

Aan Hare Excellentie
de Gouverneur van Curaçao
Fort Amsterdam 1
Curaçao

RvA no. RA/25-23-LB

Onderwerp: Ontwerplandsbesluit, houdende algemene maatregelen, ter uitvoering van artikel 21b, zevende lid, en artikel 22a, tweede lid, van de Landsverordening toezicht trustwezen (Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes trustwezen) (zaaknummer 2020/017878)

Advies: Met verwijzing naar uw adviesverzoek d.d. 29 september 2023 om het oordeel van de Raad van Advies inzake bovengenoemd onderwerp, bericht de Raad u als volgt.

I. Algemeen

De matigingsbevoegdheid (artikelen 4, achtste lid en 6, tweede lid)

In het achtste lid van artikel 4 en in het tweede lid van artikel 6 van het onderhavige ontwerplandsbesluit, houdende algemene maatregelen (hierna: het ontwerp) wordt de matigingsbevoegdheid van de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten (hierna: de Bank) geregeld voor wat het opleggen van een bestuurlijke boete betreft. In die artikelleden wordt bepaald dat de Bank een lagere bestuurlijke boete kan opleggen indien de overtreder aannemelijk maakt dat de vastgestelde bestuurlijke boete wegens bijzondere omstandigheden te hoog is.

In de eerste zin van de eerste alinea van subparagraaf “Matigingsbevoegdheid” van het algemeen gedeelte van de nota van toelichting (pagina’s 8 en 9) wordt aangegeven dat in het landsbesluit (lees: ontwerp) een aanvullende bevoegdheid (voor de Bank) is opgenomen ten aanzien van het boetestelsel. De Raad is van oordeel dat het toekennen van een bevoegdheid aan de Bank om bestuurlijke boetebedragen te matigen in de Landsverordening toezicht trustwezen (hierna: Lvtt) zelf opgenomen moet worden en niet in een uitvoeringsregeling zoals het onderhavige (ontwerp)landsbesluit. Het primaat van de wetgever, waarmee bij delegatie van regelgevende bevoegdheid rekening moet worden gehouden, brengt immers met zich mee dat het toekennen van een matigingsbevoegdheid aan een toezichthouder, zoals de Bank, bij landsverordening moet worden geregeld (zie in dit verband aanwijzingen 15 en 17, eerste lid, onder d, van de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: Awr)). Uit de hierboven aangehaalde subparagraaf van de nota van toelichting (tweede alinea, tweede zin op pagina 9) volgt dat de regering dezelfde mening is toegedaan.

In het verleden heeft de Raad de regering reeds gewezen op het feit dat de matigingsbevoegdheid van een bestuursorgaan (de Bank) ten aanzien van bestuursrechtelijke sancties bij landsverordening moet worden geregeld. Als voorbeeld verwijst de Raad naar zijn advies d.d. 7 februari 2018, met kenmerk RvA no. RA/33-17-LB, over het ontwerplandsbesluit, houdende algemene maatregelen, ter uitvoering van de artikelen 9a, zevende lid, en 9j, tweede lid, van de Landsverordening identificatie bij dienstverlening (Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes dienstverleners).

In paragraaf 3 “Advies Raad van Advies” van de nota van toelichting behorende bij het vastgestelde Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes dienstverlening¹ (pagina 6, laatste tekstblok) geeft de regering aan dat de desbetreffende landsverordening (Landsverordening identificatie bij dienstverlening) waar het in dat geval over ging geen grondslag bevat voor het matigen van de bestuurlijke boete en dat een wijzigingslandsverordening in voorbereiding is om dit te corrigeren. Hieruit leidt de Raad af dat de regering de mening van de Raad op dit punt deelt.

