

De impact van de Wtt 2018 voor de reikwijdte van gereguleerde trustdiensten

mr. drs. C. Riekerk¹

De Wet toezicht trustkantoren 2018 (hierna: Wtt 2018)² heeft veel gebracht, waaronder discussie over de reikwijdte van de gereguleerde trustdiensten. In dit artikel wordt de reikwijdte van de gereguleerde trustdiensten besproken en worden enige ervaringen uit de toezichtpraktijk toegelicht. In dit artikel ligt de focus op drie trustdiensten (te weten 'bestuurder zijn', 'domicilie plus' en 'algemene bestuurshandelingen verrichten'). Verder worden het vereiste van het beroeps- of bedrijfsmatig karakter van de dienstverlening en het vrijstellingsregime besproken.

1. De gereguleerde trustdiensten in vogelvlucht

Regulering van trustdienstverlening leidt logischerwijs tot de vraag in welke gevallen er vergunningplichtige activiteiten worden verricht. Die vraag speelt voor zowel markttoetreders als vergunninghoudende trustkantoren, maar ook voor dienstverleners die diensten verlenen die aan trustdienstverlening raken. Dat betekent dat het belangrijk is zicht te hebben op de reikwijdte van de Wtt 2018. Daar komt bij dat DNB met enige regelmaat onderzoek doet (o.a. in het handelsregister van de KvK) om te beoordelen of partijen zonder trustvergunning gereguleerde trustdiensten verlenen. In dit artikel worden enkele belangrijke punten met betrekking tot de reikwijdte van de Wtt 2018 toegelicht.

Om te bepalen of dienstverlening gereguleerd is onder de Wtt 2018 is een goed begrip van de definitie van 'trustdienst' belangrijk. De Wtt 2018 onderscheidt in art. 1, eerste lid onder de definitie van 'trustdienst', vijf trustdiensten en voorziet in de mogelijkheid om extra activiteiten als 'trustdienst' aan te wijzen bij AMvB. Aangezien van die mogelijkheid gebruik is gemaakt, zijn er op dit moment zes trustdiensten te onderscheiden. Te weten:

- bestuurder zijn;
- domicilie plus;
- gebruiken van doorstroomvennootschappen;
- (bemiddelen bij) verkoop rechtspersonen;
- trustee zijn;

- algemene bestuurshandelingen verrichten.

De trustdienst 'algemene bestuurshandelingen verrichten' is de trustdienst die is aangewezen bij AMvB.³ De trustdienst 'gebruiken van doorstroomvennootschappen' wordt mogelijk geschrapt onder invoering van een algeheel verbod op het beroeps- en bedrijfsmatig aanbieden van doorstroomvennootschappen. Een concept wetsvoorstel met die strekking is in april ter consultatie gepubliceerd.⁴ Dat voorstel omvat tevens de introductie van een verbod op trustdienstverlening ten aanzien van partijen met een relatie met een staat die door de Europese Commissie is aangewezen als een staat met een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme of die door de Raad van de EU is aangewezen als jurisdictie die niet-coöperatief is op belastinggebied. Dat vormen impactvolle beperkingen met betrekking tot de trustdienstverlening.

Als een activiteit kwalificeert als 'trustdienst' in de zin van de Wtt 2018 brengt dat niet per definitie mee dat de betrokken activiteit daadwerkelijk gereguleerd is. De vergunningplicht uit hoofde van de Wtt 2018 geldt pas als de trustdiensten 'beroeps- of bedrijfsmatig' worden verleend. De wetgever heeft zodoende getracht te voorkomen dat het eenmalig en incidenteel leveren van een trustdienst binnen de reikwijdte van de gereguleerde trustdienstverlening komt te vallen. Het is een belangrijke regel die ook gelijk duidelijk

1. Casper Riekerk is advocaat en werkzaam bij Finnius te Amsterdam

2. Wet van 7 november 2018, houdende regels met betrekking tot het verlenen van trustdiensten en het toezicht daarop (Wet toezicht trustkantoren 2018), staatsblad 2018, 443. Deze wet is per 1 januari 2019 in werking getreden.

3. Op basis van art. 1, eerste lid, definitie 'trustdienst', onder f, Wtt 2018 is in art. 2 van het Besluit toezicht trustkantoren (Stb. 2018, 463) is de trustdienst 'algemene bestuurshandelingen verrichten' aangewezen als trustdienst.

4. Zie de publicatie van het Ministerie van Financiën van 9 april 2020 met betrekking tot de consultatie inzake de Wijziging Wet toezicht trustkantoren 2018 (<http://www.internetconsultatie.nl/wijzigingwtt2018>).

maakt dat het in de markt nog weleens aangeroepen uitgangspunt 'één is geen' niet relevant is voor het bepalen van de reikwijdte van de Wtt 2018.

