

# De focus van DNB op 'illegale marktpartijen': afstand van het vestigingsvereiste van de Wet toezicht trustkantoren?

mr. dr. M.T. van der Wulp en mr. R.-J. Lugard\*

## 1. Ten geleide

Per 1 juli 2012 is de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) op belangrijke onderdelen gewijzigd. Op deze datum is namelijk de Wijzigingswet financiële markten 2012 (Wfm 2012) in werking getreden.<sup>1</sup> De reikwijdte van de Wtt wordt door de Wfm 2012 aanzienlijk uitgebreid. Twee nieuwe activiteiten zijn als trustdienst onder de reikwijdte van de Wtt gebracht, te weten: het *bemiddelen* bij de verkoop van rechtspersonen en het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een zogenaamde 'doorstroomvennootschap'. Bovendien is de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' een vergunningplichtige activiteit geworden. In de (kernachtige) bewoordingen van De Nederlandsche Bank (DNB) gaat het bij laatstgenoemde dienstverlening om het verrichten van trustactiviteiten 'in Nederland, maar niet vanuit een Nederlandse vestiging'.<sup>2</sup>

### *Afstand van het vestigingsvereiste van de Wtt?*

Volgens DNB zou met deze uitbreiding afstand zijn gedaan van het vestigingsvereiste van de Wtt. Zij stelt dat 'virtuele trustkantoren met de wetwijziging onder de verbodsbepaling (vallen), *doordat* de vestigingseis komt te vervallen (cursivering auteurs)'.<sup>3</sup> Ook in de MvT van de Wfm 2012 wordt voorgesteld om afstand te doen: 'Voorgesteld wordt om in artikel 2, eerste lid, van de Wtt niet langer vast te houden aan het vereiste dat men werkzaam moet zijn vanuit een vestiging in Nederland en daarvoor in de plaats als criterium hanteren dat men in of vanuit Nederland werkzaam is als trustkantoor. De vestigingseis komt daarmee te vervallen'.<sup>4</sup> In deze bijdrage wordt de vraag behandeld in hoeverre in de tekst van de Wtt daadwerkelijk afstand is gedaan van het vestigingsvereiste. Het antwoord zou wel eens verrassend kunnen zijn.

### *Handhaving door DNB: focus op 'illegale marktpartijen'*

De wetwijzigingen betekenen evenzeer een uitbreiding van de mogelijkheden die DNB ter beschikking staan om handhavend op te treden tegen wat zij 'illegale marktpartijen' noemt. In haar nieuwsbrief van 11 juli 2012 kondigt DNB gerichte handhavingsacties aan, waarbij nauw zal worden samengewerkt met de Belastingdienst, FIOD-ECD en het OM:

'De komende periode besteedt DNB extra aandacht aan partijen die zonder de vereiste vergunning bovengenoemde activiteiten verrichten. DNB neemt in het bijzonder (het bemiddelen bij) de verkoop van rechtspersonen onder de loep. DNB zal met een aantal gerichte handhavingsacties optreden tegen illegale marktpartijen. Hierbij werkt DNB nauw samen met de Belastingdienst, FIOD en het Openbaar Ministerie'.<sup>5</sup>

In het kader van de uitgebreide handhavingbevoegdheden wordt er in de nieuwsbrief op gewezen dat DNB met ingang van 1 juli 2012 aan illegale trustkantoren een aanwijzing kan geven. Daarnaast kan DNB bij een trustkantoor een (stille) curator aanstellen.<sup>6</sup>

- 
- \* Melis van der Wulp is advocaat bij Wladimiroff Advocaten. Robbert-Jan Lugard is directeur bij Confidat.
  - 1 Deze wet strekt onder andere tot wijziging van de Wtt (*Stb.* 2011. 610). Zie met betrekking tot de inwerkingtreding het besluit van 22 december 2011, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2012, alsmede twee andere wetten tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (*Stb.* 2012, 671).
  - 2 'Wijziging Wtt en Rib', *Nieuwsbrief Toezicht Trustkantoren juli 2012*, DNB 11 juli 2012. Zie op de website van DNB: [www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-juli-2012/dnb275472.jsp](http://www.dnb.nl/publicatie/publicaties-dnb/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-juli-2012/dnb275472.jsp).
  - 3 Idem.
  - 4 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 43.
  - 5 DNB, t.a.p., 2012.
  - 6 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze mogelijkheid voor DNB om een trustkantoor onder stille curatele te plaatsen: K. Frielink en M. van Eersel, 'Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren. Wijzigd de wijzigingswet de werkwijzen op wijze wijze?', *Ondernemingsrecht* 2011/13, p. 471-472. Zie ook: *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren. Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 29-30.

### Plan van behandeling en afbakening

In deze bijdrage wordt in de eerste plaats de hierboven beschreven uitbreiding van de reikwijdte van de Wtt behandeld (par. 2), waarbij tevens aandacht wordt besteed aan de uitbreiding van de Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt).<sup>7</sup> Is met de uitgebreide reikwijdte van de Wtt daadwerkelijk afstand gedaan van het vestigingsvereiste van de Wtt? Wij menen dat dit niet zonder meer het geval is (par. 3). Voorts wordt de geïntroduceerde mogelijkheid behandeld om aan illegale trustkantoren een aanwijzing te geven (par. 4). Afgesloten wordt met een prikkelende vraag (par. 5).<sup>8</sup>

## 2. Reikwijdte Wtt en het vestigingsvereiste

Per 1 juli 2012 is het *bemiddelen* bij de verkoop van rechtspersonen (art. 1 onderdeel d onder 3° Wtt), evenals het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een doorstroomvennootschap (art. 1 onderdeel d onder 5° Wtt), een zelfstandig kwalificerende dienst geworden. Voorts is door uitbreiding van de verbodsbepaling (van art. 2 Wtt) de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' onder de reikwijdte van de Wtt gebracht, waarmee als gezegd afstand zou zijn gedaan van het vestigingsvereiste. Deze onderwerpen worden hieronder achtereenvolgens uitgediept.

### Bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen

Nu ook het 'bemiddelen bij' de verkoop van rechtspersonen zelfstandig als dienst in de zin van de Wtt wordt aangemerkt, is de reikwijdte van deze dienst aanzienlijk uitgebreid. Eerder is ten aanzien van deze dienst – als enige van de in de Wtt genoemde diensten – het vereiste komen te vervallen dat deze dienst 'in opdracht van' een derde dient te worden verricht om als 'dienst' in de zin van de Wtt te kunnen kwalificeren.<sup>9</sup> Volgens de MvT van de Wfm 2012 hangt de nieuwe uitbreiding samen met de aanbeveling uit het rapport *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren* van het Ministerie van Financiën (2010) om ook 'bemiddelen bij' de verkoop van rechtspersonen op te nemen als kwalificerende dienst.<sup>10</sup> Volgens de MvT ligt aan deze uitbreiding voorts de gedachte ten grondslag dat dergelijke dienstverlening naar haar aard risico's met zich brengt en trustkantoren deze diensten betrekkelijk vaak zouden verlenen.<sup>11</sup> Tevens zou kunnen hebben meegespeeld dat de wetgever hiermee heeft willen verhinderen dat ondernemingen door aanpassing van hun bedrijfsmodel onder de wet- en regelgeving van de Wtt uit zouden weten te komen. De uitbreiding heeft aanvankelijk evenwel voor enige verwarring gezorgd: in de Kamerstukken bleek géén duidelijke invulling te zijn gegeven aan de reikwijdte van de definitie van 'bemiddelen' in de zin van de Wtt. Bij een al te ruime invulling zou bijvoorbeeld de advocaat, die zowel contacten met verkopers als met een potentiële koper van een rechtspersoon onderhoudt, het risico lopen zelf (ook) als trustkantoor te worden aangemerkt.<sup>12</sup> Ter verduidelijking van de reikwijdte van de dienst van het 'bemiddelen bij' de verkoop van rechtspersonen is (eveneens) per 1 juli 2012 de Vrijstellingsregeling Wtt aangepast<sup>13</sup>, waardoor degene die partijen slechts met elkaar in contact brengt niet per definitie een trustdienst verleent. Op diezelfde datum is ook de Rib Wtt uitgebreid met twee bepalingen, waarin wordt verduidelijkt op welke wijze trustkantoren hun cliëntonderzoek dienen vorm te geven bij 'het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen' (art. 15 Rib

7. Uitbreiding van de Wtt zou een aanvulling van deze onderliggende regelgeving noodzakelijk maken. In laatstgenoemde regeling, die eveneens per 1 juli 2012 in werking is getreden, wordt volgens DNB verduidelijkt op welke wijze trustkantoren het cliëntonderzoek dienen vorm te geven bij het uitvoeren van de twee bovengenoemde nieuwe trustdiensten betreffende het bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen en het (ten behoeve van cliënt) gebruik maken van een doorstroomvennootschap. Zie ook hieronder in par. 2. De wijziging van de Rib is gepubliceerd in de Staatscourant (*Stcrt.* 2012, 14174) en op Open Boek Toezicht (deze is te raadplegen op [www.toezicht.dnb.nl](http://www.toezicht.dnb.nl)). Op laatstgenoemde website is het feedbackdocument terug te vinden waarin de analyse van de consultatieronde is opgenomen. In het nieuwsbericht wordt aangekondigd dat de regeling op 1 januari 2013 wordt omgezet in een ministeriële regeling. DNB en het Ministerie van Financiën zouden gezamenlijk aan deze overgang werken. DNB, t.a.p., 2012. Zie in dit verband ook: Besluit van 2 mei 2012 houdende de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van regels met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Overdrachtbesluit 2012 integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren), *Stb.* 2012, 218.
8. Naast genoemde onderwerpen wordt in de nieuwsbrief gewezen op de gewijzigde grens voor de kwalificatie als 'uiteindelijk belanghebbende' (UBO) in de Wtt (van 10% naar 25%). Dit onderwerp valt echter buiten de behandeling van deze bijdrage, aangezien hierin de focus van DNB op 'illegale marktpartijen' centraal staat.
9. Laatstgenoemd vereiste (dat de dienst van het verkopen van rechtspersonen 'in opdracht van' een derde geschiedt) is met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2010 (Wfm 2010) komen te vervallen. In die zin wordt met de nieuwe uitbreiding ten aanzien van deze dienst volgens de MvT van de Wfm 2012 dan ook voortgebouwd op het in de Wfm 2010 opgenomen voorstel om 'het verkopen van rechtspersonen' als dienst aan te wijzen, zie: *Kamerstukken II* 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 43. Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze reparatiewetgeving naar aanleiding van een (destijds) geconstateerde handhavinglacune met betrekking tot het verkopen van rechtspersonen: M.T. van der Wulp, 'Verscherping van het toezicht op trustkantoren', *Tijdschrift voor Toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010/3, p. 34-40.
10. Ministerie van Financiën, t.a.p., 2010, p. 7.
11. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 43.
12. Zie uitgebreid: M.T. van der Wulp en E. Timmer, 'Bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen? M&A advocaten opgelet!', *Adv.bl.* 28 juni 2012, p. 22-23.
13. Regeling van de Minister van Financiën van 13 juni 2012, nr. FM/2012/882M, tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wft in verband met de bepalingen ten aanzien van wisselinstellingen in de Wet op het financieel toezicht en de implementatie van de herziene Prospectusrichtlijn (*PbEU* L 327/1) en tot wijziging van de Vrijstellingsregeling Wet toezicht trustkantoren in verband met de Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2012, 12286. Onder bemiddelen wordt verstaan: als tussenpersoon werkzaam zijn bij het tot stand brengen van een of meer overeenkomsten tussen de opdrachtgever en derden. Zodoende moet sprake zijn van meer dan slechts het met elkaar in contact brengen van partijen: de bemiddelaar verricht werkzaamheden om vraag en aanbod bij elkaar te brengen. Een enkele doorverwijzing zal dan ook in beginsel niet gelden als bemiddeling. Wel zal het trustkantoor ten behoeve van een integere bedrijfsvoering als bedoeld in art. 3 onderdeel a Rib Wtt schriftelijk moeten vastleggen naar welke partijen verwezen wordt. *Stcrt.* 2012, 14174, p. 4.

