

# Verscherping van het toezicht op trustkantoren

M.T. van der Wulp

## 1 Voorwoord

Hoewel Nederland een bloeiende trustsector heeft (de kredietcrisis lijkt niet te hebben geleid tot omzetsdaling of verlies van cliënten),<sup>1</sup> geniet deze sector weinig bekendheid bij *outsiders*.<sup>2</sup> Hetzelfde zou kunnen worden gezegd over het aantrekkelijke fiscale vestigingsklimaat van Nederland en de wijze waarop internationaal opererende bedrijven hiervan gebruik maken door zich administratief in Nederland te vestigen. Dit geschiedt door middel van een zogenoemde 'doelvennootschap' (een rechtspersoon met buitenlandse aandeelhouders), die door een Nederlands trustkantoor wordt beheerd.

Er zijn naar schatting meer dan 20.000 doelvennootschappen in Nederland gevestigd,<sup>3</sup> waarvan ongeveer de helft wordt aangemerkt als zogenoemde 'bijzondere financiële instelling' (een in Nederland gevestigde financierings-, royalty- of houdstermaatschappij met buitenlandse aandeelhouders). Het volume van de geldstromen die jaarlijks via deze bijzondere financiële instellingen lopen, is geschat op ruim 4.500 miljard euro.<sup>4</sup> Volgens het ministerie van Financiën levert de trustsector een substantiële bijdrage aan de Nederlandse economie, met een geschatte toegevoegde waarde van 1,5 miljard euro.<sup>5</sup>

De rol van trustkantoren bij het bovenstaande kan mijns inziens het best worden omschreven als 'het invulling geven' aan de vereisten, waaraan een in Nederland gevestigde doelvennootschap (van de fiscus) moet voldoen om van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland gebruik te kunnen maken.<sup>6</sup> Het gaat hier om de zogenoemde vereisten van *substance*. Enkele voorbeelden van deze vereisten zijn dat ten minste de helft van het aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of feitelijk is gevestigd in Nederland, dat de (belangrijke) bestuursbesluiten in Nederland dienen te worden genomen, dat de (hoofd)bankrekening van de rechtspersoon in Nederland wordt aangehouden, dat de boekhouding in

- 1 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 21.
- 2 M. van den Berg, F.A.G. Den Butter (VU Universiteit/AmTU) et al., *The Dutch Trust Industry Facts & Figures*, SEO Economic Research 2008, report nr. 2008-25, p. 1.
- 3 M. van den Berg, F.A.G. Den Butter (VU Universiteit/AmTU) et al. (2008), a.w., p. 14.
- 4 *Bijzondere financiële instellingen – integriteitrisico bij grote geldstromen*, DNB Kwartaalbericht maart 2007, Amsterdam: DNB 2007, p. 66-68. Zie ook: F. den Butter, P. Risseeuw en M. van den Berg, *De rol van trustkantoren in de Nederlandse economie*, Economisch Statistische Berichten (ESB), 93 (4542) 5 september 2008, p. 535-537.
- 5 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 11.
- 6 M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2009, p. 15 e.v.

Nederland wordt gevoerd en dat de rechtspersoon in Nederland is gevestigd.<sup>7</sup> De dienstverlening van trustkantoren wordt voornamelijk ingeschakeld vanuit fiscale motieven van hun cliënten, die op zichzelf legitiem zijn en voortkomen uit de wens niet meer belasting te betalen dan noodzakelijk.<sup>8</sup>

Sinds de inwerkingtreding van de Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt) op 1 maart 2004<sup>9</sup> staan trustkantoren onder toezicht van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB). De doelstelling van deze wet luidt 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel door middel van regulering van de sector'.<sup>10</sup> De gedachte was dat de vaak grote geldstromen waarmee trustkantoren te maken hebben, hen kwetsbaar zouden kunnen maken voor gebruik door criminelen voor onder andere witwassen en fiscale ontduiking.<sup>11</sup> Met de inwerkingtreding van de Wtt kreeg een belangrijk deel van de bestaande gedragsregels binnen de trustsector een wettelijke basis en daarmee algemene werking, met als doel een bijdrage te leveren aan het tegengaan van witwassen van misdadaangeleden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen.

Ruim zes jaar na de inwerkingtreding van de Wtt is deze wet geëvalueerd. Op 3 mei 2010 heeft de huidige demissionair minister van Financiën De Jager het 'Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren'<sup>12</sup> van het ministerie van Financiën aan de Tweede Kamer gestuurd. In het evaluatierapport wordt gezien of de oorspronkelijke doelstellingen van de wet gehaald zijn, of de wet nog voldoet en of er elementen zijn die voor verbetering dan wel modernisering vatbaar zijn. Het ministerie stelt in zijn rapport dat de centrale vraag of de Wtt haar doel heeft bereikt, positief kan worden beantwoord. Daarbij moet volgens het ministerie wel worden aangetekend dat de definitie die de trustsector markeert, de definitie van 'trustkantoor' in de Wtt, zou moeten worden herzien/uitgebreid.<sup>13</sup>

In het evaluatierapport wordt met betrekking tot de reikwijdte van de Wtt gewezen op een aanhangig wetsvoorstel, de Wijzigingswet financiële markten 2010, dat in het kader van de hier te bespreken 'verscherping van het toezicht op trustkantoren' bijzondere aandacht verdient. Bovendien zijn in het rapport enige aanbevelingen gedaan die mijns inziens evenzeer binnen dit kader passen en die van

7 Voor een volledig overzicht van de vereisten van 'substance', zie de Bijlage bij het besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M: Lichamen met financiële dienstverleningsactiviteiten zonder reële economische aanwezigheid in Nederland; geen zekerheid vooraf, verstrekken van inlichtingen en beperking verrekening bronheffing.

8 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 7.

9 Stb. 2004, 9.

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

11 Nota van 16 november 2001, Kamerstukken II 2001/02, 28 106, nr. 2, p. 8. In de nota wordt naast witwassen en fiscale ontduiking ook financiering van terrorisme genoemd.

12 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010.

13 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 6.

invloed zijn bij het vormgeven van toekomstige wetgeving op dit terrein. Het conceptwetsvoorstel van de Wijzigingswet financiële markten 2012 (dat ten tijde van de afronding van dit artikel ter consultatie is voorgelegd aan marktpartijen, toezichthouders, brancheorganisaties en andere relevante partijen) zal op basis van bovengenoemd evaluatierapport de Wtt aanpassen, waarbij onder andere moet worden gedacht aan scherper geformuleerde definities.<sup>14</sup> De consultatieronde is afgesloten op 6 september 2010.

## 2 Inleiding: de Wijzigingswet financiële markten 2010 en de verscherping van het toezicht op trustkantoren

Met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2010<sup>15</sup> wordt een van de belangrijkste bepalingen van de Wtt gewijzigd. In het nieuwe artikel 1 onderdeel a Wtt wordt de huidige definitie van 'trustkantoor' op enkele onderdelen aangepast. Volgens DNB is er in de Wtt op twee (nader te bespreken) punten sprake van een handhavingslacune, die door deze reparatiewetgeving wordt weggenomen. Na de wetswijziging zal DNB onderzoeken of er overtreders zijn, die vervolgens via reguliere handhavingsmaatregelen tot normconform gedrag zullen worden aangezet. Als preventieve handhavingsactie hebben diverse ondernemingen, die door de wetswijziging mogelijk in overtreding van de Wtt zullen geraken, van DNB een brief ontvangen waarin zij hierover worden geïnformeerd.<sup>16</sup> In deze brief wordt bovendien aangekondigd dat DNB handhavend zal optreden:

'DNB is voornemens in de loop van 2010 actief te gaan controleren op overtredingen van het verbod om zonder vergunning van DNB werkzaam te zijn als trustkantoor. Wij geven u in overweging te verifiëren of u of uw organisatie activiteiten verricht waarmee de Wtt zal worden overtreden zodra de beoogde wetswijziging is gerealiseerd. Indien u betwijfelt of u (of uw organisatie) werkzaamheden verricht die thans en/of na bovengenoemde wetswijziging vergunningplichtig zijn, is het raadzaam hierover tijdig juridisch advies in te winnen.

