

De impact van de Wtt 2018 voor de organisatie inrichting van trustkantoren

mr. drs. C. Riekerk¹

De Wtt 2018 heeft aanvullende eisen voor trustkantoren geïntroduceerd. In dit artikel wordt een aantal markante wijzigingen in de regelgeving met betrekking tot het toezicht op trustkantoren besproken en worden ervaringen uit de toezichtpraktijk toegelicht. Hierbij ligt in dit artikel de focus op de voorschriften ten aanzien van de inrichting van de organisatie van een trustkantoor.

1. Inleiding

Sinds 1 januari 2019 geldt de Wet toezicht trustkantoren 2018 (hierna: Wtt 2018), waarmee de normen voor trustkantoren zijn aangescherpt. De vereisten met betrekking tot de uitvoering van cliëntenonderzoek zijn uitgebreid en toezichthouder DNB heeft aanvullende handhavingsinstrumenten gekregen. Verder is DNB in beginsel gehouden om opgelegde formele maatregelen te publiceren.² De aanscherping omvat ook regels met betrekking tot de inrichting van de organisatie van het trustkantoor. Zij moet onder andere een tweehoofdige leiding hebben en moet beschikken over een interne compliancefunctie. Ook is een verbod gaan gelden voor het verlenen van trustdiensten aan een cliënt waaraan ook belastingadvies wordt verstrekt. In dit artikel worden enkele wijzigingen besproken die impactvol zijn voor de inrichting van de organisatie van een trustkantoor. Daarbij wordt de eerste praktijkervaring met de besproken regels beschreven.

2. De toezichtregels voor trustkantoren in vogelvlucht

Vóórdebesprekingvande wijzigingen volgteersteen korte schets van het relevante regelgevend kader. Het toezicht op trustkantoren vindt zijn grondslag in de Wtt 2018. Het betreft 'lokale' wetgeving die geen implementatie is van toezichtregels uit EU-richtlijnen. De verdere uitwerking van de normen van de Wtt 2018 is vastgelegd in lagere regelgeving, te weten het Besluit toezicht trustkantoren 2018 (hierna: Btt 2018) en de Regeling toezicht

trustkantoren 2018 (hierna: Rtt 2018). Het Btt 2018 heeft kort gezegd de Regeling Integere Bedrijfsvoering 2014 vervangen en de Rtt 2018 de Vrijstellingsregeling Wtt. Belangrijke beleidsregels zijn de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing en de Beleidsregel geschiktheid 2012, waarin het toetsingskader is vastgelegd met betrekking tot de toetsing van (mede)beleidsbepalers, toezichthouders (zoals commissarissen) en houders van een gekwalificeerde deelneming (deze laatste groep wordt alleen getoetst op betrouwbaarheid). Daarnaast is de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) van toepassing op trustkantoren, met een uitzondering voor de regels met betrekking tot het cliëntenonderzoek. Voor dat deel geldt de (strengere) normering zoals vastgelegd in hoofdstuk 4 van de Wtt 2018.³ De Sanctiewet 1977 ('Sw') verdient ook vermelding; deze wet wordt door DNB steeds nadrukkelijker in het toezicht betrokken. Voor de bestraffing van overtredingen van de Wtt 2018, Wwft of Sw met bestuurlijke boetes is het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector relevant. Daarin zijn de boetecategorieën vastgelegd met betrekking tot overtredingen van die wetten. Het toezicht op trustkantoren is niet gratis. Op grond van de Wet bekostiging financieel toezicht worden de kosten van het toezicht doorbelast aan de trustkantoren. De grondslag voor de heffing van de toezichtkosten is uitgewerkt in het Besluit bekostiging financieel toezicht. Voor trustkantoren wordt daarin aangeknoopt bij de omzet. De Algemene wet bestuursrecht is leidend met betrekking tot de uitoefening van toezichthoudersbevoegdheden, de totstandkoming van besluiten van DNB en het opkomen daartegen via bezwaar en beroep.