Wtt) en 'het ten behoeve van de cliënt gebruikmaken van een vennootschap' (art. 16a Rib Wtt).<sup>14</sup>

#### *Het ten behoeve van cliënt gebruik maken van een doorstroomvennootschap*

De tweede nieuw toegevoegde dienst luidt: 'het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt'. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is een nieuw subonderdeel 5<sup>o</sup> ingevoegd in art. 1 onderdeel d Wtt.<sup>15</sup> Deze dienst wordt toegevoegd omdat de definities van bovengenoemde diensten – met uitzondering van de dienstverlening met betrekking tot (het bemiddelen bij) de verkoop van rechtspersonen – steeds zijn gericht op een vennootschap waarvan een derde de eigenaar (uiteindelijk belanghebbende) is. In de praktijk van de zogenaamde 'doorstroomvennootschappen' is de vraag naar de eigendom van de vennootschap echter niet van belang. Er blijft immers, zoals ook uit de naam 'doorstroomvennootschappen' is op te maken, niets achter in de vennootschap. Vandaar dat bij deze nieuwe dienst 'het gebruik maken van een vennootschap die tot dezelfde groep behoort als het trustkantoor' wordt toegevoegd (cursivering auteurs). Als gezegd speelt het belang van deze uitbreiding met name bij het gebruik van doorstroomvennootschappen. Als voorbeeld wordt in de MvT van de Wfm 2012 de royaltyvennootschap genoemd.<sup>16</sup> Hierbij wordt een licentie van een intellectueel eigendomsrecht (IE) verstrekt aan een vennootschap (die onderdeel is van de structuur van het trustkantoor), die vervolgens sublicenties verstrekt aan derden (die al dan niet gelieerd zijn aan de oorspronkelijke opdrachtgever). Onder aftrek van kosten en eventuele belastingen wordt de opbrengst (royalty's) weer ter beschikking gesteld aan de licentiegever, tevens eigenaar van het IE-recht. Volgens de MvT van de Wfm 2012 wordt hier materieel hetzelfde bereikt als met een eigen doelvennootschap waarin het IE-recht of een licentie daarop wordt ondergebracht, maar is de Wtt hier niet van toepassing.<sup>17</sup> Hoewel er volgens de MvT geen concrete voorbeelden bekend zijn van misbruik van dergelijke royaltyvennootschappen, wordt benadrukt dat er geen reden is om aan te nemen dat het risico op misbruik lager zou zijn bij vennootschappen die onderdeel zijn van de structuur van het trustkantoor (dan bij doelvennootschappen die eigendom zijn van een derde). Juist doordat de Wtt hier niet van toepassing is, zou de mogelijkheid ontstaan om meer anoniem een royalty te incasseren.<sup>18</sup> Een eigenaardigheid bij deze nieuwe Wtt-dienst is dat hierin (als enige van de in art. 1 onderdeel d Wtt genoemde diensten) het bestanddeel 'trustkantoor' is opgenomen, omdat het hierbij gaat om activiteiten met betrekking tot een vennootschap 'die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt'. Een cirkelredenering zou op de loer kunnen liggen in het geval dat een onderneming slechts deze kwalificerende dienst zou aanbieden: deze onderneming wordt in dat geval als trustkantoor aangemerkt, omdat het (beroeps- of bedrijfsmatig) ten behoeve van de cliënt gebruik maakt van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt.

#### *Virtuele trustkantoren*

In de derde plaats is de reikwijdte van de Wtt uitgebreid door ook de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' onder het bereik van deze wet te brengen. In de MvT van de

Wfm 2012 staat vermeld dat in Nederland thans diensten in de zin van de Wtt worden verleend door 'buitenlandse niet-vergunningplichtige trustkantoren', in de literatuur aangeduid als 'virtuele trustkantoren'.<sup>19</sup> In de MvT wordt de werkwijze van deze virtuele trustkantoren als volgt beschreven:

'In de regel vindt de dienstverlening gedeeltelijk in Nederland plaats, bijvoorbeeld een adviseur in Nederland verstrekt een advies over de fiscale structuur om belastingheffing te ontwijken. Deze geadviseerde structuur wordt vervolgens geïmplementeerd door een buitenlands trustkantoor waarmee de hiervoor bedoelde adviseur samenwerkt of dat deel uitmaakt van dezelfde groep als die waartoe de adviseur behoort. (...) De hier bedoelde buitenlandse trustkantoren zijn doorgaans bevoegd hun beroep en bedrijf uit te oefenen in het land waar zij hun zetel hebben en staan onder toezicht van de bevoegde autoriteit van dat land. Voor deze kantoren gelden echter niet dezelfde (strengere) vereisten en zorgplichten waaraan de Nederlandse kantoren moeten voldoen'.<sup>20</sup>

Zoals in de inleiding ter sprake is gekomen wordt in de MvT voorgesteld om in art. 2 lid 1 Wtt niet langer vast te houden aan het vereiste dat men werkzaam moet zijn 'vanuit een vestiging in Nederland' en daarvoor in de plaats te stellen dat men 'in of vanuit Nederland' werkzaam is als trustkantoor. De vestigingseis komt daarmee volgens de MvT te vervallen.<sup>21</sup> Tevens wordt in de MvT voorgesteld de bevoegdheid 'diensten aan te bieden' voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren. Onder het aanbieden van diensten wordt in dit verband begrepen: 'het in de uitoefening van beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een cliënt voor diensten

14. Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 3 juli 2012, nr. 2012/300086, houdende wijziging van de Regeling integrale bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2012, 14174.
15. Dit onderdeel wordt ingevoerd onder vernummering van subonderdeel 5<sup>o</sup> tot subonderdeel 6<sup>o</sup> van art. 1 onderdeel d Wtt. Art. 1 onderdeel d subonderdeel 5<sup>o</sup> Wtt (oud), thans subonderdeel 6<sup>o</sup> luidt: 'andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten'. Op grond van dit subonderdeel zijn tot op heden nog geen diensten aangewezen.
16. Zie uitgebreid over de royaltystructuur: M.T. van der Wulp, *Regulering van de Nederlandse trustsector. Strafrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving betreffende trustkantoren* (diss. Rotterdam), Zeist: Kerckebosch 2012, p. 68-70.
17. Volgens de MvT van de Wfm 2012 bieden met name grotere trustkantoren deze dienst aan, bijvoorbeeld onder de noemers 'international special purpose vehicles (spv) – Dutch resident inhouse royalty companies', 'International Licensing and Collection services' en 'Intellectual property services'.
18. M.T. van der Wulp, a.w., 2012, p. 20-21.
19. M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2009, p. 12 e.v.
20. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 44.
21. *Idem.*

waarvoor een vergunning in de zin van de Wtt is vereist'.<sup>22</sup> De vraag is echter in hoeverre de in de MvT voorgestelde uitbreiding haar weerslag heeft gehad in de wijziging van de Wtt. Om te beoordelen of daadwerkelijk afstand is gedaan van het vestigingsvereiste van de Wtt, wordt in het onderstaande eerst behandeld wat onder dit vereiste volgens de MvT van de Wtt wordt verstaan.

### 3. Het vestigingsvereiste en de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt

Sinds de inwerkingtreding van de Wtt (op 1 maart 2004) luidt de verbodsbepaling van art. 2 lid 1 Wtt: 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland werkzaam te zijn'. Voor de bepaling van de reikwijdte van dit verbod wordt aangeknoopt bij het 'vestigingsvereiste', zoals vastgelegd in het bestanddeel 'vanuit een vestiging in Nederland' van de verbodsbepaling. Voor de uitleg van het hierin opgenomen begrip 'vestiging' moet volgens de MvT van de Wtt worden aangesloten bij de betekenis van deze term in art. 43 e.v. EG-Verdrag. Er is derhalve sprake van een vestiging wanneer er daadwerkelijk economische activiteit wordt verricht door middel van een vaste basis. Dat betrekkelijk snel aan dit vereiste werd voldaan volgt ook uit de MvT van de Wtt, aangezien 'Ook de aanwezigheid die niet de vorm heeft van een bijkantoor of agentschap, maar enkel bestaat uit een eenvoudig bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandige persoon die echter gemachtigd is voor die onderneming op te treden', valt onder het begrip vestiging.<sup>23</sup>

#### Artikel 2 lid 1 Wtt: 'vanuit een vestiging in Nederland'

De redactie van art. 2 lid 1 Wtt heeft gedurende het wetgevingstraject van de Wfm 2012 een tamelijk woelige ontwikkeling doorgemaakt. Over de uiteindelijke redactie van art. 2 lid 1 Wtt heeft dan ook geruime tijd onduidelijkheid bestaan, aangezien zowel in het conceptwetsvoorstel, als in het wetsvoorstel en vervolgens in het advies van de Raad van State op basis van de lezing daarvan, steeds een andere redactie van deze bepaling opdook. Het gewijzigde voorstel van de Wfm 2012 van 1 november 2011<sup>24</sup> vormde het sluitstuk van deze ontwikkeling. Voor de hierin opgenomen redactie van het gehele art. 2 Wtt geldt overigens, dat deze identiek is aan die van het (eerdere) wetsvoorstel.<sup>25</sup>

De slotsom is dat met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 art. 2 Wtt is gewijzigd, behalve het eerste lid. Daar staat thans nog steeds:

'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn' (cursivering auteurs).

Volgens de MvT van de Wfm 2012 zou het vestigingsvereiste echter zijn komen te vervallen<sup>26</sup>, in de wettekst is het vestigingsvereiste echter gehandhaafd.

