

Regulering van de Nederlandse trustsector

Strafrechtelijke handhaving van financiële
toezichtwetgeving betreffende trustkantoren

M.T. van der Wulp

 kerckebosch
UITBEVEELIJD STUDIECENTRUM



Samenvatting

Regulering van de Nederlandse trustsector

Strafrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving betreffende trustkantoren

Regulation of the Dutch trust industry

Criminal law enforcement of financial supervision legislation on trust offices

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op donderdag 27 september 2012 om

13:30 uur

door

Melis Tijl van der Wulp

geboren te Haarlem



Promotiecommissie

Promotor:

Prof.mr. H. de Doelder

Overige leden:

Prof.mr. F.W. Bleichrodt

Prof.mr.dr. H.G. van de Bunt

Prof.mr. A.R. Hartmann

ISBN 978-90-6720-538-2

© 2012, M.T. van der Wulp, Den Haag / Uitgeverij Kerckebosch bv, Zeist

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opname of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 juncto het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Publicatie- en Reproductierechten Organisatie (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

SAMENVATTING

Hoofdstuk 1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is de (directe) *aanleiding* tot het onderzoek behandeld. Op 1 maart 2004 is de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) in werking getreden. Sinds de inwerkingtreding van deze wet is het ‘vanuit een vestiging in Nederland’ werkzaam zijn als trustkantoor een vergunningplichtige activiteit en staat het trustkantoor (nadat de vergunning is verleend) onder toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB), die in deze wet als toezichthouder is aangewezen. Met de inwerkingtreding van de Wtt heeft een belangrijk deel van de (op dat moment reeds bestaande) gedragsregels binnen de trustsector een wettelijke basis verkregen.

Trustkantoren zijn op grond van de Wtt verplicht zich te vergewissen van de identiteit en de intenties van hun cliënten. Dit betekent dat het trustkantoor zijn cliënt moet kennen en onderzoek moet doen naar de herkomst van het vermogen, evenals de herkomst en de bestemming van de (door het trustkantoor beheerde) rechtspersoon of vennootschap van de cliënt, het doel van (de relevante delen van) de concernstructuur waar de beheerde entiteit deel van uitmaakt en ten slotte onderzoek naar wie de ‘uiteindelijk belanghebbende’ is – ofwel: de ‘ultimate beneficial owner’, de ‘ubo’. Deze actieve en onderzoekende rol die trustkantoren in de Wtt is toebedeeld wordt aangeduid als de rol van ‘poortwachter’. Het geheel van de (wettelijke) verplichtingen wordt de ‘poortwachterfunctie’ genoemd: trustkantoren dienen iedere nieuwe cliënt nauwkeurig te onderzoeken, alvorens zij de cliënt toegang verlenen tot de Nederlandse financiële markten. Ook nadat toegang is verleend, wordt van het trustkantoor verwacht dat het de cliënt doorlopend zal monitoren. Hiermee is gekozen voor ‘toezicht op het niveau van de dienstverlener’ (volledigheidshalve: *niet* op het niveau van de door het trustkantoor beheerde doelvennootschap). Het toezicht van DNB is hierbij gericht op het trustkantoor en niet op de door het trustkantoor beheerde doelvennootschap.

Op basis van de Wtt staan DNB ingrijpende bevoegdheden ter beschikking. Naast genoemde vergunningplicht, waarbij DNB over bevoegdheden beschikt om antecedentenonderzoek naar bestuurders van trustkantoren te verrichten en hen (thans) op betrouwbaarheid te toetsen, kan DNB regels stellen met het oog op een integere bedrijfsvoering, zoals is geschied in de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (Rib Wtt). Voorts heeft DNB een vergaande inlichtingenbevoegdheid, waarbij onder andere aan het trustkantoor inlichtingen kunnen worden gevraagd, dat vervolgens op basis van een inlichtingenplicht gehouden is binnen een door DNB vast te stellen redelijke termijn deze inlichtingen te verstrekken. Deze inlichtingenbevoegdheid geldt ook ten aanzien van de cliëntacceptatiedossiers en kan bovendien steekproefsgewijs worden genomen in (geanonimiseerde) cliëntdossiers van de door het trustkantoor beheerde rechtspersonen of vennootschappen.

Het primaat van bestuursrechtelijke handhaving van de Wtt

Naast bovengenoemde bevoegdheden kan DNB handhavend optreden: de Wtt kent het voor toezichtwetgeving gebruikelijke bestuursrechtelijke handhavingsarsenaal, te weten de dwangsom en de bestuurlijke boete, alsook de aanwijzingsbevoegdheid en het ter openbare kennis brengen van bepaalde feiten (‘naming and shaming’). Op basis van artikel 1 onder 2 van de Wet op de Economische Delicten (hierna: WED) wordt ter zake van de overtreding van dezelfde voorschriften als genoemd in artikel 20 en 21 Wtt, op basis waarvan een dwangsom respectievelijk een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, de mogelijkheid geboden om de Wtt *strafrechtelijk* te handhaven. Uitgaande van de (gepubliceerde) jurisprudentie kan worden geconstateerd dat van deze mogelijkheid niet (of nauwelijks) gebruik wordt gemaakt.

Eerste probleemstelling

In verband met laatstgenoemde constatering is van belang dat de Wtt – die tot doelstelling heeft door middel van regulering van de trustsector ‘de integriteit van het financiële stelsel te bevorderen’ – (met haar doelstelling) een bijdrage beoogt te leveren aan het tegengaan van witwassen van misdadagelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude). Er is thans echter zonder meer een gebrek aan kennis over de wijze waarop (evenals overigens de mate waarin) Nederlandse trustkantoren en de

door hen beheerde doelvennootschappen daadwerkelijk voor bovengenoemde activiteiten worden misbruikt. Een beargumenteerde keuze tussen beide handhavingssystemen kan mijns inziens slechts zinvol tot stand komen op basis van inzicht in het misbruik dat met de Wtt wordt beoogd tegen te gaan. De eerste probleemstelling van het onderzoek luidt derhalve: ‘Op welke wijze speelt het misbruik van Nederlandse trustkantoren zich in de praktijk af?’

Tweede probleemstelling

Ten tijde van de totstandkoming van de Wtt ontbrak het aan Europese regels op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. Bij de vormgeving van de Wtt is volgens de MvT van deze wet ‘rekening gehouden’ met ‘de stand van zaken van de discussie in de OESO en de FATF’ over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven. In dit verband wordt in de MvT aangekondigd dat zowel gedurende het wetgevingstraject als daarna de internationale ontwikkelingen op dit terrein zullen worden gevolgd. De tweede probleemstelling behelst de vraag in hoeverre de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren thans voldoet aan de internationale standaarden, nu deze zich in het afgelopen decennium steeds verder hebben ontwikkeld. Bovendien moet worden opgemerkt dat de ontwikkeling van deze standaarden in de literatuur thans slechts ten dele is beschreven. De tweede probleemstelling in dit onderzoek luidt derhalve: ‘In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd?’