Een derde belangrijk aspect betreft het regime van vrijstellingen. De vrijstellingen zijn vastgelegd in de Regeling toezicht trustkantoren 2018 (hierna: Rtt 2018).⁵ De Rtt 2018 voorziet in verschillende vrijstellingen die bijna allemaal zijn overgenomen uit de voorloper van de Rtt 2018; de Vrijstellingsregeling Wet toezicht trustkantoren.⁶ De vrijstellingen zijn vanzelfsprekend relevant omdat een activiteit die onder de definitie van 'trustdienst' valt én op beroeps- of bedrijfsmatig wijze wordt verleend, niet onder de vergunningplicht valt wanneer een van de vrijstellingen kan worden toegepast.

Hierna ga ik in op drie essentiële aspecten voor het bepalen van de reikwijdte van de Wtt 2018. Te weten de definitie van 'trustdienst', het vereiste 'beroeps- of bedrijfsmatige'-karakter van de dienstverlening en de vrijstellingen waarin de Rtt 2018 voorziet.

2. Concrete trustdiensten

Art. 3 van de Wtt 2018 voorziet in een verbod op het verrichten van trustdiensten zonder vergunning van DNB. Drie trustdiensten worden nader besproken, te weten de trustdiensten 'bestuurder zijn', 'domicilie plus' en de trustdienst 'verrichten van algemene bestuurshandelingen'.

2.1. Trustdienst 'bestuurder zijn'

Het zijn van bestuurder is in art. 1, eerste lid, onder 'trustdienst' sub a, Wtt 2018 omschreven als: 'het zijn van bestuurder van een rechtspersoon of vennoot van een vennootschap in opdracht van een natuurlijke persoon, rechtspersoon, of vennootschap die niet tot dezelfde groep behoort als degene die bestuurder of vennoot is;'. De onderneming die door de bestuurder wordt bestuurd wordt de doelvennootschap genoemd. Die doelvennootschap kan zowel een rechtspersoon zijn (doorgaans een besloten vennootschap of een stichting), als een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld een commanditaire vennootschap of een maatschap). De doelvennootschap hoeft niet een naar Nederlands opgerichte entiteit te zijn. Ook een naar buitenlands recht opgerichte rechtspersoon of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid kan als doelvennootschap kwalificeren.

Er moet aan drie essentiële elementen worden voldaan voordat sprake is van deze trustdienst. Er moet (i) worden opgetreden als bestuurder op basis van (ii) een opdracht door (iii) een entiteit die niet in een groepsrelatie staat tot de betrokken bestuurder. Ontbreekt een van deze elementen dan wordt niet aan de definitie voldaan en is geen sprake van het verlenen van de trustdienst 'bestuurder zijn' in de zin van de Wtt 2018.

Het eerste element betreft het optreden als bestuurder. Dat ziet met betrekking tot de doelvennootschap die een rechtspersoon is op de persoon die de formele rol heeft van eindverantwoordelijke voor de activiteiten van de doelvennootschap; dat is de statutair bestuurder. Voor vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid zijn de vennoten doorgaans de bestuurders.

Het tweede element is dat het bestuurderschap 'in opdracht' wordt uitgevoerd; besturen als dienstverlening. De feitelijke benoeming van een bestuurder door bijvoorbeeld de algemene vergadering van aandeelhouders maakt op zichzelf niet dat de bestuurder diens werkzaamheden 'in opdracht' uitvoert. Daar is meer voor nodig. Precieze duiding ontbreekt echter in de wet en de wetsgeschiedenis. De gangbare praktijk in de trustsector is dat een derde voor een in Nederland op te richten of opgerichte rechtspersoon, c.q. vennootschap, een dienstverlener zoekt die de betrokken entiteit gaat besturen. De derde – meestal een buitenlandse klant of UBO – gebruikt die Nederlandse entiteit voor bijvoorbeeld *asset protection* of fiscale doeleinden. Er wordt dan een dienstverlener aangezocht die zorg draagt voor het implementeren van de structuur en het administratief beheren van de Nederlandse rechtspersoon/vennootschap. In veel gevallen wordt de dienstverlener ook verzocht zorg te dragen voor het besturen van de entiteit. Dit is de klassieke driehoek van klant, dienstverlener en doelvennootschap. Het trustkantoor treedt in deze driehoeksrelatie op als de dienstverlener.

In de wetsgeschiedenis wordt ter zake deze trustdienst ook gerefereerd aan deze praktijk: 'zoals ook in de begripsomschrijving van trustdienst (a) tot uitdrukking komt, is het eveneens gebruikelijk dat in opdracht van een natuurlijke persoon of een andere rechtspersoon of vennootschap als bestuurder van de doelvennootschap wordt opgetreden. In dat geval bestaat er een onderscheid tussen de cliënt en de doelvennootschap' en 'Het verlenen van trustdienst (a) komt veelal voor wanneer een internationale structuur van rechtspersonen een bestuurder zoekt voor een in Nederland gevestigde rechtspersoon of vennootschap en daarvoor een trustkantoor inschakelt'.⁷ De trustdienst 'bestuurder zijn' wordt hierbij gekoppeld aan het genoemde driehoeksverband.

5. Regeling van de Minister van Financiën van 27 november 2018, kenmerk 2018-0000202559, directie Financiële Markten, houdende de vaststelling van vrijstellingen en de te verstrekken gegevens voor vergunningaanvragen en voor het melden van incidenten (Regeling toezicht trustkantoren 2018), *Stcrt.* 2018, 68147.

