

# Rondom het nieuws

## Verboden legaliteit?

*dr. mr. F.M.A. 't Hart*

FIU Nederland heeft op 23 juli 2019 haar jaaroverzicht 2018 aan de minister van Justitie en Veiligheid aangeboden. Uit dit jaaroverzicht blijkt onder andere dat sprake is van een forse toename van meldingen van zogenaamde ongebruikelijke transacties. In 2018 ontving FIU Nederland meer dan 750.000 meldingen van ongebruikelijke transacties. Deze meldingen vloeien voort uit de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Van al deze meldingen werden 57.950 transacties voor een totale waarde van € 9,5 miljard 'verdacht' verklaard. Dit is een 'recordbedrag' aan verdachte transacties sinds de oprichting van (rechtsvoorgangers van) FIU Nederland in 1994.

De stijging van het aantal meldingen moet niet alleen gezien worden in het licht van de aangescherpte wetgeving maar ook in de intensivering van het toezicht op de naleving van de desbetreffende wetgeving. Op 25 juli 2018 trad de gewijzigde Wwft in werking, strekkende onder andere tot implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn (Richtlijn (EU) 2015/849).

De gewijzigde Wwft voorzag in een uitbreiding van haar reikwijdte doordat een aantal nieuwe instellingen – waaronder aanbieders van kansspelen en groot warenhandelaren – onder deze wetgeving zijn komen te vallen. Ook voorzag de gewijzigde Wwft in een aangescherpt cliëntenonderzoek dat meer dan voorheen gebaseerd diende te zijn op een risicoweging op grond van de in de vierde anti-witwasrichtlijn geïdentificeerde risicofactoren. Tenslotte voorzag de gewijzigde Wwft in een met de Wft vergelijkbaar boetstelsel teneinde de consistentie van het handavingsinstrumentarium te waarborgen. De toezichthoudende autoriteiten (waaronder DNB en AFM) kregen verder de mogelijkheid om de vergunning van een instelling in te trekken indien sprake is van een overtreding van de Wwft, en de bevoegdheid om een waarschuwing of een publieke verklaring te publiceren indien een instelling de Wwft overtreedt.

In de praktijk is al enige tijd merkbaar dat het toezicht op de naleving van de Wwft (vaak in combinatie met het toezicht op de naleving van *customer due diligence* voorschriften uit de Wft en de Sanctiewet 1977 (Sw)) geïntensiveerd is. De toezichthouders voeren onder andere meer dan voorheen onderzoeken ter plaatse uit.

De intensivering van het toezicht op de naleving van de Wwft en Sw past in het streven van het minister van Financiën om Nederland een 'koppositie' te geven: *'Wij willen internationaal tot de koplopers op de aanpak van witwassen behoren'* (Minister van Financiën en de Minister van Justitie en Veiligheid, 'Plan van aanpak witwassen' d.d. 30 juni 2019).

Dit streven werd uitgesproken in het plan van aanpak dat de Minister van Financiën en de Minister van Justitie en Veiligheid eind juni 2019 presenteerden met het oog op de bestrijding van witwassen. Aanleiding voor dit plan van aanpak waren recente handavingsmaatregelen:

*'Het afgelopen jaar zijn er in Nederland en in Europa een aantal voorbeelden geweest waar de aanpak van witwassen duidelijk te kort schoot. In Nederland zijn dat onder meer de transactie die ING met het Openbaar Ministerie is overeengekomen als ook door DNB opgelegde sancties. In Europa hebben schandalen rond de Deense Danske Bank, de Maltese Pilatus Bank, de Estse Versobank AS en de Letse ABLV grote impact gehad. Deze voorbeelden maken gebreken in het stelsel zichtbaar en tonen aan dat het noodzakelijk is dat banken hun poortwachtersfunctie beter vervullen. Verder blijkt uit onderzoek dat in Nederland jaarlijks circa 16 miljard euro wordt witgewassen.'*

Financiële ondernemingen dienen een poortwachtersfunctie te vervullen en dienen deze functie serieus te nemen, is de boodschap:

*'Om te voorkomen dat criminelen hun illegaal verkregen vermogen in het financiële stelsel brengen danwel het financiële stelsel gebruiken voor het verrichten van hun illegale activiteiten, hebben financiële dienstverleners de wettelijke taak om als poortwachters het stelsel te beschermen. Zij zijn immers degenen die direct contact hebben met de klanten en aan de poort het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of financieren van terrorisme kunnen voorkomen. De dienstverleners moeten hiervoor onderzoek doen naar de cliënt en de transacties monitoren. Voor de uitvoering van het anti-witwasbeleid is het cruciaal dat deze wettelijke taak adequaat verricht wordt. De recente witwasschandalen en constatering van DNB maken duidelijk dat de effectiviteit*

