ontbreken van empirische indicaties mag niet leiden tot een negatieve conclusie.

Wat weer niet in deze versie van het consultatiedocument terug te vinden is, is de heatmap zoals opgenomen op pagina 14 van de bankenversie van het consultatiedocument. Het lijkt HQ dat een dergelijke heatmap (voor belastingontduiking) ook voor trustkantoren een nuttig instrument kan zijn. Het voorbeeld zou ook in de trustkantorenversie mogen worden opgenomen. Is aanwezigheid van een SPV een zinvol aandachtspunt? Waar baseert DNB dit op? Het lijkt erop dat DNB met deze criteria een te groot sleepnet

creëert waardoor de scan niet heel waardevol is. Een heatmap is daarom veel duidelijker omdat je daarmee criteria kan combineren tot een risico kwalificatie.

DNB noemt de aanwezigheid van beleggings- en fondsstructuren als aandachtspunt met betrekking tot complexiteit van de structuur. HQ erkent zondermeer dat beleggings- en fondsstructuren er voor niet-ingewijden bijzonder ingewikkeld uit kunnen zien (bijvoorbeeld bezien vanaf een structuurtekening), maar dat deze structuren naar aard en inhoud niet gericht zijn op belastingontwijking en niet geschikt zijn voor belastingontduiking. Ten eerste geldt dat in veel gevallen dit type fondsen gereguleerd is (ook wat betreft AML) in de jurisdictie waarin zij gevestigd zijn. Dit geldt in ieder geval voor “typische” fondsen jurisdicties zoals de Kaaimaneilanden, Luxemburg, de Kanaaleilanden, Ierland en het Verenigd Koninkrijk.

Ten tweede wordt aan dit type structuren een, door de OECD erkend en internationaal geaccepteerde, zogenaamde “tax neutral” status toegekend. Het uitgangspunt is dat de fiscale positie van een investeerder niet mag wijzigen als gevolg van zijn deelname aan een collectieve of alternatieve investering. Dit beginsel wordt door Nederland onderschreven (ook in Nederland gelden specifieke vrijstellingen voor fondsen voor collectieve investering). De investeerder betaalt zijn belasting op het ontvangen rendement conform de in zijn jurisdictie geldende voorwaarden. Deze fondsen worden vaak op een standaard manier ingericht maar worden in overwegende mate opgericht naar het recht van een beperkt aantal jurisdicties. Enkele van deze jurisdicties, zoals de Kaaimaneilanden, komen voor op lijsten van ‘belastingparadijzen’. De notering op deze lijst hangt samen met het feit dat er, in bijvoorbeeld de Kaaimaneilanden, geen heffing plaatsvindt op inkomende dividenden. Dat staat echter los van de omstandigheid dat de Kaaimaneilanden een standaard fondsenjurisdictie is. Dat laatste hangt samen met een juridische en financiële infrastructuur die erop is gericht om dit type fondsen te accommoderen.

Gelet op de fiscaal 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 en daarmee voldoen aan hun fiscale verplichtingen in hun woonland. Daarnaast dat er op het niveau van de investering voldaan wordt aan lokale fiscale wet- en regelgeving. 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 het geval blijkens de gegevens van de OECD. De Kaaimaneilanden participeren onverkort aan programma’s als FATCA en CRS en wisselen actief informatie uit met onder andere Nederland en nog ruim 75 andere jurisdicties. Andere typische jurisdicties voor investeringsfondsen zijn bijvoorbeeld Ierland en Luxemburg. Voor deze twee landen geldt in grote lijnen hetzelfde als bij het gegeven voorbeeld van de Kaaimaneilanden.

18. Hoofdstuk 4, pagina 17

Artikel 9 van het Besluit toezicht trustkantoren belegt de verantwoordelijkheid van de integere bedrijfsvoering expliciet bij het bestuur. Dat het bestuur de IRA als zijn verantwoordelijkheid beschouwt kan dan ook geen Good Practice zijn, dat is de praktische implicatie van voorgenoemd artikel.

19. Good Practice, pagina 18, “Het trustkantoor....limieten tijdelijk aan.”

Kan worden uitgelegd wat hiermee precies wordt bedoeld en waarom dit een Good Practice is? Dit komt nu enigszins uit de lucht vallen. Vooral de link met de andere Good Practice op deze pagina. Waarom moeten limieten tijdelijk worden aangescherpt tijdens de Panama Papers als een kantoor daar totaal niet bij betrokken is? Kan DNB hier meer tekst en uitleg aangeven wat betreft de ratio van deze maatregelen?