Derde probleemstelling

Hierboven is aangestipt dat de handhaving van de Wtt zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk kan geschieden. Deze situatie in de wetgeving, waarbij er voor is gekozen om het sanctioneren van een gedraging zowel door middel van een bestuurlijke sanctie (met name de bestuurlijke boete), als door middel van een strafrechtelijke sanctie mogelijk te maken, wordt in de literatuur en de kamerstukken aangeduid als ‘dubbele handhaving’, ook wel ‘duale handhaving’ genoemd. Als gezegd is evenzeer sprake van duale handhaving bij de Wwft en de Sanctiewet 1977. Deze wetten zijn op zichzelf, maar ook op basis van normstellingen in (artikel 10 van) de Wtt die in de Rib Wtt zijn uitgewerkt, op trustkantoren van toepassing. Met andere woorden: de verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 kunnen middels de Wtt worden gehandhaafd. Het uitgangspunt bij de handhaving van beide laatstgenoemde wetten verschilt echter van die bij de handhaving van de Wtt. Bij de handhaving van de Wwft is niet het bestuursrecht, maar juist het strafrecht het uitgangspunt. Ook bij de handhaving van de Sanctiewet 1977 is strafrechtelijke handhaving van oudsher het uitgangspunt. Hierin is verandering gebracht sinds de wetswijziging van 7 juni 2002, met het oog op de internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen. Sinds deze wetswijziging hebben de normadressaten van de Sanctiewet 1977 evenzeer rekening te houden met de gevolgen van het bestuurlijke toezicht op de naleving van deze wet. De nadruk wordt hierbij gelegd op het bestuursrecht. Indien de verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 middels de Wtt worden gehandhaafd, is bestuursrechtelijke handhaving als gezegd het uitgangspunt. Als gezegd lijkt van strafrechtelijke handhaving van de Wtt tot op heden geen sprake te zijn. Het belang van inzicht in de wijze waarop hierbij de keuze voor een sanctiestelsel tot stand komt, laat zich hierdoor te meer gevoelen. De derde probleemstelling luidt dan ook: ‘Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand?’

Hoofdstuk 2 De Nederlandse trustsector

In het tweede hoofdstuk wordt de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening uitgediept. Deze verdiepingsslag strekt ter inleiding op de behandeling van de eerste probleemstelling (in hoofdstuk 3), waarbij het misbruik van de dienstverlening van (Nederlandse) trustkantoren centraal staat. Voor een goed begrip is aangevangen met een behandeling van de geschiedenis en het ontstaan van de Nederlandse trustsector. Het gaat hierbij om een onderwerp waarover in de Nederlandse literatuur weinig is geschreven en waarover bovendien verschillend wordt gedacht. In oude dissertaties over de rechtsfiguur van de (Anglo-Amerikaanse) ‘trust’ in verhouding tot het Nederlandse recht wordt (onder andere) het instituut van de trustee bij obligatieleningen behandeld, waarbij (in één van deze dissertaties, te weten die van Booy) enkele alinea’s zijn gewijd aan de dienstverlening van trustkantoren, die omstreeks 1890 in Nederland een aanvang zou hebben genomen. De andere

(leidende) visie op het ontstaan van de Nederlandse trustsector beziet het ontstaansmoment vanuit het perspectief van de (huidige) dienstverlening. Het gaat derhalve niet om de vraag vanaf welk moment er activiteiten in Nederland onder de noemer van ‘trustkantoor’ hebben plaatsgevonden, maar om de vraag vanaf welk moment deze trustkantoren diensten zijn gaan verrichten die (thans) tot de dienstverlening van de ‘moderne’ Nederlandse trustsector worden gerekend. Volgens de Stichting Economisch Onderzoek (SEO) en het Ministerie van Financiën is de ontwikkeling van de trustsector in Nederland in de vroege jaren tachtig van de vorige eeuw begonnen door haar betrekkingen met de (voormalige) Nederlandse Antillen en met het eiland Curaçao in het bijzonder. Lugard heeft er in dit verband op gewezen dat de geboorte van de trustbranche zoals wij die nu kennen al voor de Tweede Wereldoorlog op Curaçao heeft plaatsgevonden: de oorlogsdreiging deed verschillende statutair in Nederland gevestigde internationale bedrijven besluiten hun zetel naar de Nederlandse Antillen te verplaatsen. Sinds de Tweede Wereldoorlog voerde de Nederlands Antilliaanse overheid officieel beleid om een gunstig belastingklimaat te creëren voor het oprichten en vestigen van ondernemingen.

Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

De opkomst en het succes van de Nederlandse trustsector wordt eveneens verklaard vanuit het (Nederlandse) gunstige vestigingsklimaat. De aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland is voor het belangrijkste deel gelegen in het concurrerende *fiscale* vestigingsklimaat. De bekendste factoren die hieraan hebben bijgedragen, zijn het omvangrijke Nederlandse belastingverdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de rullingpraktijk en het ontbreken van bronbelasting op rente en royalty’s. In de literatuur wordt dit ‘internationaal concurrerende vestigingsklimaat’ van Nederland als de basis van de Nederlandse trustsector gezien. In dit vestigingsklimaat heeft zich sinds de vroege jaren tachtig een omvangrijke en professionele trustsector kunnen ontwikkelen. Om van dit vestigingsklimaat gebruik te kunnen maken, worden in veel internationale structuren één of meer Nederlandse rechtspersonen of vennootschappen tussengevoegd. Trustkantoren zijn betrokken bij het opzetten en onderhouden van deze structuren en het voeren van beheer over de Nederlandse vestigingen binnen deze internationale concernstructuur. Laatstgenoemde dienstverlening is bovendien relevant om ervoor te zorgen dat aan de vereisten van een ‘reële aanwezigheid’ – oftewel: ‘substance’ – wordt voldaan. In het kwalitatief empirisch onderzoek gepubliceerd in het EITC-rapport (2009) is naar voren gekomen dat de bij Nederlandse trustkantoren gevestigde houdstervennootschappen, royaltyvennootschappen en financieringsmaatschappijen aan hieronder te noemen vereisten van ‘substance’ dienen te voldoen (het gaat hier om vennootschappen in de meest voorkomende fiscale structuren, te weten: de houdsterstructuur, de royalty structuur en de financieringsstructuur). Bij de benodigde ‘substance’ gaat het om de volgende vereisten, die in de bijlage van het Besluit van 11 augustus 2004 (nr. IFZ2004/126M) zijn opgenomen, te weten: 1. Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in Nederland; 2. De in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. Tot de taken van het (gezamenlijke) bestuur behoren minimaal de besluitvorming - op basis van de eigen verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en binnen het kader van normale concernbemoeyenis - over door de rechtspersoon te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties. De rechtspersoon beschikt over gekwalificeerd personeel (eigen dan wel van derden) ter adequate uitvoering en registratie van de door de rechtspersoon af te sluiten transacties; 3. De (belangrijke) bestuursbesluiten dienen in Nederland te worden genomen; 4. De (hoofd)bankrekening van de rechtspersoon wordt in Nederland aangehouden; 5. De boekhouding wordt in Nederland gevoerd; 6. De rechtspersoon heeft – in elk geval tot het toetsmoment – op correcte wijze aan al zijn aangifteverplichtingen voldaan. Dit kan gaan om vennootschapsbelasting (Vpb), loonbelasting (LB), omzetbelasting (OB), etc.; 7. Het vestigingsadres van de rechtspersoon is in Nederland. De rechtspersoon wordt, naar beste weten van de vennootschap, niet (tevens) in een ander land als fiscaal inwoner beschouwd; 8. De rechtspersoon heeft minimaal een bij de door de rechtspersoon verrichte functies (waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte activa en de gelopen risico's) passend eigen vermogen. De door DNB omschreven ‘basisdienstverlening’ van trustkantoren (te weten ‘het beheer van vennootschappen die om verschillende redenen (waaronder fiscale) in Nederland zijn gevestigd, in opdracht van buitenlandse aandeelhouders van deze vennootschappen’) evenals de door SEO aangewezen ‘basis trustdiensten’ (te weten:

