Regulering van de Nederlandse trustsector

Strafrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving betreffende trustkantoren

M.T. van der Wulp

kerckebosch
UITGEVERIJ | STUDIECENTRUM

Regulering van de Nederlandse trustsector

'The life of the law has not been logic;
it has been experience'.

(Oliver Wendell Holmes, 1881)

Aan mijn ouders, Gert en Anita
Aan mijn vrouw, Michelle

Regulering van de Nederlandse trustsector

Strafrechtelijke handhaving van financiële toezichtwetgeving betreffende trustkantoren

Regulation of the Dutch trust industry

Criminal law enforcement of financial supervision legislation on trust offices

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op donderdag 27 september 2012 om
13:30 uur

door
Melis Tijl van der Wulp

geboren te Haarlem

ERASMUS UNIVERSITEIT ROTTERDAM

Promotiecommissie

Promotor:

Prof.mr. H. de Doelder

Overige leden:

Prof.mr. F.W. Bleichrodt

Prof.mr.dr. H.G. van de Bunt

Prof.mr. A.R. Hartmann

ISBN 978-90-6720-538-2

© 2012, M.T. van der Wulp, Den Haag / Uitgeverij Kerckebosch bv, Zeist
Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opname of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 juncto het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Publicatie- en Reproductierechten Organisatie (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Voorwoord

Een advocaat te Curaçao schreef, in het voorwoord van één van zijn boeken, dat trustkantoren met 'een zekere mate van mystiek' lijken te zijn omgeven. Dit zou volgens hem zonder twijfel samenhangen met de link die doorgaans wordt gelegd tussen trustkantoren enerzijds en belastingplanning, belastingparadijzen en geheimhouding anderzijds. Toch was dit volgens hem slechts een deel van het verhaal; trustkantoren zijn evenzeer professionele dienstverleners, die op financieel, juridisch, fiscaal en administratief terrein opereren, waarbij veelal een hoge mate van expertise benodigd is. In het debat over de dienstverlening van trustkantoren is mij opgevallen dat, zowel in de media als in de politiek, maar ook in onderzoeksrapporten, sterk de neiging bestaat om steeds eenzijdig de nadruk te leggen op één van beide 'delen' van het verhaal van de advocaat. Het bleek bovendien een kritisch en soms zelf verhit debat te zijn. Dat heeft mij echter nooit tegengehouden om, net als bovengenoemde advocaat, met wetenschappelijke interesse naar trustkantoren en hun dienstverlening te kijken.

Een unieke kans
Voor de unieke kans om promotieonderzoek naar de regulering van de Nederlandse trustsector te mogen doen, ben ik in de eerste plaats dank verschuldigd aan mijn promotor prof. Hans de Doelder. Hij was het die in mijn wetenschappelijke belangstelling voor de trustsector de potentie heeft gezien voor het promotieonderzoek. Hij was het die zich er vervolgens ook hard voor heeft gemaakt dat er daadwerkelijk een 'promotieplek' zou worden gerealiseerd. Bijzonder vind ik dat wij in onze jaren van intensieve samenwerking goede vrienden zijn geworden. Voor de financiering van het onderzoek ben ik voorts dank verschuldigd aan de (toenmalige) medewerkers van het Erasmus Center for Penal Studies (ECPS): Paul Verloop, André Korenhof, Joost Verbaan en Ronald Verbeek. Met hen heb ik bovendien mogen samenwerken in het onderwijs en in buitenlandse wetgevingsprojecten, zoals met name de herziening van het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering van de (toenmalige) Nederlandse Antillen en Aruba. Zonder hun inspanningen voor de Sectie Strafrecht zouden overigens sommige wetenschappelijke onderzoeken, zoals mijn promotieonderzoek, niet mogelijk zijn geweest.

In het jaar voorafgaand aan het promotieonderzoek heb ik, onder begeleiding van prof. Henk van de Bunt en Judith van Erp, kwalitatief empirisch onderzoek mogen doen naar de dienstverlening van trustkantoren in Nederland en het misbruik daarvan. Dit onderzoek resulteerde in het rapport 'Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik'. Dat in 2009 door het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance in de zogenoemde 'EITC-reeks' is gepubliceerd. Ik dank hen voor de constructieve begeleiding in dit onderzoek en hun betrokkenheid bij het hierop volgende promotieonderzoek. Bovendien hebben zij mij hiermee de (eveneens) unieke kans geboden om 'feeling' te krijgen met de praktijk van de Nederlandse trustsector.

De Kleine Commissie
Ik dank de Kleine Commissie voor de opbouwende commentaren op het finale concept. In de eerste plaats en in het bijzonder dank ik prof. Arthur Hartmann voor de zeer grondige wijze waarop hij 'deze aangename taak' heeft opgepakt. Voorts dank ik prof. Henk van de Bunt en prof. Bleichrodt, die mij van de nodige 'repliek' hebben voorzien.

De Sectie Strafrecht
Een speciaal en warm woord van dank richt ik aan de leden van de Sectie Strafrecht. De vriendschappen die tijdens de samenwerking zijn ontstaan, zijn mij zeer dierbaar. In de eerste plaats wil ik mijn directe buurman (op de gang) en goede vriend, prof. Arthur Hartmann, danken voor zijn volhardende betrokkenheid bij het promotieonderzoek, als 'sparring partner' tot het bittere eind. Prof. Tom Blom (thans hoogleraar aan de UvA) en prof. Edwin Bleichrodt dank ik voor de goede en inspirerende samenwerking. Onder jullie bezielende leiding heb ik veel mogen leren van het verzorgen van onderwijs in het straf(proces)recht. De wijze waarop jullie er in slagen studenten te enthousiasmeren voor het strafrecht werkt zonder meer aanstekelijk. Dat geldt evenzeer voor prof. Paul Mevis, die mij (als eerstejaars student aan deze faculteit) met zijn colleges ooit inleidde in het strafrecht en daarmee 'mijn lot bezegelde'. Ook dank ik de dames van de Sectie, zonder wie deze er

nooit zo kleurrijk zou hebben uitgezien: Jolande uit Beijerse, Sanne Struijk, Deborah Bruin en Beatrijs Volker. Kleurrijke persoonlijkheden zijn zeker ook prof. Hjalmar van Marle, Michiel van der Wolf, Jaap van der Hulst, John Blad en oud sectiegenoten Juan de Lange, Bas Leeuw, Gerben Smid en mijn paranimf Bart Keupink. Ik dank voorts de student-assistenten van mijn promotor, Mohammed Akhloufi en Barbara Salverda, voor de praktische ondersteuning bij het promotietraject. Ook dank ik de secretaresses Kim Pleiter, Chantal Koot en Joke Rademakers. Wil den Harder dank ik voor mijn eerste aanstelling als student-assistent bij het mentor-stelsel. Met Munish Ramlal als mijn directe collega, heb ik hierdoor al tijdens mijn studententijd de 'Rotterdamse gezelligheid' op de werkvloer van de Erasmus Universiteit mogen ervaren.

Ook met de Sectie Financieel Recht heb ik een bijzondere band gekregen, die is ontstaan in de vier jaren dat ik als docent bij het mastervak 'Financiële Ethiek' onderwijs heb mogen verzorgen. Ik dank in de eerste plaats vakdocent Aloy Soppe, die mij als docent in zijn vak alle vrijheid heeft gegeven om het onderwijs te ontwerpen. Ik dank ook secretaresse Linda Olieman voor de praktische ondersteuning hierbij. Met mijn paranimf Niels van Zijl kijk ik (nu al) met enige weemoed terug op het mooie jaar waarin wij, samen met Tomas Arons en Urszula Jaremba, het bestuur van de Juridische AIO-vereniging Rotterdam (JAR) nieuw leven hebben ingeblazen. De 'PhD-Guide 2010' is een van de tastbare resultaten van onze samenwerking geweest. Omdat geen promovendus aan de Erasmus Universiteit kan zonder de betrokkenheid van beschermheer en -vrouwen, dank ik voor hun inzet en betrokkenheid onze decaan prof. Maarten Kroeze, de AIO-coördinatoren Elaine Mak en prof. Sanne Taekema, en 'last but not least' Elly Rood.

Pioniers
Wetenschappelijk onderzoek op het relatief nieuwe terrein van het Nederlandse recht betreffende trustkantoren kan niet tot stand komen zonder pioniers, die serieus en met enige bevlogenheid de uitdaging aangaan om zich hierin te verdiepen. Veel heb ik mogen leren van mijn goede vriend Jan van Koningsveld, die als senior financieel rechercheur bij de FIOD-ECD zonder meer een autoriteit op het terrein van misbruik van buitenlandse offshore vennootschappen kan worden genoemd. Karel Frielink (advocaat te Curaçao) dank ik voor de waardevolle, soms ook juridisch vrij technische gesprekken, die op grote afstand, maar ook in de geboorteplaats van de trustsector hebben plaatsgevonden. In Robbert-Jan Lugard, directeur van Confiad (Den Haag) heb ik eveneens een ideale 'sparring partner' gevonden voor de meer complexe Wtt-compliance vraagstukken. Tot slot dank ik Cees Schaap voor zijn support bij het onderzoek en de gedachtewisseling over (praktijk)vraagstukken betreffende de trustsector.

Wladimiroff Advocaten
Ik dank mijn kantoorgenoten voor de ruimte die zij mij hebben geboden voor de afronding van het proefschrift en de mogelijkheden die zij mij thans bieden om mij verder te ontplooien op dit specifieke terrein van het financiële recht. Een bijzonder woord van dank richt ik hierbij aan mijn patroon Jan Leliveld en mijn kamergenoot Jop Spijkerman.

www.liesbethwallien.nl
Ik dank Liesbeth Wallien voor haar excellente vertaalwerkzaamheden. Het resultaat daarvan, de Engelse vertaling van de samenvatting, is achterin het proefschrift te vinden.

Mijn meest dierbaren
Aan mijn lieve ouders, Gert en Anita, mijn broers Bart en Rutger, mijn zus Eva en zwager Johan (en de kleine Julius), mijn schoonvader David, schoonzus Carinda en partner Wieger-Jan: het is een rijkdom het leven met jullie te mogen delen. Dat geldt evenzeer voor onze 'pater familias': Onno en zijn Lo. In dierbare herinnering dank ik ook mijn schoonmoeder Thea, voor het in mij geschonken vertrouwen. Mijn vader zeg ik dank voor de inhoudelijke, alsmede de tekstuele op- en aanmerkingen, die wij, alleen als het om echt inhoudelijke kwesties ging en de tijd het toeliet, het liefst doornamen onder het genot van een mooi glas Islay whisky, bij voorkeur een Laphroaig.

Hoewel dit niet de plaats is om een opsomming te geven van eenieder die belangrijk voor mij is (en daarmee mogelijk andere belangrijke vriendschappen tekort te doen), wil ik hier enkele van mijn vrienden danken voor de warme belangstelling tijdens mijn onderzoek: Anton van den Heuvel, Petra Tolen, Marlous Blankesteijn, Robert Kraaijeveld en Pieter van den Mosselaar. De gesprekken over mijn onderzoeksbevindingen, die soms tot in de late uurtjes hebben geduurd, zijn voor mij zeer waardevol geweest. Voor hun belangstelling en betrokkenheid ben ik zeker ook dank verschuldigd aan mijn Rotterdamse dispuutsgenoten, mijn 'royale' Lichting 2002 in het bijzonder: Oscar, Rogier, Sander, Thomas, Matthijs, Pablo en Jan-Willem. Door laatstgenoemden hoef ik het leven gelukkig niet altijd zo serieus te nemen. *Load 'em!*

Michelle, 'I love you a million'.

Melis Tijl van der Wulp

Afkortingenlijst xvii

I INLEIDING

1.1 Ten geleide: regulering van de Nederlandse trustsector 1
1.2 Wat is een trustkantoor? 5
1.2.1 Definiëring 6
1.2.2 'Trustkantoor' in de zin van de Wtt 10
1.2.2.1 'Rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon' 10
1.2.2.2 'Beroeps- of bedrijfsmatig' 11
1.2.2.3 'In opdracht van' (een derde) 13
1.2.2.4 'Een of meer van de in onderdeel d genoemde diensten' 16
1.2.2.4.1 'Het zijn van bestuurder' 16
1.2.2.4.2 'Het verlenen van domicilie' met 'bijkomende werkzaamheden' en de uitzonderingspositie ten aanzien van 'receptiewerkzaamheden' 17
1.2.2.4.3 'Het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen' 18
1.2.2.4.4 'Het zijn van trustee' 19
1.2.2.4.5 'Het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt' 20
1.2.3 De nieuwe definitie van trustkantoor op basis van de Wfm 2010 en de Wfm 2012 en haar onderscheidend vermogen 21
1.2.4 Een 'klassiek misverstand': het begrip 'trustkantoor' en de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust 23
1.2.4.1 Inleiding 23
1.2.4.2 De Anglo-Amerikaanse trust 24
1.2.4.3 Het Haags Trustverdrag en de 'express trust' 25
1.2.4.4 Het Nederlandse trustkantoor als trustee 26
1.3 Maatschappelijke aandacht voor de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening 27
1.3.1 Inleiding 27
1.3.2 Tax Justice Network 31
1.3.3 Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen 33
1.3.4 Het 'Unger-rapport' 38
1.3.5 Financieel Expertise Centrum 39
1.3.6 Uitleiding 42
1.4 Probleemstellingen 44
1.4.1 Het vertrekpunt in het onderzoek: de regulering van de Nederlandse trustsector 44
1.4.2 Probleemstellingen 44
1.4.3 Plan van behandeling 46

II DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

2.1 Inleiding 49
2.2 De geschiedenis van de Nederlandse trustsector 54
2.2.1 Het begin: omstreeks 1890 54
2.2.2 De dreiging van de Tweede wereldoorlog en de Wet Zetelverplaatsing 56
2.2.3 De aantrekkingskracht van het vestigingsklimaat van Nederland 58
2.3 De opbouw van de Nederlandse trustsector 60
2.3.1 Een eerste indruk: onderzoek door DNB en de overgangsperiode van de Wtt 60
2.3.2 De marktstructuur van de trustsector 61
2.3.2.1 Grote trustkantoren en de VIMS 61

2.3.2.2 Middelgrote en kleine trustkantoren en de DFA 62

2.4 De dienstverlening van trustkantoren in Nederland 63
2.4.1 Inleiding 63
2.4.2 Drie 'basis trust diensten': domicilieverlening, management diensten en administratieve diensten 66
2.4.3 Drie veel voorkomende structuren: de houdsterstructuur, de royaltystructuur en de financieringsstructuur 67
2.4.3.1 De houdsterstructuur 67
2.4.3.2 De royaltystructuur 68
2.4.3.3 De financieringsstructuur 70
2.4.4 Direct betrokken partijen: het trustkantoor, de belastingadviseur en het APA-/ATR-team 72
2.4.5 De dienstverlening van trustkantoren en het vereiste van een reële aanwezigheid (substance) van de in Nederland gevestigde doelvennootschap 74
2.4.6 Een randverschijnsel: trustkantoren die het toezicht ontwijken 76
2.4.6.1 Inleiding 76
2.4.6.2 Illegale trustkantoren 76
2.4.6.3 Virtuele trustkantoren 77
2.4.6.4 Afsluiting 79
2.4.7 Uitleiding 79
2.5 Slot: de betekenis van de trustsector voor de Nederlandse economie 80
2.5.1 Inleiding: de toegevoegde waarde volgens het ministerie van Financiën 80
2.5.2 De door DNB geschatte toegevoegde waarde van de Nederlandse trustsector: € 1,5 miljard 81
2.5.3 De door de SEO geschatte toegevoegde waarde van de Nederlandse trustsector: € 1,8 miljard 81
2.5.4 Werkgelegenheid en spin-off activiteiten 82

III MISBRUIK VAN TRUSTKANTOREN

3.1 Inleiding 85
3.2 'Misuse of trust and company service providers' 87
3.2.1 Ten geleide 87
3.2.2 The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers 88
3.2.2.1 Typology 1: 'Multi-jurisdictional structures of corporate entities and trusts' 90
3.2.2.2 Typology 2: 'Specialised financial intermediaries/professionals' 90
3.2.2.3 Typology 3: 'Nominees' 90
3.2.2.4 Typology 4: 'Shell companies' 91
3.2.2.5 Gemeenschappelijke elementen 91
3.2.2.6 Analyse 92
3.2.2.7 Aandachtspunten: Areas of risk, Prevalent Problems in Obtaining Information en Issues for Consideration 93
3.7.7.8 Tussenstand: Overall findings and conclusions 94
3.2.3 Money Laundering Using Trust and Company Service Providers 95
3.2.3.1 Ten geleide 95
3.2.3.2 Red flags 97
3.2.3.3 Typologieën die zijn gerelateerd aan de kwetsbaarheid van een jurisdictie voor witwassen 98
3.2.3.4 Typologieën die aan trustkantoren zijn gerelateerd aan de kwetsbaarheid van trustkantoren voor witwassen 101
3.2.3.5 Typologieën die aan tussenpersonen zijn gerelateerd

aan de kwetsbaarheid van 'professional intermediaries' voor witwassen 103
3.2.3.6 Key findings en conclusies 104
3.2.3.7 Issues for Consideration 106
3.2.4 The Puppet Masters 107
3.2.4.1 Shell companies 108
3.2.4.2 Shelf companies 109
3.2.4.3 Operational entities 110
3.2.4.4 Companies met bearer shares 110
3.2.4.5 Trusts 111
3.2.4.6 Tiered corporate vehicle structures 112
3.2.4.7 Conclusions en recommendations 113
3.2.5 Afsluitend 114
3.3 Misbruik van Nederlandse trustkantoren 115
3.3.1 Ten geleide 115
3.3.2 De Enron-fraude en een Nederlands trustkantoor 116
3.3.2.1 Ten geleide: 'Enron en Parmalat' 116
3.3.2.2 Fraude 117
3.3.2.3 Onenigheid over de betrokkenheid van het trustkantoor bij de Enron-fraude 118
3.3.3 De Parmalat-fraude en twee Nederlandse trustkantoren 120
3.3.3.1 Ten geleide: 'Parmalat, una Enron europea' 120
3.3.3.2 Fraude 121
3.3.3.3 Nederland als draaischijf: trustkantoren betrokken bij de Parmalat-fraude? 122
3.3.4 De strafrechtelijke vervolging van het bij een Nederlands trustkantoor gevestigde Trafigura Beheer B.V. 125
3.3.4.1 Ten geleide: 'gif met Nederlandse link?' 125
3.3.4.2 Gifschandaal 129
3.3.4.3 De 'Nederlandse link': de dienstverlening van het Nederlandse trustkantoor waarbij Trafigura Beheer B.V. was gevestigd 129
3.3.5 De strafrechtelijke vervolging van medewerkers van een Nederlands Trustkantoor 129
3.3.5.1 Ten geleide: 'Stel vragen, val niet binnen' 129
3.3.5.2 Fraude bij de Turkse Kent Bank en het rechtshulpverzoek aan de Nationale Recherche 132
3.3.5.3 Strafrechtelijk onderzoek naar betrokkenheid van het Nederlandse trustkantoor bij een miljoenenfraude 132
3.3.6 De zaak Paarlberg en een Nederlands trustkantoor 133
3.3.6.1 Ten geleide 133
3.3.6.2 De zaak Paarlberg 133
3.3.6.3 Het OM: 'In deze zaak is de verwevenheid van onderwereld en bovenwereld meer dan ooit zichtbaar geworden' 145
3.4 Slot 146

IV DE ONTWIKKELING VAN INTERNATIONALE STANDAARDEN VAN REGULERING EN TOEZICHT BETREFFENDE TRUSTKANTOREN

4.1 Inleiding 149
4.2 Het Financial Stability Forum en de Working Group on Offshore Financial Centres 153
4.2.1 Ten geleide: het Financial Stability Forum 153
4.2.2 De Working Group on Offshore Financial Centres 156
4.2.3 Report of the Working Group on Offshore Financial Centres 156
4.2.4 Uitleiding 162

4.3 Een ijkpunt in het onderzoek: het Offshore Financial Center Assessment Program van het Internationaal Monetair Fonds en de voorafgaande rapporten van UK Home Office en KPMG 162
4.3.1 Ten geleide: het OFC Assessment Program, op verzoek van het Financial Stability Forum 162
4.3.2 The Edwards Report: Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies 165
4.3.2.1 Inleiding: general principles en methoden van good practice 166
4.3.2.2 Overkoepelende wetgeving en ondersteunende gedragscodes ten aanzien van de regulering van 'company, trust and professional service providers' 168
4.3.2.3 Aandachtspunten bij implementatie van het voorgestelde systeem van regulering en toezicht door middel van overkoepelende wetgeving en gedragscodes 171
4.3.2.4 Uitleiding 173
4.3.3 Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda 173
4.3.3.1 Inleiding: general principles en methoden van good practice 176
4.3.3.2 De betekenis van de Guidance Notes met betrekking tot 'Companies and Trusts' voor 'company service providers' en 'trust service providers' 176
4.3.3.3 Verplichtingen die de implementatie van internationale standaarden volgens Guidance Notes met betrekking tot 'Companies and Trusts' met zich meebrengt 179
4.3.3.4 Uitleiding en tussenstand 180
4.3.4 De vroege Assessment Reports van het OFC Assessment Program 181
4.3.4.1 Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector 182
4.3.4.1.1 Assessment of Practices Relating to Companies, Trusts, and Company and Trust Service Providers 182
4.3.4.1.2 Uitleiding 183
4.3.4.2 Gibraltar – Assessment of the Regulation and Supervision of Financial Services 184
4.3.4.2.1 Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trusts and Trust Service Providers 184
4.3.4.2.2 Gibraltar als pionier 184
4.3.4.2.3 Company and Trust Services Providers: methoden van 'good practice' 186
4.3.4.2.4 Uitleiding 189
4.3.4.3 Afsluitend: het OFC Assessment Program 190
4.4 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling 191
4.4.1 Ten geleide 191
4.4.2 Over de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling en haar kenmerkende werkmethoden 192
4.4.3 Een verzoek van het Financial Stability Forum 193
4.4.4 Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht 194
4.4.2.1 Option 1: 'Up front disclosure to the authorities' 196
4.4.2.2 Option 2: 'Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information', de 'Intermediary Option' 198
4.4.2.3 Option 3: Primary Reliance on an Investigative Mechanism 199
4.4.2.4 Afsluitend: de keuze voor de Intermediary Option voor de introductie van trusttoezicht en de positionering van het Nederlandse overheidsbeleid 201
4.5 De Financial Action Task Force on Money Laundering 201

4.5.1 Ten geleide 201
4.5.2 Over de FATF en de invloed van haar aanbevelingen 201
4.5.3 Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper 204
4.5.3.1 Ten geleide: achtergronden bij de Review van de Forty Recommendations 204
4.5.3.2 Twee aandachtspunten: toonderaandelen en trusts 205
4.5.3.3 Het onderdeel 'Trust and Company Service Providers' 208
4.5.3.4 Afsluitend: de vertaalslag in drie belangrijkste categorieën diensten voor Nederland en de positionering van het Nederlandse overheidsbeleid ten aanzien van trustkantoren 211
4.6 De Offshore Group of Banking Supervisors 213
4.6.1 Ten geleide: van Offshore Group of Banking Supervisors naar Group of International Finance Centre Supervisors 213
4.6.2 De Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group 214
4.6.3 Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice 215
4.6.4 Uitleiding 218
4.7 De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht na de inwerkingtreding van de Wtt 218
4.7.1 Ten geleide 218
4.7.2 Het 'FATF-framework' 219
4.7.2.1 Inleiding 219
4.7.2.2 FATF 40 Recommendations 219
4.7.2.3 FATF IX Special Recommendations 226
4.7.3 Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers 229
4.7.4 De Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering (2005) 232
4.7.4.1 Ten geleide 232
4.7.4.2 Onderwerp, toepassingsgebied en definities 233
4.7.4.3 Customer Due Diligence 234
4.7.4.4 Meldingsplicht 237
4.7.4.5 Bewaring van bewijsstukken en statische gegevens 239
4.7.4.6 Handhavingsmaatregelen 239
4.7.5 De FATF over TCSPs en de Risk Based Approach Guidance 241
4.7.5.1 Ten geleide 241
4.7.5.2 RBA Guidance voor DNFBPs 241
4.7.5.3 De risicogeoriënteerde aanpak van de RBA Guidance 242
4.7.5.4 Guidance voor toezichthoudende autoriteiten 245
4.7.5.5 Guidance voor trustkantoren 248
4.7.6 Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF 254
4.7.6.1 Ten geleide 254
4.7.6.2 Twee punten van kritiek: Customer Due Diligence en Suspicious Transactions Reporting 255
4.7.6.3 Customer Due Diligence: Recommendation 12 255
4.7.6.4 Suspicious Transaction Reporting: Recommendation 16 258
4.7.6.5 Uitleiding 259
4.8 Slot: kernpunten in Perspectief 259

V REGULERING EN TOEZICHT

5.1 Inleiding 263
5.2 De Wet toezicht trustkantoren 263
5.2.1 Inleiding 263

5.2.2 Introductie van het toezicht op trustkantoren 264
5.2.2.1 Voorafgaand: beperkt toezicht op basis van de Wtk 1992 (oud) 264
5.2.2.2 Het actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid' 264
5.2.2.3 De 'Integriteitsnota 2001' 265
5.2.2.4 Voortgangsrapportages actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid' 267
5.2.3 Totstandkoming van de Wtt: consultatie, wetshistorie en wetstechnische Informatie 269
5.2.3.1 Consultatie door het Ministerie van Financiën 269
5.2.3.2 Wetshistorie 269
5.2.3.3 Wetstechnische informatie 269
5.2.4 Integriteittoezicht 270
5.2.4.1 Inleiding 270
5.2.4.2 Integriteit als toezichtsdoelstelling 272
5.2.4.3 De wettelijke verankering van integriteittoezicht in de Wtt 273
5.2.4.4 De keuze voor DNB als toezichthouder 274
5.2.4.5 Trustkantoren als poortwachter: de 'Intermediary Option' 275
5.2.5 Toezicht op trustkantoren door DNB 276
5.2.5.1 Het vergunningensysteem van de Wtt 277
5.2.5.1.1 De verbodsbepaling, vrijstelling, ontheffing en groepsvergunning: artikel 2 en 2a Wtt 277
5.2.5.1.2 Vereisten voor een vergunning: artikelen 3 tot en met 5 Wtt, de Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt, de Beleidsregel deskundigheid 2011 en de introductie van de geschiktheidstoets 289
5.2.5.1.3 Intrekken van een vergunning: artikel 6 Wtt 298
5.2.5.1.4 Het register: artikel 7 Wtt 299
5.2.5.1.5 Vergoedingen: artikel 8 Wtt 299
5.2.5.2 Toezicht: de inlichtingen- en onderzoeksbevoegdheid van DNB 301
5.2.5.2.1 De inlichtingenbevoegdheid en medewerkingsplicht op basis van artikel 9 Wtt 301
5.2.5.2.2 Toezicht op de naleving van de Wtt op grond van de Awb: legitimatieplicht uitvoerend toezichthouder, evenredigheidsbeginsel, betreden van plaatsen, vorderen van inlichtingen, medewerkingsplicht en de weigeringsgronden die de medewerkingsplicht beperken (verschoningsrecht en zwijgrecht) 302
5.2.5.3 Toezicht op de naleving van de Wwft op basis van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft 307
5.2.5.4 Toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977 op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 308
5.3 Verplichtingen van trustkantoren 309
5.3.1 Inleiding 309
5.3.2 De Wtt: normstelling in de Wtt 310
5.3.2.1 Verplichtingen in het kader van de uitoefening van het toezicht door DNB 310
5.3.2.2 Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC 311
5.3.2.3 Verplichtingen in het kader van een door DNB gegeven aanwijzing 314
5.3.2.4 Verplichtingen in het kader van uitwisseling van gegevens of inlichtingen 315
5.3.3 De Regeling integere bedrijfsvoering Wtt: normstelling met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren 316
5.3.3.1 Algemene voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering

van trustkantoren 318
5.3.3.1.1 Taken en verantwoordelijkheden voor het bestuur 318
5.3.3.1.2 Vermogensscheiding 319
5.3.3.2 Specifieke voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren 319
5.3.3.2.1 Procedurehandboek en organisatieschema 319
5.3.3.2.2 Procedures inzake personeelsleden 321
5.3.3.2.3 Procedures inzake incidenten 322
5.3.3.2.4 Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende 323
5.3.3.2.5 Kennis van herkomst van vermogen en van herkomst en bestemming van middelen van de doelvennootschap 327
5.3.3.2.6 Structuur van de groep waartoe de doelvenootschap behoort en doel waarmee deze structuur is opgezet 329
5.3.3.2.7 Politiek prominente personen 330
5.3.3.2.8 Het verkopen van rechtspersonen 331
5.3.3.2.9 Optreden als trustee 332
5.3.3.2.10 Gegevens met betrekking tot het trustkantoor 332
5.3.3.2.11 Het cliëntacceptatiedossier 332
5.3.4 De normstelling in de Wwft ten aanzien van trustkantoren 333
5.3.4.1 Afbakening: de toepasselijkheid van de Wwft ten aanzien van Trustkantoren 335
5.3.4.2 De meldplicht bij ongebruikelijke transacties 336
5.3.4.2.1 De ‘ongebruikelijke transactie’ 337
5.3.4.2.2 De beoordelingsmarge van het trustkantoor 337
5.3.4.2.3 Het tipping off-verbod 339
5.3.4.3 Bewaarplicht gegevens melding ongebruikelijke transacties 339
5.3.4.4 Kritiek van de FATF op het meldgedrag van trustkantoren 339
5.3.5 De normstelling op basis van de Sanctiewet 1977 341
5.3.5.1 Sanctieregelgeving: de Sanctiewet 1977 en de op grond daarvan vastgestelde regelingen en besluiten met betrekking tot het financieel verkeer 342
5.3.5.2 De meldplicht 344
5.3.5.3 De bewaarplicht en de het verstrekken van informatie aan DNB 345
5.3.5.4 AO/IC-maatregelen 345
5.3.6 Twee leidraden met betrekking tot de Wwft en de Sanctiewet 1977 347
5.3.6.1 Inleiding en aanleiding 347
5.3.6.2 Leidraad van het Ministerie van Financiën 347
5.3.6.3 Leidraad van DNB 348
5.4 Ter afsluiting 357

VI DUALE HANDHAVING VAN DE FINANCIËLE WETGEVING TER REGULERING VAN DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

6.1 Inleiding 359
6.2 Ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht, bezien vanuit het perspectief van de wetgeving betreffende trustkantoren 360
6.2.1 Ten geleide: het primaat van bestuursrechtelijke handhaving 360
6.2.2 Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete 362
6.2.3 De ‘Boetenota’: de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving 364
6.2.3.1 Ten geleide 364
6.2.3.2 Uitgangspunten van de Boetenota bij bestuurlijke beboeting

in de financiële sector 365
6.2.3.3 De hoogte van de boetebedragen: opties voor een ander boetestelsel 366
6.2.3.4 Betere aanpak van recidive 367
6.2.3.5 Bestuurlijke beboeting van individuele personen 367
6.2.3.6 Uitleiding: accentverschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving 368
6.2.4 Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel 368
6.2.4.1 Ten geleide: 368
6.2.4.2 De notitie 'De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor' 369
6.2.4.3 Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een Sanctiestelsel 373
6.2.4.4 Uitleiding: aansluiting bij de Kabinetsnota in de Boetewet 380
6.2.5 De Vierde tranche 381
6.2.5.1 Ten geleide 381
6.2.5.2 De gevolgen van de inwerkingtreding van de Vierde tranche voor de handhaving van de Wtt 381
6.2.5.3 Titel 5.1 'Algemene bepalingen' 382
6.2.5.3.1 De opdrachtgever en de feitelijk leidinggever 382
6.2.5.3.2 Legaliteitsbeginsel 386
6.2.5.3.3 Rechtvaardigingsgrond 386
6.2.5.3.4 Cumulaties van herstelsancties 387
6.2.5.3.5 Samenloop 387
6.2.5.3.6 Zwijgrecht 388
6.2.5.3.7 Cautie 390
6.2.5.4 Titel 5.4 'Bestuurlijke boete' 391
6.2.5.4.1 Begripsbepaling: bestuurlijke boete 391
6.2.5.4.2 Schulduitsluitingsgrond 392
6.2.5.4.3 Overlijden overtreder 393
6.2.5.4.4 Ne bis in idem 393
6.2.5.4.5 Overige vormen van aansluiting bij het strafrecht: verval bevoegdheid bestraffen, artikel 1 lid 2 Sr en verval bestuurlijke boete bij bevel vervolging met toepassing van artikel 12i Sv 397
6.2.5.5 De procedure betreffende de bestuurlijke boete en de gevolgen voor de Wtt 399
6.2.5.5.1 De 'lichte procedure' 399
6.2.5.5.2 De 'zware procedure' 403
6.2.5.5.3 Schakelbepaling 405
6.2.6 De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving 406
6.2.6.1 Ten geleide 406
6.2.6.2 Het boetestelsel van vóór de inwerkingtreding van de Boetewet 406
6.2.6.3 Het door de Boetewet gewijzigde boetestelsel 408
6.2.7 Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties 410
6.2.7.1 Ten geleide 410
6.2.7.2 Informatieverstrekking ter afstemming over de wijze van Afdoening 410
6.2.7.3 Tripartiete overleg: afstemming over de wijze van afdoening 411
6.2.7.4. Uitleiding 411
6.3 Bestuursrechtelijke handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren 412
6.3.1 Inleiding 412
6.3.2 Aanwijzingen 412

6.3.3 Dwangsom 415
6.3.4 Bestuurlijke boete 416
6.3.5 Openbaarmaking van overtredingen 417
6.4 Strafrechtelijke handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren 418
6.4.1 Inleiding 418
6.4.2 Hoofdstraffen 419
6.4.2.1 Geldboete 419
6.4.2.2 Vrijheidsstraf 419
6.4.2.3 Taakstraf 419
6.4.3 Bijkomende straffen 420
6.4.4 Maatregelen 421
6.5 Slot 421

VII SLOTBESCHOUWING

7.1 Strafrechtelijke handhaving van integriteitwetgeving betreffende trustkantoren 423
7.2 Misbruik van trustkantoren 423
7.3 De Nederlandse wet- en regelgeving is 'Partially Compliant' 424
7.4 Duale handhaving 424

SAMENVATTING 427

Hoofdstuk 1 Inleiding 427
Hoofdstuk 2 De Nederlandse trustsector 428
Hoofdstuk 3 Misbruik van trustkantoren 430
Hoofdstuk 4 Ontwikkeling van de internationale standaarden van 'regulation and supervision of TCPS' 431
Hoofdstuk 5 Regulering en toezicht 432
Hoofdstuk 6 Duale handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van Trustkantoren 433
Hoofdstuk 7 Slotbeschouwing 438

SUMMARY 439

Chapter 1 Introduction 439
Chapter 2 The Dutch Trust Industry 440
Chapter 3 Misuse of Trust Offices 442
Chapter 4 Development of International Standards of Regulation and Supervision of TCPS 442
Chapter 5 Regulation and Supervision 443
Chapter 6 Dual Enforcement of the Financial Legislation Regulation Trust Offices 444
Chapter 7 Conclusive Remarks 448

GERAADPLEEGDE LITERATUUR 451

CURRICULUM VITAE 470

Lijst van gebruikte afkortingen

AA	Ars Aequi
aant.	aantekening
ABRS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
ACS-staten	Afrika, het Caribisch gebied en de Stille Oceaan
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AIVD	Algemene Inlichten- en Veiligheidsdienst
AML	Anti-Money Laundering
AMvB	algemene maatregel van bestuur
AO/IC	administratieve organisatie en interne controle
APA	Advance Pricing Agreement
APG	Asia/Pacific Group on Money Laundering
ATR	Advance Tax Ruling
AVAS	afwezigheid van alle schuld
a.w.	aangehaald werk
Awb	Algemene wet bestuursrecht
Awr	Algemene wet inzake rijksbelastingen
Bat WFt	Besluit aanwijzing toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BFI	bijzondere financiële instelling
BFT	Bureau Financieel Toezicht
BIS	Bank for International Settlements
BJu	Boom Juridische uitgevers
BLOM	Bureau ter politiële ondersteuning van de Landelijk Officier van Justitie inzake de Wet MOT
BO	beneficial owner
Br 2005	Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
Br Wgt en Wtt	Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing Wet inzake geldtransactie-kantoren en Wet toezicht trustkantoren
B.V.	besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CBC	Central Bank of Cyprus
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
CDD	Customer Due Diligence
CFATF	Caribbean Financial Action Task Force on money laundering
CFT	Combating the Financing of Terrorism
CGFB	Committee on the Global Financial System
CPSS	Committee on Payment and Settlement Systems
CSP	Company Service Provider
CTW	Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten
DD	Delikt en Delinkwent
DFA	Dutch Fiduciary Association
DMB	Dienst Milieu en Bouwtoezicht Amsterdam
DNB	De Nederlandsche Bank
DNB Leidraad WWFT en SW	Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme en Sanctiewet
DNFBP	Designated Non-Financial Businesses and Professions
€	Euro
EAG	Electronic Advisory Group
EAG	Eurasian Group
ECB	Europese Centrale Bank

ECPS	Erasmus Center for Penal Studies
e-CTFSL	electronic-Combined Targeted Financial Sanctions List
EITC	Erasmus Instituut Toezicht & Compliance
EHRM	Europese Hof voor de Rechten van de Mens
ESAAMLG	Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group
EU	Europese Unie
EVOA	EEG-verordening overbrenging afvalstoffen
EVRM	Europees Verdrag van de Rechten van de Mens en fundamentele vrijheden
f	Nederlandse gulden
FATF	Financial Action Task Force on money laundering
FEC	Financieel Expertise Centrum
FIOD – ECD	Fiscale Inlichtingen- en Opsporingsdienst – Economische Controledienst
FIU	Financial Intelligence Unit
FR	Tijdschrift voor Financieel Recht
FSB	Financial Stability Board
FSC	Financial Services Commissions/Financial Supervision Commissions
FSF	Financial Stability Forum
FSI	Financial Secrecy Index
FSO 1989	Financial Service Ordinance 1989
FSRB	FATF-style regional bodies
GACO	Gibraltar Association of Compliance Officers
GAFISUD	Financial Action Task Force on Money Laundering in South America
£ (GBP)	Britse Pond
GDP	gross domestic product
GIABA	Inter Governemental Action Group against Money Laundering in West Africa
GIFCS	Group of International Finance Centre Supervisors
HMSO	Her Majesty's Stationary Office
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ	Hof van Justitie
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
IASB	International Accountants Standards Board
IBA	International Bar Association
IBC	international business corporation
ICE	U.S. Immigration and Customs Enforcement
ICRG	International Co-operation Review Group
IFAC	International Federation of Accountants
IFC	International Financial Services Companies
IMF	Internationaal Monetair Fonds
IOSCO	International Organization of Securities Commissions
IRS	Internal Revenue Service
ITC	International Trustee Services Companies
IVBPR	Internationaal Verdrag voor Burgerlijke en Politieke Rechten
IWft	Invoerings en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht
jo.	juncto
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KB	Koninklijk Besluit
KLPD	Korps landelijke politiediensten
KYC	Know Your Customer
LB	Loonbelasting
LJN	landelijk jurisprudentie nummer
Ltd.	Limited
MDG	Millenium Development Goal

MD-richtlijn	Moeder Dochter-richtlijn
MENAFATF	Middle East and North Africa Financial Action Task Force
MNC	multinational corporations
m.nt.	met noot
MONEYVAL	Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering measures and the Financing of Terrorism
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NbSr	Nieuwsbrief Strafrecht
NCI	Nederlands Compliance Instituut
NCCT	Non-Cooperative Countries and Territories
NIBE-SVV	Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
N.V.	naamloze vennootschap
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken
OB	omzetbelasting
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
ODA	Official Development Assistance
OFC	Offshore Financial Center
OGBS	Offshore Group of Banking Supervisors
OM	Openbaar Ministerie
OT	ongebruikelijke transactie
OvJ	Officier van Justitie
p.	pagina
Pb.	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
Rb.	Rechtbank
RBA	Risk Based Approach
PEP	Politically Exposed Person
RC	rechter commissaris
Rib Wtt	Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren
Psw	Pensioen- en Spaarfondswet
Pw	Pensioenswet
r.o.	rechtsoverweging
RR-richtlijn	Europese rente- en royalty richtlijn
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvS	Raad van State
$	United States Dollar
S&C	Tijdschrift voor Sanctierecht en Compliance
SEC	Securities and Exchange Commission
SEO	Stichting Economisch Onderzoek
SFI	special financial institution
SFO	Strafrechtelijk Financieel Onderzoek
SPE	special purpose vehicle
SPV	special purpose entity
Sr	Wetboek van Strafrecht
SRO	Self Regulatory Organization
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StAR	Stolen Assets Recovery
STEP	Society of Trust and Estate Practitioners
STR	Suspicious Transaction Report
Sv	Wetboek van Strafvordering
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
T&C Sr	Tekst & Commentaar Strafrecht

T&C Sv	Tekst & Commentaar Strafvordering
TCSP	Trust and Company Service Provider
TJN	Taks Justice Network
Trb.	Tractatenblad
TSP	Trust Service Provider
TvCo	Tijdschrift voor Compliance
TvE	Tijdschrift voor Effectenrecht
TvT	Tijdschrift voor Toezicht
UBO	Ultimate Beneficial Owner
UB Wwft	Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
US	United States
VIMS	Vereniging International Management Services
V&O	Vennootschap & Onderneming
VN	Verenigde Naties
Vol.	Volume
Vpb	vennootschapsbelasting
Vrijstellingsregeling Wtt	Vrijstellingregeling Wet toezicht trustkantoren
VT	verdachte transactie
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WAHV	Wet administratieve handhaving verkeersvoorschriften
WED	Wet op de Economische Delicten
Wet IDBB	Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete
Wet MOT	Wet Melding Ongebruikelijke Transacties
Wet VPB 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
Wfd	Wet financiële dienstverlening
Wfm 2010	Wijzigingswet financiële markten 2010
Wfm 2012	Wijzigingswet financiële markten 2012
Wft	Wet op het financieel toezicht
WGEI	Working Group on Evaluations and Implementation
Wid	Wet identificatie bij dienstverlening
WIF	Wet Identificatie bij Financiële Dienstverlening 1993
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
Wtb	Wet toezicht beleggingsinstellingen
Wte	Wet toezicht effectenverkeer 1995
Wtk 1992	Wet toezicht kredietwezen 1992
Wtn	Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf
Wtt	Wet toezicht trustkantoren
Wtv	Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993
Wvb	Wet verplichte beroepspensioenregeling
Wwft	Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme
ZBO	zelfstandig bestuursorgaan

I INLEIDING

I INLEIDING

'Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten: Alzo Wij in overweging genomen hebben dat het, ter bevordering van de integriteit van het financiële stelsel in Nederland, wenselijk is trustkantoren onder toezicht te plaatsen'

(Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden 2004, 9)

1.1 Ten geleide: regulering van de Nederlandse trustsector

Op 1 maart 2004 is de Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt)[1] in werking getreden.[2] De doelstelling van de wet luidt 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel door middel van regulering van de trustsector'.[3] Sinds de inwerkingtreding van de Wtt is het werkzaam zijn als trustkantoor, indien dit geschiedt 'vanuit een vestiging in Nederland', een vergunningplichtige activiteit.[4] Nadat de vergunning is verleend staat het trustkantoor onder toezicht van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB), die in deze wet als toezichthouder is aangewezen.

Uit hoofde van haar doelstelling verkrijgt een belangrijk deel van de bestaande gedragsregels binnen de trustbranche met de inwerkingtreding van de Wtt een wettelijke basis en daarmee algemene werking. Hiermee wordt volgens de MvT van deze wet beoogd een bijdrage te leveren aan het tegengaan van witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude)[5] via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen ('doelvennootschappen', zie

---

1 Wet van 17 december 2003, houdende het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren). *Stb.* 2004, 9.

2 Besluit van 7 februari 2004 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet toezicht trustkantoren (Inwerkingtredingsbesluit Wet toezicht trustkantoren). *Stb.* 2004, 58.