6. De Vrijstellingsregeling Wet toezicht trustkantoren is vervallen per 1 januari 2019.

7. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 (*Kamerstukken II* 2017/18, 34 910, nr. 3, p. 32).

In de dienstverleningsovereenkomst tussen klant en trustkantoor wordt dan onder meer vastgelegd dat het trustkantoor de dienst verleent van het 'bestuurder zijn' van de doelvennootschap.⁸ Daarmee ligt er onmiskenbaar een opdracht ten grondslag aan die dienstverlening.

De logische conclusie lijkt dan ook dat er bij afwezigheid van voornoemde driehoek en een dienstverleningsrelatie, geen trustdienst (i.d.z.v. 'bestuurder zijn') wordt verleend. Zo beschouwd lijkt het veilig om als uitgangspunt te nemen dat de bestuurder die in persoon actief wordt na een reguliere werving & selectieprocedure en uiteindelijk benoeming door het daartoe bevoegde orgaan, die bestuurdersrol niet 'in opdracht' uitvoert. Maar de praktijk toont zich weerbarstiger. DNB hanteert in de toezichtpraktijk een uitleg die veel bestuurders binnen het bereik van de Wtt 2018 brengt, omdat zij voorbij lijkt te gaan aan het element 'in opdracht'. Ter illustratie het voorbeeld van een concrete casus waarin een aandeelhouder (met een beperkt belang) tevens bestuurder is in de eigen onderneming. DNB oordeelde hierover dat die bestuurder dan de trustdienst 'bestuurder zijn' verleent. Nou is het aantrekkelijk om te veronderstellen dat het een atypische casus betreft vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval, maar niets is minder waar. Het betrof in dat concrete geval een kleine onderneming, waarin de rol van aandeelhouder en bestuurder werd gecombineerd en er nog een tweede bestuurder actief was. In een handhavingsbrief (die geen appellabel besluit vormde) heeft DNB de betrokkene aangeschreven vanwege overtreding van de Wtt 2018. Meer concreet werd het enkele besturen van de rechtspersoon voldoende geacht om de aandeelhouder/bestuurder te kwalificeren als een persoon die een trustdienst verleent. DNB achtte het daarbij irrelevant of deze activiteit in loondienst gebeurde of niet. In deze concrete casus is de betrokken bestuurder uiteindelijk teruggetreden. Deze had geen behoefte om DNB eerst een handhavingsmaatregel te ontlokken zodat een appellabel besluit zou ontstaan waarna de casus opvolgend aan de rechter zou kunnen worden voorgelegd. Mocht deze interpretatie van DNB de standaard vormen dan heeft dat verstrekende gevolgen. Immers, vele bestuurders van rechtspersonen en vennootschappen vallen dan binnen het bereik van de Wtt 2018.

Met betrekking tot het element 'in opdracht' in de definitie van trustdiensten bestaat weinig jurisprudentie. Er is een richtinggevende uitspraak

van het CBb van 18 juni 2009 in de zaak B&S Management Rhooon B.V. versus DNB.⁹ Die casus handelde over het element 'in opdracht' in relatie tot het verkopen van rechtspersonen door B&S Management Rhooon B.V. Dat element was destijds onderdeel van het in de Wet toezicht trustkantoren ('Wtt')¹⁰ vastgelegde begrippenkader met betrekking tot (diensten van) trustkantoren. DNB legde een boete op omdat door B&S Management Rhooon B.V. een trustdienst zou zijn verleend zonder vergunning. Deze partij verweerde zich met onder meer het argument dat zij geen trustdienst verleend had, omdat zij niet handelde in opdracht van een derde. Het juridisch debat spitste zich daarop toe op de vraag wat de betekenis is van het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van trustkantoor in de Wtt. Het CBb maakte in haar uitspraak duidelijk dat als de betrokken wet onvoldoende duidelijk is over een begrip (i.c. het opdracht-begrip), er in de wetsgeschiedenis en andere bronnen duiding moet worden gezocht. Dat deed het CBb, waarbij zij – anders dan de rechtbank – oordeelde dat voor de term 'in opdracht' aansluiting kan worden gevonden bij de term 'opdracht' in art. 7:400 van het BW. In dat artikel is het opdrachtbegrip vastgelegd en wordt de overeenkomst van opdracht beschreven als 'de overeenkomst waarbij de ene partij, de opdrachtnemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden te verrichten die in iets anders bestaan dan het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard, het bewaren van zaken, het uitgeven van werken of het vervoeren of doen vervoeren van personen of zaken.'¹¹ Het CBb maakte via deze uitspraak duidelijk dat er bij een opdracht niet alleen daadwerkelijk een dienstverleningsrelatie dient te zijn, maar ook dat deze onderscheiden wordt van een arbeidsrechtelijke relatie. Voor de casus betekende dit dat er geen sprake was van het verlenen van een trustdienst door de dienstverlener, omdat niet alle elementen van het betrokken trustdienstbegrip werden vervuld. Immers B&S Management Rhooon B.V. had rechtspersonen verkocht zonder dat sprake is van een opdracht. DNB had ten onrechte

8. Zie ook de website van DNB (<https://www.toezicht.dnb.nl/2/50-226561.jsp>) waar de trustdienst 'bestuurder zijn' als volgt wordt geïllustreerd: 'Het komt regelmatig voor dat de uiteindelijk belanghebbende van een internationale structuur zijn in Nederland gevestigde doelvennootschap laat (mede)besturen door een trustkantoor. Als uw onderneming optreedt als bestuurder van een doelvennootschap, is er sprake van deze dienst.'