domicilieverlening, managementdiensten en administratieve diensten), zijn mijns inziens dan ook in essentie gericht op het uitvoeren van (bovengenoemde) vereisten waaraan moet zijn voldaan voor een ‘reële aanwezigheid’ (‘substance’) van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij (‘doelvennootschap’). Deze visie is overgenomen in het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* van het Ministerie van Financiën. Hiermee is overigens niet gezegd dat de dienstverlening van trustkantoren in de praktijk niet meer zou kunnen omvatten dan het ervoor zorgen dat door de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij aan de vereisten van ‘substance’ wordt voldaan. In dit verband moet worden gewezen op het omvangrijke aanbod van diensten, waarbij veelal een hoge mate van specialisatie is vereist.

Een randverschijnsel: trustkantoren die het toezicht ontwijken

Naast de hierboven behandelde gereguleerde Nederlandse trustsector is bij onderzoek van DNB en door mij verricht onderzoek (gepubliceerd door het EITC) een groep trustkantoren in beeld gekomen die bewust het toezicht van DNB ontwijkt. Het gaat hierbij om een klein gedeelte van de door DNB ontdekte ‘illegale trustkantoren’ en (een nog onbekend aantal) ‘virtuele trustkantoren’, die als gezegd in het EITC-rapport voor het eerst zijn beschreven. Begin 2007 is uit onderzoek van DNB en signalen uit de markt gebleken dat er vanuit Nederland trustkantoren actief waren die niet over de vereiste vergunning beschikten en dus als ‘illegaal trustkantoor’ werden aangemerkt. DNB ontdekte dat advocaten, accountants en belastingadviseurs in sommige gevallen naast de eigenlijke werkzaamheden ook trustdiensten verrichten, waarbij het voornamelijk gaat om ‘het optreden als bestuurder’ en ‘het verlenen van domicilie’. Het merendeel van deze ‘illegale trustkantoren’ heeft te kennen gegeven zich niet bewust te zijn geweest dat zij met hun bijkomende dienstverlening in overtreding waren en is ‘welwillend’ ten aanzien van DNB. Een klein gedeelte van deze groep ‘illegale trustkantoren’ verleent geen of weinig medewerking en probeert relevante informatie voor DNB achter te houden. Dit ‘toezicht-ontwijkende gedrag’ is eveneens waar te nemen bij de ‘virtuele trustkantoren’. De dienstverlening van laatstgenoemde trustkantoren bevindt zich in een schemergebied. Net als ‘illegale trustkantoren’ die het toezicht ontwijken, verrichten ‘virtuele trustkantoren’ zonder vergunning van DNB trustdiensten aan Nederlandse cliënten. Het verschil is echter gelegen in de wijze waarop de dienstverlening wordt aangeboden. ‘Virtuele trustkantoren’ doen het naar buiten toe voorkomen of zij slechts vanuit een buitenlandse vestiging werkzaam zijn en dus niet vanuit een vestiging in Nederland hun diensten verlenen. Hiermee wordt ingespeeld op het ‘vestigingsvereiste’ van de Wtt: zolang geen sprake is van een ‘vestiging’ van het kantoor in Nederland, valt het trustkantoor niet onder de vergunningplicht (artikel 2 lid 1 Wtt) en kan het trustkantoor derhalve het toezicht ontwijken.

Hoofdstuk 3 Misbruik van trustkantoren

In het tweede hoofdstuk is de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening behandeld. Tevens is ingegaan op het randverschijnsel van de trustkantoren die buiten het kader van de gereguleerde trustsector opereren, te weten de ‘illegale trustkantoren’ en ‘virtuele trustkantoren’. Aansluitend wordt in hoofdstuk 3 de eerste probleemstelling behandeld, te weten: ‘Op welke wijze kan misbruik worden gemaakt van (de dienstverlening van) trustkantoren?’ Volgens de *Nota Integriteit Financiële Sector en Terrorismebestrijding* moet onder misbruik van trustkantoren worden verstaan: het witwassen van gelden, de financiering van terrorisme en fiscale fraude. In de MvT van de Wtt wordt in dit verband gewezen op (het tegengaan van) het witwassen van misdadagelden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen.

Misbruik van trustkantoren: stand van de internationale kennis op dit terrein

Het afgelopen decennium is de kennis van ‘misuse of trust and company service providers’ op internationaal niveau aanzienlijk toegenomen. Aan de hand van de FATF-rapporten *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (FATF, 2006) en *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (FATF, 2010) en het recenter verschenen rapport *The Puppet Masters* (StAR, 2011) wordt de stand van de internationale kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren beschreven aan de hand van misbruiktypologieën, alsook enkele ‘red flags’ en indicatoren van misbruik. De rapporten laten een duidelijke ontwikkeling van de kennis van misbruik zien. De vier typologieën die in het eerste rapport zijn beschreven, zijn in het tweede rapport

uitgebreid tot zeven typologieën, die in dit rapport nader zijn uitgewerkt en tevens onderverdeeld in drie subcategorieën. Uit het derde rapport spreekt bovendien de gevoelde behoefte om de ratio achter de complexe structuren te kunnen doorgronden.

Misbruik van Nederlandse trustkantoren: behandeling aan de hand van incidentele gevallen

De stand van de kennis van misbruik van Nederlandse trustkantoren loopt achter op die van de internationale kennis op dit terrein. In de weinige (Nederlandse) literatuur waarin aandacht wordt besteed aan misbruik van Nederlandse trustkantoren, wordt geconstateerd dat er geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of trustkantoren actief betrokken zijn bij genoemde activiteiten (witwassen, terrorismefinanciering en fiscale fraude), zodat de behandeling van dit onderwerp slechts kan plaatsvinden aan de hand van incidentele gevallen. In dit kader zijn de volgende cases behandeld: het boekhoudschandaal van Enron en die bij Parmalat, de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V., de strafrechtelijke vervolging van medewerkers van trustkantoor First Alliance Trust (hierna ook: FAT) en de vervolging van Jan Dirk Paarlberg. Bij deze strafzaken is steeds gebruik gemaakt van de dienstverlening van trustkantoren. Vooropgesteld moet worden dat daarmee nog niets is gezegd over de verwijtbaarheid van de betrokken trustkantoren en dat in geen van de genoemde gevallen sprake is geweest van veroordeling van het betrokken trustkantoor.