In het concept wetsvoorstel Wfm 2012 luidde art. 2 lid 1 Wtt:

'Het is verboden zonder een daartoe door de toezichthouder verleende vergunning als trustkantoor werkzaam te zijn'.<sup>27</sup>

In het hierop volgende wetsvoorstel dook de oorspronkelijke redactie van art. 2 lid 1 Wtt weer op:

'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn'.<sup>28</sup>

Hierbij wordt in het artikelsgewijs commentaar in de MvT van de Wfm 2012 gesteld dat:

'Voorgesteld wordt in artikel 2, eerste lid, van de Wtt niet langer vast te houden aan het vereiste dat men werkzaam moet zijn vanuit een vestiging in Nederland en daarvoor in de plaats als criterium te hanteren dat men in of vanuit Nederland werkzaam is als trustkantoor. De vestigingseis komt daarmee te vervallen'.<sup>29</sup>

Frielink en Van Eersel merken op dat hier mogelijk sprake is van een 'fout in de wetgeving (of in de toelichting), welke in een later stadium voor reparatie in aanmerking komt'.<sup>30</sup> Zij voeren daartoe aan dat in het kader van de evaluatie van de Wtt is voorgesteld om de zinsnede 'vanuit een vestiging in Nederland' in de verbodsbepaling te laten vervallen en daarvoor in de plaats te hanteren 'in of vanuit Nederland', zoals volgens hen ook uit de toelichting van de Wfm 2012 (zie bovenstaande passage) valt op te maken.

Aan bovenstaande onduidelijkheid is vervolgens – zo leek het even – door de Raad van State een einde gemaakt. Hij stelt dat 'ingevolge het wetsvoorstel'<sup>31</sup> art. 2 lid 1 Wtt komt te luiden:

'Het is verboden zonder een daartoe door de toezichthouder verleende vergunning in of vanuit Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn of een dienst aan te bieden'.<sup>32</sup>

22. Idem.

23. *Kamerstukken II 2002/03*, 29 041, nr. 3, p. 10.

24. *Kamerstukken I 2011/12*, 32 781, A.

25. *Kamerstukken I 2011/12*, 32 781, A, p. 24.

26. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 3, p. 44.

27. 'Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012) Deel II', p. 8. Op de website van het Ministerie van Financiën is een conceptversie van het wetsvoorstel van de Wfm 2012 geplaatst, waarin het vestigingsvereiste in zijn geheel is geschrapt. Zie ook: Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012) Deel II, p. 25-26.

28. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 2, p. 24: Artikel VII, onderdeel B.

29. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 3, p. 44.

30. K. Frielink en M. van Eersel, 'Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren. Wijzigt de wijzigingswet de werkwijzen op wijze wijze?', *Ondernemingsrecht* 2011, 93, p. 465-473. Of het een fout in de wetgeving dan wel een fout in de toelichting betreft, laten zij helaas in het midden. Wel plaatsen zij de mogelijkheid dat sprake is van een fout in de toelichting tussen haakjes, zie citaat.

31. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 2, p. 24: Artikel VII, onderdeel B.

32. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 4, p. 5.

De lezing van art. 2 lid 1 Wtt van de Raad van State sluit naadloos aan op het bovengenoemd artikelsgewijs commentaar in de MvT van de Wfm 2012, waarin als gezegd als criterium wordt gehanteerd dat men 'in of vanuit Nederland' als trustkantoor werkzaam is, waarmee de vestigingseis komt te vervallen.<sup>33</sup> De Raad van State heeft evenwel kritiek op deze verbodsbepaling. Hij adviseert dan ook om de toelichting aan te vullen en het voorstel aan te passen. Ter zake van bovenstaande (door hem zelf geformuleerde) verbodsbepaling overweegt hij:

'Aldus is sprake van uitbreiding van de Wtt over het als trustkantoor aanbieden van diensten in Nederland zonder in Nederland gevestigd te zijn. Deze uitbreiding wordt gemotiveerd door erop te wijzen dat de Wtt thans niet alle aanbieders op de Nederlandse financiële markten bestrijkt. De voorgenomen uitbreiding van de reikwijdte van de Wtt vormt een beperking van het vrije verkeer van diensten.<sup>34</sup> Wil deze beperking gerechtvaardigd zijn, dan zal een beroep moeten worden gedaan op de uitzondering voor het algemeen belang, met de daarbij behorende eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid. Daarbij is van belang dat de betreffende dienstverlening reeds valt onder het bereik van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Deze wet staat, net als de Wtt, ten dienste aan het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel. Verder merkt de Afdeling op dat in het voorstel ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de regels die in voorkomende gevallen in andere lidstaten ten aanzien van trustkantoren gelden en met het toezicht dat in die lidstaten op de aldaar gevestigde trustkantoren wordt uitgeoefend (wederzijdse erkenning).'<sup>35</sup>

