

Fiscale geschillen als grondslag voor witwasvermoedens

De Wwft als hefboom ter bestrijding van belastingontwijking en -ontduiking

Ellen Timmer*

Trefwoorden: zelfwitwassen, fiscale motieven, fiscale integriteitsrisico's, accidental americans

Van ondernemingen die de *Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme* (Wwft) moeten naleven (Wwft-plichtigen) wordt in toenemende mate verwacht dat zij zich verdiepen in de vraag of hun cliënten fiscale wet- en regelgeving naleven.¹ Als deze cliënten dat niet doen kunnen zij een fiscaal voordeel behalen dat op grond van het Wetboek van strafrecht (Sr) als 'zelfwitwassen' kan worden aangemerkt, met gevolgen voor Wwft-plichtigen op grond van de Wwft.² De vraag is of – als een Wwft-plichtige vaststelt dat een cliënt mogelijk geschillen heeft met een belastingautoriteit – daar een vermoeden van witwassen kan worden ontleend.

Banken en fiscale betamelijkheid

Van banken en trustkantoren verwacht toezichthouder De Nederlandsche Bank (DNB) niet alleen dat zij alert zijn op belastingfraude ('belastingontduiking'), maar ook dat zij belastingontwijking (onder meer agressieve tax planning) bestrijden. Voor deze twee groepen Wwft-plichtigen komt dat heel expliciet tot uitdrukking in twee recent uitgebrachte 'Good practices'-documenten die DNB heeft³, die zowel op de Wwft als op de *Wet op het financieel toezicht* (Wft) en *Wet toezicht trustkantoren 2018* (Wtt 2018) gebaseerd zijn.

* Ellen Timmer is als advocaat ondernemingsrecht werkzaam bij kantoor Rotterdam van Pellicaan Advocaten en is actief op haar juridisch blog onder <https://ellentimmer.com>.

¹ De definitie van witwassen in art. 1 lid 1 Wwft verwijst naar de gedragingen strafbaar gesteld in artt. 420bis, 420bis.1, 420ter, 420quater en 420quater.1 Wetboek van strafrecht.

² Onder andere melding ongebruikelijke transactie, indeling in hoog-risico klasse dus nieuw cliëntenonderzoek (art. 3 lid 5 sub c Wwft), beëindiging zakelijke relatie (art. 5 lid 3 Wwft).

³ Zie Good practices Fiscale integriteitsrisico's voor Trustkantoren 2019, <https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237850.pdf> en de Good practices Fiscale integriteitsrisico's bij cliënten van banken, <https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-237752.pdf>. Zie voorts de leidraad Wwft <https://www.toezicht.dnb.nl/binaries/50-238071.pdf>.

⁴ Bijlage bij K. 31477, nr. 50.

Opvallend aan beide good practices-documenten is dat deze uitgaan van de veronderstelling dat bij banken en trustkantoren diepgaande fiscale kennis, zowel nationaal als internationaal, aanwezig is, aan de hand waarvan de fiscale structuur van cliënten kan worden beoordeeld. Het gaat hier niet alleen om fiscale advisering door banken en trustkantoren aan hun cliënten (onder Wtt 2018 is dat voor trustkantoren verboden), maar ook om het beoordelen van bij cliënten aanwezige structuren en geldstromen.

DNB schrijft in de Good practices voor banken dat de doorlopende controle op de transacties van cliënten ook de fiscale motieven en fiscale integriteitsrisico's omvatten. DNB gaat ervan uit dat banken hun zakelijke relaties kunnen indelen op basis van fiscale risicoprofielen, waarbij opvalt dat DNB dezelfde kenmerken noemt als ook in omloop zijn bij signalering van corruptie en witwassen. De veronderstelling is dat er typologieën ontwikkeld kunnen worden aan de hand waarvan belastingfraude en belastingontwijking herkend kunnen worden. Het is de vraag of dat meer is dan wensdenken. Lees in dit verband het recent bekend gemaakte rapport *Beleid Bestrijding Terrorismefinanciering Effectiviteit en Effecten (2013-2016)*⁴ waarin wordt geconstateerd dat op het terrein van terrorismefinanciering geen bruikbare risicoprofielen, typologieën en indicatoren zijn ontwikkeld. De auteurs

signaleren dat ondanks de kritiek op de typologieën-gedachte door de overheidspartijen⁵ wordt doorgegaan op het spoor dat het mogelijk is om terrorismefinancieringsrisico's te typeren en te herkennen aan kenmerken.⁶ Het is goed mogelijk dat hetzelfde speelt bij de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering.