3 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

4 Artikel 2 lid 1 Wtt.

5 Hoewel de aanslagen van 11 september 2001 in New York en Washington tot een zekere versnelling zouden hebben geleid bij de introductie van het trusttoezicht, wordt de (vermeende) kwetsbaarheid van trustkantoren voor financiering van terrorisme (zoals genoemd in de kort na deze aanslagen verschenen *Nota Integriteit financiële sector en terrorismebestrijding*, zie: *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 8) in de MvT van de Wtt niet meer 'direct' genoemd als argument voor invoering van het toezicht op trustkantoren. Zie: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3. Zie ook in dit verband: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 24. Wel wordt op enkele plaatsen verwezen naar internationale stukken van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna ook: OESO) en de Financial Action Task Force on Money Laundering (hierna ook: FATF), waarin naast het tegengaan van witwassen ook terrorismefinanciering wordt genoemd. Het gaat hier om het OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (zie nader hieronder in hoofdstuk 4, subparagraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht') respectievelijk het FATF-Consultation Paper getiteld *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* (zie hierover nader in hoofdstuk 4, de gelijknamige subparagraaf 4.5.3). Zo is volgens de MvT van de Wtt bij de vormgeving van het wetsvoorstel rekening gehouden met 'de stand van zaken van de discussie in de OESO en de FATF over het tegengaan van witwassen en de financiering van terroristische misdrijven.' Ook wordt volgens de MvT 'het zijn van trustee' als dienst in de Wtt opgenomen vanwege de door de OESO en de FATF genoemde kwetsbaarheid van deze figuur voor witwassen en terrorismefinanciering. Zie: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 2, respectievelijk p. 4. Op basis van de huidige stand van (internationale) op het terrein van misbruik van trustkantoren moet echter worden geconstateerd dat er thans weinig informatie ('little information') voorhanden is over het daadwerkelijke misbruik van trustkantoren voor terrorismefinanciering. Zie hierover nader in hoofdstuk 3, subparagraaf 3.2.3

nader hieronder), waarmee tevens het belang van de goede reputatie van de Nederlandse financiële sector zou zijn gediend.[6]

Trustkantoren zijn op grond van de Wtt verplicht zich te vergewissen van de identiteit en de intenties van hun cliënten. Dit betekent dat het trustkantoor zijn cliënt moet kennen en onderzoek moet doen naar de herkomst van het vermogen, evenals de herkomst en de bestemming van de gelden van de (door het trustkantoor beheerde) rechtspersoon of vennootschap van de cliënt, het doel van (de relevante delen van) de concernstructuur waar de beheerde entiteit deel van uitmaakt en ten slotte onderzoek naar wie de zogenaamde 'uiteindelijke belanghebbende'[7] is. Om überhaupt voor een vergunning in aanmerking te komen, dient het trustkantoor een zogenaamd 'procedurehandboek' aan DNB te overleggen, waarin is vastgelegd op welke wijze zij haar bedrijfsvoering (de 'administratieve organisatie' en de 'interne controle') heeft ingericht om aan bovengenoemde verplichtingen en andere verplichtingen op basis van de Wtt te voldoen.[8]

Het trustkantoor als poortwachter
Deze actieve en onderzoekende rol van trustkantoren wordt aangeduid als de rol van 'poortwachter'. Het geheel van de (wettelijke) verplichtingen wordt de 'poortwachterfunctie' genoemd. Trustkantoren dienen iedere nieuwe cliënt nauwkeurig te onderzoeken, alvorens zij de cliënt toegang verlenen tot de Nederlandse financiële markten.[9] Trustkantoren hebben hiermee een belangrijke filterrol toebedeeld gekregen, die inhoudt dat zij namens de maatschappij moeten opletten of er geen malafide zaken mogelijk worden gemaakt.[10] Hun optreden als poortwachter wordt ook wel omschreven als het zijn van 'bewaker van de integriteit van het financiële stelsel'.[11]

Toezicht op het niveau van de dienstverlener
Ook *nadat* toegang is verleend wordt van het trustkantoor verwacht dat het de cliënt doorlopend zal monitoren. Dit wordt 'toezicht op het niveau van de dienstverlener'[12] genoemd, waarbij aan het trustkantoor in zijn functie als 'poortwachter' derhalve zelf een toezichthoudende rol is toebedeeld. De redenering zou zijn dat als alle trustkantoren in Nederland bonafide zijn en zich ervan verzekeren met bonafide partijen zaken te doen, alleen dat al een grote bijdrage levert aan de integriteit van het financiële stelsel.[13]

'Money Laundering Using Trust and Company Service Providers', waarin het gelijknamige FATF-rapport wordt behandeld.

6 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

7 Veelal aangeduid als de 'ultimate beneficial owner' (UBO). Zie ook artikel 1 onder c Wtt, waarin thans in de kern genomen als 'uiteindelijk belanghebbende' wordt aangemerkt: degene die een gekwalificeerde deelneming houdt in de (door het trustkantoor beheerde) doelvennootschap, dan wel begunstigde is van ten minste 10% van het vermogen van een stichting of trust. Met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2012 (hierna ook: Wfm 2012) komt kortgezegd dit percentage op 25% te liggen. De Wfm 2012 treedt op 1 juli 2012 in werking. Zie: Besluit van 22 december 2011, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2012, alsmede twee andere wetten tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten. *Stb.* 2011, 671.

8 Daarnaast worden bij een vergunningaanvraag de bestuurders en beleidsbepalers van het trustkantoor getoetst op hun betrouwbaarheid (waartoe hun antecedenten worden nagegaan) en deskundigheid.

9 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 4.

10 Zie ook: H.G. van de Bunt en F. Wilmink, 'Tweegesprek over de grenzen van het poortwachterschap: 'Als de overheid notarissen verantwoordelijkheden oplegt, moet ze wel de instrumenten meeleveren', *Notariaat Magazine* nr. 12, december 2006.

11 K. Frielink en M. van Eersel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 3.

12 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 18.

13 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 20, waar wordt verwezen naar: A. Schilder, 'DNB als toezichthouder', voordracht gehouden op 3 december 2003, ter gelegenheid van het door DNB georganiseerde seminar 'Toezicht op trustkantoren' (www.dnb.nl).

De aloude probleemstelling 'quis custodiet ipsos custodes?'[14] is door de inwerkingtreding van de Wtt beantwoord met een toezichtssysteem waarbij DNB toezicht houdt op de trustkantoren, die in de hoedanigheid van poortwachter op hun beurt toezicht houden. Het toezicht van DNB is hierbij gericht op het trustkantoor en niet op de door het trustkantoor beheerde (bovengenoemde) 'doelvennootschap' – een rechtspersoon of vennootschap met buitenlandse aandeelhouders. DNB zorgt ervoor dat zij hierbij hun taken naar behoren blijven uitvoeren[15], waartoe DNB ingrijpende bevoegdheden ter beschikking staan.[16] Naast de genoemde vergunningplicht, waarbij DNB over bevoegdheden beschikt om antecedentenonderzoek naar bestuurders van trustkantoren te verrichten en hen op betrouwbaarheid te toetsen, kan DNB regels stellen met het oog op een integere bedrijfsvoering, waaronder begrepen regels met betrekking tot de administratieve organisatie en de interne controle, zoals is geschied in de zogenaamde Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (hierna: Rib Wtt). [17] Om het trusttoezicht te effectueren heeft DNB een vergaande inlichtingenbevoegdheid, waarbij onder andere[18] aan het trustkantoor inlichtingen kunnen worden gevraagd, die vervolgens op basis van een inlichtingenplicht gehouden is deze inlichtingen binnen een (door DNB vast te stellen) redelijke termijn te verstrekken. Deze termijn zal in de regel ten minste vier weken bedragen, maar kan bij het vermoeden dat sprake is van een ernstige overtreding door de toezichthouder ook op enkele dagen worden gesteld.[19] De inlichtingenbevoegdheid geldt ook ten aanzien van haar cliëntenacceptatiedossiers, maar kan bovendien steekproefsgewijs worden genomen in (geanonimiseerde) dossiers van de door het trustkantoor beheerde rechtspersonen of vennootschappen.[20] Vanwege het grote belang van de (contractuele) geheimhoudingsplicht, die inherent is aan de relatie van het trustkantoor met haar cliënten, moet het trustkantoor er voor waken dat zij geen inlichtingen of inzage verschaft voor zover DNB hiertoe niet bevoegd (en het trustkantoor niet gehouden) is. De geheimhoudingsplicht geldt volgens de MvT dan ook 'behoudens een wettelijke plicht tot openheid van zaken.'[21] Voor trustkantoren betekent dit dat zij bij het voldoen aan deze wettelijke verplichting steeds alert moeten zijn op deze contractuele geheimhoudingsplicht, waaraan zij jegens hun cliënten gehouden zijn.

---

14 'Wie houdt toezicht op de toezichthouder?'

15 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 8.

16 Het gaat hierbij om attributie van bevoegdheden. DNB is in de terminologie van artikel 1:1 Awb een zelfstandig bestuursorgaan, aangezien hij met openbaar gezag is bekleed. Dat wil zeggen dat DNB bij of krachtens de wet de bevoegdheid is gegeven om eenzijdig voor justitiabelen bindende beslissingen te nemen (besluiten in de zin van de Awb). De bevoegdheid tot het stellen van algemeen verbindende voorschriften berust echter bij de minister van Financiën. Zie: K. Frielink en M van Eersel, *a.w.* 2010, p. 17. Frielink en Van Eersel wijzen in dit verband op het voorstel van wet tot het vaststellen van regels betreffende zelfstandige bestuursorganen, *Kamerstukken I* 2001-2002, 27 426, nr. 276. Deze regels hebben betrekking op de informatievoorziening door zelfstandige bestuursorganen, het toezicht door de verantwoordelijke minister en het beheer en de verantwoording door zelfstandige bestuursorganen.

17 Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 23 februari 2004, houdende regels met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren). Zie in dit verband ook: Besluit van 7 februari 2004, houdende de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van regels met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Overdrachtsbesluit integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren). *Stb.* 2004, 57.

18 Naast de in het register ingeschreven trustkantoren (artikel 9 lid 1 onder a Wtt) kan DNB inlichtingen (doen) inwinnen bij: trustkantoren die zijn vrijgesteld van de vergunningplicht (artikel 9 lid 1 onder b Wtt), een ieder die met een geregistreerd of vrijgesteld trustkantoor in een groep is verbonden (artikel 9 lid 1 onder c Wtt), of een ieder van wie redelijkerwijs kan worden vermoed dat deze handelt in strijd met de bij of krachtens de Wtt gestelde regels (artikel 9 lid 1 onder d Wtt), voor zover dit redelijkerwijs nodig is voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden die hij op grond van de Wtt heeft ten einde na te gaan of de bij of krachtens deze wet gestelde bepalingen worden nageleefd.

19 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 53.

20 In het geval een trustkantoor als trustee optreedt (zie nader hieronder subparagraaf 1.2.2.4.4) kan de bevoegdheid om inzage te verlangen worden gelden ten aanzien van het dossier inzake de trust.

21 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 14.

Het uitgangspunt: handhaving door DNB
DNB kan daarnaast handhavend optreden: de Wtt kent het voor toezichtwetgeving gebruikelijke bestuursrechtelijke handhavingarsenaal, waaronder de dwangsom en de bestuurlijke boete. Voorts kan DNB gebruik maken van haar aanwijzigingsbevoegdheid op basis waarvan hij een trustkantoor[22] een aanwijzing kan geven om ten aanzien van met name aan te geven onderwerpen een bepaalde gedragslijn te volgen. Tot slot kan DNB ter handhaving van de Wtt bepaalde feiten[23] ter openbare kennis brengen: *naming and shaming*. Aangezien een goede reputatie voor trustkantoren in de regel van wezenlijk belang zal zijn, zal van de mogelijkheid publiekelijk aan de schandpaal te worden genageld een preventieve werking uitgaan.[24]

Integriteittoezicht en de 'kanteling' van het financiële toezichtmodel
Het hierboven in hoofdlijnen geschetste 'trusttoezicht' wordt ook wel 'integriteittoezicht' genoemd. Het gaat hierbij om een nieuwe vorm van toezicht, die met de inwerkingtreding van de Wtt is geïntroduceerd naast de thans bestaande tweedeling van het toezicht in 'prudentieel toezicht'[25] (door DNB) en 'gedragstoezicht'[26] (door de AFM). Het gaat bij deze nieuwe toezichtvariant om 'toezicht gericht op de integriteit van het trustkantoor en op de relationele integriteit, in die zin dat de afnemer (uiteindelijk belanghebbende) van de diensten bekend moet zijn bij het trustkantoor'.[27] Het gaat dus niet om de soliditeit van het trustkantoor ('prudentieel toezicht'), noch om goede ordening van het marktproces of bescherming van consumenten ('gedragstoezicht'). Er is voor DNB als toezichthouder gekozen vanwege het belang inzicht te verkrijgen in de substantiële geldstromen die door Nederland lopen via door trustkantoren beheerde doelvennootschappen. Daarnaast speelde de bekendheid van DNB met een deel van de trustkantoren, weliswaar vanuit een andere invalshoek dan het trusttoezicht[28], een belangrijke rol bij de keuze voor DNB.

De ontwikkeling van deze nieuwe vorm van toezicht door DNB heeft, vanwege haar doelgerichtheid op de integriteit van het trustkantoor (en de relationele integriteit), een zelfstandig traject doorlopen naast de herziening die zich in het financiële toezichtstelsel heeft voltrokken.[29] De introductie van trusttoezicht moet derhalve worden bezien tegen deze achtergrond van herziening van het toezicht op de financiële marktsector. In de nota *Hervorming van het toezicht op de financiële marktsector*[30] van 26 november 2001 is aan de plannen tot herziening voor het eerst uitdrukking gegeven. Op 1 september 2002 is het toezicht op financiële instellingen gewijzigd van het zogeheten 'sectoraal toezicht' (toezicht onderverdeeld naar 'soort onder toezicht staande instelling') naar het 'functioneel toezicht' (toezicht waarbij onderscheid wordt gemaakt naar 'soort toezicht'). Dit wordt in de literatuur

---

22 Of de bevoegde organen daarvan.

23 Het gaat hierbij om feiten die onder de wettelijke geheimhoudingsverplichting van artikel 12 Wtt vallen, niet te verwarren met bovengenoemde contractuele geheimhoudingsplicht.

24 K. Frielink en Van Eersel, *a.w.* 2010, p. 64.

25 Het 'prudentieel toezicht' is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector en is opgedragen aan DNB (thans geregeld in artikel 1:24 Wft, die tijdens de totstandkoming van de Wtt nog niet in werking was getreden).

26 Het 'gedragstoezicht' is gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten en is opgedragen aan de AFM (thans geregeld in artikel 1:25 Wft).

27 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5.

28 Zie in dit verband: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5: DNB was al bekend met een deel van de trustkantoren en de financieringsmaatschappijen die door trustkantoren worden beheerd, omdat onder meer financieringsmaatschappijen verplicht zijn hun transacties met niet-ingezetenen en hun financiële positie in het buitenland aan DNB te rapporteren, ten behoeve van de samenstelling van de Nederlandse betalingsbalans en externe vermogenspositie. Ook moesten financieringsmaatschappijen zich bij DNB melden om een vrijstelling of ontheffing te verkrijgen van de toepassing van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (oud) – deze wet inmiddels is vervangen door de Wft – waarbij de rapportages en meldingen in veel gevallen (namens de financieringsmaatschappijen) door trustkantoren gedaan en heeft DNB ervaring opgebouwd met het toezicht op trustdochters van banken.

29 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5.

30 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 122, nr. 2.

ook wel de 'kanteling' van het toezichtmodel genoemd.[31, 32] Het sluitstuk van de herziening wordt gevormd door de per 1 januari 2007 in werking getreden Wet op het financieel toezicht. Aan deze omvangrijke wet – die maar liefst acht toezichtwetten heeft vervangen, maar *niet* de Wtt (zoals op grond van het bovenstaande duidelijk zal zijn) – wordt in deze studie slechts zijdelings aandacht besteed voor zover hierbij aansluiting is gezocht bij de ontwikkeling van het integriteittoezicht om 'te komen tot een consistente benadering'.[33]

Naast de ontwikkeling van het hier geschetste trusttoezicht door DNB, vormt de inwerkingtreding van de Wtt ten aanzien van de Nederlandse trustsector een belangrijke impuls voor de ontwikkeling van wat in de financiële toezichtwetgeving wordt aangeduid als 'compliance': naleving van de toepasselijke wetgeving, ook wel aangeduid als 'nalevingsbeheer'.[34] Trustkantoren dienen 'compliant' te zijn met de voor hen geldende wet- en regelgeving. Zij dienen op grond van de Wtt en de Rib Wtt zorg te dragen voor een integere bedrijfsvoering, waarbij ook de eisen zoals gesteld in andere integriteitwetten, zoals de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna ook: Wwft) en de Sanctiewet 1977, in de bedrijfsvoering dienen te worden geïmplementeerd. Daarmee krijgen trustkantoren ook te maken met de tendens in het financiële toezicht en in de integriteitwetten om de nadruk te leggen op zogenaamde 'principle based regelgeving', waarbij niet wordt aangegeven hoe iets bereikt moet worden, maar slechts wat bereikt dient te worden. Hierbij wordt de nadruk gelegd op de (eigen) verantwoordelijkheid van het trustkantoor om zorg te dragen voor een 'integere bedrijfsvoering'.[35]

1.2 Wat is een trustkantoor?

Ter inleiding van het onderzoek naar de regulering van de Nederlandse trustsector is het noodzakelijk eerst vast te stellen wat met het begrip 'trustkantoor' wordt bedoeld. De definiëring van dit begrip in de Wtt (artikel 1 onderdeel a jo. onderdeel d Wtt) wordt als één van de belangrijkste bepalingen van deze wet gezien, omdat het werkzaam zijn als 'trustkantoor' (vanuit een vestiging in Nederland) sinds haar inwerkingtreding een vergunningplichtige activiteit is geworden (artikel 2 lid 1 Wtt). Aangezien het bereik van de Wtt door de vergunningplicht aan deze definitiebepaling is gekoppeld, wordt laatstgenoemde bepaling ook wel de 'reikwijdtebepaling' van de Wtt genoemd.[36]

Opbouw van paragraaf 1.2
In deze paragraaf wordt aangevangen met een behandeling van de eerste, op internationaal niveau geformuleerde definitie van het begrip 'trustkantoor'. Voorts wordt de wettelijke omschrijving van dit begrip in de Wtt behandeld, evenals het hieraan gekoppelde begrip van 'dienst' dat in deze wet wordt omschreven. Op grond van reparatiewetgeving (de Wijzigingswet financiële markten 2010, hierna ook: Wfm 2010, zie nader hieronder) zijn beide begrippen op enkele belangrijke punten gewijzigd, waarmee tevens het bereik van de Wtt is aangescherpt. Hierdoor zijn bepaalde trustkantoren (die zich bezig houden met de verkoop van rechtspersonen) duidelijker dan voorheen onder het bereik van deze wet gebracht en zijn andere bedrijven (kantoorverhuurbedrijven, die zich uitsluitend bezig houden met domicilieverlening, al dan niet in combinatie met receptiewerkzaamheden) juist uitgesloten. Ten slotte wordt een even 'klassiek' als 'hardnekkig' misverstand uit de weg geruimd; het begrip 'trustkantoor'

---

31 Zie in dit verband onder andere: M.E.J. Verrest, 'Van sectoraal naar functioneel toezicht op financiële instellingen', *TvE* 2003, nr. 3, p. 41. Zie ook: H. M. Vletter-van Dort, *Wet op het financieel toezicht: wonder of waanzin* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006. En: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 2.

32 De nieuwe taakverdeling tussen de toezichthouders is nader geregeld in het Convenant inzake de coördinatie van het toezicht van 9 september 2002. *Stcrt.* 2002, nr. 179, p. 23.

33 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5.

34 Zie in dit verband: R. Stijnen, 'Compliance en de poortwachterfunctie van trustkantoren', in: M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 158, waarin voor de term 'nalevingsbeheer' wordt verwezen naar artikel 30 van Richtlijn 2005/60/EG.

35 Idem, p. 169 e.v.

36 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 28.

wordt in het dagelijkse spraakgebruik en in de beeldvorming in rapporten en in de media ten onrechte nogal eens vereenzelvigd met de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de 'trust'. Hoewel tussen beide begrippen een verband is aan te wijzen, moet scherp voor ogen worden gehouden dat het hier om twee verschillende onderwerpen gaat.

1.2.1 Definiëring

Op internationaal niveau worden trustkantoren ook wel aangeduid als 'company service provider' (CSP), 'trust service provider' (TSP) of 'fiduciary service provider'. Tegenwoordig wordt in internationale stukken tegenwoordig met name gekozen voor een samentrekking van de eerste twee benamingen, te weten 'trust and company service provider' (TCSP). De (internationale) definitie van het fenomeen 'trustkantoor' is voor het eerst vastgelegd in twee rapporten, waarin verslag werd gedaan van verrichte onderzoeken naar de financiële regulering van de eilanden onder het Britse Kroonbezit ('The Crown Dependencies'), respectievelijk de eilanden van de Britse overzeese gebieden ('the Caribbean Overseas Territories') en Bermuda. In 2001 constateerde het Internationaal Monetair Fonds (hierna ook: IMF) in de eerste onderzoeksverslagen (*IMF Staff Assessments*) die deel uitmaakten van zijn zogeheten *Offshore Financial Center Assessment Program* (*OFC Assessment Program*)[37], betreffende de regulering van de financiële dienstverlening van verscheidene financiële offshore centra, dat er met betrekking tot de regulering en het toezicht op trustkantoren geen internationale normen voorhanden waren.[38] Tegelijk wees het IMF hierbij op de hierboven aangestipte rapporten betreffende de financiële regulering van de eilanden onder het Britse Kroonbezit, respectievelijk de Britse overzeese gebieden en Bermuda, waarin volgens hem een uitgebreide beoordeling van de trustkantoren in de onderzochte gebieden was opgenomen en waarin bovendien enkele richtlijnen voor 'good practices' zijn opgetekend.[39] Het gaat om het zogeheten *Edwards Report*, voluit *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies* (november 1998)[40] en om het rapport met als titel *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda* (oktober 2001)[41], verzorgd door het Londense kantoor van KPMG.

Ondanks de geringe bekendheid van beide rapporten zijn zij mijns inziens van groot belang voor een goed begrip van (de ontwikkeling van) internationale standaarden betreffende trustkantoren, omdat hierin *voor het eerst* (belangrijke) internationale normen op het terrein van regulering en toezicht ('regulation and supervision') met betrekking tot trustkantoren zijn gecodificeerd. In deze dissertatie wordt dieper op beide rapporten ingegaan bij de bespreking van de internationale ontwikkelingen, die tot de ondertoezichtstelling van de Nederlandse trustsector hebben geleid (zie hieronder in hoofdstuk 4 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren'). In hoofdstuk 4 zijn de vroege *IMF Staff Assessments* evenals de rapporten van UK Home Office en KPMG als 'ijkpunt' in het onderzoek genomen (zie nader paragraaf 4.3). In het kader van de bespreking van het begrip 'trustkantoor' in onderhavige subparagraaf, wordt slechts de definiëring van dit begrip uitgelicht, zoals dat in de twee laatstgenoemde rapporten (van UK Home Office en KPMG) is behandeld.

---

37 Zie nader over het *OFC Assessment Program* in hoofdstuk 4, met name subparagraaf 4.3.1 'Ten geleide: het OFC Assessment Program, op verzoek van het Financial Stability Forum'.

38 Zie bijvoorbeeld in het eerste *IMF Staff Assessment* dat in het *OFC Assessment Program* tot stand is gekomen: *Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juli 2001, p. 35.

39 Gibraltar, Assessment Of the Regulation and Supervision Of Financial Services, International Monetary Fund oktober 2001, VII Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trusts and Trust Service Providers, p. 49 e.v.

40 A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authorities*, Londen: Stationery Office 1998, Chapter 13.

41 *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, Londen: KPMG 2001, Chapter 10.

In het eerstgenoemde rapport *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies*, worden trustkantoren ('company service providers' en 'trust service providers') gezamenlijk aangeduid als 'fiduciary service providers' of 'fiduciaries'. Zij worden als volgt omschreven:

> 'The *company service providers*, sometimes known as company managers, administrators or formation agents, perform various functions in relation to companies, including company formation and sales, provision of registered office or accommodation addresses, company administration, and provision of Director services or Directors.
>
> *Trust service providers* often provide company services as well. (…) many offshore companies exist primarily as a convenient means of holding property, financial business or other assets, and many Trusts have significant company structures beneath them.'[42]

In de *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, wordt als onderscheidend criterium bij de definitie van *'company service providers'* (trustkantoren) het bedrijven van *'company management business'* [43] genomen. Volgens KPMG houdt deze dienstverlening het volgende in:

> "*Company management business* typically encompasses a number of activities, including: the formation of companies for clients; the provision of registered office for companies; the provision of registered agents for companies (in those jurisdictions the legislation of which provides for registered agents); the provision of nominee shareholders; the provision of director services; and the preparation and filing of statutory forms for companies."[44]

De definities in beide rapporten verschaffen reeds een indruk van wat onder een trustkantoor moet worden verstaan. Wat in de eerste plaats opvalt is dat in beide rapporten wordt aangeknoopt bij de dienstverlening van trustkantoren om dit fenomeen te beschrijven en dat de diensten, die in beide rapporten worden genoemd, in hoofdlijnen met elkaar overeenkomen. Zo wordt in beide rapporten 'het oprichten van rechtspersonen' ('the formation of companies') als trustdienst aangemerkt. Ook het verschaffen van een bedrijfsadres, administratief of correspondentieadres ('the provision of registered office or accomodation adresses'), kortweg het verlenen van domicilie genoemd, wordt in beide rapporten als trustdienst genoemd, evenals 'het voeren van administratie' ('company administration') en 'het verschaffen van bestuurders(diensten)' ('the provision of director services').
Het 'Edwards Report' voegt aan bovenstaand overzicht nog toe dat deze dienstverlening ook door zogenaamde 'trust service providers' wordt verricht. Het 'KPMG-rapport' noemt naast deze diensten tevens 'het verschaffen van gevolmachtigde aandeelhouders' ('the provision of nominee shareholders') als trustdienst. Een tweede aspect dat in beide beschrijvingen is terug te vinden is dat genoemde diensten plaatsvinden in een bepaalde verhouding. Zij worden steeds verricht 'in relation to companies' of 'for companies', waaruit kan worden opgemaakt dat deze dienstverlening kennelijk in deze verhouding moet plaatsvinden om van het fenomeen 'trustkantoor' te kunnen spreken. De specifieke dienstverlening en de driehoeksverhouding (trustkantoor – cliënt – company) waarin deze wordt aangeboden, zijn (zoals hieronder duidelijk zal worden) essentiële aanknopingspunten bij de definiëring van dit begrip.

Bovengenoemde diensten weerklinken in het overzicht dat de Financial Action Task Force on money laundering (hierna: FATF) heeft opgesteld in haar *Consultation Paper on the Review of the FATF*

---

42 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, Chapter 13.

43 *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, Londen: KPMG 2001, Chapter 10.

44 Idem, Chapter 10.

Forty Recommendations.[45] Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de Wtt geen regelgeving op Europees niveau bestond op het terrein van de regulering en ondertoezichtstelling van trustkantoren, heeft de wetgever bij de onder toezicht te plaatsen diensten aangesloten bij de door de FATF in beeld gebrachte diensten 'voor zover toepasselijk voor de Nederlandse situatie'.[46] In haar *Consultation Paper* (evenals in de bijlage van de hier genoemde *Forty Recommendations*)[47] wordt de dienstverlening van *'Trust and Company Service Providers'* (trustkantoren) omschreven als:

> 'acting as a company or partnership formation agent; acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company or a partner of a partnership; providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or for any other person; acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust; acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person.'

Na het tot stand komen van de Wtt is bovenstaande omschrijving van de trustdienstverlening in overeenkomstige bewoordingen overgenomen in de op 16 oktober 2005 tot stand gekomen Richtlijn 2005/60/EG[48], die bekendheid geniet als de zogeheten 'derde witwasrichtlijn'. Hiermee is voor het eerst regelgeving op Europees niveau waarin wordt geregeld waaraan een door lidstaten in te vullen definitie van trustkantoren dient te voldoen. In deze richtlijn wordt de dienstverlening van de 'aanbieder van trust- en bedrijfsdiensten' beschreven in overeenkomstige bewoordingen als de beschrijving van 'Trust and Company Service Providers' door de FATF. In artikel 3 lid 7 van Richtlijn 2005/60/EG worden het trustkantoor en haar dienstverlening achtereenvolgens beschreven als:

> „aanbieder van trust- en bedrijfsdiensten": 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 gereglementeerde markt genoteerde vennootschap die is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen;

Op basis van de door de FATF in beeld gebrachte diensten onderscheidt de Nederlandse wetgever enkele categorieën diensten die voor de Nederlandse situatie relevant zijn. De belangrijkste (eerste) categorie betreft de diensten die nodig zijn voor het in stand houden en beheren van een doelvennootschap, te weten het zijn van bestuurder van een doelvennootschap en het beschikbaar stellen van een (post)adres aan de doelvenootschap aangevuld met ondersteunende diensten. De

---

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

46 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

47 *FATF 40 Recommendations, Financial Action Task Force on money laundering*, FATF 20 juni 2003.

48 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. *PbEG* L 309/15.

tweede categorie betreft de diensten bij het opzetten van de concernstructuur of het aanbrengen van wijzigingen daarin. Omdat voor het oprichten van een vennootschap in Nederland een verklaring van geen bezwaar nodig is van de Minister van Justitie (inclusief antecedentenonderzoek) en deze eis kan worden omzeild door gebruik te maken van bestaande Nederlandse of naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen, is ervoor gekozen om het verkopen van rechtspersonen als kwalificerende dienst op te nemen. Hoewel deze dienst niet door de FATF in beeld is gebracht, is deze dienst toch in de Wtt opgenomen om 'meer zicht op deze laatste situatie te krijgen'.[49] Tot slot kunnen Nederlandse trustkantoren een rol spelen in de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust, die volgens de FATF evenals de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna: OESO) kwetsbaar zou zijn voor witwassen en financiering van terroristische misdrijven en daarom als kwalificerende dienst in de Wtt is opgenomen.[50] *Na de inwerkingtreding*[51] van de Wtt is het begrip 'trustkantoor' in artikel 1 onder a Wtt als volgt gedefinieerd:

> '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 in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende, rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon'.

Evenals bij de hierboven besproken definities wordt aangeknoopt bij de dienstverlening om als trustkantoor te kunnen kwalificeren. De in artikel 1 onder d Wtt genoemde diensten luiden aanvankelijk – *na de inwerkingtreding*[52] van de Wtt – als volgt:

1º. het zijn van bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of vennootschap;
2º. het ter beschikking stellen van het adres of het correspondentie-adres, bedoeld in de artikelen 9, eerste lid, onder b, en 10, onder a, van het Handelsregisterbesluit 1996, aan een 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 verlenen van bijstand;
    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;
3º. het verkopen van rechtspersonen;
4º. het zijn van trustee in de zin van het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts; of
5º. andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten;

---

49 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.
50 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.
51 Zie voor de nieuwe definitie van het begrip 'trustkantoor' (per 1 juli 2012): subparagraaf 1.2.3 'De nieuwe definitie van trustkantoor op basis van de Wfm 2010 en de Wfm 2012 en haar onderscheidend vermogen'.
52 Zie voorgaande voetnoot.

Aanscherping van de bovenstaande definitie van 'trustkantoor' en 'dienst'
Bovenstaande wettelijke omschrijving van de begrippen 'trustkantoor' en 'dienst' zijn door de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2010 (hierna: Wfm 2010) en de Wijzigingswet financiële markten 2012 (hierna: Wfm 2012) op enkele belangrijke onderdelen gewijzigd. Door de inwerkingtreding van de Wfm 2010 zijn bepaalde trustkantoren (die zich bezig houden met het verkopen van rechtspersonen) duidelijker dan voorheen onder het bereik van de Wtt gebracht en zijn andere bedrijven (kantoorverhuurbedrijven, die zich uitsluitend bezighouden met domicilieverlening, al dan niet in combinatie met zogenaamde 'receptiewerkzaamheden') juist uitgesloten. Vanwege de aan de definitiebepaling gekoppelde vergunningplicht, hebben deze wijzigingen gevolgen voor het bereik van de Wtt en wordt in dit kader gesproken van de 'verscherping'[53] of 'versterking'[54] van het toezicht op trustkantoren. In dit kader zijn mijns inziens ook enkele wijzigingen aan te wijzen die hierna op grond van de Wfm 2012 hebben plaatsgevonden. Deze wijzigingswet brengt ook het 'bemiddelen bij' de verkoop van rechtspersoon onder het bereik van de Wtt en voegt aan de onder het toezicht gebrachte diensten nog een subonderdeel toe, te weten: 'het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt'. Aangezien de reikwijdte van de Wtt door deze wetswijzigingen zowel wordt uitgebreid als ingeperkt, is het mijns inzien overigens correcter om, in plaats van 'verscherping' of 'versterking', van 'aanscherping' van het toezicht op trustkantoren te spreken.[55] Genoemde wijzigingen maken een bespreking van de 'nieuwe' invulling van het begrip 'trustkantoor' en de hieraan gekoppelde definitie van 'dienst' in de Wtt in de navolgende paragraaf meer dan gerechtvaardigd.

1.2.2 'Trustkantoor' in de zin van de Wtt

Het bereik van de Wtt wordt als gezegd bepaald door de definitiebepaling van 'trustkantoor' (artikel 1 onderdeel a jo. onderdeel d Wtt), die daarom ook wel de 'reikwijdtebepaling' van deze wet wordt genoemd. Doordat deze definitiebepaling is gekoppeld aan de vergunningplicht van de Wtt, is het werkzaam zijn als trustkantoor sinds de inwerkingtreding van de Wtt een vergunningplichtige activiteit geworden.[56] Het antwoord op de vraag of een bepaalde onderneming als trustkantoor moet worden aangemerkt (in de terminologie van de Wtt wordt gezegd: als trustkantoor 'kwalificeert') is daarmee van groot belang geworden. De 'reikwijdtebepaling' van de Wtt wordt dan ook gezien als een van de belangrijkste bepalingen van de Wtt, waarover inmiddels ook de meeste discussie is gevoerd.[57] Zo hebben verschillen van inzicht over de vraag of (een) bepaalde onderneming(en) als trustkantoor moet(en) worden aangemerkt niet alleen tot jurisprudentie geleid, maar ook tot door DNB geconstateerde 'handhavingslacunes' als gevolg daarvan, evenals reparatiewetgeving (de Wfm 2010 en de Wfm 2012) om de geconstateerde handhavingslacunes te repareren. Bij de behandeling van de bestanddelen van de definitie van 'trustkantoor' en het hieraan gekoppelde begrip 'dienst' wordt achtereenvolgens steeds de (oorspronkelijke) bedoeling van de wetgever, de uitleg van dit bestanddeel in de jurisprudentie en voor zover toepasselijk de wijziging(en) op grond van de reparatiewetgeving behandeld.

1.2.2.1 'Rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon'
De definitie van 'trustkantoor' beoogt alle mogelijke rechtsvormen te omvatten waarin het trustkantoor kan worden ondergebracht[58], te weten: rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke

---

53 Nieuwsbericht Nederlandse Orde van Advocaten, 15 februari 2010.

54 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009,293 m.nt. C.W.M. Lieverse.

55 Zie in dit verband: M.T. van der Wulp, 'Verscherping van het toezicht op trustkantoren', *TvT* 2010/3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 48-49.

56 De vergunningplicht wordt behandeld in hoofdstuk 5 'Regulering en toezicht', zie in het bijzonder subparagraaf 5.2.5.1 'Het vergunningensysteem van de Wtt'.

57 Zo constateerden ook al Van Gorkum en De Carpentier enkele maanden na de inwerkingtreding van de Wtt, zie: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 28.

58 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

personen. Dit kunnen ook (een groep van) Nederlandse of buitenlandse rechtspersonen of vennootschappen zijn.[59] Ter vermijding van misverstanden wordt in de MvT benadrukt dat het voorgaande niet betekent dat het personeel van het trustkantoor zelf ook als trustkantoor wordt aangemerkt voor zover het de in onderdeel d genoemde diensten namens dat trustkantoor uitvoert. Het personeel van het trustkantoor mag derhalve namens het trustkantoor onder haar vergunning diensten verrichten.[60]

1.2.2.2 'Beroeps- of bedrijfsmatig'

Voor het aanmerken van een activiteit als kwalificerende dienst is bepalend of de activiteit 'beroeps- of bedrijfsmatig' wordt verricht. In de MvT is toegelicht dat met het bestanddeel 'beroeps- of bedrijfsmatig' wordt beoogd aan te geven dat het niet gaat om het eenmalig of zeer incidenteel leveren of aanbieden van trustdiensten. Voorts wordt hieraan al voldaan indien de (kwalificerende) dienst actief wordt aangeboden, bijvoorbeeld bij het maken van reclame. Tot slot is volgens de MvT het feit dat de diensten voor verschillende klanten (niet behorende tot dezelfde groep) een aanwijzing dat de diensten 'beroeps- of bedrijfsmatig' worden aangeboden.[61]

Over de betekenis van het bestanddeel 'beroeps- of bedrijfsmatig' heeft de Rechtbank Rotterdam zich inmiddels in enkele uitspraken (al dan niet zijdelings) uitgesproken. De meest bekende daarvan is de uitspraak in het geding tussen '[X] Belastingadviseurs' en DNB[62], waarin de rechtbank oordeelde dat bij meer dan één klant sprake is van een 'bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten.[63] Tevens heeft de rechtbank in deze uitspraak bepaald dat het voor de beoordeling of sprake is van 'beroeps- of bedrijfsmatig' handelen het hebben van winstoogmerk geen bepalende factor is.[64] Daarna heeft de Rechtbank Rotterdam drie uitspraken gedaan[65], waarin volgens de Rechtbank steeds sprake is geweest van het 'beroeps- of bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten, aangezien 'uit het onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter' van deze activiteiten volgde dat die diensten 'beroeps- of bedrijfsmatig' zijn verleend.

'Bedrijfsmatig': meer dan één klant

In eerstgenoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 5 april 2007[66] (in het geding tussen '[X] Belastingadviseurs' en DNB) stond de uitleg van het bestanddeel 'beroeps- of bedrijfsmatig' centraal. '[X] Belastingadviseurs' betrof een eenmanstrustkantoor met een beperkt aantal (vijf) klanten, waarvoor het (trust)kantoor onder andere optrad als bestuurder of vennoot van een rechtspersoon (artikel 1 onderdeel d, onder 1° Wtt) en aan de rechtspersoon een (correspondentie)adres beschikbaar stelde (artikel 1 onderdeel d, onder 2° Wtt). [X] Belastingadviseurs had primair het standpunt ingenomen dat hij niet onder de werkingssfeer van de Wtt zou vallen en daarnaast (voor zover hij wel onder de werkingssfeer zou vallen) dat hij voor een vrijstelling in aanmerking diende te komen, omdat hij zou afwijken van de andere eenmanskantoren. [X] Belastingadviseurs heeft hiertoe aangevoerd dat het slechts vijf trustrelaties had, die al geruime tijd persoonlijk bij hem bekend waren en dat hij in een 'afbouwfase' verkeerde, zodat van een uitbreiding geen sprake zou zijn. Daarnaast voerde [X] Belastingadviseurs het verweer dat zijn werk, gezien het geringe aantal klanten, geen commerciële activiteit zou zijn. Dit verweer leidde niet tot een ander oordeel van de Rechtbank, die hierbij als gezegd vaststelde dat 'het hebben van een winstoogmerk niet bepalend is voor de beoordeling of sprake is van een trustkantoor en bij meer dan één klant van een bedrijfsmatig trustdiensten verlenen

---

59 Indien de in onderdeel d genoemde diensten binnen de eigen groep worden verleend, wordt de rechtspersoon of vennootschap niet als trustkantoor aangemerkt. Zie in dit verband onder andere: paragraaf 1.2.2.3 *'in opdracht van'* een derde.

60 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

61 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

62 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873.

63 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873, r.o. 2.4.

64 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873, r.o. 2.4.

65 Rb. Rotterdam 27 april 2009, *LJN* BI2846, Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733 en Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769.

66 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873.

moet worden gesproken'.[67] [X] Belastingadviseurs dient derhalve als trustkantoor te worden aangemerkt. In de hierop volgende uitspraken, waarin de vraag of sprake is van het 'beroeps- of bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten, wordt deze ondergrens van 'meer dan één klant' overigens niet meer genoemd.

'Beroeps- of bedrijfsmatig': het 'onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter' van de verrichte activiteiten
Voort zijn er drie uitspraken waarin de rechtbank als gezegd oordeelde dat uit het 'onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter' van de verrichte activiteiten volgde dat sprake is geweest van 'beroeps- of bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten. De eerste uitspraak is die van de Rechtbank Rotterdam van 27 april 2009[68], in het geding tussen 'B.V. Uw Ondernemingshuis Nieuwegein' (en haar bestuurder) en DNB. DNB heeft een overzicht van de door hen verleende diensten vastgesteld aan de hand van het handelsregister van de Kamer van Koophandel en een bezoek ten kantore van het trustkantoor[69], waaronder diensten die zijn aangemerkt als het zijn van bestuurder (artikel 1 onderdeel d, onder 1° Wtt) en het verlenen van domicilie (artikel 1 onderdeel d, onder 1° Wtt). Het verweer van het trustkantoor en zijn bestuurder dat het hier zou gaan om vriendendiensten ketste reeds op de door DNB opgesomde feiten af. De rechtbank oordeelde terzake dat 'uit het onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter van de door DNB opgesomde feiten voorts (volgde) dat die diensten 'beroeps- of bedrijfsmatig' zijn verleend.'[70]

In Rechtbank Rotterdam 3 juni 2010[71], in het geding tussen trustkantoor A. B.V. en DNB, was een boete opgelegd vanwege het zonder vergunning verrichten van activiteiten als trustkantoor. Zonder dat hij hiervoor over een vergunning beschikte is trustkantoor A. B.V. gedurende een periode van 4 jaar bestuurder geweest van 6 rechtspersonen en heeft hij aan 11 rechtspersonen zijn adres ter beschikking heeft gesteld met verlening van bijkomende diensten.[72] Het geschil betreft slechts de hoogte van de boete (€ 87.125,00), die door de rechtbank niet als onevenredig hoog wordt aangemerkt (kortweg omdat het trustkantoor ervan op de hoogte was dat zij voor het verrichten van trustactiviteiten over een vergunning diende te beschikken en er bovendien door DNB op is gewezen dat zij in overtreding was, waardoor haar een zeer groot verwijt kan worden gemaakt).[73] Volgens de rechtbank is aan het 'beroeps- of bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten voldaan, aangezien: 'Eiseres immers gedurende een periode van vier jaar bestuurder (is) geweest van zes rechtspersonen en heeft aan 11 rechtspersonen haar adres ter beschikking gesteld met verlening van bijkomende diensten.' De Rechtbank oordeelt dat deze activiteiten een 'onmiskenbaar bedrijfsmatig karakter' hebben, zodat aan het vereiste van het bestanddeel 'beroeps- of bedrijfsmatig' is voldaan: 'Uit het onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter van deze activiteiten volgt voorts dat die diensten beroeps- of bedrijfsmatig zijn verleend als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Wtt'.[74]

---

67 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873, r.o. 2.4.

68 Rb. Rotterdam 27 april 2009, *LJN* BI2846.

69 DNB het volgende heeft vastgesteld: '[A] is bestuurder van Ondernemingshuis; de bedrijfsomschrijving van Ondernemingshuis luidt: "Het verlenen van administratieve diensten, alsmede het verstrekken van adviezen van administratieve en fiscale aard (…)"; de besloten vennootschappen Van Hulst Development Systems B.V., Surinam Unified Parcel Service B.V., Openwave Systems B.V., Security Staff B.V. en Sveyvo B.V. zijn alle gevestigd op het adres van Ondernemingshuis; [A] is medebestuurder van Surinam Unified Parcel Service B.V. en van Sveyvo B.V.; [A] heeft verklaard onder meer de administratie, belastingaangiftes en/of de jaarrekeningen van Van Hulst Development Systems B.V., Surinam Unified Parcel Service B.V., Openwave Systems B.V. en Security Staff B.V te verzorgen; Ondernemingshuis terzake de werkzaamheden voor Openwave Systems B.V. en Security Staff B.V heeft gefactureerd; Openwave Systems B.V. en Security Staff B.V machtiging hebben verleend aan Ondernemingshuis hen te vertegenwoordigen in zaken betreffende 'Nederlandse belastingaangelegenheden en juridische aangelegenheden'.

70 Rb. Rotterdam 27 april 2009, *LJN* BI2846, onder 2.

71 Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733.

72 Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733, r.o. 2.3.2.

73 Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733, r.o. 2.4.4.

74 Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733, r.o. 2.3.2.

In de (derde) uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 9 juli 2010[75], in het geding tussen Amtrust (en haar bestuurder) en DNB, stelde de rechtbank vast dat zowel de vennootschap als de natuurlijke persoon 'beroeps- of bedrijfsmatig' trustdiensten verleende. Ook in deze zaak ging het om de dienstverlening van het zijn van bestuurder (artikel 1 onderdeel d, onder 1° Wtt) en het verlenen van domicilie (artikel 1 onderdeel d, onder 2° Wtt) aan meerdere rechtspersonen op haar adres. De rechtbank overwoog dat 'Uit het onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter van deze activiteiten, die doorlopend vanaf 1 maart 2004 verricht zijn in opdracht van meer dan 30 ondernemingen, voorts (volgt) dat die diensten beroeps- of bedrijfsmatig zijn verleend als bedoeld in artikel 1, onderdeel a, van de Wtt'.[76] Amtrust bleek in deze zaak bestuurder van 30 rechtspersonen te zijn en haar bestuurder heeft namens dit trustkantoor voor 8 andere rechtspersonen op persoonlijke titel als bestuurder opgetreden. Daarbij heeft Amtrust haar adres ter beschikking gesteld aan 33 rechtspersonen, voor welke zij tevens werkzaamheden heeft verricht die als 'bijkomende werkzaamheden' (artikel 1 onderdeel d, onder 2° Wtt) worden aangemerkt. Daarnaast heeft Amtrust met 29 rechtspersonen managementovereenkomsten afgesloten, waarin (in de Appendices) is bepaald dat in de door Amtrust te ontvangen managementvergoeding diensten zoals bedoeld in artikel 1 onderdeel d, onder 1° en 2° onder i en ii Wtt zijn inbegrepen. Deze diensten zijn verleend in opdracht van verschillende vennootschappen en natuurlijke personen en hebben doorlopend en voor verschillende klanten plaatsgevonden.[77] Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de betekenis van het bestanddeel 'beroeps- of bedrijfsmatig' door de Rechtbank casuïstisch wordt ingevuld, waarbij de ondergrens is gelegen in het breed geformuleerde vereiste 'onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter' van de verrichte activiteiten.

1.2.2.3 'In opdracht van' (een derde)

Op basis van de definitie van trustkantoor wordt voorts als vereiste gesteld dat de diensten (genoemd in artikel 1 onderdeel d Wtt) worden verleend 'in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende, rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon', verder kortheidshalve aan te duiden als het bestanddeel 'in opdracht van' (een derde). Met de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is dit bestanddeel overgeheveld van de definitie van 'trustkantoor' (artikel 1 onderdeel a Wtt) naar de definitie van 'dienst' (artikel 1 onderdeel d Wtt), met dien verstande dat dit bestanddeel is opgenomen in alle aldaar genoemde diensten, *behalve* bij die van het verkopen van rechtspersonen (artikel 1 onderdeel d onder 3° Wtt).