20. Hoofdstuk 4, pagina 18 en 19

De opmerkingen van DNB op deze pagina's zijn goed te relateren aan belastingontduiking, maar de toepasbaarheid ten aanzien van belastingontwijking is niet vanzelfsprekend. Figuur 4 lijkt op elementen voorbij te gaan aan de praktische implicaties van de Wtt18. Vanwege het onderzoek naar de strekking van de structuur en het feit dat trustkantoren in de regel cliënten verkrijgen via de belastingadviespraktijk is er normaal gesproken altijd een fiscaal advies voorhanden. HQ pleit voor het hanteren van het begrip fiscaal advies in plaats van fiscale opinie. Een fiscale opinie dient over het algemeen een ander doel dan waaraan hier gerefereerd wordt. Figuur 4 is relevant voor ontduiking, maar feitelijk niet ten aanzien van ontwijking.

21. Hoofdstuk 4.1, pagina 20,

Het is niet altijd duidelijk hoe DNB de wisselwerking tussen de IRA en SIRA ziet. De laatste drie alinea's geven een duidelijk beeld dat wij vanuit de praktijk kennen en ook uit eerdere DNB-communicatie herkennen. Maar hoe dan in dit licht de tweede alinea te lezen?

22. Hoofdstuk 5, pagina 21, " De integrity risk.....te verminderen."

Geeft de IRA niet aan wat het trustkantoor bereid is te accepteren, maar volgt daarbij, ten aanzien van individuele cliënten die binnen de risk appetite passen, niet uit de SIRA of er maatregelen genomen moeten worden om risico's te verminderen?

23. Hoofdstuk 5.1, pagina 22, stap 1 en 2

Trustkantoren moeten bekend zijn met de strekking van de structuur en het doel van hun dienstverlening. Je zou kunnen zeggen dat het doel van de dienstverlening betrekking heeft op de cliënt/doelvennootschap en welke rol deze speelt binnen een internationale keten van rechtspersonen en vennootschappen. De strekking van de structuur beschrijft de effecten van die gehele keten. In de praktijk zijn fiscale adviezen in de regel beperkt tot de rol van de doelvennootschap binnen het voor die vennootschap relevante deel van de structuur of transactie. Structuren bestaan soms al tientallen jaren en zijn veelal het gevolg van fusies en overnames, internationale expansies of andere, niet fiscaal relevante overwegingen. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de cliënt beschikt over actuele fiscale opinies die de gehele structuur bestrijken. Wel dient het trustkantoor bekend te zijn met de strekking van de structuur. Het is logisch dat een trustkantoor daarover de cliënt bevraagt en bekend is met de historische ontwikkeling. Wij lezen de wet niet alsof het verkrijgen van fiscale adviezen over de gehele structuur een verplichting is en hebben de indruk dat deze Good Practice in de praktijk genuanceerder is dan hier weergegeven.

24. Hoofdstuk 5.1.2, pagina 26, Good Practice: Voorbeeld onacceptabele risico's

Bij dit voorbeeld lijkt er geen sprake te zijn van een bruikbaar fiscaal integriteitsrisico. De door de cliënt opgegeven activiteiten blijken niet te verifiëren. Dat is reeds voldoende voor een redelijk vermoeden van witwassen. De specifieke fiscale component ontbreekt in dit voorbeeld. Ook de begeleidende tekst past niet goed bij het voorbeeld.

25. Hoofdstuk 5.1.3, pagina 27, Good Practice: Transactieprofiel

Een transactieprofiel is per 1 januari 2019 verplicht op grond van artikel 27, tweede lid, onderdeel b. Dit kan dan ook niet als een Good Practice gelden.

26. Hoofdstuk 5.1.3., pagina 27, Good Practice: Inzicht in relevante...

Wij gaan er hierop grond van de tekst vanuit dat de cliënt een doelvennootschap¹ is. Dan geldt de verplichting van artikel 27, tweede lid, onderdeel j. Ook hier is dan geen sprake van een Good Practice, maar slechts van een juiste toepassing van de wet.

27. Hoofdstuk 5.1.3, pagina 28, Good Practice: scherp op

Ook hier kan onmogelijk sprake zijn van een Good Practice. Zie commentaar onder 26.

28. Hoofdstuk 5.1.3, pagina 28, Good Practice: Intragroep transacties en externe financiering

Ook hier rijst de vraag of er sprake kan zijn van een Good Practice of dat hier simpelweg de wet wordt gevolgd. Ook lijkt deze specifieke Good Practice niet zo goed te matchen met het onderwerp van het consultatiedocument. In dergelijke situaties kan inderdaad sprake zijn van belastingontwijking of –ontduiking, maar de omschrijving die DNB hier geeft verwijst voornamelijk naar het risico op witwassen en niet het fiscale risico.

¹ Dit zou alleen niet het geval zijn als het gaat om het inzetten van een eigen vennootschap van het trustkantoor, het optreden als trustee of de bemiddeling bij de aan- en verkoop van rechtspersonen. Daar is blijkens de casus geen sprake van.