De Raad heeft op 6 september 2023 een spoedadviesverzoek ontvangen over de ontwerplandsverordening tot wijziging van de Landsverordening identificatie bij dienstverlening, de Landsverordening melding ongebruikelijke transacties, de Landsverordening toezicht trustwezen, de Landsverordening toezicht assurantiebemiddelingsbedrijf en de Landsverordening toezicht effectenbemiddelaars en vermogensbeheerders (Landsverordening bestrijding witwassen, terrorisme financiering en proliferatie).² Hoewel in deze ontwerplandsverordening ook de Lvtt wordt gewijzigd, ziet de Raad daarin geen wijzigingsvoorstel om een matigingsbevoegdheid voor de Bank op te nemen. De Raad is van oordeel dat de regering van deze gelegenheid gebruik kan maken om dit alsnog te doen, met dien verstande dat in dat geval de matigingsbevoegdheid in het achtste lid van artikel 4 en tweede lid van artikel 6 van het ontwerp geschrapt wordt.

Ten overvloede verwijst de Raad de regering naar zijn advies d.d. 1 november 2023, met kenmerk RvA no. RA/22-23-LV, over bovengenoemde ontwerplandsverordening bestrijding witwassen, terrorisme financiering en proliferatie. In dat advies wordt de regering ook verzocht om, onder schrapping van de desbetreffende artikelen uit het Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes dienstverleners 2022 en het Landsbesluit dwangsommen en bestuurlijke boetes melding ongebruikelijke transacties 2021, de matigingsbevoegdheid van de toezichthouder bij landsverordening te regelen.³

De Raad adviseert de regering om het ontwerp en de nota van toelichting aan te passen. Ook wordt geadviseerd om de ontwerplandsverordening bestrijding witwassen, terrorisme financiering en proliferatie aan te passen.

¹ P.B. 2023, no. 6.

² Adviesverzoek met volgnummer RvA no. RA/22-23-LV en met zaaknummer 2023/019417.

³ Zie subonderdeel 10 “De bevoegdheid tot matiging van de bestuurlijke boete” van paragraaf II.2.a en subparagraaf 7 “De bevoegdheid tot matiging van de bestuurlijke boete” van paragraaf II.2.b van het advies RvA no. RA/22-23-LV.

II. Inhoudelijke opmerkingen

1. Het ontwerp

a. Het balanstotaal (artikel 1)

De hoogte van de bestuurlijke boete voor trustkantoren of rechtspersonen⁴ wordt berekend aan de hand van het vaste bedrag dat bij het desbetreffende tariefnummer hoort, vermeerderd met een variabel bedrag zoals opgenomen in het tweede lid van artikel 5 van het ontwerp. Het balanstotaal van de overtreder moet blijken uit bij de Bank ingediende jaarrekeningen. Zie daartoe de definitie van het begrip ‘balanstotaal’ in artikel 1 van het ontwerp. De Bank kan een trustkantoor of rechtspersoon echter geheel of gedeeltelijk ontheffing verlenen van het indienen van een jaarrekening (artikel 17, vijfde lid, van de Lvtt).

Als het balanstotaal niet kan worden bepaald, omdat er vanwege de verleende ontheffing of anderszins geen of niet tijdig een jaarrekening is ingediend, dan kan de bestuurlijke boete, bedoeld in het ontwerp in beginsel ook niet worden bepaald.

In de toelichting op artikel 1 van het ontwerp wordt aangegeven dat bij het ontbreken van een recente jaarrekening, de Bank op grond van artikel 17 van de Lvtt schriftelijke opgave zal vragen van het balanstotaal (pagina 10, eerste alinea van de nota van toelichting). Indien dat balanstotaal ontbreekt, zal volgens de nota van toelichting door de Bank een schatting worden gemaakt. De bevoegdheid van de Bank om een schatting ter zake te maken blijkt echter niet uit de Lvtt.