Aanzet tot reparatiewetgeving: een lacune in de handhaving van de Wtt

De aanzet tot deze reparatiewetgeving is de uitspraak van het CBb van 18 juni 2009[78] in het geding tussen 'B&S Management Rhoon B.V.' (hierna: B&S) en DNB. De centrale vraag die partijen verdeeld hield betrof de uitleg van het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van 'trustkantoor' in relatie tot de activiteiten van B&S, die in de kern genomen kunnen worden gekwalificeerd als het 'geheel zelfstandig' – en niet: 'in opdracht van' een derde – verkopen van rechtspersonen. Door deze uitspraak is bovenal een handhavingslacune in de Wtt met betrekking tot deze dienstverlening aan het licht gekomen, aangezien de Wtt volgens de uitspraak van het CBb ruimte liet voor de interpretatie 'dat het verkopen van rechtspersonen, zonder daartoe verleende opdracht van een derde niet in strijd zou zijn met de Wtt'[79] (indien deze dienst wordt verricht zonder een daartoe door DNB afgegeven vergunning).

Verhouding tot de dienst 'het verkopen van rechtspersonen'

De bespreking van de uitleg van het bestanddeel 'in opdracht van' in het kader van deze paragraaf is met name gericht op de uitspraak van het CBb, waarin naast bovengenoemde handhavingslacune ook enkele overwegingen zijn gewijd aan de betekenis van dit bestanddeel. De dienstverlening van 'het

---

75 Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769.
76 Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769, r.o. 2.6.3.
77 Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769, r.o. 2.2.
78 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293.
79 http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-196715.pdf

verkopen van rechtspersonen' komt slechts aan de orde voor zover noodzakelijk voor de bespreking van dit bestanddeel (zie voor de bespreking van laatstgenoemde dienst nader hieronder subparagraaf 1.2.2.4.3 'Het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen'). Afgesloten wordt hier met de bespreking van de wijzigingen die de Wfm 2010 ten aanzien van dit bestanddeel teweeg heeft gebracht.

B&S Management Rhoon B.V.
In de uitspraak van het CBb van 18 juni 2009[80] heeft het college bepaald wat onder het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van 'trustkantoor' dient te worden verstaan. Alvorens de uitleg van het CBb te behandelen, bezie ik eerst de activiteiten van B&S. In tegenstelling tot wat haar bedrijfsnaam, voluit: B&S Management Rhoon B.V., 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'). De dienstverlening van B&S 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'.[81]

De centrale vraag die partijen verdeeld hield betrof als gezegd de betekenis van het bestanddeel 'in opdracht van' in de definitie van 'trustkantoor' in relatie tot de activiteiten van B&S, die haar activiteiten 'geheel zelfstandig' verrichtte. Het CBb oordeelde dat B&S de dienst 'het verkopen van rechtspersonen' verrichtte zonder dat sprake is van 'opdracht' conform de definitie van artikel 1 onderdeel a Wtt, zodat B&S niet 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 nodig zou zijn. Dat is precies de reden waarom DNB hier van een 'handhavingslacune in de Wtt' spreekt. Het CBb overweegt terzake

> 'Het College is van oordeel dat het begrip "in opdracht van" niet los kan worden gezien 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 onderdeel d van artikel 1 nader is gedefinieerd. Het College merkt op dat de diensten genoemd onder 1º, 2º en 4º op logische wijze passen bij het opdracht-begrip. Het is bij deze diensten immers moeilijk voorstelbaar dat ze worden uitgevoerd zonder dat daaraan een opdracht ten grondslag ligt. Bij de onder 3º genoemde dienst, het verkopen van rechtspersonen, is dit anders. Naar het oordeel van het College 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. Wanneer het echter 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" niet op voorhand vanzelfsprekend.'[82]

Volgens het CBb kan B&S niet worden aangemerkt als 'trustkantoor', aangezien 'het verkopen van rechtspersonen' in het geval van B&S niet 'in opdracht van' een derde heeft plaatsgevonden. In de aangevallen uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 juli 2007[83] is de term 'opdracht' vergeleken met de term 'opdracht' in artikel 7:400 van het BW[84], waarbij deze term volgens de rechtbank een minder specifieke betekenis zou toekomen dan in artikel 7:400 BW. De rechtbank heeft

---

80 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293.
81 Rb. Rotterdam 20 juli 2007, *LJN* BB4579, *JOR* 2007, 247, r.o. 2.3.
82 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293, r.o. 5.2.
83 Rb. Rotterdam 20 juli 2007, *LJN* BB4579, *JOR* 2007, 247.
84 Op grond van artikel 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.

deze uitgelegd als een 'verbindingsschakel' tussen de te leveren diensten en de doelvennootschap, die buiten de groep van het trustkantoor ligt. Op basis van deze uitleg heeft de rechtbank voorts geconcludeerd dat reeds sprake zou zijn van een opdracht indien aan een doelvennootschap één van de in artikel 1 onderdeel d Wtt genoemde diensten wordt geleverd (waaronder het verkopen van rechtspersonen). Volgens het CBb miskent de rechtbank hierbij echter dat de term doelvennootschap in artikel 1 onderdeel b Wtt is gedefinieerd als een rechtspersoon of vennootschap waaraan de in onderdeel d onder 1° en 2° Wtt genoemde diensten worden verleend. Volgens het CBb betekent dit dat bij het uitsluitend verrichten van de onder 3° Wtt genoemde dienst 'het verkopen van rechtspersonen' in beginsel geen sprake is van een doelvennootschap. Zij overweegt terzake dat hieruit volgt dat de door de rechtbank gegeven uitleg van het begrip 'in opdracht van' geen stand kan houden.[85]

Het CBb verwerpt ook de stelling van DNB dat wanneer B&S vennootschappen aankoopt en weer doorverkoopt zonder dat B&S van de kopers een algemene of specifieke opdracht krijgt tot aankoop ten behoeve van die koper, zij niettemin toch onder de vergunningplicht zou vallen, omdat in dat geval volgens DNB de koper als opdrachtgever zou moeten worden aangemerkt. Zij overweegt terzake:

> 'Het College vermag echter niet in te zien hoe het verkopen in dit geval "in opdracht" gebeurt. De vraag rijst dan immers in wiens opdracht de verkoper, in casu B&S, handelt. De enige andere betrokkene is de koper. Het College volgt DNB niet in haar stelling die erop neerkomt dat alsdan de koper geacht moet worden aan de verkoper (B&S) een opdracht te geven tot verkoop van de rechtspersoon aan hem, de koper. Een dergelijke uitleg van het begrip "in opdracht van" zou deze toevoeging in de definitie van trustkantoor in relatie tot deze dienst, als onderscheidend criterium zinledig maken, terwijl een dergelijke uitleg bovendien miskent 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.'[86]

Naar het oordeel van het CBb zijn er geen, dan wel onvoldoende aanknopingspunten om het begrip 'opdracht' in de Wtt een andere betekenis te geven dan opdracht in de zin van artikel 7:400 BW.[87] De uitspraak van het CBb heeft een belangrijke aanzet gegeven om de definitie van 'trustkantoor' aan te scherpen, met als doel de 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.

Wfm 2010: aanpassing artikel 1 Wtt op enkele belangrijke punten

Met de inwerkingtreding van de Wfm 2010 wordt artikel 1 van de Wtt op enkele belangrijke punten aangepast, waarbij onder meer bovengenoemde handhavingslacune wordt weggenomen. Hiertoe wordt het bestanddeel 'in opdracht van' (voluit: 'in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon') van de definitie van 'trustkantoor' in artikel 1 onderdeel a Wtt ondergebracht in artikel 1 onderdeel d Wtt onder 1° (het zijn van bestuurder), 2° (het verlenen van domicilie met 'bijkomende werkzaamheden') en 4° (het zijn van trustee) van die opgenomen definitie van het begrip dienst. Volgens de MvT van de Wfm 2010 wordt hiermee duidelijk gemaakt dat het verkopen van rechtspersonen een dienst is in de zin van de Wtt en dat een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon die zonder opdracht van een derde rechtspersonen verkoopt dan ook dient te voldoen aan de eisen van de Wtt.[88] Het vereiste dat bij het verkopen van rechtspersonen sprake moet zijn van handelen 'in opdracht van' (een derde) is met deze wetswijziging komen te vervallen. De Wfm 2010 heeft tevens gevolgen voor de definiëring van de overige in artikel 1 onder d Wtt genoemde diensten, die in de navolgende subparagrafen: respectievelijk 1.2.2.4.1 ('Het zijn van bestuurder'), 1.2.2.4.2 ('Het verlenen van domicilie' met

---

85 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293, r.o. 5.2.
86 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293, r.o. 5.2.
87 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293, r.o. 5.2.
88 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3. p. 39.

‘bijkomende werkzaamheden’ en de uitzonderingspositie ten aanzien van ‘receptiewerkzaamheden’) en 1.2.2.4.3 (‘Het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen’) worden behandeld, waarbij naast de invoeging van het bestanddeel ‘in opdracht van’ kan worden gewezen op enkele belangrijke aanpassingen ten aanzien van het verlenen van domicilie.

1.2.2.4 ‘Een of meer van de in onderdeel d genoemde diensten’

De definitie van ‘trustkantoor’ in de Wtt is gekoppeld aan het eveneens in deze wet gedefinieerde begrip van ‘dienst’ (artikel 1 onderdeel a jo onderdeel d Wtt). Om als trustkantoor te worden aangemerkt, zal in ieder geval één van de genoemde diensten moeten worden verleend. Hoewel het mogelijk is dat trustkantoren slechts één van de diensten aanbieden, zullen het er in de praktijk meestal meer dan één zijn.[89] Als gezegd is de definiëring van deze diensten met de inwerkingtreding van de Wfm 2010 op enkele belangrijke punten aangepast. Ook de hierop volgende Wfm 2012 heeft hier voor enkele aanpassingen gezorgd, waaronder de toevoeging van een nieuw kwalificerende dienst, te noemen: ‘het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die niet tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uit maakt’ (artikel 1 onderdeel d onder 5° Wtt). In de navolgende paragrafen worden deze diensten behandeld.

1.2.2.4.1 ‘Het zijn van bestuurder’

De eerstgenoemde dienst betreft het zijn van bestuurder. Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is hieraan het bestanddeel ‘in opdracht van’ (een derde) toegevoegd, waardoor deze dienst voluit komt te luiden: ‘het zijn van bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of vennootschap in opdracht van een niet tot dezelfde groep, als waarvan die rechtspersoon deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon’ (artikel 1 onderdeel d onder 1° Wtt). Het komt regelmatig voor dat de uiteindelijk belanghebbende van een internationale structuur zijn in Nederland gevestigde doelvennootschap door een trustkantoor laat (mede) besturen.[90] Hoewel deze dienstverlening in theorie allerlei verschijningsvormen kent, zal het in de praktijk meestal gaan om het optreden als bestuurder van een besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid, naamloze vennootschap of stichting, dan wel om het optreden als beherend vennoot in een commanditaire vennootschap.[91] Indien het trustkantoor een rechtspersoon is kan het trustkantoor bestuurder van de doelvennootschap zijn, daarnaast kan een met hem in een groep verbonden rechtspersoon, maar ook een individuele medewerker van het trustkantoor als bestuurder optreden.[92] Aangezien de wet spreekt over ‘bestuurder’ moet het er volgens Frielink op worden gehouden dat hiermee, als het om een rechtspersoon gaat, een ‘statutaire bestuurder’ wordt bedoeld.[93]

Het onderscheidend vermogen van deze dienst is door de toevoeging van het bestanddeel ‘in opdracht van’ (een derde) toegenomen. Van Gorkum en De Carpentier merkten ten aanzien van deze dienst onder de oude redactie op dat zij geen onderscheidend vermogen bevatte ten opzichte van het *niet* als trustkantoor optreden in die hoedanigheid. Dit in tegenstelling tot de andere (toen nog drie, thans vier) diensten die (weliswaar in mindere en meerdere mate) typisch zouden zijn voor een trustkantoor.[94] Het onderscheidend vermogen van het optreden als bestuurder als dienst van een trustkantoor is gelegen in de bestanddelen ‘beroeps- of bedrijfsmatig’ en ‘in opdracht van’ van de definitie van trustkantoor, waarvan laatstgenoemd bestanddeel sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 van deze dienst deel uitmaakt, zodat mijns inziens het onderscheidend vermogen van deze dienst is toegenomen.

---

89 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8. Zie ook het voorbeeld van trustkantoor B&S, paragraaf 1.2.2.3.

90 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3. p. 8-9.

91 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 29.

92 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 33.

93 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 33-34. Ter zake merkt Frielink op dat het in plaats van een bestuurder ook kan gaan om het vervullen van de functie van directeur (niet zijnde statutair bestuurder) of om een procuratiehouder met minder vergaande bevoegdheden, in welk geval het volgens hem van de daarnaast nog aangeboden diensten zal afhangen of het trustkantoor vergunningplichtig is.

94 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 29.

1.2.2.4.2 'Het verlenen van domicilie' met 'bijkomende werkzaamheden' en de uitzonderingspositie ten aanzien van 'receptiewerkzaamheden'

De tweede dienst betreft 'het in opdracht van een derde ter beschikking stellen van een adres of postadres', kortweg 'het verlenen van domicilie', in combinatie met zogeheten 'bijkomende werkzaamheden' (artikel 1 onderdeel d onder 2° Wtt). Deze 'bijkomende werkzaamheden' worden geleverd aan de doelvennootschap waaraan ook domicilie wordt verleend (of aan een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon die deel uitmaakt van de groep waartoe de doelvennootschap behoort).[95] Onder deze 'bijkomende werkzaamheden' wordt in de Wtt verstaan: het op privaatrechtelijk gebied geven van advies of verlenen van bijstand, het verstrekken van belastingadvies of het verzorgen van belastingaangiften en daarmee verband houdende werkzaamheden, het verrichten van werkzaamheden in verband met het opstellen, beoordelen of controleren van de jaarrekening of het voeren van administraties en het werven van een bestuurder voor een rechtspersoon of vennootschap (artikel 1 onderdeel d onder 2° sub i – v Wtt)[96]. De MvT Wtt licht toe dat bij het geven van advies of het verlenen van bijstand op privaatrechtelijk gebied, inclusief het verschaffen van secretariële en ondersteunende dienstverlening ten behoeve van het bestuur, te denken valt aan het deponeren van jaarstukken bij de kamer van Koophandel en Fabrieken, het doorsturen van correspondentie, of het organiseren en houden van een algemene vergadering van aandeelhouders.[97] Om van kwalificerende 'domicilieverlening' in de zin van de Wtt te kunnen spreken is vereist dat deze wordt verleend in combinatie met bovengenoemde 'bijkomende werkzaamheden'.

Wfm 2010: aanpassing 'domicilieverlening' op enkele belangrijke punten

Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is de definiëring van deze dienst op belangrijke punten aangepast. Evenals bij bovengenoemde dienst van 'het zijn van bestuurder' en bij de nader te behandelen dienst van 'het zijn van trustee', is ook bij domicilieverlening het bestanddeel 'in opdracht van' (een derde) toegevoegd. Voorts zijn enkele verwijzingen naar artikelen van het Handelsregisterbesluit 1996 vervangen door verwijzingen naar artikelen van de Handelsregisterwet 2007. Het Handelsregisterbesluit 1996 is komen te vervallen toen op 1 juli 2008 de Handelsregisterwet 2007 in werking is getreden[98], waardoor deze wijziging noodzakelijk is geworden. Ten slotte verdient de derde hier te bespreken wijziging bijzondere aandacht, omdat hiermee wordt voorzien in een tweede door DNB geconstateerde lacune in de Wtt met betrekking tot 'domicilieverlening'.

Deze lacune of 'onduidelijkheid' in de Wtt speelde met name ten aanzien van kantoorbedrijven (virtuele kantoren)[99], die zonder vergunning via internet 'financiële diensten' zouden verrichten[100], die er in de kern op neerkomen dat ten behoeve van een cliënt een postadres beschikbaar wordt gesteld, waarbij telefonische verkeer wordt doorgeschakeld en poststukken worden doorgezonden. Er is daarop discussie ontstaan over de vraag of de dienstverlening van deze bedrijven nu wel of niet als 'domicilieverlening' in de zin van de Wtt moest worden aangemerkt, aangezien hierbij geen diensten werden verricht die als 'bijkomende werkzaamheden' in de zin van de Wtt kunnen worden aangemerkt.

Aan deze onduidelijkheid heeft de Wfm 2010 beoogd een einde te maken, door bedrijven die zich slechts bezighouden met domicilieverlening en hierbij eventueel wel zogenaamde 'receptiewerkzaamheden' verrichten, maar geen 'bijkomende werkzaamheden', niet als trustkantoor

---

95 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

96 Daarnaast kunnen bij algemene maatregel van bestuur andere 'bijkomende werkzaamheden' worden aangewezen (artikel 1 onderdeel d onder 2° sub v Wtt), hetgeen tot op heden nog niet is gebeurd.

97 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

98 *Stb.* 2008, 242.

99 Niet te verwarren met de in paragraaf 2.4.6.3 beschreven 'virtuele *trust*kantoren', die onmiskenbaar trustdiensten verlenen. 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, dat hierdoor in de branche een bekend voorbeeld is geworden van een bedrijf dat domicilie verleent zonder 'bijkomende werkzaamheden'. In het artikel blijft overigens in het middel of dit bedrijf als trustkantoor zou moeten worden aangemerkt.

100 'Virtuele bureaus ontlopen DNB-toezicht trustsector', *De Telegraaf*, 3 mei 2008.

aan te merken. De wijziging betreft artikel 1 onderdeel d onder 2 sub i Wtt, waaraan wordt toegevoegd dat het verrichten van receptiewerkzaamheden is uitgezonderd, zodat sub i voluit komt te luiden: 'het op privaatrechtelijk gebied geven van advies of het verlenen van bijstand, met uitzondering van receptiewerkzaamheden.' 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 zijn daardoor niet langer een kwalificerende dienst in de zin van de Wtt.[101] 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.[102]

1.2.2.4.3 'Het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen'

De derde dienst betreft het verkopen van rechtspersonen. Volgens de MvT gaat het hierbij om het verkopen van naar Nederland of buitenlands recht opgerichte, gebruikte rechtspersonen. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vennootschappen die geen bedrijfsactiviteiten (meer) verrichten en waarin zich in de regel geen of zeer weinig activa meer bevinden.[103]

Wfm 2010: 'in opdracht van' een derde niet langer vereist bij de verkoop van rechtspersonen

Door de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is ten aanzien van deze dienst het vereiste komen te vervallen dat deze 'in opdracht van' een derde dient te worden verricht, om als dienst in de zin van de Wtt te kunnen worden aangemerkt. Hiermee wordt geëxpliciteerd dat de verkoop van rechtspersonen een kwalificerende dienst in de zin van de Wtt is, aangezien alle verkopers van rechtspersonen onder het bereik van de Wtt komen te vallen. Voorts is dit bereik verder uitgebreid met de inwerkingtreding van de Wfm 2012, waarin met betrekking tot het verkopen van rechtspersonen ook het 'bemiddelen bij' deze dienstverlening onder het bereik van de Wtt is gebracht. Het verkopen van rechtspersonen in de zin van de Wtt komt hiermee te luiden als volgt: het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen (artikel 1 onderdeel d onder 3 Wtt). In deze subparagraaf worden de aanpassingen op basis van de Wfm 2010 en de Wfm 2012 achtereenvolgens behandeld.

De Wfm 2010 beoogt de handhavingslacune in de Wtt met betrekking tot het verkopen van rechtspersonen te repareren. In de uitspraak van het CBb 18 juni 2009 in het geding tussen het trustkantoor B&S en DNB (zie ook paragraaf 1.2.2.3 over het bestanddeel 'in opdracht van') is deze handhavingslacune aan het licht gekomen. Het CBb oordeelde dat B&S de dienst 'het verkopen van rechtspersonen' verrichtte zonder dat sprake was van 'opdracht' conform de definitie van artikel 1 onderdeel a Wtt, waardoor zij volgens het CBb niet vergunningplichtig zou zijn 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 sprak van een 'handhavingslacune in de Wtt'. Ook in de MvT van de Wfm 2010 wordt (zij het impliciet) naar deze uitspraak verwezen:

> 'Hoewel uit recente jurisprudentie is gebleken dat de huidige wettekst ruimte laat voor een andere uitleg, is het reeds vanaf de inwerkingtreding van de Wtt de bedoeling 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.'[104]

---

101 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3, p. 40.
102 Ibid.
103 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 9.
104 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3, p. 39-40.

Hoewel het verkopen van rechtspersonen door de FATF niet als afzonderlijke trustdienst is genoemd[105] en deze dienst ook in de hierna tot stand gekomen 'derde witwasrichtlijn' (Richtlijn 2005/60/EG) niet als dienst is opgenomen[106], heeft de wetgever er toch voor gekozen deze dienst als trustdienst op te nemen. Aan deze keuze ligt ten grondslag dat bij de oprichting van een rechtspersoon in Nederland, slechts eenmalig door de oprichter een verklaring van geen bezwaar dient te worden verkregen van de minister van Justitie (inclusief antecedentenonderzoek), waardoor de mogelijkheid wordt opengelaten om deze rechtspersoon daarna door te verkopen aan een derde zonder dat er ten aanzien van de nieuwe uiteindelijk belanghebbende van deze rechtspersoon een antecedentenonderzoek plaatsvindt. Aangezien dit onderzoek slechts ten aanzien van de toenmalige beleidsbepalers heeft plaatsgevonden, kan de nieuwe uiteindelijk belanghebbende anoniem blijven. De eis dat voor het oprichten van een vennootschap in Nederland een verklaring van geen bezwaar van de minister van Justitie nodig is, zou derhalve kunnen worden omzeild door van bestaande Nederlandse of naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen gebruik te maken. Om meer zicht op deze situatie te krijgen is ervoor gekozen deze dienst onder het bereik van de Wtt te brengen.[107] Het trustkantoor dat deze rechtspersoon verkoopt, dient de kopende partij te kennen.[108] Blijkens de MvT Wfm 2010 werd dan ook verondersteld dat de Wtt van toepassing zou zijn op deze dienst en dat het verlenen van die dienst dan ook uitsluitend was toegestaan indien DNB aan betrokkene een daartoe strekkende vergunning had verleend.[109]

Wfm 2012: ook het 'bemiddelen bij' het verkopen van rechtspersonen is een 'dienst'
In de Wfm 2012 wordt het bereik van de trustdienst van het verkopen van rechtspersonen uitgebreid, door ook het 'bemiddelen bij' het verkopen van rechtspersonen als zelfstandig kwalificerende dienst op te nemen. Deze wijziging hangt volgens de MvT Wfm 2012 samen met de aanbeveling uit het *Evaluatierapport Wtt* 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 beiden malafide intenties heeft.

1.2.2.4.4 'Het zijn van trustee'
De vierde dienst betreft 'het zijn van trustee', meer specifiek: het zijn van trustee in de zin van het Haagse Trustverdrag (het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts).[110] Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 wordt ook bij deze dienstverlening het vereiste gesteld dat deze 'in opdracht van' een derde dient te worden verricht om als dienst in de zin van de Wtt te kunnen worden aangemerkt. Hiermee komt de definiëring van deze dienst voluit te luiden: het zijn van 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 (artikel 1 onderdeel d onder 4° Wtt). Het trustkantoor treedt hierbij dus op als trustee 'in opdracht van een derde', waarmee de insteller ('settlor') van de trust wordt bedoeld.

Trustverhouding
De dienstverlening waarbij het trustkantoor optreedt als 'trustee' speelt zich af in een zogenaamde 'trustverhouding', waarbij drie partijen betrokken zijn, te weten de insteller van de trust

105 *Consultation Paper on the Review of the FATF Forty Recommendations*, FATF 30 mei 2002, p. 92. Zie nader paragraaf 1.2.1 'Definiëring'.
106 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). Zie in dit verband eveneens paragraaf 1.2.1. 'Definiëring'.
107 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.
108 Zie in dit verband: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3, p. 40.
109 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3, p. 40.
110 *Trb.* 1985, 141.

(bovengenoemde 'settlor'), de beheerder (de 'trustee') en de begunstigde (de 'beneficiary'). De insteller van de trust draagt goederen aan de trustee over met het oogmerk deze onder trustverband te plaatsen, zodat de trustee deze goederen ten behoeve van de beneficiary moet gaan beheren.[111] In de MvT van de Wtt is gewezen op het probleem dat bij deze dienstverlening de uiteindelijk belanghebbende anoniem kan blijven. Het trustkantoor kan op basis van een trustakte optreden als beheerder van bijvoorbeeld een pakket aandelen, waarbij in de akte een begunstigde kan worden aangewezen die tevens de insteller van de trust is. Deze situatie kan de indruk wekken dat het trustkantoor, als beheerder van de aandelen, ook de uiteindelijk belanghebbende is, waardoor de echte uiteindelijk belanghebbende anoniem kan blijven. Om de uiteindelijk belanghebbende uit deze anonimiteit te halen, verplicht de Wtt het trustkantoor dan ook de identiteit van de insteller van de trust te kennen (artikel 10 lid 1 onder f Wtt).[112]

Het zijn van trustee 'in de zin van het Haags Trustverdrag'
Voorts is van belang dat het bij deze dienstverlening gaat om het zijn van trustee 'in de zin van het Haags Trustverdrag'. Dit verdrag richt zich met name op de categorie van de bij rechtshandeling ingestelde trusts[113], te weten de categorie van de zogeheten 'express trusts'. Deze categorie kenmerkt zich door het feit dat insteller het instellen van deze trust daadwerkelijk beoogde.[114] Zij kent twee verschijningsvormen, te weten de 'private trust', die één of meer aanwijsbare individuen als begunstigden heeft, en de 'charitable trust' of 'public trust', die een liefdadig doel op het oog heeft en voorziet in een sociaal voordeel voor de gemeenschap of voor een zeer grote openbare groep.[115] De Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust en de rol van het trustkantoor hierin wordt nader besproken in paragraaf 1.2.4 ('Een klassiek misverstand: trustkantoor en de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust'). In deze paragraaf wordt aan de hand van de beschrijving van een 'klassiek misverstand' behandeld in welke verhouding beide begrippen tot elkaar staan. Ten onrechte wordt de uit het (internationale) handelsverkeer afkomstige term 'trustkantoor' nog al eens vereenzelvigd met de rechtsfiguur van de 'trust'. Ook wordt behandeld in hoeverre Nederlandse trustkantoren zich met deze dienstverlening bezig houden.

1.2.2.4.5 'Het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt'

Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 per 1 juli 2012 is (onder vernummering van subonderdeel 5° tot subonderdeel 6° van artikel 1 onderdeel d Wtt)[116] een nieuw subonderdeel 5° ingevoegd in artikel 1 onderdeel d Wtt. 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.' Deze nieuwe dienst wordt toegevoegd omdat de definities van

---

111 Er kunnen hierbij meerdere instellers, trustees of begunstigden betrokken zijn.

112 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 9.

113 Zie in dit verband artikel 3 van het Haags Trustverdrag: 'Het Verdrag is slechts van toepassing op trusts *die door een wilsuiting in het leven zijn geroepen* en waarvan blijkt bij geschift' (mijn cursivering, vdW).

114 Naast de categorie van de 'express trust' zijn nog twee categorieën te onderscheiden. Het gaat hierbij in de eerste plaats om de categorie van trustvormen die zich kenmerken doordat zij juist niet door de expliciet geuite vrije wil van de insteller zijn ontstaan, maar waarbij hun ontstaan wordt afgeleid uit gedragingen van partijen ('implied trust'), of die van rechtswege zijn ontstaan ('resulting trust') of door een gerechtelijke uitspraak ('constructive trust'). Ten aanzien van deze trustvormen is op voorhand niet duidelijk of zij onder het Haags Trustverdrag vallen. Er kunnen zich echter wel gevallen voordoen waarbij zij hieronder lijken te vallen. Zie in dit verband M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag*, Deventer: Kluwer 1997, § 2.4.2.2 en § 2.4.2.5 over de 'constructive trust'. Daarnaast is er nog een categorie trustvormen aan te wijzen waarbij het ontstaan uit de wet voortvloeit ('statutory trust'). Deze vallen niet onder het verdrag omdat er geen sprake is van vrijwillige creatie. M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p. 14.

115 M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p. 14-15.

116 Artikel 1 onderdeel d subonderdeel 5° Wtt (oud), thans subonderdeel 6° luidt: 'andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten.' Op grond van dit subonderdeel zijn tot op heden nog geen diensten aangewezen.

bovengenoemde diensten – met uitzondering van de dienstverlening met betrekking tot (het bemiddelen bij) de verkoop van rechtspersonen – steeds zijn gericht op een vennootschap waarvan een derde de eigenaar (uiteindelijk belanghebbende) is. In de praktijk van de zogenaamde 'doorstroomvennootschappen' is de vraag naar de eigendom van de vennootschap echter niet van belang. Er blijft immers (zoals ook uit de naam 'doorstroomvennootschappen' is op te maken) niets achter in de vennootschap. Vandaar dat bij deze nieuwe dienst 'het gebruik maken van een vennootschap die tot *dezelfde* groep behoort als het trustkantoor' wordt toegevoegd (mijn cursivering, vdW). Als gezegd speelt het belang van deze uitbreiding met name bij het gebruik van doorstroomvennootschappen. Als voorbeeld wordt in de MvT van de Wfm 2012 de royaltyvennootschap genoemd. Hierbij wordt een licentie van een intellectueel eigendomsrecht (IE) verstrekt aan een vennootschap (die onderdeel is van de structuur van het trustkantoor), die vervolgens sublicenties verstrekt aan derden (die al dan niet gelieerd zijn aan de oorspronkelijke opdrachtgever). Onder aftrek van kosten en eventuele belastingen wordt de opbrengst (royalties) weer ter beschikking gesteld aan de licentiegever, tevens eigenaar van het IE-recht. Volgens de MvT van de Wfm 2012 wordt hier materieel hetzelfde bereikt als met een eigen doelvennootschap waarin het IE-recht of een licentie daarop wordt ondergebracht, maar is de Wtt hier niet van toepassing.[117] Hoewel er volgens de MvT geen concrete voorbeelden bekend zijn van misbruik van dergelijke royaltyvennootschappen, wordt benadrukt 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.

1.2.3 De nieuwe definitie van trustkantoor op basis van de Wfm 2010 en de Wfm 2012 en haar onderscheidend vermogen

Als gevolg van de hierboven beschreven aanpassingen in de definitie van 'trustkantoor' (artikel 1 onderdeel a jo onderdeel d Wtt) op basis van de Wfm 2010 en de Wfm 2012, is het bereik van de Wtt zowel uitgebreid (trustkantoren die zich bezighouden met de verkoop van rechtspersonen, of het bemiddelen daarbij) als ingeperkt (kantoorverhuurbedrijven die zich uitsluitend bezighouden met domicilieverlening, al dan niet in combinatie met zogenaamde 'receptiewerkzaamheden'). Vanwege de koppeling van deze definitiebepaling aan de vergunningplicht in artikel 2 Wtt[118] is de vraag of een onderneming als trustkantoor in de zin van de Wtt moet worden aangemerkt van cruciaal belang voor de reikwijdte van de vergunningplicht en daarmee voor het bereik van het toezicht op basis van deze wet. Vandaar dat de wetswijzigingen op basis van de Wfm 2010 worden aangeduid als 'verscherping'[119], 'versterking'[120] of 'aanscherping'[121] van het toezicht op trustkantoren. Dit geldt mijns inziens evenzeer voor de wijzigingen op basis van de Wfm 2012, op basis waarvan onder andere het bereik van de dienstverlening van het verkopen van rechtspersonen is uitgebreid zodat ook het 'bemiddelen bij' deze dienst als trustdienst in de zin van de Wtt wordt aangemerkt. Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 en de Wfm 2012 is de aangescherpte definitie van het begrip 'trustkantoor' in artikel 1 onder a Wtt als volgt gedefinieerd:

> '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.'

---

117 Volgens de MvT van de Wfm 2012 bieden met name grotere trustkantoren deze dienst aan, bijvoorbeeld onder de noemers 'international special purpose vehicles (spv) – Dutch resident inhouse royalty companies', 'International Licensing and Collection services' en 'Intellectual property services'.

118 Zie nader over het vergunningensysteem en de vergunningplicht van de Wtt: hoofdstuk 5, met name subparagraaf 5.2.5.1 'Het vergunningensysteem van de Wtt', respectievelijk subparagraaf 5.2.5.1.1 'De verbodsbepaling, vrijstelling, ontheffing en groepsvergunning: artikel 2 en 2a Wtt'.

119 Nieuwsbericht Nederlandse Orde van Advocaten, 15 februari 2010.

120 CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009, 293 m.nt. Lieverse.

121 M.T. van der Wulp, *t.a.p.* 2010, p. 48-49.

Het begrip ‘dienst’ in het nieuwe onderdeel d van dit artikel komt te luiden:

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 artikelen 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 of bemiddelen bij de verkoop 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°. het ten behoeve van de cliënt gebruik maken van een vennootschap, die tot dezelfde groep behoort als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt;

6°. andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten.

Het onderscheidend vermogen van de *oorspronkelijke* definitie van trustkantoor[122] is met name gelegen in de bestanddelen ‘beroeps- of bedrijfsmatig’ en ‘in opdracht van’ een derde. Beide bestanddelen gaven de grenzen aan waarbinnen de in artikel 1 onderdeel d Wtt genoemde diensten tot het zijn van trustkantoor leiden.[123] Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is het bestanddeel ‘in opdracht van’ als gezegd overgeheveld naar drie van de (per 1 juli 2012) vijf kwalificerende diensten, waarmee het verrichten van (één of meer van) deze diensten eerder zal leiden tot het zijn van trustkantoor. Indien deze diensten namelijk ‘beroeps- of bedrijfsmatig’ worden verleend zal het verrichten van deze diensten tot het zijn van trustkantoor leiden. Op grond van de hierboven behandelde jurisprudentie met betrekking tot het bestanddeel ‘beroeps- of bedrijfsmatig’ (zie subparagraaf 1.2.2.2) zou dit betekenen dat zulks uit het ‘onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter’ van

122 Zie hierboven in subparagraaf 1.2.1 ‘Definiëring’.
123 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 31.

de verrichte activiteiten dient te volgen dat aan dit vereiste is voldaan[124] en dat reeds bij meer dan één klant wordt voldaan aan het hier gestelde vereiste (er is dan immers sprake van het 'bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten).[125] Het zwaartepunt is hiermee mijns inziens nog meer komen te liggen op de vraag of sprake is van een dienst in de zin van de Wtt.

1.2.4 Een 'klassiek misverstand': het begrip 'trustkantoor' en de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust

1.2.4.1 Inleiding

Voortbouwend op de voorgaande paragraaf, waarin is vastgesteld wat (per 1 juli 2012) onder het begrip 'trustkantoor' moet worden verstaan, kan in deze paragraaf een hardnekkig misverstand uit de weg worden geruimd. Bij de bespreking van de dienst 'het zijn van trustee' (hierboven in subparagraaf 1.2.2.4.4) is dit misverstand reeds aangestipt: ten onrechte wordt het Nederlandse begrip 'trustkantoor' nogal eens vereenzelvigd met de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de 'trust'.

Naamgeving volgens de MvT van de Wtt: aansluiting bij het internationale 'trust office'

Vooropgesteld moet worden dat het bij het begrip 'trustkantoor' en de rechtsfiguur van de 'trust' om twee verschillende begrippen gaat. Volgens Van Gorkum en De Carpentier leidt het feit dat de achtergrond van het woord 'trust' als aanduiding van de Nederlandse trustsector niet geheel duidelijk is en dat zij bovendien (gezien de aard van de dienstverlening van de Nederlandse trustsector) de lading niet dekt, zowel nationaal als internationaal tot de nodige verwarring. In dit verband merken zij op dat het begrip 'trust' een Angelsaksische oorsprong heeft en verwijst naar een concept dat naar Nederlands recht onbekend is. De term 'trustkantoor' sluit kennelijk aan bij de internationale naamgeving 'trust office', waarmee (onder meer) trustkantoren in het buitenland aangeduid die diensten verlenen aan Angelsaksische 'trusts' en niet bij door Nederlandse trustkantoren geleverde diensten.[126] In de MvT wordt ten aanzien van de naamgeving gesteld dat:

> 'Gekozen is voor het gebruik van het begrip «trustkantoor», omdat dit de naam is waarmee de rechtspersonen, vennootschappen en natuurlijke personen die de diensten aanbieden in het handelsverkeer worden aangeduid. Er bestaat geen verband met de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust, ofschoon trustkantoren in enkele gevallen wel optreden als trustee (zie onderdeel d, onder 4°).'[127]

Kern van het misverstand

Bovenstaand citaat geeft mijns inziens precies weer waar de verwarring kan ontstaan. Enerzijds wordt er in verband met de naamgeving op gewezen dat er geen verband bestaat tussen het begrip 'trustkantoor' en de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust, maar tegelijkertijd kan het trustkantoor wel als trustee optreden (en bestaat er dus toch een verband). Indien een trustkantoor echter als trustee optreedt, komt zij wel degelijk in een zogeheten 'trustverhouding' te staan, waarbij een trustee één of meer goederen ('trustgoederen') die hem toebehoren beheert ten behoeve van één of meer andere personen ('begunstigden', ofwel 'beneficiaries').[128] Het valt volgens Van Gorkum en De Carpentier dan ook niet uit te sluiten dat een Nederlands trustkantoor diensten aanbiedt die verband houden met het opzetten of beheren van een 'echte' trust in het buitenland.[129] In overeenkomstige bewoordingen stelt Frielink eveneens dat het begrip 'trust' als bedoeld in 'trustkantoor' weliswaar niets te maken heeft met de Angelsaksische trust als rechtsfiguur, maar dat dit volgens hem niet wegneemt dat de

---

124 Rb. Rotterdam 27 april 2009, *LJN* BI2846, Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733 en Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769.

125 Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873, r.o. 2.4.

126 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 10.

127 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8.

128 D.W. Aertsen, *De Trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 1.

129 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 10.

dienstverlening van een trustkantoor mogelijk is gericht op het zijn van trustee in de zin van het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake erkenning van trusts (het Haags Trustverdrag).[130] Dit verdrag is voor Nederland op 1 februari 1996 in werking getreden en bevat conflictregels ter aanwijzing van het toepasselijke recht op trusts en beoogt landen die partij zijn bij dit verdrag (in het bijzonder Civil Law-landen) tot steun te zijn wanneer zij geconfronteerd worden met rechtsvragen over trusts binnen hun rechtsstelsels.[131]

Om het 'klassieke misverstand' en de verwarring tussen beide begrippen weg te nemen, is het van belang een duidelijk onderscheid tussen beide begrippen te maken, zonder dat hierbij de relatie tussen beide begrippen uit het oog wordt verloren. In de eerste plaats moet daartoe inzichtelijk worden gemaakt wat met de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust wordt bedoeld. In de tweede plaats moet nader worden bezien hoe deze rechtsfiguur zich verhoudt tot de dienst 'het zijn van trustee in de zin van het Haags Trustverdrag' (artikel 1 onderdeel d onder 4° Wtt). Op basis van het voorgaande kan ten slotte inzichtelijk worden gemaakt op welke wijze het trustkantoor als trustee in de rechtsfiguur van de Angelsaksische trust kan optreden.

1.2.4.2 De Anglo-Amerikaanse trust

In de eerste plaats moet de vraag worden beantwoord wat er wordt bedoeld met de Angelsaksische rechtsfiguur van de trust. De 'trust' is een instrument voor vermogensbeheer dat zich in de twaalfde eeuw in Engeland heeft ontwikkeld.[132] Als wordt gesproken over de 'Anglo-Amerikaanse' trust of het 'Anglo-Amerikaanse' trustrecht, wordt geduid op de algemene structuur van het rechtssysteem dat zich in Engeland heeft ontwikkeld en dat in de zeventiende en achttiende eeuw als gevolg van de kolonisatie naar vele landen is geëxporteerd, waaronder de naamgevende Verenigde Staten (met uitzondering van Louisiana), evenals Canada, Australië en Nieuw Zeeland.[133] Hoewel de trust in deze landen in de loop der tijden een belangrijke rechtsfiguur is geworden, geniet de trust in de continentaal-Europese landen niet deze prominente status. Aangezien bij het beschrijven van het begrip 'trust' een (eerste) moeilijkheid is dat er talloze rechtsstelsels zijn die de rechtsfiguur van de trust kennen en dat de trustfiguren van deze rechtsstelsels onderling aanzienlijke verschillen laten zien[134], wordt er in de literatuur veelal voor gekozen om het (oorspronkelijke) Engelse recht bij de beschrijving van de trust als uitgangspunt te nemen. Aangezien alle rechtsstelsels die tot de *Common Law* behoren in meer of mindere mate op het Engelse recht voortbouwen, geeft een bespreking van het Engelse recht doorgaans ook een redelijk beeld van de trustfiguren die in andere *Common Law*-rechtsstelsels te vinden zijn. Daarmee is meteen een tweede moeilijkheid voor de continentaalrechtelijke jurist gegeven, aangezien deze niet vertrouwd zal zijn met Anglo-Amerikaanse juridische concepten, die bovendien wezenlijk verschillen van de concepten uit het rechtssysteem van de *Civil Law*.

Common Law en Equity

Gezien het bovenstaande is voor een goed begrip van de trust en het rechtskader waarin deze moet worden geplaatst dan ook noodzakelijk dat enig inzicht wordt verkregen in de ontwikkeling van het Engelse recht door de eeuwen heen. In het bijzonder is hier de ontwikkeling van de twee afzonderlijke rechtssystemen waaruit het Engelse recht bestaat van belang, te weten dat van *Common Law* en *Equity*.[135] In de tweede helft van de dertiende eeuw ontstond naast *Common Law* en wetten als aanvulling hierop het systeem van *Equity*. Dit systeem hield in dat een bepaalde gedraging weliswaar

---

130 K. Frielink en M. Van Eersel, *a.w.* 2010, p. 26.

131 Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, 's-Gravenhage, 1 juli 1985, Tractatenblad 1985, nr. 141.

132 M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse trustverdrag*, Deventer: Kluwer 1997, p.1.

133 E.C.M. Wolfert, *Trust in het Nederlandse recht*, Groningen: Uitgeverij Hephaestus 2001, p. 9.

134 D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 7.

135 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze geschiedenis onder andere: M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse trustverdrag*, Deventer: Kluwer 1997, p. 5 e.v.; F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (dissertatie UU), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2000, p. 17 e.v.; E.C.M. Wolfert, *a.w.* 2001, p. 9 e.v. en D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 11 e.v.

niet in strijd werd geacht met de *Common Law*, maar wel in strijd met de billijkheid (*equity*) en geweten (*good conscience*).[136] Het onderscheid tussen *Common Law* en *Equity* is in het bijzonder in het trustrecht van belang, omdat de rechtsverhouding tussen de trustee en de beneficiary (begunstigde) wordt bepaald door de wisselwerking tussen beide systemen.[137] In zijn dissertatie beschrijft Aertsen deze wisselwerking als volgt: de trustee is rechthebbende van de trustgoederen op grond van *Common Law*, tegelijk bepaalt *Equity* dat de trustee deze trustgoederen moet gebruiken in overeenstemming met de verplichtingen die de insteller heeft voorgeschreven en in overeenstemming met de verplichtingen die rechtstreeks uit de *Equity* voortvloeien.[138]

Het Nederlandse recht kent de rechtsfiguur van de trust niet
De verhouding van de trust is een rechtsfiguur die het Nederlandse recht niet kent, dat wil zeggen: het Nederlandse recht kent geen trustfiguur die de rechtsgevolgen van deze rechtsfiguur in zich verenigt. Op basis van een trustverhouding moet een trustee als gezegd één of meer (trust)goederen die hem toebehoren ten behoeve van één of meer andere begunstigden beheren. Hierbij heeft de trustee een verplichting op grond waarvan hij de trustgoederen of de inkomsten die deze genereren, op een bepaald moment aan de begunstigden dient uit te keren. De trustee is hierbij formeel rechthebbende van de trustgoederen, maar zij vormen een afgescheiden vermogen binnen zijn vermogen. Eventuele schuldeisers kunnen zich slechts in bepaalde gevallen verhalen en bij een eventueel faillissement van de trustee blijven deze goederen buiten het faillissement. Op grond van de 'trust' krijgen de begunstigden een recht waarmee zij deze rechtsgevolgen in rechte kunnen afdwingen.[139]

De trust ontstaat indien goederen door een persoon worden overgedragen aan een trustee, om door deze te worden beheerd ten voordele van een begunstigde of een liefdadig doel.[140] Zij kunnen op diverse manieren worden onderscheiden.[141] In het kader van het hier te bespreken Haags Trustverdrag is een indeling op basis van de ontstaanswijze echter het meest zinvol is, omdat dit verdrag zich richt op bij rechtshandeling ingestelde trusts. Op basis van artikel 3 van het Haags Trustverdrag is het verdrag slechts van toepassing op 'trusts die door wilsuiting in het leven zijn geroepen (en waarvan blijkt bij geschrift).'

1.2.4.3 Het Haags Trustverdrag en de 'express trust'
Volgens Koppenol-Laforce bestaat er in grote lijnen eenstemmigheid omtrent de indeling van trusts, waarbij op basis van hun ontstaanswijze drie categorieën trusts kunnen worden onderscheiden. De eerste categorie, de *express trust*, kenmerkt zich door het feit dat de insteller het instellen van de trust

---

136 De oorzaak van de ontwikkeling van deze zelfstandige rechtsbron, die kortweg als Equity wordt aangeduid, is gelegen in het beperkte aantal rechtsvorderingen en rechtsmiddelen dat in de tweede helft van de dertiende eeuw door de Koninklijke gerechtelijke instanties in Engeland (de *Courts of Westminister*) werd erkend, wat tot gevolg had dat het gemene recht (Common Law) niet voor alle geschillen rechtsvorderingen en rechtsmiddelen beschikbaar had. De Lord Chancellor sprak daardoor recht in gevallen waarin men geen toegang tot de bestaande rechtspraak had en in gevallen waarin een onverkorte toepassing van de bestaande regels tot een onbillijk resultaat zou leiden. Deze beslissingen waren niet op de Common Law gebaseerd, maar 'upon his own individual sense of right and wrong by the merits of the particular case before him'. Aan het einde van de middeleeuwen had deze rechtspraak van het hof van de Lord Chancellor (de *Court of Chancery*) zich ontwikkeld tot een volwaardig systeem. Hoewel het sinds de Supreme Court of Judicature Acts 1873-1875 niet langer noodzakelijk is om naar verschillende gerechten te gaan en elke rechtsvordering en elk rechtmiddel in iedere divisie van de *High Court* kan worden gebruikt, blijft het onderscheid onder andere in het trustrecht van belang omdat de rechtsverhouding tussen de trustee en de begunstigde nog steeds wordt bepaald door de wisselwerking tussen Common Law en Equity. D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 18-19: hieraan is in deze voetnoot het nodige ontleend.