Hoofdstuk 4 Ontwikkeling van internationale standaarden van 'regulation and supervision of TCPS'

In hoofdstuk 4 is de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld. Met dit hoofdstuk is beoogd te komen tot de beantwoording van de tweede probleemstelling: *'In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd?'* Hiertoe zijn eerst de belangrijkste internationale initiatieven en documenten behandeld, die de aanzet hebben gegeven tot de ontwikkeling van internationale standaarden op dit terrein. Voorts zijn de belangrijkste internationale instrumenten besproken, die thans op de ontwikkeling van deze standaarden van invloed zijn. Het doel van het hoofdstuk is derhalve tweeledig: in de eerste plaats is het doel kernpunten aan te wijzen, die van invloed zijn geweest op de totstandkoming en de vormgeving van regulering en trusttoezicht in Nederland, dat (voor het belangrijkste deel) in de Wtt zijn basis heeft verkregen. In de tweede plaats is het doel kernpunten te identificeren, die *sinds* de introductie van het trusttoezicht in Nederland bepalend zijn geweest voor de internationale benadering van trustkantoren en de risico's die met hun dienstverlening samenhangen en van invloed zijn op de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren.

Een onderbelicht onderwerp in de Nederlandse literatuur

De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren blijkt in de Nederlandse literatuur thans zeer ten dele te zijn beschreven. Veelal wordt slechts gewezen op publicaties van de OESO en de FATF, die eveneens in de MvT van de Wtt zijn genoemd, te weten *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OESO, 2001) en *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* (FATF, 2002). Zij zijn direct van invloed geweest op de vormgeving van deze wet, met name voor wat betreft de positionering van het trusttoezicht in het overheidsbeleid, de door de FATF in beeld gebrachte diensten voor het onder toezicht plaatsen daarvan en de toezichtmodellen die door de OESO worden genoemd om een gebruiker van de structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit te kunnen halen. Frielink heeft daarnaast nog gewezen op het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*, op basis waarvan het (toenmalige) Financial Stability Forum (het FSF, thans het Financial Stability Board, FSB) aan de OESO heeft verzocht om met aanbevelingen op dit terrein te komen. Van Gorkum en De Carpentier noemen als belangrijkste publicatie in dit verband tevens de *Statement of Best Practice*, die is opgesteld door de Trust and Company Service Providers Working Group van de Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS), waarmee werd bedoeld te voorzien in het hiaat dat in een aantal landen bestond in de regulering en het toezicht betreffende trustkantoren. Het overzicht in de wijze waarop deze internationale standaarden van regulering en toezicht tot ontwikkeling zijn gekomen – evenals hoe bovengenoemde internationale documenten zich ten opzichte van elkaar verhouden – lijkt echter te ontbreken.

Beginpunt: het OFC program van het IMF en de rapporten van UK Home Office en KPMG

Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de ontwikkelingsgeschiedenis in de literatuur thans wordt opgepakt bij het bovengenoemde *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* van de gelijknamige werkgroep (van het toenmalige FSF), dat de aanzet heeft gegeven tot de totstandkoming van genoemde rapporten van de OESO en de FATF. Een moeilijkheid bij het duiden van de kernpunten in de ontwikkelingsgeschiedenis is het bepalen van een ‘beginpunt’, oftewel een ‘ijkpunt’, vanaf welk moment op internationaal niveau is aangevangen met het specifiek naar de trustkantoren kijken bij de vormgeving van standaarden van regulering en toezicht. In het onderzoek is naar voren gekomen dat uit de eerste *IMF Staff Assessments*, die in het kader van het *OFC Assessment Program* van het IMF tot stand zijn gekomen, kan worden opgemaakt dat in het kort voor deze rapporten verschenen ‘Edwards Report’ uit 1998, evenals in de KPMG-rapporten uit 2000, volgens het IMF voor het eerst ‘general principles’ zijn vastgelegd, die door hem zijn aangewezen ‘as guides to what can be considered as good practices in these areas.’ In het ‘Edwards Report’ van UK Home Office en in de KPMG rapporten zijn de essentialia van regulering en toezicht betreffende trustkantoren vastgelegd (in uitgangspunten voor overkoepelende wetgeving, in combinatie met specifieke gedragscodes). Het gaat hier om essentialia van trusttoezicht als: het instellen van een toezichthouder, een algehele vergunningplicht voor trustdienstverlening, evenals de bevoegdheden die de toezichthouder hiertoe dienen toe te komen. Ook de keuze voor toezicht op het niveau van de dienstverlener, de ‘trust and company service provider’ (in plaats van toezicht op de door het trustkantoor beheerde trust of company), vindt haar oorsprong in genoemde rapporten van UK Home Office en KPMG. Doordat het IMF deze heeft onderschreven, hebben deze essentialia internationaal draagvlak verkregen.

Ontwikkeling van internationale standaarden sinds de inwerkingtreding van de Wtt

In hoofdstuk 4 is, naast bovengenoemde internationale instrumenten die in Nederland tot de introductie van het trusttoezicht hebben geleid, ook de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht behandeld, zoals deze na de inwerkingtreding van de Wtt heeft plaatsgevonden. De belangrijkste instrumenten zijn achtereenvolgens: de (herziene) *FATF 40 Recommendations*, de *FATF IX Special Recommendations*, het rapport *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In Respect of Trust and Company Service Providers* (OGBS), de Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering (2005), de *Risk Based Approach Guidance for Trust and Companies Service Providers* (FATF, 2007) en het recent gepubliceerde *Mutual Evaluation Report – Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands* (FATF, 2011), dat thans het sluitstuk vormt van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. In laatstgenoemd evaluatierapport heeft zij ten slotte twee kernpunten van kritiek geformuleerd, met betrekking tot ‘Customer Due Diligence’ en ‘Suspicious Transaction Reporting’. De kritiek van de FATF ten aanzien van beide onderwerpen is terug te voeren op de eisen die hieraan in de *FATF 40 Recommendations* en de ‘derde witwasrichtlijn’ worden gesteld. Het rapport vormt met de bekrachtiging van deze internationale standaarden het sluitstuk van de in dit hoofdstuk beschreven internationale ontwikkeling.

Hoofdstuk 5 Regulering en toezicht

In hoofdstuk 5 is de Nederlandse (financiële) wet- en regelgeving op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld. In de eerste plaats gaat het hierbij om de Wtt en de op deze wet gebaseerde Regeling integrale bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt), waarin de normstellingen in de Wtt met betrekking tot de integrale bedrijfsvoering van trustkantoren zijn uitgewerkt. Daarnaast zijn de verplichtingen behandeld die op grond van andere wetten op trustkantoren van toepassing zijn, te weten de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering en de Sanctiewet 1977. Beide laatstgenoemde wetten zijn bovendien – naast de zojuist genoemde koppeling via de Wtt en de Rib Wtt – ook rechtstreeks op trustkantoren van toepassing. De in deze financiële wetgeving vastgelegde normstellingen zijn in hoofdstuk 5 uitgewerkt. Deze ‘integriteitswetgeving’ vormt het geheel aan wet- en regelgeving waaraan trustkantoren dienen te voldoen en waarop het toezicht van DNB is gericht. In het hoofdstuk wordt de huidige stand van de bevoegdheden beschreven die DNB ter beschikking staan in de uitoefening van het toezicht op trustkantoren. Daar tegenover worden de verplichtingen van trustkantoren op basis van de op hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving beschreven.