De Raad adviseert de regering een voorziening in de Lvtt op te nemen voor bovengenoemde gevallen, waarin het balanstotaal niet kan worden bepaald.

b. Het bedrag waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd (artikel 2)

In artikel 2 van het ontwerp worden de bedragen bepaald waarboven geen dwangsom zal worden verbeurd. In de aanhef wordt verwezen naar artikel 21b van de Lvtt. Daarin worden de strafbare gedragingen opgesomd. Deze strafbare gedragingen worden onderverdeeld in de onderdelen a en b van artikel 2 van het ontwerp. In deze onderverdeling komt de strafbare gedraging genoemd in het achtste lid van artikel 5 van de Lvtt niet voor.

Het één en ander kan met andere woorden met zich meebrengen dat voor het overtreden van het achtste lid van artikel 5 van de Lvtt een last onder dwangsom kan worden opgelegd. Het is echter niet duidelijk onder welke van de twee categorieën, genoemd in artikel 2 van het ontwerp, deze strafbare gedraging moet vallen.

De Raad adviseert de regering om artikel 2 van het ontwerp aan te passen.

c. De categorieën verleners van beheersdiensten (artikel 3)

In artikel 3 van het ontwerp worden de categorieën beheersdienstverleners bepaald. Verleners van beheersdiensten zijn natuurlijke personen met een ontheffing (onderdeel a), rechtspersonen met een ontheffing (onderdeel b) en vergunninghouders (onderdeel c). Onder deze vergunninghouders wordt volgens onderdeel c van artikel 3 van het ontwerp (onder meer) begrepen de natuurlijke personen, rechtspersonen of maatschappen. Volgens de Raad moet rekening worden gehouden met het volgende.

⁴ De Raad zal voor het gemak in dit advies de verzamelterm ‘een trustkantoor of rechtspersoon’ gebruiken. Hiermee wordt niet alleen een trustkantoor bedoeld maar ook een rechtspersoon genoemd in onderdeel b van het tweede lid van artikel 2 van de Lvtt.

1°. De maatschap

Bij de laatste herziening van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) is in het jaar 2011 de achtste titel van Boek 7A, waarin de maatschap werd geregeld, komen te vervallen⁵. De maatschap werd toen vervangen door de (openbare of stille) vennootschap, geregeld in titel 13 van Boek 7 van het BW (artikelen 800 tot en met 837). De Raad is van oordeel dat de term 'maatschap' in onderdeel c van artikel 3 van het ontwerp moet worden geschrapt.

De Raad adviseert de regering het ontwerp aan te passen.

2°. De ontbrekende wettelijke grondslag

In het tweede lid van artikel 2 van de Lvtt, in samenhang gelezen met onderdeel b van artikel 1 van die landsverordening, wordt bepaald welke categorieën personen of bedrijven een beheersdienst mogen verlenen. In die categorieën komt de 'maatschap' (of openbare vennootschap) niet voor. Een maatschap of een (openbare of stille) vennootschap is geen rechtspersoon en ook geen natuurlijk persoon. Het vorenstaande brengt met zich mee dat er dus geen wettelijke grondslag in de Lvtt is om een 'maatschap' of openbare vennootschap als een verlener van beheersdiensten in de zin van artikel 2 van de Lvtt aan te merken.

De Raad adviseert de regering om onderdeel c van artikel 3 van het ontwerp aan te passen en dit artikel ook van een toelichting te voorzien.

d. Het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete ten aanzien van natuurlijke personen met een ontheffing (artikel 4)

In artikel 4 van het ontwerp wordt de wijze van het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete bepaald. In het vijfde lid van artikel 4 wordt vastgesteld hoe de draagkracht van de overtreder zal worden bepaald. In de onderdelen a en b van dat artikellid worden respectievelijk als overtreder genoemd de rechtspersoon met een ontheffing (zoals bedoeld in onderdeel b van artikel 3 van het ontwerp) en de vergunninghouder (zoals bedoeld in onderdeel c van artikel 3 van het ontwerp). Het is niet duidelijk op welke wijze de draagkracht van een natuurlijk persoon met een ontheffing (zoals bedoeld in onderdeel a van artikel 3 van het ontwerp) zal worden bepaald.