DNB noemt bij good practices die bij een bank zijn waargenomen enige voorbeelden van fiscale risico-indicatoren, die hoogst merkwaardig aandoen, zoals de aanwezigheid van meerdere lagen in de eigendomsstructuur, een stichting administratiekantoor en de aanwezigheid van een commanditaire vennootschap. Dit zijn in de Nederlandse ondernemingsrechtpraktijk gebruikelijke situaties en rechtsvormen, die als zodanig geen risico-indicator zijn, laat staan een fiscale risico-indicator. De fiscale risico's zitten meer in de manier waarop de vehikels worden ingezet.

DNB voegt belastingontwijking en belastingontduiking samen onder de noemer 'fiscale integriteitsrisico's' maar laat zich er niet over uit wanneer de grens van belastingoptimalisatie naar belastingontwijking (die DNB niet integer acht) wordt overschreden. Zoals gebruikelijk put DNB zich uit in procesbeschrijvingen.⁷

De hooggespannen verwachtingen van de overheid leiden er toe dat banken hun cliënten bombarderen met grote aantallen vragen, die er vervolgens toe leiden dat die cliënten hoge kosten moeten maken om de vragen te beantwoorden. En soms gaat het dramatisch mis, zoals bij de Accidental Americans.

Beschuldiging belastingfraude - de Accidental Americans

Oppassende burgers kunnen door banken worden beschuldigd van misleiding en belastingfraude vanwege een Amerikaanse wet. Dat komt door de Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), een Amerikaanse wet die sinds 2013 via door de Verenigde Staten (VS) gesloten verdragen doorwerkt in de hele wereld. Ook Nederland heeft op 18 december 2013 een verdrag met de VS⁸; hierna: 'FATCA-verdrag', gesloten. Op basis van dat verdrag verschaft Nederland gegevens aan de Amerikaanse belastingdienst, de IRS, die afkomstig zijn van financiële instellingen, met name banken.

De gegevens betreffen niet alleen Amerikaanse ingezetenen (fiscale inwoners) met bezittingen in Nederland. De VS is een van de weinige landen in de wereld die op basis van geboorte in het land, of het hebben van een Amerikaanse ouder, aan mensen de Amerikaanse nationaliteit toekent; deze mensen – die geen enkele band met de VS hoeven te hebben – zijn door hun nationaliteit belastingplichtig in de VS over hun wereldinkomen, zij vallen in de categorie 'U.S. Persons'. De mensen die in de VS zijn geboren, of buiten de VS geboren zijn en een Amerikaanse ouder hebben, en die geen band met de VS hebben en ook geen paspoort, worden wel 'Accidental Americans' genoemd. Velen van hen ontdekten pas na 2014 dat zij belastingplichtig zijn in de VS.

De Nederlandse Accidental Americans worden vanaf 2014 geconfronteerd met banken die van hen verlangen dat zij het nummer van het Amerikaanse BSN ('TIN/SSN') aan de bank verschaffen. Aan de hand daarvan wil de bank gegevens inzake de bankrekening(en) van betrokkene via de Nederlandse belastingdienst aan de Amerikaanse belastingdienst verschaffen.⁹ Veel Accidental Americans hebben geen TIN, om begrijpelijke redenen, en hebben er bezwaar tegen om hoge kosten te maken voor het aanvragen van die TIN, het doen van belastingaangifte in de VS en het beëindigen van hun Amerikaanse nationaliteit.

⁵ Zoals de partijen die deelnemen aan FEC.

