

Poortwachters en maatschappelijke (on)betamelijkheid

De winst van een blik van binnen naar buiten

mr. drs. M.J. Bökkerink, mr. K.J. van Beekum en mr. A.B. Schoonbeek*

Trefwoorden: integriteit, integere bedrijfsvoering, maatschappelijke (on)betamelijkheid, Wft, Wtt 2018

1. Inleiding

Poortwachters van de Nederlandse financiële sector zijn onder meer banken, betaalinstanties, beleggingsinstellingen en trustkantoren. Zij vervullen de rol van hoeders van het vertrouwen in de financiële sector. Poortwachters zijn daarom verplicht om integriteitsrisico's die afbreuk kunnen doen aan dit vertrouwen adequaat tegen te gaan. Vertrouwen kan in de eerste plaats worden geschaad door integriteitsrisico's die zich voordoen in de vorm van overtreding van wet- en regelgeving, zoals het geval is bij witwassen, terrorismefinanciering, omzeiling van sanctieregelgeving en fraude. Echter, ook betrokkenheid bij handelingen die weliswaar geen wetsovertredingen opleveren maar wel anderszins indruisen tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer als betamelijk worden beschouwd, de zogenoemde 'maatschappelijke onbetamelijkheid', kan afbreuk doen aan dit vertrouwen.

Betrokkenheid bij maatschappelijke onbetamelijkheid wordt daarom ook gezien als een integriteitsrisico dat door poortwachters moet worden tegengegaan

Betrokkenheid bij maatschappelijke onbetamelijkheid wordt daarom ook gezien als een integriteitsrisico dat door poortwachters moet worden tegengegaan.

Hoewel deze norm al geruime tijd bestaat, is de invulling van deze term niet duidelijk. De norm heeft een open karakter en door de koppeling aan ontwikkelingen in het maatschappelijk verkeer is de reikwijdte dynamisch van aard. Het is ook een norm waar iedereen een andere invulling aan lijkt te geven.¹ Ook de toezichthouder heeft nog geen concrete invulling van de norm gegeven. Invulling van de norm is en blijft primair de eigen verantwoordelijkheid van poortwachters. Daarbij vraagt De Nederlandsche Bank (DNB) in de Toezicht Vooruitblik 2019 in het kader van haar speerpunt 'DNB is streng op financieel-economische criminaliteit' nadrukkelijk aandacht voor deze norm. DNB kondigt aan te onderzoeken hoe poortwachters hun wettelijke plicht, om beleid en procedures zo in te richten dat het risico van betrokkenheid bij maatschappelijk onbetamelijk handelen wordt geminimaliseerd, invullen. Het voldoen aan deze norm levert voor poortwachters dan ook de nodige dilemma's en vragen op.

In deze bijdrage zullen we aan de hand van de wetshistorie, achtergrond en ontwikkelingen de term 'maatschappelijke onbetamelijkheid' onderzoeken. We zullen hierbij kijken naar de wetgeving (paragraaf 2) en de toezichtpraktijk (paragraaf 3) en of hieruit handvatten kunnen worden gedestilleerd voor de invulling van het begrip. We sluiten af met een samenvatting en enkele aanbevelingen (paragraaf 4).

2. Wetgeving en beleid 'maatschappelijke onbetamelijkheid'

2.1 Wetgeving en wetsgeschiedenis

De oorsprong van de norm is te vinden in DNB's Regeling Organisatie en Beheersing (ROB) van 2001 waarin werd bepaald dat instellingen zo veel mogelijk rekening moesten houden met (de ontwikkelingen in de) maatschappelijke normen ter zake van integer handelen.² Daarnaast was de norm ook te vinden in het Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellin-

* Maud Bökkerink is AML/CFT en Sancties consultant, Karin van Beekum is partner bij Profound Integrity Audits, Annemarije Schoonbeek is advocaat te Amsterdam. De auteurs zijn als partner en trainer verbonden aan FECWise.

¹ Zie ook het boek 'Ik ben integer, jij bent integer' van Rob de Lange & Jaap ten Wolde, Business Contact 2014, pagina 114, uit het interview met Jan Hommen: "Het komt ook omdat in het ene land iets als een integriteitsprobleem wordt ervaren, terwijl men er elders in de wereld zijn schouders over ophaalt. Het is tijdsgebonden, plaatsgebonden, cultureel en zelfs religieus gebonden."