Het is de Raad opgevallen dat in het zevende lid van artikel 4 van het ontwerp wordt bepaald dat de regels voor het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete opgenomen in het tweede tot en met het vijfde lid van dat artikel niet van toepassing zijn op natuurlijke personen als bedoeld in artikel 1:127 van het Wetboek van Strafrecht. Deze natuurlijke personen zijn de leidinggevend en de opdrachtgevers die deel uitmaken van een rechtspersoon. Deze natuurlijke personen zijn niet de natuurlijke personen met een ontheffing om beheersdiensten te verlenen als bedoeld in onderdeel a van artikel 3 van het ontwerp, in samenhang gelezen met onderdeel b van het tweede lid van artikel 2 van de Lvtt. De natuurlijke personen die als leidinggevend en opdrachtgevers kunnen worden aangemerkt en die in artikel 1:127 van het Wetboek van Strafrecht worden genoemd, vallen onder onderdeel a van het tweede lid van artikel 2 van de Lvtt.

De Raad is van oordeel dat duidelijkheid moet worden gecreëerd ten aanzien van de wijze van het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete voor natuurlijke personen met een ontheffing als bedoeld in onderdeel a van artikel 3 van het ontwerp.

De Raad adviseert de regering om het ontwerp aan te passen.

e. De overtredingen waarvoor een tariefnummer wordt bepaald (artikel 5)

In het eerste lid van artikel 5 van het ontwerp is een opsomming opgenomen van een aantal artikelen uit de Lvtt, waarvan de overtreding daarvan met een bestuurlijke boete kan worden gesanctioneerd. Ten aanzien van deze feiten is een tariefnummer vastgesteld voor het opleggen

⁵ Zie artikel VI van de Landsverordening personenvennootschap, P.B. 2011, no. 67.

van een bestuurlijke boete. In deze opsomming ontbreken echter de gedragingen genoemd in het achtste lid van artikel 5 en in de laatste zin van het vijfde lid van artikel 17 van de Lvtt.

Volgens de Raad zal het vorenstaande met zich mee kunnen brengen dat de desbetreffende gedragingen gesanctioneerd kunnen worden door het opleggen van een bestuurlijke boete. Het is echter niet duidelijk welk boetebedrag, opgenomen in het tweede lid van artikel 5 van het ontwerp, opgelegd kan worden.

De Raad adviseert de regering om het ontwerp aan te passen.

2. De nota van toelichting

a. Gelijkluidende ingangsdatum van landsbesluiten

In het tweede lid van artikel 3 van het Centrale Bank-statuut voor Curaçao en Sint Maarten (hierna: Centrale Bank-statuut) wordt bepaald dat de Landen (Curaçao en Sint Maarten) zullen waarborgen dat hun nationale wetgeving, voor zover in relatie tot de doelstellingen van de Bank, en de daarop berustende uitvoeringsbepalingen, eenvormig en verenigbaar zijn met die regeling, alsmede een gelijkluidende ingangsdatum bevatten. In het algemeen gedeelte van de nota van toelichting (pagina 7, derde alinea) wordt aangegeven dat getracht is om een gelijkluidende ingangsdatum voor de verschillende landsbesluiten dwangsommen en bestuurlijke boetes in de landen Curaçao en Sint Maarten te bewerkstelligen. Dit is echter niet haalbaar gebleken. De regering geeft aan dat het blijven vasthouden aan het streven om een gelijke ingangsdatum te hanteren zal betekenen dat de Bank haar toezichttaken niet effectief zal kunnen uitoefenen. Bovendien zal de doelstelling van de Bank, neergelegd in onderdeel b van het eerste lid van artikel 3 van de Centrale Bank-statuut, in het gedrang komen. Deze doelstelling is het bevorderen van de gezondheid van het financiële systeem van de Landen (Curaçao en Sint Maarten). Volgens de regering is het waarborgen van een gelijke ingangsdatum niet in het belang van Curaçao en de financiële sector van Curaçao, mede gelet op de opkomende evaluatie van Curaçao door de Caribbean Financial Action Task Force.