Hoofdstuk 6 Duale handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van trustkantoren

In hoofdstuk 6 wordt de ‘duale handhaving’ van de financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector behandeld. Meer specifiek wordt in dit hoofdstuk de vraag behandeld met betrekking tot de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wet- en regelgeving die geldt ten aanzien van trustkantoren. Hiermee wordt beoogd te komen tot de beantwoording van de derde probleemstelling, welke luidt: ‘Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand?’ De discussie met betrekking tot de (recente) ontwikkelingen die relevant zijn voor de handhaving van financieel recht en de vraag betreffende de keuze voor een sanctiestelsel hierbij is voornamelijk gevoerd vanuit het perspectief van de Wft, die in het financieel recht een centrale plaats inneemt. In hoofdstuk 6 wordt de Wtt als uitgangspunt genomen. Behandeld is wat de ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht hebben betekend voor de keuze voor een sanctiestelsel voor overtreding van de Wtt. De eerste relevante ontwikkeling in dit kader is de op 1 januari 2000 in werking getreden Wet tot Invoering van de Last onder Dwangsom en de Bestuurlijke boete (de Wet IDBB). Voordat deze wet in werking was getreden, waren de mogelijkheden voor financiële toezichthouders om handhavend op te treden beperkt tot het geven van een aanwijzing, het opleggen van beperkingen en het verbinden van voorschriften aan een vergunning, die in bepaalde (zeer ernstige gevallen) kon worden ingetrokken. Door deze beperkte mogelijkheden was strafrechtelijke handhaving destijds de enige reële mogelijkheid om sanctionerend op te treden. Door de inwerkingtreding van de Wet IDBB is de mogelijkheid geïntroduceerd tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, als additioneel middel bij de handhaving van regels uit de financiële wetgeving. Aan het strafrecht werd hierbij nog slechts een ‘aanvullende en ondersteunende’ functie toebedeeld – als *ultimum remedium*. Volgens de evaluatie van deze wet dient ook na de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete de strafrechtelijke weg open te staan voor die gevallen waarin ‘de rechtsorde in ernstige mate wordt geschokt’ en ‘waarbij het genoten voordeel bij de overtreding zal worden teruggehaald.’ In het evaluatierapport is door de minister toegezegd ter verbetering van het sanctiestelsel een drietal onderwerpen te verdiepen, te weten: de hoogte van de boetebedragen, verhoging van de boete voor veelplegers en individuele boetes voor bestuurders. Deze toezeggingen resulteerden in de *Nota Boetestelsel in financiële wetgeving* (de ‘Boetenota’), waarin een integrale wijziging in de financiële wetgeving wordt gepresenteerd. De inhoud van de Boetenota is vertaald in de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (de ‘Boetewet’). Op basis van bovengenoemde drie onderwerpen is in de Boetenota een aantal uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot bestuurlijke beboeting in de financiële sector (die in hoofdstuk 6 zijn beschreven). Uit drie opties voor het omgaan met de systematiek van boetes in de financiële wetgeving wordt gekozen voor de optie welke luidt ‘Overgaan op een combinatie van een vaste boetesystematiek met een flexibel stelsel.’ De gedachte is dat de kwaliteit van handhaving wordt verbeterd, doordat bij ‘zwaardere’ overtredingen rekening kan worden gehouden met ‘alle omstandigheden van het geval’, waarbij op basis van het toepasselijke flexibele stelsel rekening houdend met deze omstandigheden een ‘gemotiveerde, gedegen en genuanceerde boete’ kan worden bepaald. Voor de ‘lichtere’ overtredingen biedt het toepasselijke vaste stelsel volgens de nota het voordeel van efficiëntie en zekerheid (zowel voor de toezichthouder als voor betrokken partijen). Ten aanzien van het tweede aandachtspunt (de verhoging van de boete voor veelplegers) diende in de wetgeving specifieke bepalingen te worden opgenomen, die een verhoging van de vaste boete opleveren als de overtreder reeds eerder is bestraft voor een soortgelijke overtreding of als de overtreder binnen een bepaalde periode meerdere overtredingen heeft gepleegd. Met de inwerkingtreding van de Boetewet is de Wtt op dit punt aangepast, met name in de recidivebepaling van artikel 22 lid 1 Wtt. Het aandachtspunt van de mogelijkheid van individuele boetes voor bestuurders is opgepakt met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb. Op basis daarvan kunnen bestuurlijke boetes ook worden opgelegd aan hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, zo vloeit voort uit artikel 5:1 Awb. Lid 3 van laatstgenoemd artikel bepaalt dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en dat artikel 51 lid 2 en 3 Sr van toepassing is. Dit betekent dat sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (op 1 juni 2009) de financiële toezichthouders de bevoegdheid hebben verkregen om ook een bestuurlijke boete op te leggen aan individuele personen, die opdracht hebben gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. De wetgever heeft met de Vierde tranche derhalve strafrechtelijke begrippen en

beginselen het bestuursrecht binnengehaald (die in hoofdstuk 6 uitgebreid zijn behandeld). Met het bovenstaande is onmiskenbaar een accentverschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving waarneembaar: in de Boetenota wordt opgemerkt dat met de invoering van de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving is beoogd de bestuurlijke handhaving te verbeteren en een accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. Op de verhouding van bestuursrechtelijke ten opzichte van strafrechtelijke handhaving wordt in de nota nauwelijks ingegaan. Er wordt slechts op gewezen dat de mogelijkheid tot strafrechtelijke afdoening blijft bestaan aangezien overtredingen van financiële wetgeving in ‘sommige gevallen’ (zoals het geval is bij de Wtt) eveneens strafbaar zijn gesteld in de WED. Volgens de nota kan het in gevallen waarbij ‘normen worden overtreden die elementaire belangen betreffen’ en waarbij ‘de rechtsorde ernstig is geschokt’ nodig zijn om ‘een gevangenisstraf op te leggen of andere strafrechtelijke dwangmiddelen te gebruiken.’

Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel

Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel is (pas) aan de orde gesteld in de notitie ‘*De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor*’ en de hierop volgende *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*.