⁶ Zie de samenvatting in de laatste twee alinea's van paragraaf 8.1, p. 214 van het rapport, waarin naar hoofdstuk 8 wordt verwezen. In paragraaf 8.2 beschrijven de auteurs dat DNB er niet in slaagde typologieën op te stellen met betrekking tot transacties van twee terroristische organisaties. Ook een FEC-project inzake uitreizigers mislukte omdat uitreizigers geen statistisch significante verschillen in transactiepatronen lieten zien, ten opzichte van de controlegroep.

⁷ Een goed voorbeeld daarvan is ook de Beleidsregel maatschappelijke betamelijkheid trustkantoren, die op 15 januari 2020 in het Staatsblad werd gepubliceerd (*Stb.* 2020, 2288).

⁸ Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the United States of America to improve international tax compliance and to implement FATCA, (*Trb.* 2014, 22).

⁹ Dat levert ook nog een vraagstuk in de zin van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) op. De AVG vereist een wettelijke basis voor verschaffing van persoonsgegevens, de vraag is of die er hier is, en de AVG eist dat de wettelijke vereisten proportioneel zijn. Het is zeer de vraag of het FATCA-verdrag ten aanzien van de Accidental Americans wel de AVG-toetsing zal doorstaan.

Banken zijn nu bezig de bankrekeningen van de Accidental Americans zonder TIN op te zeggen wegens vermoedens van witwassen. De redenering is bij in de VS geboren Accidental Americans als volgt:

- De cliënt is in de VS geboren, dus is hij een U.S. Person (tenzij hij over een bewijs van verlies van nationaliteit beschikt).
- Als de cliënt geen TIN kan leveren aan de bank, betekent dit dat hij geen belastingaangifte doet in de VS.
- Het niet doen van belastingaangifte in de VS levert een vermoeden van witwassen op, ook al is het maar voor 1 dollar.
- Europese consumenten hebben recht op een basisbetaalrekening¹⁰ in Nederland dat geïmplementeerd is door middel van § 4.3.1.8. van de Wet op het financieel toezicht (Wft). Zo'n basisbankrekening mag slechts in uitzonderlijke gevallen worden opgezegd.
- De banken zijn van mening dat zo'n uitzonderlijk geval zich voordoet bij de Accidental Americans zonder TIN, want zij maken zich vermoedelijk schuldig aan witwassen, al is het maar voor 1 euro.
- Soms worden de Accidental Americans beschuldigd van misleiding van de bank, als zij de vraag of zij fiscaal inwoner van een ander land zijn met 'nee' hebben beantwoord. Overigens hebben zij die vraag correct beantwoord als het om de VS gaat, zij zijn geen fiscaal inwoner van de VS, maar belastingplichtig op grond van hun nationaliteit.

Het opmerkelijke is dat de Wwft hier wordt gebruikt als argument om de rekening van de Accidental Americans zonder TIN op te zeggen. Dat wordt veroorzaakt door de ruime definitie van het begrip witwassen en doordat in het systeem van de Wwft geen rekening wordt gehouden met de herkomst van de fiscale regels.

Juridisch is het nodige op het FATCA-standpunt van de banken aan te merken. Zo is de vraag of de opzegging door de banken wel in overeenstemming is met paragraaf 4.3.1.8 Wft. De vraag is of er wel een geldige juridische grondslag is voor het eisen van de TIN/SSN, nu er geen Nederlandse wettelijke bepaling is, waar dit uit blijkt. In het *Uitvoeringsbesluit internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen* staat deze eis niet.¹¹ Het volgt ook niet uit de *Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen* (WIB). De WIB in het leven geroepen ten behoeve van gegevensuitwisseling tussen Europese landen en andere aangewezen staten inzake fiscale inwoners. Voorts kan worden gesteld dat Nederland ten onrechte geen gebruik heeft gemaakt van de uitzonderingen van art. 14 WIB.¹²

Ik ben de mening toegedaan dat de Nederlandse staat en de banken in strijd handelen met de Europese grondrechten, door Accidental Americans te dwingen een TIN/SSN aan te vragen, in de VS belastingaangifte te doen en afstand te doen van een nationaliteit waar ze niet om hebben gevraagd.¹³ De grondrechten spelen hier een rol voor zover het de Nederlandse medewerking aan de Amerikaanse belastingautoriteiten betreft¹⁴ en zijn ook relevant in de relatie tussen Wwft-plichtigen en hun cliënten. In dat verband is er een rol voor de AVG, bij verhoudingen binnen de EU voor het Handvest¹⁵, alsmede voor het EVRM.¹⁶ Art. 1 Protocol bij het EVRM bepaalt dat burgers recht hebben op ongestoord genot van hun eigendom. Die eigendomsrechten mogen slechts worden aangetast in het algemeen

¹⁰ Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties.