*van de uitvoering van de poortwachterfunctie vergroot moet worden.'*

De ministers hebben om bovenstaand streven te realiseren - in het plan van aanpak - diverse maatregelen aangekondigd die in drie categorieën verdeeld kunnen worden:

1. Het verhogen van barrières teneinde witwassen moeilijker te maken;
  2. Het vergroten van de effectiviteit van de poortwachtersfunctie en het vergroten van toezicht; en
  3. Het versterken van opsporing en vervolging.
- Het 'vergroten' van het toezicht is dus een bewust keuze van de Ministers. De drie Nederlandse grootbanken hebben in de afgelopen periode aan den lijve de intensivering van het toezicht ondervonden. Zo trof ING Bank in juli 2018 met het Openbaar Ministerie een schikking voor een bedrag van € 775 miljoen (bestaande uit een boete van € 675 mln. en een wettelijk verkregen voordeel van € 100 mln.).

Volgens het Openbaar Ministerie was bij ING Bank sprake van de volgende tekortkomingen:

*'1) het ontbreken of onvolledig zijn van CDD-dossiers; 2) het toekennen van onjuiste risicoclassificaties; 3) het niet op orde hebben van het (periodieke) CDD-review proces; 4) het niet tijdig beëindigen van zakelijke relaties; 5) het onvoldoende functioneren van het post transactiemonitoringsysteem; 6) het in verkeerde segmenten indelen van cliënten; 7) het onvoldoende beschikken over kwalitatieve en kwantitatieve personele capaciteit.'*

DNB legde aan Rabobank in september 2018 een bestuurlijke boete op van € 1 miljoen wegens ontoereikende naleving van de Wwft (Volkskrant 12 februari 2019). En op 7 augustus 2019 maakte ABN AMRO Bank bekend dat deze bank herstelmaatregelen moet treffen ter naleving van haar customer due diligence verplichtingen ten aanzien van particuliere klanten:

*'We zijn blij met de plannen van de Nederlandse overheid om gezamenlijk de strijd tegen financiële criminaliteit aan te gaan en een bredere samenwerking te realiseren tussen banken, handhavingsinstanties en toezichthouders, in zowel nationaal als Europees verband. Na de aankondiging bij Q4 over onze activiteiten om financiële criminaliteit op te sporen, hebben we ons CDD-herstelactiviteiten gecentraliseerd en geïntensiveerd. Er zijn nu meer dan 1000 medewerkers volledig hieraan gewijd en dit aantal zal de komende jaren sterk toenemen. DNB heeft onlangs bepaald dat we al onze particuliere klanten in Nederland moeten doorlichten. Als gevolg hiervan nemen we hiervoor verdere maatregelen en breiden we onze CDD-herstelactiviteiten uit.'*

*We hebben hiervoor een additionele voorziening getroffen van EUR 114 miljoen. In het algemeen zullen we in alle onderdelen van de bank de nodige herstelmaatregelen nemen om ervoor te zorgen dat aan alle wet- en regelgeving wordt voldaan. Sancties, zoals een aanwijzing, boetes, kunnen worden opgelegd door de autoriteiten'*

Ook andere banken – waaronder Triodos Bank – werden met handhavingsmaatregelen van DNB geconfronteerd. In zijn algemeenheid is het goed dat maatregelen worden getroffen ter voorkoming van witwassen en het financieren van terrorisme. Ook financiële ondernemingen dienen daaraan bij te dragen.

Over de omvang van die bijdrage was Het Financieele Dagblad kritisch (Ed Groot in FD d.d. 10 augustus 2019):

*'Dat banken hun verantwoordelijk nemen is mooi, maar je kunt je afvragen of de verhoudingen niet zoekraken. De mensen en middelen die alleen al ABN AMRO dit jaar extra inzet om de rol van 'poortwachter' in te vullen overstijgen ruim die van de FIOD, de Fiscale Inlichtingen en Opsporingsdienst.'*

*De problemen zijn bekend. Slechts weinig meldingen van verdachte transacties kunnen worden onderzocht, de opsporing en vervolging is stroperig door de wel erg royale rechtsbescherming van verdachten en de straffen zijn relatief mild.'*

*Geen wonder dat er veel fout geld voor de poorten staat te dringen en er steeds meer poortwachters nodig zijn. Wat meer geloofwaardige afschrikking door de overheid zelf zou helpen. Het riekt nu naar afschuiven naar de poortwachters.'*

De ambities reiken echter verder. Niet alleen fout geld maar ook bepaalde vormen van goed geld moeten door banken worden onderzocht:

*'De Nederlandsche Bank wil dat banken in de gaten houden of hun klanten belasting ontwijken. Legale ontwijking kan volgens de toezichthouder reden zijn om cliënten te weigeren.'* (FD 7 augustus 2019)

DNB heeft op 4 juli 2019 een *guidance* gepubliceerd onder de naam 'Good Practices - Fiscale integriteitsrisico's bij cliënten van banken'. Deze *guidance* bevat een aantal aanbevelingen ter voorkomen van fiscale integriteitsrisico's waarmee banken geconfronteerd kunnen worden.