Wij attenderen u erop dat DNB in het verleden diverse malen handhavend heeft opgetreden tegen partijen die trustactiviteiten verrichtten zonder een daartoe door DNB afgegeven vergunning. Daarbij zijn aan overtredende partijen ook boetes opgelegd.<sup>17</sup>

14 <[www.minfin.nl/Actueel/Consultaties/2010/08/Consultatie\\_Wijzigingswet\\_financiële\\_markten\\_deel\\_II](http://www.minfin.nl/Actueel/Consultaties/2010/08/Consultatie_Wijzigingswet_financiële_markten_deel_II)>. Naast scherper geformuleerde definities worden als belangrijkste wijzigingen genoemd een betere afstemming op de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en een nieuw hoofdstuk over het aanstellen van een curator door de toezichthouder.

15 Het gaat hier om het thans aanhangige wetsvoorstel nr. 32 036: 'Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten' (Wijzigingswet financiële markten 2010).

16 'Preventieve handhaving Wet toezicht trustkantoren', DNB januari 2010.

17 De volledige brief bestaat uit twee pagina's en is vanaf de website van DNB te downloaden, zie: <[www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb\\_tcm40-196715.pdf](http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-196715.pdf)>.

In deze bijdrage wordt bezien wat wordt bedoeld met de door bovengenoemde wetswijziging ingeluide 'verscherping'<sup>18</sup> of 'versterking'<sup>19</sup> van het toezicht op trustkantoren. Hiertoe wordt eerst de door DNB in de Wtt geconstateerde handhavingslacune (I) besproken, die in de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) van 18 juni 2009<sup>20</sup> een centrale rol heeft gespeeld. In de kern bestond deze lacune hierin dat de Wtt ruimte zou laten voor de interpretatie 'dat het verkopen van rechtspersonen, zonder daartoe verleende opdracht van een derde niet in strijd zou zijn met de Wtt'<sup>21</sup> (indien deze dienst wordt verricht zonder een daartoe door DNB afgegeven vergunning). Daarnaast wordt een tweede handhavingslacune (II) behandeld die bestond ten aanzien van kantoorverhuurbedrijven die zich bezig houden met 'domicilieverlening, in combinatie met uitsluitend het verrichten van receptiewerkzaamheden'. Ook hier is mijns inziens sprake van een belangrijke aanscherping van de definitie van 'trustkantoor', in dit geval omdat de wetgever op dit punt de reikwijdte van de definitie van 'trustkantoor' heeft ingeperkt. Bij de bespreking van de 'nieuwe' definitie van trustkantoor (in par. 4) wordt ook laatstgenoemde lacune in de Wtt belicht.

In deze bijdrage wordt voorts bezien wat de 'verscherping van het toezicht' zou kunnen betekenen voor trustkantoren die bewust het toezicht van DNB trachten te ontwijken. In een kwalitatief empirisch onderzoek naar de dienstverlening van trustkantoren in Nederland, gepubliceerd door het 'Erasmus Instituut Toezicht & Compliance' (EITC),<sup>22</sup> is naar voren gekomen dat er naast de gereguleerde trustsector in Nederland ('de Nederlandse trustsector') ook trustkantoren actief zijn zonder dat zij beschikken over de vereiste vergunning van DNB.<sup>23</sup> Het gaat hierbij om het randverschijnsel van de 'illegale trustkantoren' en de zogenoemde 'virtuele trustkantoren'. In het evaluatierapport van het ministerie van Financiën zijn ten aanzien van beide categorieën aanbevelingen gedaan om ook deze trustkantoren onder de reikwijdte van de Wtt te brengen. Deze voorstellen zijn richtinggevend voor toekomstige wetgeving op het terrein van de verscherping van het trusttoezicht. Zij klinken bijvoorbeeld door in het conceptwetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2012, dat in paragraaf 6 van deze bijdrage wordt behandeld. In de laatste paragraaf wordt afgesloten met enkele beschouwingen en een conclusie.

18 Nieuwsbericht Nederlandse Orde van Advocaten, 15 februari 2010.

19 CBb 18 juni 2009, LJN BJ0627, «JOR» 2009/293 m.nt C.W.M. Lieverse.

20 Ibid.

21 < [www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb\\_tcm40-196715.pdf](http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-196715.pdf)>.

22 Het 'Erasmus Instituut Toezicht & Compliance' is een initiatief van verschillende faculteiten binnen de Erasmus Universiteit Rotterdam en beoogt onderzoek en onderwijs op het gebied van toezicht en compliance op een interdisciplinaire, maatschappelijk relevante wijze te stimuleren en uit te voeren. Zie voor meer informatie en publicaties uit de reeks van het instituut, de zogeheten 'EITC-reeks' (waar het hier genoemde onderzoek deel van uitmaakt): <[www.toezichtencompliance.nl](http://www.toezichtencompliance.nl)>.

23 Van der Wulp 2009, p. 12 e.v.

### 3 Een handhavingslacune (I): het verkopen van rechtspersonen

De eerste handhavingslacune betreft het verkopen van rechtspersonen; de Wtt zou ruimte laten voor de interpretatie dat het verkopen van rechtspersonen, zonder daartoe verleende opdracht van een derde, niet in strijd zou zijn met de Wtt. Met andere woorden: in dat geval zou geen sprake zijn van een 'trustkantoor' in de zin van de Wtt. Deze lacune speelde in het geding tussen 'B&S Management Rhoon B.V.' (hierna: B&S) en DNB.

Bij uitspraak van 18 juni 2009<sup>24</sup> vernietigde het CBb de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam<sup>25</sup> in het geding tussen B&S en DNB. Het CBb heeft hierbij overwogen dat B&S de dienst 'het verkopen van rechtspersonen' verricht, zonder dat sprake is van een 'opdracht' conform de definitie van trustkantoor van artikel 1, onderdeel a, van de Wtt, hetgeen volgens het CBb betekende dat DNB ten onrechte het standpunt heeft ingenomen dat B&S vergunningplichtig is op grond van de Wtt. Wanneer het gaat om een min of meer op zichzelf staande verkoop van een rechtspersoon, is de betekenis van 'het verkopen van rechtspersonen' in samenhang gelezen met het begrip 'in opdracht van' volgens het CBb niet op voorhand vanzelfsprekend. Volgens het CBb kan B&S derhalve niet worden aangemerkt als 'trustkantoor', aangezien 'het verkopen van rechtspersonen' in het geval van B&S niet 'in opdracht van' (een derde) plaatsvond. Alvorens de uitspraak van de rechtbank en het CBb inhoudelijk te bespreken, bezie ik eerst de activiteiten van B&S.

#### 3.1 B&S Management Rhoon B.V.

In tegenstelling tot wat haar bedrijfsnaam wellicht zou doen vermoeden, houdt B&S zich niet bezig met management, maar is haar dienstverlening beperkt tot het aankopen en vervolgens verkopen van vennootschappen (zogenoemde 'plankvennootschappen'). Deze dienstverlening wordt omschreven als 'het geheel zelfstandig aankopen en vervolgens, indien er vraag naar is, verkopen (van de aangekochte vennootschappen)', daarnaast worden de vennootschappen geliquideerd 'indien dit (voor B&S) een voordeel oplevert'.<sup>26</sup> De centrale vraag die partijen verdeeld houdt, is cruciaal voor de door DNB geconstateerde handhavingslacune in de Wtt ten aanzien van de verkoop van rechtspersonen. De vraag is wat de betekenis is van het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van 'trustkantoor' in relatie tot de activiteiten van B&S. Om deze vraag inzichtelijk te krijgen, dient eerst kennis te worden genomen van het begrip 'trustkantoor'.