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

2. Dit gold al voor het toezicht dat DNB uitoefent op ondernemingen onder de Wet op het financieel toezicht.

3. Zie art. 1a, vierde lid, onderdeel f, Wtt 2018.

3. Impact op de inrichting van de organisatie

Met de normering van trustkantoren in de Wtt 2018 zijn de regels aangescherpt inzake de integere bedrijfsvoering en de beheerste bedrijfsuitoefening door een trustkantoor. Het gaat dan om regels, maatregelen en procedures die het trustkantoor moet hanteren om de bedrijfsprocessen en de bedrijfsrisico's beheersbaar te maken en die de integriteit van het trustkantoor moeten waarborgen. De normering sluit nu meer aan op de regulering zoals die voor financiële instellingen geldt uit hoofde van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft), maar is op onderdelen strenger of restrictiever. Via de aangescherpte normering in de Wtt 2018 wordt de integriteit van het trustkantoor naar het inzicht van de wetgever bevorderd, waardoor een trustkantoor geacht wordt de poortwachterfunctie beter uit te oefenen. De aanscherpingen in de Wtt 2018 zijn impactvol voor de inrichting van de organisatie van een trustkantoor. Drie punten worden hierna uitgelicht, te weten de vereisten met betrekking tot de tweehoofdige leiding, de inrichting van de compliance- en auditfunctie en het verbod op de combinatie van trustdiensten en belastingadvies. Daarnaast wordt ingegaan op de kring van te toetsen personen met betrekking tot degenen die een gekwalificeerde deelneming houden in een trustkantoor.

3.1. Tweehoofdige leiding

Op grond van art. 11 Wtt 2018 dienen tenminste twee natuurlijke personen het dagelijks beleid te bepalen van het trustkantoor. Achtergrond van deze regel is dat er bij een meerhoofdige leiding een evenwichtiger besluitvormingsproces ontstaat en dat het risico op niet naleving van wet- en regelgeving lager is dan bij een eenhoofdige leiding. Tweehoofdige leiding is verder bevorderlijk voor de continuïteit en kwaliteit van de bedrijfsuitoefening van het trustkantoor. Het vereiste van een tweehoofdige leiding gold al voor een groot deel van de gereguleerde financiële ondernemingen en het is begrijpelijk dat de wetgever de regels op dit punt gelijk heeft getrokken. Te meer omdat weinig trustkantoren een toezichtorgaan hebben, waardoor voor die trustkantoren een natuurlijk orgaan ontbreekt dat een *counter vailing power* vormt in relatie tot het bestuur.

De trustkantoren die van een eenhoofdige naar tweehoofdige leiding zijn gegroeid, merken dat de reguliere geschiktheidstoets met betrekking tot te benoemen dagelijks beleidsbepaler nu mede omvat een toets op de complementariteit van de dagelijks beleidsbepalers. Zij worden getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid, waarbij DNB voor de beoordeling van de geschiktheid van de beoogde beleidsbepaler onderzoekt of deze beschikt over voldoende kennis, vaardigheden en professioneel gedrag om de functie te kunnen vervullen. DNB kijkt daarbij ook naar - zoals zij

dat noemt - de samenstelling en het functioneren van het collectief. Met andere woorden, niet alleen de talenten en capaciteiten van de beoogde dagelijks beleidsbepaler zelf zijn relevant; ook zal moeten worden onderbouwd dat de dagelijks beleidsbepalers gezamenlijk (het bestuur als geheel) de verschillende rollen op bestuursniveau adequaat en evenwichtig verdelen. Dat is nieuw voor trustkantoren die met een eenhoofdige leiding functioneerden.

In de praktijk blijkt de eis van een tweehoofdige leiding meer dan eens weerbarstig. Vooral voor kleinere trustkantoren is het lastig om een tweede dagelijks beleidsbepaler te werven. De werklust en beloning nopen tot een parttime invulling, terwijl kandidaten vaak een voltijds aanstelling ambiëren. Verder lijkt het animo af te nemen om een trustkantoor te besturen, omdat de kwetsbaarheid in het licht van bestuurdersaansprakelijkheid en toezichtantecedenten als relatief hoog wordt ervaren. Daarbij vergt de rol van dagelijks beleidsbepaler invulling door een taakvolwassen bestuurder. De optie om de tweehoofdige leiding in te vullen door iemand uit de eigen organisatie 'even tot tweede bestuurder te promoveren' is in dit verband weinig kansrijk. De kandidaat zal namelijk steeds aan de criteria uit de Beleidsregel geschiktheid 2012 moeten voldoen (waar het criterium 'voldoende tijd' naar verwachting binnenkort aan wordt toegevoegd blijkens de deze zomer geconsulteerde aanpassing van de Beleidsregel geschiktheid 2012).⁴ Zelfs als een beroep wordt gedaan op proportionele toepassing van de eisen met betrekking tot de geschiktheid, dan nog zal het niet eenvoudig zijn voor een kandidaat die nimmer bestuurlijke eindverantwoordelijkheid heeft gedragen om op overtuigende wijze te onderbouwen dat bestuurlijke vaardigheden zijn opgedaan in een relevante werkomgeving gedurende ten minste twee jaar, waarvan minimaal één jaar aaneengesloten. Onmogelijk is het overigens ook niet, maar er zal dan moeten worden gemotiveerd dat de werkervaring van de kandidaat en diens rol en verantwoordelijkheid binnen een onderneming gelijkwaardig is aan het vereiste van de bestuurlijke vaardigheden.⁵