9. Uitspraak CBb van 18 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BJ0627), JOR 2009/293.

10. Wet van 17 december 2003, houdende het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren), Stb. 2004, 9. Deze wet is per 1 januari 2019 vervallen.

11. Zie uitspraak CBb van 18 juni 2009 (ECLI:NL:CBB:2009:BJ0627), rechtsoverweging 5.3: 'Het College stelt voorop dat bij de uitleg van een wettelijk begrip de tekst van de wet in beginsel doorslaggevend is. Indien twijfel bestaat over de betekenis van een begrip kan aanleiding bestaan om, bijvoorbeeld indien in de wetsgeschiedenis of anderszins daartoe aanknopingspunten bestaan, via een teleologische interpretatie de betekenis ervan nader vast te stellen.' En 'Naar het oordeel van het College betekent dit dat geen dan wel onvoldoende aanknopingspunten bestaan voor de conclusie dat het begrip 'opdracht' in de Wtt een andere betekenis heeft dan opdracht in de zin van het BW.'

het standpunt ingenomen dat de betrokken activiteit vergunningplichtig was op grond van de Wtt. De uitspraak heeft tot reparatiewetgeving geleid, waarbij de definities in de Wtt zodanig zijn aangepast dat het element 'in opdracht' niet langer een bestanddeel was in relatie tot de trustdienst 'verkoop rechtspersonen'. Waarom DNB deze uitspraak van het CBb in de toezichtpraktijk niet lijkt te volgen is onbekend. Hopelijk wordt de rechter snel in de gelegenheid gesteld de uitleg van 'in opdracht' (opnieuw) te duiden.

Het derde element is dat de opdracht tot het verlenen van het bestuurderschap komt van een natuurlijke persoon, rechtspersoon, of vennootschap die niet tot dezelfde groep behoort als degene die bestuurder of vennoot is. Met andere woorden, als de trustdienst 'bestuurder zijn' wordt verricht in opdracht van een entiteit of persoon die tot dezelfde groep behoort als de bestuurder, dan is er geen sprake van een trustdienst in de zin van de Wtt 2018. Een groepsentiteit die uitsluitend binnen de eigen groep trustdiensten verleent en niet daarbuiten, valt niet binnen de reikwijdte van de Wtt 2018. Hiermee wordt het groepsbegrip (en DNB's uitleg daarvan) een belangrijk aspect.

In art. 1 Wtt 2018 wordt de groep gedefinieerd als 'de economische eenheid waarin natuurlijke personen, rechtspersonen, en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden'. Art. 2:24b BW is het vertrekpunt voor dit groepsbegrip, waarbij uit de wetsgeschiedenis van de Wtt 2018 spreekt dat het groepsbegrip breder is dan het begrip vastgelegd in art. 2:24b BW, aangezien ook natuurlijke personen onderdeel van de groep kunnen zijn. Er is sprake van een groep als er een economische eenheid is waarin natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen door een centrale leiding organisatorisch met elkaar zijn verbonden. De economische eenheid bestaat niet zonder centrale leiding. Hierbij wordt centrale leiding uitgelegd als het kunnen 'uitoefenen van beslissende zeggenschap over het voortbestaan en de algemene beleidslijnen van een rechtspersoon of vennootschap'. Organisatorische verbondenheid spreekt uit de juridische en organisatorische banden tussen rechtspersonen en vennootschappen.¹² Een meerderheidsbelang in een onderneming is een indicatie voor het bestaan van een groepsrelatie, maar is niet doorslaggevend. Dat zijn de criteria 'centrale leiding' en 'organisatorische verbondenheid'.

Zodra aan alle elementen is voldaan ('bestuurder zijn', 'in opdracht' en 'opdracht is niet van een groepsrelatie'), komt de kwalificatie als trustdienst 'bestuurder zijn' in beeld. Omgekeerd voorkomt het ontbreken van een van deze elementen een dergelijke kwalificatie.