Onder 'trustkantoor' op grond van artikel 1 aanhef en onder a van de Wtt wordt (mede) verstaan een rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig een of meer (van de in onderdeel d van dat artikel) genoemde diensten verleent *in opdracht van* een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende, rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon (met andere woorden: in

24 CBb 18 juni 2009, LJN BJ0627, «JOR» 2009/293.

25 Rb. Rotterdam 20 juli 2007, LJN BB4579, «JOR» 2007/247.

26 Ibid.

opdracht van een 'derde'). Onder diensten wordt (mede) verstaan: *het verkopen van rechtspersonen* (artikel 1 aanhef en onderdeel d, onder 3 Wtt). Ingevolge artikel 2 lid 1 Wtt is het verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn.<sup>27</sup> Het is voor de reikwijdte van dit verbod daarom cruciaal te weten wanneer een onderneming als trustkantoor moet worden aangemerkt. Artikel 1 is dan ook een van de belangrijkste bepalingen van de Wtt, waarover de meeste discussie is gevoerd.<sup>28</sup> Zo ook in het geding tussen B&S en DNB.

### 3.2 De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam

De rechtbank heeft het beroep van B&S tegen het besluit van DNB ongegrond verklaard.<sup>29</sup> Het (primaire) standpunt van B&S, dat haar activiteiten buiten de reikwijdte van artikel 1 aanhef en onderdeel a van de Wtt zouden vallen – immers: de aankoop van vennootschappen geschiedt niet 'in opdracht van' (derden), hetgeen volgens B&S een essentieel bestanddeel is van de definitie van trustkantoor – wordt door de rechtbank verworpen: B&S kwalificeert volgens de rechtbank als trustkantoor.

In het kader van de hier te bespreken handhavingslacune in de Wtt, is hetgeen de rechtbank hiertoe overweegt vermeldenswaardig. De rechtbank stelt bij het verwoorden van het standpunt van B&S vast dat: 'niet in geschil (is) dat eiseres (B&S) vennootschappen aankoopt en weer doorverkoopt zonder dat eiseres tevoren van kopers feitelijk een algemene of specifieke opdracht krijgt tot aankoop ten behoeve van die koper.' En voorts dat: '(e)iseres meent dat door het ontbreken van een dergelijke opdracht niet voldaan is aan een noodzakelijk bestanddeel om haar te kwalificeren tot trustkantoor als bedoeld in artikel 1, aanhef en onderdeel a, van de Wtt.'<sup>30</sup>

In haar motivering knoopt de rechtbank vervolgens aan bij de wetsgeschiedenis. Bij de vormgeving van de Wtt heeft de wetgever rekening gehouden met de stand van zaken van de discussie in de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) en de Financial Action Task Force on money laundering (verder: FATF). In het bijzonder is aansluiting gezocht bij de door het FATF in beeld gebrachte trustdiensten, 'voor zover relevant voor de Nederlandse situatie.'<sup>31</sup> In haar consultatiedocument merkt de FATF de volgende diensten aan als trustdiensten:

- 27 Dit wordt tevens besproken in genoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (ibid, r.o. 2.1).
- 28 Zie in dit verband ook W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf 2004, p. 28 e.v.
- 29 Bij besluit van 2 februari 2006 heeft DNB het bezwaar tegen haar besluit van 26 september 2005, houdende de weigering B&S een vergunning als bedoeld in art. 2 lid 1 Wtt te verlenen, ongegrond verklaard. Tegen dit besluit heeft (de gemachtigde van) B&S bij brief van 7 maart 2006 beroep ingesteld.
- 30 Rb. Rotterdam 20 juli 2007, LJN BB4579, «JOR» 2007/247, r.o. 2.4.
- 31 Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 4.

1. acting as a company or partnership formation agent; 2. acting as (...) a director or secretary of a company or a partner of a partnership; 3. providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or for any other person; 4. acting as a trustee of an express trust; 5. acting as a nominee shareholder for another person.<sup>32</sup>

Het verkopen van rechtspersonen wordt in de bovenstaande opsomming van de FATF niet als afzonderlijke dienst genoemd en deze dienst wordt ook in de hierna tot stand gekomen zogenoemde 'derde witwasrichtlijn' (verder: Richtlijn 2005/60/EG)<sup>33</sup> niet opgenomen.<sup>34</sup> De wetgever heeft er echter toch voor gekozen deze dienst als (trust)dienst in de Wtt op te nemen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat hiervoor is gekozen vanwege de in artikel 1 onderdeel d, onder 2 Wtt opgenomen diensten, te weten 'het verlenen van domicilie' (ofwel: het ter beschikking stellen van een correspondentieadres). De hierin opgenomen diensten (opgesomd in art. 1 onderdeel d, onder 2, sub i tot en met v Wtt)<sup>35</sup> omvatten diensten bij het opzetten van een concernstructuur of het aanbrengen van wijzigingen daarin. De eis van een verklaring van geen bezwaar van de minister van Justitie voor het oprichten van een vennootschap in Nederland zou eenvoudig omzeild kunnen worden, door gebruik te maken van bestaande Nederlandse rechtspersonen of bepaalde naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen. Door het verkopen van rechtspersonen als trustdienst op te nemen, wordt beoogd meer zicht te krijgen op deze situatie.<sup>36</sup> Daarnaast overweegt de rechtbank dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat trustkantoren die 'binnen de eigen groep' trustdiensten verlenen moeten worden uitgesloten. De wetgever heeft hiermee volgens de rechtbank wil-

32 Consultation Paper on the Review of the FATF Forty Recommendations, FATF 30 mei 2002, p. 92.

33 Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (Pb. EG 2005, L 309).

34 Op grond van art. 3 lid 7 Richtlijn 2005/60/EG moet onder 'aanbieder van trust- en bedrijfsdiensten' worden verstaan: een natuurlijke of rechtspersoon die als beroepsactiviteit enigerlei van de volgende diensten aan derden verstrekt: a) oprichten van vennootschappen of andere rechtspersonen; b) optreden als of regelen dat een andere persoon optreedt als directeur of secretaris van een vennootschap, deelgenoot in een deelgenootschap ('partnership') of in een soortgelijke hoedanigheid in andere rechtspersonen; c) verschaffen van een statutaire zetel, bedrijfsadres, administratief of correspondentieadres en andere daarmee samenhangende diensten voor een vennootschap, een deelgenootschap of enigerlei andere rechtspersoon of juridische constructie; d) optreden als of regelen dat een andere persoon optreedt als trustee van een express trust of van een soortgelijke juridische constructie; e) optreden als of regelen dat een andere persoon optreedt als gevolmachtigde aandeelhouder voor een andere persoon waarbij het niet gaat om een op een gereguleerde markt genoteerde vennootschap die is onderworpen aan openbaar-makingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen.

35 In de wandelgangen van menig trustkantoor wordt in verband met deze trustdienst gesproken van 'domicilie plus', waarmee wordt benadrukt dat domicilieverlening alleen als dienst in de zin van de Wtt wordt aangemerkt indien ten minste een van de in art. 1, onderdeel d, onder 2, sub i tot en met v genoemde 'bijkomende werkzaamheden' wordt verricht.

36 Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 4.

len aansluiten bij de genoemde internationale standaarden als die van de FATF (en Richtlijn 2005/60/EG), waar wordt gesproken van 'transactions for a client'<sup>37</sup> en 'diensten die aan derden worden verstrekt'.<sup>38</sup>

De rechtbank oordeelt derhalve dat aan de term 'opdracht' in onderdeel a van artikel 1 Wtt derhalve een minder specifieke betekenis moet worden gegeven dan die in artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (verder: BW)<sup>39</sup> en dat deze term enkel de 'verbindingsschakel' vormt tussen de te leveren diensten (als bedoeld in art. 1 onderdeel d Wtt) en de doelvennootschap (als bedoeld in art. 1 onderdeel b Wtt).<sup>40</sup> Volgens de rechtbank is reeds sprake van 'opdracht', als bedoeld in artikel 1 onderdeel a Wtt, indien aan de doelvennootschap een dienst wordt geleverd als bedoeld in artikel 1 onderdeel d Wtt, waaronder het verkopen van rechtspersonen.<sup>41</sup> De rechtbank is hiermee van oordeel dat B&S als 'trustkantoor' moet worden aangemerkt.