Een groot aantal trustkantoren heeft - vooruitlopend op de introductie van de eis van de tweehoofdige leiding - het bestuur al uitgebreid van een naar twee dagelijks beleidsbepalers. Maar niet alle trustkantoren zijn hierin geslaagd. Uit de controles die DNB in de eerste maanden van 2019 uitvoerde, blijkt dat meerdere trustkantoren nog niet de vereiste twee dagelijks beleidsbepalers hadden. In sommige gevallen had het trustkantoor overigens wel meerdere bestuurders, maar was een van de bestuurders een rechtspersoon. DNB acht dat een onjuiste invulling van de eis van de

4. Zie website DNB: <https://www.toezicht.dnb.nl/7/50-237715.jsp>.

5. Zie paragraaf 2.7 in de Toelichting bij de Beleidsregel geschiktheid 2012.

tweehoofdige leiding, omdat zij art. 11 Wtt 2018 zo uitlegt dat de natuurlijke personen die dagelijks beleidsbepaler zijn ook statutair bestuurder van het trustkantoor moeten zijn.

Mocht de invulling met twee dagelijks beleidsbepalers niet lukken, dan heeft een trustkantoor toch wel een probleem. De ontheffingsmogelijkheid die ter zake de eis van tweehoofdige leiding bestaat, biedt voor die situatie geen oplossing. De mogelijkheid om een ontheffing te verzoeken met betrekking tot de eis van de tweehoofdige leiding is namelijk bedoeld voor bijzondere (en tijdelijke) situaties, bijvoorbeeld om een periode te overbruggen waarin een vervanger moet worden gezocht voor een plotseling opgestapte of overleden dagelijks beleidsbepaler. De ontheffing is derhalve geen middel om structureel met één dagelijks beleidsbepaler te kunnen functioneren. Een trustkantoor zal er daarom voor moeten zorgen dat er tenminste twee dagelijks beleidsbepalers zijn. In juli 2019 heeft DNB de trustsector geïnformeerd over het belang van naleving van de eis van de tweehoofdige leiding.⁶ Daarbij is tevens aangekondigd dat DNB handhavend gaat optreden als een trustkantoor nalaat gebreken op dit punt te corrigeren.

3.2. De compliancefunctie

De Wtt 2018 schrijft als hoofdregel voor dat een trustkantoor beschikt over een onafhankelijke en effectieve compliancefunctie. De compliancefunctie moet intern belegd zijn bij het trustkantoor. De eisen voor de inrichting van de compliancefunctie zijn uitgewerkt in art. 17 en 19 Btt 2018. Deze eisen streken significant verder dan het niet langer kunnen uitbesteden van de compliancefunctie (een verbod dat niet geldt voor andere gereguleerde financiële ondernemingen). In de eerste plaats is bepaald dat met het oog op een onafhankelijke en effectieve taakuitoefening is vereist dat het organisatieonderdeel dat de compliancefunctie uitoefent beschikt over autoriteit, middelen, deskundigheid en toegang tot informatie. Deze norm correspondeert met die voor andere financiële ondernemingen.⁷ Het is aan het trustkantoor om aan deze vier punten een concrete invulling te geven. Met betrekking tot 'autoriteit' gaat het om gezag en senioriteit en om het belang dat in de organisatie aan de compliancefunctie wordt toegekend. Bij 'middelen' kan worden gedacht aan de inrichting van de werkplek, toegang tot kennissystemen, adequate IT-ondersteuning en bijvoorbeeld een

opleidingsbudget. De term 'deskundigheid' spreekt voor zich en duidt op toereikende expertise van de betrokken medewerkers. Die expertise omvat niet alleen technische kennis van wet- en regelgeving, maar ziet ook op kennis over de dienstverlening door het trustkantoor als zodanig.⁸ Met 'toegang tot informatie' wordt bedoeld op het feit dat de personen die met de compliancefunctie belast zijn, toegang hebben tot alle informatie in de organisatie die nodig is om de compliancefunctie goed te kunnen vervullen.

