

Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014; nieuwe verplichtingen voor trustkantoren en de introductie van de auditfunctie

mr. dr. M.T. van der Wulp en mr. G.P. Roth*

1. Inleiding

Op 1 januari 2015¹ zal de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014 (Rib Wtt 2014)² in werking treden. Met de regeling wordt beoogd een nieuw kader te schetsen voor integere bedrijfsvoering van trustkantoren. De Rib Wtt 2014 stelt hierbij niet alleen eisen aan de bedrijfsvoering, maar is ook gericht op de diensten die het trustkantoor verleent en de risico's die hieraan zijn verbonden.³ Aangezien de Rib Wtt 2014 geen overgangsrecht bevat, zijn de verplichtingen van deze regeling per 1 januari 2015 onverkort van toepassing bij de dienstverlening aan zowel nieuwe als bestaande cliënten.⁴

Onderzoeksverplichtingen: het 'adequaat' mitigeren en ondervangen van risico's

In deze bijdrage wordt behandeld welke verplichtingen de Rib Wtt 2014 introduceert en welke bestaande verplichtingen worden uitgebreid. Hierbij moet in de eerste plaats worden gedacht aan de onderzoeksplicht naar de risico's ten aanzien van de integere bedrijfsvoering (de wettelijke basis daarvan is gelegen in art. 3 Rib Wtt 2014). Op basis van deze onderzoeksplicht dienen – aan de hand van de analyse van deze risico's – procedures, processen en maatregelen te worden geformuleerd, die het trustkantoor in staat stellen de risico's 'adequaat te mitigeren'.

In de tweede plaats moet worden gedacht aan de uitbreiding van de (bestaande) onderzoekplicht ten aanzien van de dienstverlening (art. 23 Rib Wtt 2014). Deze uitbreiding houdt in dat het trustkantoor zich er van dient te vergewissen dat integriteitsrisico's verbonden aan zijn dienstverlening 'adequaat zijn ondervangen' (lid 2).

Compliancefunctie en auditfunctie

De Rib Wtt 2014 beoogt voorts de verantwoordelijkheid voor de naleving van de geformuleerde procedures, processen en maatregelen aan te scherpen door de introductie van zowel een tweede- als derdelijns controlefunctie. Het gaat hierbij om de compliancefunctie en de geïntroduceerde auditfunctie (art. 7 Rib Wtt 2014) (deze begrippen worden behandeld in paragraaf 3). Hierbij wordt aangesloten

bij een systematiek die bij andere financiële toezichtwetgeving is terug te vinden, zoals de Wet op het financieel toezicht (Wft).⁵

Cliëntenonderzoek, administratie en geheimhouding

Andere belangrijke inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van de oude regeling hebben betrekking op het cliëntenonderzoek, de administratie en de geheimhouding. Hierbij valt op dat ook bij het cliëntenonderzoek (paragraaf 4 Rib Wtt 2014) wordt beoogd – voor zover mogelijk – aan te sluiten bij de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). De verwachting is dat het Ministerie

* Melis van der Wulp is advocaat bij Wladimiroff Advocaten en Guido Roth is partner bij Simmons & Simmons.

1. Besluit van 7 juli 2014 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van Overdrachtsbesluit 2012 integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren. *Stb.* 2014, 291. In laatstgenoemd overdrachtsbesluit wordt de bevoegdheid van art. 10 lid 1 Wtt tot het stellen van regels aan de minister overgedragen. Tegelijk met de inwerkingtreding van het besluit zal, ter vervanging van de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (Rib Wtt) van DNB, een ministeriële regeling integere bedrijfsvoering worden vastgesteld (te weten de Rib Wtt 2014). *Stb.* 2012, 218, p. 3. Art. 27 Rib Wtt 2014 bepaalt dat de regeling in werking treedt op het tijdstip waarop het Overdrachtbesluit 2012 integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren in werking treedt.
2. Regeling van de Minister van Financiën van 15 juli 2014, FM 2014/1025 M, directie Financiële Markten, houdende regels ten behoeve van een integere bedrijfsvoering door trustkantoren als bedoeld in art. 10 lid 1 Wet toezicht trustkantoren (Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren 2014). *Stcrt.* 2014, 20684.
3. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 10. Zie ook: Open Boek Toezicht (dnb.nl), Nieuwsservice: Regeling integer bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (<http://www.toezicht.dnb.nl/4/4/4/50-204404.jsp>).
4. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 12.
5. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 10.

van Financiën voornemens is om de Wtt nog verder in lijn te brengen met de Wft en de Wwft.⁶

In navolgende paragrafen worden bovengenoemde verplichtingen nader toegelicht en van enig commentaar voorzien.