2.2. Trustdienst 'domicilie plus'

Een tweede veel voorkomende trustdienst is de dienst die kortweg 'domicilie plus' wordt genoemd. Die dienst is vastgelegd in art. 1, eerste lid, onder 'trustdienst' sub b van de Wtt 2018 en omvat het 'in opdracht van een niet tot dezelfde groep behorende natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, ter beschikking stellen van een postadres of bezoekadres als bedoeld in (...) de Handelsregisterwet 2007, aan een andere rechtspersoon of vennootschap, indien ten minste één van de volgende aanvullende werkzaamheden wordt verricht ten behoeve van die rechtspersoon of vennootschap of ten behoeve van een tot dezelfde groep als die rechtspersoon of vennootschap behorende, natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap:...' Voor de trustdienst 'domicilie plus' is vereist dat het verlenen van domicilie geschiedt in combinatie met het verlenen van een of meer aanvullende werkzaamheden. In art. 1, eerste lid, onder 'trustdienst' sub b van de Wtt 2018 zijn vier aanvullende werkzaamheden opgesomd en is de mogelijkheid gecreëerd om bij AMvB andere aanvullende werkzaamheden aan te wijzen. Van die aanwijzingsbevoegdheid is overigens nog geen gebruik gemaakt. De volgende aanvullende werkzaamheden zijn bepaald:

- 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.

De drempel om aan te nemen dat aanvullende werkzaamheden worden verricht is relatief laag. Het ondersteunen van een bestuur (bijv. het voorbereiden van overleg en notuleren) of het doorsturen van op het postadres ontvangen correspondentie, vormt al een aanvullende werkzaamheid. Dat geldt ook voor het deponeren van jaarstukken bij de Kamer van Koophandel voor de doelvennootschap of het organiseren van een algemene vergadering van aandeelhouders.

Het verlenen van enkel domicilie zonder enige aanvullende werkzaamheden vormt geen trustdienst. Enkele domicilieverlening is niet gereguleerd onder de Wtt 2018, maar die vorm van dienstverlening valt wel onder de Wvft.¹³ Partijen die op dit punt samenwerken waarbij de ene partij domicilie verleent en de ander(en) partij

12. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 (Kamerstukken II 2017/18, 34 910, nr. 3, p. 28).

13. Zie art. 1a, vierde lid, onder g, Wvft.

de aanvullende werkzaamheid, dienen wel alert te zijn. Partijen kunnen namelijk ook tezamen een trustkantoor vormen.¹⁴ Voorts voorziet de in art. 3, vierde lid, onder b, Wtt 2018 in een verbod op het verrichten van werkzaamheden gericht op het zorgen dat voor een cliënt beide elementen van de trustdienst 'domicilie plus' worden verricht. Dit verbod is erop gericht om het omzeilen van de vergunningplicht met betrekking tot de trustdienst 'domicilie plus' tegen te gaan. In de praktijk waren er namelijk partijen die samen de trustdienst 'domicilieplus' verleenden, waarbij de ene partij zich beperkte tot domicilieverlening en de andere partij de aanvullende werkzaamheid verrichtte. Met het opknippen van de activiteiten werd getracht buiten de reikwijdte van de Wtt 2018 te blijven terwijl de trustdienst 'domicilie plus' de facto wel werd verleend. Uit de wetsgeschiedenis wordt duidelijk dat het verbod van art. 3, vierde lid, onder b, Wtt 2018 gericht is op de praktijk van de tussenpersoon die een geknipte trustdienstverlening voor een cliënt organiseert en op die van de dienstverlener die zelf een aanvullende werkzaamheid verricht en zorgt dat de domicilieverlening door een derde wordt verricht.¹⁵ Het verbod is overigens niet heel helder geformuleerd wat voor problemen bij de handhaving kan zorgen. Desondanks heeft DNB inmiddels herhaaldelijk uitgedragen alert te zijn op partijen die de trustregelgeving omzeilen via opgeknipte dienstverlening teneinde de activiteiten buiten de reikwijdte van de Wtt 2018 te laten vallen.¹⁶

Wat betreft de elementen 'in opdracht' en 'de opdracht is niet van een groepsrelatie' voor de trustdienst 'domicilie plus', verwijs ik naar hetgeen hierover is beschreven in de vorige paragraaf over de trustdienst 'bestuurder zijn'. Daarbij geldt ook voor de trustdienst 'domicilie plus' dat aan alle elementen moet zijn voldaan, bij gebreke waarvan er geen kwalificatie als trustdienst kan zijn.

2.3. Trustdienst 'algemene bestuurshandelingen'

Er is gebruik gemaakt van de mogelijkheid in art. 1, eerste lid, definitie 'trustdienst' onder f, Wtt 2018 om extra trustdiensten aan te wijzen bij AMvB. In art. 2 van het Besluit toezicht trustkantoren 2018 ('Btt 2018') is de volgende trustdienst opgenomen: 'het zijn van gevolmachtigde of anderszins rechtsgeldig vertegenwoordiger die algemene

bestuurshandelingen kan verrichten voor een rechtspersoon of vennootschap in opdracht van een natuurlijke persoon, rechtspersoon, of vennootschap die niet tot dezelfde groep behoort als de gevolmachtigde of vertegenwoordiger'. Deze trustdienst komt inhoudelijk sterk overeen met de trustdienst 'bestuurder zijn'. De achtergrond voor het aanwijzen van deze extra trustdienst is dat er partijen waren die de trustwetgeving omzeilden door (rechts)personen bestuurswerkzaamheden te laten verrichten op grond van een uitgebreide volmacht, maar zonder formele benoeming als bestuurder. Die opzet en werkwijze kwalificeerde niet als de trustdienst 'bestuurder zijn', maar kwam daar de facto wel op neer.¹⁷