#### *Afstand van het vestigingsvereiste in de Wtt?*

De slotsom is dat de uiteindelijke redactie van het art. 2 lid 1 Wtt onveranderd is gebleven ten opzichte van haar oorspronkelijke redactie (bij de inwerkingtreding van de Wtt). Het vestigingsvereiste in art. 2 lid 1 Wtt is overeind gebleven, terwijl in de toelichting van de Wfm 2012 wordt betoogd dat het vestigingsvereiste is komen te vervallen. Frielink en Van Eersel merken ons inziens terecht op dat sprake is van een fout, aangezien in de toelichting als reden voor de afstand van het vestigingsvereiste wordt gegeven dat in de verbodsbepaling van art. 2 lid 1 Wtt niet langer wordt vastgehouden aan dit criterium en dat daarvoor in de plaats het criterium 'in of vanuit Nederland' (werkzaam zijn als trustkantoor) wordt gehanteerd. Nu dat criterium niet wordt gehanteerd in art. 2 lid 1 Wtt, is er onmiskenbaar sprake van een fout. Opmerkelijk is overigens dat de wetgever zich hier twee keer aan dezelfde steen lijkt te hebben gestoten: de hier geconstateerde tegenstrijdigheid is zowel in het wetsvoorstel, als in het gewijzigde voorstel van wet opgenomen. De vraag is evenwel waar de fout nu precies zit: in de tekst van de wet of in de toelichting daarop? Het meest interessant in dit verband is de vraag of en zo ja in hoeverre het in art. 2 lid 1 Wtt genoemde vestigingsvereiste verenigbaar is met de 'afstand' daarvan, zoals in de toelichting wordt betoogd.

#### *Of: relativering van het vestigingsvereiste?*

Ons inziens is door de handhaving van de oorspronkelijke redactie van art. 2 lid 1 Wtt als zodanig kennelijk geen (volledige) afstand gedaan van het vestigingsvereiste, met dien verstande dat zij door de hieronder nader te behandelen uitbreidingen van de verbodsbepaling echter wel in belangrijke mate is gerelativeerd. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 worden als gezegd twee belangrijke verbodsbepalingen aan art. 2 Wtt toegevoegd waarin het vestigingsvereiste niet wordt toegepast, te weten het verbod op het verrichten van diensten naar Nederland (het nieuwe art. 2 lid 2 Wtt) en het verbod op het verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten (het nieuwe art. 2 lid 3 Wtt). In beide bepalingen is het vestigingsvereiste (van art. 2 lid 1 Wtt) niet van toepassing.

Er is volgens ons derhalve geen afstand gedaan van het vestigingsvereiste, maar het vereiste is door beide uitbreidingen van de verbodsbepaling voor een belangrijk deel gerelativeerd en daarmee niet langer de enige maatstaf om te bepalen of een trustkantoor onder het bereik van de Wtt valt: als het trustkantoor niet in Nederland is gevestigd, moet worden bezien of sprake is van een situatie als bedoeld in lid 2 of lid 3 van art. 2 Wtt om te beoordelen of het trustkantoor onder de reikwijdte van de Wtt valt. Zo bezien kan worden verdedigd dat de fout is gelegen in de toelichting, aangezien zij stelt dat in art. 2 lid 1 Wtt afstand is gedaan van het vestigingsvereiste. Dat is uitdrukkelijk niet het geval. In lid 2 en 3 is het beginsel niet toegepast. Ons inziens is het daarom beter te stellen dat het vestigingsvereiste in art. 2 lid 1 Wtt onverkort van toepassing is gebleven, maar dat zij in de gevallen van art. 2 lid 2 en 3 Wtt geen toepassing heeft gevonden.

#### *Artikel 2 lid 2 Wtt: dienstverlening 'naar Nederland'*

In het nieuwe art. 2 lid 2 Wtt is de verbodsbepaling met betrekking tot de dienstverlening 'naar Nederland' opgenomen, welke luidt: 'Het is een ieder met een zetel buiten Nederland verboden zonder vergunning van de toezichthouder als trustkantoor werkzaam te zijn door middel van het verrichten van diensten naar Nederland'. In lid 2 wordt met het oog op het beschermen van de integriteit van de financiële markten in Nederland en het voorkomen van witwassen ook de dienstverlening naar Nederland onder de vergunningplicht gebracht, waarbij de uitzonderingsbepalingen in de nieuwe leden 5 tot en met 8 (die eveneens met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 worden ingevoerd) dienen te waarborgen dat het vrij verkeer van dienstverlening door trustkantoren onbelemmerd blijft, zolang het trustkantoor een zetel heeft in een staat waar het toezicht op trustkantoren van gelijkwaardig niveau is.<sup>36</sup> Op basis van lid 5 is de

33. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 3, p. 44. Zie ook het citaat hierboven.

34. Art. 56 VWEU. Mogelijk is er tevens sprake van een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal (art. 63 VWEU), waardoor ook het verkeer met landen niet zijnde EU-lidstaten in het geding is. Zie ook HvJ Zaak C-452/04 (*Fidium*).

35. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 4, p. 5.

36. *Idem*, p. 6.

verbodsbepaling van lid 2 niet van toepassing op trustkantoren met een zetel in een door de Minister van Financiën aan te wijzen staat, waar toezicht op het verlenen van trustdiensten wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die deze wet beoogt te beschermen (art. 2 lid 5 Wtt). Bij AMvB kunnen regels worden gesteld (art. 2 lid 6 Wtt) en het besluit tot aanwijzing kan door de minister worden ingetrokken (art. 2 lid 7 Wtt). De bekendmaking van een besluit tot aanwijzing van een staat geschiedt in de Staatscourant (art. 2 lid 8 Wtt).

Terecht wijzen Frielink en Van Eersel er op dat de hier beschreven uitbreiding van de verbodsbepaling met het verrichten van diensten 'naar Nederland' tegen de achtergrond van de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' moet worden gezien. De tweede (hieronder nader te bespreken) uitbreiding van de verbodsbepaling duiden zij als een verbod gericht aan eenieder, waaronder niet-trustkantoren – de zogenaamde 'trustintermediairs'. Ook dit verbod is ingegeven door de wens meer controle te krijgen op de virtuele trustkantoren.<sup>37</sup> Dit blijkt (onder andere) uit de hierboven uitgelichte passages van de wetsgeschiedenis van de Wfm 2012, waarin de werkwijze van virtuele trustkantoren (beknopt) is weergegeven. Onderstaande verbodsbepaling ziet dan ook op de werkzaamheden van de vertegenwoordiger die contact maakt met de (Nederlandse) cliënt en adviseert over de mogelijke structuur die later door het gelieerde virtuele trustkantoor in het buitenland wordt opgezet.