2. Integere bedrijfsvoering, integriteitsrisico en zorgplicht

Bij de behandeling van de Rib Wtt 2014 is het van belang eerst vast te stellen wat onder een ‘integere bedrijfsvoering’ moet worden verstaan. Ook in de nieuwe regeling wordt dit begrip omschreven als ‘een zodanige sturing van de organisatie van het trustkantoor en inrichting van de processen van en met betrekking tot het trustkantoor dat integriteitsrisico’s worden beheerst’.⁷ Aangezien het bestanddeel ‘integriteitsrisico’ in de Rib Wtt 2014 een nieuwe – uitgebreide – invulling heeft gekregen, zijn daarmee ook de verplichtingen met betrekking tot de ‘integere bedrijfsvoering’ uitgebreid.

Nieuw is dat het begrip ‘integriteitsrisico’ wordt gedefinieerd als ‘het gevaar van ontoereikende naleving van hetgeen bij wettelijk voorschrift is bepaald’.⁸ In die zin wijkt de Rib Wtt 2014 nu dus af van de Wft (zie art. 1 Besluit Prudentiële regels Wft). Volgens de toelichting gaat het hierbij om wets-overtredingen die gerelateerd zijn aan de activiteiten van het trustkantoor. De beoordeling van integriteitsrisico wordt hierbij – volgens de toelichting – uitgebreid als volgt:

*‘Het integriteitsrisico ziet dus niet alleen op de Nederlandse rechtsorde maar kan in voorkomende gevallen ook op buitenlandse regelgeving zien. Dit sluit aan bij het doel van de regulering van de trustsector: het voorkomen dat dienstverlening door die sector wordt misbruikt voor overtreding van wettelijke voorschriften in binnen- of buitenland. Zodoende kan de onderzoeksplicht (...) in art. 23 mede op mogelijke overtredingen in het buitenland zien’.*⁹

Opgemerkt moet worden dat ‘het doel van de regulering van de Nederlandse trustsector’ in bovenstaande passage ruim wordt uitgelegd. In de nieuwe regeling wordt kennelijk van het trustkantoor verwacht dat het ook onderzoek doet naar mogelijke overtreding van regelgeving in het buitenland. Hiermee lijkt ook kennis van de relevante buitenlandse regelgeving te worden verondersteld.

De zorgplicht van het trustkantoor rust op het bestuur ingevolge art. 2 aanhef en onder a Rib Wtt 2014. Dit onderdeel luidt: ‘Het bestuur van het trustkantoor is belast met de dagelijkse leiding over de activiteiten van het trustkantoor en draagt zorg voor een integere bedrijfsvoering’. Het bestuur stelt de risico’s vast die door het trustkantoor worden gelopen en treft maatregelen ter beheersing van die risico’s. Naast het (bovengenoemde) risico van witwassen, wordt in de toelichting ook gewezen op het risico dat het trustkantoor (al of niet in hoedanigheid van bestuurder van de vennootschap) wordt gebruikt voor de financiering van terrorisme, handel met voorwetenschap en benadeling van derden.¹⁰ De toelichting laat er geen misverstanden over bestaan:

‘Het trustkantoor kan zich niet verschuilen achter de in de praktijk gebruikelijke beperking van contractu-

*ele aansprakelijkheid jegens een cliënt, de doelvennootschap of derden’.*¹¹

3. De compliancefunctie en de auditfunctie

3.1 Twee controlefuncties

De Rib Wtt 2014 introduceert de verplichting om twee controlefuncties in te richten als onderdeel van de bedrijfsvoering. Naast de compliancefunctie, die gericht is op het controleren van het trustkantoor op de naleving van het procedurehandboek en de toepasselijke wet- en regelgeving¹², wordt de verplichting tot het instellen van een auditfunctie geïntroduceerd. Laatstgenoemde auditfunctie is – kort gezegd – gericht op het controleren van de uitoefening van de compliancefunctie.¹³ De verplichting om twee controlefuncties in te richten geldt reeds voor financiële instellingen en is vastgelegd in de Wft.¹⁴