### 3.3 De uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Het CBb heeft in hoger beroep bovengenoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 juli 2007 in het geding tussen B&S en DNB vernietigd.<sup>42</sup> Aangezien B&S de dienst 'het verkopen van rechtspersonen' verricht zonder dat sprake is van 'opdracht' conform de definitie van artikel 1 onderdeel a Wtt, oordeelt het CBb dat ten onrechte het standpunt is ingenomen dat B&S vergunningplichtig is op grond van de Wtt. Het gevolg van deze uitspraak is dat hierdoor de mogelijkheid wordt opengelaten dat deze trustdienst wordt verricht, zonder dat een vergunning op grond van de Wtt verplicht zou zijn. Dat is precies de reden waarom DNB hier spreekt van een 'handhavingslacune in de Wtt'.

In het kader van de bespreking van deze lacune zijn de overwegingen van het CBb vermeldenswaardig, evenals de passages die DNB in hoger beroep aanhaalt ter

37 Aanbeveling 12 onderdeel e, FATF Forty Recommendations, 22 oktober 2004.

38 Art. 3 lid 7 Richtlijn 2005/60/EG.

39 Op grond van art. 7:400 BW is de overeenkomst van opdracht de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in anders bestaan dan het tot stand brengen van werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.

40 Volledigheidshalve merkt de rechtbank hierbij op dat de doelvennootschap geen onderdeel uit dient te maken van de groep waartoe het trustkantoor behoort. Een persoon of vennootschap wordt immers niet als trustkantoor aangemerkt indien de (in art. 1 onderdeel d Wtt genoemde) diensten binnen de eigen groep worden verleend.

41 Rb. Rotterdam 20 juli 2007, LJN BB4579, «JOR» 2007/247, r.o. 2.4.

42 B&S heeft bij brief van 29 augustus 2007 (bij het CBb binnengekomen op 30 augustus 2007) hoger beroep ingesteld tegen de bovenvermelde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 juli 2007, welke op 24 juli 2007 aan partijen is verzonden. Bij brief van 27 september 2007 heeft B&S de gronden van hoger beroep aangevuld. Bij brief van 13 november 2007 heeft DNB een reactie op het beroepschrift ingediend. Bij brief van 19 februari 2008 heeft B&S een conclusie van repliek ingediend, met daarbij gevoegd een door de voormalige gemachtigde van B&S opgestelde conclusie van repliek. Bij brief van 2 april 2008 heeft DNB een conclusie van dupliek ingediend. Bij brief van 5 februari 2009 heeft B&S enkele nadere stukken overgelegd. Het onderzoek ter zitting heeft op 19 februari plaatsgehad.



onderbouwing van het standpunt dat de wetgever onmiskenbaar heeft beoogd om het verkopen van rechtspersonen als zelfstandig kwalificerende dienst op te nemen, ook al is strikt genomen geen sprake van 'opdracht' als bedoeld in het BW.

Het CBb tikt de rechtbank op de vingers. Volgens het CBb heeft de rechtbank miskend dat de term 'doelvennootschap' in artikel 1, onderdeel b van de Wtt is gedefinieerd als rechtspersoon of vennootschap waaraan de in onderdeel d, onder 1 en 2 genoemde diensten worden verleend. Hetgeen betekent dat bij het uitsluitend verrichten van de onder 3 genoemde dienst 'het verkopen van rechtspersonen' in beginsel geen sprake is van een doelvennootschap. De door de rechtbank gegeven uitleg van het bestanddeel 'in opdracht van' kan volgens het CBb derhalve geen stand houden. Dit brengt het CBb bij de vraag of er andere aanknopingspunten zijn voor interpretatie van het bestanddeel 'in opdracht van'.<sup>43</sup>

Het CBb oordeelt dat genoemd bestanddeel niet los gezien kan worden van de overige bestanddelen van de definitie van 'trustkantoor', zoals 'het verlenen van een of meer diensten' en de wijze waarop het begrip 'dienst' in artikel 1 onderdeel d Wtt nader is gedefinieerd. Het CBb merkt in dit verband op dat diensten genoemd onder 1 ('het zijn van bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of vennootschap'), 2 ('domicilieverlening'), en 4 ('het zijn van trustee') op logische wijze passen bij het 'opdracht'-begrip, aangezien het bij deze diensten moeilijk voorstelbaar is dat ze worden uitgevoerd zonder dat daaraan een opdracht ten grondslag ligt.<sup>44</sup>

Bij 'de verkoop van rechtspersonen' (onder 3 genoemd) ligt dit anders. Volgens het CBb past 'het in opdracht verkopen van rechtspersonen' in ieder geval in een bredere context van diensten die worden verleend ten behoeve van het opzetten of wijzigen van een concernstructuur, maar indien het gaat om de min of meer op zichzelf staande verkoop van een rechtspersoon, is de betekenis van 'het verkopen van rechtspersonen' in samenhang gelezen met het begrip 'in opdracht van' niet op voorhand vanzelfsprekend. Het CBb volgt DNB niet in de stelling dat de koper van de rechtspersoon in het laatstgenoemde geval als opdrachtgever moet worden aangemerkt. De uitleg die DNB geeft aan het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van 'trustkantoor' in relatie tot de dienst 'het verkopen van rechtspersonen', zou het bestanddeel volgens het CBb als onderscheidend criterium zinledig maken. Daar komt nog bij dat deze uitleg zou miskennen dat een verkoopovereenkomst als zodanig berust op wilsovereenstemming tussen partijen, in welke context – wanneer de verkoop niet binnen het kader van een eerdere opdracht plaatsvindt – het element 'opdracht' geen plaats heeft.<sup>45</sup>

Ter onderbouwing van haar stelling dat de wetgever onmiskenbaar heeft beoogd om 'het verkopen van rechtspersonen' als zelfstandig kwalificerende dienst op te nemen, ook al is strikt genomen geen sprake van 'opdracht' in de zin van het BW,

43 CBb 18 juni 2009, LJN BJ0627, «JOR» 2009/293, r.o. 5.3.

44 Ibid.

45 Ibid.

heeft DNB op de volgende passages uit de wetsgeschiedenis gewezen, die ik hier laat volgen omdat zij mijns inziens helder weergeven waarop DNB haar stelling heeft gebaseerd:

'Voor de onder toezicht te plaatsen diensten sluit het wetsvoorstel aan bij de door de FATF in beeld gebrachte diensten voor zover relevant voor de Nederlandse situatie. De belangrijkste categorie voor Nederland betreft de diensten die nodig zijn voor het in stand houden en beheren van een doelvennootschap. Dit betreft het zijn van bestuurder van een doelvennootschap of het beschikbaar stellen van een (post)adres aan de doelvennootschap aangevuld met ondersteunende administratieve diensten. De tweede categorie omvat de diensten bij het opzetten van de concernstructuur of het aanbrengen van wijzigingen daarin. Voor het oprichten van een vennootschap in Nederland is een verklaring van geen bezwaar nodig van de Minister van Justitie (inclusief antecedentenonderzoek). Deze eis kan echter worden omzeild door bijvoorbeeld gebruik te maken van bestaande Nederlandse rechtspersonen of bepaalde naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen. Om meer zicht op deze laatste situatie te krijgen, is in dit wetsvoorstel het verkopen van rechtspersonen als kwalificerende dienst opgenomen. Tot slot kunnen Nederlandse trustkantoren ook een rol spelen in een Angelsaksische rechtsfiguur, de trust.'<sup>46</sup>

'Onderdeel d definieert het begrip 'dienst' als bedoeld in de definitie van trustkantoor. Er zijn vier zelfstandig kwalificerende trustdiensten opgenomen (...). Het is mogelijk dat trustkantoren slechts één van de diensten aanbieden. In de praktijk zullen het er meestal meer dan een zijn.'<sup>47</sup>

'De derde dienst betreft het verkopen van naar Nederlands of buitenlands recht opgerichte rechtspersonen. Het gaat hierbij om gebruikte rechtspersonen. Dit zijn bijvoorbeeld vennootschappen die geen bedrijfsactiviteiten (meer) verrichten en waarin zich in de regel geen of zeer weinig activa meer bevinden. Voor deze vennootschappen is bij oprichting al een verklaring van geen bezwaar verstrekt door de Minister van Justitie. Het antecedentenonderzoek heeft echter plaatsgevonden ten aanzien van de toenmalige beleidsbepalers, waardoor de nieuwe uiteindelijke belanghebbende bij de vennootschap anoniem zou kunnen blijven. Het trustkantoor dat deze rechtspersonen verkoopt, dient daarom de kopende partij te kennen.'<sup>48</sup>

'Het handelen in rechtspersonen is niet verboden. Op dit moment kunnen de adverteerders alleen worden aangepakt ingeval bij de opsporingsinstanties bekend is dat zij zich bezighouden met criminele activiteiten. Het wetsvoorstel (betreffende de Wtt, MTvdW) brengt daarin verandering doordat een

46 Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 4.