*Artikel 2 lid 3 Wtt: 'werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten'*

Het nieuwe art. 2 lid 3 Wtt luidt: 'Het is verboden werkzaamheden te verrichten gericht op het verlenen van trustdiensten door een trustkantoor met een zetel in een niet-aangewezen staat dat niet beschikt over een vergunning als bedoeld in het tweede lid.' Frielink en Van Eersel stellen terecht dat het verbod derhalve in die zin is beperkt dat het niet geldt indien de werkzaamheden zijn gericht op het verlenen van trustdiensten door een trustkantoor met een zetel in Nederland of in een aangewezen staat, dan wel door een trustkantoor met een zetel in een niet-aangewezen staat dat over een vergunning beschikt, zodat de hierboven genoemde bepalingen in art. 2 lid 5 tot en met 8 Wtt over de mogelijkheid om staten aan te wijzen in dit verband van toepassing zijn.<sup>38</sup>

Het gaat bij art. 2 lid 3 Wtt met name om het 'bemiddelen bij' en het 'aanbieden van' het verlenen van trustdiensten. Ter zake van de bemiddelende rol wordt in de MvT van de Wfm 2012 opgemerkt: 'Een ander punt van aandacht is de bemiddelende rol die een trustkantoor kan spelen met name bij de verkoop van rechtspersonen. Vanwege de integriteitsrisico's die samenhangen met de bemiddelende activiteiten van trustkantoren, is het wenselijk die activiteiten onder het bereik van de Wtt te brengen zodat de trustkantoren een betere invulling kunnen geven aan hun rol van poortwachter van het financiële stelsel.'<sup>39</sup> Ter zake van 'het aanbieden van trustdiensten' is hierboven reeds aangestipt dat in de MvT wordt voorgesteld om deze bevoegdheid – omschreven als: 'het in de uitoefening van beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een cliënt voor diensten waarvoor een vergunning in de zin van de

Wtt is vereist'<sup>40</sup> – voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren.

In de wettekst is gekozen deze activiteiten te vatten in het bestanddeel 'verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten'. Met Frielink en Van Eersel zijn wij van mening dat hieronder zowel het aanbieden van als het bemiddelen bij het verlenen van trustdiensten moet worden verstaan, maar dat het desalniettemin aanbeveling verdient dat hier duidelijkheid over wordt verschaft.<sup>41</sup> Zij wijzen in verband met het bemiddelen bij trustdienstverlening bovendien op het voorstel in de consultatietekst van de Wfm 2012<sup>42</sup>, te weten om het adverteren voor de dienstverlening van trustkantoren voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren, welk voorstel in het uiteindelijke wetsvoorstel van de Wfm 2012 niet is teruggekeerd. Duidelijkheid op dit punt is te meer geboden aangezien bij zowel het bemiddelen als het aanbieden wordt gesproken van het (vergunninghoudende) trustkantoor, terwijl in de wettekst is gekozen voor een verbodsbepaling gericht tot 'een ieder'.

#### 4. Aanwijzing illegaal trustkantoor

Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is aan de Wtt een nieuw hoofdstuk toegevoegd, te weten hoofdstuk 7A 'Aanwijzing illegaal trustkantoor en aanstelling curator'. Reeds in de titel van dit hoofdstuk wordt de uitbreiding van het handhavinginstrument van de aanwijzing genoemd. De bestaande sanctiemodaliteit van het geven van een aanwijzing aan (vergunninghoudende) trustkantoren is hiermee uitgebreid tot het geven van aanwijzingen aan 'illegale trustkantoren'.<sup>43</sup> DNB verkrijgt hiermee de bevoegdheid om een aanwijzing te geven aan een ieder die werkzaam is als trustkantoor, maar niet beschikt over een vergunning als bedoeld in art. 2 lid 1 Wtt.<sup>44</sup> Deze bevoegdheid is geregeld in art. 24 Wtt (nieuw).

Dit artikel bepaalt dat de toezichthouder in dat geval bevoegd is een aanwijzing te geven 'die is gericht op het beëindigen van de desbetreffende werkzaamheden' (lid 1). Alvorens deze aanwijzing te geven, wordt de betrokkene in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen (lid 3). Indien de aanwijzing wordt gegeven, dient zij te vermelden: a. de werkzaamheden die in strijd met het verbod van art. 2 lid 1 Wtt zijn verleend; b. (indien van toepassing) een aanduiding van de plaats en het tijdstip waarop of de periode waarin in strijd met laatstgenoemd verbod is gehandeld; c. de wijze waarop de dienstverlening dient te worden afgebouwd en beëindigd; en d. de termijn waarin het handelen in strijd met het bedoelde verbod moet zijn beëindigd

37. K. Frielink en M. van Eersel. t.a.p., 2011, p. 465-473.

38. Idem.

39. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 3, p. 5.

40. Idem, p. 44.

41. K. Frielink en M. van Eersel, t.a.p., 2011, p. 465-473.

42. Zie conceptwetsvoorstel: Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012) Deel II, artikel XXX.

43. K. Frielink en M. van Eersel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*. Deventer: Kluwer 2010, p. 58.

44. *Kamerstukken II 2010/11*, 32 781, nr. 3, p. 45.