¹¹ Er wordt zelfs aangegeven dat het heel verklaarbaar kan zijn als iemand geen buitenlands fiscaal identificatienummer heeft.

¹² Onder meer strijd met de openbare orde.

¹³ Het Europees Parlement heeft op 5 juli 2018 een resolutie over FATCA aangenomen, waarin aandacht wordt gevraagd voor de Europese grondrechten van onder meer de Accidental Americans, P8_TA(2018)0316, http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2018-0316_EN.pdf. In mei 2018 werd een onderzoeksrapport uitgebracht door een belastingrechtsspecialist, Carlo Garbarino, in opdracht van de verzoekschriftencommissie van het Europees Parlement, PETI, [http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/188328/IPOI_STU\(2018\)604967_EN-original.pdf](http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/188328/IPOI_STU(2018)604967_EN-original.pdf). Op 12 november 2019 was er een publieke hoorzitting in het Europese Parlement over FATCA in de EU, <http://www.europarl.europa.eu/committees/en/PETI/events-hearings.html?id=20191104CHE06441>.

¹⁴ De VS is uiteraard vrij in het tot stand brengen van fiscale regelgeving. Waar het om gaat is of Nederland medewerking mag verlenen als grondrechten van burgers worden geschonden.

¹⁵ Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹⁶ Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

belang en onder voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht, waartoe behoort dat een staat belasting mag heffen. Hoewel belastingheffing niet snel in strijd met art. 1 Protocol zal zijn, is wel degelijk toetsing mogelijk.¹⁷

Het laatste woord is hier nog niet gesproken, maar de problematiek van de Accidental Americans geeft aan dat ook nette burgers problemen met de Wwft kunnen ondervinden. De zorgplicht die Wwft-plichtigen hebben, vereist dat zij zorgvuldig omgaan met hun cliënten.

Poortwachtersrol en fiscaliteit

Gevolg van de rol van Wwft-plichtigen bij de bestrijding van belastingfraude en belastingontwijking is dat de discussies over naleving van fiscale regels niet alleen plaats vinden in de relatie tussen belastingdienst en belastingplichtige. Uiteraard houdt dat niet in de Wwft-plichtigen, zoals de bank, het werk van de belastinginspecteur over gaan doen, zoals J.A. Booijschrijft in zijn artikel *Banken als belastinginspecteur*?¹⁸ Booijs is in het artikel optimistisch over de mogelijkheden van banken om risicofactoren op belastingfraude en niet-acceptabele ontwijking te ontwikkelen. Ik vraag me af of dat optimisme juist is.

Zelf ben ik in de praktijk tegengekomen dat banken in het kader van het cliëntenonderzoek vragen stelden aan hun cliënten, waaruit ondeskundigheid op ondernemingsrechtelijk gebied bleek. Ik vraag me af of banken en andere Wwft-plichtigen wel over voldoende fiscale deskundigheid beschikken om de rol te vervullen die de Nederlandse wetgever voor ogen heeft.

Een Wwft-plichtige die over onvoldoende fiscale deskundigheid beschikt¹⁹ zou zijn cliënten onjuist kunnen beschuldigen van zelfwitwassen door middel van belastingfraude en zou zijn cliënten kunnen bewegen tot onnodige handelingen. De consequenties van de kwalificatie 'witwassen' kunnen aanzienlijk zijn: het ten onrechte beëindigen van de relatie, het melden van ongebruikelijke transacties op onjuiste gronden en het zonder goede grondslag plaatsen van personen op een zwarte lijst.²⁰ Een dergelijk opereren kan grote schade voor burgers veroorzaken. Helaas ontbreekt een goed systeem van rechtsbescherming tegen onjuist optreden van Wwft-plichtigen, al zal een en ander civielrechtelijk onrechtmatig zijn.