137 D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 19.

138 Ibid.

139 D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 1.

140 M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p.1.

141 Zij kunnen naast de wijze van ontstaan bijvoorbeeld worden onderscheiden naar het doel van de trust, naar de rechten van begunstigden of naar het karakter van het trustgoed.

beoogde. De tweede categorie kenmerkt zich door het feit dat deze juist niet door de expliciet geuite vrije wil van de insteller zijn ontstaan. Deze categorie omvat de *implied trust*, waarbij haar ontstaan wordt afgeleid uit gedragingen van partijen, de *resulting trust*, die van rechtswege ontstaat, en de *constructive trust*, die ontstaat door een gerechtelijke uitspraak. De derde categorie trusts ontstaat doordat dit uit de wet voortvloeit. Deze categorie wordt aangeduid als de zogeheten *statutory trust*.[142]

Aan de hand van bovenstaande indeling kan de vraag worden beantwoord hoe de rechtsfiguur van de trust zich verhoudt tot de dienst 'het zijn van trustee in de zin van het Haags Trustverdrag' (artikel 1 onderdeel d onder 4° Wtt). Het Haags Trustverdrag is als gezegd alleen van toepassing op 'trusts die door wilsuiting in het leven zijn geroepen' (artikel 3 Haags Trustverdrag). Er moet dus sprake zijn van vrijwillige creatie van de trust; het verdrag is gericht op bij rechtshandeling ingestelde trusts. De *express trust* kenmerkt zich als gezegd door het feit dat de insteller het instellen van de trust beoogde. Het verdrag is dan ook met name op deze categorie gericht.[143] De categorie van de *express trust* bestaat uit de *private express trust*, die ten gunste van één of meer specifieke personen wordt ingesteld, en de *charitable trust* of *public trust*, die een liefdadig doel op het oog heeft en voorziet in een sociaal voordeel voor de gemeenschap of voor een zeer grote openbare groep.[144] Het Haags Trustverdrag heeft met de term 'trust' (in artikel 2 Haags Trustverdrag) rechtsbetrekkingen op het oog die: 'bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods – in het leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of een bepaald doel.' Op grond van artikel 2 Haags Trustverdrag heeft de trust de volgende kenmerken:

a. de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
b. de rechtstitel met betrekking van de goederen van de trust staan ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee;
c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of er over te beschikken.

Het is tot slot volgens artikel 2 Haags Trustverdrag 'niet noodzakelijkerwijs onverenigbaar' met het bestaan van een trust dat de insteller zich bepaalde rechten en bevoegdheden heeft voorbehouden of dat de trustee bepaalde rechten als begunstigde heeft.

1.2.4.4 Het Nederlandse trustkantoor als trustee

In paragraaf 1.2.2.4.4 ('Het zijn van trustee') is de definitie van het zijn van trustee als dienst in de zin van de Wtt uit de doeken gedaan. Hierbij kwam reeds ter sprake dat bij trustverhoudingen drie partijen zijn betrokken; het trustkantoor als trustee die als (beheerder) van (trust)goederen optreedt, de settlor die de trust instelt en de beneficiary ten behoeve van wie de trustee de goederen beheert. In de Nederlandse literatuur is weinig geschreven over het optreden van Nederlandse trustkantoren als trustee. Onduidelijk blijft in hoeverre Nederlandse trustkantoren deze dienstverlening daadwerkelijk

---

142 M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p.14.

143 Ten aanzien van de als tweede genoemde categorie is op voorhand niet duidelijk of deze trusts onder het Haags trustverdrag vallen. Er kunnen zich gevallen voordoen waarin dit het geval is. Zie in dit verband M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, § 2.4.2.2 en § 2.4.2.5. De als derde genoemde categorie van de *statutory trust* valt niet onder het verdrag omdat deze uit de wet voortvloeit en derhalve geen sprake is van vrijwillige creatie. M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p. 14.

144 M.E. Koppenol-Laforce, *a.w.* 1997, p.14, zie ook: D.J. Hayton en Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, Londen: Sweet en Maxwell/Stevens 1991, p. 276 e.v.; P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Londen: Butterworths 1993, p. 65 en hoofdstuk 13; G.T. Bogert, *Trusts*, Minnesota: West Publishing 1987, § 54; en A.W. Scott en W.F. Fratcher, *The Law of Trusts*, Boston: Little, Brown and Company 1987, § 2.1 en § 348 e.v.

verrichten, dan wel aanbieden. Volgens Van Gorkum en De Carpentier is voor zover hun bekend 'het optreden als trustee geen dienst die door Nederlandse trustkantoren vanuit een vestiging in Nederland wordt verleend.' Zij stelden voorts dat er weliswaar in het kader van obligatieleningen trustees worden aangewezen, maar dat dit niet de in de Wtt bedoelde dienst betreft.[145] Niettemin kunnen met name Nederlandse trustkantoren die deel uitmaken van een internationaal netwerk (van trustkantoren), op hun (veelal Nederlandstalige) websites diensten aanbieden onder de noemer van de 'trust', zoals 'Trust Services', 'Corporate & Trust' en 'Trust & Fund'-services. Het daadwerkelijke optreden van het trustkantoor als trustee in een Anglo-Amerikaanse trustverhouding wordt hierbij uitgevoerd door een gelieerd buitenlands trustkantoor.

Een probleem bij deze dienstverlening is dat trustverhoudingen in Anglo-Amerikaanse rechtsstelsels door een geringe mate van transparantie worden gekenmerkt, zodat de persoon die de trustfiguur gebruikt volledig anoniem kan blijven. Er is immers geen openbaar (handels)register waarin buitenstaanders kunnen natrekken wie de instellers, trustees en begunstigden van de trust zijn. Dit zou de trust kwetsbaar maken voor criminele activiteiten, aangezien het voor opsporingsautoriteiten van cruciaal belang is om vast te stellen van wie het geld afkomstig is en voor wie het bestemd is. De gedachte is dat de trust hierdoor een aantrekkelijk instrument wordt voor criminele activiteiten, waarbij het cruciaal is om de herkomst en bestemming van geldstromen te verhullen, zoals het witwassen en terrorismefinanciering.[146] Vanuit deze gedachte heeft de wetgever ervoor gekozen deze dienst als trustdienst op te nemen, waarbij tegelijkertijd wordt vastgesteld dat deze rechtsfiguur in de praktijk van de dienstverlening van de Nederlandse trustsector weinig lijkt voor te komen:

> 'Tot slot kunnen Nederlandse trustkantoren ook een rol spelen in een Angelsaksische rechtsfiguur, de trust. Uit de genoemde[147] internationale stukken van de OESO en de FATF blijkt deze figuur vooral kwetsbaar voor witwassen en financiering van terroristische misdrijven, omdat degene die de trustfiguur gebruikt anoniem kan blijven. Om die reden is het zijn van trustee ook als kwalificerende dienst opgenomen, hoewel deze rechtsfiguur in de Nederlandse praktijk nog relatief weinig lijkt te worden gebruikt.'[148]

1.3 Maatschappelijke aandacht voor de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening

'You've got a building in the Cayman Islands

that supposedly houses 12,000 corporations.

That's either the biggest building or the biggest tax scam on record.'

(Barack Obama, 5 januari 2008)

1.3.1 Inleiding

Trustkantoren zijn de afgelopen decennia internationaal sterk in de belangstelling gekomen. Door internationale organisaties als de OESO[149] en de FATF[150] wordt de aandacht gevestigd op de risico's die zijn verbonden aan het verrichten van trustdiensten, die in de kern genomen inhouden dat de door

---

145 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 30.

146 D.W. Aertsen, *a.w.* 2004, p. 183.

147 De genoemde rapporten zijn: *Review of the FATF Forty Recommendation consultation paper*, 30 mei 2002, met name het onderdeel 'trust and company service providers', p. 92 e.v. en het OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, mei 2001, p. 77 e.v.

148 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

149 *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001.

150 Zie in dit verband: *Review of the FATF Forty Recommendation consultation paper*, FATF 30 mei 2002 en *The misuse of corporate vehicles including company service providers*, FATF 13 oktober 2006.

trustkantoren beheerde entiteiten al dan niet onbedoeld een schakel zouden kunnen vormen bij geldstromen met een illegale herkomst en/of bestemming.[151] Grote boekhoudschandalen, zoals die met betrekking tot Enron en Parmalat, hebben wereldwijd de aandacht gevestigd op de kwetsbaarheid van de trustsector. De kapitaalstromen van deze multinationals liepen hierbij ook via door Nederlandse trustkantoren beheerde doelvennootschappen, die overigens in Nederland waren gevestigd om gebruik te kunnen maken van het gunstige fiscale vestigingsklimaat.[152] De Nederlandse trustsector en haar dienstverlening zijn door beide affaires op een negatieve manier in de publiciteit gekomen. Aan de internationale ontwikkelingen die (onder andere) in Nederland tot de ondertoezichtstelling van de trustsector hebben geleid, wordt in deze dissertatie een apart hoofdstuk gewijd (namelijk hoofdstuk 4 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren'). Hierin wordt de internationale aandacht voor de risico's van trustdienstverlening besproken, die op internationaal niveau een aanzet hebben gegeven tot de regulering en ondertoezichtstelling ('regulation and supervision') van de trustkantoren. Daarnaast worden in hoofdstuk 4 de nieuwe verplichtingen op dit terrein behandeld, die sinds de inwerkingtreding van de Wtt zijn ontstaan.

9/11

De introductie van trusttoezicht in Nederland zou door de aanslagen van 9 september 2001 in New York en Washington in een stroomversnelling zijn geraakt.[153] In de kort na deze gebeurtenissen verschenen *Nota Integriteit Financiële sector en terrorisme bestrijding* wordt (naast de kwetsbaarheid van de sector voor witwassen en fiscale ontduiking) tevens de kwetsbaarheid van de sector voor terrorismefinanciering als reden genoemd om tot ondertoezichtstelling over te gaan.[154] Sinds de ondertoezichtstelling is deze (vermeende) kwetsbaarheid voor terrorismefinanciering als argument voor regulering en toezicht betreffende trustkantoren echter buiten beeld geraakt.[155] Tot op heden is er weinig informatie bekend waarbij trustkantoren bij deze activiteiten betrokken zouden zijn.[156]

Mediagenieke strafzaken

Er zijn weinig strafzaken bekend waarbij Nederlandse trustkantoren betrokken zijn. Eventuele buitenlandse strafrechtelijke onderzoeken naar de cliënten van trustkantoren blijven in de meeste gevallen buiten het beeld van de Nederlandse rechter. Een trustkantoor dat zich geconfronteerd ziet met de strafrechtelijke vervolging van een cliënt zal doorgaans waar nodig medewerking verlenen om reputatieschade te voorkomen. Niettemin zijn er enkele strafzaken geweest, waarin ook bij de rol van Nederlandse trustkantoren (in mindere of meerdere mate) vraagtekens zijn gezet. Slechts in één van deze 'mediagenieke strafzaken' is een Nederlands trustkantoor zelf ook verdachte geweest en zijn enkele medewerkers (waaronder de directeur van het trustkantoor) strafrechtelijk vervolgd. De vervolging is evenwel niet doorgezet en is het trustkantoor derhalve niet langer verdachte.

Aan de behandeling van het misbruik van trustkantoren wordt in deze dissertatie een apart hoofdstuk gewijd (hoofdstuk 3 'Misbruik van trustkantoren'), waarin een aparte paragraaf is besteed aan de bespreking van strafzaken waarbij ook Nederlandse trustkantoren betrokken zijn geraakt (paragraaf 3.3 'Misbruik van Nederlandse trustkantoren'). In onderhavige subparagraaf worden deze 'high profile

---

151 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 22.

152 Zie in dit verband onder andere: 'Enron meed fiscus via Nederland', *NRC Handelsblad* 7 februari 2002; 'Nederland spil in Enron-web', *Het Parool* 7 februari 2002; 'Parmalat Juristen advocatenkantoor uit besturen', *Algemeen Nederlands Persbureau ANP* 6 februari 2004 en 'Van Enron-schandaal kunnen de advocaten nog jaren eten', *de Volkskrant* 6 mei 2006.

153 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 24.

154 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 8.

155 Zie in dit verband bijvoorbeeld: 'Trustkantoren zijn graag saai', *Forum* 15 juni 2006, waarin overigens wordt opgemerkt dat men 'via toezicht op trustkantoren greep (dacht) te krijgen op de financiële geldstromen van het terrorisme, daarbij overigens even vergetend dat het op grond van de Koran niet erg logisch is dat echte orthodoxe fundamentalisten zich van dit soort kanalen zouden bedienen.'

156 Zie bijvoorbeeld: *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*, FATF oktober 2010, p. 4. Zie over dit rapport nader in hoofdstuk 3, met name subparagraaf 3.2.3.

strafzaken' slechts kort aangestipt, vanwege hun invloed op de maatschappelijke beeldvorming omtrent trustkantoren die in navolgende subparagrafen centraal staat.

De boekhoudschandalen bij Enron en Parmalat
Voorop staat dat de strafzaken naar aanleiding van de boekhoudschandalen bij Enron en Parmalat niet hebben geleid tot de strafrechtelijke vervolging van de betrokken Nederlandse trustkantoren. Ook is DNB niet overgegaan tot het intrekken van de aan betrokken (Nederlandse) trustkantoren verstrekte vergunningen. Hoewel het om twee verschillende fraudezaken gaat, worden beide zaken (tot op heden) geregeld in één adem genoemd als het gaat om de kwetsbaarheid van de trustsector voor misbruik, alsmede als het gaat om het negatieve imago dat met deze kwetsbaarheid samenhangt.[157] Beide zaken hebben in de kern genomen overeenkomstig dat de aandeelhouders van beide bedrijven op een dwaalspoor zouden zijn gebracht met special purpose vehicles die op een Caribisch eiland waren gevestigd[158] en voorts dat bij de geconstateerde fraude gebruik is gemaakt van bij Nederlandse trustkantoren gevestigde entiteiten.[159] Beide fraudezaken alsmede de betrokkenheid van de Nederlandse trustkantoren worden vanwege hun omvang in hoofdstuk 3 uitgediept.[160]

De strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V.
De derde strafzaak betreft de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V. van de Zwitserse miljardenonderneming Trafigura, die internationaal in de belangstelling is komen te staan in verband met het gifschandaal dat bekendheid verwierf als de zogenaamde 'Probo Koala-affaire'. Het schip 'Probo Koala' vervoerde giftige olierestanten die op illegale wijze in woonwijken van Ivoorkust terecht zijn gekomen, waarbij doden en gewonden zijn te betreuren. Het schip was gecharterd door het Londense kantoor van Trafigura Beheer B.V., dat destijds (om fiscale redenen) bij het Nederlandse trustkantoor 'Polyvesta Trust Management' was gevestigd. Deze affaire zou hierdoor volgens berichtgeving in de media een 'Nederlandse link' hebben.[161] Hoewel geen sprake is geweest van strafrechtelijke vervolging van het trustkantoor (dan wel van haar medewerkers) en de affaire bovendien geen reden voor DNB is geweest om de vergunning van het trustkantoor in te trekken, is het trustkantoor vanwege haar dienstverlening aan Trafigura Beheer B.V. negatief in de publiciteit gekomen.[162]

De strafrechtelijke vervolging van First Alliance Trust N.V.
Bij de vierde strafzaak is het Amsterdamse trustkantoor 'First Alliance Trust' zelf ook verdachte van witwassen en betrokkenheid bij een fraude. Dit onderzoek startte naar aanleiding van een strafrechtelijk onderzoek in Turkije, naar een miljoenenfraude rond een Turks zakenimperium in verband met verduistering, fraude en witwassen. In Turkije is een strafrechtelijk onderzoek gestart naar de Turkse topman Mustafa Süzer die op dat moment een grote Turkse bank (de Kent Bank) bezit, waarbij ook de zogenaamde Süzer-groep (35 personen, waaronder Süzer) strafrechtelijk wordt vervolgd. Bij de Kent Bank zijn enkele tientallen miljoenen euro's verdwenen, waarna de tekorten volgens de Turkse persbureaus (waaronder persbureau 'Anatolia') oplopen tot ruim een half miljard euro. Door een rechtshulpverzoek van de Turkse Justitie wordt in Nederland een strafrechtelijk onderzoek gestart. Volgens het Landelijk Parket zou trustkantoor First Alliance Trust vermoedelijk betrokken zou zijn geweest bij de verkoop van twee Turkse bedrijven voor een 'aanmerkelijk te lage prijs' aan Nederlandse vennootschappen, die door het trustkantoor werden beheerd. De internationale

---

157 Zie bijvoorbeeld: 'Trustsector vindt zichzelf oerdegelijk en transparant; Dubbele belastingen voorkomen, *Het Financieele Dagblad* 21 oktober 2011. In subparagraaf 3.3.2.1 'Ten geleide: Enron en Parmalat' is uit dit artikel een in dit verband relevant citaat opgenomen.

158 B. Bakker, 'Hoe eng zijn de Kaaiman eilanden', *de Accountant* 2007, vol. 113, p. 14.

159 'Trustsector betaalt een miljard euro belasting en neemt voor 500 miljoen euro diensten af', *Het Parool* 15 maart 2007.

160 Zie nader over de Enron-zaak: subparagraaf 3.3.2 'De Enron-fraude en een Nederlands trustkantoor', en over de Parmalat-zaak: subparagraaf 3.3.3 'De Parmalat-fraude en twee Nederlandse trustkantoren'.

161 Zie in dit verband onder andere: 'Crisis Ivoorkust door gif met Nederlandse link', *NRC Handelsblad* 7 september 2006. Zie ook: 'PvdA wil opnieuw onderzoek Trafigura', *de Volkskrant* 18 september 2009.

162 Zie nader over deze strafzaak subparagraaf 3.3.4 'De strafrechtelijke vervolging van het bij een Nederlands trustkantoor gevestigde Trafigura Beheer B.V.'

fiscale structuur van de Süzer-groep en het trustkantoor zouden hierbij volgens justitie zijn gebruikt 'om de herkomst van bepaalde gelden te verhullen'.[163] Vier personen (waaronder twee medewerkers van het trustkantoor)[164] zijn in verband met deze zaak strafrechtelijk vervolgd. De zaak is evenwel niet doorgezet en First Alliance Trust wordt (sinds mei 2008) niet langer als verdachte aangemerkt.[165]

De strafrechtelijke vervolging van Jan Dirk Paarlberg
De vijfde strafzaak waarin de rol van trustkantoren ter discussie is komen te staan is de strafzaak tegen vastgoedhandelaar Jan Dirk Paarlberg. Hij is door de rechtbank Haarlem (onder meer)[166] veroordeeld voor het witwassen van ruim € 17 miljoen, afkomstig van de afpersing van vastgoedhandelaar Willem Endstra (feit 1) en het witwassen van aandelen in een vennootschap (feit 4).[167] Ten aanzien van deze feiten zijn door het OM kritische kanttekeningen gezet bij het optreden van de trustkantoren FTC Trust (Wassenaar) en de te Curaçao gevestigde trustkantoren Amicorp en CMF (feit 1), respectievelijk bij het optreden van FTC Trust (feit 4). Met betrekking tot feit 1 zouden deze trustkantoren volgens het OM zelfs betrokken zijn geweest bij het wegsluizen van het afpersingsgeld van Endstra naar Paarlberg, waardoor zij een rol zouden hebben gespeeld bij het 'versluieren van de chantagebuit'.[168] Geen van de drie trustkantoren is strafrechtelijk vervolgd, ook is DNB niet overgegaan tot intrekking van de vergunningen van het in Nederland gevestigde FTC Trust.[169] Door de felle kritiek van het OM op het handelen van de trustkantoren werpt de zaak Paarlberg echter opnieuw een kritisch licht op de dienstverlening van trustkantoren.[170] Volgens het OM is in deze zaak 'de verwevenheid van de onderwereld en de bovenwereld meer dan ooit zichtbaar geworden.'[171, 172]

Argusogen
Naast bovengenoemde strafzaken staat de dienstverlening van Nederlandse trustkantoren internationaal nog altijd ter discussie als het gaat om 'fiscaal voordelige belastingroutes'. Zij verlenen hierbij hulp en bijstand bij het optimaal gebruik maken van de ontwijkingsmogelijkheden van op hun opdrachtgevers toepasselijke fiscale wetgeving door middel van zogenaamde 'belastingparadijzen'. Zo is tijdens de G20-top, gehouden te Londen op 2 april 2009, onder meer overeengekomen dat de deelnemende landen maatregelen zullen ondernemen tegen 'tax havens'.[173] President Barack Obama noemde bij zijn voornemen om 'belastingontwijking' door Amerikaanse multinationals aan te pakken tevens enkele populaire Nederlandse belastingconstructies[174], waarbij Nederlandse trustkantoren (onder andere) als bestuurder van financiële houdstermaatschappijen optreden.[175] Er is op dit punt

---

163 'Trustkantoor verdacht van witwassen', *Algemeen dagblad* 7 februari 2007.
164 'FAT bevestigt arrestatie directeur', *de Volkskrant* 8 februari 2007.
165 Zie nader over deze strafzaak subparagraaf 3.3.5 'De strafrechtelijke vervolging van een Nederlands trustkantoor'.
166 Zie voor een volledig overzicht hieronder in hoofdstuk 3, subparagraaf 3.3.6.2 'De zaak Paarlberg'.
167 Rb. Haarlem 8 juni 2010, *LJN* BM7059.
168 'OM gispt 'ongelooflijk geknoei' trustkantoren', *Het Financieele Dagblad* woensdag 12 mei 2010.
169 Alleen FTC Trust is in Nederland (Wassenaar) gevestigd, bij trustkantoor Amicorp ging het in deze zaak om de Curaçaose vestiging. Ook CMF is op Curaçao gevestigd.
170 Zie in dit verband onder andere: 'Onderwereldbank, *Het Financieele Dagblad* 9 juni 2010; 'Paarlberg gebruikte bedrijven voor delicten', *Het Financieele Dagblad* 9 juni 2010; 'Laatste dag strandt in een welles-nietesbrij', *Het Financieele Dagblad* 21 mei 2010; 'OM gispt 'ongelofelijk geknoei' trustkantoren', *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010; 'OM eist vier jaar cel Paarlberg', *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010; 'Superslordige fout, maar buiten mij om', *Het Financieele Dagblad* 7 april 2010; en 'Kasteelheer voor de rechter; Profiel/De Zaak-Paarlberg', *Vrij Nederland* 27 maart 2010.
171 'OM eist vier jaar cel Paarlberg', *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010.
172 Zie nader over deze strafzaak subparagraaf 3.3.6 'De zaak Paarlberg en een Nederlands trustkantoor'.
173 *The Global plan for Recovery and Reform*, Londen: The G20 2 april 2009. Zie ook: *Declaration on Strengthening the Financial System*, Londen: The G20 2 april 2009.
174 'Fiscale aanpak Obama maakt Nederland minder attractief', *Het Financieele Dagblad* 23 mei 2009.
175 Het gaat hierbij om financiële houdstermaatschappijen die de Amerikaanse bedrijven in Nederland laten oprichten voor het terugsluizen van buitenlandse winsten naar de VS of het herinvesteren van die winsten in het buitenland. Hierbij profiteren de bedrijven van de vele belastingverdragen die Nederland heeft afgesloten om dubbele belasting te vermijden.

echter ook een tegengeluid hoorbaar. In het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* benadrukt het ministerie van Financiën juist de 'substantiële bijdrage' van de trustsector aan de Nederlandse economie en wordt bovengenoemd probleem van belastingontwijking met name gepresenteerd als een bezwaar dat *andere landen* zouden kunnen hebben tegen het succes van de Nederlandse trustsector:

> 'Naast de voordelen klever er tevens enkele nadelen aan de relatief grote trustsector. Andere landen kijken soms met argusogen naar de Nederlandse trustsector, zeker waar Nederland belastinginkomsten geniet die mogelijk ten koste gaan van de belastinginkomsten van een ander land.'[176]

Opbouw paragraaf 1.3
In navolgende subparagrafen wordt (in aanvulling op de hierboven aangestipte strafzaken) de maatschappelijke aandacht voor de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening beschreven aan de hand van onderzoeksrapporten waarin (al dan niet zijdelings) hieraan aandacht is besteed. In de jaren na de ondertoezichtstelling zijn enkele onderzoeksrapporten verschenen, waarin felle kritiek wordt geuit over de sector en haar dienstverlening. Deze rapporten worden in de navolgende paragrafen inhoudelijk besproken, zie nader paragraaf 1.3.1 'Tax Justice Network', paragraaf 1.3.2 'Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen', paragraaf 1.3.3 'Het Unger-rapport' en paragraaf 1.3.4 'Het Financieel Expertise Centrum'. Opvallend is dat deze rapporten gemeenschappelijk hebben dat zij het optreden van trustkantoren (al dan niet zijdelings) bespreken in relatie tot een bepaalde maatschappelijke problematiek die in dat betreffende rapport centraal staat, te weten belastingontduiking en witwassen. Hierbij wordt de dienstverlening bovendien ook kritisch beschreven als het gaat om de juridisch geoorloofde activiteit van belastingontwijking.[177] De rapporten weerspiegelen het negatieve imago, waarmee de sector op dat moment heeft te kampen. De Nederlandse trustsector wordt hierbij geassocieerd met schimmigheid, vage constructies en belastingontduiking.

1.3.2 Tax Justice Network

Het eerste rapport dat voor de dienstverlening van trustkantoren van belang kan worden geacht is het rapport *Tax Us If You Can* (2005)[178] van Tax Justice Network (TJN). Deze onafhankelijke organisatie[179] legt zich toe op onderzoek -, analyse - en consultancywerkzaamheden op het gebied van belastingen en regelgeving en zet zich in om het belang van belastingen en de schadelijke gevolgen van fiscale fraude, belastingontduiking, fiscale concurrentie en belastingparadijzen te beschrijven, analyseren en verklaren.[180]

---

176 *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 6.

177 Met het 'ontwijken van belastingen' wordt bedoeld: het optimaal gebruik maken van ontwijkingsmogelijkheden van de toepasselijke fiscale regelgeving wat, anders dan belastingontduiking, juridisch gezien een geoorloofde activiteit is.

178 R. Murphy, J. Christensen en K. Kimmis, *Tax Us If You Can*, Londen: Tax Justice Network 2005. Nederlandse vertaling*: Pak Ons Dan Als Je Kan*, TJN 2006. Zie in verband met het gebruik van tax havens ook: *Where on earth are you? Major corporations and tax havens*, Londen: Tax Justice Network maart 2009.

179 TJN is niet aan enige politieke partij geboden.

180 Tax Justice Network (TJN) is in maart 2003 gelanceerd door de Britse Houses of Parliament. Begin 2007 is Tax Justice NL van start gegaan. Tax Justice NL zet zich in voor een eerlijk en rechtvaardig internationaal belastingsysteem dat bijdraagt aan internationale ontwikkeling. De missie is de Nederlandse overheid aan te zetten een meer coherent beleid te voeren, waarmee de organisatie bedoelt dat het Nederlandse belastingbeleid niet langer los wordt gezien van de doelstellingen van het Nederlandse ontwikkelingsbeleid. Tax Justice NL is een netwerk van acht Nederlandse maatschappelijke organisaties, te noemen: Oxfam Novib, Oikos, SOMO (zie paragraaf 1.3.3 'Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen'), Attac, Both Ends, Evert Vermeer Stichting, Transnational Institute, Fairfood en Niza.

In het rapport neemt TJN stelling tegen de (juridisch geoorloofde) activiteit van belastingontwijking ('tax avoidance'), die zij benadert vanuit het perspectief van 'belastingonrechtvaardigheid'[181], waartegen de organisatie ernstige bezwaren koestert. Belastingparadijzen[182] zijn volgens TJN een fundamentele oorzaak van belastingonrechtvaardigheid:[183]

> 'In het geheimzinnige en parallelle universum van de belastingparadijzen kunnen structuren worden opgezet om functies uit te voeren in de werkelijke wereld, maar zonder enige verplichting tot een doorzichtige, wettelijke aanwezigheid, die hun bestaan of de aard van hun activiteiten bevestigt. Dit schept de gelegenheid voor allerlei onwettige activiteiten: de mogelijkheid om belastingontduiking praktisch onnaspeurbaar te organiseren; het vergemakkelijken van kapitaalvlucht; het toedekken van andere vormen van misdaad, zoals witwassen van geld, drughandel, mensenhandel, enz.'

Volgens het rapport zijn trusts het belangrijkste vehikel voor belastingonrechtvaardigheid, waartoe in het rapport de volgende gronden worden aangevoerd:

- Ze worden gebruikt om vermogen te verbergen voor de belastingen.
- Discretionaire trusts, verborgen achter gevolmachtigde trustees, creëren een ruimte voor geheimhouding die moeilijk te reglementeren valt.
- In landen met een Angelsaksische rechtstraditie zijn trusts equivalent aan geheime bankrekeningen. En als men aan landen vraagt om hun bankgeheim op te heffen, wijzen die er terecht op dat dit ook voor dergelijke trusts zou moeten gebeuren.
- Ongelooflijk genoeg bezitten "liefdadigheidstrusts" vele offshore 'special purpose vehicles', die gebruikt worden door talloze bedrijven als een onderdeel van hun internationale belastingplanning. Dit is misbruik maken van het concept van liefdadigheid.[184]

Aangezien het rapport met name op de rechtsfiguur van de Anglo-Amerikaanse trust is gericht, is het rapport slechts van toepassing op de dienstverlening van de Nederlandse trustsector voor zover zij de dienstverlening van het optreden als trustee verricht (zie nader paragraaf 1.2.2.4.4 'Het zijn van trustee' en paragraaf 1.2.4 'Een 'klassiek misverstand': het begrip 'trustkantoor' en de Anglo-

---

181 Zie voor de invulling van dit begrip door TJN: R. Murphy, J. Christensen en J. Kimmis, *Tax Us If You Can – The true story of a global failure*, TJN 2005, hoofdstuk 2 p. 22 e.v. Zie ook: Nederlandse vertaling*: Pak Ons Dan Als Je Kan*, TJN 2006, hoofdstuk 2, p 19 e.v. In dit hoofdstuk worden de oorzaken van belastingonrechtvaardigheid behandeld en afgezet tegen het begrip 'belastingrechtvaardigheid' dat in hoofdstuk 1 van het rapport wordt behandeld

182 Er zijn meerdere definities van het begrip 'belastingparadijs' te geven. TJN vertaalt 'tax haven' als 'belastingparadijs' en verstaat hieronder: een land of grondgebied met wetten die gebruikt kunnen worden om de in een ander land verschuldigde belastingen te ontwijken of te ontduiken. De Economische Organisatie voor Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) heeft in 1998 criteria opgesteld ter identificatie van belastingparadijzen ('tax havens'). Volgens deze criteria zijn dit rechtsgebieden waar: a. niet-inwoners activiteiten ondernemen en weinig of geen belasting betalen ('no or only nominal taxes'); b. er geen doeltreffende uitwisseling van belastinginformatie bestaat met andere landen ('lack of effective exchange of information'); c. een gebrek aan transparantie wettelijk gegarandeerd wordt aan de organisaties die daar gevestigd zijn ('lack of transparency'); d. er niet geëist wordt dat lokale vennootschappen die eigendom zijn van niet-inwoners één of andere substantiële binnenlandse (lokale) activiteit uitoefenen ('no substantial activities'). Aan die lokale vennootschappen is het soms zelfs verboden om zaken te doen in het rechtsgebied van het belastingparadijs waar ze gevestigd zijn. Niet alle, maar wel de meeste van deze criteria zijn noodzakelijk om een land als belastingparadijs te beschouwen (vertaling, TJN 2006). Zie voor deze criteria: *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, OESO 1998 p. 22-34.

183 R. Murphy, J. Christensen en J. Kimmis, *a.w.* 2006, TJN (Nederlandse vertaling), p. 22.

184 Idem, p. 42.

Amerikaanse rechtsfiguur van de trust', waarin de definiëring van deze dienst in de Wtt, respectievelijk het optreden van trustkantoren als trustee in trustverhoudingen wordt behandeld).

Er blijkt echter verschil van mening te bestaan over het antwoord op de vraag in hoeverre deze dienst daadwerkelijk in Nederland wordt verleend. Anders dan het ministerie van Financiën is TJN van mening dat dit inderdaad het geval is. Deze vraag speelde recent bij de (in oktober 2009) door TJN gepubliceerde 'Financiële Geheimhoudings Index' ('Financial Secrecy Index'). Ten aanzien van zestig landen heeft TJN de mate van geheimhouding binnen de financiële sector en (het mijden van) samenwerking met andere jurisdicties in kaart gebracht.[185] Hierbij is onder andere onderzocht of deze landen een bankgeheim kennen, hoe transparant hun financiële wetgeving is en hoeveel belastingverdragen er zijn gesloten. Vervolgens zijn deze aspecten gerelateerd aan de hoeveelheid geld die door het betreffende land stroomt, op basis waarvan een score is berekend die de plaats van het betreffende land op de lijst heeft bepaald. Nederland zou volgens het onderzoek de vijftiende plaats innemen. Eén van de genoemde gronden was dat Nederland geen informatie over trusts zou vrijgeven: '(the Netherlands) does not put details of trusts on public record.'[186] Daarnaast verwijt TJN Nederland dat Nederland geen structurele informatie bijhoudt over het eigendom van bedrijven en dat zij onvoldoende toegang zou geven tot informatie van banken.

Het Ministerie van Financiën heeft kritiek op het onderzoek. Ten aanzien van het genoemde verwijt dat Nederland geen informatie over trusts zou vrijgeven blijkt het Ministerie met TJN van mening te verschillen over het antwoord op de vraag of de trust in Nederland voorkomt. De partij die bij deze rechtsfiguur als trustee optreedt, wordt – indien deze dienst 'beroeps- of bedrijfsmatig' en 'in opdracht van' een derde wordt verricht – op grond van artikel 1 onderdeel a jo onderdeel d sub 4°Wtt aangemerkt als trustkantoor. De woordvoerder van (de toenmalige staatssecretaris) De Jager voerde terzake echter aan:

> 'Wij hebben hier helemaal geen trust, hoe kunnen we er dan informatie over hebben?'[187]

1.3.3 Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen

In samenhang met bovengenoemd TJN-rapport kan worden gewezen op de rapporten en de briefing papers van de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO). Deze non-profit organisatie doet wereldwijd onderzoek naar multinationale ondernemingen en de gevolgen van hun activiteiten voor mens en milieu.[188] Zij maakt bovendien deel uit van de Nederlandse tak van TJN: 'Tax Justice Nederland', die sinds begin 2007 van start is gegaan.

Anders dan TJN noemt de SOMO de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening nadrukkelijk in haar rapporten en briefingpapers. Van belang zijn het rapport *The Netherlands: A Tax Haven?* (2006)[189] en de hierop volgende briefing papers, getiteld *The Global Problem of Tax Havens: The*

---

185 Zie *www.financialsecrecyindex.com* 'The Financial Secrecy Index (FSI) creates a ranking which identifies the jurisdictions that are most aggressive in providing secrecy in international finance, and which most actively shun co-operation with other jurisdictions. It attaches a weighting to each jurisdiction, according to the scale of cross-border financial services activity that it hosts.'

186 *Jurisdiction Report – The Netherlands*, TJN oktober 2009.

187 Zie ook: 'Nederland stimuleert financiële schimmigheid', *de Volkskrant* 3 november 2009.

188 De Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO) is een non profit onderzoeks- en adviesbureau dat sinds 1973 wereldwijd onderzoek doet naar de gevolgen van bedrijfsbeleid van Multinationale Ondernemingen (MNO's) en naar de gevolgen van de internationalisering van het bedrijfsleven. SOMO richt zich op onderzoeken en activiteiten gerelateerd aan het beleid en het gedrag van multinationale ondernemingen in hun internationale context.

189 M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *The Netherlands: A Tax Haven?* Amsterdam: SOMO november 2006.

Case of the Netherlands (2007, een update hiervan verscheen in 2008)[190] en het rapport *Tax Haven and Development Partner* (2007).[191] In deze rapporten en briefing papers beschrijft de SOMO de dienstverlening van trustkantoren in relatie tot het fiscale vestigingsklimaat in Nederland, op grond waarvan de SOMO meent dat Nederland zou kunnen worden aangemerkt als een 'belastingparadijs'.

Het eerstgenoemde rapport *The Netherlands: A Tax Haven?* behandelt de belasting opbrengst die Nederland geniet bij het aantrekken van internationale kapitaalstromen en de rol die Nederlandse trustkantoren en hun dienstverlening hierbij vervullen. Volgens de SOMO wegen de voordelen voor Nederland bij het aantrekken van het kapitaal niet op tegen de negatieve gevolgen voor andere landen. Het Nederlandse fiscale beleid zou zelfs in strijd zijn met haar beleid inzake officiële ontwikkelingshulp (Official Development Assistance, ODA) en de bijbehorende bijdrage aan de financiering van het bereiken van de Millennium Development Goals (MDGs).[192] In het rapport wordt betoogd dat Nederland zou zijn aan te merken als een 'tax haven', vanwege het feit dat internationale ondernemingen zich enkel in Nederland vestigen ter verlaging van de internationale belastingdruk:

> 'All the empirical evidence indicates that the Netherlands is a tax haven.[193] This is because it deliberately offers companies who would not otherwise seek to be resident within its territory the means to reduce their tax charges on interest, royalties, dividends and capital gains income from subsidiary companies.'[194]

Volgens de SOMO wil dit echter nog niet zeggen dat Nederland ook op basis van de zogenaamde OESO-criteria[195] een belastingparadijs zou zijn. De SOMO doelt bij haar stelling slechts op de aantrekkingskracht van het Nederlandse vestigingsklimaat. Een belastingparadijs is volgens de SOMO 'any country or territory whose laws may be used to avoid or evade taxes which may be due in another country under that other country's laws.'[196]

De aantrekkingskracht van Nederland is volgens de SOMO in de eerste plaats gelegen in de deelnemingsvrijstelling ('participation exemption'), waarbij dividenden en vermogenswinsten op aandelen onder bepaalde voorwaarden vrij van (Nederlandse) vennootschapsbelasting kunnen worden ontvangen en gerealiseerd. In de tweede plaats heeft Nederland volgens de SOMO een 'unusually large' verdragennetwerk. In deze verdragen wordt de bevoegdheid tot het heffen van belasting toegewezen en worden bronheffingen verlaagd, waardoor de belasting op dividend, rente en royalty

---

190 SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO januari 2007. De update van deze briefing paper verscheen in mei 2008.

191 F. Weyzig en M. van Dijk, *Tax Haven and Development Partner, Incoherence in Dutch government policies?*, Amsterdam: SOMO juni 2007.

192 Zie voor de bespreking door de SOMO van de incoherentie van het fiscale beleid met het beleid inzake ontwikkelingshulp: M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *a.w.* 2006, p. 4, 8, 10, 31, 62 en 64. Met name het tweede SOMO-rapport is hieraan gewijd, zie: F. Weyzig en M. van Dijk, *a.w.* 2007. Zie ook: SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO, januari 2007, p 1 en 3, evenals: SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO mei 2008, p. 1.

193 Dit standpunt wordt door de SOMO overigens nog wel genuanceerd in haar briefing paper van januari 2007, waarin zij opmerkt dat: 'There is no such thing as a standard tax haven. One can make the distinction between 'pure' tax havens and countries which exhibit harmful preferential tax regimes. 'Pure' tax havens correspond with the standard image of the offshore tropical island hosting numerous 'brass plate' companies. Assisting tax avoidance or evasion is usually their main source of income. Examples are the Bahamas, Cayman Islands, and Bermuda. The second group consists of countries with a diversified economy and a normal tax system but with certain, often deliberately designed, exceptions for particular activities or types of corporate activities, which can be used by multinationals to substantially lower their overall tax burden. The Netherlands is clearly a tax haven of this second type.' SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO januari 2007, p. 1.

194 M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *a.w.* 2006, p. 3.

195 *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, OESO 1998 p. 23.

196 M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *a.w.* 2006, p. 67.

betalingen tussen Nederland en de verdragsstaten aanzienlijk kunnen worden gereduceerd. In de derde plaats wordt op het Nederlandse rulingbeleid gewezen. Op basis daarvan verkrijgen multinationals vooraf zekerheid over de wijze waarop hun doelvennootschappen (naar Nederlands fiscaalrecht) zullen worden belast. Tot slot wordt de (inmiddels afgebouwde) bijzondere regeling voor financieringsmaatschappijen[197] genoemd, in combinatie met algemene factoren als juridische zekerheid en de politieke en economische stabiliteit. Hoewel deze bijzondere regeling inmiddels is afgeschaft, blijft Nederland nog steeds bijzonder aantrekkelijk voor financieringsmaatschappijen.[198]

De rol van de Nederlandse trustkantoren moet volgens SOMO worden gezien in het kader van het hier besproken vestigingsklimaat. In Nederland bevinden zich 20.000 zogenaamde 'mailbox companies' ('brievenbusmaatschappijen')[199], die volgens de SOMO geen 'substantial commercial presence' hebben. Ongeveer de helft daarvan zijn zogenaamde 'bijzondere financiële instellingen' (bfi's) – in het Engels vertaald als 'Special Financial Institutions' (SFI's)[200] – waarbij trustkantoren het beheer voeren. Hierbij bestaat volgens de SOMO een verband tussen de in Nederland opgezette structuren (waarbij trustkantoren als beheerder van de bijzondere financiële instelling optreden) en het gebruik van ('echte') belastingparadijzen:

> 'The SFIs mainly function as conduits for dividend, royalty and interest payments. It has been found that out of the 42,072 financial holding companies registered in the Netherlands for which information on the (ultimate) parent was available, 5,830 are managed by trust companies. Of these mailbox companies, 43% have a parent in a tax haven jurisdiction such as the Netherlands Antilles, Switzerland, Cyprus, the British Virgin Islands or the Cayman Islands. Hence there is a clear link to tax havens for conduit structures.'[201]

---

197 Nederland kende een bijzondere regeling voor financieringsmaatschappijen (bedrijven die de functie van bankier hebben binnen een multinational) die schadelijk is bevonden door de Europese Unie en daarom is afgeschaft met een overgangsregeling tot 2011. Zie in dit verband: http://somo.nl/news-nl/nederland-belastingparadijs-voor-multinationals. Op 1 januari 2007 is echter de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van belastingwetten ter realisering van de doelstelling uit de nota "Werken aan winst" (Wet werken aan winst) in werking getreden. *Stb.* 2006, 631. Het doel van deze wet is het vestigingsklimaat te versterken door middel van aanpassingen in de fiscaliteit, waardoor Nederland een positie in de top van het vestigingsklimaat kan innemen. In de wet wordt voorgesteld om het Vpb-tarief te verlagen, alsmede het MKB-tarief in de vennootschapsbelasting, het invoeren van een tweede MKB-tarief, het invoeren van een MKB-winstvrijstelling in de inkomstenbelasting en het invoeren van een rentebox en octrooibox. Tevens wordt de dividendbelasting verlaagd. Hierdoor zijn ten aanzien van financieringsmaatschappijen weer andere gunstige constructies mogelijk, waardoor het hier door de SOMO genoemde argument van aantrekkelijkheid van het vestigingsklimaat voor financieringsmaatschappijen overeind blijft.

198 SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO januari 2007, p. 2-3. SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO mei 2008, p. 2.

199 Volgens de SOMO moet hieronder worden verstaan: 'companies which have no substantial commercial presence – according to information of the Chambers of Commerce they mostly employ either zero or one person – and merely perform an administrative function with the overall aim to reduce the tax burden of the multinational that owns it.' Zie: F. Weyzig en M. van Dijk, *Tax Haven and Development Partner, Incoherence in Dutch government policies?*, Amsterdam: SOMO, juni 2007, p. 8.

200 Bijzondere financiële instellingen (BFIs) zijn in Nederland gevestigde ondernemingen of instellingen waarin niet-ingezetenen deelnemen en zich in belangrijke mate bezighouden met het aantrekken van financiële middelen uit het buitenland en het doorsluizen daarvan naar het buitenland. De door deze instellingen in het buitenland aangetrokken financiële middelen worden vrijwel volledig binnen concernverband in het buitenland uitgezet. Deze bfi's zijn in Nederland gevestigd deels om fiscale voordelen te behalen; hetzij in Nederland of in het land waar de moedermaatschappijen zijn gevestigd. Zie: 'Recente ontwikkelingen bij Bijzondere Financiële Instellingen', in: *Statistisch Bulletin juni 2003*, DNB, 2003, p. 21.

201 M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *a.w.* 2006, p. 3.

Trustkantoren zijn volgens de SOMO belangrijke spelers bij het ontwijken van belastingen, aangezien zij een groot gedeelte van de bfi's in Nederland vertegenwoordigen. De dienstverlening van trustkantoren wordt als volgt beschreven:

> 'Trust offices provide various services to their clients. According to a tax expert, the primary function of trust offices is to provide 'substance'. Trust offices incorporate legal entities on behalf of clients, mostly multinationals, and provide them with an address, management and administration. These are essential under substance over form requirements which require that a company has a real presence in the country, and in turn are essential in order to benefit from local tax advantages. Consequently, most mailbox companies are located at the same address as the trust office. (…)
> In addition, the trust office may provide administrative and support services such as the organisation of shareholder meetings, and give advice on legal and fiscal matters, although the latter is mostly undertaken by specialised consultancy firms. As mailbox companies only serve a purely administrative function (i.e. to avoid tax) multinationals can save a lot by using the services and expertise of trust offices to establish such a company vis-à-vis doing it themselves.'