De materiële benadering met betrekking tot deze extra trustdienst is begrijpelijk en wellicht zelfs nodig om integriteitsrisico's tegen te gaan en DNB effectief te laten handhaven. Nadeel is wel dat de definitie van deze trustdienst zo is geformuleerd, dat daarmee veel gedragingen binnen de reikwijdte van de Wtt 2018 worden gebracht. In de toelichting bij het Btt 2018 is vermeld dat het doorslaggevende criterium voor het bepalen of 'algemene bestuurshandelingen kunnen worden verricht', is of de 'houder van de volmacht feitelijk in staat is om de rechtspersoon te binden ten aanzien van rechtshandelingen die samenhangen met het in standhouden van de rechtspersoon of vennootschap'.¹⁸ Het maakt daarbij niet uit in welke vorm de volmacht is verstrekt. Zodra de volmacht strekt tot het verrichten van algemene bestuurshandelingen of zo geformuleerd is dat feitelijk het algemene bestuur over de rechtspersoon of vennootschap kan worden gevoerd, dan valt dat binnen de reikwijdte van deze trustdienst. Indien de volmacht – ongeacht de vorm daarvan – beperkt blijft tot individuele afgebakende handelingen, dan valt dat niet binnen de reikwijdte van deze trustdienst. Dat betekent dat zodra de volmacht meer omvat dan de volmacht voor een individuele afgebakende handeling, er veiligheidshalve bepaald moet worden of de volmacht zodanig geformuleerd is dat de houder daardoor algemene bestuurshandelingen zou kunnen verrichten. Als vuistregel kan worden genomen dat hoe meer de volmacht overeenkomt met de bevoegdheden van de bestuurder (op grond van het BW en de betrokken statuten), hoe aannemelijker het is dat daarmee een trustdienst wordt verleend.

Wat betreft de elementen 'in opdracht' en 'de opdracht is niet van een groepsrelatie' in de

14. Zie art. 1, eerste lid, definitie 'trustkantoor' Wtt 2018: 'trustkantoor: degene die, al dan niet tezamen met andere natuurlijke personen, rechtspersonen of vennootschappen, beroeps- of bedrijfsmatig een of meer trustdiensten verleent';

15. Zie de Nota van Wijziging bij de Wtt 2018 (Kamerstukken II 2017/18, 34 910, nr. 7, p. 2).

16. Zie website en nieuwsbrief DNB: <https://www.toezicht.dnb.nl/2/50-237880.jsp>, <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-luli-2017/dnb361188.jsp>.

17. Het voorbeeld dat in dit verband is genoemd bij de introductie van deze trustdienst betreft de oprichting van een Nederlandse rechtspersoon of vennootschap met buitenlandse bestuurders of vennoten, waarbij de feitelijke bestuurshandelingen op basis van een uitgebreide volmacht worden verricht door een persoon die goed is ingevoerd in de Nederlandse rechtssysteem.

18. Zie de Nota van Toelichting bij het Btt 2018 op p.16 (Stb. 2018, 463).

definitie van deze trustdienst, verwijs ik naar hetgeen hierover is beschreven in de paragraaf over de trustdienst 'bestuurder zijn'. Verder geldt ook voor deze trustdienst dat aan alle elementen moet zijn voldaan, bij gebreke waarvan er geen kwalificatie als trustdienst kan zijn.

2.4. Uitzondering interim-management

Het verlenen van de trustdienst 'bestuurder zijn' vergt in beginsel een vergunning. Echter, Art. 3, vijfde lid, onder c, Wtt 2018 voorziet in een uitzondering met betrekking tot interim-management, waardoor die activiteit buiten het bereik van de Wtt 2018 valt. Het verbod op het verlenen van trustdiensten zonder vergunning is namelijk niet van toepassing op: 'een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap die beroeps- of bedrijfsmatig opdrachten van tijdelijke aard die betrekking hebben op management- en organisatievraagstukken, met daarbij behorende verantwoordelijkheden en bevoegdheden, uitvoert of doet uitvoeren, voor zover deze de diensten, bedoeld in onderdeel a van de begripsomschrijving van trustdienst, verleent'.¹⁹

Het besturen van een onderneming vormt geen trustdienst voor zover dat geschiedt op tijdelijke basis en met het oog op het uitvoeren van een specifieke opdracht om een organisatieprobleem op te lossen of een maatregel te implementeren. Het tijdelijke karakter ziet daarbij zowel op de duur van de opdracht als op de bepaaldheid daarvan. Een opdracht voor onbepaalde tijd valt niet onder de uitzondering voor de interim-management activiteiten. Deze activiteit moet zijn afgebakend in de tijd (bijvoorbeeld drie maanden) of gekoppeld zijn aan het behalen van een vooraf bepaald doel.²⁰ Deze uitzondering ziet alleen op de trustdienst 'bestuurder zijn'. Als naast die trustdienst ook een andere trustdienst wordt verleend, dan is de uitzondering niet langer van toepassing.²¹