‘De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor’

In eerstgenoemde notitie worden de navolgende ‘globale uitgangspunten’ gehanteerd. *Strafrecht* komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een ‘opsporingsfase’ met bijbehorende dwangmiddelen en de opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geven. *Bestuursrecht* komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking. Aan bovengenoemde globale uitgangspunten is in de notitie invulling gegeven in de vorm van ‘indicatoren’ ofwel ‘aanwijzingen’, waarin deze uitgangspunten zijn uitgewerkt. Deze indicatoren zijn onderverdeeld in de volgende thema’s: de gewenste sancties, de ernst van de overtreding, de behoefte aan bevoegdheden en de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Concluderend en samenvattend is op grond van bovenstaande globale uitgangspunten uit de notitie het volgende beeld ontstaan bij de keuze van een sanctiestelsel. Op grond van het thema van ‘*de gewenste sanctie*’ wijzen achtereenvolgens de wenselijkheid om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf (indicator 5), de wenselijkheid van punitieve sancties (indicator 6), en de omstandigheid dat overtreding van de publiekrechtelijk te handhaven norm feitelijk met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen gepaard gaat (indicator 8) in de richting van strafrechtelijke handhaving. De wenselijkheid van reparatoire sancties (indicator 7) wijst daarentegen naar toepassing van het bestuursrecht. Op grond van het thema ‘*de ernst van de normovertreding*’ wijzen ernstige normovertredingen (indicator 9) en de behoefte aan de mogelijkheid van openbare berechting (indicator 10) naar toepassing van strafrechtelijke handhaving. Op basis van (in indicator 11) genoemde contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale overheden kan voor strafrechtelijke handhaving worden gekozen. Ingeval wordt gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, dient de handhaving te geschieden door een landelijk functionerend orgaan. Het thema ‘*de behoefte aan bevoegdheden*’ leert dat toepassing van het strafrecht geïndiceerd is indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig zijn, met name bij die toepassing van die bevoegdheden waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt (indicator 12). Daarnaast is het strafrecht aangewezen indien sprake is van de contra-indicatie voor het gebruik van een bestuurlijke sanctie die inhoudt dat in de praktijk te verwachten valt dat oplegging van een sanctie alleen geëffectueerd kan worden met een strafrechtelijke sanctie (indicator 13). Indien geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn voor de vaststelling van de feiten én verwacht mag worden dat geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden, zijn dit indicatoren voor toepassing van bestuursrechtelijke handhaving in de zin van een bestuurlijke boete (indicator 14). Tot slot is uit het thema van ‘*de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering*’ te concluderen dat de bij een bestuursorgaan voorhanden zijnde deskundigheid of aanwezige menskracht, indien betrokkenheid van het OM niet nodig is en er overigens geen indicaties voor toepassing van het strafrecht zijn, een indicatie voor de toepassing van bestuursrechtelijke rechtshandhaving opleveren (indicator 15). Voor

het strafrecht zijn drie modaliteiten van toepassing (eveneens indicator 15), die verband houden met de mate van betrokkenheid van het OM bij de (buitengerechtelijke) afdoening en de beleidsruimte van het betrokken bestuursorgaan (indicator 16). Uit bovenstaande samenvatting op basis van de hierboven uitgebreid behandelde globale uitgangspunten voor de keuze van een sanctiestelsel kan mijns inziens worden opgemaakt dat de gebruikte bewoordingen bij de indicatoren betrekkelijk veel ruimte open laten voor interpretatie. Dat begint al bij de eerstgenoemde indicator (indicator 5), op basis waarvan het strafrecht in aanmerking komt indien ‘het wenselijk is’ om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende straf of maatregel. De in de indicator opgenomen uitwerking van de hier bedoelde ‘wenselijkheid’ maakt het niet duidelijker: ‘of een dergelijke strafbedreiging wenselijk is, hangt van vele factoren af, waaronder de maatschappelijke opvattingen over de ernst van de overtreding, de afschrikwekkende werking die van zo’n bedreiging kan uitgaan en dergelijke.’ Met dergelijke open formuleringen zou in een concreet geval voor de toepassing van beide sanctiestelsels wat te zeggen zijn. Dit laat onverlet dat deze indicatoren voor de toepassing in de wetgevingspraktijk nuttig zijn geweest. Gemerkt werd dat deze indicatoren – doordat zij elk afzonderlijk gewogen konden worden – zich leenden voor doelredeneringen, zo stellen Boer en Kok. Reden om met een nieuwe kabinetsnota te komen waarin meer richting werd gegeven.

Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel

In het najaar van 2008 zond de minister van Justitie de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* aan de Tweede Kamer. Tegen de achtergrond van de opkomst van de handhaving door middel van de bestuurlijke boete beoogt de nota nader in te gaan op de omstandigheden waaronder een keuze voor de bestuurlijke boete is aangewezen en op de plaats die de bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving in den brede innemen. In de Kabinetsnota is een gedachtenschema opgenomen, waarin op hoofdlijnen is weergegeven hoe de gedachtegang bij de keuze voor een sanctiestelsel kan lopen. Samenvattend wordt het volgende stappenplan doorlopen. In de eerste plaats speelt de vraag of het om een ‘besloten context’, dan wel een ‘open context’ gaat. Indien niet aan de vereisten van een ‘gesloten context’ wordt voldaan, is sprake van een ‘open context’. Het gedachtenschema introduceert hier de optie van een situatie die zij als ‘gemengd’ aanduidt, waarbij de vraag moet worden beantwoord of feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, in welk geval sprake is van een ‘besloten context’. Heeft de feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen ‘ongericht’ toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een ‘open context’. Het uitgangspunt bij een ‘besloten context’ is *bestuursrechtelijke handhaving*, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats moet worden getoetst aan de professionaliteit in handhaving/sanctionering door het betrokken bestuursorgaan. Als deze onvoldoende wordt bevonden, dient alsnog voor het strafrecht te worden gekozen. In de tweede plaats kan er een dwingende bijzondere reden aanwezig zijn, op basis van de noodzaak van rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met (georganiseerde) misdaad. In dat geval dient alsnog voor een strafrechtelijke sanctie te worden gekozen, die eventueel de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking kan hebben. Uitgangspunt bij de bestuurlijke strafbeschikking is volgens de nota dat het bestuursorgaan (die de strafrechtelijke boete oplegt) volledig verantwoordelijk is voor het niveau, de aard, de kwaliteit en de inzet van toezicht en de oplegging van sancties. Voorts kan de noodzaak van de inzet van zware sancties tot gevolg hebben dat toch voor het strafrecht dient te worden gekozen, tenzij het betrokken bestuursorgaan voldoet aan de eisen van een hoogwaardige/gespecialiseerde handhavingdienst, er geen vrijheidsbenemende sancties nodig zijn en er tot slot geen zware dwangmiddelen aan de orde zijn. Indien laatstgenoemde drie situaties zich niet voordoen, wordt op basis van het gedachtenschema voor de toepassing van bestuursrechtelijke handhaving gekozen. Indien sprake is van een ‘open context’ is *strafrechtelijke handhaving* het uitgangspunt, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan, dan wel indien sprake is van de genoemde uitzonderingen (overtreding van het mededingingsrecht en van overlastbepalingen uit de APV). Indien sprake is van lichte feiten of sancties moet echter nagegaan worden of dwingende redenen van rechtseenheid zich tegen bestuursrechtelijke handhaving verzetten. Zo dit het geval is, dient volgens het Gedachtenschema te worden gekozen voor een strafrechtelijke sanctie, waarbij eveneens de mogelijkheid van een bestuurlijke strafbeschikking open staat. Het Gedachtenschema wijst voor het geval er een ‘dwingende reden tot verzorgen (van) rechtseenheid’ is op een ‘open keuze’ ten aanzien

van de handhaving; beide zijn mogelijk. Indien het geen lichte feiten of sancties betreft, dient voor het strafrecht te worden gekozen.