DNB stelt in deze *guidance* onder meer:

*'Ook roept belastingontwijking in de huidige tijd steeds meer vragen op.'*

*Een maatschappelijke tolerantie hiervoor neemt af en internationale ontwikkelingen leiden tot aangescherpte regelgeving om belastingontwijking in te perken.*

*Op overheden, bedrijven en toezichhouders wordt een beroep gedaan om hier effectief invulling aan te geven. DNB wil de aandacht van banken voor fiscale integriteitsrisico's niet als afzonderlijk risico positioneren maar juist onderdeel van de bestaande verplichting omtrent het beoordelen en monitoren van de integriteitsrisico's verbonden aan cliënten.'*

En:

*'In de praktijk kan het voor de bank op het eerste gezicht niet altijd duidelijk zijn of sprake is van belastingontwijking of belastingontduiking. Een bank zal in de praktijk nader onderzoeken en voortdurende controle van de cliënt uitvoeren om dit onderscheid bij cliënten(groepen) helder te krijgen.'*

En ten slotte:

*'Belastingontwijking is niet illegaal, maar de schadelijke effecten ervan kunnen weldegelijk de reputatie van een bank en het vertrouwen in de Nederlandse financiële sector aantasten. Het is daarom van belang dat banken voor belastingontwijking een eigen risk appetite bepalen, die ook aansluit bij de belangen van al haar stakeholders.'*

Deze guidance brengt met zich dat DNB de facto van banken verlangt dat deze beleid opstellen ten aanzien van hun risk appetite met betrekking tot belastingontwijking en dat in de praktijk ook onderzoek wordt gedaan of cliënten van de bank belasting ontwijken. Nieuw is een dergelijke guidance niet nu DNB in februari 2019 een soortgelijke guidance voor trustkantoren publiceerde (DNB Good Practice Fiscale integriteitsrisico's voor Trustkantoren 2019). Ook in deze guidance wordt verlangd dat trustkantoren fiscale integriteitsrisico's beheersen:

*'Het is van belang dat trustkantoren voor risico's op belastingontwijking een risk appetite bepalen die aansluit bij de belangen van al hun stakeholders. Met deze guidance biedt DNB enkele handvatten hoe een trustkantoor een praktische invulling kan geven aan de beheersing van risico's samenhangend met belastingontwijking ter waarborging van een integere en beheerste bedrijfsvoering. Belastingontwijking en belastingontduiking worden verder in deze guidance overigens samen aangeduid als fiscale integriteitsrisico's.'*

Met het gebruik van het begrip 'fiscale integriteitsrisico's' vervaagt het onderscheid tussen illegaliteit (belastingontduiking en fraude)

en legaliteit (belastingontwijking). Hierdoor wordt de indruk gewekt dat dit onderscheid niet (meer) relevant is.

Ook het streven om belastingontwijking (naast belastingontduiking) in te perken, is niet nieuw. De staatssecretaris van Financiën kondigde reeds aan bij de Wet aanpak belastingontduiking dat:

*'De vier invorderingsmaatregelen leveren gezamenlijk een belangrijke bijdrage aan het voorkomen van in de praktijk geregeld voorkomende verhaalsconstructies, waardoor vermogen aan het zicht van de Belastingdienst wordt onttrokken. Deze constructies zijn niet illegaal, maar maatschappelijk gezien wel ongewensd; de belastingschuldige ontloopt het betalen van belasting en de Nederlandse schatkist loopt daardoor belastinginkomsten mis.'* (zie bijbehorend Integraal Afwegingskader voor beleid en regelgeving d.d. 20 juli 2017).