² Art. 0, onder i, te raadplegen via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2001-65-p23-SC28685.html>.

gen en verzekeraars van 2003.³ Daarin werd bepaald dat een financiële onderneming niet betrokken moest zijn bij handelingen die in het maatschappelijk verkeer onaanvaardbaar zijn. Beide regelingen gelden niet meer.

De oorsprong van de norm is te vinden in DNB's Regeling Organisatie en Beheersing (ROB) van 2001 waarin werd bepaald dat instellingen zo veel mogelijk rekening moesten houden met (de ontwikkelingen in de) maatschappelijke normen ter zake van integer handelen

2.1.1 Wet op het financieel toezicht

De norm van maatschappelijke betamelijkheid is vervolgens sinds 2007 op niveau van een wet in formele zin, de Wet op het financieel toezicht (Wft), geregeld. Op grond van art. 3:10 lid 1 Wft moeten financiële ondernemingen een adequaat beleid voeren dat een integere uitoefening van het bedrijf waarborgt.⁴ Hieronder wordt verstaan dat: [...] *'wordt tegengegaan dat andere handelingen door de financiële onderneming of haar werknemers worden verricht die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.'* De wetgever heeft echter over de mogelijkheid van handhaving van de norm het volgende gezegd: *'Daarbij moet echter worden bedacht dat vooraf niet altijd valt vast te stellen of een handeling al dan niet indruist tegen hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt. Bovendien is de maatschappelijke norm continu aan verandering onderhevig. (...) de reikwijdte wordt daarom beperkt tot onmiskenbare schendingen van de maatschappelijke norm die het vertrouwen in de financiële onderneming of in de financiële markten ernstig schaden.'*⁵ Deze opmerking in de parlementaire geschiedenis maakt het lastig voor de toezichthouders, maar ook voor financiële instellingen, om deze norm concreet in te vullen.

2.1.2 Wet toezicht trustkantoren

Ook in de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) is het begrip opgenomen. De wetsgeschiedenis van de Wtt laat een evolutie zien van het begrip 'maatschappelijke onbetamelijkheid'. De oorspronkelijke Regeling Integere Bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt), zoals deze gold vanaf inwerkingtreding in 2004, definieerde integriteitsrisico's als *'het risico van aantasting van de reputatie van het trustkantoor of van de financiële markten in het algemeen als gevolg van een ontoereikende naleving van privaats-, bestuurs-, fiscaal-, of strafrechtelijke verplichtingen.'* Bij de wijziging van de Rib Wtt per 1 januari 2015 (Rib

Wtt 2014) is de definitie aangepast conform de in de Wft gehanteerde tekst: integriteitsrisico's zijn niet alleen risico's van ontoereikende naleving van hetgeen bij wettelijk voorschrift is bepaald, maar ook *'het risico van betrokkenheid van het trustkantoor of haar medewerkers bij handelingen die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in het trustkantoor of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.'*⁶ De toelichting bij deze wijziging vermeldt een tweetal voorbeelden: a) het verplaatsen van vermogen voorafgaand aan een bevroingsmaatregel en b) het oprichten en besturen van entiteiten die enkel worden gebruikt voor het ondoorzichtig maken van geldstromen. Dit tweede voorbeeld zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen bij complexe structuren die erop zijn gericht kunstmatig de belastingdruk te minimaliseren (zie ook hierna).

De toelichting bij deze wijziging vermeldt een tweetal voorbeelden: a) het verplaatsen van vermogen voorafgaand aan een bevroingsmaatregel of b) het oprichten en besturen van entiteiten die enkel worden gebruikt voor het ondoorzichtig maken van geldstromen

Bij invoering van de Wet toezicht trustkantoren 2018 (Wtt 2018) per 1 januari 2019 is deze definitie overgeheveld van de regeling naar de wet.⁷ In art. 14 Wtt 2018 is een vergelijkbare bepaling opgenomen als in art. 3:10 Wft. In de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 wordt wederom het voorbeeld van sanctieomzeiling gegeven, maar ook wordt daarbij aangegeven dat een trustkantoor proactief zal moeten nadenken over hetgeen maatschappelijk onbetamelijk is: *'Voor het risico op betrokkenheid van een trustkantoor bij handelingen die volgens het ongeschreven recht als «maatschappelijk onbetamelijk» moeten worden beschouwd, kan gedacht worden aan de inzet van trustdiensten ten einde te anticiperen op een (nationale of internationale) bevroingsmaatregel. Het gaat*

³ Art. 3 lid 1, onder b, zie <https://wetten.overheid.nl/BWBR0015712/2003-12-01>.