In de tweede plaats is uitgewerkt hoe uitvoering moet worden gegeven aan de compliancefunctie. Zo moet het trustkantoor beschrijven wat er binnen de taak van de compliancefunctie valt en hoe dat wordt uitgevoerd. Verder moet er een jaarlijks, op risico's gebaseerd werkprogramma zijn dat de concrete activiteiten beschrijft. In dat werkprogramma moeten in ieder geval zeven in het Btt 2018 omschreven acties zijn opgenomen (o.a. monitoring van de integriteitsrisico's en toezien op naleving van het procedurehandboek). Ten slotte moet de compliancefunctie permanent vervuld zijn, wat vergt dat er een concrete invulling is in de vorm van aantallen personen en hun tijdsbesteding. Ook dit moet worden vastgelegd. De concrete invulling moet zich verhouden tot zowel de organisatie van het trustkantoor als tot haar dienstverlening (het aantal cliënten, de aard van de activiteiten van het trustkantoor en de daaraan verbonden integriteitsrisico's). Een kleiner trustkantoor dat trustdiensten verleent aan cliënten en doelvennootschappen met een overwegend hoog risicoprofiel, zal tegen deze achtergrond verhoudingsgewijs veel capaciteit moeten toedelen aan de invulling van de compliancefunctie. Daarbij geldt dat compliance gerelateerd werk dat eerstelijns medewerkers uitvoeren, niet valt onder de compliancefunctie.

Naast eisen met betrekking tot de inrichting van de compliancefunctie zijn er ook eisen met betrekking tot de scheiding van functies.⁹ De compliancefunctie moet gescheiden zijn van de interne auditfunctie. Beide functies moeten weer gescheiden zijn van de operationele onderdelen van het trustkantoor; de business. Voor een trustkantoor wil dat zeggen dat de personen die belast zijn met de uitvoering van de trustdienstverlening geen compliance- of auditfunctie kunnen vervullen. Deze driedeling is een reflectie van het 'three lines of defence'-model. Op basis van dat model worden de taken en verantwoordelijkheden in een organisatie zodanig toegedeeld dat er een scheiding is tussen uitvoerende en controlerende functies. De eerste

6. Zie de nieuwsbrief trustkantoren van DNB van 11 juli 2019: <https://www.dnb.nl/nieuws/dnb-nieuwsbrieven/nieuwsbrief-trustkantoren/nieuwsbrief-trustkantoren-juni-2019/dnb384648.jsp#>.

7. Zie art. 31c, derde lid, van het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen en art. 21, derde lid, van het Besluit prudentiële regels Wft.

8. De toelichting bij art. 17 Btt 2018 noemt als voorbeelden de landen waar cliënten woonachtig zijn en het type dienstverlening dat een trustkantoor (voornamelijk) verricht.

9. Een ander aandachtspunt in dit verband is de eis uit hoofde van de Wwft dat de verantwoordelijkheid met betrekking tot AML/CFT expliciet is belegd bij een van de dagelijkse beleidsbepalers.