Het fiscale recht is een van de snelst veranderende rechtsgebieden. De komst van de Europese regelgeving ter bestrijding van belastingontwijking DAC 6²¹ die ook in Nederland wordt geïmplementeerd,²² maakt de positie van Wwft-plichtigen die geen belastingadviseur zijn er niet makkelijker op. Een aantal van hen, zoals banken, trustkantoren en notarissen, kunnen met de verplichtingen uit de DAC 6-regelgeving te maken krijgen als 'hulpintermediair'. De Raad van State had veel kritiek op de open normen in de regelgeving en drong aan op maatregelen om nadeel voor de intermediairs (belastingadviseurs) en belastingplichtigen te voorkomen.²³ Het is de vraag hoe het in de praktijk gaat uitpakken.

Intussen wijzigt de witwasbestrijdingsregelgeving eveneens snel, M. Nelemans sprak vorig jaar over elkaar snel opvolgende richtlijnen, voorstellen, implementatiewetten en nieuwe agenda's, als gevolg waarvan de anti-witwasregelgeving soms kenmerken van een kluwen heeft.²⁴

Tot slot

Wwft-plichtigen krijgen te maken met een toename van internationale uitwisseling van belastinggegevens, met ingewikkelde regelgeving ter bestrijding van financieel-economische criminaliteit waarvan belastingfraude en -ontwijking deel uitmaken en met een gamma aan informatiebronnen van wisselende kwaliteit. Het risico is groot dat zij belastingfraude en belastingontwijking niet tijdig in het vizier krijgen, wat het risico van handhavingsmaatregelen oplevert.

¹⁷ Zie paragraaf 287 en verder van de *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights* door het Europese hof, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

¹⁸ J.A. Booijs, 'Banken als belastinginspecteur?', *Ondernemingsrecht* 2020/11, p. 51/52.

¹⁹ Dit geldt uiteraard niet voor belastingadviseurs, die ook Wwft-plichtig zijn.

²⁰ In de financiële sector worden de zwarte lijsten 'incidentenwaarschuwingssystemen' genoemd.

²¹ EU-richtlijn 2018/822 van 25 mei 2018 met betrekking tot verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

²² Wet implementatie EU-richtlijn meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies, K. 35255.

²³ Advies Raad van State van 19 juni 2019, W06.19.0135/III.

²⁴ M. Nelemans, 'Financieel strafrecht', *TBS&H* 2019/3, p. 199.

Als Wwft-plichtigen te snel van niet-integer fiscaal handelen beschuldigen en maatregelen nemen, is de kans aanwezig dat zij onrechtmatig handelen. Voor zowel Wwft-plichtigen als hun cliënten is het risico dat zij veel meer geld aan fiscale deskundigheid moeten gaan uitgeven, terwijl het de vraag is of dat proportioneel en effectief is.

Strafadvoocaat Aldo Verbruggen zei onlangs in het FD dat de verwachting van de poortwachtersfunctie van de banken af en toe irreële vormen aanneemt en dat de grenzen van de verantwoordelijkheid van banken en financiële instellingen wel zijn bereikt. Hij vindt dat het te ver gaat als banken verantwoordelijk worden gesteld voor de fiscale integriteit van hun klanten.²⁵

Het is wat mij betreft hoog tijd dat de internationale witwasregelgeving ingrijpend wordt herzien en dat een systeem wordt ontwikkeld waarin private ondernemingen witwasopsporingstaken op zich kunnen nemen die passen bij het type onderneming. Monitoring van naleving van fiscale regelgeving hoort in zo'n systeem niet thuis bij ondernemingen met onvoldoende fiscale kennis. ■

²⁵ 'Justitie laat het bedrijfsleven lelijk in de steek bij corruptiezaken', Rob de Lange, *FD* 25 januari 2020.