⁴ Andere relevante bepalingen zijn art. 3:17, 4:11 en 4:14 Wft.

⁵ Kamerstukken II 2005/06, 29708, 19, blz. 501.

⁶ Art. 1 sub d, Rib Wtt 2014.

⁷ Naast de definitie van integriteitsrisico's in art. 1 Wtt 2018, is ook in art. 14 lid 4, sub a, onder 4° Wtt 2018 het begrip 'maatschappelijke betamelijkheid' opgenomen. De bewoordingen van dit artikel zijn gelijklopend aan die van art. 3:10 Wft en verplichten een trustkantoor tot het voeren van een adequaat beleid dat een integere en beheerste uitoefening van het bedrijf waarborgt. Een verdere toelichting op dit specifieke element ontbreekt.

derhalve om handelingen die mogelijk niet illegaal, maar wel maatschappelijk onbetamelijk zijn. Hetgeen als maatschappelijk onbetamelijk kan worden aangemerkt is aan tijd en gewijzigde maatschappelijke inzichten onderhevig. Het trustkantoor zal derhalve proactief een afwegingskader moeten ontwikkelen en dit op gezette tijden moeten herijken.⁸ In de Nota naar aanleiding van het verslag heeft de minister van Financiën daarbij nog eens herhaald dat, omdat de norm meebeweegt met de ontwikkelingen in de maatschappij, trustkantoren zich rekenschap moeten geven van die ontwikkelingen in de maatschappij.

Nieuw in de Wtt 2018 is dat in art. 41 lid 3 Wtt 2018 is bepaald dat DNB beleidsregels opstelt

2.1.3 Toekomstmuziek; beleidsregels DNB?

Nieuw in de Wtt 2018 is dat in art. 41, lid 3 Wtt 2018 is bepaald dat DNB beleidsregels opstelt 'over de wijze waarop zij in het toezicht op de naleving beoordeelt in hoeverre trustkantoren het risico voorkomen op betrokkenheid van het trustkantoor of zijn medewerkers bij handelingen die op een dusdanige wijze ingaan tegen hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, dat hierdoor het vertrouwen in het trustkantoor of in de financiële markten ernstig kan worden geschaad.' Hiermee moeten trustkantoren meer duidelijkheid krijgen over de invulling van deze norm en de wijze waarop DNB dit toetst. Deze verplichting is opgenomen in de Wtt 2018 naar aanleiding van de kritische kanttekeningen van de afdeling advisering van de Raad van State (RvS). De RvS heeft gewezen op de spanning die bestaat tussen enerzijds open normen en anderzijds uitbreiding van toezicht- en sanctiebevoegdheden. De RvS adviseerde daarom het normgevend kader zoveel als mogelijk nader in te vullen aan de hand van de ervaringen in de (geïntensiverde) toezichtspraktijk en de ontwikkelingen in de internationale fiscale praktijk. Hieraan is slechts gedeeltelijk gehoor gegeven. De Memorie van Toelichting bij art. 41 Wtt 2018 stelt: 'Hetgeen onder maatschappelijke betamelijkheid moet worden verstaan, is afhankelijk van de ontwikkelingen in het maatschappelijke verkeer. De invulling hiervan is niet primair aan de overheid. Het is aan trustkantoren zich rekenschap te geven van maatschappelijke ontwikkelingen en beleid te hebben hoe hiermee om te gaan. Omdat de norm per definitie open en onbepaald is, wordt met de beleidsregels aan trustkantoren rechtszekerheid geboden over het toezicht op de invulling van deze norm. Deze beleidsregels zullen procedureel van aard zijn, bijvoorbeeld of een trustkantoor beleid heeft over het naleven van deze norm, waarbij het rekenschap geeft van ontwikkelingen in het maatschappelijk verkeer, hier aantoonbaar naar handelt en hierover naar buiten transparant is.' De door DNB op te stellen beleidsregels zijn er op dit moment (nog) niet. Gezien de opmerking van de wetgever dat de beleidsregels vooral procedureel van aard zijn, is twijfelachtig of deze beleidsregels een bijdrage zullen leveren aan de invulling van het begrip 'maatschappelijk (on)betamelijk'.