In bovenstaand citaat wordt de rol van trustkantoren beschreven als primair te zijn gericht op het verschaffen van 'substance' aan de door het trustkantoor beheerde entiteit. Dit aspect wordt eveneens behandeld in het als tweede genoemde rapport, met als titel *Tax Haven and Development Partner* (2007). In laatstgenoemd rapport staat de door de SOMO geconstateerde incoherentie tussen het Nederlandse fiscale beleid en haar beleid inzake officiële ontwikkelingshulp centraal. Trustkantoren zorgen ervoor dat wordt voldaan aan de essentiële vereisten om van een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde entiteit te kunnen spreken, zodat van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat gebruik gemaakt kan worden:

> 'Trust offices incorporate legal entities on behalf of their clients, mostly multinationals, and provide them with an address, management and administration. These are essential requirements to give the company 'substance', in other words a real presence, in the Netherlands, essential to exploit certain features of the Dutch tax regime. Consequently, most mailbox companies are located on the same address as the trust office.'[202]

Hieronder wordt in paragraaf 2.4.5 nader ingegaan op de vereisten van een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde doelvennootschap en de dienstverlening van trustkantoren. Op deze plaats moet worden volstaan met de opmerking dat de SOMO enkele kritische kanttekeningen plaatst bij deze praktijk, waarbij 'mailbox companies' door de dienstverlening van trustkantoren een 'reële aanwezigheid' kunnen verkrijgen. Zo zouden in de praktijk niet alle substance vereisten worden nageleefd:

> 'It seems odd that foreign corporations can use mailbox companies in the Netherlands to reduce their tax burden and at the same time comply with such requirements. (…) According to records of the Dutch Chamber of Commerce, on the other hand, many conduit entities managed by trust offices employ not even a single employee, which seems to contradict with the most basic substance requirements.'

De SOMO noemt in het rapport enkele positieve aspecten van de aanwezigheid van bfi's en 'mailbox companies' in Nederland.[203] De nadruk wordt echter op de nadelen van hun aanwezigheid gelegd. In

---

202 F. Weyzig en M. van Dijk, *a.w.* 2007, p. 8.

203 De SOMO noemt hier werkgelegenheid, belastinginkomsten en andere inkomsten, het voordeel van de positie van Amsterdam als financieel centrum en het stimuleren van andere activiteiten, zoals productie, research en development en handel.

de eerste plaats vormt de aanwezigheid van wat zij 'socially irresponsible companies' noemt een nadeel:

> 'it is well known that besides avoiding tax, mailbox companies (and hence also SFIs) may also be used to evade tax, cover up fraud, hide losses or launder money (…). Enron, who operated tens of mailbox companies in the Netherlands is a notorious example of such practices.'[204]

Met bovengenoemd probleem hangt het tweede nadeel, te weten reputatieschade voor Nederland, samen:

> 'A related problem is that a company's socially irresponsible behaviour will be linked to the Netherlands although often the head office is nothing more than a mailbox company and the actual management, administration and legal department are located in a third country.' [205]

Als voorbeeld wordt onder andere Trafigura genoemd, die om fiscale redenen in Nederland is gevestigd en derhalve als 'Nederlands bedrijf' wordt aangemerkt. Het derde nadeel dat wordt genoemd is de kwetsbaarheid van bfi's voor het witwassen van gelden met een criminele herkomst:

> 'A recent study commissioned by the Dutch Ministry of Finance, which analysed the extent of money laundering in the Netherlands pointed out that *some of the experts expressed that they would not be surprised if 1% of SFI transactions are used for money laundering* and concluded that *the Netherlands is a tax haven and this makes it vulnerable to money laundering*.' [206]

Het onderzoek waarnaar hier wordt verwezen is gepubliceerd in het rapport *The Amounts and the Effects of Money Laundering* (2006).[207] Dit rapport wordt behandeld in de navolgende paragraaf 1.3.3 ('Het Unger-rapport') en komt bovendien ter sprake bij de behandeling van het recent (2011) verschenen evaluatierapport van de FATF (*Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Finance of Terrorism, The Netherlands*), dat thans het sluitstuk vormt van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren (zoals behandeld in hoofdstuk 4), voor zover van belang voor de Nederlandse trustsector.[208] Ten slotte wordt gewezen op het nadeel dat andere landen (waaronder ontwikkelingslanden) belastinginkomsten mislopen door de transacties dia via Nederland lopen.[209]

> 'Tax revenue foregone by other countries: As a consequence of Dutch conduit structures to avoid taxation, other countries miss out on tax income which would have been collected if the transaction would not have been routed through the Netherlands.[210]

In het rapport *Tax Haven and Development Partner* staat als gezegd de door de SOMO geconstateerde incoherentie tussen het Nederlandse fiscale beleid en het beleid inzake officiële ontwikkelingshulp centraal. Vanwege de kritiek op het Nederlandse fiscale beleid, raakt het rapport ook aan de dienstverlening van trustkantoren. Zij vervullen immers een faciliterende sleutelrol bij de

---

204 F. Weyzig en M. van Dijk, *a.w.* 2007, p. 21-22.

205 Idem, p. 22.

206 Ibid.

207 B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busuioc en K. Wokke, *The Amounts and the Effects of Money Laundering*, Report for the Ministry of Finance, Utrecht: Utrecht School of Economics 16 februari 2006.

208 Zie met name subparagraaf 4.7.6 'Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF'.

209 F. Weyzig en M. van Dijk, *a.w.* 2007, p. 22.

210 Idem, p. 22.

mogelijkheden die het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat biedt bij het ontwijken van belastingen door multinationals. Trustkantoren voeren hierbij het beheer over de Nederlandse vestigingen van de internationaal opererende ondernemingen. Zij verschaffen het adres, treden op als bestuurder en verzorgen de administratie. Hierdoor wordt voldaan aan de essentiële vereisten om van een 'reële aanwezigheid' (*substance*) van de in Nederland gevestigde entiteit te kunnen spreken, zodat van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat gebruik gemaakt kan worden. Zoals onder ander blijkt uit de door de SOMO gehanteerde term 'mailbox companies' is de toonzetting van het rapport dat het bij de dienstverlening van trustkantoren om iets 'kunstmatigs' zou gaan. Het rapport wordt dan ook beschouwd als kritiek op de Nederlandse trustsector.

1.3.4 Het 'Unger-rapport'

Het rapport *The Amounts and the Effects of Money Laundering* (2006)[211] van de Utrechte hoogleraar economie Brigitte Unger e.a. is in voorgaande paragraaf genoemd in verband met de negatieve effecten van (door trustkantoren beheerde) bfi's en 'mailbox companies' in Nederland. Het rapport betreft een studie naar de omvang en het effect van witwassen in Nederland. Hierbij is tevens de dienstverlening van trustkantoren in Nederland onderzocht:

> 'Trust offices in the Netherlands provide services on the field of tax and law for foreign companies. The foreign companies do not run businesses in the Netherlands; they are only placed in the Netherlands because of tax advantages on royalties or worldwide dividends. This is completely legal. They use a trust office in the Netherlands to manage their corporation.'[212]

Volgens Unger biedt de trustsector door haar onderdoorzichtigheid echter ook de mogelijkheid om geld wit te wassen.[213] De identiteit van de begunstigde van het vermogen van de door trustkantoren beheerde rechtspersonen of vennootschappen kan verborgen blijven, waardoor een witwasrisico ontstaat. Hierbij moet volgens de onderzoekers wel worden aangetekend dat Nederland als een van de eerste landen zijn trustsector heeft gereguleerd en dat er nog geen onderzoeksgegevens voorhanden zijn met betrekking tot de vraag hoe succesvol deze regulering is in het bestrijden van witwassen;

> 'Trust companies pose a risk in money laundering because of their capacity to conceal the beneficial ownership of the legal persons behind the entities they manage. This has been regulated in the Netherlands as of 2003. It would make a valuable contribution to policy formulation to determine how successful these new regulations have been in combating and reducing money laundering. The Netherlands is one of the first countries in the world to introduce specific legislation that regulates the governance of trust companies and as such may contribute to providing important standards for such regulation elsewhere.'[214]

In verband met de grote omvang van de geldstroom die door de door trustkantoren beheerde bijzondere financiële instellingen ('special financial institutions', SFIs) loopt, wordt in het rapport opgemerkt dat:

---

211 B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busuioc en K. Wokke, *The Amounts and the Effects of Money Laundering*, Report for the Ministry of Finance, Utrecht: Utrecht School of Economics 16 februari 2006.

212 Zie nader: B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busuioc en K. Wokke, *a.w.* 2006, p. 73.

213 Zie nader: idem, p. 7 e.v., 72 e.v., 125, 157 en 162. Zie ook: 'Welkom in belastingparadijs Nederland; Nederland is de spin in een wereldwijd web van brievenbusmaatschappijen dat maar één doel dient: het ontwijken van de belastingen; Brievenbusmaatschappijen', *de Volkskrant* 11 november 2006.

214 Idem, p. 162.

> ‘Some of the experts expressed that they would not be surprised if 1 percent of SFI transactions are used for money laundering.’[215]

Bovenstaande onderzoeksbevinding wordt met name door de FATF opgepakt ter onderbouwing van haar kritiek op het meldgedrag van trustkantoren, zie hierover nader subparagraaf 4.7.6.4 ‘Suspicious Transaction Reporting: Recommendation 16’. Naast de trustsector is in het onderzoeksrapport ook de vastgoedsector geïdentificeerd als mogelijk doelwit voor het witwassen van geld. Er ontbreken echter onderzoeksgegevens op dit terrein. De onderzoekers stellen vast dat ‘Recent cases have only hinted at the potential scale of the problem.’[216]

1.3.5 Financieel Expertise Centrum

In de *Rapportage Project Vastgoed* (2008)[217] van het Financieel Expertise Centrum[218] is onderzoek verricht naar het misbruik van de vastgoedsector. Er is met name onderzoek gedaan naar de wijze waarop criminelen de vastgoedsector misbruiken en naar de rol die financiële ondernemingen, overige zakelijke dienstverleners (waaronder trustkantoren) en pensioenfondsen daarbij spelen.[219] Met het onderzoek is onder andere beoogd de risico’s die verbonden zijn aan vastgoed inzichtelijk te maken en vervolgens adequate preventieve en handhavingsmaatregelen tot stand te brengen.[220]

De hoofdconclusie van het onderzoek is dat vastgoedbezit en vastgoedtransacties door criminelen worden aangewend voor het verkrijgen van zoveel mogelijk (bij voorkeur legitiem) vermogen en dat dit vermogen via witwassen deels ‘legitiem’ kan worden gemaakt. Met vastgoedtransacties zouden criminelen vorderingen en schulden kunnen vereffenen, waarmee wordt beoogd detectie te voorkomen. Uit de strafrechtelijke onderzoeken die zijn geanalyseerd is volgens het onderzoek gebleken dat crimineel vermogen wordt geïnvesteerd in onroerende zaken in Nederland, waarbij financiële ondernemingen en (in een groot aantal gevallen) ‘overige zakelijke dienstverleners’ zijn betrokken, waaronder trustkantoren:[221]

> ‘Om de vastgoedtransacties te kunnen uitvoeren hebben criminelen de hulp van zakelijke dienstverleners nodig. In de bestudeerde dossiers komen regelmatig financiële ondernemingen, makelaars, taxateurs, notarissen, belastingadviseurs, trustkantoren, advocaten en accountants(organisaties) naar voren.’[222]

---

215 Idem, p. 77.

216 Ibid.

217 *Rapportage Project Vastgoed*, Amsterdam: Financieel Expertise Centrum, juli 2008.

218 Het Financieel Expertise Centrum (FEC) is een multidisciplinair samenwerkingsverband van zeven partners met een toezichts-, controle-, opsporings- en vervolgingstaak in de financiële sector, te weten: de AFM, Belastingdienst, AIVD, DNB, FIOD-ECD, OM en Politie. De missie van het FEC is het versterken van de integriteit van de financiële sector door onderlinge samenwerking tussen de partners te stimuleren, te coördineren en te vergroten door het uitwisselen van informatie en het delen van inzicht, kennis en vaardigheden.

219 Het onderzoek is uitgevoerd op basis van een analyse van zes strafrechtelijke onderzoeken, waarvan de meeste destijds nog aan de rechter voorgelegd moesten worden, en op basis van toezichtonderzoeken bij zes institutionele beleggers. Op basis van het onderzoek kunnen dus geen uitspraken worden gedaan over *de mate waarin* bepaalde zaken zich voordoen. In het onderzoeksrapport wordt wel gesteld dat ‘een en ander daadwerkelijk is aangetroffen en (derhalve) niet beperkt blijft tot vermoedens’ en dat ‘de beelden die in de dossiers worden opgeroepen in brede zin herkend (worden) door projectgroepleden’. Zie: *Rapportage Project Vastgoed*, Amsterdam: Financieel Expertise Centrum, juli 2008, p. 3.

220 Idem, p. 1.

221 Idem, p. 3.

222 Idem, p. 3.

Uit de onderzochte strafrechtelijke dossiers blijkt dat het in de meeste gevallen zou gaan om onderzoeken naar complexe transacties[223], waarbij sprake zou zijn van een verwevenheid tussen 'onder'- en 'bovenwereld', die 'pas na diepgaand recherchewerk zichtbaar wordt'.[224] Volgens het onderzoek is terzake van de verwevenheid tussen 'onder' en 'bovenwereld' gebleken dat 'zaken werden of worden gedaan tussen enerzijds personen met een 'traditionele' criminele achtergrond en anderzijds personen en/of bedrijven, met een ogenschijnlijke integere uitstraling.'[225]

Ook aan de rol die trustkantoren zouden spelen bij het misbruik in de vastgoedsector, wordt in de onderzoeksrapportage aandacht geschonken (zie paragraaf 2.6 *'Offshore vennootschappen'* van de rapportage). Eén van de in het onderzoek genoemde aspecten, die van invloed zouden zijn op de complexiteit van de onderzochte transacties, is het gebruik van zogenaamde 'offshore vennootschappen'. Met name bij dit aspect komt in het onderzoek de dienstverlening van trustkantoren aan de orde. Deze offshore vennootschappen worden opgericht in een land met een fiscaal gunstig klimaat, een bankgeheim en afwezigheid van een publicatieplicht. Hierdoor kan de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende verborgen blijven en kan ook de herkomst en bestemming van gelden worden afgeschermd. Door een lokaal (buitenlands) trustkantoor kan hierbij de officiële directievoering worden verzorgd en kunnen aandelen aan toonder zijn uitgegeven.[226]

Offshore vennootschappen treden op in transacties, houden vastgoed aan en financieren vastgoed. Hierbij worden volgens de onderzoekers vaak de witwasconstructies van de 'loan-back'[227] constructie gehanteerd en komt daarnaast ook de 'back-to-back'[228] lening voor, waarbij eigen criminele gelden worden teruggeleend of als zekerheid gesteld.[229] Het betalingsverkeer van de offshore vennootschap loopt meestal via bankrekeningen die niet worden gehouden in het land van vestiging en juist in een (ander) land met een bankgeheim. In het onderzoek worden als redenen hiervoor genoemd dat geldstromen en bankafschriften zo buiten het zicht kunnen worden gehouden voor het trustkantoor en het dossier aldaar, waardoor de directievoering door het trustkantoor kan worden beperkt. Indien er toch een geldstroom zichtbaar is voor het trustkantoor, dan zal het trustkantoor toch vaak afhankelijk zijn van de wil van de uiteindelijk belanghebbende om antwoord te geven op eventuele vragen. Voorts beschikt het trustkantoor op deze wijze niet over de mogelijkheden om deze antwoorden te verifiëren. Tot slot kan door het bankgeheim en de gebrekkige medewerking of weigerachtige houding van de

---

223 Deze transacties zijn complex vanwege een aantal aspecten, zoals het gebruik van meerdere bankrekeningen in binnen- en buitenland; het gebruik van offshore constructies; het doorbreken van de audit-trail door gelden contant op te nemen en elders te storten, dan wel splitsen van bedragen bij doorboeking in deelbedragen; het gebruik van coderekeningen in het buitenland; het gebruik van derdengeldenrekeningen van notarissen en avocaten, waarvan de gegevens niet of nauwelijks voor handhavingsdoeleinden kunnen worden verkregen; het inbedden van bepaalde betalingen tussen 'onder'- en 'bovenwereld' in ogenschijnlijk legale transacties; het gebruik van zogenaamde 'fakefacturen' om betalingen te voorzien van een ogenschijnlijke tegenprestatie; het niet willen verklaren door (vermoedelijke) slachtoffers in gevallen waarbij afpersingsbetalingen in (vastgoed)transacties worden verweven.

224 Financieel Expertise Centrum, *t.a.p.* 2008, p. 5.

225 Idem, p. 5.

226 Idem, p. 13.

227 Het principe van de 'loan-back' methode wordt in de literatuur als volgt omschreven: de wit te wassen gelden worden bij een buitenlandse bank gestort op een bankrekening die op naam staat van een door de witwasser gecontroleerde rechtspersoon. Deze rechtspersoon vraagt in Nederland een lening aan, welke wordt ondersteund door een bankgarantie van de buitenlandse bank. Nadat de lening is geïncasseerd, voldoet de lener met opzet niet aan zijn verplichtingen en zal de Nederlandse kredietverstrekker de buitenlandse bank aan zijn bankgarantie houden. Nadat verrekening heeft plaatsgevonden beschikt de witwasser over een schijnbaar legitiem vermogen. Zie onder andere: M.S. Groenhuijsen en Van der Landen, *Financiële instellingen en de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld*, Amsterdam: NIBE 1995, p. 15-16.

228 Bij een 'back-to-back' lening wordt geleend van een derde, maar is daarbij een niet-transparante zekerheid gesteld.

229 Financieel Expertise Centrum, *t.a.p.* 2008, p. 13.

buitenlandse autoriteiten het administratief en strafrechtelijk onderzoek naar de geldstromen worden gefrustreerd.[230]

De onderzoeksrapportage beschrijft voornamelijk het handelen van de *buitenlandse* trustkantoren, die als lokale bestuurders van buitenlandse offshore vennootschappen optreden. De conclusies die ten aanzien van de hier beschreven handelswijze van trustkantoren zijn beschreven zijn in de Nederlandse media en berichtgeving mijns inziens vrij ongenuanceerd weergegeven. Met betrekking tot het onderzochte misbruik van de vastgoedsector en de dienstverlening van trustkantoren worden in het rapport de volgende conclusies getrokken:

> 'Het is mogelijk dat een trustkantoor actief meewerkt aan het bereiken van de doelen van criminelen. In de geanalyseerde strafrechtelijke onderzoeken is dit niet onderzocht. Vanuit de casusposities is de indruk ontstaan dat trustkantoren bepaalde zaken niet willen zien en juist deze houding aantrekkelijk is voor criminelen. Er is één voorbeeld waarbij de dienstverlening is gestaakt. De vraag is of dit niet vaker zou moeten gebeuren.
>
> Een van de veelvuldig gehanteerde constructies in de onderzochte strafrechtelijke dossiers is de "Antillenroute". In essentie betreft dit een afschermingsconstructie waarbij een Antilliaanse vennootschap centraal staat. De beneficial owner die bij het trustkantoor bekend is, kan nog steeds een stroman zijn. De met deze constructie verbonden geldstroom is in de meeste gevallen afkomstig van coderekeningen, onder andere uit Luxemburg.
>
> In de onderzochte casuïstiek komt het veelvuldig voor dat bankrekeningen op naam van offshore vennootschappen worden gebruikt om criminele gelden contant te storten. Deze gelden worden ingebracht in bestaande ondernemingen in Nederland zonder dat zicht bestaat op de herkomst van het geld. De Nederlandse bankafschriften geven geen uitsluitsel en beperken zich tot vermeldingen als "one of our clients".'[231]

De nuancering in de *Rapportage Project Vastgoed* ten spijt, heeft deze rapportage bijgedragen aan de negatieve beeldvorming rond de dienstverlening van trustkantoren. Zo wordt in de berichtgeving naar aanleiding van de rapportage kortweg gesteld dat criminelen volgens het FEC 'vanzelfsprekend'[232] op de medewerking van zakelijke dienstverleners zouden kunnen rekenen. Ook zou uit het rapport naar voren gekomen zijn dat trustkantoren (naast makelaars, taxateurs, notarissen, advocaten en accountants) 'regelmatig' meewerken aan frauduleuze vastgoedtransacties.[233] Hoewel in hoofdstuk 2 'Conclusies' van de FEC-rapportage wordt aangegeven dat het onderzoek (slechts) is gebaseerd op twaalf onderzoeken (zes strafrechtelijke onderzoeken en zes toezichtonderzoeken bij institutionele beleggers) en dat 'het dus *niet* mogelijk (is) om de bevindingen uit dit onderzoek zonder meer te *veralgemeniseren*, dan wel uitspraken te doen over *de mate waarin* zaken zich voordoen' (mijn cursiveringen, vdW)[234], is dat nu juist precies wat er in de berichtgeving lijkt te gebeuren door te suggereren dat criminelen 'vanzelfsprekend' op zakelijke dienstverleners (zoals trustkantoren) zouden kunnen rekenen en dat zij 'regelmatig' aan frauduleuze vastgoedtransacties zouden meewerken.

---

230 Ibid.

231 Ibid.

232 Het woord 'vanzelfsprekend' wordt in de *Rapportage Project Vastgoed* niet één keer genoemd.

233 'Financieel Expertise Centrum: criminelen rekenen als vanzelfsprekend op zakelijke dienstverleners', *Het Parool* woensdag 30 juli 2008. Zie ook: 'Bovenwereld werkt systematisch mee aan fraude', De Stentor (Apeldoornse Courant, Zwolse Courant, Deventer Dagblad, Veluws Dagblad, Sallands Dagblad, Zutphens Dagblad etc.) 30 juli 2008; 'Bovenwereld werkt vaak mee aan fraude', *Haarlems Dagblad* 30 juli 2008; en 'Vastgoedfraude wijdverbreid 'Bovenwereld werkt als vanzelfsprekend mee met criminelen', *Spits* 30 juli 2008.

234 Financieel Expertise Centrum, *t.a.p.* 2008, p. 3.

1.3.6 Uitleiding

Zonder naar volledigheid te streven heb ik in het voorgaande aan de hand van mediagevoelige strafzaken en onderzoeksrapporten een indruk gegeven van het kritische debat omtrent de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening. Aanvankelijk is in dit debat de nadruk gelegd op het risico dat deze dienstverlening kan worden aangewend voor witwassen[235], waaraan na de aanslagen van 9/11 het tegengaan van het financieren van terrorisme is toegevoegd.[236] Thans lijkt de nadruk te worden gelegd op de 'fiscaal voordelige' belastingroutes, waarbij trustkantoren hulp en bijstand verlenen bij het optimaal gebruik maken van de ontwijkingsmogelijkheden van op hun opdrachtgevers toepasselijke fiscale wetgeving door middel van belastingparadijzen en 'tax havens'.[237] Deze kritiek hangt

---

235 Zie voor berichten in de media waarin de dienstverlening van trustkantoren in (het Koninkrijk der) Nederland(en) in verband wordt gebracht met het risico van witwassen, onder andere: 'Een lijntje voor de witte was', *NRC Handelsblad* 22 augustus 1990; 'Kamerlid Vermeend voorziet versterking concurrentiepositie belastingparadijs; Strenger beleid voor Antillenroute', *NRC Handelsblad* 13 november 1993; 'Antillen beducht voor imago van offshorecentrum', *Het Financieele Dagblad* 10 december 1994; 'Antillen-route aangepakt; Vermeend: Nieuw fiscaal stelsel van levensbelang', *Algemeen Dagblad* 23 oktober 1995; 'Trieste paradox in financiële offshore', *Het Financieele Dagblad* 15 december 1995; 'Trustparadijs: transitland voor fout geld', *FEM de Week* 7 juli 2001; 'Nieuwe impuls in strijd tegen witwassen; Aanval op VS', *Trouw* 22 september 2001; 'Trustkantoren ook onderwerp van onderzoek van', *Het Financieele dagblad* 26 september 2001; 'Nederland topland witwassen', *Algemeen Dagblad* 15 januari 2003; 'Trustbedrijf aan banden in strijd tegen witwassen', *Het Financieele Dagblad* 17 januari 2003; 'Toezicht moet trust-miljarden boven tafel krijgen', *Het Financieele Dagblad* 18 januari 2003; 'Wantrouwen groeit jegens trustkantoren; Integriteit; Oeso ziet in trusts een groot risico', *Trouw* 22 januari 2003; 'Trust nog een maandje zonder toezicht; Kantoren zien twee keer het nationaal inkomen voorbijkomen', *Trouw* 17 januari 2004; 'Verscherping EU-regelgeving accountancy', *Het Financieele Dagblad* 12 februari 2004; 'De opbrengt is 1,7 miljard, het risico is imagoschade; Nieuwe wetgeving brengt trustmaatschappij onder toezicht', *NRC Handelsblad* 28 februari 2004; 'Trustkantoren belaagd', *Het Financieele Dagblad* 3 maart 2004; 'Meeste witwas komt uit VS', *Het Financieele Dagblad* 17 februari 2006; 'Vriendelijk fiscaal klimaat trekt ook wasserettes', *Het Financieele Dagblad* 18 februari 2006; 'Toezicht resulteert in uitdunning trustmarkt', *Het Financieele Dagblad* 21 februari 2006; 'Trust nog vaak een black box', *Het Financieele Dagblad* 22 februari 2006, 'Witwaspraktijken zijn een tijdbom'; 'eerst komt het geld, daarna volgen criminelen', *Het Parool* 25 februari 2006; 'Witwasrapport', *Het Financieele Dagblad* 8 maart 2006; 'Witwassent', *Het Financieele Dagblad* 13 maart 2006; 'Witwassen valt mee', *NRC Handelsblad* 12 april 2006; 'Wij deinzen nergens meer voor terug', *Het Financieele Dagblad* 2 juni 2006; 'DNB begint controles bij verdachte trustkantoren', *De Telegraaf* 11 oktober 2006; en 'Trustkantoren spekken kas Belastingdienst; Nederland verdient euro 1,5 mrd', *Het Financieele Dagblad* 15 maart 2007.

236 Zie voor berichten in de media waarin de dienstverlening van trustkantoren in Nederland in verband wordt gebracht met het risico van terrorismefinanciering, onder andere: 'Terreurbestrijding: Bush opent financieel front', *FEM de Week* 29 september 2001; 'Kabinet zet stappen tegen terrorisme', *Het Financieele Dagblad* 6 oktober 2001; 'Maatregelen tegen terrorisme', *Dagblad van het Noorden* 6 oktober 2001; 'Kabinet: extra inzet voor meer veiligheid; Jaarlijks 150 tot 200 miljoen tegen terrorisme', *de Volkskrant* 6 oktober 2001; 'Geheimzinnige trusts onder toezicht; 'Aangeklede postbus' wekt belangstelling', *de Volkskrant* 10 oktober 2001; 'Fiscus speurt mee naar terreurgeld', *de Volkskrant* 31 oktober 2001; 'Strijdkrachten tegen drugs en terreur in actie', *Het Financieele Dagblad* 1 december 2001; 'Vaker oefenen tegen een aanslag', *NRC Handelsblad* 29 december 2001; 'Terrorisme leidt tot strenge controle op concernfinanciering', *Het Financieele Dagblad* 29 januari 2002; 'Banken terreurbestendig'; 'Privacy is voor Nederlandse banken geen probleem geweest; Al Kaida-tegoeden', *Trouw* 11 september 2002; 'Trustkantoor moet inzake klant bieden', *NRC Handelsblad* 17 januari 2003 en 'Wantrouwen groeit jegens trustkantoren; Integriteit; Oeso ziet in trusts een groot risico', *Trouw* 22 januari 2003.

237 Zie in dit verband, naast genoemde rapporten van TJN en de SOMO, onder meer: 'Welkom in belastingparadijs Nederland; Nederland is de spin in een wereldwijd web van brievenbusbedrijven dat maar één doel dient: het ontwijken van de belastingen; Brievenbusmaatschappijen', *de Volkskrant* 11 november 2006; 'Nederland paradijs voor brievenbusfirma', *De Gelderlander* 13 november 2006; 'Nederland is belastingparadijs voor bedrijven', *De Stentor* 13 november 2006; 'Nederland fiscaal paradijs', *Het Parool* 13 november 2006; 'Nederland belastingparadijs voor buitenlandse bedrijven', *De Tijd* 14 november 2006; 'Belastingparadijs, nou en?', *Het Financieele Dagblad* 15 november 2006; 'De

grotendeels samen met de strijd die is aangebonden tegen het gebruik en het in stand houden van de belastingparadijzen zelf. Zo is tijdens de G20-top, gehouden te Londen op 2 april 2009, onder meer overeengekomen dat de deelnemende landen maatregelen zullen ondernemen tegen zogenaamde 'tax havens'.[238] President Barack Obama heeft bij zijn voornemen om 'belastingontwijking' door Amerikaanse multinationals aan te pakken tevens enkele populaire Nederlandse belastingconstructies genoemd[239], waarbij Nederlandse trustkantoren onder andere als beheerder van financiële houdstermaatschappijen optreden.

Verantwoording

Naast bovengenoemde kritische rapporten van TJN, de SOMO en het FEC zijn er thans vier rapporten verschenen, waarin de dienstverlening van trustkantoren in Nederland vanuit een enigszins 'gematigdere invalshoek' wordt beschreven. Het gaat hier in de eerste plaats om het rapport *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures* (2008)[240], dat in opdracht van de belangenverenigingen van de trustsector[241] door de Stichting Economisch Onderzoek (SEO) is uitgevoerd en waarvan recent een follow-up rapport is verschenen, met als titel *Trust matters* (2011).[242] Vervolgens kan worden gewezen op het door mij verrichte onderzoek naar de dienstverlening van trustkantoren in Nederland in het rapport *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik* (2009)[243], gepubliceerd door het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance (EITC).[244] Tot slot kan worden gewezen op het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* (2010)[245], van het Ministerie van Financiën. Deze vier rapporten hebben mijns inziens gemeenschappelijk dat ten aanzien van de dienstverlening van trustkantoren geen stelling wordt ingenomen, maar slechts wordt beoogd inzichtelijk te maken wat deze dienstverlening inhoudt (SEO en EITC), respectievelijk inzicht te bieden in de mate van

---

rijkste stichting ter wereld zit in Nederland; Er zijn fiscale redenen te over om geld via Nederland de wereld over te sturen. Dat het werkt, is onweersproken', *de Volkskrant* 16 november 2006; 'Klus voor minister Bos?', *NRC Handelsblad* 24 maart 2007; 'Financiële thuisbasis Amsterdam; Tax Justice Network laakt misstanden rond brievenbusmaatschappijen; achtergrond; Nederland middelpunt van discutabele internationale geldstromen', *NRC Handelsblad* 16 mei 2007; 'Nederland investeert fors via brievenbus-bv', *De Telegraaf* 23 augustus 2007; 'Fiscaal poldermodel voor multinationals; Fiscaliteiten', *NRC Handelsblad* 21 juni 2008; 'VS: Nederland belastingparadijs; Verbazing en irritatie over lijst waar ook de Kaaimaneilanden op staan', *Trouw* 6 mei 2009; 'Nederland af van lijst met belastingparadijzen', *Het Parool* 6 mei 2009; 'Obama baalt van Holland; Belastingvlucht Korte metten', *De Pers* 6 mei 2009; 'Fortis helpt belastingen vermijden; Belastingparadijs Staat profiteert ook', *De Pers* 6 mei 2009; 'Obama's Gelijk', *De Groene Amsterdammer* 13 mei 2009; 'Regels trust in 2004 flink verscherpt', *Het Parool* 24 oktober 2009; 'Er is nooit vast te stellen wat 'n multinational verdiend Nederland blijft van status belastingoase profiteren We willen de belastingdruk evenwichtiger maken', *Het Parool* 24 oktober 2009; en 'Nederland snoeit in fiscale voordelen – Brievenbusfirma's en opkoopfondsen geviseerd', *De Tijd* 9 december 2009.

238 *The Global Plan for Recovery and Reform,* Londen: The G20, 2 april 2009. Zie ook: *Declaration on Strengthening the Financial System,* Londen: The G20, 2 april 2009.

239 'Fiscale aanpak Obama maakt Nederland minder attractief', *Het Financieele Dagblad* 23 mei 2009. Het gaat hierbij om de financiële houdstermaatschappijen die Amerikaanse bedrijven in Nederland (doen) oprichten voor het terugsluizen van buitenlandse winsten naar de VS of het herinvesteren van die winsten in het buitenland. Hierbij profiteren deze bedrijven van de vele belastingverdragen die Nederland heeft gesloten om dubbele belasting te vermijden. In het artikel wordt als voorbeeld genoemd dat een Poolse dochter van een Amerikaans bedrijf het relatief lage belastingtarief in Polen betaalt, om vervolgens de winst naar de Nederlandse houdstermaatschappij te sturen. Omdat de winst al in Polen is belast, wordt in Nederland geen belasting meer geïnd.

240 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures*, Amsterdam: SEO Economic Research 2008.

241 De Vereniging International Management Services (VIMS) en de Dutch Fiduciary Association (DFA).

242 P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters*, Amsterdam: SEO Economic Research 2011.

243 M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, Rotterdam: EITC 2009.

244 Het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance (EITC) 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.

245 *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010.

effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt in verband met de praktijk van de sector en haar dienstverlening. Ik heb ervoor gekozen deze rapporten te behandelen in hoofdstuk 2, waarin de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening centraal staat (zie met name subparagraaf 2.2.5 'De omvang, opbouw en dienstverlening van de huidige Nederlandse trustsector'). Hiertegen zou terecht kunnen worden ingebracht dat ook rapporten waarin de dienstverlening vanuit een meer 'gematigdere invalshoek' wordt beschreven deel uitmaken van bovengenoemd 'kritisch debat'. Het voorkomen van een herhaling van zetten in hoofdstuk 2 heeft bij bovengenoemde keuze echter de doorslag gegeven.

1.4 Probleemstellingen

1.4.1 Het vertrekpunt in het onderzoek: de regulering van de Nederlandse trustsector

In het voorgaande heb ik een indruk gegeven van 'de regulering van de Nederlandse trustsector', waarvan als gezegd de (op 1 maart 2004) in werking getreden Wtt de wettelijke basis vormt (paragraaf 1.1). Daarnaast is de maatschappelijke aandacht voor de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening behandeld, waarbij het 'kritische debat' en het 'negatieve imago' waarmee de trustsector nog steeds te maken heeft niet is gemeden (paragraaf 1.3). Alvorens de lezer van het laatstgenoemd debat kennis te laten nemen, heb ik uitvoerig beschreven wat de vereisten zijn om als 'trustkantoor' in de zin van de Wtt te worden aangemerkt. Dat laatste is kennelijk nodig omdat het ook voor juristen (die zich in dit specifieke rechtsgebied hebben bekwaamd) niet altijd even helder is wat thans onder het begrip 'trustkantoor' dient te worden verstaan. Deels is dit te verklaren doordat dit begrip door wetswijzigingen (op grond van de Wfm 2010 en de Wfm 2012) op enkele belangrijke punten ingrijpend is (respectievelijk zal worden) aangepast. Bovengeschetst kader van de 'regulering van de Nederlandse trustsector' vormt in deze dissertatie het vertrekpunt van waaruit de probleemstellingen in dit onderzoek worden behandeld.

1.4.2 Probleemstellingen

Hoewel op basis van (artikel 1 onder 2° van) de Wet op de Economische Delicten (hierna ook: WED) de mogelijkheid wordt geboden om de Wtt *strafrechtelijk* te handhaven, blijkt van deze mogelijkheid in de praktijk echter geen gebruik te worden gemaakt. In de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk is reeds aangestipt dat bij de handhaving van de Wtt de bestuursrechtelijke handhaving door DNB het uitgangspunt vormt. De Wtt kent hiertoe het voor toezichtwetgeving gebruikelijke handhavingsarsenaal, te weten de dwangsom en de bestuurlijke boete, evenals het geven van een aanwijzing en het ter openbare kennis brengen van bepaalde feiten ('naming and shaming'). De doelstelling van deze wet is om door middel van regulering van de trustsector de integriteit van het financiële stelsel te bevorderen, uit hoofde waarvan een belangrijk deel van de bestaande gedragsregels een wettelijke basis (en daarmee algemene werking) verkrijgt, waarmee tot slot volgens de MvT van de Wtt wordt beoogd 'een bijdrage te leveren' aan het tegengaan van witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland door trustkantoren beheerde doelvennootschappen.[246]

Eerste probleemstelling
Ten aanzien van dit laatstgenoemde punt moet echter worden geconstateerd dat thans zonder meer sprake is van een gebrek aan kennis over de wijze waarop, evenals overigens de mate waarin, de Nederlandse trustkantoren en de door hen beheerde doelvennootschappen daadwerkelijk voor bovengenoemde activiteiten worden misbruikt. Met name de kennis over de wijze waarop het misbruik van trustkantoren in de praktijk plaatsvindt, zou inzicht kunnen bieden in het effect dat met de regulering van de sector kan worden gesorteerd. Ook zou zij inzicht kunnen bieden in het effect dat

[246] *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

van de inzet van het strafrecht dan wel het bestuursrecht kan uitgaan. De eerste probleemstelling in dit onderzoek luidt derhalve:

> *Op welke wijze speelt het misbruik van Nederlandse trustkantoren zich in de praktijk af?*

Tweede probleemstelling
Een tweede belangrijk punt is dat het ten tijde van de totstandkoming van de Wtt aan Europese regels op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren heeft ontbroken. Niettemin zou Nederland volgens de MvT van de Wtt een 'bijzonder belang' hebben bij het introduceren van het toezicht, omdat Nederland een omvangrijke trustsector heeft en haar diensten nauw verweven zijn met andere financiële dienstverlening. Een adequate beheersing van de gesignaleerde integriteitrisico's zou daarmee volgens de MvT 'van groot belang' zijn voor de bescherming van de goede reputatie van de nationale financiële sector. Bij het ontbreken van Europese regelgeving is voorts bij de vormgeving van de Wtt 'rekening gehouden' met de 'stand van zaken van de discussie in de OESO en de FATF'[247] over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven. Ten slotte wordt in de MvT in dit verband aangekondigd dat zowel gedurende het wetgevingstraject als daarna de internationale ontwikkelingen op dit terrein zullen worden gevolgd.[248] De vraag is echter in hoeverre de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren thans voldoet aan de internationale standaarden, nu deze zich in het afgelopen decennium steeds verder hebben ontwikkeld. Volgens de FATF zou er op enkele belangrijke punten ruimte zijn voor verbetering. In een recente beoordeling van de FATF[249], met als doel de effectiviteit van haar aanbevelingen ten aanzien van de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering vast te stellen, heeft de FATF ook ten aanzien van de wet- en regelgeving betreffende trustkantoren enkele kritiekpunten geformuleerd, waardoor deze 'Partially Compliant' is bevonden.[250] Bovendien moet worden opgemerkt dat de ontwikkeling van deze internationale standaarden in de literatuur thans slechts ten dele is beschreven.[251] Naast bovengenoemde rapporten van de OESO en de FATF wordt door Frielink en Van Eersel nog gewezen op het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*[252], op basis waarvan het (toenmalige) Financial Stability Forum (FSF, thans het FSB)[253] aan de OESO heeft verzocht om met aanbevelingen op dit terrein te komen.[254] Daarnaast noemen Van Gorkum en De Carpentier als belangrijkste publicatie in dit verband de *Statement of Best Practice*[255], die is opgesteld door de Trust and Company Service Providers Working Group van de Offshore Group of Banking Supervisors (hierna ook: OGBS).[256] Het overzicht in de wijze waarop deze internationale standaarden van regulering en toezicht tot ontwikkeling zijn gekomen lijkt te ontbreken. Dit overzicht is echter van belang om de (bovengenoemde) evaluatie van de wet- en regelgeving op dit terrein te kunnen doorgronden. Derhalve kan niet worden volstaan met 'close reading' van het meest recente

---

247 De genoemde rapporten zijn: *Review of the FATF Forty Recommendation consultation paper*, 30 mei 2002, met name het onderdeel 'trust and company service providers', p. 92 e.v. en het OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, mei 2001, p. 77 e.v.

248 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3.

249 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, The Netherlands, FATF 25 februari 2011.

250 Dit betekent dat 'the country has taken some substantive action and complies with some of the essential criteria', zie: *Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations*, FATF 2009, p. 6.

251 M.T. van der Wulp en J. Van Koningsveld, 'Partially compliant. De FATF-evaluatie 2011 en de Nederlandse trustsector', *Sanctierecht & Compliance* 1 november 2011, p. 17.

252 *Report of the Working Group on Offshore Centres*, FSF 5 april 2000.

253 Sinds 2 april 2009 is het FSF met een uitgebreid ledenbestand en een verbreed mandaat overgegaan in het zogeheten Financial Stability Board (FSB).

254 K. Frielink en M. Van Eersel, *a.w.* 2010, p. 11. Zie ook: FSF, *t.a.p.* 2000, p. 34-35, met name Recommendation 9.

255 *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice*, Offshore Group of Banking Supervisors 6 september 2002.

256 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 22.

evaluatierapport, maar dient ook onderzoek te worden gedaan naar de historische ontwikkeling van deze internationale standaarden. De tweede probleemstelling in dit onderzoek luidt:

> *In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd?*

Derde probleemstelling
In het voorgaande is op verschillende plaatsen aangestipt dat de handhaving van de Wtt zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk kan geschieden en dat het bestuursrecht bij de handhaving het uitgangspunt vormt. Deze situatie in de wetgeving, waarbij er voor is gekozen om het sanctioneren van een gedraging zowel door middel van een bestuurlijke sanctie (met name de bestuurlijke boete), als door middel van een strafrechtelijke sanctie mogelijk te maken, wordt in de literatuur en de kamerstukken aangeduid als 'dubbele handhaving' – ook wel 'duale handhaving' genoemd. Van duale handhaving is ook sprake bij de op trustkantoren van toepassing zijnde Wwft en de Sanctiewet 1977. Het uitgangspunt bij de handhaving van beide laatstgenoemde wetten verschilt echter van die bij de handhaving van de Wtt. Bij de handhaving van de Wwft is niet het bestuursrecht, maar juist het strafrecht het uitgangspunt bij de handhaving van deze wet.[257] Ook bij de handhaving van de Sanctiewet 1977 is strafrechtelijke handhaving van oudsher het uitgangspunt. Hierin is verandering gebracht sinds de wetswijziging van 7 juni 2002, met het oog op de internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen.[258] Sinds deze wetswijziging hebben de normadressaten van de Sanctiewet 1977 evenzeer rekening te houden met de gevolgen van het bestuurlijke toezicht op de naleving van deze wet.[259] De nadruk wordt hierbij gelegd op het bestuursrecht.[260] Hierbij moet evenwel niet uit het oog worden verloren dat onder de verplichtingen in de Wtt en de op deze wet gebaseerde Rib Wtt (waarin de normstellingen in de Wtt met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren zijn uitgewerkt) ook de verplichtingen op basis van de Wwft en de Sanctiewet 1977 zijn gebracht. Met andere woorden: de verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 kunnen middels de Wtt worden gehandhaafd. Bestuursrechtelijke handhaving is dan als gezegd het uitgangspunt. Hierboven is bovendien opgemerkt dat van strafrechtelijke handhaving van de Wtt tot op heden geen sprake lijkt te zijn. Het belang van inzicht in de wijze waarop hierbij de keuze voor een sanctiestelsel tot stand komt, laat zich hierdoor te meer gevoelen. De derde probleemstelling luidt dan ook:

> *Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand?*

1.4.3 Plan van behandeling

De opbouw van dit onderzoek is als volgt. Eerst wordt een verdiepingsslag gemaakt ten aanzien van de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening (hoofdstuk 2). Hiertoe wordt aangevangen met een behandeling van de geschiedenis en het ontstaan van de Nederlandse trustsector, waarover in de Nederlandse literatuur weinig is geschreven[261] en bovendien verschillend wordt gedacht. Vervolgens wordt de opbouw en de dienstverlening van de (hedendaagse) Nederlandse trustsector behandeld,

---

257 P.T.C. van Kampen, 'De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 169. Zie ook: *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 990, nr. 3, p. 8.

258 Wet van 16 mei 2002 tot wijziging van de Sanctiewet 1977 met het oog op de internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen. *Stb.* 2002, 270.

259 M.K. Bulterman, *Financiële sancties. De totstandkoming en implementatie van financiële VN-sancties en hun gevolgen voor financiële instellingen*, Amsterdam: NIBE-SVV 2003, p. 47.

260 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 251, nr. 3, p. 4.

261 Zo constateren ook Frielink en Van Eersel. Over het ontstaan daarvan is volgens hen dan ook niet veel bekend. Zie: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 4.

waarbij onder andere wordt ingegaan op veel voorkomende 'fiscale structuren' waarbij trustkantoren als beheerder van de in Nederland gevestigde doelvennootschappen optreden en de betekenis van de trustsector voor de Nederlandse economie. Ook wordt aandacht besteed aan het randverschijnsel van trustkantoren die het toezicht van DNB ontwijken (en zich daarmee buiten de gereguleerde Nederlandse trustsector plaatsen), te weten een klein deel van de door DNB in kaart gebrachte 'illegale trustkantoren' en de 'virtuele trustkantoren'. Laatstgenoemde categorie trustkantoren zijn in beeld gekomen bij het door mij verrichte kwalitatief empirisch onderzoek naar trustdienstverlening en misbruik van trustkantoren in Nederland.[262]

Aansluitend wordt behandeld op welke wijze het misbruik van trustkantoren zich in de praktijk feitelijk afspeelt, waarbij specifiek wordt ingegaan op de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening (hoofdstuk 3). Aangevangen wordt met een behandeling van 'de stand van de internationale kennis' op dit terrein. Het afgelopen decennium is op internationaal niveau de kennis over 'misuse of trust and company service providers' aanzienlijk toegenomen. Vervolgens wordt 'de stand van de kennis' over misbruik van Nederlandse trustkantoren op nationaal niveau behandeld. In de weinige literatuur waarin aandacht wordt besteed aan dit onderwerp, wordt echter geconstateerd dat er thans geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of ook trustkantoren in Nederland actief bij witwassen, terrorismefinanciering of fiscale fraude betrokken zijn.[263] Derhalve kan de behandeling van misbruik van Nederlandse trustkantoren slechts plaatsvinden aan de hand van incidentele gevallen, die in deze dissertatie worden besproken.