lijn is verantwoordelijk voor de uitvoering van het primaire proces. De tweede lijn (compliance) controleert of de werkzaamheden in de eerste lijn worden uitgevoerd volgens de interne procedures, maatregelen en afspraken én volgens de wet- en regelgeving. De derde lijn (interne audit) beoordeelt het onafhankelijk en effectief functioneren van de tweede lijn. De auditfunctie beoordeelt daartoe de werkzaamheden van de eerste lijn ook rechtstreeks. De functiescheiding die het Btt 2018 voor trustkantoren voorschrijft, is bedoeld om ervoor te zorgen dat deze drie rollen niet door elkaar lopen en dat wordt voorkomen dat er personele of andere inhoudelijke samenloop is tussen de drie functiegroepen. De scheiding van de tweede en derde lijn wordt zelfs doorgetrokken binnen het bestuur van het trustkantoor, aangezien de verantwoordelijkheid voor de compliance- en auditfunctie niet bij één dagelijks beleidsbepaler mag worden belegd.¹⁰ Een dagelijks beleidsbepaler van een trustkantoor mag niet zelf de compliance- of auditfunctie vervullen. De eindverantwoordelijkheid en uitvoering kunnen niet in één hand liggen (zie ook hierna onder 'compliancefunctie'). Ten aanzien van de tweede- of derdelijns controlefuncties strekt de rol van de dagelijks beleidsbepalers derhalve niet verder dan het dragen van bestuurlijke verantwoordelijkheid. Deze regel is bedoeld om te realiseren dat deze controlefuncties daadwerkelijk onafhankelijk kunnen functioneren. Voorts is bepaald dat de verantwoordelijkheid voor de compliance- en auditfunctie binnen het bestuur niet bij één dagelijks beleidsbepaler mag rusten. Dit voorschrift is mogelijk geworden met de invoering van de eis van een tweehoofdige leiding. DNB voert onderzoek uit bij trustkantoren met betrekking tot de wijze waarop de compliancefunctie is ingevuld. Doelstelling van DNB is dat elk trustkantoor eind 2019 beschikt over een onafhankelijke en effectieve interne compliance functie conform de eisen van de Wtt 2018.¹¹ De hiervoor genoemde punten worden daarbij door DNB beoordeeld. Casuïstiek in de toezichtpraktijk leert dat DNB hierbij bepaald geen milde opstelling kiest. Doordat de voorschriften in het Btt 2018 concreet en uitvoerig zijn, wordt er door DNB heel inhoudelijk getoetst. De verschillende onderdelen (onafhankelijke en effectieve taakuitoefening, inrichting van de compliancefunctie, vastleggingen in een werkprogramma en het procedurehandboek, functiescheiding) moeten bij een trustkantoor allemaal op orde zijn. DNB beperkt zich in haar beoordeling niet tot de vastleggingen omtrent

de compliancefunctie, maar richt zich ook op de concrete werkwijze in de praktijk. Is de compliancemedewerkertaakvolwassen en kan deze het werk echt onafhankelijk uitvoeren? Hiervoor kijkt DNB naar de senioriteit en deskundigheid van de compliancemedewerker(s) en naar de reële rol van compliance in de organisatie. Anders gezegd; is compliance een 'disclaimerfunctie' of is er invloed zichtbaar op de wijze waarop een trustkantoor de integriteitsrisico's beheerst? Daarbij geldt als bijzonder aandachtspunt dat vastleggingen essentieel zijn. Dat geldt in het algemeen voor een goede bedrijfsvoering, maar is in relatie tot het overtuigen van DNB heel relevant. Met betrekking tot al hetgeen dat wel wordt gedaan maar niet wordt vastgelegd, gaat de toezichthouder er in beginsel vanuit dat het niet is uitgevoerd. Dat betekent dat een trustkantoor veel aandacht moet besteden aan vastleggingen, inclusief een *paper trail* met betrekking tot de opvolging die is gegeven aan adviezen en commentaren van de compliancemedewerker. Verder is belangrijk dat het procedurehandboek actueel is en dat werken procesbeschrijvingen corresponderen met de werkwijze in de praktijk. Zeker met betrekking tot dit laatste punt gaat het regelmatig fout, omdat het procedurehandboek achter loopt ofwel omdat beschreven procedures eenvoudigweg niet worden toegepast.

3.3. Combinatieverbod trustdienst en belastingadvies

De Wtt 2018 voorziet in een verbod om trustdiensten te verlenen aan een cliënt die uitvoering geeft aan belastingadvies dat door hetzelfde trustkantoor aan die cliënt is verstrekt. Dit is vastgelegd in art. 17 Wtt 2018. Het verbod is voortgekomen uit de wetgevingssuggesties naar aanleiding van de bevindingen van de Parlementaire ondervragingscommissie naar Fiscale constructies in 2017.

Oogmerk van het verbod is het voorkomen van belangenverstrengeling en het waarborgen van een onafhankelijke beoordeling van de integriteitsrisico's door een trustkantoor. De overweging is dat die beoordeling met betrekking tot (de dienstverlening aan) een cliënt minder onafhankelijk geschiedt, zodra door dat trustkantoor (of een groepsentiteit) ook heeft geadviseerd over een fiscale structuur voor dezelfde cliënt. En dat is geen vreemde gedachte. In ieder geval heeft een trustkantoor de schijn tegen waar het gaat om een onafhankelijke beoordeling van een fiscale constructie waarover een belastingadviseur, accountant, fiscalist of fiscaal georiënteerde advocaat heeft geadviseerd die is verbonden aan (een groepsentiteit van) datzelfde trustkantoor. In de parlementaire geschiedenis wordt nog toegelicht dat de normstelling met betrekking tot belastingadvisering en trustdienstverlening uiteenloopt. Met het oog op het beheersen van integriteitsrisico's is een trustkantoor verplicht de maatschappelijke betamelijkheid van de

10. Zie art. 19, vierde lid, Btt 2018: 'De bestuurlijke verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de compliancefunctie en de auditfunctie is bij twee verschillende beleidsbepalers belegd.'