Bij de behandeling van de Wtt 2018 in de Tweede Kamer is de motie van de leden Slootweg en Pater-otte aangenomen waarin de regering wordt verzocht in gesprek te gaan met DNB over de invulling van de hiervoor genoemde beleidsregels. Hierbij wordt gesteld dat een strenge interpretatie gezien de maatschappelijke belangen de voorkeur heeft boven een losse interpretatie.⁹ Op basis van deze motie zou DNB één jaar na inwerkingtreding van de Wtt 2018 met de resultaten van het onderzoek moeten komen.

Naast wet- en regelgeving met bijbehorende parlementaire geschiedenis, kan uit publicaties van DNB ook het nodige worden afgeleid wat de strekking is van 'maatschappelijke (on)betamelijkheid'

3. Toezichtspraktijk

3.1 Publicaties en uitingen DNB

Naast wet- en regelgeving met bijbehorende parlementaire geschiedenis, kan uit publicaties van DNB ook het nodige worden afgeleid wat de strekking is van 'maatschappelijke (on)betamelijkheid'. Reeds in de DNB's 'De 7 Elementen van een Integere Cultuur - Beleidsvisie en aanpak gedrag en cultuur bij financiële ondernemingen 2010-2014' van november 2009 heeft DNB aangegeven dat er een maatschappelijk belang en publieke roep is voor DNB om zich actiever op te stellen in het debat over de grenzen van welk gedrag nog als maatschappelijk betamelijk is te kwalificeren.¹⁰ De toezichthouder heeft echter deze norm tot heden nog niet ingevuld. Zoals in de inleiding vermeld, lijkt deze norm lange tijd een slapend bestaan te hebben gekend. Pas naar aanleiding van de publicatie van de Panama Papers in april 2016 is DNB voor de norm nadrukkelijk aandacht gaan vragen van financiële instellingen. In de speech van Frank Elderson van DNB op het seminar voor trustkantoren van 24 mei 2016, heeft DNB het volgende aangegeven: "Maatschappelijk onbetamelijk gedrag". Wat betekent dit? Dat is precies de vraag die u zich zult moeten stellen. Als individueel bestuurder, als kantoor en als sector. U zult hierbij uw oor te luisteren moeten leggen bij het maatschappelijk debat. U zult actief aan dit debat moeten deelnemen. Wat gisteren nog normaal was, doet vandaag de wenkbrauwen fronsen en is morgen mogelijk onacceptabel. Het is zaak hier pro-actief te zijn, eigen initiatief te nemen en niet achter de feiten aan te lopen. [...] De wetgever vult deze term niet verder in. Ook De Nederlandsche Bank zal niet optreden als ultieme arbiter van maatschappelijke betamelijkheid.'

⁸ Kamerstukken II, 34 910, 3, p. 31.

⁹ Kamerstukken II, 34 910, p. 20.

¹⁰ Te raadplegen via https://www.dnb.nl/binaries/De%207%20Elementen%20van%20een%20Integere%20Cultuur_tcm46-233197.pdf?2018123021.

DNB is echter wel op zoek naar een verdere invulling. Zo heeft DNB in 2018 rondetafelbijeenkomsten gehouden om ideeën en visies uit te wisselen over maatschappelijke betamelijkheid. De nadruk lag daarbij op twee aspecten van maatschappelijke betamelijkheid: de verwachtingen naar financiële instellingen toe en de rol die men hierbij ziet voor de toezichthouders.¹¹ DNB heeft daarbij ook het publiek uitgenodigd om mee te denken.¹² DNB legt bij die uitnodiging uit dat het begrip maatschappelijke betamelijkheid gaat over alles wat niet wettelijk verboden is, maar waar wel ophef over kan komen in onze samenleving. Thema's zoals milieu, mensenrechten, arbeidsomstandigheden van medewerkers in het buitenland en belastingontwijking. De uitkomsten van deze bijeenkomsten zijn op dit moment echter nog niet bekend.