47 Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 8.

48 Ibid.

vergunning vereist is voor het beroeps- of bedrijfsmatig verkopen van rechtspersonen. De vergunningplicht betekent dat de betrouwbaarheid wordt getoetst (antecedentenonderzoek) van de handelaren in rechtspersonen, daarnaast worden er regels gesteld voor een integere bedrijfsvoering en komt er een verplichting bij te houden met wie zij zaken doen. Het wetsvoorstel maakt het dus mogelijk om mensen met een crimineel verleden van deze markt te weren en daarnaast dient de handelaar het ken-uw-cliënt principe te hanteren.<sup>49</sup>

Ten aanzien van de laatstgenoemde passage (NnavV, p. 4) overweegt het CBb dat deze passage ingaat op het via advertenties aanbieden van rechtspersonen voor anoniem zakendoen, waarbij wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel<sup>50</sup> verandering brengt in de mogelijkheden om adverteerders aan te pakken, doordat een vergunning wordt vereist voor het beroeps- of bedrijfsmatig verkopen van rechtspersonen. Het CBb onderschrijft dat uit deze passage mogelijk zou kunnen worden afgeleid dat de wetgever bij het reguleren van trustkantoren mede oog heeft gehad op handelaren in rechtspersonen die zonder opdracht als bedoeld in het BW handelen, maar dat dit echter op geen enkele wijze in de betreffende passage wordt benoemd of door andere passages uit de wetsgeschiedenis wordt ondersteund. Het CBb concludeert op grond van het bovenstaande dat er geen, dan wel onvoldoende, aanknopingspunten bestaan om het begrip 'opdracht' in de Wtt een andere betekenis toe te kennen dan 'opdracht' in de zin van het BW.<sup>51</sup>

De uitspraak van het CBb heeft een belangrijke aanzet gegeven om de definitie van 'trustkantoor' aan te scherpen, met als doel verkopers van rechtspersonen, ook indien geen sprake is van 'opdracht' in de zin van het BW, onder het bereik van deze definitie te brengen en zo de lacune in de Wtt weg te nemen.

49 Nota naar aanleiding van het verslag, Kamerstukken II 2003/04, 29 041, nr. 5, p. 4.

50 NB het gaat hier om het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de invoering van de Wtt. Niet te verwarren met het in deze bijdrage besproken wetsvoorstel van de Wijzigingswet financiële markten 2010, waarbij (onder andere) de Wtt wordt aangepast.

51 CBb 18 juni 2009, LJN BJ0627, «JOR» 2009/293, r.o. 5.3.

#### 4 Handhavingslacune (II): 'domicilieverlening' en de 'nieuwe' definitie van trustkantoor

De Wijzigingswet financiële markten 2010 past de huidige definitie van 'trustkantoor' (art. 1 onderdeel a jo. onderdeel d Wtt) aan door drie wijzigingen.<sup>52</sup> Deze worden hier besproken in de volgorde waarop zij in bovengenoemde brief van DNB aan de orde zijn gekomen, waarbij wordt afgesloten met de handhavingslacune (II) ten aanzien van de domicilieverlening.

De eerste wijziging betreft artikel 1, onderdeel d, onder 2 ('domicilieverlening'): de verwijzing naar enkele artikelen van het Handelsregisterbesluit 1996 wordt vervangen door een verwijzing naar enkele artikelen van de Handelsregisterwet 2007. Het Handelsregisterbesluit 1996 is komen te vervallen toen op 1 juli 2008 de Handelsregisterwet 2007 in werking is getreden<sup>53</sup>, waardoor deze wijziging noodzakelijk is geworden.

De tweede wijziging is ingrijpender en heeft betrekking op de hiervoor besproken lacune (par. 3). Het bestanddeel 'in opdracht van' wordt verplaatst van de definitie van 'trustkantoor' (art. 1, onderdeel a Wtt) naar de definitie van de trustdienst 'domicilie verlening plus bijkomende werkzaamheden' (art. 1, onderdeel d, onder 2 Wtt).<sup>54</sup> Dit 'overhevelen' van het bestanddeel 'in opdracht van' geschiedt daarnaast bij de definitie van de trustdiensten 'het zijn van bestuurder' (art. 1, onderdeel d, onder 1 Wtt) en 'het zijn van trustee' (art. 1, onderdeel d, onder 4 Wtt). Hierdoor geldt voor de trustdienst 'het verkopen van rechtspersonen' (art. 1,

52 Het nieuw art. 1, onderdeel a (definitie 'trustkantoor') Wtt komt te luiden: a. trustkantoor: een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon die, al dan niet tezamen met andere rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen, beroeps- of bedrijfsmatig een of meer van de in onderdeel d genoemde diensten verleent. Het nieuwe onderdeel d (definitie 'dienst') van dit art. komt te luiden: d. dienst: 1°. het zijn van bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of vennootschap in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan die rechtspersoon of vennootschap deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon; 2°. het in opdracht van een niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon, ter beschikking stellen van het adres of het postadres, bedoeld in de art. 11, eerste lid, onderdeel c, en 14, eerste lid, onderdeel c, van de Handelsregisterwet 2007, aan een andere rechtspersoon of vennootschap, indien ten minste een van de volgende bijkomende werkzaamheden wordt verricht ten behoeve van die rechtspersoon of vennootschap of ten behoeve van een, tot dezelfde groep behorende, andere rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon: i) het op privaatrechtelijk gebied geven van advies of het verlenen van bijstand, met uitzondering van het verrichten van receptiewerkzaamheden; ii) het verstrekken van belastingadvies of het verzorgen van belastingaangiften en daarmee verband houdende werkzaamheden; iii) het verrichten van werkzaamheden in verband met het opstellen, beoordelen of controleren van de jaarrekening of het voeren van administraties; iv) het werven van een bestuurder voor een rechtspersoon of vennootschap; v) andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen bijkomende werkzaamheden; 3°. het verkopen van rechtspersonen; 4°. het zijn van een trustee in de zin van het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon; of 5°. andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten.

53 Stb. 2008, 242.

54 Zie in dit verband ook noot 35.

onderdeel d, onder 3 Wtt) niet langer dat deze dienst alleen onder het bereik van de Wtt valt als een rechtspersoon 'in opdracht van' een derde wordt verkocht. In haar brief haalt DNB bovengenoemde uitspraak van het CBb aan en verwijst naar de memorie van toelichting van de Wijzigingswet financiële markten 2010, waarin staat dat:

'hoewel uit recente jurisprudentie is gebleken dat de huidige wettekst ruimte laat voor een andere uitleg, het reeds vanaf de inwerkingtreding van de Wtt de bedoeling (is) geweest dat de verkoop van rechtspersonen is aan te merken als een trustdienst en derhalve enkel en alleen mag worden uitgevoerd door een vergunninghoudend trustkantoor.'<sup>55</sup>

De derde wijziging heeft betrekking op de handhavingslacune (II) met betrekking tot domicilieverlening. Ook het belang van de deze wijziging moet niet worden onderschat. De wijziging betreft artikel 1, onderdeel d<sup>56</sup>, onder 2, sub i Wtt, waaraan wordt toegevoegd dat het verrichten van receptiewerkzaamheden is uitgezonderd. Als receptiewerkzaamheden worden aangemerkt het doorschakelen van telefonisch verkeer en het doorzenden van ongeopende poststukken. Het enkel en alleen ter beschikking stellen van het postadres van het trustkantoor aan een cliënt en het uitsluitend verrichten van bovengenoemde activiteiten zijn daardoor niet langer een kwalificerende dienst in de zin van de Wtt.<sup>57</sup> De wetgever benadrukt dat de belangen die de Wtt beoogt te beschermen de integriteit van het financiële stelsel betreffen en dat de integriteitrisico's van domicilieverlening, in combinatie met uitsluitend het verrichten van receptiewerkzaamheden, zodanig beperkt zijn dat deze toezicht uit hoofde van de Wtt niet rechtvaardigen.<sup>58</sup>