Bedacht moet worden wat nu precies onder belastingontwijking verstaan dient te worden. Aansluiting zou gezocht kunnen worden bij de Europese regelgeving op dit gebied in het bijzonder de Tweede Europese richtlijn ter bestrijding van belastingontwijking (ATAD 2). Op 2 juli 2019 is het wetsvoorstel implementatiewet tweede EU-Richtlijn antibelastingontwijking bij de Tweede Kamer ingediend. Het wetsvoorstel ATAD tracht te voorkomen dat internationaal opererende ondernemingen kunnen inspelen op verschillen tussen de vennootschaps-belastingstelsels van landen. Hybridemismatches zorgen er bijvoorbeeld voor dat een betaling wel aftrekbaar is maar nergens wordt belast of dat één betaling zelfs meerdere malen aftrekbaar is. Als voorbeeld noemt de staatssecretaris van Financiën:

*'Het meest bekende voorbeeld van een hybridemismatch is de CV/BV-structuur, ook wel de 'spaarpot op zee' genoemd. Met name bedrijven uit de Verenigde Staten hebben met deze structuur de belastingheffing over hun wereldwijde winsten over lange tijd kunnen uitstellen. Met de maatregelen uit ATAD2 beëindigt het kabinet de fiscale aantrekkelijkheid van deze structuur.'*

Op 1 januari 2019 trad overigens ATAD1 in werking. Deze wet tracht andere vormen van belastingontwijking aan te pakken onder andere door maatregelen te nemen tegen earningsstripping en de invoering van een algemene renteaftrekbeperking in de vennootschapsbelasting.

Het dunkt mij dat niet iedere vorm van belastingontwijking beschouwd dient te worden als een fiscaal integriteitsrisico. Jaap Koelewijn maakt zich echter nu al zorgen over zijn privésituatie en waarschuwt Rabobank daarvoor:

*'ABN AMRO zegt de relatie met Shell, Philips en Unilever op. Banken mogen van DNB geen zaken meer doen met bedrijven en particulieren die aan belastingplanning doen. Ik ben de Sjaak, want ik heb een pensioen BV en een aflossingsvrije hypotheek. Dat is werk aan de winkel voor de Rabo. Maar wie hebben er nog meer wat te vrezen? Precies, onze nationale iconen. Er was iets met Unilever en dividendbelasting geloof ik. Banken worden het verlengstuk van de fiscus en justitie. Begrijp me goed, ik ben tegen het ontgaan van belastingen, maar het gaat hier om constructies die gewoon mogen. Wie bepaalt wat belastingontwijking is: de fiscus of de bank? De banken moeten in een schemerzone opereren. Er zijn geen duidelijke regels. Dat is tot daar aan toe. Maar wat gebeurt er met de meldingen van banken? De vraag stellen is hem beantwoorden. Als je een zakelijke rekening wilt openen, dan duurt dat weken. Het kost onze samenleving miljoenen? Ik pleit voor maatregelen die afgewogen en effectief zijn. De toezichthouders schieten nu met hagel.'* (LinkedIn d.d. 9 augustus 2019).

Grotere zorgen dan om de uitholling van Nederlandse belastinggrondslagen maak ik me om de waarborging van onze rechtsstatelijke beginselen.

Ondertussen heeft Uber haar entiteit met intellectuele eigendomsrechten – Bermuda was door de Europese Unie op de zwarte lijst van belastingparadijzen gezet – mede dankzij een (vermeende) ruling van de Nederlandse fiscus naar Nederland verhuisd. Eppo Bruins, Kamerlid ChristenUnie stelde aan de staatssecretaris onder andere de volgende vraag hierover:

*'Hoe verhoudt zich deze ruling tot het regeerakkoord, waarin is afgesproken «We willen een eind maken aan de situatie dat firma's zich alleen op papier in Nederland vestigen om belastingvrij miljoenen te kunnen rondpompen» en «Zelf gaan we het goede voorbeeld geven via een bronheffing op rente en royalty's op uitgaande stromen naar landen met zeer lage belastingen?»'*

De vraag wat de omvang is van de inspanningen die van banken en andere financiële ondernemingen verlangd mag worden om illegale activiteiten van hun klanten te bestrijden is een geheel andere vraag of van financiële ondernemingen verlangd mag worden dat deze legale activiteiten van klanten opsporen, onderzoeken en vervolgens beoordelen of deze voor hen een bepaald risico vormen. De bovenstaande tendens past echter in het Sparrow-denken van toezichthouders om niet alleen verboden gedrag te bestrijden, maar ook gedrag dat weliswaar toegelaten is maar in de ogen van toezichthouders onwenselijk en schadelijk is (zie meer hierover: F.M.A. 't Hart 'Informeel handhaving' FR 2019 nr. 1/2, p. 12- 24).

Het gevaar dreigt dat de facto een toezichthouder en niet de wetgever bepaalt wat bestreden dient te worden en wat verstaan dient te worden onder maatschappelijk toelaatbaar.