Het is primair de verantwoordelijkheid van (het management van) de instelling om invulling te geven aan dit begrip

3.2 Wat valt er af te leiden uit onderzoeken en publicaties van DNB?

3.2.1 Inleiding

Kortom, uit de uitlatingen van DNB tot heden zijn niet veel concrete inhoudelijke standpunten te destilleren over de invulling van het begrip. Het is primair de verantwoordelijkheid van (het management van) de instelling om invulling te geven aan dit begrip. Dit is een eerste stap om de risico's die aan betrokkenheid bij maatschappelijke onbetamelijkheid kleven, te beheersen. Hoewel de resultaten van het verkennend onderzoek van DNB naar 'maatschappelijke onbetamelijkheid' nog niet zijn gepubliceerd, geven (tussentijdse) uitkomsten van diverse themaonderzoeken van DNB bij verzekeraars, trustkantoren en pensioenfondsen wel een richting. Handvatten die weliswaar gedestilleerd zijn uit onderzoeken op het fiscale terrein, maar die net zo goed kunnen worden gebruikt voor de invulling van het begrip op andere terreinen zoals sanctieomzeilingsconstructies, beloningsbeleid, maatschappelijk verantwoord beleggen en ondernemen, klimaatbeheersing, kinderarbeid, en zo zijn er nog vele terreinen te bedenken. Daarom gaan we hierna in op de publicaties van DNB op dit terrein, waarna we bezien welke handvatten hieruit zijn af te leiden.

3.2.2 Maatschappelijke onbetamelijkheid en fiscale risico's

Reeds in 2014 heeft DNB een eerste start gemaakt naar het onderwerp 'fiscale risico's' bij het themaonderzoek 'Private Banking'. Tijdens dit onderzoek is gekeken naar de wijze waarop instellingen de fiscale risico's die gepaard gaan met cliënten uit hoog risicolanden en/of *offshore* landen beheersen. Uit het

onderzoek bleek dat banken weliswaar beleid inzake beheersing van fiscale risico's (in verschillende stadia van volwassenheid) hadden, maar dat de implementatie van dit beleid nog onvoldoende was uitgewerkt in de klantendossiers.^{13,14} In het nieuwsbericht van 5 januari 2016 'Alertheid op fiscale risico's noodzaak' signaleert DNB dat agressieve belastingplanning maatschappelijk onwenselijk kan zijn en dus integriteitsrisico's oplevert.¹⁵ Met het oog op beheersmaatregelen van trustkantoren acht DNB drie betrekkelijk simpele vragen van belang:

- Wat verstaat het trustkantoor onder 'aggressive tax planning'?
- Welke (type) fiscale structuren wil een trustkantoor niet faciliteren?
- Welke (type) fiscaal risicovolle structuren wel en onder welke voorwaarden?

In 2017 is DNB, mede naar aanleiding van de Panama Papers, vervolgens een themaonderzoek gestart naar 'agressieve belastingplanning en klantanonimiteit'. Wat uit de diverse nieuwsbrieven van DNB voor pensioenfondsen, verzekeraars en trustkantoren valt af te leiden is dat veel van deze instellingen zelfstandig aan de slag zijn gegaan bij de invulling van de term 'agressieve fiscale structuren'. De instellingen definiëren hierbij zelf hun *risk appetite*, bijvoorbeeld door bij vermogensbeheer gecompliceerde fiscale structuren te mijden (verzekeraars¹⁶) of het uitgangspunt te hanteren dat de fiscale structuur altijd de economische structuur volgt en niet andersom (verzekeraars en pensioenfondsen¹⁷). Als men weet waar men zich wel of zich niet mee wenst in te laten, is het tevens zaak om de potentiële risicoscenario's te onderzoeken en deze op te nemen in de systematische integriteitsrisicoanalyse (SIRA). De SIRA dient vervolgens als basis voor het aanpassen dan wel opstellen van beleid op het terrein van agressieve belastingplanning en tot aanpassing van de bedrijfsvoering bijvoorbeeld door een fiscalist aan te stellen (trustkantoren¹⁸).

¹¹ DNB Nieuwsbrief Banken, 31 januari 2018, zie <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-banken/NieuwsbriefBankenjanuari2018/dnb371922.jsp>.