De wetgever lijkt hier een duidelijke keuze te hebben gemaakt om bedrijven die zich slechts bezighouden met domicilieverlening in combinatie met receptiewerkzaamheden en hierbij geen 'bijkomende werkzaamheden' (in de zin van art. 1, onderdeel d, onder 2, sub i tot en met v Wtt) verrichten, niet als 'trustkantoor' aan te merken. Deze lacune of 'onduidelijkheid' in de Wtt speelde met name ten aanzien van kantoorverhuurbedrijven, zogenoemde 'virtuele kantoren', die zonder vergunning via internet financiële diensten zouden verrichten. Er ontstond discussie over de vraag of de dienstverlening van deze bedrijven nu wel of niet als de (trust)dienst 'domicilieverlening' in de zin van de Wtt moest worden aangemerkt, aangezien hierbij geen 'bijkomende werkzaamheden' werden verricht.<sup>59</sup> De

55 Kamerstukken II 2008/09, 32 036, nr. 3, p. 39-40.

56 In de brief van DNB staat overigens 'tweede lid' in plaats van 'onderdeel d'. Aangezien art. 1 Wtt bestaat uit onderdeel a tot en met i, is echter evident dat hier 'onderdeel d' wordt bedoeld, hetgeen overigens ook blijkt uit het wetsvoorstel en de MvT van de Wijzigingswet financiële markten 2010.

57 Kamerstukken II 2008/09, 32 036, nr. 3, p. 40.

58 Ibid.

59 Over 'virtuele kantoren' is weinig geschreven, in het artikel 'Virtuele bureaus ontlopen DNB-toezicht trustsector', De Telegraaf, 3 mei 2008, wordt deze problematiek besproken ten aanzien van kantoorverhuurbedrijf Regus. In het artikel blijft in het midden of dit bedrijf als trustkantoor zou moeten worden aangemerkt.

nieuwe definitie van trustkantoor zou hier uitkomst kunnen bieden. Zolang deze kantoorverhuurbedrijven zich strikt zullen beperken tot domicilieverlening, eventueel in combinatie met receptiewerkzaamheden, zullen zij op grond van de nieuwe definitie niet als 'trustkantoor' worden aangemerkt.

Er zijn op internet echter ook bedrijven actief die, zonder dat zij over een vergunning van DNB beschikken, in hun dienstverlening aanzienlijk verder gaan dan bovengenoemde kantoorverhuurbedrijven. Deze bedrijven verrichten daadwerkelijk trustdiensten voor Nederlandse cliënten (zoals het verkopen van rechtspersonen, het zijn van bestuurder en het verlenen van domicilie in combinatie met diensten als het verstrekken van belastingadvies en het verzorgen van belastingaangiften). In het bovengenoemde (door het EITC gepubliceerde) empirische onderzoek naar de dienstverlening van trustkantoren in Nederland is dit verschijnsel voor het eerst beschreven en worden deze kantoren, vanwege het feit dat zij daadwerkelijk trustdiensten verrichten, aangeduid als 'virtuele trustkantoren' (niet te verwarren met bovengenoemde kantoorverhuurbedrijven die als 'virtuele kantoren' zijn aangeduid). In zijn evaluatierapport doet het ministerie enige aanbevelingen ten aanzien van deze 'virtuele trustkantoren', evenals ten aanzien van de nader te bespreken 'illegale trustkantoren'. In de navolgende paragraaf wordt het schemergebied waarin beide categorieën trustkantoren opereren nader belicht.

## 5 Trustkantoren die het toezicht ontwijken

Vooropgesteld moet worden dat het bij 'virtuele trustkantoren' en 'illegale trustkantoren' die het toezicht van DNB bewust ontwijken, gaat om een uitzonderingscategorie. Ook de dienstverlening van deze trustkantoren wijkt sterk af van de dienstverlening van de (gereguleerde) Nederlandse trustsector. Op deze plaats verwijs ik de geïnteresseerde lezer graag naar het bovengenoemde onderzoeksrapport uit de EITC-reeks, waarin de dienstverlening van beide categorieën (overigens afzonderlijk) wordt besproken.

Hier moet worden volstaan met te benadrukken dat de Nederlandse trustsector niet met het randverschijnsel van de 'toezicht ontwijkende trustkantoren' geassocieerd wenst te worden. De dienstverlening van laatstgenoemde categorie roept mijns inziens op zijn minst ook vragen op. Waarom zou een trustkantoor er moeite voor doen zich aan het toezicht en de regelgeving te onttrekken, met als gevolg dat bijvoorbeeld niet wordt voldaan aan de vereisten van een 'integere bedrijfsvoering' (art. 10 Wtt jo. Rib Wtt)? Als deze trustkantoren kennelijk geen eisen willen stellen ten aanzien van zichzelf, wat zou dit dan kunnen zeggen over de eisen die zij aan hun cliënten stellen? En bovendien: wat zegt dit over de cliënten die er op hun beurt voor kiezen om juist met deze trustkantoren in zee te gaan?

### 5.1 *Illegale trustkantoren*

Begin 2007 is uit onderzoek van DNB en signalen uit de markt gebleken dat in Nederland 'illegale trustkantoren' actief waren die niet over de vereiste vergunning beschikten. Het ging hierbij zowel om kleine kantoren aan huis als grote accountantskantoren.<sup>60</sup> DNB ontdekte dat advocaten, accountants en belastingadviseurs in sommige gevallen, naast de eigenlijke werkzaamheden, als bijproduct ook trustdiensten verrichten, zoals met name 'het optreden als bestuurder' en 'het verlenen van domicilie'. Hierdoor werden zij door DNB als 'illegaal trustkantoor' aangemerkt.<sup>61</sup> Het merendeel van deze 'illegale trustkantoren' heeft aan de medewerkers van DNB te kennen gegeven zich er niet bewust van te zijn geweest dat zij met hun bijkomende dienstverlening in overtreding waren en verleenden vervolgens volledige medewerking. In het evaluatierapport is door het ministerie opgemerkt dat DNB ten aanzien van deze (bonafide) illegale trustkantoren momenteel geen aanwijzingsbevoegdheid (art. 11 Wtt) heeft en bij ontdekking vaak gehouden is aan het nemen van een zwaardere toezichtmaatregel.<sup>62</sup> Het ministerie is ten aanzien van deze 'welwillende' trustkantoren voornemens te voorzien in deze uitbreiding van het toezichtinstrumentarium, zodat indien sprake is van een geringe overtreding en/of de geringe verwijtbaarheid, dan wel indien de overtreder zijn overtreding zelf met grote voortvarendheid beëindigt, DNB de mogelijkheid heeft door middel van 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.<sup>63</sup>

Een klein aantal 'illegale trustkantoren' probeert echter het toezicht van DNB bewust te ontwijken. Dit 'toezicht ontwijkende gedrag' bestaat uit het geen of weinig medewerking verlenen en het proberen relevante informatie achter te houden. In het evaluatierapport wordt vermeld dat DNB actief speurt naar deze 'illegale trustkantoren' en dat de meeste bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom aan deze categorie worden opgelegd.<sup>64</sup> Het toezicht ontwijkende gedrag van deze kleine groep 'illegale trustkantoren' is ook waar te nemen bij 'virtuele trustkantoren'.<sup>65</sup> Bovendien komt de dienstverlening van deze 'illegale trustkantoren' overeen met die van 'virtuele trustkantoren', waarbij wordt geadverteerd met 'belastingroutes' die sterk afwijken van de gangbare fiscale structuren waarbij vergunninghoudende trustkantoren betrokken zijn.

60 Illegale trustkantoren aangepakt, DNB Magazine 2007, nummer 5, p. 24-25.

61 J. de Rooi, Over trustdiensten en vergunningen ervoor, Advocatenblad 7 maart 2008, p. 117-119.

62 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 24.