Aansluiting in de Boetewet bij de Kabinetsnota

In de Boetewet is als gezegd aansluiting gezocht bij de Kabinetsnota en de hierin geformuleerde uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, waarin de effectiviteit van de handhaving centraal staat bij de keuze voor een punitief sanctiestelsel. In de Memorie van Antwoord bij de Boetewet wordt benadrukt dat de uitgangspunten van de Kabinetsnota op het wetsvoorstel zijn toegepast. Handhaving van wetgeving moet voldoen aan de eisen van doeltreffendheid, doelmatigheid en rechtmatigheid, evenals aan hiermee samenhangende eisen van onafhankelijkheid, deskundigheid en rechtsgelijkheid. Daarbij is het hierboven beschreven in de Kabinetsnota gehanteerde onderscheid tussen de ‘besloten context’ en de ‘open context’ leidend.

Aansluiting Kabinetsnota bij de gesloten context ten aanzien van (onder andere) trustkantoren

Onder de doelgroepen bij de Boetewet worden naast trustkantoren ook financiële instellingen, pensioenuitvoerders, accountantsorganisaties en geldtransactiekantoren genoemd. Benadrukt wordt dat slechts enkele normen een rol spelen buiten de ‘besloten context’ (hierbij kan worden gedacht aan tabel 2 van de inmiddels vervallen Bijlage bij de Wtt). Ten aanzien van DNB en de AFM wordt opgemerkt dat zij veel en vaak intensief contact hebben met de onder toezicht gestelde instellingen en organisaties, welk contact aanvangt met de vergunningaanvraag en ook na de verlening van die vergunning nog intensief blijft wanneer de trustkantoren na vergunningverlening onder doorlopend toezicht staan. In de MvA wordt benadrukt dat de regering, gelet op het bestaan van een duidelijke besloten context, van mening is dat in de financiële sector (waarin kennelijk de trustsector wordt meegenomen) een bestuursrechtelijk sanctiestelsel het meest voor de hand ligt. Daarnaast wordt de specialistische deskundigheid van de toezichthouders als redengevend aangemerkt. De regering merkt de financiële toezichtswetgeving aan als een hoog specialistisch rechtsgebied. Met hun specialistische kennis van de relevante wet- en regelgeving zouden de toezichthouders goed geëquipeerd zijn om handhavend op te treden en gebruik te maken van de kennis die aanwezig is binnen hun organisatie, zodat zij op die wijze doeltreffend en doelmatig overtredingen kunnen sanctioneren. Van de bestuurlijke boete wordt verwacht dat zij de andere bestuurlijke handhavinginstrumenten, die de toezichthouder ter beschikking staan, zal versterken. Ook hier wordt aangeknoopt bij de Kabinetsnota indien met het opleggen van een bestuurlijke boete hoge bedragen zijn gemoeid. Volgens de nota is dit alleen verantwoord indien het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit, waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor de rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven zijn verzorgd. Het zal niet verbazen dat DNB (evenals de AFM) aan deze criteria voldoen. Bovendien wordt aangesloten bij de in de nota genoemde grens, waarbij binnen de *gesloten* context het strafrecht toch toepassing moet krijgen: ‘de Kabinetsnota (noemt) als grens dat indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn, strafrecht toepassing moet krijgen. Als de overtreding een zodanige aanzienlijke inbreuk op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving, vormt dit een reden – ook binnen de besloten context – het strafrecht toe te passen.’

De ‘Boetewet’: Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving

De meest recente ontwikkeling die relevant is voor de handhaving van financieel recht is de inwerkingtreding van de Wet wijziging financiële wetgeving (hierna: de ‘Boetewet’) op 1 augustus 2009. De Boetewet richt zich met name op de bestuurlijke boete, waarbij de boeteniveaus fors worden verhoogd en thans hogere boetes kunnen worden opgelegd dan op grond van de WED mogelijk is. De systematiek van de bestuurlijke boete, die op grond van financiële wetgeving kan worden opgelegd, is op een aantal onderdelen ingrijpend gewijzigd, waarmee wordt beoogd de financiële toezichthouders te laten beschikken over een sanctie-instrumentarium dat voldoende afschrikwekkend is voor overtreders én voldoende flexibel is om recht te doen aan de variëteit in overtredingen en overtreders in de financiële sector. De wet strekt tot wijziging en harmonisering van de boetestelsels in enkele financiële toezichtswetten en aanverwante wetten, waaronder de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977. Deze integrale wijziging van de in de financiële wetgeving opgenomen boetestelsels is reeds aangekondigd in de hierboven besproken ‘Boetenota’, waarin de drie toezeggingen aan de Tweede

Kamer zijn uitgewerkt die hierboven bij de bespreking van de ‘Boetenota’ aan de orde zijn gekomen, te weten de hoogte van de bestuurlijke boetes, zwaardere straffen voor veelplegers (recidive) en de individuele bestuurlijke boetes voor bestuurders van financiële instellingen.

Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties
Per 1 januari 2009 is een nieuw Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (hierna: Convenant) van kracht. Het Convenant betreft de afstemming over de keuze tussen de oplegging van bestuurlijke of strafrechtelijke sancties bij bepaalde overtredingen van financiële toezichtwetgeving – waaronder de Wtt en de Wwft – ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van die sancties. De bevoegdheid van een toezichthouder om een bestuurlijke sanctie op te leggen vervalt indien ter zake van de overtreding strafvervolgning is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel indien het recht tot strafvervolgning is vervallen ingevolge artikel 74 Sr. Omgekeerd vervalt het recht tot strafvervolgning indien ter zake van een overtreding een bestuurlijke sanctie is opgelegd. Volgens het Convenant is het met het oog hierop wenselijk om de beslissingen omtrent genoemde afdoening van te voren af te stemmen en daartoe tijdig in overleg te treden. In het Convenant is daartoe het zogeheten ‘Tripartiete overleg’ (tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder en de Belastingdienst/FIOD-ECD) geregeld., evenals de afstemming over de wijze van afdoening tijdens het Tripartiete overleg. Het Convenant strekt slechts tot *voorkoming* van ongeoorloofde samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties (zoals ook reeds uit de titel van het Convenant is op te maken). Niet inzichtelijk wordt in welk geval voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke sancties zou moeten worden gekozen. Wel wordt duidelijk dat, ter voorkoming van genoemde ongeoorloofde samenloop, in het tripartiete overleg ‘afstemming’ tussen de betrokken toezichthouder, het Functioneel Parket en de Belastingdienst/FIOD-ECD dient plaats te vinden. Ten behoeve van deze afstemming in het tripartiete overleg dienen partijen elkaar te informeren indien aan hen feiten, omstandigheden of gedragingen bekend zijn die duiden op een overtreding van financiële wetgeving. Saillant detail is dat bij deze verplichting tot informatieverstrekking (bij geconstateerde overtreding van de financiële toezichtwetgeving) ten aanzien van het OM het voorbehoud wordt gemaakt dat hij de toezichthouder *niet* hoeft te informeren indien ‘zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen zich tegen verstrekking verzetten’, terwijl een vergelijkbaar voorbehoud niet ten aanzien van de toezichthouder geldt. De toezichthouder is indien het een overtreding van een verbodsbepaling betreft zonder uitzondering gehouden het OM te informeren. Slechts bij andere dan laatstgenoemde overtredingen biedt het Convenant drie (bovengenoemde) beperkingen, aangezien de toezichthouder dan slechts gehouden is indien sprake is van ‘samenloop van een overtreding met één of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat’ (artikel 3 lid 2 onderdeel a Convenant), dan wel ‘herhaling van een overtreding (recidive)’ (artikel 3 lid 2 onderdeel b Convenant) of ‘naar het oordeel van de toezichthouder’ sprake is van ‘een overtreding waarbij specifieke omstandigheden van het geval’ aanleiding geven voor het informeren van het OM (artikel 3 lid 2 onderdeel c Convenant). Ter verduidelijking van genoemde ‘specifieke omstandigheden van het geval’ wordt in laatstgenoemd onderdeel c uiteengezet dat deze door de toezichthouder worden ‘beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en in relatie tot de bescherming van het publiek.’ Met andere woorden: indien geen sprake is van (bovengenoemde) ‘samenloop’ of van recidive en voorts de toezichthouder van oordeel is dat er geen ‘specifieke omstandigheden van het geval’ zijn die aanleiding zouden geven om het OM te informeren, er op basis van het Convenant geen verplichting voor de toezichthouder is het OM te informeren. In dat geval zal de overtreding door de toezichthouder (zonder afstemming over de afdoening) bestuursrechtelijk worden afgedaan. In het Convenant wordt niet duidelijk wat wordt verstaan onder ‘zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen’ die zich verzetten tegen het verstrekken van informatie door het OM aan de toezichthouder, in welk geval de overtreding (zonder afstemming) strafrechtelijk wordt afgedaan. Tot slot biedt het Convenant – evenals overigens haar voorganger, te weten het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties – geen inzicht in de uitgangspunten die in het tripartiete overleg worden gehanteerd bij de keuze voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening.

Hoofdstuk 7 Slotbeschouwing

Hoewel op basis van de WED de mogelijkheid wordt geboden om de (op 1 maart 2004 in werking getreden) Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt) *strafrechtelijk* te handhaven, moet worden geconstateerd dat er tot op heden geen jurisprudentie is (gepubliceerd), waaruit kan worden opgemaakt dat daadwerkelijk van deze handhavingsmogelijkheid gebruik is gemaakt. In de eerste plaats is hierbij van belang dat er thans zonder meer een gebrek aan kennis is over de wijze waarop (en de mate waarin) Nederlandse trustkantoren en de door hen beheerde doelvennootschappen worden misbruikt voor witwassen van misdadig gelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude) en terrorismefinanciering. Uit de zeer weinige jurisprudentie die hierover is gepubliceerd kan niettemin worden opgemaakt dat het mogelijk is dat op zich legale structuren – waarbij wordt gewerkt met in belastingparadijzen gevestigde vennootschappen, die niet of nauwelijks verplichtingen kennen met betrekking tot het voeren van een administratie en een boekhouding (evenals overigens Zwitserse coderekeningen) – maximale mogelijkheden bieden om activiteiten en gegevens te verhullen met betrekking tot onder meer feitelijke zeggenschap, vermogen en geldstromen. In de behandelde internationale rapporten van de FATF en de StAR zijn misbruiktypologieën beschreven, die in het opvolgende rapport steeds verder zijn uitgediept. Het is echter zeer de vraag of deze misbruiktypologieën adequate ‘tools’ zijn om misbruik van trustkantoren te herkennen. In het laatst verschenen rapport (van de StAR) wordt naast deze typologieën ook het belang onderschreven van het ontwikkelen van een ‘neus’ voor ‘inappropriate complexity’, evenals het ontwikkelen van een internationaal platform voor kennisuitwisseling over de verschillende typen corporate vehicles en structuren. De kritiek van de FATF met betrekking tot de in Nederland geldende wet- en regelgeving ten aanzien van trustkantoren richt zich met name op ‘Customer Due Diligence’ en ‘Suspicious Transaction Reporting’ en is terug te voeren op de eisen die hieraan in haar 40 Recommendations en de ‘derde witwasrichtlijn’ zijn gesteld. Om tot een keuze voor een sanctiestelsel te komen, bieden de uitgangspunten die in de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* zijn beschreven thans de enige richtsnoeren, aangezien door het Convenant op geen enkele wijze inzicht wordt gegeven in de wijze waarop deze keuze bij de handhaving van de Wtt tot stand komt. Volgens de Kabinetsnota dient in de eerste plaats te worden bezien of sprake is van een ‘besloten context’ (bestuursrechtelijke handhaving), dan wel een ‘open context’ (strafrechtelijke handhaving). Indien sprake is van een ‘gemengde context’ kan deze, in het geval de feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, worden aangemerkt als ‘besloten context’. Heeft feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen ‘ongericht’ toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een ‘open context’, alsook indien niet aan de vereisten van een ‘besloten context’ wordt voldaan. Het hier gehanteerde onderscheid zou mijns inziens kunnen worden doorgevoerd in de wijze waarop de Wtt ten aanzien van ‘illegale trustkantoren’ en ‘virtuele trustkantoren’ kan worden gehandhaafd. Beide categorieën plaatsen zich door hun dienstverlening immers bewust buiten de gereguleerde ‘besloten context’. De bevoegdheden die DNB ter beschikking staan om tegen deze trustkantoren op te treden, schieten bovendien tekort. Voorts voldoet DNB zonder meer aan de bij een ‘besloten context’ vereiste professionaliteit in handhaving en sanctionering, die ten aanzien van de toezichthouder wordt gesteld. Dwingende bijzondere redenen als rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met georganiseerde misdaad zouden volgens de Kabinetsnota alsnog in de richting van strafrechtelijke handhaving kunnen wijzen, alsook de inzet van zware sancties. Als het echter gaat om geconstateerde strafbare feiten die samenhangen met het misbruik van trustkantoren die men met de Wtt tracht te voorkomen, zal men aan bovenstaand gedachtenschema niet eens toekomen, omdat het dan gaat om (commune) strafbare feiten (zoals witwassen). Bij de handhaving van de Wtt zal mogelijk de inzet van zware sancties nodig kunnen zijn. Zolang het echter slechts tekortkomingen met betrekking tot de bedrijfsvoering van het trustkantoor zijn, kan dit niet voldoende grond vormen voor de behoefte aan vrijheidsbenemende sancties of zware dwangmiddelen die in de richting van strafrechtelijke sanctionering zouden wijzen.