3. Beroeps- of bedrijfsmatig

Een partij heeft een vergunning als trustkantoor nodig zodra trustdiensten worden verleend op een beroeps- of bedrijfsmatige wijze. De Wtt 2018 omschrijft echter niet wanneer sprake is van het beroeps- of bedrijfsmatig verrichten van een trustdienst. Uit de wetgeschiedenis wordt duidelijk dat het eenmalig of zeer kortstondig leveren van een incidentele trustdienst niet beroeps- of bedrijfsmatig is.²² Maar zodra een trustdienst

actief wordt aangeboden verandert dit. DNB stelt dat er sprake is van een beroeps- en bedrijfsmatig karakter als de dienst actief wordt aangeboden door reclame te maken of de dienst aan verschillende (potentiële) klanten aan te bieden. Ook het verrichten van trustdiensten aan verschillende cliënten impliceert een beroeps- en bedrijfsmatig karakter. Dat er snel sprake is van een beroeps- of bedrijfsmatige activiteit blijkt ook uit de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 april 2007.²³ Daar oordeelde de rechter dat 'het hebben van een winsttoogmerk niet bepalend is voor de beoordeling of sprake is van een trustkantoor en bij meer dan één klant van een bedrijfsmatig trustdiensten verlenen moet worden gesproken'. Maar ook uit andere uitspraken blijkt dat de drempel niet hoog is.²⁴ En als DNB wordt gevolgd en het enkele reclame maken voor de trustdienstverlening al een beroeps- of bedrijfsmatig karakter veronderstelt, dan is de drempel zelfs laag.

Hier is ook een vergelijking te maken met de introductie van de registratieplicht voor aanbieders van cryptodiensten (op grond van een wijziging van de Wwft). Voor de registratieplicht is namelijk medebepalend of de verleende cryptodiensten een beroeps- of bedrijfsmatig karakter hebben. Daarvan is sprake als de dienstverlening niet slechts incidenteel plaatsvindt en als de aanbieder een vergoeding ontvangt of inkomsten genereert met de dienstverlening. DNB stelt in dat verband dat de activiteit stelselmatig dient te zijn of met enige regelmaat plaats vindt. Incidentele of eenmalige activiteiten zijn onvoldoende om als beroeps- of bedrijfsmatig te worden gekwalificeerd. DNB stelt dat het niet van belang is of de activiteiten winstgevend zijn of dat het de hoofdactiviteit van de aanbieder betreft. Het maken van reclame en het aanbieden van de cryptodiensten aan verschillende klanten wijst aldus DNB ook op het beroeps- of bedrijfsmatig actief zijn.²⁵

Ik meen dat de uitleg van DNB over het beroeps- of bedrijfsmatig actief zijn in de context van het aanbieden van cryptodiensten ook kan worden gebruikt om het beroeps- of bedrijfsmatig verlenen van trustdiensten nader te duiden. De aard van de dienstverlening maakt op zichzelf immers niet dat een andere invulling moet worden gegeven aan het begrip 'beroeps- of bedrijfsmatig'. Dat zou betekenen dat de concrete activiteit van de trustdienstverlener met enige regelmaat moet worden verricht en niet enkel incidenteel of eenmalig wordt verricht. Het aantal klanten dat op die manier wordt bediend lijkt mij minder relevant. Een dienstverlener kan de handen immers vol hebben aan een klant als de

19. Art. 3, vijfde lid, onder c, Wtt 2018.

20. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 (*Kamerstukken II*, 2017-18, 34 910, nr. 3, p. 36).

21. Dit uitgangspunt wordt bevestigd in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 8 juli 2010 (ECLI:NL:RBROT:2010:BN0769).

22. Zie de Memorie van Toelichting bij de Wtt 2018 (*Kamerstukken II*, 2017-18, 34 910, nr. 3, p. 34).

23. Uitspraak rechtbank Rotterdam van 5 april 2007 (ECLI:NL:RBROT:2007:BB9873).

24. Uitspraken rechtbank Rotterdam van 27 april 2009 (ECLI:NL:RBROT:2009:BI2846), 3 juni 2010 (ECLI:NL:RBROT:2010:BM6733) en van 8 juli 2010 (ECLI:NL:RBROT:2010:BN0769), JOR 2010/272.

25. Zie website DNB: <https://www.toezicht.dnb.nl/2/50-237989.jsp>.

concrete activiteiten voor die ene klant frequent worden verricht.