11. Zie DNB Vooruitblik 2019 (hoofdstuk 11 op p. 31 en speerpunt 3 op p.37: https://www.dnb.nl/binaries/DNB_Toezicht_Vooruitblik_2019.pdf).

dienstverlening in haar afwegingen te betrekken. Dat kan zeer wel betekenen dat een fiscale constructie die belastingtechnisch verdedigbaar is, vanuit het oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid niet acceptabel is. In een organisatie waar beide diensten worden gecombineerd leidt dat snel tot spanning. Ook leidt dat tot het risico dat een trustkantoor tot trustdienstverlening overgaat zonder een voldoende onafhankelijke beoordeling van de integriteitsrisico's te maken of zonder toereikende beheersing van die integriteitsrisico's. Dit was ook hetgeen DNB concludeerde in eerder onderzoek met betrekking tot gecombineerde dienstverlening door trustkantoren. Meerdere trustkantoren bleken niet de ruimte te nemen of de middelen te hebben om de eigen belastingadviezen kritisch te analyseren, de integriteitsrisico's scherp in kaart te brengen en zo nodig af te zien van trustdienstverlening.

Het combinatieverbod brengt mee dat zodra (een groepsentiteit van) het trustkantoor belastingadvies heeft gegeven, het trustkantoor geen uitvoering mag geven aan dat belastingadvies. De term 'belastingadvies' is gedefinieerd in de Wtt 2018 en omvat het adviseren over de opzet, inrichting of werking van structuren van rechtspersonen en vennootschappen gericht op de toepassing van internationaal en nationaal belastingrecht. Er is sprake van het uitvoering geven aan een belastingadvies als het trustkantoor gevolg geeft aan het advies en een fiscale structuur opzet, inricht, operationeel maakt of beheert. In de memorie van toelichting bij de Wtt 2018 is duidelijk gemaakt dat het 'uitvoering geven aan' ruim moet worden geïnterpreteerd, zodat omzeiling van het combinatieverbod wordt voorkomen. Ook als een belastingadvies niet een-op-een wordt uitgewerkt of niet volledig wordt uitgevoerd, blijft het verbod in stand. Hoofregel is dat er geen direct verband mag zijn tussen het geven van belastingadvies en het verlenen van trustdiensten aan dezelfde cliënt. Controle op de naleving van het combinatieverbod door trustkantoren is voor DNB relatief eenvoudig. Het belastingadvies voor een cliënt hoort namelijk onderdeel uit te maken van het cliëntendossier, aangezien die informatie relevant is voor het cliëntenonderzoek waarbij onder meer het doel van de structuur moet worden bepaald. DNB kan door een beoordeling van het belastingadvies bepalen of dat is opgesteld door een persoon/entiteit die verbonden is met of in een (vennootschapsrechtelijke) relatie staat tot het trustkantoor.

Het combinatieverbod ziet niet op fiscale werkzaamheden van meer administratieve aard. Het trustkantoor mag in aanvulling op domicilieverlening belastingaangiften en daarmee verband houdende werkzaamheden verrichten of werkzaamheden verrichten in verband met het opstellen, beoordelen of controleren van de jaarrekening of het voeren van administratie. Dergelijke werkzaamheden onderscheiden zich van belastingadvies, omdat belastingadvies ziet op het geven van advies over de opzet, inrichting en

werking van structuren in relatie tot de toepassing van het belastingrecht. Het verzorgen van een belastingaangifte is van een andere orde en ziet op het reguliere, administratieve proces waarbij gegevens worden verzameld en worden verstrekt aan de fiscale autoriteit, zodat een al bestaande structuur aan haar belastingverplichtingen voldoet. Het combinatieverbod betekent overigens zeker niet dat het trustkantoor afscheid moet nemen van haar fiscale experts. Expertise met betrekking tot belastingrecht blijft voor een trustkantoor belangrijk. De beoordelingen van belastingadviezen in het kader van het cliëntenonderzoek en het toetsen van een structuur aan de *fiscale risk appetite* van het trustkantoor kan immers complex zijn en vergt een goed begrip van het belastingrecht.