3.2 De compliancefunctie

De compliancefunctie is gericht op het controleren van de naleving door het trustkantoor van de Wtt, de onderhavige regelgeving en het procedurehandboek. In art. 6 Rib Wtt 2014 is opgenomen welke procedures in het procedurehandboek moeten zijn opgenomen. Het gaat hierbij om procedures ten behoeve van de naleving van de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977 en de daarop gebaseerde regelgeving en de voorschriften van de Rib Wtt 2014. Het gaat bij de compliancefunctie volgens de toelichting om ‘controle op de dagelijkse gang van zaken’. De compliancefunctie moet ‘onafhankelijk’ zijn; deze controle zal intern kunnen worden uitgevoerd door medewerkers van het trustkantoor die niet betrokken zijn of waren bij de te controleren werkzaamheden. Daarnaast moet zij ‘effectief’ zijn, oftewel: voldoende toegerust.¹⁵

3.3 De auditfunctie

De auditfunctie is gericht op het controleren van de compliancefunctie. Om die reden wordt de auditfunctie ook wel omschreven als ‘controle op controle’. De gedachte is dat naar gelang de compliancefunctie meer op afstand staat van de uitvoering van de dienstverlening, de auditfunctie minder intensief kan zijn. Andere factoren die van belang zijn voor de vaststelling van de ‘vereiste intensiteit’ van de auditfunc-

6. Zie in dat kader bijvoorbeeld ook T. van Middelkoop, ‘Aankomende wetswijzigingen voor trustkantoren’, in: *de Compliance Officer*, Nederlands Compliance Instituut, nr. 15, september 2014.
7. Art. 1 aanhef en onder c Rib Wtt 2014.
8. Art. 1 aanhef en onder d sub 1° Rib Wtt 2014. In de oude regeling wordt ‘integriteitsrisico’ omschreven als ‘het risico van aantasting van de reputatie van het trustkantoor of van de financiële markten in het algemeen als gevolg van een ontoereikende naleving van privaat-, bestuurs-, fiscaal-, of strafrechtelijke verplichtingen’.
9. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 12.
10. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 12.
11. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 12-13.
12. Art. 7 lid 1 Rib Wtt 2014.
13. Art. 7 lid 2 Rib Wtt 2014.
14. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 13.
15. Idem.
16. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 14.

tie zijn de complexiteit en het risicoprofiel van de dienstverlening.¹⁶

3.4 Onafhankelijkheid van de compliance- en auditfunctie

Ter waarborging van de onafhankelijkheid van de compliance- en auditfunctie dient het trustkantoor een ‘adequate functiescheiding’ in te voeren. Voorkomen moet worden dat degenen die deze functies uitoefenen hun eigen werk controleren. Met de functiescheiding wordt er derhalve zorg voor gedragen dat de volgende combinaties *niet* mogelijk zijn. In de eerste plaats moet er zorg voor worden gedragen dat de uitvoering van werkzaamheden niet wordt gecombineerd met de uitoefening van de compliancefunctie ten aanzien van die werkzaamheden (art. 7 lid 3 onder a Rib Wtt 2014). Met andere woorden, de compliancefunctie moet op ‘voldoende afstand’ staan van de uitvoering. In de tweede plaats moet er zorg voor worden gedragen dat de uitvoering van werkzaamheden en de uitoefening van de compliancefunctie niet wordt gecombineerd met de uitoefening van de auditfunctie (art. 7 lid 3 onder b Rib Wtt 2014). Ook hier geldt volgens de toelichting dat sprake moet zijn van ‘voldoende afstand’.¹⁷

Specifiek ten aanzien van bestuurders van het trustkantoor geldt een nog strengere regel: zij mogen als eindverantwoordelijke binnen het trustkantoor geen auditfunctie uitoefenen en in de uitoefening van de compliancefunctie mogen zij niet ‘kruislings elkaars werk beoordelen’. Oftewel: zij mogen geen compliancefunctie uitoefenen ten aanzien van de andere bestuurder, indien laatstgenoemde de compliancefunctie uitoefent of heeft uitgeoefend ten aanzien van eerstgenoemde bestuurder (art. 7 lid 3 onder c Rib Wtt 2014).¹⁸ Een trustkantoor kan de compliancefunctie en de auditfunctie uitbesteden (art. 7 lid 6 Rib Wtt 2014). Verwacht wordt dat met name kleine trustkantoren hiertoe genoopt zullen zijn.