Daarnaast wordt de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld (hoofdstuk 4). Op internationaal niveau zijn – in antwoord op bovengenoemd misbruik van trustkantoren – standaarden van 'regulation and supervision' ontwikkeld, die uiteindelijk hun weg in de Nederlandse wet- en regelgeving hebben gevonden. Zoals hierboven reeds is aangestipt, is deze ontwikkeling in de Nederlandse literatuur thans slechts ten dele beschreven. In hoofdstuk 4 wordt een nieuw, tot nog toe onderbelicht 'ijkpunt' in deze ontwikkeling aangewezen, te weten de eerste rapporten (*IMF Staff Assessments*) die tot stand kwamen in het Offshore Financial Center Assessment Program van het IMF, tezamen met de hieraan voorafgaande rapporten van UK Home Office en KPMG. In laatstgenoemde rapporten zijn volgens het IMF 'general principles' toegepast die volgens hem kunnen worden beschouwd 'as guides to what can be considered good practice' op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren.[264] De behandeling van de ontwikkeling van deze standaarden wordt afgesloten met de beoordeling van de FATF van de Nederlandse wet- en regelgeving op dit terrein, zoals uiteengezet in het recent gepubliceerde evaluatierapport.[265]

Voorts wordt de regulering van de Nederlandse trustsector en het toezicht daarop uitgediept (hoofdstuk 5). Hiertoe wordt aangevangen met een beschrijving van de introductie van het toezicht op trustkantoren in Nederland, de totstandkoming van de Wtt en de hierin opgenomen wettelijke verankering van 'integriteittoezicht' als nieuwe vorm van toezicht, naast de bestaande tweedeling van 'prudentieel toezicht' en 'gedragstoezicht'. Een belangrijk deel van hoofdstuk 5 wordt besteed aan het uitdiepen van de verplichtingen van trustkantoren op grond van de op hen van toepassing zijnde financiële wetgeving. Naast de normstellingen in de Wtt en de Rib Wtt, worden ook de normstellingen in de besluiten op basis van de Wtt en de Rib Wtt behandeld, evenals de normstellingen in de Wwft en de Sanctiewet 1977.

Aansluitend op de uitdieping van de normstellingen ten aanzien van trustkantoren in hoofdstuk 5, wordt de 'duale handhaving' van genoemde financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector behandeld (hoofdstuk 6). Hiertoe wordt aangevangen met de behandeling van de ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht, bezien vanuit het perspectief van de wetgeving betreffende trustkantoren, waarbij achtereenvolgens de navolgende onderwerpen worden behandeld. Allereerst de Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete (Wet IDBB) en de *Nota*

---

262 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 12 e.v.

263 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 15. Zie ook: B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. De Kruif, M. Busuioc en K. Wokke, *a.w.* 2006, p. 126, en: M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 5.

264 Zie bijvoorbeeld: *Assessment Cyprus*, *t.a.p.* 2001, p. 35.

265 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, The Netherlands, FATF 25 februari 2011.

Boetestelsel in financiële wetgeving (de 'Boetenota'), waarin een aantal uitgangspunten zijn geformuleerd met betrekking tot bestuurlijke beboeting in de financiële sector. Met de invoering van de bestuurlijke boete is beoogd de bestuursrechtelijke handhaving te verbeteren en accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving.[266] Op basis van de bespreking van de notitie *De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor* evenals de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* wordt een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel behandeld. Ook worden de gevolgen van de inwerkingtreding van de Vierde tranche voor de handhaving van de Wtt behandeld, evenals de daarop in werking getreden Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (de 'Boetewet') en het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties. In hoofdstuk 7 wordt het onderzoek afgesloten en worden conclusies en standpunten geformuleerd.

Het onderzoek is afgerond op 1 januari 2012.

266 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 4.

II DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

II DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

'The Netherlands has a thriving, although to outsiders virtually unknown, trust industry.'
(SEO Economisch Onderzoek, 2008)[1]

2.1 Inleiding

Hoewel Nederland een bloeiende trustsector heeft (de kredietcrisis lijkt niet te hebben geleid tot omzetdaling of verlies van cliënten)[2] geniet deze sector weinig bekendheid bij 'outsiders' – zo kan uit het inleidende citaat worden opgemaakt.[3] Hetzelfde zou kunnen worden gezegd over het gunstige vestigingsklimaat in Nederland, dat in de literatuur als 'de basis' van de trustsector in Nederland in Nederland wordt aangewezen.[4] Haar aantrekkingskracht heeft er immers toe geleid dat zich, ten behoeve van internationaal opererende ondernemingen, een aanzienlijk aantal rechtspersonen in Nederland heeft gevestigd om hiervan gebruik te kunnen maken. In de internationale concernstructuur van een onderneming wordt dan een in Nederland gevestigde rechtspersoon tussengevoegd, zodat de onderneming (administratief) in Nederland is gevestigd. Het internationaal concurrerende vestigingsklimaat op het terrein van rechtspersonenrecht en de fiscaliteit (het gunstige fiscale Nederlandse vestigingsklimaat), alsmede de goed ontwikkelde sector van professionele financiële dienstverleners[5], maken Nederland internationaal een geliefd vestigingsland.

Trustkantoren zijn betrokken bij het opzetten en onderhouden van dergelijke (concern)structuren.[6] Zij voeren ten behoeve van de buitenlandse aandeelhouders kort gezegd het beheer over de in Nederland gevestigde rechtspersonen, die in de terminologie van de Wtt 'doelvennootschappen'[7] worden genoemd. Deze doelvennootschappen zijn in hoofdstuk 1 op verschillende plaatsen aan de orde gekomen (zie met name paragraaf 1.1 en 1.2). Kortheidshalve kunnen zij worden omschreven als rechtspersonen met buitenlandse aandeelhouders. In Nederland zijn volgens de laatste schatting meer dan 20.100 doelvennootschappen gevestigd.[8] Meer dan de helft daarvan (naar schatting 13.000) bestaat uit zogenaamde 'bijzondere financiële instellingen' (BFIs), die in de internationale stukken worden aangeduid als 'Special Financial Institutions' (SFIs).[9] Dit zijn financieringsmaatschappijen, royaltyvennootschappen of houdstervennootschappen met buitenlandse aandeelhouders, waarbij de werkzaamheden van het trustkantoor veelal beperkt zullen zijn tot ondersteunende activiteiten ten behoeve van een doorstroomfunctie van kapitaal en bedrijfsinkomsten voor de internationaal opererende bedrijven. Om die reden wordt ook wel van 'doorstroommaatschappijen' gesproken.[10] Het volume van de geldstromen die jaarlijks via deze bijzondere financiële instellingen lopen, is geschat op ruim € 4.500 miljard.[11] Nederland fungeert op deze wijze als tussenschakel bij internationale

---

1 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *The Dutch Trust Industry Facts & Figures*, SEO Economic Research 2008, p. 1.

2 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 21.

3 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 1.

4 Van Gorkum en De Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 11.

5 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 1.

6 Idem, p. 1.

7 Artikel 1 onder b Wtt.

8 P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters*, Amsterdam: SEO Economic Research 2011, p. 8.

9 Ibid.

10 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 1.

11 Zie in dit verband: '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. In een brief aan de Kamer wordt echter ook een ander bedrag genoemd. De staatssecretaris schrijft in deze brief het volgende: 'uit gegevens van

kapitaalstromen, ter verlaging van de totale belastingdruk van een internationaal opererende onderneming.[12]

Hoewel de groei van de sector met name voortkomt uit fiscale motieven bij de cliënten (die op zichzelf legitiem zijn en voortkomen uit de wens niet meer belasting te betalen dan noodzakelijk)[13] zijn er tevens andere redenen waarom trustkantoren kunnen worden ingeschakeld. Gewezen kan worden op het beschermen van vermogen (een dienst die veelal wordt aangeduid met 'asset protection'). Bij deze dienstverlening kan bijvoorbeeld worden gedacht aan vermogensbeheer van ondernemingen uit 'politiek instabiele landen' of het beheren van het vermogen van (vermogende) particulieren. In het laatste geval wordt vaak opgetreden door gespecialiseerde 'family offices'.[14] Daarnaast kunnen trustkantoren in een nichemarkt opereren, waartoe zij specifieke kennis hebben. Hierbij kan worden gedacht aan diensten als het optreden in complexe financieringsvormen, zoals de (populaire) financieringsconstructie van de 'securitization'[15] en diensten als 'fund-administration' en 'in-house banking services', die met name door de grote trustkantoren worden aangeboden.[16] Samenvattend worden de *bestaansredenen* van de Nederlandse trustsector in de literatuur overwegend gevat in termen van 'fiscale overwegingen', evenals de behoefte aan 'bescherming van vermogen'.[17] Haar *dienstverlening* is echter lastiger in algemene termen te vatten, omdat het een breed scala aan diensten betreft, waarvoor in veel gevallen een hoge mate van expertise is vereist.[18] Hierdoor heeft Nederland een bloeiende trustsector, die tegelijkertijd voor 'outsiders' moeilijk is te doorgronden.

DNB over 2008 kan worden vastgesteld dat de bruto gesommeerde geldstroom via zogenaamde BFIs 12.300 miljard euro bedroeg'. Zie: Brief staatssecretaris van Financiën van 22 december 2010, Kamervragen 2010Z18347, met name vraag 9. Laatstgenoemd bedrag wordt echter niet behandeld in het recent gepubliceerde evaluatierapport van de FATF (*Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011). Zie daarover ook: M.T. van der Wulp en T.J. van Koningsveld, 'Partially Compliant. De FATF-evaluatie 2011 en de Nederlandse trustsector', *Sanctierecht & Compliance* 2011, p. 22. Derhalve wordt in de leidende tekst uitgegaan van het eerstgenoemde bedrag van € 4.500 miljard.

12 W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 11.

13 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 7.

14 Aanvullende opmerkingen van directeuren van trustkantoren, gedaan tijdens een discussie bij het college *'Toezicht & Compliance in de Nederlandse trustsector'*, door M.T. van der Wulp op 7 oktober 2010, Erasmus Universiteit Rotterdam, gehouden in het kader van het mastervak Financiële Ethiek (vakdocent/coördinator A. Soppe).

15 De 'securitization' is een financieringsvorm waarbij een onderneming haar vorderingen op debiteuren liquide maakt door deze te verkopen, op dezelfde wijze als dit gebruikelijk is bij de zogeheten financieringsvorm van 'factoring'. Bij laatstgenoemde financieringsvorm verkoopt een onderneming haar vorderingen tegen een bepaalde korting aan een factoringmaatschappij, waardoor de onderneming het risico dat de vorderingen niet inbaar blijken afwentelt op de factoringmaatschappij. Het verschil met 'factoring' is dat bij 'securitization' de koopsom niet door één partij wordt gefinancierd (bij 'factoring': de factormaatschappij), maar door een groot aantal professionele partijen. Zie onder andere: 'Securitization nieuwste financieringsvorm', *Algemeen Dagblad* 11 mei 1996.

16 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 23.

17 Frielink, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 5. Zie ook: W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 11.

18 Op basis van een bezoek aan diverse websites noemt Frielink de volgende diensten die door trustkantoren worden aangeboden. Internationale vennootschappelijke, financiële en fiscale structurering. Juridische, fiscale en administratieve diensten, waarbij moet worden gedacht aan het voorbereiden en houden van aandeelhoudersvergaderingen, waarbij het trustkantoor geregeld als gemachtigde de aan de aandelen verbonden zeggenschapsrechten zal uitoefenen. Het dagelijks management van cliëntvennootschappen in hoedanigheid van bestuurder of procuratiehouder. Het participeren in een Raad van Commissarissen. Het verrichten van boekhoudkundige diensten, zoals het voeren van salarisadministratie en het opstellen van jaarrekeningen. Het doen van fiscale aangiften. Het optreden als bewaarder of 'escrow agent'. Diensten op het vlak van 'cash management'. Het oprichten van trusts, rechtspersonen en vennootschappen in binnen- en buitenland. Het optreden als vereffenaar; het handelen in aandelen in (het kapitaal van) vennootschappen. Het optreden als trustee. Het opzetten van datarooms voor due diligence-onderzoeken. Het beheren van vastgoed. Scheepsregistratie en –

Inzicht in de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening
Het doel van dit hoofdstuk is de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening *inzichtelijk* te maken. Ten aanzien van de dienstverlening van trustkantoren moet op deze plaats worden opgemerkt dat het in het kader van deze studie niet mogelijk zal zijn om alle (mogelijke) varianten van trustdienstverlening (in Nederland) aan bod te laten komen. Daarvoor is het aanbod van trustdiensten te omvangrijk en te specialistisch. In dit hoofdstuk wordt dan ook de nadruk gelegd op de trustdienstverlening die het meest voorkomt, ook wel de 'basisdienstverlening' genoemd. Door DNB is deze omschreven als 'het beheer van vennootschappen, die om verschillende redenen (waaronder fiscale) in Nederland zijn gevestigd, in opdracht van buitenlandse aandeelhouders van deze vennootschappen (DNB, 2006).[19] De Stichting Economisch Onderzoek (SEO)[20] noemt in haar eerste rapport over de Nederlandse trustsector drie 'basis trustdiensten' (waarmee het grootste gedeelte van de omzet is gemoeid), te weten: domicilieverlening, managementdiensten en administratieve diensten (SEO, 2008).[21] Naast laatstgenoemd rapport, getiteld *The Dutch Trust Industry, Facts & Figures*, zijn er nog drie rapporten verschenen waarin de dienstverlening van trustkantoren (exclusief) wordt behandeld, te weten: het rapport *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, gepubliceerd door het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance [22] (EITC, 2009) [23] ; het evaluatierapport *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren* (Ministerie van Financiën 2010)[24] en tot slot de follow-up (van het eerstgenoemde SEO-rapport), met als titel *Trust matters* (SEO, 2011).[25] De dienstverlening van de Nederlandse trustsector wordt in dit hoofdstuk op basis van deze vier (belangrijkste) rapporten behandeld.

Opbouw
In dit hoofdstuk wordt aangevangen met een historisch overzicht van hetgeen bekend is geworden over het ontstaan en de ontwikkeling van de dienstverlening van trustkantoren in Nederland. Een moeilijkheid bij het bepalen van het ontstaansmoment is dat er over het wereldwijd bekende verschijnsel van trustkantoren weinig geschreven en bekend is.[26] Dat geldt evenzeer voor het ontstaan en de (ontwikkelings)geschiedenis van de Nederlandse trustsector.[27] Gedurende een lange tijd zijn ook de samenstelling en de dienstverlening van de Nederlandse trustsector in de literatuur onderbelicht gebleven. Pas bij de voorbereiding van de inwerkingtreding van de Wtt, is door DNB voor het eerst onderzoek gedaan naar de samenstelling van de Nederlandse trustsector.[28] Over het precieze moment van het ontstaan van de hedendaagse Nederlandse trustsector blijkt bovendien verschillend te worden gedacht. Enerzijds staat vast dat er omstreeks 1890[29] al 'trustkantoren' – althans bedrijven die onder deze noemer opereerden – in Nederland actief waren, met dien verstande dat hun dienstverlening en hieraan gekoppelde functie afwijkt van het dienstenpallet van de hedendaagse trustsector (waarover nader hieronder). Een andere visie beziet het ontstaansmoment van de trustsector dan ook juist vanuit het perspectief van de dienstverlening. Het ontstaansmoment van de trustsector wordt in deze visie dan

---

management. Het beheren van beleggingsfondsen en het berekenen van de net asset value. Vermogensbeheer voor particulieren. Het verhuren van kantoorruimte. Het beschikbaar stellen van allerlei communicatiemiddelen en het beschermen van vermogen. Zie daarover: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 1.

19 'Risicobeheersing bij geldtransactie- en trustkantoren', *DNB kwartaalbericht* maart 2006, p. 77.

20 De Stichting Economisch Onderzoek is een van de oudste economische onderzoekbureaus van Nederland. Het is opgericht in 1949 vanuit de Economische Faculteit van de Universiteit van Amsterdam en doet onafhankelijk onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven.

21 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 16-17.

22 Het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance (EITC) 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.

23 M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, EITC 1 juli 2009.

24 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Ministerie van Financiën 26 april 2010.

25 P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters*, SEO Economic Research september 2011.

26 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 4.

27 W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 15.

28 Ibid.

29 P.M. Booy, *Trustee's bij geldleningen*, Amsterdam: N.V. Drukkerij Jacob van Campen 1935, p. 39.

ook bepaald met het antwoord op de vraag vanaf welk moment trustkantoren zijn begonnen met het verlenen van diensten zoals deze thans door de hedendaagse Nederlandse trustsector worden verricht. Volgens deze visie zou de 'moderne' trustsector vóór de Tweede Wereldoorlog op Curaçao zou zijn 'geboren' en zou deze in Nederland, vanwege de banden met de (voormalige) Antillen (vooral het hoofdeiland Curaçao), verder tot ontwikkeling zijn gekomen.[30]

Aansluitend wordt de 'moderne' trustsector behandeld, waarbij de focus achtereenvolgens wordt gericht op haar opbouw, dienstverlening en betekenis voor de Nederlandse economie. Zoals in hoofdstuk 1 reeds ter sprake is gekomen, zijn er na het bovengenoemde onderzoek door DNB (naar de samenstelling van de sector), verschillende rapporten verschenen waarin (al dan niet zijdelings) aan de dienstverlening van trustkantoren aandacht is besteed. Het gaat hierbij om de rapporten van Tax Justice Network (TJN), de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (SOMO) en het Financieel Expertise Centrum (FEC) evenals het 'Unger-rapport'. In deze rapporten is de dienstverlening van trustkantoren steeds beschreven aan de hand van een bepaalde problematiek die in het betreffende rapport centraal staat, namelijk het ontwijken van belasting, het gebruik van zogenaamde belastingparadijzen en 'tax havens' (evenals zogenaamde 'belastingonrechtvaardigheid') en het risico van belastingontduiking (deze problematiek is met name behandeld in de rapporten van TJN en de SOMO), daarnaast is de dienstverlening beschreven vanuit het oogpunt van het risico dat zij kan worden aangewend voor witwassen (het rapport van het FEC en het 'Unger-rapport'). Deze rapporten zijn in hoofdstuk 1 reeds behandeld in het kader van de maatschappelijke aandacht voor de dienstverlening van Nederlandse trustkantoren (zie paragraaf 1.3). Na het verschijnen van deze rapporten zijn eerstgenoemde vier rapporten tot stand gekomen (van de SEO, het EITC en het Ministerie van Financiën), waarin de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening zelf het centrale onderwerp van onderzoek zijn geweest. Zoals ook in hoofdstuk 1 aangekondigd, wordt de dienstverlening van de Nederlandse trustsector in onderhavig hoofdstuk op basis van laatstgenoemde rapporten behandeld, vanwege het inzicht dat zij bieden in de wijze waarop de dienstverlening van trustkantoren zich in de praktijk afspeelt. Eerst wordt hieronder een korte beschrijving van deze rapporten gegeven.

The Dutch Trust Industry: Facts & Figures
In april 2008 komt het rapport *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures* tot stand.[31] In dit rapport wordt op basis van *kwantitatief* empirisch onderzoek het eerste en (destijds) meest volledige overzicht gegeven met betrekking tot de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening. Het rapport beoogt inzicht te geven in de activiteiten van trustkantoren, de rol van trustdiensten in het internationale financiële systeem en de omvang van de trustsector binnen de Nederlandse economie. Ten aanzien van de dienstverlening van de Nederlandse trustsector wordt in dit rapport in de kern genomen betoogd dat trustkantoren een belangrijke rol spelen in het reduceren van transactiekosten (voornamelijk belastingen)[32] van multinationale ondernemingen. De diensten van trustkantoren zijn hierbij gericht op de administratieve vestigingen van deze ondernemingen, die hun vestigingen in Nederland gebruiken om hun internationale belastingverplichtingen te reduceren, in het bijzonder door het voorkomen van dubbele belastingheffingen en om hun financiële transacties te structureren. Op deze wijze kunnen de totale transactiekosten bij belastingbetalingen en daarmee samenhangende financiële transacties worden gereduceerd. Volgens de onderzoekers zou daarmee worden bijgedragen aan de ontwikkeling van de wereldeconomie en die van de Nederlandse economie in het bijzonder.

Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik
Het door mij verrichte onderzoek, met als titel *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik* (juli 2009), zou mijns inziens kunnen worden gezien als een aanvulling op bovengenoemd

30 R.-J.P. Lugard, 'De Wtt en de Rib Wtt: een blik in de tijd', *TvCo*, nr. 1, januari/februari 2005, p. 3.

31 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *The Dutch Trust Industry Facts & Figures*, SEO Economic Research 2008.

32 Blijkens het rapport moet bij deze kosten niet alleen aan het betalen van belasting worden gedacht, maar evenzeer aan kosten in verband met rapportage, informatie en compliance met de (lokale) wet- en regelgeving.

SEO rapport, in die zin dat hierin op basis van *kwalitatief* empirisch onderzoek wordt behandeld op welke wijze de dienstverlening van trustkantoren in Nederland zich in de praktijk afspeelt. Daarnaast wordt in het EITC-rapport behandeld op welke wijze deze dienstverlening in de praktijk wordt aangewend voor belastingontduiking en witwassen. Hierbij is tevens een categorie (Nederlandse) trustdienstverleners in beeld gekomen, die opereert *buiten* het kader van de (gereguleerde) Nederlandse trustsector. Deze groep ontwijkt bewust het toezicht van DNB en roept derhalve met zijn dienstverlening een verhoogd risico in het leven dat deze dienstverlening kan worden aangewend voor belastingontduiking en witwassen. Meer specifiek gaat het hierbij om een klein deel van de (door DNB in beeld gebrachte) 'illegale trustkantoren' en om de in dit onderzoek voor het eerst in beeld gebrachte 'virtuele trustkantoren'. Laatstgenoemde categorie 'virtuele trustkantoren' is in Nederland actief zonder vergunning en verleent voornamelijk via (Nederlandstalige) websites haar diensten. Voorop gesteld moet worden dat het bij trustkantoren 'die het toezicht ontwijken' gaat om een randverschijnsel. Ten aanzien van de gereguleerde Nederlandse trustsector wordt in dit rapport betoogd dat de (basis) dienstverlening van trustkantoren in essentie is gericht op het uitvoeren van de vereisten waaraan moet zijn voldaan voor een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij, die benodigd is om gebruik te kunnen maken van het Nederlandse (fiscale) vestigingsklimaat.

Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren
Eind april 2010 is het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* tot stand gekomen.[33] In het evaluatierapport is de Wtt (ruim zes jaar na de inwerkingtreding) geëvalueerd op grond van haar effectiviteit en doelmatigheid. Hoewel deze wet in het evaluatierapport centraal staat (onderzocht wordt of de oorspronkelijke doelstellingen van de wet gehaald zijn, of de wet nog voldoet en of er elementen zijn die voor verbetering vatbaar zijn), worden door het Ministerie van Financiën ook enkele belangrijke conclusies[34], bevindingen, aanbevelingen en toezeggingen gedaan, die verband houden met de praktijk van de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening. Ook de dienstverlening van de in het EITC-rapport genoemde trustkantoren die het toezicht ontwijken, in het bijzonder bovengenoemde 'virtuele trustkantoren', worden in het rapport van het Ministerie van Financiën genoemd. In het rapport concludeert het Ministerie in dit verband dat de vraag of de Wtt haar doel – te weten 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel' – heeft bereikt positief kan worden beantwoord, waarbij volgens haar wel moet worden aangetekend dat de definitie die de trustsector markeert, zou moeten worden herzien en of uitgebreid.

Trust matters
In september 2011 is het rapport *Trust matters* uitgebracht, als follow-up van het eerstgenoemde SEO-rapport *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures* (2008). Het rapport werd op 24 november 2011 gepresenteerd tijdens een symposium van de koepelorganisatie VIMS-DFA.[35] Daarna heeft (op 7 december 2011) rectificatie plaatsgevonden van de elektronische versie van dit rapport, zoals deze thans van de website van de SEO kan worden gedownload.[36] In het follow-up rapport heeft de SEO een vervolgonderzoek gepubliceerd, waarin de in 2008 verzamelde data zijn geactualiseerd. Met het onderzoek is beoogd op basis van de onderzochte gegevens een rationeler en beter geïnformeerd debat te kunnen voeren – 'zowel met de wetgever, (als met) de politiek, maar ook met de man in de straat'.[37]

---

33 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren. Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010.

34 De conclusies in het evaluatierapport worden gedragen door het Ministerie van Financiën en DNB gezamenlijk.

35 Zie nader over de brancheverenigingen van de Nederlandse trustsector: subparagraaf 2.3.2 'De marktstructuur van de trustsector', met name subparagraaf 2.3.2.1 'Grote trustkantoren en de VIMS' en subparagraaf 2.3.2.2 'Middelgrote en kleine trustkantoren en de DFA'.

36 Zie hierover nader hoofdstuk 3 'Misbruik van trustkantoren', met name paragraaf 3.1 'Inleiding'.

37 Zie: www.seo.nl/pagina/article/trust-matters/

2.2 De geschiedenis van de Nederlandse trustsector

2.2.1 Het begin: omstreeks 1890

Het eerste optreden van trustkantoren in Nederland wordt beschreven in één van de eerste dissertaties over de rechtsfiguur van de 'trust' in verhouding tot het Nederlandse recht. Het gaat hier om de dissertaties van Van Hall (1896)[38], Te Winkel (1914)[39] en Booy (1935).[40] In laatstgenoemde dissertatie wordt ingegaan op de dienstverlening van trustkantoren, die omstreeks 1890[41] in Nederland een aanvang zou hebben genomen. De dienstverlening bestond voor een deel uit het optreden als trustee bij obligatieleningen. In beide andere dissertaties wordt deze dienstverlening eveneens behandeld, maar daarin wordt niet expliciet over de relatie tot trustkantoren gesproken, zoals in de dissertatie van Booy. Naast het optreden als trustee bij obligatieleningen constateert hij een 'verscheidenheid van dienstverlening' bij trustkantoren, die hem doet denken aan de dienstverlening bij wat hij in zijn dissertatie 'Amerikaansche Trust Companies' noemt.[42]

Trustee's bij geldleningen (1935)
In zijn dissertatie *Trustee's bij geldleningen* (1935) staat het instituut van de trustee bij obligatieleningen centraal. Booy schrijft: 'wanneer men het woord trustee noemt, komt bij ieder in den regel het eerst de gedachte op aan den trustee bij obligatieleningen.'[43] De trustee bij obligatieleningen omschrijft hij als de 'persoon of maatschappij (die) met uitdrukkelijk of stilzwijgend goedvinden der obligatiehouders, hetzij vóór de uitgifte eener obligatieleening, hetzij later, op zich neemt, de belangen der obligatiehouders te behartigen, hen te vertegenwoordigen waar dit noodig blijkt en de speciale maatregelen te nemen, waartoe de trustacte, aan den trustee als zoodanig, machtiging geeft'.[44] Volgens Booy zou het hierbij gaan om één van de verschijningsvormen in het Nederlandse recht die als 'trust' zou zijn aan te merken, omdat de trustee eigen rechten heeft welke door hem worden uitgeoefend ten bate van alle obligatiehouders gemeenschappelijk en de trustee daarnaast optreedt als vertegenwoordiger van de individuele houders van obligaties.[45] De visie van Booy – de positie van de trustee duidt hij als die van de onmiddellijk vertegenwoordiger[46], die zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid zou ontlenen aan de trustakte, die door de obligatiehouders bij het nemen van obligaties wordt bekrachtigd[47] – is later overigens van de hand gewezen. In de moderne literatuur is de gedachte dat de trustee een onmiddellijk vertegenwoordiger van de obligatiehouders is inmiddels geheel verlaten.[48] De later gevoerde discussie over de juridische kwalificatie van het trustverband bij obligatieleningen naar Nederlands recht valt echter buiten het bereik van dit onderzoek.[49] Voor kennis moet worden aangenomen dat het trustverband bij obligatieleningen zich volgens Rongen goed zou laten verklaren met behulp van de figuur van bewind.[50] Dit wordt bevestigd door Aertsen, die in dit verband wijst op de uitzonderingspositie van de figuur van de trustee bij obligatieleningen.[51] Hoewel algemeen wordt aangenomen dat goederen slechts onder bewind kunnen worden geplaatst als daar een

---

38 A.F. van Hall, *Trust*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1896.
39 D. te Winkel, *Trustverhoudingen*, 's Gravenhage: Drukkerij Mouton & Co 1914.
40 P.M. Booy, *Trustee's bij geldleningen*, Amsterdam: N.V. Drukkerij Jacob van Campen 1935.
41 Idem, p. 39.
42 Idem, p. 39-40.
43 Idem, p. 39.
44 Idem, p. 40.
45 Idem, p. 5.
46 Idem, p. 75, p. 84 en p. 94.
47 Idem, p. 89-79.
48 Zie in dit verband: M.H.E. Rongen, 'De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee', in: S.C.J.J. Kortmann, *Vertegenwoordiging en Tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 319 e.v.
49 Zie voor een uitgebreide beschouwing hierover: M.H.E. Rongen, *a.w.* 1999, p. 316-326.
50 M.H.E. Rongen, *a.w.* 1999, p. 320.
51 D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 138.

wettelijke basis voor bestaat[52] en deze wettelijke basis bij de hier genoemde figuur ontbreekt, heeft de Minister met betrekking tot deze rechtsfiguur verklaard dat het mogelijk blijft om de uitoefening van zekerheidsrechten ingeval van een obligatielening aan een bewindvoerder op te dragen, alhoewel een expliciete wettelijke grondslag voor bewind ontbreekt.[53]

Aan de dienstverlening van trustkantoren wijdt Booy in zijn dissertatie enkele alinea's aan de trustkantoren, die hij in het kader van zijn promotieonderzoek heeft bezocht. Hij schrijft

> 'Schijnt het of het instituut van den trustee nog slechts korten tijd in ons gewoonterecht een plaats inneemt, in werkelijkheid is deze figuur reeds gedurende ruim anderhalve eeuw bekend en ook veelvuldig gebruikt, zij het onder ander benamingen. Doch het optreden van trust*kantoren* of -maatschappijen dateert van ± 1890. Het oudst bekende trustkantoor, de Nederlandsche Trust Maatschappij N.V., thans opgenomen in het Amsterdamsch Trustee's Kantoor, dat van 1893 dateert, werd in 1891 te Amsterdam opgericht (…)
>
> Er bestaan ook een aantal trustkantoren, al of niet in combinatie met administratiekantoren, welke nimmer als trustee bij obligatieleningen zijn opgetreden. Een bewijs dus, dat ook andere trustfuncties hier te lande door maatschappijen, speciaal met dat doel opgericht, worden uitgeoefend. Een combinatie van functies, zooals men vindt bij de Amerikaansche Trust Companies, treft men hier eveneens aan.'[54]

Over de dienstverlening van de 'Amerikaanse Trust Companies' schrijft Booy:

> 'De verscheidenheid van werkzaamheden, welke door de Amerikaanse Trust Companies wordt verricht, vindt men hier te lande eveneens reeds bij enkele trustmaatschappijen. Het werkprogram dezer maatschappijen bestaat uit alle trustzaken, administratiën en contrôles, liquidaties van ondernemingen, het optreden als trustee voor houders van obligaties of aandelen, de waardering van financieele en handelsbelangen, organisatie en administratie van holdings in alle landen, behartiging van belangen van schuldeischers, vormen van beschermingscomité's, vermogensbeheer, optreden als executeur-testamentair of bewindvoerder.'[55]

Naast het oudst bekende trustkantoor (de Nederlandsche Trust Maatschappij N.V. dat is opgegaan in het Amsterdamsch Trustee Kantoor) noemt Booy een aanzienlijk aantal trustkantoren, die op dat moment actief waren. Zo is in 1896 de Rotterdamse N.V. Algemeen Administratie en Trustkantoor (Aat) opgericht. In 1899 volgde de N.V. Algemene Trust Maatschappij, die vervolgens is opgenomen door de N.V. Nederlands Administratie en Trustkantoor (NedamTrust, die in 1907 is opgericht), beide gevestigd in Amsterdam. In dat jaar is tevens de N.V. Trust- en Safe-Maatschappij te Den Haag opgericht. In 1901 is de N.V. De Twentse Trustmaatschappij te Amsterdam opgericht. Voorts noemt Booy de N.V. Centrale Trust Compagnie (1905), de N.V. Generale Trust Compagnie (1911), de Hollandsche Garantie Trust Compagnie N.V. (1924), de N.V. Nederlandse Maatschappij voor Trustzaken (1924), de N.V. Nederlandse Maatschappij voor Trustzaken (1924), de N.V. Administratie- en Trustkantoor voor Handel en Industrie (1927), het Nieuw Algemeen Trustkantoor N.V. (1923) en de N.V. Mij. voor Trust- en Administratiezaken.[56] Onder de door Booy genoemde namen van de 'trustkantoren van het eerste uur' bevinden zich enkele grote namen die tot op heden in Nederland actief zijn, zoals het Amsterdamsch Trustee Kantoor, dat thans als B.V. nog steeds bestaat

---

52 Zie Asser-Van der Grinten 2-I (1990), nrs. 140-143 en 146.

53 Zie in dit verband: Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 1201-1202 en *Kamerstukken II* 1991-1992, 23 027, nr. 3, p. 5.

54 P.M. Booy, *a.w.* 1935, p. 39-40.

55 P.M. Booy, *a.w.* 1935, p. 168.

56 Idem, p. 39.

en een volle dochter is van Amsterdam Trust Corporation (ATC). Ook kan hier worden gewezen op de fusie van de bovengenoemde trustkantoren Aat (1896) en Nedam Trust (1907), die in 1994 zijn gefuseerd tot het Algemeen Nederlands Trustkantoor (ANT).[57]

De functie van trustkantoren in de beginjaren was voor een belangrijk deel gelegen in het voorzien in de behoefte obligatieleningen uit te geven onder trustverband. Van het nader te bespreken gunstige (fiscale) vestigingsklimaat zoals dat thans bestaat, was destijds nog geen sprake. In het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* wordt ten aanzien van de hier beschreven beginperiode van de dienstverlening van trustkantoren opgemerkt dat 'algemeen wordt aangenomen dat de Nederlandse trustsector zijn oorsprong vindt rond het begin van de 20e eeuw' en dat 'Het echter onduidelijk (is) welke vorm de trustsector precies had in de periode waarin zij is ontstaan'.[58] Ook in het werk van Booy kan geen antwoord worden gevonden. De trustkantoren konden hem destijds (1935) niet helpen bij zijn vraag naar de oorsprong van hun dienstverlening in de door hem beschreven trustverhoudingen:

> 'De trustkantoren zelf kunnen ons daarbij niet veel helpen, aangezien deze niet over historische bronnen beschikken en geen inlichtingen kunnen geven over de redenen voor hun oprichting.'[59]

2.2.2 De dreiging van de Tweede wereldoorlog en de Wet Zetelverplaatsing

De leidende visie op het ontstaan van de Nederlandse trustsector beziet het ontstaansmoment van de trustsector vanuit het perspectief van haar dienstverlening. Het gaat dan niet om de vraag vanaf wanneer er activiteiten in Nederland onder de noemer van 'trustkantoor' hebben plaatsvonden, maar om de vraag vanaf welk moment deze trustkantoren diensten gingen verrichten die thans tot de dienstverlening van de 'moderne' Nederlandse trustsector wordt gerekend.

Volgens de SEO en het Ministerie van Financiën is de ontwikkeling van de trustsector in Nederland in de vroege jaren tachtig van de vorige eeuw begonnen door haar betrekkingen met de (voormalige) Nederlandse Antillen en met het eiland Curaçao in het bijzonder.[60] Deze betrekkingen dateren van de periode van vóór de Tweede Wereldoorlog, waarin de oorlogsdreiging verschillende statutair in Nederland gevestigde internationale bedrijven (zoals Philips en Shell)[61] deed besluiten hun zetel naar de Nederlandse Antillen te verplaatsen.[62] Frielink en Van Eersel noemen tevens de aanwezigheid van commerciële banken als belangrijke voorwaarde voor het ontstaan van trustkantoren, waarbij het met name gaat om de banken die zogenaamde 'offshore activiteiten' ontplooien.[63] Offshore activiteiten (ook wel 'buitengaatse activiteiten' genaamd) komen kortweg neer op het in- en uitlenen van gelden ten behoeve van niet ingezetenen.[64] Deze en andere offshore activiteiten zijn vlak voor en tijdens de Tweede Wereldoorlog tot ontwikkeling gekomen door bovengenoemde zetelverplaatsing, waarbij in

---

57 Booy merkt hierbij op dat zijn opsomming geenszins de pretentie heeft volledig te zijn, omdat nauwkeurige gegevens betreffende de trustkantoren 'tot nog toe' ontbreken.

58 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 10.

59 P.M. Booy, *a.w.* 1935, p. 45.

60 Zie in dit verband: Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 10 en M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 32.

61 Na de oorlog zijn deze zetelverplaatsingen weer ongedaan gemaakt.

62 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 32.

63 Zie: J. Hagen, *Offshore Banking Centers: The Case Of Curaçao*, Curaçao 1990 en L.M. Rupert, *Roots of our Future*, Curaçao: Chamber of Commerce & Industry 1999. Zie ook: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 5: Frielink en Van Eersel wijzen ten aanzien van Curaçao op de bancaire offshore activiteiten die zijn begonnen in 1916 met de komst van de bank die thans Maduro & Curiel's Bank N.V. heet.

64 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 5.

Nederland gevestigde multinationals hun zetel naar een ander Rijksdeel binnen het Koninkrijk verplaatsten door zich voornamelijk op Curaçao te vestigen.[65]

De Wet Zetelverplaatsing
Deze zetelverplaatsing geschiedde op basis van de destijds geldende[66] Wet Zetelverplaatsing[67], die met het oog op de toenmalige buitengewone omstandigheden voorzag in een regeling die het mogelijk maakte de zetel van een in enig deel van het Koninkrijk gevestigde rechtspersoon naar een ander rijksdeel te verplaatsen.[68] Gedurende de Tweede wereldoorlog speelde Curaçao hierdoor een belangrijke rol in het beschermen van de Nederlandse belangen, aangezien de bezetter hierdoor de mogelijkheid werd ontnomen controle uit te oefenen over deze bedrijven. De geallieerden merkten de bedrijven niet aan als vijandelijk, zodat hun bezittingen in geallieerd gebied niet werden genationaliseerd.[69] Een genoemd bijkomend voordeel was dat deze handelswijze bescherming bood tegen het bevriezen van activa ('freezing of assets') door de autoriteiten van de Verenigde Staten.[70]

Lugard: 'de geboorte van de trustbranche zoals wij die nu kennen vond plaats op Curaçao'[71]
Sinds de Tweede wereldoorlog voerde de Nederlands Antilliaanse overheid officieel beleid om een gunstig belastingklimaat te creëren voor het oprichten en vestigen van ondernemingen.[72] Het gunstige fiscale klimaat, met name door de belastingverdragen met Nederland en de Verenigde Staten, heeft er voor gezorgd dat de offshore activiteiten en enige tijd later ook de trustsector zich hierna op Curaçao verder hebben ontwikkeld. Een onderdeel van dit verdragennetwerk is het verdrag dat Nederland heeft gesloten met de Nederlandse Antillen, waardoor Nederland een aantrekkelijke tussenschakel vormt om internationale kapitaalstromen naar de Nederlandse Antillen of naar andere landen met een fiscaal gunstig regime te leiden.[73] De Nederlandse Antillen vielen onder de Belastingregeling voor het Koninkrijk (afgekort: BRK), wat betekende dat de Nederlandse staat geen belasting hief op inkomsten van bedrijven die in de Antillen waren gevestigd.[74] Volgens de SEO en het Ministerie van Financiën lijkt het aannemelijk dat dit de echte start in gang heeft gezet van de trustsector zoals wij die nu in Nederland kennen. Lugard spreekt dan ook van de 'geboorte van de trustbranche' op Curaçao.[75]

'Smeets Law'
Het eerste echte trustkantoor in Curaçao is (waarschijnlijk) de N.V. Trustkantoor Curaçao, die is opgericht op 10 maart 1947.[76] Voorts wordt een belangrijke rol in de ontwikkeling van de trustsector in Curaçao toegekend aan notaris mr. A.A.G. (Anton) Smeets, die op Curaçao ook 'Papa Ton' wordt genoemd. Zijn commerciële blik wordt van groot belang geacht voor de ontwikkeling die de trustsector in Curaçao heeft doorgemaakt. Smeets trok door de Verenigde Staten om bedrijven er toe te bewegen zich in de Nederlandse Antillen te vestigen. In de juridisch fiscale professie in Amerika sprak men zelfs van 'Smeets Law'.[77] In 1953 heeft hij een stichting opgericht die fiduciaire diensten verleende. Daarna volgen onder meer: Curaçao Corporation Company N.V. en Netherlands Antilles Corporation Company N.V. (1958), Trust Company of Willemstad N.V. (1959), die in 1966 worden samengebracht in het door Smeets opgerichte Curaçao International Trust Company N.V. (CITCO).

---

65 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 32.
66 De Wet Zetelverplaatsing is vervangen door de Rijkswet vrijwillige zetelverplaatsing van rechtspersonen van 9 maart 1967. *Stb.* 1967, 161.
67 *Stb.* 1940, 200.
68 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 4.
69 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 10.
70 J.C.S. Warendorf, *Curaçao as an offshore financial centre: A Survey of Corporate Profit Tax Legislation*, Amsterdam: Pierson, Heldring en Pierson 1970, p. 7.
71 Te weten voor de Tweede Wereldoorlog, zo stelt ook Lugard. Zie: R.-J.P. Lugard, 'De Wtt en de Rib Wtt: een blik in de tijd', *TvCo*, nr. 1, januari/februari 2005, p. 10.
72 J.C.S. Warendorf, *a.w.* 1970, p. 7.
73 W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 11.
74 Ministerie van Financiën, *a.w.* 2010, p. 10.
75 R.-J.P. Lugard, *t.a.p.* 2005, p. 10.
76 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 5.
77 R.-J.P. Lugard, *t.a.p.* 2005, p. 10.

Zijn zoon C.G. (Chris) Smeets heeft CITCO voortgezet en succesvol uitgebreid. Bekende namen in de trustwereld zijn bij dit kantoor hun trustcarrière begonnen.[78] Er zijn thans 93 trustkantoren in Curaçao actief.[79] De banden met de (voormalige) Nederlandse Antillen en in het bijzonder met Curaçao worden als een belangrijke impuls gezien voor de ontwikkeling van de trustsector in Nederland, waarbij het uitgebreide netwerk van belastingverdragen, de gunstige Nederlandse fiscale regelingen en het Nederlandse rulingbeleid de belangrijkste factoren zijn geweest.

2.2.3 De aantrekkingskracht van het vestigingsklimaat van Nederland

In de literatuur wordt met betrekking tot de opkomst en het succes van de 'moderne' trustsector in Nederland een centrale rol toegekend aan het Nederlandse vestigingsklimaat. Dit vestigingsklimaat wordt gezien als de basis van de trustsector in Nederland. Sinds de vroege jaren tachtig heeft zich hierin een omvangrijke en professionele trustsector ontwikkeld.[80] Om van het Nederlandse vestigingsklimaat gebruik te kunnen maken, worden in veel internationale concernstructuren één of meer Nederlandse rechtspersonen of vennootschappen tussengevoegd.[81] Onder invloed van de geboden fiscale mogelijkheden heeft zich sinds een groot aantal jaren een omvangrijke stroom aan houdstervennootschappen in Nederland gevestigd.[82] Trustkantoren zijn betrokken bij het opzetten en onderhouden van deze structuren en het voeren van beheer over deze Nederlandse vestigingen binnen de internationale concernstructuur.[83]

Het internationaal concurrerende vestigingsklimaat van Nederland
De aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland is voor het belangrijkste deel gelegen in het internationaal concurrerende *fiscale* vestigingsklimaat. De bekendste factoren die hieraan hebben bijgedragen zijn het Nederlandse belastingverdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de rulingpraktijk en het ontbreken van bronbelasting op rente en royalty's.[84] In de inleiding van dit hoofdstuk is opgemerkt dat Nederland als tussenschakel fungeert bij internationale kapitaalstromen, ter verlaging van de totale belastingdruk van een internationaal opererende onderneming.[85] Daarnaast wordt in de MvT gewezen op het vestigingsklimaat op het terrein van het rechtspersonenrecht, evenals de goed ontwikkelde sector van professionele financiële dienstverleners.[86] Van Gorkum en De Carpentier wijzen voorts op effectenrechtelijke en algemeen civielrechtelijke motieven.[87]

De aantrekkingskracht van het internationaal concurrerende fiscale vestigingsklimaat van Nederland is in de eerste plaats gelegen in het uitgebreide netwerk van belastingverdragen. Nederland heeft sinds 1936 met een groot aantal landen belastingverdragen gesloten[88], waardoor zij thans een

---

78 Ibid. Lugard noemt in dit verband Eppo Koopmans (Holland Intertrust), Rene Rijntjes en Rob van der Voort (TMF).

79 *Register Trust Service Providers*, Willemstad: Centrale Bank van de Nederlandse Antillen, 31 december 2011.

80 W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 11.

81 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3. p. 1.

82 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 15.