Veel trustkantoren hebben het combinatieverbod vooruitlopend op de inwerkingtreding van de Wtt 2018 al doorgevoerd in hun organisatie. Belastingadvies wordt door die trustkantoren niet langer aangeboden. Voor nationaal opererende trustkantoren was het staken van de belastingadvisering impactvol maar overzichtelijk. Voor trustkantoren die onderdeel zijn van een internationaal opererende groep die trustdiensten verleent in meerdere jurisdicties, is het combinatieverbod nadrukkelijk knellender. Het combinatieverbod van de Wtt 2018 werkt namelijk door in de dienstverlening van die groepen. Het Nederlandse trustkantoor kan geen trustdienst verlenen aan een cliënt aan wie een groepsentiteit belastingadvies heeft verstrekt. Als voor een dergelijke groep de trustdienstverlening prevaleert, dan zou het belastingadvies moeten worden gegeven door een niet aan de groep verbonden dienstverlener. In de situatie dat een cliënt in meerdere jurisdicties wordt bediend en de gecombineerde dienstverlening prevaleert, betekent dit het Nederlandse trustkantoor zich van trustdienstverlening moet onthouden. Als dit zich frequent voordoet, kan dit op enig moment meebrengen dat de groepsrelatie voor dat Nederlandse trustkantoor ter discussie komt te staan.

3.4. Kring getoetste personen bij houders van een gekwalificeerde deelneming

Naast de drie hiervoor besproken wijzigingen die de inrichting van de organisatie van een trustkantoor beïnvloeden, lijkt de formulering van de kring van te toetsen personen met betrekking tot houders van een gekwalificeerde deelneming een impactvol neveneffect te hebben. Hiervoor is uiteengezet dat (mede)beleidsbepalers en toezichthouders van het trustkantoor door DNB worden getoetst op betrouwbaarheid en geschiktheid. Ook houders van een gekwalificeerde deelneming worden getoetst door DNB. Deze toetsing ziet enkel op de betrouwbaarheid. Om te bepalen welke kring personen in dat verband moet worden getoetst, is relevant wanneer er sprake is van een gekwalificeerde deelneming. Er is een

gekwalficeerde deelneming als er rechtstreeks of middellijk een aandelenbelang in het trustkantoor wordt gehouden van ten minste 10%, of ten minste 10% van de stemrechten kan worden uitgeoefend. Ook 'vergelijkbare financiële belangen of zeggenschap' ten aanzien van het trustkantoor wordt hieronder begrepen.

De toetsing op betrouwbaarheid die DNB uitvoert ziet op natuurlijke personen. Als de houder van een gekwalificeerde deelneming een natuurlijke persoon is, dan wordt die derhalve getoetst. Als de houder van een gekwalificeerde deelneming een rechtspersoon is, dan worden alle bestuurders van die rechtspersoon getoetst. Waar onder de oude trustwetgeving ruimte bestond om de kring van te toetsen personen te beperken tot degenen die reële zeggenschap uitoefenden, lijkt dat onder de Wtt 2018 niet langer mogelijk. Althans dat is de opstelling die DNB nu kiest. De Wtt 2018 wijkt op dit punt af van de regels in de Wft over de toetsing van vergelijkbare personen. Op grond van art. 3:99 Wft moet de betrouwbaarheid van de houder van een verklaring van geen bezwaar die op grond van zijn gekwalificeerde deelneming het beleid van de betrokken onderneming (mede) bepaalt, buiten twijfel staan. In de Wtt 2018 geldt voor het vaststellen van de kring van te toetsen personen bij houders van een gekwalificeerde deelneming alleen het formele criterium dat iedere bestuurder van iedere 'houdster-rechtspersoon' moet worden getoetst op betrouwbaarheid. Het al dan niet (mede) bepalen van het beleid van de vergunninghoudende instelling is – anders dan bij de Wft – onder de Wtt 2018 niet relevant.