(lid 2). Zo kan DNB optreden zonder direct over te hoeven gaan op zwaardere sancties, zoals de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete.

#### De keuze voor een handhavingsinstrument

Bij de keuze voor een handhavingsinstrument in geval van overtreding van art. 2 lid 1 Wtt door een illegaal trustkantoor – tussen het (lichtere) instrument van de aanwijzing aan een illegaal trustkantoor en het (zwaardere) instrument van het opleggen van de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete – zal DNB volgens de Wfm 2012 gewicht toekennen aan de vraag of de overtreding van de Wtt met opzet plaatsvindt:

'Het is aan de toezichthouder om steeds per geval te bekijken of een aanwijzing het juiste middel is om op te treden tegen een onderneming of natuurlijke persoon die zonder vergunning werkzaam is als trustkantoor dan wel dat een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete het aangewezen middel is. In de regel zal een dergelijke aanwijzing in de rede liggen waar overtreding van de Wtt niet met opzet gebeurt'.<sup>45</sup>

Achtergrond van de uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid is dat in de praktijk is gebleken dat accountants en belastingadviseurs vaak onbewust als trustkantoor werkzaam zijn, zo staat in de MvT Wfm 2012.<sup>46</sup> Met name trustdiensten als 'het zijn van bestuurder' en het verlenen van 'domicilie' met 'bijkomende werkzaamheden' zouden, door accountants of belastingadviseurs, nog wel eens als 'bijproduct' van hun eigenlijke dienstverlening worden verleend.<sup>47</sup>

In het evaluatierapport van het Ministerie van Financiën, wordt ten aanzien van de door DNB gesignaleerde illegale trustkantoren een onderscheid gemaakt tussen 'bonafide dienstverleners' en trustkantoren die willens en wetens trustdiensten aanbieden zonder vergunning. Het Ministerie van Financiën stelt dat het bij eerstgenoemde categorie ('bonafide dienstverleners') gaat om dienstverleners die vanuit een bestaande praktijk trustdiensten aanbieden aan hun cliënten zonder zich voldoende te realiseren dat dit een vergunningplichtige dienst is. Met betrekking tot deze categorie is in de evaluatie naar voren gekomen dat DNB geen aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van hen had en bij ontdekking derhalve vaak gehouden was tot het nemen van een zwaardere formele toezichtmaatregel.<sup>48</sup> Aangezien ten aanzien van deze 'bonafide dienstverleners' het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete een te zwaar middel zou zijn, doet het Ministerie van Financiën de aanbeveling:<sup>49</sup>

'te voorzien in een uitbreiding van het toezichtinstrumentarium van DNB met een aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van illegale instellingen. Het is gebleken dat een groot aantal beroepsgroepen structureel of incidenteel trustdiensten verlenen in aanvulling op de diensten die zij aanbieden uit hoofde van hun primaire dienstverlening. In veel gevallen zijn die partijen zich niet bewust van het feit dat zij handelen in strijd met de verbodsbepaling in de Wtt. Indien er sprake is van een geringe overtreding en/of sprake is van geringe verwijtbaarheid, dan wel indien de overtreder zijn overtreding met grote voortvarendheid zelfstandig beëindigt, moet DNB de mogelijkheid hebben om

middels een aanwijzing een oplossing te vinden voor de ontstane situatie zonder dat er direct een punitieve sanctie (bestuurlijke boetes) of reparatieve sanctie (last onder dwangsom) hoeft te worden opgelegd'.

## 5. Slot

Het zal duidelijk zijn dat de focus van DNB bij de aangekondigde handhavingsacties tegen 'illegale marktpartijen' met name gericht zal zijn op partijen die opzettelijk de Wtt overtreden. Hoewel de uitbreiding van het handhavingsinstrument van de aanwijzing primair ziet op de 'klassieke' voorbeelden van bonafide dienstverleners (accountants, advocatenkantoren en belastingadviseurs), die door hun bijkomende werkzaamheden vergunningplichtig worden, zou deze uitbreiding ook haar diensten kunnen bewijzen bij de aangekondigde handhavingsacties. Met name nu de (wet) tekst van art. 2 lid 1 Wtt en de toelichting daarop (in de MvT van de Wfm 2012) – nog steeds – niet met elkaar in overeenstemming zijn, zouden wij ons kunnen voorstellen dat DNB tot deze handhavingsmogelijkheid geneigd zou kunnen zijn in gevallen waarin het voor de betrokken 'illegale marktpartij' niet duidelijk is geweest dat zij door de uitbreiding van de reikwijdte van de Wtt in overtreding is geraakt. Op basis van het evaluatierapport van het Ministerie van Financiën zouden in dat geval belangrijke aanknopingspunten voor gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid zijn dat sprake is van een geringe overtreding en/of van geringe verwijtbaarheid, *dan wel* indien de overtreder zijn overtreding met grote voortvarendheid zelfstandig beëindigt.

45. Idem, p. 45.

46. Idem, p. 45.

47. Hetzelfde kan worden gezegd van advocatenkantoren, zie: J. de Rooij, 'Over trustdiensten en vergunningen ervoor', *Adv bl.* 7 maart 2008, p. 118-119. Zie ook M.T. van der Wulp, t.a.p., 2010, p. 44.

48. Ministerie van Financiën, t.a.p., 2010, p. 24.

49. Idem, p. 24, zie ook p. 31.