4. Vrijstellingen

In hoofdstuk 2 van de Rtt 2018 worden de vrijstellingen opgesomd. Er zijn zes vrijstellingen geformuleerd, die allemaal voorzien in een vrijstelling van het verbod op het verlenen van trustdiensten zonder vergunning.²⁶ De Rtt 2018 voorziet in vrijstellingen voor:

- natuurlijke personen die in opdracht bestuurder zijn van een stichting die uitsluitend aandelen houdt voor certificaa houders;
- natuurlijke personen die in opdracht bestuurder zijn van een doelvennootschap, mits aan die doelvennootschap door een trustkantoor de trustdienst ‘domicilie plus’ wordt verleend, welke dienst tenminste het voeren van de administratie omvat;
- personen die bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen en daarbij de vrijstellingsvoorwaarden in acht nemen;
- personen die ter zake bepaalde dienstverlening t.b.v. van hun cliënt gebruik maken van een doorstroomvennootschap (kortgezegd betreft dit dienstverleners die ten behoeve van vermogensscheiding gebruikmaken van bijvoorbeeld een stichting derdengelden).
- rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen die in hoofdzaak of uitsluitend in opdracht bestuurder zijn van een vereniging van eigenaren (deze vrijstelling is bedoeld voor professionele partijen waaraan de bestuurdersrol wordt uitbesteed); en
- rechtspersonen die in opdracht bestuurder zijn van een pensioenfonds.

De vrijstellingen hangen samen met werkzaamheden waarbij al voorzien is in een vorm van integriteitstoezicht of waarvan de risico's als beperkt worden gepercipieerd. Goed voorbeeld hiervan is de vrijstelling voor het zijn van bestuurder bij een doelvennootschap waaraan een trustkantoor de trustdienst ‘domicilie plus’ verleent. In die situatie is er naast de betrokken bestuurder al een zogenoemde poortwachter actief. Vier van de zes vrijstellingen zien op een vrijstelling van de vergunningplicht in relatie tot de trustdienst ‘bestuurder zijn’. Voorheen bestond er ook een vrijstelling voor het verlenen van trustdiensten aan doelvennootschappen die geregistreerd zijn als beleggingsinstelling (art. 1 Vrijstellingsregeling Wet toezicht rustkantoren), maar die vrijstelling bestaat niet meer.

Aan een aantal vrijstellingen zijn concrete voorwaarden verbonden. De partijen die deze vrijstellingen gebruiken dienen continue aan deze voorwaarden te voldoen. Als dat wordt nagelaten terwijl de trustdienst nog wel verleend wordt, dan is

de vrijstelling niet langer van toepassing en worden er trustdiensten verleend zonder vergunning. Het verbod op het verlenen van trustdiensten zonder vergunning wordt zodoende overtreden en men handelt dan als een illegaal trustkantoor.

De vrijstellingen zijn alleen van toepassing met betrekking tot de in de vrijstelling beschreven activiteiten. In de toelichting bij de Rtt 2018 wordt nog ingegaan op de omstandigheid dat er een combinatie is van vrijgestelde activiteiten en andere activiteiten. Indien er naast de vrijgestelde activiteiten andere activiteiten worden verricht die kwalificeren als trustdienst (en die op een beroeps- of bedrijfsmatige wijze worden verricht), dan zal voor die andere activiteiten een vergunning nodig zijn. Als naast de vrijgestelde activiteiten andere activiteiten worden verricht die niet kwalificeren als trustdienst, dan kunnen die andere activiteiten gewoon worden uitgeoefend. Het gebruik van een vrijstelling staat er dus niet aan in de weg dat naast de vrijgestelde trustdienst, ook andere activiteiten worden verricht die geen trustdienst zijn.

Hierbij nog een aanvullende opmerking met betrekking tot de professionele bestuurders van een vereniging van eigenaren (hierna: VvE). Die vrijstelling kent als voorwaarde dat de (rechts)persoon of vennootschap die de VvE, zich ‘in hoofdzaak of uitsluitend’ toelegt op die rol. Het trustkantoor dat in deze situatie als professionele bestuurder optreedt zal de VvE als reguliere doelvennootschap moeten behandelen. En de professionele VvE-bestuurder wiens werkzaamheden niet in hoofdzaak het besturen van een VvE omvat, maar juist andere trustdiensten, dient in het bezit te zijn van een vergunning.

5. Afronding

Om de grenzen van regulering te bepalen is een helder beeld noodzakelijk over de reikwijdte van die regulering, in dit geval de Wtt 2018. Dit artikel kan helpen om de structuur van de regelgeving met betrekking tot trustdiensten goed te begrijpen en zicht op de grenzen van gereguleerde trustdienstverlening te krijgen. Het bepalen wanneer activiteiten aan te merken zijn als beroeps- of bedrijfsmatig en hoe vrijstellingen moeten worden toegepast leidt daarbij naar mijn inzicht tot minder vragen dan het concreet duiden van de trustdiensten zelf. Met name de vraag wanneer het zijn van bestuurder als trustdienst kwalificeert, is helaas niet eenvoudig. Uitgebreider uitleg over het element ‘in opdracht’ in de definitie van deze trustdienst kan zowel de markt als de toezichthouder helpen om scherp zicht te krijgen op de gereguleerde activiteiten. En dat maakt weer dat de regels zowel beter zijn na te leven, als zijn te handhaven. Bij afwezigheid van richtinggevende uitleg van de wetgever en de toezichthouder, zou een actuele uitspraak van de rechter over precies dit punt veel duidelijkheid kunnen brengen.

26. Zie art. 3, eerste tot en met derde lid, Wtt 2018.