¹² Zie <https://www.facebook.com/denederlandschebank/photos/denk-mee-met-dnb-wij-zoeken-40-nederlanders-met-eeen-meningvan-financiële-instell/1801512676582958/>.

¹³ Zie E. Metz 'Fiscale risico's bij cliëntonderzoek Private Banking', *TvCo* 2015, nr. 1.

¹⁴ Position Paper van DNB voor de VKC expertmeeting inzake fiscale constructies van 12 september 2016.

¹⁵ Te raadplegen via <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-januari-2016/dnb335686.jsp>.

¹⁶ Nieuwsbrief 31 mei 2018, zie <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-verzekeren/NieuwsbriefVerzekerenmei2018/dnb376149.jsp>.

¹⁷ Zie https://www.dnb.nl/binaries/DNB%20Nieuwsbrief%20pensioenen%20mei%202018_tcm46-376175.pdf.

¹⁸ Nieuwsbrief 23 mei 2017, zie <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-mei-2017/dnb359281.jsp>.

Op 6 en 7 februari 2019 zijn de ‘Good Practice Fiscale Integriteitsrisico’s voor Banken 2019’ en de ‘Good Practice Fiscale integriteitsrisico’s voor Trustkantoren 2019’ ter consultatie gepubliceerd.¹⁹ De *good practices* geven handvatten over het proces dat trustkantoren en banken kunnen doorlopen bij de voortdurende beoordeling van fiscale integriteitsrisico’s bij hun cliënten. Voor deze *good practices* heeft DNB gebruik gemaakt van de belangrijkste bevindingen van het in 2017 uitgevoerde thema-onderzoek ‘Agressieve belastingplanning en klantanonimiteit’. De *good practices* bevatten voorbeelden over hoe banken en trustkantoren fiscale integriteitsrisico’s kunnen identificeren in de cliëntenportefeuille en hoe zich deze verhouden tot de *integrity risk appetite* van deze instellingen. Als *good practice* wordt beschouwd om risico-indicatoren aan de hand van cliëntkenmerken, die zien op de complexiteit van de structuur, de activiteiten van de cliënt, de betrokken landen, de leveringskanalen en de transacties, vast te stellen. Daarmee kan de cliëntenportefeuille worden beoordeeld op fiscale integriteitsrisico’s.

Duidelijk is dat de *good practices* over de beheersing van fiscale integriteitsrisico’s – voor zover deze voortvloeien uit belastingontwijking – mede zijn gebaseerd op de wettelijke norm over maatschappelijke onbetamelijkheid. Echter, in de *good practices* wordt geen nadere invulling gegeven aan het begrip maatschappelijke onbetamelijkheid. Banken en trustkantoren zullen zelf moeten bepalen of zij de belastingontwijking door een cliënt wel of niet acceptabel vinden.

Duidelijk is dat de wetgever met de norm over maatschappelijke onbetamelijkheid niet alleen het oog heeft gehad op agressieve belastingplanning

3.2.3 Vertaalslag naar andere vormen van maatschappelijke onbetamelijkheid?

Duidelijk is dat de wetgever met de norm over maatschappelijke onbetamelijkheid niet alleen het oog heeft gehad op agressieve belastingplanning. Wat kan wel uit de wetgeschiedenis en de publicaties van DNB worden afgeleid voor andere vormen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag? Uit de norm zelf volgt onzes inziens dat instellingen allereerst na moeten gaan over welke vormen van hun eigen gedrag (inclusief van werknemers) alsmede dat van hun klanten maatschappelijk ophef kan ontstaan op zodanige wijze dat dit het vertrouwen in de instelling zou kunnen schaden. Het is verstandig om in ieder geval aandacht te besteden aan de thema's die reeds zijn genoemd (zie ook paragraaf 3.2.1 hiervoor). Dat vergt de nodige creativiteit en inlevingsvermogen over wat de buitenwereld verwacht van de instelling. Een suggestie zou kunnen zijn om externen actief te raadplegen. Nadat al deze vormen van gedrag in generieke categorieën zijn ondergebracht, kunnen, onzes inziens, de drie vragen uit het DNB Nieuwsbe-

richt van januari 2016 (zie paragraaf 3.2.2 hiervoor) behulpzaam zijn om te bepalen hoe de instelling met deze risico's wenst om te gaan.