63 Ibid.

64 Ibid.

65 Van der Wulp (2009), p. 12.

## 5.2 Virtuele trustkantoren

De dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' bevindt zich in een schemergebied. Net als bovengenoemde 'illegale trustkantoren' verrichten zij zonder vergunning van DNB trustdiensten aan Nederlandse cliënten. Virtuele trustkantoren benaderen hun cliënten meestal via Nederlandstalige websites, waarop zij adverteren met constructies voor 'belastingontwijking'. Een ander belangrijk kenmerk van deze trustkantoren is dat zij benadrukken vanuit een vestiging in het buitenland werkzaam te zijn. Hiermee wordt ingespeeld op het 'vestigingsvereiste' van de Wtt: zolang geen sprake is van een 'vestiging' van het trustkantoor in Nederland, valt het trustkantoor niet onder de vergunningplicht van de Wtt en derhalve kan het trustkantoor het toezicht ontwijken. Artikel 2 lid 1 Wtt verbiedt 'het zonder vergunning van DNB vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn'. Het volgende citaat is afkomstig van een website van een virtueel trustkantoor:

'Zoals u op onze website, briefpapier en visitekaartjes kunt zien zijn wij gevestigd op Cyprus en hebben wij geen front office in Nederland. Dat is een weloverwogen keuze geweest. (...) Een ander voordeel van het houden van ons kantoor op Cyprus is een voordeel waar mensen niet zo snel stil bij staan. Doordat klanten bij ons op Cyprus langskomen en of wij hun op locatie bezoeken wordt de privacy ten opzichte van hun keuze tot de belastingontwijkende route meer gewaarborgd. In Cyprus heeft de belastingdienst geen enkele autoriteit tot het uitvoeren van observaties bij ons kantoorpand om te kijken welke mogelijke klanten er bij ons binnenkomen.'<sup>66</sup>

Een oud medewerker (2008) van een trustkantoor dat het toezicht van DNB ontwijkt, vat de werkwijze van deze trustkantoren als volgt samen:

'Deze kantoren werken feitelijk vanuit een vestiging in Nederland, maar hebben een zetel in [land]. (...) De constructie is simpel: hier reclame maken en een trustkantoor in het buitenland vestigen. (...) Alle plichten die voor Nederlandse trustkantoren gelden worden door deze constructie omzeild.'<sup>67</sup>

De cliënten van het trustkantoor worden overigens niet uitsluitend via websites benaderd. Bovengenoemde oud medewerker verklaarde hierover:

'Op een bootshow in Nederland worden vaak cliënten geworven voor zogenaamde "BTW-vrij constructies", waarbij trustkantoren de praktische zaken regelen (...). Al dat soort regeltjes kun je aan de kant schuiven "du moment" dat je geen Nederlands trustkantoor bent. Dan wordt het opeens heel anders en dan ben jij gewoon bedrijfsvertegenwoordiger X die via internet en zo'n

66 Afkomstig van een website waarop uitleg wordt gegeven over belastingontwijking en de werkwijze en organisatie van het virtuele trustkantoor, dat zich overigens profileert als 'belastingadvieskantoor'.

67 Van der Wulp 2009, p. 44 e.v.



kantorencentra waar je zo'n secretaresse kunt huren die voor jou de telefoon opneemt. Die maakt dan voor jou afspraken. Je zet wat advertenties in de krant en één keer in de maand, dan in Rotterdam, dan in Eindhoven, dan in Amersfoort, geef jij een lezing in verband met ontwijkingsconstructies.<sup>68</sup>

Indien de toezicht ontwijkende trustkantoren een trustkantoor in het buitenland vestigen en het vervolgens doen voorkomen dat hun dienstverlening slechts vanuit die buitenlandse vestiging wordt verricht (bijvoorbeeld door op hun website, briefpapier en visitekaartjes een buitenlands adres te vermelden), is het voor DNB lastig om aan te tonen dat deze trustkantoren (ook) feitelijk in Nederland werkzaam zijn. Een medewerker van DNB (2008) verklaarde hierover:

'(het) komt er in heel veel gevallen toch op neer dat je (niet) kunt aantonen dat die dienstverlener die dienst verricht heeft, daar loopt het in veel gevallen toch op stuk. En als partijen dat allemaal vastleggen en vervolgens kwijtmaken of niet vastleggen en vervolgens wel doen, dan komt dat heel erg aan op het bewijzen van een gedraging. Dan moet je dat toch gefilmd of opgenomen hebben.'<sup>69</sup>

In zijn evaluatierapport merkt het ministerie op dat de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' een integriteitsrisico met zich meebrengt. Ook het ontbreken van regulering wordt als risico aangemerkt. Volgens het ministerie kunnen deze 'virtuele trustkantoren' niet worden gecontroleerd, omdat ze niet kwalificeren als trustkantoor en derhalve niet onder het toezicht van DNB vallen. Dit komt volgens het ministerie doordat onder de Wtt slechts trustdiensten vallen die vanuit Nederland worden aangeboden.<sup>70</sup> Mijns inziens kwalificeren deze 'virtuele trustkantoren' overigens wel degelijk als trustkantoor, maar vallen deze trustkantoren juist buiten het bereik van het toezicht doordat de vergunningplicht in artikel 2 lid 1 Wtt is beperkt tot trustkantoren die vanuit een 'vestiging' in Nederland trustdiensten verrichten.<sup>71</sup> Voorts is volgens het ministerie de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) wel van toepassing op deze instellingen, maar omdat de Wwft geen vergunningstelsel kent kan niet met zekerheid worden gesteld dat alle 'virtuele trustkantoren' ook daadwerkelijk onder toezicht staan en Wwft compliant zijn. Vanuit de wens de integriteit van de financiële markten, en meer specifiek de trustsector, te

68 Van der Wulp 2009, p. 44 e.v.

69 Van der Wulp 2009, p. 13.

70 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 23.

71 Zie in dit verband: K. Frielink, Toezicht trustkantoren in Nederland, Deventer: Kluwer 2004, p. 36 e.v. Zie ook W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, Toezicht op trustkantoren, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf 2004, p. 37 e.v. en het artikelgewijs commentaar bij art. 2 Wtt in de MvT (Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 10-11).

bevorderen, maar ook vanuit de *level playing field*-optiek, is het volgens het ministerie noodzakelijk meer zicht en controle te krijgen op deze dienstverleners.<sup>72</sup>

## 6 Het conceptwetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2012

Op basis van het Evaluatierapport Wtt worden in het conceptwetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2012 eveneens enkele wijzigingen in de Wtt voorgesteld, die in het kader van de hier besproken verscherping van het toezicht op trustkantoren van belang zijn. Het gaat hier in de eerste plaats om de voorgestelde wijzigingen in de definitie van 'dienst' van artikel 1 onderdeel d Wtt. Hier wordt onder 3 het bestanddeel 'bemiddelen bij' toegevoegd, zodat de in artikel 1 onderdeel d onder 3 Wtt genoemde dienst ('het verkopen van rechtspersonen') volledig komt te luiden: het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen. Deze wijziging hangt volgens de MvT van het conceptwetsvoorstel samen met de aanbeveling uit het evaluatierapport om ook bemiddeling bij de verkoop van rechtspersonen op te nemen als kwalificerende dienst. Hiermee wordt beoogd te regelen dat ook het kantoor dat niet zelf rechtspersonen koopt en verkoopt, maar alleen partijen met elkaar in contact brengt, onder de Wtt komt te vallen. Het trustkantoor dient hierbij zowel de motieven van de verkoper als van de koper te kennen en zich ervan te vergewissen dat geen van beide partijen malafide intenties heeft. Volgens de MvT wordt met deze wijziging voortgebouwd op een eerder voorgestelde wijziging, die expliciteert dat de verkoop van rechtspersonen een kwalificerende dienst in de zin van de Wtt is. Hier wordt kennelijk gedoeld op de Wijzigingswet financiële markten 2010.<sup>73</sup>

Tevens wordt (onder vernummering van subonderdeel 5 tot subonderdeel 6) een nieuw subonderdeel 5 ingevoegd. De nieuw toegevoegde kwalificerende dienst luidt: 'het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uit maakt'. De toevoeging van deze nieuwe dienst moet worden gezien in het licht van de praktijk van de zogenoemde doorstroomvennootschappen, waarbij de eigendom van de vennootschap niet van belang is (aangezien uiteindelijk geen resultaat in de vennootschap achterblijft) en de Wtt niet van toepassing is indien een vennootschap wordt gebruikt die onderdeel is van de structuur van het trustkantoor. In de MvT wordt als voorbeeld de royaltyvennootschap genoemd: hierbij wordt een licentie van een intellectueel eigendom (IE) verstrekt aan een vennootschap (onderdeel van de structuur van het trustkantoor) die vervolgens sublicenties verstrekt aan derden (al dan niet gelieerd aan de oorspronkelijke licentiegever). Onder aftrek van kosten en eventuele belastingen wordt de opbrengst (royalties) weer ter beschikking gesteld aan de licentiegever, tevens eigenaar van het IE-recht. Vol-

72 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 23.