De Raad is van oordeel dat niet voorbijgegaan kan worden aan het feit dat de desbetreffende doelstelling van de Bank en de bepaling in verband met een gelijkluidende ingangsdatum van de nationale wetgeving in een onderlinge regeling zijn opgenomen die hiërarchisch gezien van een hogere orde is dan een landsbesluit, houdende algemene maatregelen. De mogelijkheid om af te wijken van de bepalingen van het Centrale Bank-statuut moet in die wettelijke regeling zelf worden geregeld en kan dus niet in het ontwerp geschieden. Indien de regering van Curaçao het Centrale Bank-statuut wenst aan te passen, dan moet hiertoe eerst overeenstemming worden bereikt met Sint Maarten.

De Raad adviseert de regering om iedere vorm van strijdigheid met het Centrale Bank-statuut te voorkomen door de nota van toelichting aan te passen en te bewerkstelligen dat de verschillende landsbesluiten met betrekking tot het opleggen van dwangsommen en bestuurlijke boetes door de Bank een gelijkluidende ingangsdatum zullen hebben.

b. Consultatie

In subparagraaf “Consultatie” van het algemeen gedeelte van de nota van toelichting (pagina 7, laatste alinea, derde zin) wordt aangegeven dat er een consultatieronde is gehouden over (de voorganger van) het ontwerp en dat de representatieve organisatie van de sector trustwezen van Curaçao commentaar had. De Raad is van oordeel dat duidelijk gemaakt moet worden om welke representatieve organisatie van de sector trustwezen het hierbij gaat.

De Raad adviseert de regering om de nota van toelichting op dit punt aan te passen.

III. Opmerkingen van wetstechnische en redactionele aard

Opmerkingen van wetstechnische en redactionele aard zijn in een bijlage bij dit advies opgenomen en worden geacht hiervan integraal onderdeel uit te maken.

De Raad van Advies heeft een aantal opmerkingen bij het ontwerp en adviseert de regering daarmee rekening te houden voordat een besluit genomen wordt.

Willemstad, 6 november 2023

de Ondervoorzitter,

de Secretaris,

mevr. mr. L. M. Dindial

mevr. mr. C. M. Raphaëla

Bijlage behorende bij het advies van de Raad van Advies, RvA no. RA/25-23-LB

Zowel het ontwerp als de nota van toelichting heeft wetstechnische en redactionele onvolkomenheden. De Raad noemt de volgende voorbeelden.

1. Het ontwerp

a. Voetnoten

Het is de Raad opgevallen dat voetnoot 3 ontbreekt. Tevens kan voetnoot 5 geschrapt worden aangezien de vindplaats van de desbetreffende wettelijke regeling al in voetnoot 4 is opgenomen. Voorgesteld wordt om het ontwerp aan te passen.

b. Artikel 2

Voorgesteld wordt om:

- in onderdeel a de zinsnede '24a, derde lid 24b' te vervangen door '24a, derde lid, 24b';
- in onderdeel b de zinsnede '17, eerste en tweede lid, en vijfde lid, laatste volzin' te vervangen door '17, eerste, tweede en vijfde lid, laatste volzin'.

c. Artikel 3

Voorgesteld wordt om in onderdeel c tussen 'waaronder' en 'natuurlijk' het woord 'een' op te nemen en om het woord 'een' vóór 'maatschap' te schrappen.

d. Artikel 5

Voorgesteld wordt om in de opsomming, opgenomen in artikel 5, eerste lid, de aanduiding van de volgende artikelen te corrigeren:

- '13, eerste lid' moet vervangen worden door '13, eerste lid, eerste volzin';
- '17c' moet vervangen worden door '17c, laatste volzin';
- '17d, derde lid' moet vervangen worden door '17d, derde lid, onderdeel a'.