83 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3. p. 1: voor internationaal opererende bedrijven is het vaak efficiënter om het beheer uit te besteden aan gespecialiseerde trustkantoren, dan om voor dat doel in Nederland eigen personeel in te zetten.

84 G. Groen, C. Chan en D. Stalenhoef, 'Het fiscale vestigingsklimaat in Nederland', *Forfaitair* nr. 143, 2004, p. 22.

85 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 11.

86 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3. p. 1.

87 Van Gorkum en De Carpentier wijzen erop dat naast fiscale motieven ook effectenrechtelijke of algemeen civielrechtelijke motieven die een rol kunnen spelen om een bepaalde doorstroomentiteit in Nederland (of juist in een ander land, zoals Luxemburg) te vestigen, vanwege de internationale verschillen in toezicht op bepaalde activiteiten, bijvoorbeeld het toezicht op beursgenoteerde entiteiten. Zie in dit verband: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 13.

88 Een overzicht van deze belastingverdragen van het verdragennetwerk van Nederland kan worden gevonden in C. van Raad, *Teksten Internationaal & EG belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011. In deze

verdragennetwerk heeft opgebouwd van meer dan tachtig belastingverdragen. In deze verdragen wordt onder meer de bevoegdheid tot het heffen van belasting toegewezen en worden bronheffingen verlaagd tot een in het belastingverdrag genoemd tarief. Daarnaast kent Nederland enkele aantrekkelijke fiscale regelingen, zoals de zogeheten deelnemingsvrijstelling – internationaal bekend als de 'participation exemption' – op basis waarvan dividenden en vermogenswinsten op aandelen onder bepaalde voorwaarden vrij van Nederlandse vennootschapsbelasting kunnen worden ontvangen en gerealiseerd. Daarnaast is van belang dat Nederland in beginsel geen bronbelasting kent op rentebetalingen en royalty's, waardoor met behulp van een in Nederland gevestigde doelvennootschap in de (nader te behandelen) financieringsstructuur of licentiestructuur (ook wel 'royaltystructuur' genaamd) fiscaal voordeel kan worden wordt behaald. Voorts speelt het rulingbeleid van Nederland een belangrijke rol, omdat op basis daarvan vooraf zekerheid kan worden verkregen over de gevolgen van bepaalde transacties naar Nederlands fiscaal recht. Tot slot is een ander belangrijk aspect van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat de stabiliteit ervan. Nederland staat internationaal bekend vanwege de continuïteit bij het verlenen van bepaalde fiscale faciliteiten. Onzekerheid over plotselinge wijzigingen in het fiscale stelsel schrikt internationale ondernemingen af vanwege de aanzienlijke kosten die met de opzet van concernstructuren gepaard gaan.[89]

Fiscale structuren

De fiscale structuren die op basis van de hier genoemde belastingverdragen en fiscale regelingen het meest voorkomen en derhalve de grootste bekendheid genieten zijn de *houdsterstructuur*, de *financieringsstructuur* en de *licentiestructuur*.[90] De houdsterstructuur is bedoeld om te voorkomen dat van buitenlandse deelnemingen afkomstig dividend dubbel wordt belast, waarbij bovendien gebruik kan worden gemaakt van de gunstige bronbelastingtarieven op grond van de belastingverdragen. Hierdoor worden de dividenden eenmalig en voor een lager dividendbelastingtarief bij hun buitenlandse deelneming belast. Door middel van de financieringsstructuur kunnen rentebetalingen tussen gelieerde vennootschappen binnen Europa onder bepaalde voorwaarden worden gedaan zonder heffing van bronbelasting. Hierdoor kan een groot percentage van de rente in Nederland onbelast worden doorbetaald aan de uiteindelijk begunstigde. Dit is meestal een vennootschap die is gevestigd in een land met een gunstig belastingregime, waar de rente tegen een relatief laag tarief wordt belast. De licentiestructuur is op een vergelijkbare wijze vormgegeven. Op basis van deze structuur kunnen onder bepaalde voorwaarden royaltybetalingen tussen gelieerde vennootschappen binnen Europa worden gedaan zonder heffing van bronbelasting, waardoor een groot percentage van de royalty inkomsten in Nederland onbelast kunnen worden doorbetaald aan de uiteindelijk begunstigde. Ook bij deze concernstructuur wordt het grootste gedeelte belast tegen een laag tarief in een land met een gunstig belastingregime.[91] Bij de bespreking van de dienstverlening van trustkantoren in Nederland (in paragraaf 2.4 'De dienstverlening van trustkantoren in Nederland'), wordt op deze structuren dieper ingegaan in subparagraaf 2.4.3.1 'De houdsterstructuur', respectievelijk subparagraaf 2.4.3.2 'De royaltystructuur' en subparagraaf 2.4.3.3 'De financieringsstructuur'.

---

bundel zijn de belastingverdragen opgenomen met de volgende landen: Albanië, Armenië, Argentinië, Australië, Bangladesh, Bahrein, Belarus. België, Brazilië, Bulgarije, Canada, China, Denemarken, Duitsland, Egypte, Estland, Filippijnen, Finland, Frankrijk, Georgië, Ghana, Griekenland, Guernsey, Hongarije, Ierland, India, Indonesië, Israël, Italië, Japan, Jersey, Joegoslavië, Kazachstan, Koeweit, Korea, Kroatië, Letland, Litouwen, Luxemburg, Macedonië, Malawi, Maleisië, Malta, Man, Marokko, Mexico, Moldavië, Mongolië, Nieuw-Zeeland, Nigeria, Nigeria, Noorwegen, Oeganda, Oekraïne, Oezbekistan, Oostenrijk, Pakistan, Polen, Portugal, Qatar, Roemenië, Russische Federatie, Singapore, Slovenië, Slowakije, Sovjet-Unie, Spanje, Sri Lanka, Suriname, Taiwan, Thailand, Tsjechië, Tunesië, Turkije, Venezuela, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten, Vietnam, IJsland, Zambia, Zimbabwe, Zuid-Afrika, Zweden, Zwitserland, BRK.

89 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 13.

90 De in Nederland gevestigde entiteiten in deze structuren worden respectievelijk 'houdstervennootschappen', 'financieringsmaatschappijen' en 'royaltyvennootschappen' genoemd.

91 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 19 e.v.

2.3 De opbouw van de Nederlandse trustsector

Er zijn naar schatting thans 163 (groepen)trustkantoren in Nederland actief, waaraan DNB ongeveer 300 vergunningen heeft verleend.[92] Sinds het eerste onderzoek naar de samenstelling van de Nederlandse trustsector door DNB is er steeds meer informatie beschikbaar gekomen over de opbouw en de marktstructuur van de trustsector, waardoor een gedetailleerder beeld van de sector kan worden vastgelegd.[93] Zo heeft het onderscheid tussen grote, middelgrote en kleine trustkantoren in het eerste SEO-rapport een becijferd referentiekader gekregen. Dit onderscheid werd voor het uitbrengen van dit rapport reeds gehanteerd, bijvoorbeeld bij de onderverdeling van trustkantoren bij de twee brancheverenigingen (waarbij grote trustkantoren respectievelijk middelgrote en kleine trustkantoren zich hebben aangesloten), maar is nu inzichtelijker, doordat is vastgesteld vanaf hoeveel werknemers een trustkantoor als groot, dan wel middelgroot of klein wordt aangemerkt. Ook bieden onderzoeksvragen met betrekking tot de hoge concentratie trustkantoren in Amsterdam, in het bijzonder aan de Amsterdamse Zuidas, inzicht in de aantrekkingskracht van deze locatie op de trustsector[94] en de overwegingen die bij de geografische spreiding van trustkantoren een rol spelen.

2.3.1 Een eerste indruk: onderzoek door DNB en de overgangsperiode van de Wtt

Na het eerste onderzoek van DNB waren een kleine 220 trustkantoren bij DNB bekend. Daarnaast bood de Wtt bestaande trustkantoren een overgangsperiode, die inhield dat zij hun trustwerkzaamheden mochten voortzetten totdat op hun vergunningaanvraag was beslist (artikel 50 Wtt).[95] DNB ontving door deze regeling 300 reacties, waarbij het ging om reacties van kantoren die zich conform artikel 50 Wtt hadden gemeld, reacties van kantoren die meenden dat hun activiteiten niet onder de Wtt zouden vallen en reacties van kantoren die twijfelden of zij hieronder zouden vallen. Deze reacties hebben geleid tot 190 meldingen voor de overgangsperiode. Daarna meldden zich nieuwe trustkantoren die voornemens waren trustdiensten te gaan verrichten. Er waren ruim 100 kantoren die zich niet bij DNB hebben gemeld omdat zij hun trustdienstverlening hadden gestaakt of aangaven bij nader inzien niet als trustkantoor te kwalificeren, dan wel omdat zij onder de Vrijstelling Wet toezicht trustkantoren vielen.[96] DNB heeft de reikwijdtevragen van (trust)kantoren die zich hadden gemeld in behandeling genomen en nader onderzoek verricht naar trustkantoren die zich niet bij DNB hadden gemeld, maar wel als trustkantoor bij DNB bekend stonden

Op basis van de meldingen onder het overgangsregime is het beeld dat bij DNB bij de voorbereiding van het trusttoezicht naar voren is gekomen in grote lijnen bevestigd. Uit de meldingen is naar voren gekomen dat een aantal trustkantoren vanuit meerdere (veelal twee of drie, maar ook grotere aantallen, zoals in een enkel geval tien) entiteiten trustdiensten verleent. Deze opzet lijkt in bepaalde gevallen historisch bepaald, maar ook beperking van aansprakelijkheid kan hierbij een rol spelen. Voorts is gebleken dat een groot aantal trustkantoren wordt gedreven door (oud) belastingadviseurs of oud medewerkers van grotere trustkantoren, waarbij in sommige gevallen slechts enkele cliënten worden bediend. Met betrekking tot de ervaring met toezicht is naar voren gekomen dat de meeste trustkantoren hier geen ervaring mee hadden, alleen de ongeveer 20 trustkantoren die aan een bank gelieerd waren hadden wel ervaring met toezicht. Voorts ontstond de indruk dat een omvangrijk

---

92 Zie in dit verband het Register trustkantoren, op www.dnb.nl (de website van DNB).

93 In de literatuur wordt met 'de Nederlandse trustsector' de gereguleerde trustsector bedoeld. Het gaat daarbij om trustkantoren die vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam zijn en een hiervoor over een vergunning van DNB beschikken. Randverschijnselen als de nader te bespreken 'illegale'- en 'virtuele trustkantoren' worden doorgaans en ook in dit onderzoek niet tot de Nederlandse trustsector gerekend.

94 De beweegredenen van trustkantoren om zich voornamelijk in Amsterdam te vestigen vallen buiten het kader van deze studie. In het SEO-rapport wordt kort op deze vraag ingegaan, waarbij in de literatuur een antwoord wordt gevonden in het beschreven mechanisme van 'industrial clustering'. Zie nader: M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 34.

95 Als voorwaarde hierbij werd gesteld dat zij zich uiterlijk 26 april 2004 bij DNB hadden gemeld.

96 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 15-16.

marktaandeel binnen de Nederlandse trustsector werd vertegenwoordigd door de belangenorganisaties van trustkantoren, te noemen de Vereniging International Management Services (VIMS) en de Dutch Fiduciary Association (DFA). Daarnaast kan worden gewezen op de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), die als belangenorganisatie de bancaire trustkantoren vertegenwoordigt en met de VIMS samenwerkt. Tot slot is naar voren gekomen dat de omvang van de trustkantoren sterk verschilde, waarbij de 10 grootste trustkantoren een omzet van grofweg 5 tot 25 miljoen euro per jaar hebben, met een personeelsbestand tussen de 40 en 150 personeelsleden en de enkele tientallen kleine eenmanstrustkantoren een omzet hebben van enkele duizenden tot 200.000 euro per jaar.[97]

2.3.2 De marktstructuur van de trustsector

De Nederlandse trustsector heeft geen specifieke marktleider, maar is min of meer onderverdeeld in grote en kleine trustkantoren.[98] Het meest recente en volledige cijfermatige overzicht wordt als gezegd thans geboden door het SEO-rapport. In dit rapport wordt onderscheid gemaakt tussen grote (meer dan 30 werknemers), middelgrote (3-30 werknemers) en kleine trustkantoren (minder dan 3).[99] Grote trustkantoren bedienen een ander deel van de markt dan middelgrote en kleine trustkantoren, waardoor deze groepen nauwelijks concurreren. Zij bedienden vooral de 'international corporate clients', die voornamelijk behoefte hebben aan continuïteit en aan grote trustkantoren de voorkeur geven vanwege hun stabiliteit bij onverwachte gebeurtenissen, terwijl middelgrote en kleine trustkantoren met name diensten verlenen aan 'non-enterprise clients', die (naar eigen zeggen) gezien hun omvang in staat zijn om persoonlijkere aandacht en zorg aan hun cliënten te verlenen in vergelijking tot de grote kantoren.

2.3.2.1 Grote trustkantoren en de VIMS

Er zijn thans 11 grote trustkantoren in Nederland actief[100] die alle zijn aangesloten bij de eerste brancheorganisatie binnen de sector, te weten de Vereniging International Management Services (VIMS). Deze organisatie heeft tot doel de belangen van met name de grote trustkantoren in Nederland te behartigen. Hiertoe onderhoudt zij contacten met overheidsinstellingen en neemt zij deel in overlegorganen en commissies. Daarnaast is de VIMS behulpzaam bij het ontwikkelen van initiatieven ter verbetering van het vestigingsklimaat in Nederland.[101] Ten aanzien van haar leden stelt de VIMS een aantal lidmaatschapsvereisten op het gebied van de organisatie. Zo moeten bij deze trustkantoren een bepaald aantal juristen en belastingadviseurs werkzaam zijn en moet de organisatie een minimale hoeveelheid eigen vermogen tot haar beschikking hebben.[102]

Grote trustkantoren ('Large firms')

Gemiddeld werken er bij de grote trustkantoren 100 werknemers, waarvan 30% universitair is opgeleid en 40% een HBO opleiding heeft afgerond. De accountancy en de juridische advisering vormen hierbij de belangrijkste specialisaties: beide een vierde van het totale personeel.[103] Vanuit het

---

97 Zie voor een uitgebreidere weergave van deze onderzoeksbevindingen van DNB: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 15-16. Over deze onderzoeksbevindingen zijn verder geen gegevens beschikbaar, zodat voor de beschrijving daarvan het nodige is ontleend aan het werk van Van Gorkum en De Carpentier. Verzoeken gericht aan DNB tot inzage in haar Historisch Archief zijn door DNB afgewezen, met als reden dat deze verzoeken betrekking hebben op de toezichtstaak van DNB en dat het gearchiveerde materiaal (voornamelijk) jonger is dan 20 jaar.

98 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 19.

99 Idem, p. 19-20.

100 De ledenlijst van de VIMS bestaat uit de volgende trustkantoren: ANT Trust & Corporate Services N.V., ATC Corporates Services (Netherlands) B.V., Citco Nederland B.V., IMFC Management B.V., Orangefield Trust (Netherlands) B.V., Intertrust (Netherlands) B.V., New Amsterdam Cititrust B.V., TMF Nederland B.V., F. van Lanschot Trust Company B.V., Deutsche International Trust Company N.V. en Amicorp (Netherlands) B.V.

101 Zie nader: www.vims.nl (de website van de VIMS).

102 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 11.

103 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 23.

perspectief van de jaarlijkse omzet bezien zijn administratieve, accounting en boekhouddiensten de belangrijkste diensten van de grote kantoren. Hoewel er als gezegd nauwelijks competitie is met de middelgrote en kleine trustkantoren, is er aanzienlijke competitie tussen grote trustkantoren. Grote trustkantoren hebben in dit kader hun eigen niche of 'selling point', zoals een specifieke expertise (bijvoorbeeld securitisatie, administratief fondsbeheer, 'in-house banking services') of een bepaald marktgebied.[104]

Als gezegd richten de grote trustkantoren zich voornamelijk op 'corporate clients', waarbij volgens de SEO 60% van de omzet door dienstverlening aan multinational corporations (MNCs) wordt gegenereerd. Voorts wordt 25% gegenereerd door dienstverlening aan financiële instellingen en 14% door dienstverlening aan privé personen. Evenals bij de nader te bespreken middelgrote en kleine trustkantoren is de EU de belangrijkste markt. De volgorde van landen waarin de uiteindelijk belanghebbende (UBO) is gevestigd, naar rato van de gegenereerde omzet luidt als volgt: 50% van de omzet vloeit voort uit UBOs uit de EU (waaronder Nederland), met 20% van de omzet volgt Noord Amerika als tweede markt. Azië, de Pacific en Australië tellen gezamenlijk mee voor 13%. Tussen de 5 en 10% betreft non EU-Europa en Latijns Amerika. Afrika en de Cariben tellen ten slotte mee voor respectievelijk 1,2% en 0,4%.[105]

Trust matters
In het follow-up rapport *Trust matters* worden eveneens enige beschouwingen gewijd aan de marktstructuur van de trustsector, waarbij enkele verschillen worden belicht tussen de grote trustkantoren enerzijds en de middelgrote en kleine trustkantoren anderzijds. Zo wordt geconstateerd dat de grote trustkantoren binnen de sector een verhoudingsgewijs kleine groep vormen, waardoor een groot aantal juridische entiteiten wordt beheerd: minder dan 5% van de trustsector beheert 1.000 entiteiten of meer. Daarnaast bevat de sector een grote groep middelgrote en kleine trustkantoren met een relatief kleine cliëntbasis: meer dan 40% van de trustkantoren beheert minder dan 20 juridische entiteiten. Voorts constateert de SEO dat de meeste trustkantoren een 'full range' aan diensten aanbieden en dat het aandeel in administratieve, management en juridische diensten met het formaat van het trustkantoor toeneemt. Domicilieverlening is sterk vertegenwoordigd bij kleine trustkantoren. Tot slot is er tussen grote, middelgrote en kleine trustkantoren een verschil in wat in het SEO-rapport de 'regionale focus' wordt genoemd: grote trustkantoren hebben gemiddeld genomen cliënten met UBOs in meer dan vier regio's. Voor middelgrote trustkantoren ligt het gemiddelde op drie regio's en ten aanzien van kleine trustkantoren komt het SEO tot een gemiddelde van 2,4 regio's.[106]

2.3.2.2 Middelgrote en kleine trustkantoren en de DFA
Op 16 september 2002, kort na de aankondiging van de komst van de Wtt in 2001, is de Dutch Fiduciary Association (DFA) opgericht. Bij deze branchevereniging voor middelgrote en kleine trustkantoren hebben zich thans 63 trustkantoren aangesloten (ongeveer 40% van de vergunninghoudende trustkantoren).[107] De doelstelling van de DFA is het bevorderen van de belangen

---

104 Ibid.
105 Ibid.
106 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 15-16.
107 De ledenlijst van de DFA bestaat uit de volgende trustkantoren: 2-Trust B.V., Adcomp Trust & Adviesgroep, Alea Management B.V., Andante B.V., Apollo Corporate Services, Aufisco Trust B.V., Bayard Trust B.V., BK Corporate International B.V., BlauStein CS B.V., Bonheem Intertrust B.V., Briddge Trust Services B.V., C-Corp B.V., Calyon Trust B.V., Capita Fiduciary B.V., Circle Trust Services Netherlands B.V., Commenda International B.V., Confitrust B.V., Corporate Support Group B.V., Curado Trust (Nederland) B.V., De Monchy Fiduciary Management B.V., Delfin Trust B.V., Earl Trustees B.V., Exclusive Company Management B.V., Fipaco Trust Services N.V., FTC Trust B.V., Global Forward Trust B.V., Gregory International Consultants B.V., H&P Trust Company (Netherlands) B.V., HBA Trust Services B.V., Independium B.V., Intercity Corporate Management B.V., LFS Management Services B.V., Marden Group B.V., Matcorp B.V., Modern Treuhand B.V., Molade Trust Management B.V., Mutual Trust Netherlands B.V., N/A/K B.V., NC Trust B.V., Noble Management B.V., Noordbrabantse Participatiemaatschappij 'De Kempen', P&M Trust Services B.V.,

van haar leden en het vertrouwen in de trustsector, waartoe zij zich tevens tot doel stelt het publiek hierover informatie te verschaffen.[108]

Middelgrote trustkantoren ('Medium sized firms')
Bij middelgrote trustkantoren werken er gemiddeld 9 full time medewerkers. Het opleidingsniveau van het personeel is min of meer gelijk verdeeld, met 36% universitair opgeleiden en 32% HBO opgeleiden. Het palet aan aangeboden diensten gelijkt op die van de grote trustkantoren, met dien verstande dat juridische dienstverlening en domicilieverlening bij middelgrote kantoren vaker voorkomt dan bij de grote kantoren en het omgekeerde geldt voor administratieve dienstverlening, accounting en boekhoud services, die juist bij de grote trustkantoren meer voorkomen. Als gezegd richten middelgrote trustkantoren zich voornamelijk op 'non-enterprise clients', die volgens de SEO dan ook 54% van hun cliëntenbestand uitmaken. De EU is bij middelgrote trustkantoren als gezegd de belangrijkste markt. Meer dan 80% van de omzet wordt door UBOs uit de Europa gegenereerd. Voorts zij de volgende regionale markten van belang: Azië, de Pacific en Australië met 7,9%, Noord Amerika met 5,8% en Latijns en Centraal Amerika met 3,4%.[109]

Kleine trustkantoren ('Small firms')
Bij kleine trustkantoren werken (naast de directeur/eigenaar) gemiddeld 0,7 medewerkers. Het opleidingsniveau is relatief hoog; bijna twee derde van het werkend personeel (inclusief de eigenaar van het trustkantoor) is universitair opgeleid. Meestal hebben zij een juridische achtergrond (41%), maar er zijn daarnaast ook accountants, economen en fiscalisten. In tegenstelling tot grote en middelgrote trustkantoren hebben kleine trustkantoren een beperkter aanbod in diensten en concurreren zij voornamelijk op prijs. Zij bieden over het algemeen diensten aan als domicilieverlening (11% van de omzet), het uitoefenen van bestuursfuncties (16%) en 'management services' (34%). Daarnaast kan worden gewezen op administratieve dienstverlening, accountancy en boekhouddiensten, te weten 23%. Hoewel privé personen in termen van omzet belangrijker zijn voor middelgrote trustkantoren, genereren 'non-enterprise clients' nog altijd meer dan 30% van de omzet bij kleine trustkantoren. Volgens de SEO is de omzet gegenereerd door multinational corporations bij kleine trustkantoren met 56% opmerkelijk hoog. De Europese markt is bij kleine trustkantoren het belangrijkst: 80% van de omzet is afkomstig van Europese UBOs. Noord Amerika, Azië, de Pacific en Australië dragen ieder voor zo'n 6% bij aan de omzet. Tot slot dragen Centraal en Latijns Amerika minder dan 2% van de omzet bij. Volgens de SEO zijn de Cariben bovendien een nichemarkt voor sommige kleine trustkantoren.[110]

2.4 De dienstverlening van trustkantoren in Nederland

2.4.1 Inleiding

In de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk is er op gewezen dat de dienstverlening van trustkantoren moeilijk is te doorgronden en dat zij zich bovendien lastig in algemene termen laat vatten. Voor een deel komt dit door het zeer uitgebreide dienstenpallet van de Nederlandse trustsector.[111] Daarnaast

---

Pan-Invest B.V., Pelican Trust B.V., Phibren International Management B.V., Poliedro Services B.V., Polyvesta Trust Management B.V., Portland Partners B.V., Private Equity Services (Amsterdam) B.V., Qorp BV/S.A. Business Partners B.V., Red Flag B.V., Royprop Amsterdam B.V., Sin.Fid. B.V., Solidly Finance B.V., Sovereign Trust (Netherlands) B.V., Teslin Corporate Services B.V., The Netherlands Management and Trust Company B.V. (The NL Trust), Trust Alliance Investments Services B.V., Trust Company Amsterdam B.V., Trust Stichting Ruig & Partners, Trustland B.V., Trustmoore Netherlands B.V., Two B Management B.V., United International Management B.V., UTC United Trust Corporation (Netherlands) B.V., Veco Trust (NL) B.V., Vistra (Netherlands) B.V., Your Trust (Netherlands) BV en Zenco Corporate Services B.V.

108 Zie nader: www.dutchfiduciary.nl (de website van de DFA).

109 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 23.

110 Idem, p. 23-24.

111 Zie voetnoot 18.

gaat het als gezegd om diensten van sterk uiteenlopende aard, waarvoor veelal een hoge mate van expertise is vereist.[112] Niet al deze diensten worden dan ook door ieder trustkantoor aangeboden. Dit maakt het lastig om het brede en bovendien meestal specialistische aanbod van dienstverlening van trustkantoren in algemene omschrijvingen te kunnen vatten.

Basic trust services
Aanknopingspunten die bij het duiden van de belangrijkste dienstverlening worden gebruikt zijn 'de mate waarin de dienstverlening voorkomt' of 'het percentage van de jaarlijkse omzet dat in de trustsector met deze dienstverlening is gemoeid'. Zoals in de inleiding reeds ter sprake is gekomen omschrijft DNB de dienstverlening (die het meest voorkomt) als 'het beheer van vennootschappen (doelvennootschappen), die om verschillende redenen (waaronder fiscale) in Nederland zijn gevestigd, in opdracht van buitenlandse aandeelhouders van deze vennootschappen' (DNB, 2006).[113] De SEO spreekt in haar (eerste) rapport van drie 'basis trustdiensten' ('basic trust services'), te weten: domicilieverlening, managementdiensten, en administratieve diensten (SEO, 2008).[114]

Dienstverlening en 'reële aanwezigheid' ('substance') van de doelvennootschap
In het door mij verrichte kwalitatief onderzoek naar de dienstverlening (en misbruik) van trustkantoren in Nederland, is naar voren gekomen dat deze 'basis trustdienstverlening' voornamelijk wordt ingeschakeld met het oog op het fiscale vestigingsklimaat in Nederland.[115] Voor de afgifte van rulings in de nader te bespreken nieuwe rulingpraktijk, evenals voor de toepassing van belastingverdragen van het Nederlandse verdragennetwerk en ten aanzien van de buitenlandse fiscus wordt als vereiste gesteld dat sprake is van een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij.[116] In subparagraaf 2.4.5 wordt nader behandeld op welke wijze de dienstverlening van trustkantoren zicht verhoudt tot het uitvoering geven aan deze 'vereisten van substance'. Deze samenhang wordt tevens in het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* genoemd, waarin het Ministerie van Financiën schrijft dat 'het beheer of het opzetten van deze vennootschappen (die vanwege het fiscale vestigingsklimaat in Nederland zijn gevestigd) bij uitstek een dienst is die door een trustkantoor wordt verricht' en dat het anders gezegd 'aan het trustkantoor de taak (is) 'substance' te creëren.[117]

Helemaal nieuw zijn de bevindingen over de samenhang tussen trustdienstverlening en het uitvoering geven aan de vereisten van substance overigens niet. Zo merkte De Savornin Lohman in 1998 bijvoorbeeld reeds op dat 'een trustkantoor zijn bedrijf ervan (maakt) de directie te voeren over (houdster, financierings-, royalty- en onroerend goed) vennootschappen' en dat het 'daarbij domicilie verleent in Nederland, mede ten einde in de ogen van de competente buitenlandse fiscus substance voor de vennootschappen in Nederland te creëren'. Niettemin roept het standpunt, dat de dienstverlening van trustkantoren voornamelijk uit fiscale beweegredenen wordt aangewend en dat de meest voorkomende (basis) dienstverlening met name is gericht op het realiseren van de benodigde 'substance' van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij om van het Nederlandse (fiscale) vestigingsklimaat gebruik te kunnen maken, nogal eens de nodige weerstand op. Het voorgaande zou dan als 'iets kunstmatigs' worden gezien, waardoor voeding wordt gegeven aan het negatieve imago waarmee de sector te maken heeft (zie ook paragraaf 1.3 'Maatschappelijke aandacht voor de dienstverlening van trustkantoren'). De Beer merkt ter zake op dat 'het negatieve beeld van een trustkantoor dat een façade biedt aan een groot aantal lege brievenbusmaatschappijen, nooit zo zeer van toepassing (is) geweest op de Nederlandse situatie'.[118] Ook Van Gorkum en De Carpentier spreken zich tegen dit negatieve beeld uit, zij stellen dat 'de activiteiten van Nederlandse trustkantoren (niet) dienen te worden gezien als het slechts bieden van een façade aan een groot aantal

112 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 1.
113 'Risicobeheersing bij geldtransactie- en trustkantoren', *DNB kwartaalbericht* maart 2006, p. 77.
114 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 16.
115 H.A. de Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren', *NV.* Nr. 10, oktober 1998, p. 212.
116 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 15-25.
117 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 10.
118 A.C.G. De Beer, 'Toezicht op trustkantoren', *Bank- en effectenbedrijf* maart 2003, p. 28.

lege brievenbusmaatschappijen' en dat 'het buiten twijfel staat dat de Nederlandse trustsector een belangrijke rol vervult binnen de Nederlandse financiële dienstverlening.'[119]

Opmerkelijk genoeg wordt in deze discussie kennelijk verondersteld dat 'het uitvoering geven aan de vereisten van substance' zich lastig of niet zou kunnen verdragen met het standpunt dat 'trustkantoren een belangrijke rol vervullen binnen de Nederlandse financiële dienstverlening'. In het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* lijkt dit uitgangspunt echter (terecht) te worden verlaten. Ten aanzien van de dienstverlening van trustkantoren wordt in dit rapport zowel het standpunt gehuldigd dat 'het aan trustkantoren de taak is substance te creëren'[120], als dat trustkantoren 'een substantiële bijdrage leveren aan de B.V. Nederland'. De 'neutrale' of 'gematigd positieve' toonzetting van het rapport getuigt mijns inziens onmiskenbaar van een veranderde kijk op de dienstverlening van trustkantoren. Zo getuige bijvoorbeeld de volgende passages van het evaluatierapport:

> 'Naast de voordelen kleven er tevens enkele nadelen aan een relatief grote trustsector. Andere landen kijken soms met argusogen naar de Nederlandse trustsector, zeker waar Nederland belastinginkomsten geniet die mogelijk ten koste gaan van de belastinginkomsten van een ander land.
>
> Het succes van de trustsector in Nederland is voornamelijk gebaseerd op een goede financiële en juridische infrastructuur, een gunstig en transparant fiscaal klimaat waaronder het grote aantal belastingverdragen waarbij Nederland partij is. Het valt niet uit te sluiten dat in de toekomst Nederland in toenemende mate door verdragspartners wordt benaderd met de wens zogenaamde "limitation-on-benefits" bepalingen in de verdragen op te nemen. Wanneer dit gebeurt dan kan dit gevolgen hebben voor, onder andere, de Nederlandse trustsector.'[121]

Veel voorkomende fiscale structuren en het APA/ATR-Team

Naast bovengenoemde 'basis trustdiensten', zijn er drie veelvoorkomende fiscale structuren aan te wijzen, waarbij de dienstverlening van trustkantoren wordt aangewend, te weten: de 'houdsterstructuur', de 'royaltystructuur' en de 'financieringsstructuur'. In het voor houdstervennootschappen, royaltyvennootschappen en financieringsmaatschappijen aantrekkelijke fiscale vestigingsklimaat in Nederland is het gebruik van deze structuren tot ontwikkeling gekomen. In de praktijk worden deze structuren met elkaar gecombineerd en kunnen deze worden uitgebreid tot gecompliceerde structuren, afhankelijk van het doel waartoe de structuur wordt opgericht. Trustkantoren spelen een belangrijke en toenemende[122] rol bij het opzetten van deze gecompliceerde structuren. Zij werken hierbij meestal samen met één of meer (vaste) belastingadviseurs, die cliënten bij hen aanbrengen en adviseren over de fiscale constructies van de cliënten. Een andere belangrijke speler in het veld is het zogeheten APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Rijnmond/kantoor Rotterdam Unit 1, die exclusief bevoegd is op basis van zogenaamde 'tax rulings' vooraf zekerheid te geven over de wijze waarop bepaalde structuren door de Nederlandse belastingdienst zullen worden behandeld.[123] Hier speelt het belang van voldoende substance, omdat het APA-/ATR-team géén 'zekerheid vooraf' zal verstrekken indien de in Nederland gevestigde doelvennootschap niet voldoet aan de vereisten op het gebied van een reële aanwezigheid ('substance') in Nederland.

Bij de bespreking van bovengenoemde structuren wordt nader ingegaan op de rol van zowel de trustkantoren als de belastingadviseurs en het APA-/ATR-team. Afsluitend worden de vereisten van 'substance' behandeld en de rol van de dienstverlening van trustkantoren bij het realiseren van deze vereisten. Hierbij geef ik een beschouwing waarin de 'basis dienstverlening' van trustkantoren

---

119 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 21.

120 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 10.

121 Idem, p. 6-7.

122 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 17.

123 D. Hund en B.J.J.M. Lucas Luijckx, *Internationaal fiscaal memo*, Deventer: Kluwer 2010, p. 179.

(domicilieverlening, management diensten en administratieve diensten) bij de genoemde 'basis structuren' (de houdsterstructuur, de royaltystructuur en de financieringsstructuur) worden samengebracht. Ter uitleiding worden enkele 'relativerende kanttekeningen' geplaatst.

2.4.2 De drie 'basis trust diensten': domicilieverlening, management diensten en administratieve diensten

Hierboven is reeds aangegeven dat de (basis)dienstverlening van trustkantoren volgens DNB is gericht op het beheer van vennootschappen (doelvennootschappen), die om verschillende redenen (waaronder fiscale) in Nederland zijn gevestigd, in opdracht van buitenlandse aandeelhouders van deze vennootschappen. De rol van trustkantoren wordt hierbij omschreven als het bestuur van doelvennootschappen, het leveren van een vestigingsadres en het verzorgen van administratieve en juridische ondersteuning.[124] Op basis van deze omschrijving komt de SEO zoals besproken tot een onderverdeling in drie 'basis trustdiensten' ('basic trust services'), te noemen domicilieverlening ('the provision of an adress in the Netherlands'), managementdiensten ('trust offices manage the legal entities on behalf of their clients') en administratieve diensten ('bookkeeping, administrative and accounting services').[125]

Aan de hand van het overzicht in het eerste SEO-rapport (2008) van de verdeling van de totale *omzet* van de trustsector (€ 242 miljoen) over de aangeboden diensten, blijkt dat de categorie 'administratieve diensten' (administratieve, accounting en boekhouddiensten, inclusief het verrichten en documenteren van grote en complexe transacties voor de grotere bedrijven) met 38% van de totale omzet (€ 92 miljoen) de belangrijkste categorie is, gevolgd door 'management diensten', die met 32% (€ 77 miljoen) op de tweede plaats komt. Juridische ondersteuning volgt met 10% (€ 24 miljoen) en op een gedeelde vierde plaats komen 'domicilieverlening' (de 'domiciliation fee') en 'het verschaffen van personeel aan de doelvennootschap' (het gaat hier om de 'personal directors fee', oftewel de 'fee for the provision of personnel to the legal entity'), die volgens het SEO beide voor 8% van de omzet (€ 19 miljoen) meetellen. De laatste 4% wordt door de SEO ondergebracht in de categorie 'other support'.[126] In het follow-up rapport van de SEO wordt een geschatte groei van de omzet geconstateerd van 50% (€ 122 miljoen), waarmee de totale geschatte omzet op € 364 miljoen komt (zie nader hieronder paragraaf 2.5 'De betekenis van de trustsector voor de Nederlandse economie').[127]

Voor de drie 'basic trust services' is volgens de SEO niet altijd een 'high degree of sophistication' vereist. De 'toegevoegde waarde' van de Nederlandse trustsector moet volgens de SEO dan ook juist worden gezocht in de specifieke bijkomende dienstverlening, zoals belastingaangiften, complexe administratieve en financiële herstructurering, auditing services, het onderhouden van contact met banken en toezichthouders en het verrichten en documenteren van transacties.[128] In het follow-up rapport van de SEO (2011) wordt de totale omzet van 2009 geanalyseerd, die wordt geschat op € 365. Administratieve dienstverlening vertegenwoordigt met 35% (€ 128 miljoen) het grootste deel van de totale omzet. Gevolgd door managementdiensten met 27% (€ 99 miljoen) en juridische dienstverlening met 16% (€ 60 miljoen).[129]

---

124 'Risicobeheersing bij geldtransactie- en trustkantoren', *DNB kwartaalbericht* maart 2006, p. 77.
125 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 16.
126 Ibid.
127 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 13.
128 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, a.w. 2008, p. 16.
129 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 12.

2.4.3 De drie bekendste fiscale structuren: de houdsterstructuur, de royaltystructuur en de financieringsstructuur

De bekendste en meest voorkomende fiscale structuren, waarmee door buitenlandse cliënten door middel van een vestiging in Nederland gebruik wordt gemaakt van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat teneinde de belastingdruk te verlagen, zijn de zogeheten houdsterstructuur, de royalty structuur en de financieringsstructuur. Deze structuren worden hieronder in de meest vereenvoudigde vorm beschreven, zodat inzicht in het principe van de structuren kan worden verkregen. In de praktijk worden deze structuren uitgebreid tot complexe structuren en zijn er bovendien combinaties mogelijk, afhankelijk van het doel van de structuur en de wens van de cliënt. Trustkantoren spelen een rol bij de uitvoering van deze structuren.

2.4.3.1 De houdsterstructuur

De houdsterstructuur wordt gebruikt om te voorkomen dat dividend van buitenlandse deelnemingen dubbel wordt belast. Bovendien kan op basis van de belastingverdragen met Nederland gebruik worden gemaakt van de gunstige bronbelastingtarieven. De juridische basis van deze structuur is gelegen in de zogenaamde 'deelnemingsvrijstelling' van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (verder Wet VPB 1969) en de zogenaamde 'Moeder-dochterrichtlijn' (hierna: MD-richtlijn)[130], op basis waarvan dividenden afkomstig van buitenlandse deelnemingen worden vrijgesteld van belasting. Daarnaast zijn de belastingverdragen van belang, waarin (onder andere) is opgenomen dat dividenden tegen een verlaagd tarief worden belast. Voor de toepassing van deze verdragen is vereist dat sprake is van een 'inwoner' van een verdragsluitende Staat (dit wordt in de belastingverdragen uitgewerkt in artikel 4 over de 'woonplaats'). Ten slotte kan de houdsterstructuur berusten op bindende afspraken, zogeheten Advance Tax Rulings (ATRs) met het APA-/ATR-team van de Belastingdienst, waarmee vooraf zekerheid kan worden verkregen over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor tussenhoudsters (zie hierover nader in subparagraaf 2.4.4). Het resultaat is dat internationaal opererende ondernemingen door de houdsterstructuur gebruik kunnen maken van de belastingverdragen van Nederland, waarbij de dividenden *eenmalig en voor een lager dividendbelasting tarief* bij hun buitenlandse deelnemingen worden belast (in plaats van het hogere dividendbelasting tarief van het land waarin de buitenlandse deelneming is gevestigd).[131]

Toepassing

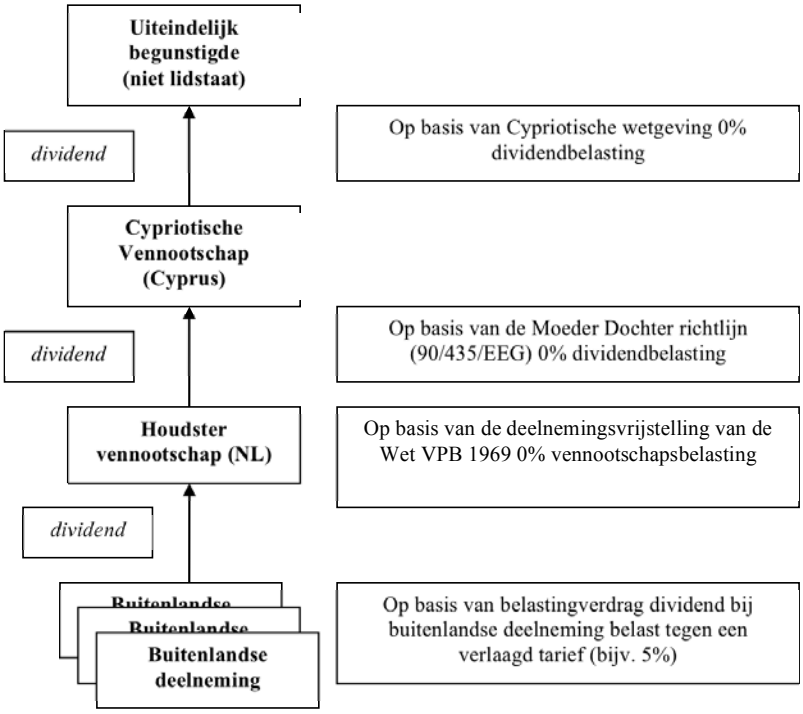
De houdsterstructuur gaat als volgt in zijn werk. Een internationaal opererende onderneming heeft een buitenlandse deelneming in een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten. Op basis van dit belastingverdrag worden de dividenden tegen een in het belastingverdrag vastgelegd laag percentage belast. Op basis van de 'deelnemingsvrijstelling' van de Nederlandse Wet VPB 1969 komen de dividenden onbelast Nederland binnen, mits is voldaan aan de hiervoor in deze wet gestelde vereisten (artikel 13 tot en met artikel 13k Wet VPB 1969). Er dient sprake te zijn van een 'deelneming' zoals bepaald in deze wet (zie in dit verband ook artikel 13 lid 2 Wet VPB 1969). Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien de belastingplichtige voor ten minste 5% van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is van een vennootschap (waarvan het kapitaal geheel of ten dele in aandelen is verdeeld, zie artikel 13 lid 2 onder a Wet VPB 1969). Vervolgens zijn de winstuitkeringen die de moedervennootschap via de dochtervennootschap (of een keten van dochtervennootschappen) ontvangt onbelast. De MD-richtlijn staat verrekening toe voor de winstbelasting die is geheven in de lidstaat van de dochtervennootschap over de winst waaruit het dividend is betaald. Voorts voorziet de MD-richtlijn erin dat de lidstaat van de dochtermaatschappij uitkeringen van winst (dividenden) vrijstelt van bronheffingen (dividendbelasting). Er dient voor de toepassing van de MD-richtlijn echter wel sprake te zijn van een 'moedermaatschappij'; er moet sprake zijn van een 'vennootschap van een

---

130 Richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende Lid-Staten (*PbEG* L 225), zoals gewijzigd door Richtlijn 2003/123/EG van de Raad van 22 december 2003 alsmede Richtlijnen inzake toetreding van nieuwe lidstaten (*PbEU* L 7/41).