73 In het conceptwetsvoorstel wordt verwezen naar Kamerstukken II 2008/09, 31 000, nr. 2. Dit moet kennelijk zijn: Kamerstukken II 2008/09, 32 036, nr. 3, p. 39-40, aangezien de in het conceptwetsvoorstel aangehaalde passage daar wordt vermeld.

gens de MvT wordt hier materieel hetzelfde bereikt als met een eigen doelvennootschap waarin het IE of een licentie daarop wordt ondergebracht, maar is de Wtt hier niet van toepassing.<sup>74</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) en dat juist doordat de Wtt hier niet van toepassing is de mogelijkheid ontstaat om meer anoniem een royalty te incasseren.

In de tweede plaats kan hier worden gewezen op de wijzigingen in de verbodsbepaling van artikel 2 Wtt. Voorgesteld wordt artikel 2 lid 1 Wtt uit te breiden, waardoor het als volgt komt te luiden: het is verboden zonder een daartoe door de toezichthouder verleende vergunning als trustkantoor werkzaam te zijn. Voorgesteld wordt om niet meer te bezien of het trustkantoor in Nederland actief is vanuit een vestiging, maar als relevant criterium te hanteren 'het feit dat een trustkantoor actief is op de Nederlandse markt'. Hiermee wordt beoogd het nog onbekende aantal 'virtuele trustkantoren' (zie nader par.5.2) dat trustactiviteiten verricht in Nederland, aan te pakken.

Tevens wordt voorgesteld de verbodsbepaling aan te scherpen door (onder vernummering van het tweede tot en met het vijfde lid tot derde tot en met zesde lid) een nieuw lid 2 in te voegen, dat als volgt komt te luiden: het is verboden te adverteren voor diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d zonder een in het eerste lid bedoelde vergunning. Het adverteren met trustdiensten is hiermee voorbehouden aan vergunninghoudende trustkantoren. De gedachte hierbij is dat het verbod op reclame zal helpen bij het opsporen van illegale aanbieders die via internet klanten werven.

## 7 Slotbeschouwing

De verscherping van het toezicht op grond van de Wetswijziging financiële markten 2010 komt inhoudelijk neer op de aanpassing van de definitie van 'trustkantoor' in de Wtt, waardoor bepaalde trustkantoren (die zich bezig houden met de verkoop van rechtspersonen) duidelijker dan voorheen onder het bereik van deze wet zijn gebracht en andere bedrijven (kantoorverhuurbedrijven, ofwel: 'virtuele kantoren', die zich uitsluitend bezig houden met domicilieverlening, al dan niet in combinatie met 'receptiewerkzaamheden') juist zijn uitgesloten. Op beide punten wordt de wetgeving door de Wetswijziging financiële markten 2010 gerepareerd. Vanuit dit oogpunt zou misschien beter kunnen worden gesproken van 'aanscherping' van het toezicht in plaats van de nu gehanteerde benaming 'verscherping'.

74 Volgens de MvT van het conceptwetsvoorstel 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'.

De reikwijdte van de Wtt wordt door de wetswijziging immers zowel uitgebreid als ingeperkt.

Ten aanzien van trustkantoren die onder het bereik van de 'nieuwe' definitie van 'trustkantoor' komen te vallen, zal DNB (zoals blijkt uit de verzonden brief) handhavend optreden. Op basis van informatie uit openbare bronnen, zoals advertenties in dagbladen, reclame-uitingen op internet en het handelsregister van de Kamer van Koophandel,<sup>75</sup> kan DNB handhavend optreden. In de strijd tegen trustkantoren die het toezicht van DNB trachten te ontwijken, is hiermee een belangrijke stap gezet: indien zij openlijk adverteren met het verrichten van trustdiensten, zal handhavend worden opgetreden.

In het 'Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren' worden (onder andere) aanbevelingen gedaan in verband met de verscherping van het toezicht ten aanzien van deze 'virtuele trustkantoren' en de 'illegale trustkantoren'. Voorgesteld wordt om beide categorieën onder het bereik van de Wtt te brengen, zodat DNB handhavend kan optreden. Hoewel het ministerie het te ver vindt gaan om in het evaluatierapport aan te geven hoe dit juridisch exact vormgegeven dient te worden, geeft het aan dat bijvoorbeeld gedacht kan worden aan het veranderen van het bestanddeel 'vanuit Nederland' naar 'in Nederland'.<sup>76</sup> Een andere mogelijkheid is volgens het ministerie een verbod op het aanbieden van en bemiddelen bij het verlenen van trustdiensten.<sup>77</sup> Hierdoor zou handhavend kunnen worden opgetreden tegen bedrijven die zeggen als 'onafhankelijke tussenpersoon' te bemiddelen tussen Nederlandse cliënten en een buitenlands trustkantoor. Het ministerie is derhalve voornemens te voorzien in een aanscherping van de wettelijke definitie van trustkantoor en de verbodsbepaling zoals opgenomen in artikel 2 lid 1 Wtt met het oogmerk om het in Nederland aanbieden, bemiddelen en verlenen van trustdiensten onder de Wtt te brengen.<sup>78</sup> De hier genoemde aanbevelingen passen mijns inziens dan ook in het kader van 'verscherping van het toezicht op trustkantoren'.

Dit geldt evenzeer voor het conceptwetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2012, dat onder meer beoogt bovengenoemde problemen aan te pakken. De vraag is echter of DNB met haar toekomstige bevoegdheden effectief zal kunnen optreden tegen deze toezicht ontwijkende trustkantoren (zoals 'virtuele trustkantoren'), die zonder vestiging of kantoor in Nederland actief zijn. De dienstverlening van deze trustkantoren is er immers op gericht om het toezicht van DNB te ontwijken. Zij speelt zich vrijwel volledig af op het internet en op zogenoemde 'belastingseminars' die worden gehouden op externe locaties, zoals in een voor deze gelegenheid gehuurde kantoorruimte. Het zal derhalve lastig blijven om deze trustkantoren in het vizier te krijgen. Het is dus nog maar de vraag in hoeverre

75 <[www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb\\_tcm40-196715.pdf](http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-196715.pdf)> (brief DNB).

76 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 23.

77 Ibid.

78 Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt, ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 24.

het voorgestelde (onderscheidend) criterium bij de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt, te weten 'het feit dat een trustkantoor actief is op de Nederlandse markt', hier uitkomst kan bieden. Veel zal afhangen van de uitleg die aan dit bestanddeel wordt gegeven. Indien de rechter dit bestanddeel te beperkt zal uitleggen, zullen trustkantoren die het toezicht ontwijken hier op inspelen en zal de wetgeving steeds moeten worden aangepast. Anderzijds gaat het geven van regels voor activiteiten die zich grotendeels buiten de Nederlandse rechtssfeer afspelen, de rechtsmacht van de Nederlandse wetgever te buiten.<sup>79</sup> Toch moet hier niet in mineurstemming worden geëindigd: met de verscherping van het toezicht zoals voorgesteld in de Wijzigingswet financiële markten 2010 en het concept van de Wijzigingswet financiële markten 2012 wordt een noodzakelijke stap gezet in de richting van de doelstelling van de Wtt, te weten 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel'<sup>80</sup> en hier in het bijzonder die van de Nederlandse trustsector.

79 Frielink 2004, p. 36-37.

80 Kamerstukken II 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 3.