

FINNIUS

To trust or not to trust, that is the question

23 december 2020

🕒 5 MINUTEN

Er wordt in veel organisaties hard en met bezieling gewerkt, zo ook bij Finnius. In onze praktijk betekent dat grofweg twee dingen. We buigen ons over de toepassing van regulering op concrete casus. En we proberen interventies door de toezichthouder te voorkomen of voor onze cliënt tot een goed einde brengen.

Eén van de sectoren waar het hard werken is, is de trustsector. Daar is nieuwe wetgeving (de Wtt 2018) nu bijna twee jaar van kracht. Op basis daarvan intervenueert toezichthouder DNB met regelmaat bij trustkantoren. Nou loop ik een tijdje mee in de handhavingspraktijk van het financieel toezicht en ik vraag mij steeds meer af of de wijze waarop ingegrepen wordt wel het beoogde effect heeft. Dan bedoel ik niet effect in de zin van het aantal interventies per strekkende meter, maar effect voor de samenleving. Wat mij betreft duidt een interventie vooral op het onvermogen van betrokken partijen om elkaar te bereiken. Het 'overtuigen' en 'overtuigd worden' lukt dan niet. Zo beschouwd is een interventie in alle opzichten eigenlijk vooral een mislukking.

Over het beoogde effect van interveniëren en handhaven bestaat denk ik geen discussie. AFM en DNB hebben het treffend verwoord in hun geactualiseerde handhavingsbeleid: *“De toezichthouders richten zich op het doen naleven van de normen die in de financiële wet- en regelgeving zijn neergelegd. Uitgangspunt is dat eenieder zich uit eigen beweging normconform gedraagt.”*. En waar dat niet lukt wordt een zetje of een duw gegeven. Echter, duwen kost veel tijd en energie en de toezichtcapaciteit is per definitie schaars. Dus hoe bereik je nu het beste resultaat als de middelen niet onbegrensd zijn?

Ik moet bij die vraag denken aan een nestor van een Ierse toezichthouder die mij een wijze les leerde over effectief toezicht. Zijn opvatting was dat als het op normconform gedrag aankomt, groepen in drieën zijn te splitsen: (i) zij die uit zichzelf alles goed doen, (ii) zij die van goede wil zijn, maar niet altijd in staat zijn raak te schieten en (iii) zij die verloren zijn. Bij effectief toezicht hoort dan dat elke groep op eigen wijze wordt 'betoezicht' (en wat een fijn woord is dat). De eerste groep krijgt bloemen, de tweede groep uitleg en richting en de derde groep, tja de derde groep die zijn dus echt verloren legde de nestor uit. Voor die groep geldt hetzelfde als voor de neven Dalton uit Lucky Luke; verwacht er niets van en vang ze als je ze tegenkomt. Een 100% compliant wereld mag je prediken, maar is niet iets om in te geloven.

In de eerste groep zitten de echte ambassadeurs van een sector, zij geven met elk schouderklopje extra gas. Wat dat betreft is het jammer dat DNB en AFM nooit bloemen sturen. Maar dat is een taakopvatting en daar doen we het mee. Dan de tweede groep, dat is natuurlijk de meest interessante groep. Het is doorgaans ook de grootste groep met een totale populatie van rond de 80% in een doelgroep. Deze groep is goed te beïnvloeden en handelt normconform op basis van heldere en handhaafbare regels. Sleutel tot succes is een dialoog met een voorspelbare toezichthouder. En als dat niet werkt is het enkele vooruitzicht van een interventie door de toezichthouder al heel effectief. Daarin moet een toezichthouder immers ook voorspelbaar zijn.

Hoe anders gaat het in de praktijk van het toezicht op trustkantoren, tenminste wat we daar bij Finnius van meekrijgen. De regels zijn om te beginnen niet helder. Veel regels met betrekking tot het voor trustkantoren essentiële cliëntenonderzoek worden via bijvoeglijke naamwoorden genormeerd ('dossiers *voldoende* actueel houden', '*relevante* delen van een structuur in kaart brengen', informatie '*zoveel mogelijk* met zekerheid vaststellen', vergewissen of 'integriteitsrisico's *adequaat* zijn ondervangen'). Trustkantoren worstelen met de invulling daarvan. DNB heeft een schot(je) voor de boeg gegeven met de publicatie vorig jaar van een factsheet op haar website. Dat is mooi, maar voor richtinggevende uitspraken in concrete casuïstiek vindt een trustkantoor een dichte deur bij de toezichthouder. Tegelijk blijkt diezelfde toezichthouder wel in staat om bij onderzoeken vast te stellen waar een trustkantoor in concrete gevallen tekort is geschoten. Dat betreft in de meeste gevallen dan onvolkomenheden in het cliëntenonderzoek. De toezichthouder vindt dat er niet voldoende informatie is verzameld, of dat informatie niet goed is geordend of dat interne overwegingen niet goed zijn vastgelegd.

Bij gebrek aan gesprek opteert de toezichthouder relatief snel voor een interventie via een formele maatregel. En de handhaving richt zich dan meer dan eens op het doen naleven van de niet zo kenbare wijze waarop de toezichthouder de regels uitlegt. Maatregelen worden tegenwoordig, als uitgangspunt, ook nog eens gepubliceerd. Dat zet de zaken extra op scherp. Partijen staan in mum van tijd tegenover in plaats van naast elkaar. De toezichthouder vertrouwt er niet meer op dat een trustkantoor normconformiteit nastreeft. Omgekeerd verliest de trustsector het vertrouwen dat de toezichthouder een redelijke houding aanneemt. Dit leidt tot een zure cocktail met een bittere afdronk. De toezichthouder komt om in tijdrovende handhavingssdossiers. En de poortwachtersfunctie van trustkantoren verwordt meer en meer tot het toezicht-*proof* maken van de administratie. Integriteit als centrale thema in de Wtt 2018 krijgt zo onbedoeld – en wat mij betreft ongewenst – een *form over substance* invulling.

Dat kan anders. Hier en daar een zoetje kan wonderen doen voor de effectiviteit van het toezicht. Feestelijk hoeft het echt niet te worden, maar lichter verteerbaar toch wel. De verwachtingen beter duidelijk maken, concrete richting (durven) geven en voorspelbaar worden, maken de toezichthouder effectiever. In mijn beleving is de trustsector daar ontvankelijk voor en snakt zij daar zelfs naar. Het is een makkelijke manier om met minder inspanning dichterbij het doel van de wet te geraken. Mij lijkt dat een *no brainer*. Dat betekent dan primair kiezen voor de dialoog en meer aandacht voor de overtuiging van het woord dan de kracht van de klap. Bijkomstig voordeel is dat er zo ook meer capaciteit overschiet om de Daltons te vangen.

Specialisten



Casper Riekerk

T +31 (0)20 767 01 80

T +31 (0)20 767 01 89 (direct)

M +31 (0)6 31 67 03 92

casper.riekerk@finnius.com