Uit de norm zelf volgt onzes inziens dat instellingen allereerst na moeten gaan over welke vormen van hun eigen gedrag (inclusief van werknemers) alsmede dat van hun klanten maatschappelijk ophef kan ontstaan op zodanige wijze dat dit het vertrouwen in de instelling zou kunnen schaden

- Wat verstaat de instelling nu precies onder een bepaalde categorie maatschappelijk onbetamelijk gedrag?
- Bij welke vormen van dit gedrag (en door wie) wil de instelling niet betrokken zijn?
- Bij welke vormen van dit gedrag (en door wie) wil de instelling wel betrokken zijn en onder welke voorwaarden?

Daarna zullen potentiële risicoscenario's moeten worden onderzocht en opgenomen in de SIRA en vervolgens zullen deze vormen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag moeten worden verwerkt in de *integrity risk appetite* en procedures en maatregelen. Om de cliëntenportefeuille in lijn hiermee te beoordelen kunnen risicoindicatoren worden vastgesteld (zie Good Practice Fiscale integriteitsrisico's, besproken in paragraaf 3.2.2). Zoals hiervoor opgemerkt, zal DNB op grond art. 41 Wtt 2018 beleidsregels moeten vaststellen over de wijze waarop zij de naleving van deze norm door trustkantoren en hun medewerkers beoordeelt. Die beleidsregels zullen mogelijk meer *guidance* bevatten.

4. Samenvatting en enkele aanbevelingen

Hoewel de norm ‘maatschappelijke betamelijkheid’ reeds een lang bestaand wettelijk begrip is, staat de invulling hiervan nog in de kinderschoenen. De wetgever kijkt naar de toezichthouder, de toezichthouder kijkt naar de sector, en de sector kijkt naar de wetgever en de toezichthouder om tot een eenduidige invulling van deze norm te komen.

Naar aanleiding van kritische kanttekeningen van de RvS in het kader van de Wtt 2018 over de rechtsonzekerheid voor instellingen, is in de wet opgenomen dat

¹⁹ Te raadplegen via <http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237533.pdf> en <http://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237528.pdf>.

DNB beleidsregels over het toezicht op naleving van deze norm door trustkantoren zal opstellen. Deze beleidsregels zijn er evenwel nog niet. Door de wetgever is benadrukt dat deze beleidsregels vooral procedureel van aard zullen zijn. Louter procedurele beleidsregels zouden, onzes inziens, niet de bezwaren van de RvS opheffen. Wij pleiten er dan ook voor dat de beleidsregels niet alleen procedureel, maar ook inhoudelijk zullen zijn: concrete inhoudelijke handvatten om invulling te geven aan dit begrip. Daarmee zou DNB ervoor kunnen zorgen dat extern toezicht een kwalitatieve bijdrage levert aan intern toezicht door instellingen.

Niet alleen DNB, maar ook instellingen zijn aan zet. Hoewel het open karakter van de norm dilemma's oplevert, biedt het proactief nadenken over deze norm ook kansen. De norm nodigt er namelijk toe uit om op continue basis een brug te slaan tussen de instelling en de samenleving en ook het handelen in geest van de wet. Instellingen die goed zicht hebben op wat er in de maatschappij speelt ten aanzien van hun rol zijn ook beter in staat om daar (tijdig) op in te spelen. Het beheersen van risico's die zijn verbonden aan maatschappelijk onbetamelijk gedrag, is nodig om op juiste en duurzame wijze invulling te geven aan de poortwachtersrol van financiële instellingen alsmede aan hun maatschappelijke rol. En niet alleen agressieve belastingplanning wordt als maatschappelijk onbetamelijk gedrag aangemerkt. Het is daarom aan te bevelen dat instellingen proactief nagaan bij welke andere vormen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag zij betrokken zouden kunnen zijn of worden. ■

En niet alleen agressieve belastingplanning wordt als maatschappelijk onbetamelijk gedrag aangemerkt. Het is daarom aan te bevelen dat instellingen proactief nagaan bij welke andere vormen van maatschappelijk onbetamelijk gedrag zij betrokken zouden kunnen zijn of worden