Vooral voor trustkantoren die onderdeel zijn van een internationale groep van ondernemingen leidt dit tot een onevenredige last. Dergelijke groepen kennen vaak een heel gelaagde structuur, waarbij het Nederlandse trustkantoor een van de werkmaatschappijen is onder in de groepsstructuur en zij meerdere houdsters heeft. Mutaties in het bestuur van willekeurig welke houder van een gekwalificeerde deelneming moeten op grond van art. 8 Wtt 2018 worden gemeld aan DNB. Wijzigingen behoeven voorafgaande goedkeuring van DNB in de vorm van een positieve uitkomst van de betrouwbaarheidstoetsing van de betrokken bestuurder(s). Hierdoor strekt het trusttoezicht zich uit tot bestuurskamers ver buiten Nederland, waarbij het irrelevant is of de betrokken bestuurders in de praktijk het beleid bepalen van c.q. reële zeggenschap uitoefenen over het trustkantoor of niet. Met name bij een overname van een Nederlands trustkantoor door grote, internationaal opererende groepen leidt dit in de praktijk tot de verplichting om tientallen bestuurders te laten toetsen door DNB. In de bestuurskamer van buitenlandse, niet onder toezicht staande ondernemingen heeft noch deze meldplicht noch dit toetsingsvereiste automatisch de volle aandacht. Het trustkantoor – op wie de meldplicht rust om wijzigingen door te geven – loopt dan snel achter de feiten aan, als zij daar al zicht op krijgt.

4. Doelmatigheid en overregulering

De Wtt 2018 voorziet onder meer in een aanscherping van eisen die zien op de inrichting van de organisatie van een trustkantoor. Die eisen zijn ontegenzeggelijk impactvol voor trustkantoren. Het doel van de aanscherpingen is het verder professionaliseren van de organisatie inrichting van trustkantoren en hun functioneren als poortwachter. Een aantal vereisten lijkt echter onvoldoende genuanceerd en schiet daarmee zijn doel voorbij.

De eisen met betrekking tot functiescheiding zijn voor trustkantoren met een beperkte omvang lastig te realiseren, terwijl de concrete voorschriften weinig ruimte geven voor een proportionele toepassing daarvan. Dat is onhandig omdat het gebod om de compliancefunctie intern te beleggen ook verhindert dat het trustkantoor de compliancefunctie bij een externe compliance-officer wordt belegd. Dat is geen doeltreffende manier om de kwaliteit van de compliancefunctie naareen hoger plan te tillen. Trustkantoren die deze functie voorheen met deskundigheid van externe compliance officers invulden, moeten nu dure, gespecialiseerde compliance officers aantrekken en in dienst nemen. Dat blijkt in de praktijk door schaarste en kosten een hele opgave. Het gebod om de compliancefunctie intern te beleggen is ingegeven door de wens om tekortkomingen in de uitoefening van die functie weg te nemen. Echter, het neveneffect van deze regel lijkt dat de deskundigheid als zodanig tekort gaat schieten, omdat die expertise in de voorgeschreven vorm moeilijk beschikbaar komt voor een trustkantoor. Dat kan niet de bedoeling zijn. Hier had de wetgever zich beter kunnen beperken tot het reguleren van het niveau en de taakvolwassenheid van de compliancefunctie in plaats van voor te schrijven in welke vorm die ingebed moet zijn in de organisatie van een trustkantoor.

Tenslotte merk ik op dat het verbod op de combinatie trustdienstverlening en belastingadvies als ook het toetsen van houders van een gekwalificeerde deelneming op zichzelf gerechtvaardigd is, maar dat de huidige wijze van regulering ook een negatief neveneffect heeft. Meest treffend spreekt dat uit de omvang van de kring van te toetsen personen bij de houders van een gekwalificeerde deelneming. Bij afwezigheid van een materieel criterium moeten nu vele bestuurders worden getoetst zonder dat relevant is of zij reële 'beleidsbepaling' of 'invloed' hebben over het trustkantoor. Hier wijkt de Wtt 2018 af van de voorschriften in de Wft waar de (mede) beleidsbepaling wel een belangrijk criterium is, terwijl het in de kern om precies hetzelfde vraagstuk gaat. Dit is een vorm van overregulering die geen meerwaarde brengt anders dan extra toetsingswerk voor DNB en extra kosten voor de trustsector. Hopelijk wordt dit soort overregulering snel gecorrigeerd en wordt de normering in de Wtt 2018 ter zake de inrichting van de organisatie nog meer dan nu in lijn gebracht met de normering in de

Wft. Want ook dat is bevorderlijk voor de integriteit van de financiële sector.