4. Onderzoeksplicht met betrekking tot de bedrijfsvoering

De Rib Wtt 2014 stelt een aantal specifieke eisen die zijn toegespitst op de bedrijfsvoering van het trustkantoor. Het trustkantoor wordt geacht zijn bedrijfsvoering op dusdanige wijze in te richten, dat het in staat is de risico’s die aan het bedrijf van trustkantoor zijn verbonden ‘adequaat te mitigeren’. Daartoe is in de Rib Wtt 2014 een onderzoeksplicht opgenomen ‘naar de risico’s ten aanzien van de integere bedrijfsvoering van het trustkantoor’. Deze onderzoeksplicht is neergelegd in art/ 3 Rib Wtt 2014, welke luidt:

‘Het bestuur treft maatregelen ter bewustwording, bevordering en handhaving van integer handelen binnen de organisatie van het trustkantoor’.

De gedachte is dat het trustkantoor, aan de hand van de analyse van risico’s, procedures, processen en maatregelen kan formuleren teneinde de geïdentificeerde risico’s te mitigeren.¹⁹ Uitwerking daarvan zal dienen te geschieden in het procedurehandboek.²⁰

5. Onderzoeksplicht met betrekking tot de dienstverlening

Het trustkantoor dient kennis te hebben van het doel van zijn dienstverlening. Het trustkantoor dient voorts te onderzoeken of aan die dienstverlening integriteitsrisico’s zijn verbonden (art. 23 lid 1 Rib Wtt 2014). Naar gelang de uitkomst van dit onderzoek vergewist een trustkantoor zich ervan dat de integriteitsrisico’s die zijn verbonden aan de dienstverlening ‘adequaat zijn ondervangen’ (art. 23 lid 2 Rib Wtt 2014). Tot slot dient het trustkantoor te beschikken over de gegevens waaruit het doel van zijn dienstverlening blijkt, alsook over de gegevens omtrent het onderzoek naar de integriteitsrisico’s die aan de dienstverlening zijn verbonden (lid 1) en waaruit blijkt dat deze risico’s ‘adequaat’ zijn ondervangen (lid 2) (art. 23 lid 3 Rib Wtt 2014). Met de term ‘adequaat’ wordt beoogd enige beperking aan te brengen in de verplichtingen van het trustkantoor ten aanzien van het onderzoek: ‘met de term adequaat wordt onderkend dat uitputtend onderzoek en waterdicht bewijs niet altijd gerealiseerd kan worden’.²¹

De onderzoeksplicht is een ‘doorlopende verplichting’. Bij elke wijziging in de dienstverlening of andere relevante omstandigheden dient het trustkantoor na te gaan wat dit betekent voor de resultaten van de risicoanalyse. Als het trustkantoor zich er, in geval van ‘reële integriteitsrisico’s’, niet van kan vergewissen dat de risico’s afdoende ondervangen zijn, dan dient het de dienstverlening te weigeren of beëindigen.²²

6. Cliëntenonderzoek

Naast bovengenoemde twee onderzoeksverplichtingen, brengt de inwerkingtreding van de Rib Wtt 2014 enkele wijzigingen met zich mee in de wijze waarop het cliëntenonderzoek dient plaats te vinden. Gekozen is om ‘waar mogelijk’ in de regels inzake cliëntenonderzoek nauwer aan te sluiten bij de Wwft. Bekend voorbeeld is de definitie van uiteindelijk belanghebbende van de cliënt of doelvennootschap (art. 12 Rib Wtt 2014), waarbij de definitie is overgenomen uit de Wwft (waarin – kort gezegd – wordt aangesloten bij het 25%-belang om te bepalen wie de ‘uiteindelijk belanghebbende’ is). Daarnaast wordt in de toelichting gewezen op specifieke regels voor de omgang met personenvennootschappen en trusts.²³

Zoals bekend zijn de bepalingen in de Wwft, die betrekking hebben op het cliëntenonderzoek, niet van toepassing op trustkantoren indien de vergelijkbare bepalingen uit de Wtt van toepassing zijn. De wetgever heeft daarover, reeds in de MvT op de Wwft, geen onduidelijkheid laten bestaan: ‘De Wtt legt voor de trustkantoren gelijksoortige identificatievereisten op (...). Hiermee is reeds voldaan aan de verplichtingen van de derde witwasrichtlijn. De Wtt bevat echter geen verplichting om ongebruikelijke transacties te melden. Om reden van wetssystematiek is ervoor gekozen om de mel-

17. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 14.

18. *Idem.*

19. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 10.

20. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 13.

21. *Idem.*

22. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 21.

23. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 15.

dingsplicht van trustkantoren op te nemen in het onderhavige wetsvoorstel.²⁴

Uit het voorgaande kan worden opgemaakt dat alleen de bepalingen in de Wwft die betrekking hebben op de meldplicht (onverkort) op trustkantoren van toepassing zijn.²⁵ Samen-vattend zijn de cliëntenonderzoekbepalingen van de Wwft niet van toepassing *indien* de cliëntenonderzoekbepalingen van de Wtt van toepassing zijn. Hiermee is de vraag *wanneer* de cliëntenonderzoekbepalingen van de Wtt van toepassing zijn echter nog niet beantwoord.

In de (herziene) DNB Leidraad Wwft en SW is deze samenloopproblematiek²⁶ tussen de bepalingen uit de Wtt en de Wwft uitgelegd als volgt: *'Bij het verlenen van diensten die volgens de Wtt als trustdiensten kwalificeren, gelden de bepalingen met betrekking tot het cliëntenonderzoek uit de WWFT niet. De Wtt en de onderliggende Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Rib) bevatten hiervoor een specifiek kader voor trustkantoren, die in opzet wel overeenkomt met het kader van de WWFT'*.²⁷

7. Slot

In deze bijdrage zijn de belangrijkste verplichtingen van de Rib Wtt 2014 behandeld. Duidelijk is dat van trustkantoren nog meer wordt verwacht op het terrein van risicobeheersing – oftewel het adequaat mitigeren en ondervangen van risico's. Het begrip 'integriteitsrisico' wordt dan ook ruim uitgelegd. In voorkomende gevallen zou zij ook op overtreding van buitenlandse wet- en regelgeving zien. Dit zou volgens de toelichting op de Rib Wtt 2014 'aansluiten' bij 'het doel' van 'de regulering van de trustsector', dat (zoals aangegeven) luidt: 'het voorkomen dat dienstverlening door die sector wordt misbruikt voor overtreding van wettelijke voorschriften in binnen- of buitenland'.²⁸

De vraag is of hiermee niet een (te?) ruime invulling wordt gegeven aan de doelstelling van de regulering. In de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) – die de wettelijke basis vormt voor de regulering van de trustsector – is de doelstelling van die wet verwoord als 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel'. Hiermee beoogt de Wtt 'een bijdrage te leveren aan het tegengaan van witwassen van misdaad-gelden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen'. Beoogd wordt 'de goede reputatie van de nationale financiële sector' te beschermen.²⁹ Bij de beoordeling van het integriteitsrisico's op grond van de Rib Wtt 2014 kan de focus van het onderzoek – door het Nederlandse trustkantoor – ook *buiten* de Nederlandse rechtsorde gericht zijn. De praktijk zal uitwijzen hoe heet de soep zal worden gegeten.

Daarnaast hebben wij enige zorg over de vage normstellingen die met de Rib Wtt 2014 worden geïntroduceerd. Zoals wel vaker het geval is bij financiële toezichtsregelgeving, is ook nu weer gekozen voor principle based regelgeving. Hoewel dat tot op zekere hoogte niet valt te voorkomen, kent dit wel een belangrijke keerzijde in de beperkte rechtszekerheid die het biedt. Hoe valt bijvoorbeeld voor een trustkantoor tevoren vast te stellen of het de risico's die zijn verbonden aan het doel van de dienstverlening 'adequaat' heeft ondervangen? Dergelijke vragen zijn des te relevan-

ter nu DNB tegenwoordig steeds vaker gebruik maakt van haar vergaande bevoegdheden om zware (punitieve) sancties op te leggen bij (beweerdelijke) overtreding van de Wtt en daarop gebaseerde regelgeving.

24. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 238, nr. 3, p. 19.

25. Zie uitgebreid over de normstelling in de Wwft ten aanzien van trustkantoren: M.T. van der Wulp, *Regulering van de Nederlandse trustsector* (diss. EUR), Zeist: Kerckebosch, p. 333 e.v.

26. Zie uitgebreid: R. Stijnen & M.T. van der Wulp, 'Compliance en de poortwachterfunctie van trustkantoren', in: C. Beuze, M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 57-77.

27. *DNB Leidraad Wwft en SW. Voorkoming misbruik financiële stelsel voor witwassen en financieren van terrorisme en beheersing van integriteitsrisico's*, DNB: januari 2014, p. 2.

28. Rib Wtt 2014. *Stcrt.* 2014, 20684, p. 12.

29. *Kamerstukken* 2003/04, 29 041, nr. 3, p. 3.