2. De nota van toelichting

a. Pagina 6

In de laatste zin van de eerste alinea dient de zinsnede 'de Centrale Bank van Curaçao en Sint Maarten' te worden vervangen door 'de Bank'.

b. Pagina 7

Voorgesteld wordt om:

- in de eerste zin van de eerste alinea 'landsbesluit houdende algemene maatregelen' te vervangen door 'landsbesluit, houdende algemene maatregelen,';
- de vindplaats van de wettelijke regeling van Sint Maarten, genoemd in de eerste zin van de eerste alinea, in een voetnoot te vermelden;
- in de eerste zin van de tweede alinea 'Centrale Bank Statuut voor Curaçao en Sint Maarten' te vervangen door 'Centrale Bank-statuuut voor Curaçao en Sint Maarten';
- in de tweede zin van de tweede alinea tussen 'dat' en 'voor zover' de zinsnede 'de Landen zullen waarborgen dat hun nationale wetgeving,' op te nemen;
- in de tweede zin van de tweede alinea de tweede 'Centrale Bank-Statuut' te vervangen door 'Centrale Bank-statuuut voor Curaçao en Sint Maarten' op te nemen;
- in de tweede zin van de tweede alinea tussen 'ingangsdatum' en 'bevatten' het woord 'zullen' op te nemen.

c. Pagina 8

Voorgesteld wordt om:

- in de eerste zin van de eerste alinea 'consultatie van' te vervangen door 'consultatie over';

- in de derde zin van de eerste alinea 'in het concept wordt verstaan' te vervangen door 'in het concept werd verstaan';
- in de vierde zin van de eerste alinea 'concept landsbesluit' te vervangen door 'concept-landsbesluit' en
- vóór 'handhaving' 'bestuursrechtelijke' op te nemen;
- in de eerste zin van de eerste alinea van het onderdeel 'Matigingsbevoegdheid' achter 'bevoegdheid' het woord 'is' op te nemen;
- in de tweede zin van de tweede alinea van laatstgenoemd onderdeel de gedachtestreep achter 'matigingsbevoegdheid' te vervangen door een komma.

d. Pagina 11

Voorgesteld wordt om in de eerste zin van de tweede alinea de zinsnede 'de artikelen 48b, eerste lid, en 48k, eerste lid' te vervangen door 'de laatste volzin van de artikelen 21b, eerste lid, en 22a, eerste lid'.

e. Pagina 12

Voorgesteld wordt om:

- in de eerste zin van de eerste alinea de zinsnede 'dat de (natuurlijke) persoon, bijvoorbeeld bestuurder van een rechtspersoon is,' te vervangen door 'dat de (natuurlijk) persoon bijvoorbeeld bestuurder is van een rechtspersoon,';
- in de vierde zin van de eerste alinea een komma op te nemen achter 'overtreding';
- in de eerste zin van de laatste alinea 'artikel 4, zesde lid' te vervangen door 'artikel 4, zevende lid'.

f. Pagina 13

In de eerste zin van het voorlaatste tekstblok dient 'artikelen 4, zesde lid, en 6, tweede lid,' vervangen te worden door 'artikelen 4, achtste lid, en 6, tweede lid,'.

Tevens dient de volledige bronvermelding van het artikel genoemd in de eerste zin van het laatste tekstblok in een voetnoot te worden opgenomen.

g. Pagina 14

Voorgesteld wordt om in de tweede zin van het derde tekstblok van het onderdeel 'Hoogte bestuurlijke boete' de zinsnede 'Voor de eerste tariefnummer' te vervangen door 'Voor het eerste tariefnummer'.

h. Pagina 16

Voorgesteld wordt om:

- in de zesde zin van het eerste tekstblok 'Landsverordening toezicht bank en kredietwezen' te vervangen door 'Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen;
- de vindplaats van de Landsverordening toezicht bank- en kredietwezen in een voetnoot op te nemen.