131 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 19-21.

lidstaat'[132] die een deelneming van ten minste 10% bezit in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat, die aan dezelfde voorwaarden voldoet (artikel 3 lid 1 onder a MD-richtlijn). De 'dochteronderneming' is hierbij de vennootschap waarin de bovengenoemde deelneming wordt gehouden.[133] In het geval de uiteindelijk begunstigde *niet* in een lidstaat woont, maar in een land buiten de Europese Gemeenschap, zodat de MD-richtlijn niet van toepassing is (en er tevens geen ander belastingverdrag is gesloten), dan wordt er vaak als 'tussenstap' gebruik gemaakt van een vennootschap op Cyprus. Omdat Cyprus binnen de Europese Gemeenschap valt kunnen dividenden op basis van de MD-richtlijn onbelast naar deze vennootschap. Op basis van Cypriotische wetgeving zijn vervolgens alle dividenden onbelast die vanuit Cyprus naar elk willekeurig land stromen, zodat de dividenden onbelast naar het land waarin de begunstigde zich bevindt kunnen vloeien. Indien de uiteindelijk begunstigde *wel* in een lidstaat woont, kan de tussenstap op Cyprus worden overgeslagen: de dividenden kunnen dan op basis van de MD-richtlijn onbelast naar de uiteindelijk gerechtigde.[134]



2.4.3.2 De royaltystructuur

De royaltystructuur wordt gebruikt voor het verrichten van royaltybetalingen tussen gelieerde vennootschappen binnen Europa zonder heffing van bronbelasting. De royaltystructuur wordt gebruikt bij de exploitatie van intellectuele eigendomsrechten voor het benutten van fiscale voordelen van de Nederlandse belastingverdragen en het fiscale voordeel dat Nederland geen bronbelasting op royalty's kent. De juridische basis van de structuur is gelegen in de Wet VPB 1969 en de Europese rente- en royalty richtlijn (verder: RR-richtlijn).[135] Ten slotte kan de structuur berusten op bindende afspraken,

132 Zie artikel 2 lid 1 MD-richtlijn voor de definitie van 'vennootschap van een lidstaat'.
133 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 19-21.
134 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 21.
135 Richtlijn 2003/49/EG: Richtlijn van de Raad van 3 juni betreffende een gemeenschappelijke belastingregeling inzake uitkeringen van interest en royalty's tussen verbonden ondernemingen van verschillende lidstaten (*PbEU* L 157/49), zoals later gewijzigd door Richtlijn 2004/76/EG van de Raad van 29 april 2004 (*PbEU*, L 157). Zie ook de Rectificatie van Richtlijn 2004/76/EG (*PbEU* L 195/33).

zogeheten Advance Pricing Agreements (APAs), die vooraf met het APA-/ATR-team van de Belastingdienst zijn gemaakt. Het resultaat is dat internationaal opererende ondernemingen het overgrote deel van hun royalty inkomsten in Nederland onbelast kunnen doorbetalen aan de uiteindelijk begunstigde (bijvoorbeeld de uiteindelijke gerechtigde van de intellectuele eigendomsrechten). Meestal wordt doorbetaald aan een vennootschap die in een land is gevestigd met een gunstig belastingregime. In Nederland wordt slechts over enkele procenten belasting afgedragen, het grootste gedeelte kan tegen een gunstig belastingtarief belast in een 'tax haven', ofwel een 'belastingparadijs'.[136]

Toepassing

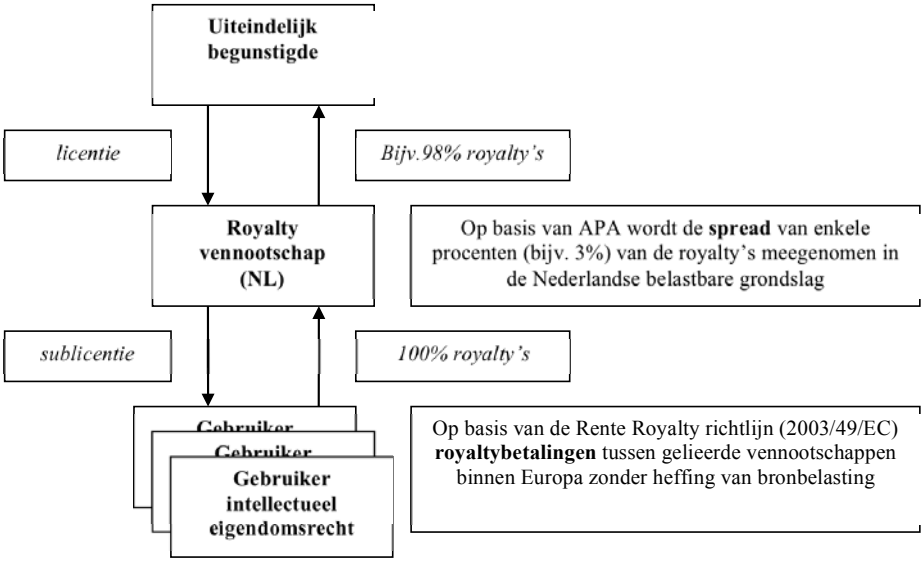
De royaltystructuur gaat als volgt in zijn werk. De uiteindelijk gerechtigde van de intellectuele rechten (de licentiehouder) geeft een *licentie* aan een Nederlandse vennootschap (de 'royaltyvennootschap'). Op basis van deze licentie voert de vennootschap de exploitatie van de rechten uit, door een *sublicentie* te vertrekken aan de (uiteindelijke) gebruiker van de intellectuele rechten, die vaak in een ander land is gevestigd. Vervolgens betaalt de gebruiker royalty's [137] aan de Nederlandse royaltyvennootschap als vergoeding voor de sublicentie. Deze royaltyvennootschap betaalt op zijn beurt een zo hoog mogelijk percentage van de ontvangen royalty's door aan de uiteindelijk begunstigde, waardoor het grootste gedeelte kan worden belast in een land met een zeer laag belastingtarief (tax haven of belastingparadijs). Het streven hierbij is om een zo laag mogelijk percentage van de royalty's in Nederland te belasten. Hierover kunnen afspraken worden gemaakt met het APA-/ATR-team. Over de royaltystroom wordt dan een zogeheten 'spread' berekend, die vervolgens in Nederland wordt belast. Deze bindende afspraken zijn de zogeheten Advance Pricing Agreements, waarbij de fiscus beoordeelt wat in de markt een redelijke prijs zou zijn die voor de royalty's zouden moeten worden betaald. Met andere woorden: de fiscus kijkt naar wat hij accepteert als 'at arms length' (dit beginsel is gecodificeerd in artikel 8b Wet VPB 1969). Om dit te bepalen kan door een belastingadviseur of een onafhankelijk bureau een zogenaamd 'transfer pricing rapport' worden opgesteld. Hieruit moet kunnen worden opgemaakt op welke wijze de verrekenprijzen tot stand zijn gekomen en of er met betrekking tot de verrekenprijzen sprake is van 'voorwaarden die in het economisch verkeer door onafhankelijke partijen zouden zijn overeengekomen' (artikel 3b lid 3 Wet VPB 1969). Indien het transfer pricing rapport wordt goedgekeurd, wordt een Advance Pricing Agreement gesloten, waarin onder meer wordt vastgelegd welk percentage van de royalty's in Nederland als 'spread' wordt belast.[138]

---

136 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 22.

137 Onder 'royalty's' wordt op grond van de RR-richtlijn verstaan: vergoedingen van welke aard dan ook voor het gebruik van, een auteursrecht op een werk op het gebied van letterkunde, kunst of wetenschap – daaronder begrepen bioscoopfilms en software – van een octrooi, een fabrieks- of handelsmerk, een tekening of model, een plan, een geheim recept of een geheime werkwijze, of voor inlichtingen omtrent ervaringen op het gebied van nijverheid, handel of wetenschap; vergoedingen voor het gebruik van of voor het recht van gebruik van industriële, commerciële of wetenschappelijke uitrusting worden als royalty's aangemerkt (artikel 2 onder b Richtlijn 2003/49/EG).

138 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 22-23.



In bovenstaand schema is als voorbeeld een spread ('arm's length beloning') van 3% genomen. In de praktijk wordt deze spread bij licentieactiviteiten bepaald aan de hand van geldende jurisprudentie op dit terrein. Vaststellingen van de spread voor het beheren van octrooien, patenten en dergelijke doorstroomsituaties[139] werden afgegeven bij een royalty-ontvangst van ten minste *f* 150.000, waarbij de spread (mits de vennootschap geen debiteuren of valutarisico loopt) wordt vastgesteld op 7% van de royalty's. Dit percentage wordt geacht voor dit soort activiteiten een gebruikelijke vergoeding te zijn.[140] Indien duidelijk is dat een 'at arm's length'-beloning minder bedraagt dan 7%, mag dat mindere worden gehanteerd.[141] Voor filmroyalty's en lumpsums gold een vast percentage van 6%. Het percentage van 7% werd verlaagd bij royalty-ontvangsten van meer dan 2 miljoen gulden per jaar, waarbij per schijf een (aflopend) percentage wordt berekend.[142]

2.4.3.3 De financieringsstructuur

De financieringsstructuur wordt gebruikt voor het verrichten van rentebetalingen tussen gelieerde vennootschappen binnen Europa zonder heffing van bronbelasting. Evenals bij de royaltystructuur is de juridische basis van de financieringsstructuur gelegen in de Wet VPB 1969, de Europese RR-richtlijn en indien toepasselijk bindende afspraken in de vorm van Advance Pricing Agreements met het APA-/ATR-team. Het resultaat is dat internationaal opererende ondernemingen het overgrote deel van hun rente inkomsten in Nederland onbelast kunnen doorbetalen aan de uiteindelijk begunstigde (bijvoorbeeld de uiteindelijk belanghebbende). Ook bij deze structuur wordt meestal doorbetaald aan een vennootschap die in een land is gevestigd met een gunstig belastingregime. In Nederland wordt slechts over enkele procenten van de rentebetaling als 'spread' belasting betaald (veelal worden hierbij

---

139 Indien de feitelijke situatie niet duidt op een royalty-doorstroomsituatie kan geen aanspraak op het regime voor royalty-rulingvennootschappen worden gemaakt, zie: Hof Amsterdam 27 april 2005, nr. 04/0544 (V-N 2006/20.14).

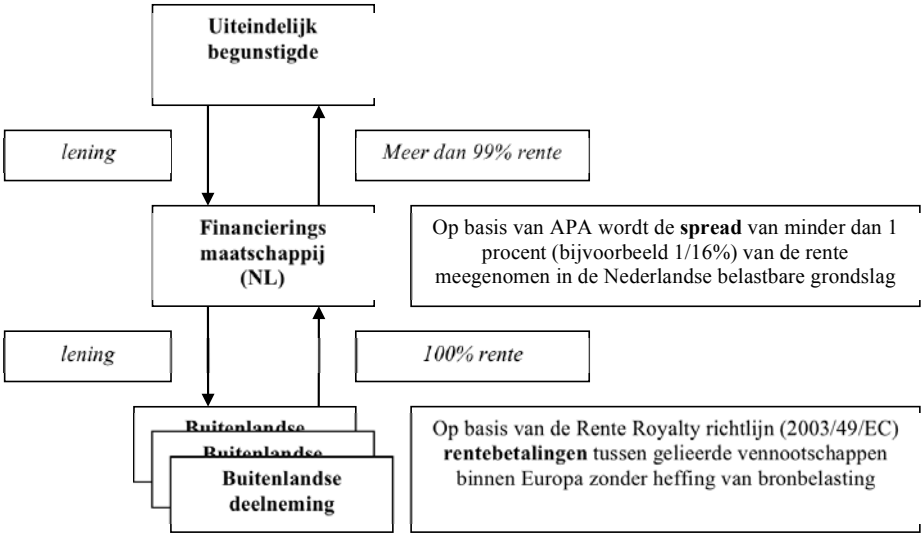
140 Hof 's-Gravenhage 29 januari 2002, nr. 97/3106 (V-N 18 april 2002, pt. 1.3).

141 Hof 's-Gravenhage 16 januari 2001, nr. 95/3551 (V-N 1 maart 2001, pt. 22).

142 Zie: D. Hund en B.J.J.M. Lucas Luijckx, *a.w.* 2010, p. 183-184, waaraan de hier genoemde jurisprudentie evenals het overzicht van genoemde percentages van de spread ten opzichte van de royalty ontvangsten zijn ontleend. Per tariefschijf zijn de volgende percentages vastgesteld: meer dan *f* 2 miljoen, minder dan *f* 4 miljoen: 6% spread; meer dan *f* 4 miljoen, minder dan *f* 6 miljoen: 5% spread; meer dan *f* 6 miljoen, minder dan *f* 8 miljoen: 4% spread; meer dan *f* 8 miljoen, minder dan *f* 10 miljoen: 3% spread; en meer dan *f* 10 miljoen: 2% spread.

nog lagere percentages gehanteerd dan zoals bij de spread bij royaltystructuren), het grootste gedeelte kan tegen een gunstig belastingtarief belast in een 'tax haven', ofwel een 'belastingparadijs'.[143]

Toepassing
De financieringsstructuur gaat op vergelijkbare wijze als de royaltystructuur in zijn werk, zodat hier kan worden volstaan met een verkorte behandeling van deze structuur. De uiteindelijk begunstigde wil een buitenlandse deelneming (bijvoorbeeld een onderneming of fabriek) financieren. Hiertoe verstrekt hij een lening aan een Nederlandse vennootschap (de 'financieringsmaatschappij'), die op zijn beurt een lening verstrekt aan de buitenlandse deelneming. Vervolgens betaalt de buitenlandse deelneming rente ('interest')[144] over het geleende bedrag aan de Nederlandse financieringsmaatschappij, die op zijn beurt een zo hoog mogelijk percentage van de ontvangen rentebetalingen doorbetaalt aan de uiteindelijk begunstigde. Hierdoor kan het grootste gedeelte worden belast in een land met een zeer laag belastingtarief (tax haven of belastingparadijs). Evenals bij de royaltystructuur is het streven om een zo laag mogelijk percentage van de rentebetalingen in Nederland te belasten. Op een vergelijkbare wijze als beschreven bij de royaltystructuur kan hierbij een 'transfer pricing rapport' worden opgesteld, op basis waarvan bij goedkeuring door het APA-/ATR-team een Advance Pricing Agreement wordt afgesloten, waarin onder andere wordt vastgesteld welk deel van de rentebetaling in Nederland als 'spread' wordt belast.[145]



In bovenstaand schema is als voorbeeld een spread ('arm's length beloning') van minder dan 1% genoemd. Bij financieringsactiviteiten wordt de spread (al dan niet in concernverband) vastgesteld in doorstroomsituaties bij een in- en uitgeleend bedrag van ten minste f 10 miljoen. De spread (mits de vennootschap geen debiteuren of valutarisico loopt)[146] is hierbij afhankelijk van het bedrag van de

143 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 22.

144 Onder 'interest' wordt op grond van de RR-richtlijn verstaan: inkomsten uit schuldvorderingen van welke aard dan ook, al dan niet verzekerd door hypotheek en al dan niet aanspraak gevend op een aandeel in de winst van de schuldenaar, en in het bijzonder inkomsten uit leningen en inkomsten uit obligaties of schuldbewijzen, daaronder begrepen de aan zodanige leningen, obligaties of schuldbewijzen verbonden premies en prijzen. In rekening gebrachte boete voor te late betaling wordt niet als interest aangemerkt (artikel 2 onder a Richtlijn 2003/49/EG).

145 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 24-25.

146 Het lopen van debiteurenrisico verdraagt zich niet met de doorstroomfunctie, verliezen terzake zijn dan ook niet aftrekbaar. Zie nader: Hof Amsterdam 29 maart, nrs. 93/0059, 2577, 2578, 3275, 3276 en 3277.

opgenomen gelden en van de vraag of het om financiering binnen, dan wel buiten concernverband gaat.[147] Afhankelijk van het opgenomen bedrag worden (de in navolgende voetnoot genoemde) vastgestelde percentages gehanteerd.[148]

2.4.4 De betrokken partijen: het trustkantoor, de belastingadviseur en het APA-/ATR-team

Bij het opzetten van bovengenoemde structuren werken trustkantoren veelal samen met één of meer vaste belastingadviseurs, met wie zij in veel gevallen een langdurig samenwerkingsverband hebben. Deze adviseurs brengen cliënten bij hen aan en adviseren hierbij over de op te richten fiscale structuren, waarbij het trustkantoor op aanwijzing van de adviseur haar diensten verricht. Trustkantoren geven hierbij zelf doorgaans géén fiscaal advies, al wordt het uiteraard wel van belang geacht dat de medewerkers van trustkantoren op de hoogte zijn van de wijze waarop de fiscale structuren functioneren, waarin zij als beheerder van een doelvennootschap optreden.[149] In het geval trustkantoren zelf worden benaderd door cliënten met het verzoek aan een bepaalde fiscale structuur uitvoering te geven, is het gebruikelijk dat contact wordt opgenomen met de vaste adviseurs om te controleren of de betreffende structuur 'fiscaal klopt'. Deze rolverdeling tussen het trustkantoor en zijn adviseurs ligt min of meer vast.

APA-/ATR-team
Indien nodig bij de advisering over de op te zetten structuur worden met het APA-/ATR-team bindende afspraken gemaakt door middel van zogenaamde Advance Pricing Agreements (APA's) en Advance Tax Rulings (ATR's). Een APA (bij de royaltystructuur en de financieringsstructuur) geeft goedkeuring vooraf over de vaststelling van een zakelijke beloning (een zogeheten 'arm's lengthbeloning'), of een methode voor de vaststelling van een dergelijke beloning, voor grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde ondernemingen (en tussen onderdelen van eenzelfde onderneming).[150] Een ATR (bij de houdsterstructuur) geeft zekerheid vooraf over de fiscale gevolgen van een voorgenomen transactie of samenstel van transacties.[151] De term ATR is gereserveerd voor het geven van zekerheid vooraf in een vastgelegd (beperkt) aantal situaties, waaronder bijvoorbeeld het geven van zekerheid vooraf over de toepassing van de deelnemingsvrijstelling voor tussenhouders in internationale verhoudingen.[152]

De APA-/ATR-praktijk is op 1 april 2001 ontstaan uit omvorming van de oude rulingpraktijk, waarbij de Nederlandse Belastingdienst van oudsher bereid was vooraf zekerheid te geven over de gevolgen van bepaalde transacties naar Nederlands fiscaal recht. Rulings zijn in het verleden door de staatssecretaris van Financiën gedefinieerd als 'binnen het kader van de wet, jurisprudentie en bestaande resoluties verwerkte *standpuntbepalingen vooraf* van de inspecteur over de fiscale gevolgen van in Nederland verrichte activiteiten binnen verbonden ondernemingen. Dit onder het voorbehoud dat de werkelijke situatie te allen tijde overeenstemt met de gepresenteerde situatie op grond waarvan

---

147 Verg. Hof Amsterdam 20 augustus 2003, nr. 01/4083, *LJN* AJ6965 (V-N 2004/30.16).

148 Zie meer uitgebreid: D. Hund & B.J.J.M. Lucas Luijckx, *a.w.* 2010, p. 182-183, waaraan de hier genoemde jurisprudentie evenals het overzicht van genoemde percentages van de spread ten opzichte van de royalty ontvangsten zijn ontleend: a. *binnen concernverband:* meer dan *f* 0, tot *f* 1000 miljoen: 1/8% spread; meer dan *f* 1000, tot *f* 3000 miljoen: 3/32% spread; boven *f* 3000 miljoen: 1/16% spread; b. *buiten concernverband:* meer dan *f* 0, tot *f* 100 miljoen: 1/4% spread; meer dan *f* 100 miljoen, tot *f* 200 miljoen: 7/32% spread; meer dan *f* 200 miljoen, tot *f* 500 miljoen: 3/16% spread; meer dan *f* 500 miljoen, tot *f* 1000 miljoen: 5/32% spread; meer dan *f* 1000 miljoen, tot *f* 2000 miljoen: 1/8% spread; meer dan *f* 2000 miljoen, tot *f* 3000 miljoen: 3/32% spread; meer dan *f* 3000 miljoen, tot *f* 5000 miljoen: 1/16% spread; meer dan *f* 5000 miljoen: 1/32% spread.

149 Opmerking van A. Nagelmaker (ANT Trust), gedaan tijdens een 'Legal Awareness training' ten kantore van ANT-trust, ter gelegenheid van de presentatie van de onderzoeksresultaten van het EITC-rapport door M.T. van der Wulp, Rotterdam 16 juli 2009.

150 APA-besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/124M.

151 ATR-besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M.

152 Idem, onderdeel 3 'Bindend advies'.

de ruling is afgegeven' (cursivering, vdW).[153] Sinds jaar en dag deed de fiscus 'toezeggingen vooraf' over de toepassing van het Nederlands belastingrecht in internationaal concernverband (dan wel in grensoverschrijdende situaties), die als 'rulings' werden aangeduid. Voor een aantal veel voorkomende rulings had de fiscus bovendien zogenaamde 'modelrulings' gepubliceerd, waarin voor bepaalde risicoloze financierings- en licentieactiviteiten tevens de hoogte van de marges werden aangegeven die als 'at arm's length' zouden worden aanvaard.[154] Deze 'oude ruling praktijk' is in EU-verband onder vuur komen te liggen. Zo zijn in het zogeheten 'Primarolo-rapport'[155] vele van de door Nederland afgegeven (model)rulings als potentieel schadelijke belastingmaatregelen aangemerkt.[156] Aan deze kritiek is tegemoetgekomen door de oude rulingpraktijk om te vormen naar de huidige[157] APA-/ATR-praktijk.[158] Als belangrijkste verschil tussen de huidige APA-/ATR-praktijk en de oude rulingpraktijk wordt gezien dat in de APA-/ATR-praktijk alle spelregels (de organisatorische aspecten, formele procedures en inhoudelijke zaken) schriftelijk zijn vastgelegd, waarmee klaarblijkelijk is beoogd de APA-/ATR-praktijk transparanter te maken dan de oude rulingpraktijk.[159][160]

De omvorming van het oude rulingbeleid naar de APA-/ATR-praktijk was noodzakelijk in verband met de internationale belastingconcurrentiediscussies in de EU en de OESO. Naast bovengenoemde invoering van het vereiste van een (OESO-conforme) onderbouwing van de 'arm's length beloning', is de nieuwe praktijk eveneens verscherpt door invoering van een *substance*- en *risicotest* voor dienstlichamen.[161] Zowel ten aanzien van APA's (zie artikel 11 'Uitsluitingen' van het APA-besluit) als ten aanzien van ATR's (zie artikel 9 'Uitsluitingen' van het ATR-besluit) zijn in het Besluit zekerheid vooraf, goede trouw jegens verdragpartner[162] algemene kaders aangegeven waarbinnen de Belastingdienst kan weigeren zekerheid vooraf te verstrekken, omdat dit in strijd zou zijn met de goede trouw die jegens verdragspartners en/of in internationaal verband verschuldigd is.[163] Daarnaast zijn ten aanzien van APA's en ATR's 'specifieke situaties' weergegeven, waarin om deze reden geen

---

153 *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 700, hoofdstuk IX B, nr. 36, p. 2.

154 Modelrulings, Belastingdienst Grote ondernemingen Rotterdam, september 1993.

155 Primarolo rapport, 23 november 1999, Doc. SN4901/99.

156 Volgens de Primarolo-groep zouden onder andere de vooraf vastgestelde marges en winstopslagen zowel bij afgifte als gedurende de looptijd van de ruling onvoldoende worden getoetst aan het arm's length beginsel.

157 De besluiten waarin de APA-/ATR-praktijk thans is vastgelegd zijn achtereenvolgens: het Besluit verrekenprijzen, nr. IFZ2001/295; Aanpassing Besluit verrekenprijzen, nr. IFZ2004/680M; het Besluit hybride leningen, nr. RTB2001/1379; het Besluit inzake dienstverleningslichamen, nr. IFZ2004/126M; het Vraag- en antwoordbesluit m.b.t. dienstverleningslichamen en het overgangsrecht rulingbeleid, nr. IFZ2004/127M; het Besluit zekerheid vooraf, goede trouw jegens verdragspartner, nr. DCB2004/1337M; het APA-besluit, nr. IFZ2004/124M; het ATR-besluit, nr. IFZ2004/125M; de Organisatie- en competentieregeling, nr. DGB2004/1338M en het Instelbesluit CGVP, nr. DGB2004/1339M.

158 G. Groen, 'Procedurele aspecten van grensoverschrijdende APA's', *Weekblad Fiscaal Recht* 2001/1803, nr. 6461, p. 1803.

159 Zie nader: G. Groen, C. Chan en D. Stalenhoef, 'Het fiscale vestigingsklimaat in Nederland', *Forfaitair* nr. 143, 2004, p. 22-27.

160 Over de APA-/ATR-praktijk en de hiermee samenhangende herziening van het fiscale vestigingsklimaatbeleid in verband met schadelijke belastingconcurrentie zijn enkele belangwekkende publicaties verschenen, waarvan inhoudelijke behandeling buiten het kader van dit onderzoek valt. Zie naast genoemde publicaties G. Groen, *t.a.p.* 2001, p. 1803-1813 en G. Groen, C. Chand en D. Stalenhoef, *t.a.p.*, 2004, p. 22-27, tevens: I.J.J. Burgers, 'Schadelijke belastingconcurrentie en de herziening van het Nederlandse fiscale vestigingsbeleid', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2001-9, p. 261, G. Meussen en E. Velthuizen, 'APA en ATRs: The dutch regime in a European perspective', *EC Tax Review* nr. 1, 2002, p. 4-10, F.C. de Hosson, 'Codification of the arm's length principle in Netherlands corporate income tax act', *Intertax* nr. 5, mei 2002, p. 189-197.

161 Zie onder andere: *Kamerstukken II* 2002-2003, 27 505, nr. 5, p. 2.

162 Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. DCB2004/1337M.

163 Zie onderdeel 2 'Goede trouw' van het Besluit zekerheid vooraf, goede trouw jegens verdragspartner, waarin wordt op basis van (sterke) indicaties uitgewerkt in welke gevallen geen zekerheid vooraf wordt verstrekt, omdat dit in strijd komt met de goed trouw die jegens verdragspartners en/of in internationaal verband verschuldigd is.

zekerheid vooraf wordt verstrekt, te weten indien: a. het dienstverleningslichaam niet voldoet aan één of meer van de in de bijlage opgenomen vereisten op het gebied van de reële aanwezigheid (substance) in Nederland; en b. de door het dienstverleningslichaam uitgeoefende functies die verband houden met de samenhangende transacties per saldo geen reële risico's met zich meebrengen (artikel 2 Besluit inzake dienstverleningslichamen). Met andere woorden: bij gebrek aan substance (of reële risico's) ten aanzien van het in Nederland gevestigde lichaam (houdstervennootschap, royaltyvennootschap of financieringsmaatschappij) wordt geen zekerheid vooraf verstrekt.

2.4.5 De dienstverlening van trustkantoren en het vereiste van een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde doelvennootschap

Met name ten aanzien van het realiseren van de benodigde substance is er voor trustkantoren een essentiële rol weggelegd. Voor internationaal opererende bedrijven, met tussenholdings in Nederland die geen zelfstandige bedrijfsactiviteiten uitoefenen, zal het veelal goedkoper zal zijn om van de dienstverlening van trustkantoren gebruik te maken, in plaats van zelf kostbaar personeel en andere middelen in te zetten om ervoor te zorgen dat aan deze 'substance vereisten' wordt voldaan. Omgekeerd is het ook mogelijk dat naarmate de activiteiten van de tussenholding toenemen, het juist weer voordeliger kan zijn om zelf personeel in te zetten. In het onderzoek dat is gepubliceerd in het EITC-rapport is naar voren gekomen dat de Nederland gevestigde houdstervennootschappen, royaltyvennootschappen en financieringsmaatschappijen hierbij aan de volgende (minimum) vereisten van 'substance' dienen te voldoen:

1. Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in Nederland.

2. De in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. Tot de taken van het (gezamenlijke) bestuur behoren minimaal de besluitvorming - op basis van de eigen verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en binnen het kader van normale concernbemoeienis - over door de rechtspersoon te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties. De rechtspersoon beschikt over gekwalificeerd personeel (eigen dan wel van derden) ter adequate uitvoering en registratie van de door de rechtspersoon af te sluiten transacties.

3. De (belangrijke) bestuursbesluiten dienen in Nederland te worden genomen.

4. De (hoofd)bankrekening van de rechtspersoon wordt in Nederland aangehouden.

5. De boekhouding wordt in Nederland gevoerd.

6. De rechtspersoon heeft - in elk geval tot het toetsmoment - op correcte wijze aan al zijn aangifteverplichtingen voldaan. Dit kan gaan om vennootschapsbelasting (Vpb), loonbelasting (LB), omzetbelasting (OB), etc.

7. Het vestigingsadres van de rechtspersoon is in Nederland. De rechtspersoon wordt, naar beste weten van de vennootschap, niet (tevens) in een ander land als fiscaal inwoner beschouwd.

8. De rechtspersoon heeft minimaal een bij de door de rechtspersoon verrichte functies (waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte activa en de gelopen risico's) passend eigen vermogen.[164]

De voorwaarden in bovenstaande bijlage worden thans in de praktijk door trustkantoren gebruikt als checklist van de 'substance vereisten', waaraan de in Nederland gevestigde doelvennootschap moet voldoen. Bij de vormgeving van de 'nieuwe' APA-/ATR-praktijk wordt een groot belang toegekend aan deze vereisten, aangezien bij gebrek aan substance 'het belang van een verdragspartner zou worden geschaad' en voorts 'de goede trouw die jegens verdragspartners en/of in internationaal verband verschuldigd is' zich er tegen zou verzetten vooraf zekerheid te verstrekken (zie onderdeel 2 'Goede trouw' van het Besluit zekerheid vooraf, goede trouw jegens de verdragspartner). Dus: geen zekerheid vooraf bij gebrek aan substance. Toch moeten hier enige relativerende kanttekeningen worden geplaatst. In de praktijk wordt zeker niet altijd om zekerheid vooraf gevraagd. Zo zijn bijvoorbeeld voor APA's vaak uitgebreide en kostbare transfer pricing rapporten nodig en kan het bovendien een probleem zijn dat onzeker is of de buitenlandse fiscus in het land van de gelieerde contractpartij het rapport zal accepteren. ATR's worden in de praktijk bovendien alleen afgegeven indien er geen enkele twijfel mogelijk is over de fiscale gevolgen (dus bij 'open deuren').

Afgezien van de relativerende kanttekening dat niet altijd om een APA of ATR zal worden verzocht, dient de Nederlandse doelvennootschap voor de toepassing van de belastingverdragen van het Nederlandse verdragennetwerk wel degelijk te voldoen aan de vereisten van substance. Het is voor de toepassing van de verdragen steeds van belang dat sprake is van een 'inwoner van een verdragsluitende staat'. In artikel 4 lid 1 van het OESO-modelverdrag is bepaald wat voor de toepassing van belastingverdragen onder deze term dient te worden verstaan:

> (…) the term 'resident of a Contracting State' means any person who, under the laws of that State is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and political subdivision or local authority thereof. This term however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situates therein.

Op grond van dit artikel wordt als 'fiscaal inwoner van Nederland' aangemerkt: iedere persoon die ingevolge de Nederlandse wetgeving in Nederland aan belasting is onderworpen op grond van zijn woonplaats, verblijf, plaats van leiding of enige andere soortgelijke omstandigheid. De bovengenoemde vereisten van 'substance' zijn gebaseerd op de in het bovengenoemde artikellid bedoelde (Nederlandse) wettelijke bepalingen ('laws of that State'). In de belastingverdragen wordt steeds bij het bepalen van de 'fiscale woonplaats' aangeknoopt bij dit criterium. Daarnaast is substance van belang voor de plaatsbepaling van de 'feitelijke leiding' van vennootschappen. Op grond van artikel 4 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) wordt de vestigingsplaats van vennootschappen 'beoordeeld naar omstandigheden'. Dit is een open norm die door de wetgever bewust op deze wijze is ingevuld, zodat daarmee ruimte kan worden gegeven aan de omstandigheden van het geval en de beoordeling hiervan overgelaten kan worden aan de rechter. In internationale verhoudingen wordt doorgaans de regel[165] gehanteerd dat de 'plaats van vestiging' de plaats is waar het lichaam zijn 'feitelijke leiding' heeft.[166]

Basisdienstverlening en 'substance'
De genoemde (basis) dienstverlening van administratieve diensten, management diensten en domicilieverlening, evenals een deel van de overige trustdienstverlening ten aanzien van de

---

164 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 16. Zie: Bijlage bij het Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M.

165 Een standaardarrest waarin dit is bepaald is HR 23 september 1992, BNB 1993/193.

166 M.B.A. van Hout, 'Substance, fraus legis en zetelverplaatsing', in: *Fiscale actualiteiten in het Koninkrijk*, Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2005, p. 64.

doelvennootschap (waarmee invulling wordt gegeven aan de vereisten zoals genoemd in het Besluit van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M), is mijns inziens dan ook in essentie gericht op het uitvoeren van de vereisten waaraan moet zijn voldaan voor een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij.[167] In de inleidende paragraaf 2.4.1 noemde ik reeds het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* bevestigd, waarin het Ministerie van Financiën opmerkt:

> 'Het beheer of het opzetten van deze vennootschappen is bij uitstek een dienst die door een trustkantoor wordt verricht. Het is anders gezegd aan het trustkantoor de taak "substance" te creëren zodat een onderneming als inwoner van Nederland kan worden aangemerkt in de zin van de Algemene wet rijksbelastingen (Awr).'[168]

Eén van de ontwikkelingen die in dit verband in het follow-up rapport van de SEO worden genoemd is dat de vereisten van substance volgens de onderzoekers zouden zijn geïntensiveerd ('intensified'), in die zin dat: 'legal entities in the Netherlands have to show more tangible activiteis in order to qualify for the status as *special financial institution*.'[169] Het zou hierbij in het bijzonder gaan om diensten gerelateerd aan domicilie, management en administratie. Deze ontwikkeling zou een toename in de omzet van trustkantoren tot gevolg hebben. Voor multinational corporations (MNCs) met vestigingen in Nederland zou deze ontwikkeling betekenen dat de kosten voor compliance toenemen.[170]

2.4.6 Een randverschijnsel: trustkantoren die het toezicht ontwijken

2.4.6.1 Inleiding

Op deze plaats moet worden benadrukt dat het bij trustkantoren die het toezicht van DNB bewust ontwijken gaat om een randverschijnsel. Vooropgesteld moet worden dat het om een kleine groep trustkantoren gaat, die buiten het kader van de gereguleerde Nederlandse trustsector opereert en waarmee de sector (derhalve) niet geassocieerd wenst te worden. Bij deze uitzonderingscategorie gaat het om een klein gedeelte van de door DNB ontdekte 'illegale trustkantoren' en (een nog onbekend aantal)[171] 'virtuele trustkantoren', die als gezegd in met het EITC-rapport voor het eerst in beeld zijn gekomen. Zij bieden in Nederland trustdiensten aan zonder dat zij hiervoor over een vergunning van DNB beschikken. De (fiscale) structuren waarover zij adviseren komen niet overeen met de fiscale structuren die in de Nederlandse trustsector gangbaar zijn. In het kader van dit promotieonderzoek naar de (regulering van) de Nederlandse trustsector, moet hieronder worden volstaan met een algemene beschrijving van het soort structuren ten aanzien waarvan virtuele trustkantoren opereren. De geïnteresseerde lezer verwijs ik graag naar het door mij verrichte onderzoek naar deze afwijkende structuren en dienstverlening, zoals gepubliceerd in de EITC-reeks nr. 8. *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, waarin enkele veelvoorkomende structuren worden behandeld die door deze 'toezicht ontwijkende' trustkantoren in Nederland worden aangeboden, zoals de Dubai-route, de Engeland-route en de Cyprus-route.[172] In het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* worden ten aanzien van beide categorieën trustkantoren (illegale trustkantoren en virtuele trustkantoren) enkele aanbevelingen gedaan, die hieronder worden behandeld.

2.4.6.2 Illegale trustkantoren

Begin 2007 is uit onderzoek van DNB en signalen uit de markt gebleken dat er vanuit Nederland trustkantoren actief waren die niet over de vereiste vergunning beschikten en dus als 'illegaal

---

167 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 15-25.
168 Ministerie van Financiën, *a.w.* 2010, p. 10.
169 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 7.
170 Ibid.
171 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 7.
172 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 25 e.v.

trustkantoor' werden aangemerkt.[173] Het ging hierbij zowel om kleine kantoren aan huis als grote accountantskantoren.[174] DNB ontdekte dat advocaten, accountants en belastingadviseurs in sommige gevallen naast de eigenlijke werkzaamheden als bijproduct ook trustdiensten verrichten, waarbij het voornamelijk gaat om 'het optreden als bestuurder' en 'het verlenen van domicilie'.[175] 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 Wet toezicht trustkantoren* wordt door het Ministerie opgemerkt dat DNB ten aanzien van deze (bonafide) illegale trustkantoren op dat moment ontbrak aan een aanwijzingsbevoegdheid (artikel 11 Wtt) en dat men bij ontdekking vaak gehouden was aan het nemen van een zwaardere toezichtmaatregel.[176] Het Ministerie heeft zich ten aanzien van deze 'welwillende' trustkantoren voornemens getoond te voorzien in een 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 middels een aanwijzing een oplossing te vinden voor de ontstane situatie, zonder dat er direct een punitieve sanctie (bestuurlijke boetes) of reparatieve sanctie (last onder dwangsom) hoeft te worden opgelegd.[177]

Toezicht ontwijkend gedrag
Een klein aantal 'illegale trustkantoren' probeert echter bewust het toezicht van DNB 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.[178] Het toezicht ontwijkende gedrag van deze kleine groep 'illegale trustkantoren' is ook waar te nemen bij 'virtuele trustkantoren'.[179] Bovendien komt de dienstverlening van deze laatstgenoemde groep (toezicht ontwijkende) 'illegale trustkantoren' overeen met die van 'virtuele trustkantoren', waarbij als gezegd wordt geadverteerd met belastingroutes die sterk afwijken van de in Nederland gangbare fiscale structuren.

2.4.6.3 Virtuele trustkantoren
De dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' bevindt zich in een schemergebied: volgens het Ministerie van Financiën worden hierbij trustdiensten aangeboden door niet vergunningplichtige trustkantoren.[180] Net als de 'illegale trustkantoren' die het toezicht ontwijken, verrichten de 'virtuele trustkantoren' zonder vergunning van DNB trustdiensten aan Nederlandse cliënten. Het verschil is gelegen in de wijze waarop de dienstverlening wordt aangeboden. 'Virtuele trustkantoren' doen naar buiten toe voorkomen dat zij slechts vanuit een buitenlandse vestiging werkzaam zijn en dus niet vanuit een vestiging in Nederland hun diensten verlenen. 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 kan het trustkantoor derhalve het toezicht ontwijken. Artikel 2 lid 1 Wtt verbiedt 'het zonder vergunning van DNB *vanuit een vestiging in Nederland* als trustkantoor werkzaam te zijn' (mijn cursivering, vdW). 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

173 J. de Rooi, 'Over trustdiensten en vergunningen ervoor', *Advocatenblad* 7 maart 2008, p. 119.
174 'Illegale trustkantoren aangepakt', *DNB Magazine*, nummer 5 2007, p. 24-25.
175 J. de Rooi, *a.w.* 2008, p. 117.
176 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 24.
177 Ibid.
178 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 24: dit waren er 20 in de periode 2007-2008. In de 2009 betrof het 2 lasten onder dwangsom en 2 bestuurlijke boetes opgelegd aan niet onder toezicht staande instellingen en 1 last onder dwangsom aan een onder toezicht staand trustkantoor.
179 M.T. van der Wulp, *a.w.*, p. 12.
180 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 23.

> 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.'[181]

Indien de toezicht ontwijkende trustkantoren een trustkantoor in het buitenland vestigen en het vervolgens doen voorkomen alsof 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 vervolgens lastig om aan te tonen dat deze trustkantoren (daarnaast) feitelijk in Nederland werkzaam zijn.[182] Op deze wijze vallen de activiteiten van het trustkantoor buiten het toepassingsbereik van de Wtt. In het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* wordt het toepassingsbereik van de Wtt als voornaamste punt van zorg genoemd, waarbij vooral aandacht wordt besteed aan wat het Ministerie 'de problematiek van de virtuele trustkantoren' noemt[183]:

> 'Voornaamste punt van zorg dat uit de evaluatie voor(t)komt betreft het toepassingsbereik van de Wtt. Vallen alle aanbieders van diensten die niet reeds bekend zijn en gereguleerd zijn met een verhoogd risico op witwassen of het toelaten van criminele geldstromen op de Nederlandse financiële markten onder die wet? Blijkens opvallende advertenties in diverse media zijn er diverse aanbieders van dergelijke diensten die niet onder het toezicht van DNB vallen en in enkele gevallen ook actief proberen zich aan dat toezicht te onttrekken.
>
> Deze kantoren kenmerken zich door een actieve samenwerking met een buitenlands trustkantoor. Zoals het ministerie het begrijpt wordt er in Nederland een advies verstrekt over een fiscale structuur die zou kunnen worden opgezet om zo belasting te ontwijken en mogelijk zelfs vermogen af te schermen van de belastingdienst. Het advies krijgt echter geen navolging in Nederland. Het advies wordt uitgewerkt door een buitenlands trustkantoor. Veel van de dienstverlening vindt plaats via het internet. Daarom worden dit soort kantoren ook wel geduid als virtuele trustkantoren'.

Naast de dienstverlening via internet vindt er door deze 'virtuele kantoren' daadwerkelijk dienstverlening in Nederland plaats. Er wordt advies verstrekt over een fiscale structuur die een cliënt zou kunnen gebruiken om belasting te ontwijken, maar ook om vermogen af te schermen en daarmee belasting te ontduiken.[184] Feitelijk worden in Nederland de contracten gesloten en de diensten in rekening gebracht, waarbij natuurlijke personen namens het trustkantoor optreden. De geadviseerde structuur wordt veelal door een buitenlands trustkantoor opgezet, waarbij de banden tussen de Nederlandse adviespraktijk en het buitenlands trustkantoor niet altijd aantoonbaar zijn. De buitenlandse trustkantoren waarmee wordt samengewerkt zijn legaal, maar staan slechts onder een zeer beperkte mate van toezicht, waarbij vaak niet de strenge vereisten en zorgplichten gelden zoals die voor Nederlandse trustkantoren gelden.[185]

---

181 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'.

182 Een oud medewerker van een trustkantoor dat het toezicht ontwijkt, vatte 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.' Zie: M.T. van der Wulp, *a.w.*, p. 44 e.v.

183 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 7.

184 Idem, p. 23.

185 Ibid.

Integriteitsrisico's
In haar 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 de 'virtuele trustkantoren' niet worden gecontroleerd, omdat ze niet als trustkantoor zouden kwalificeren en derhalve niet onder het toezicht van DNB vallen. Dit zou volgens het Ministerie komen doordat onder de Wtt slechts trustdiensten vallen die vanuit Nederland worden aangeboden. 'Wanneer een trustkantoor diensten in Nederland maar vanuit een ander land aanbiedt valt deze dienstverlening buiten het toezichtbereik.'[186] Mijns inziens kwalificeren deze 'virtuele trustkantoren' echter wel degelijk als trustkantoor, maar vallen deze trustkantoren juist buiten het bereik van het toezicht doordat de vergunningplicht in artikel 2 lid 1 Wtt (thans, dus voor de inwerkingtreding van de Wfm 2012, zie ook hieronder) is beperkt tot trustkantoren die 'vanuit een vestiging' in Nederland trustdiensten verrichten.[187] Voorts is volgens het Ministerie de Wwft wel van toepassing op deze instellingen, maar omdat de Wwft geen vergunningenstelsel 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 bevorderen, maar ook vanuit de 'level playing field' optiek, is het volgens het Ministerie noodzakelijk meer zicht en controle te krijgen op deze dienstverleners.[188] Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 (per 1 juli 2012) wordt aan artikel 2 Wtt een nieuw lid 2 en lid 3 toegevoegd, waarmee wordt beoogd meer toezicht en controle op deze 'virtuele trustkantoren' te krijgen (zie nader hoofdstuk 5 'Regulering en toezicht', waarin met name in subparagraaf 5.2.5.1.1 'De verbodsbepaling, vrijstelling, ontheffing en groepsvergunning artikel 2 en 2a Wtt' op deze uitbreiding wordt ingegaan).

2.4.6.4 Afsluiting
Toezicht ontwijkende 'illegale trustkantoren' en 'virtuele trustkantoren' zijn gericht op een ander deel van de markt dan de 'normale' Nederlandse trustsector. In het evaluatierapport wordt dit als volgt verwoord: 'waar de dienstverlening van normale trustkantoren zich primair richt op buitenlandse vennootschappen die substance in Nederland willen hebben, richten virtuele trustkantoren zich, zo kan worden afgeleid uit de advertenties, doorgaans op de vermogende Nederlander of Nederlandse onderneming die belasting wil ontwijken of zelfs ontduiken'.[189] Door hun wijze van opereren zorgen 'virtuele trustkantoren' er als gezegd voor dat zij buiten de reikwijdte van de voor trustkantoren geldende wet- en regelgeving vallen. In het EITC-rapport heb ik reeds opgeworpen dat deze handelswijze vragen oproept. Waarom zou een trustkantoor zich bewust op zodanige wijze organiseren dat het buiten het toezicht en de regelgeving valt, met als gevolg bijvoorbeeld dat het trustkantoor niet hoeft te voldoen aan de vereisten van een 'integere bedrijfsvoering' (artikel 10 Wtt jo. Rib Wtt)? Als deze trustkantoren geen eisen willen stellen ten aanzien van zichzelf, wat zegt dit dan over de eisen die zij ten aanzien van 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? Blijkbaar hebben deze cliënten behoefte aan een trustkantoor dat geen lastige vragen stelt over bijvoorbeeld de herkomst en de bestemming van het vermogen, of over de cliënten zelf.[190]

2.4.7 Uitleiding

In het voorgaande is beoogd de dienstverlening van trustkantoren in Nederland inzichtelijk te maken. Hiertoe is aangeknoopt bij de door DNB en de SEO aangewezen 'basis trustdiensten' en de vier belangrijkste rapporten waarin de dienstverlening van trustkantoren is beschreven, te weten het SEO

186 Ibid.
187 Zie in dit verband: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 38 e.v. Zie ook W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 37 e.v. en het artikelsgewijs commentaar bij artikel 2 Wtt in de MvT (*Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 10-11).
188 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 23.
189 Ibid.
190 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 45-46.

rapport: *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures* (2008), het EITC-rapport: *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik* (2009), het evaluatierapport van het Ministerie van Financiën: *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt* (2010) en tot slot het follow-up rapport van de SEO: *Trust matters* (2011). Doordat deze rapporten min of meer op elkaar voort bouwen, kan steeds meer inzicht worden verkregen in de wijze waarop de dienstverlening van trustkantoren in Nederland zich in de praktijk afspeelt. De relatie die ik in het EITC-rapport heb gelegd tussen de (basis) dienstverlening van trustkantoren (het verlenen van domicilie, managementdiensten en administratieve diensten) en het door trustkantoren 'creëren van substance' (het uitvoeren van de vereisten waaraan de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij moet voldoen om van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat gebruik te kunnen maken), wordt in het hierop volgende evaluatierapport van het Ministerie en het follow-up rapport van de SEO al lang niet meer als 'iets problematisch' ervaren. Bovengenoemde relatie biedt mijns inziens juist inzicht in de centrale rol die het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat vervult bij de groei en ontwikkeling van de trustsector in Nederland.[191]

Met het bovenstaande is overigens niet gezegd dat de dienstverlening van trustkantoren in de praktijk niet meer zou omvatten dan het ervoor zorgen dat door de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij aan de vereisten van 'substance' wordt voldaan. Op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk is er reeds op gewezen dat het aanbod van diensten door trustkantoren zeer omvangrijk is en dat hierbij veelal een hoge mate van specialisatie is vereist. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan financieringsvormen als de 'securitization', die in Nederland een grote vlucht zou hebben genomen[192] en door vrijwel alle 'grote trustkantoren' zou worden aangeboden.[193]

2.5 Slot: de betekenis van de trustsector voor de Nederlandse economie

2.5.1 Inleiding: de toegevoegde waarde volgens het Ministerie van Financiën

Volgens het Ministerie van Financiën moet de toegevoegde waarde van de Nederlandse trustsector worden geschat op € 1,5 miljard. In haar *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* spreekt het Ministerie van 'een substantiële bijdrage aan de Nederlandse economie.'[194] Voorafgaand aan het verschijnen van het evaluatierapport is dit bedrag door DNB (en het CBS) geschat op € 1,5 miljard en door de SEO (in haar eerste rapport) op € 1,8 miljard. In het follow-up rapport van de SEO is echter geconstateerd dat Nederland steeds minder zou profiteren van de grote rol die het speelt in internationale belastingroutes: vennootschappen die door trustkantoren worden beheerd, droegen in 2009 ruim een kwart (26%) minder belasting af dan in 2006: de belastinginkomsten zouden met € 305 miljoen zijn gedaald naar € 890 miljoen.[195] In september 2011 zijn Kamervragen gesteld over de belastingopbrengsten van de bijzondere financiële instellingen[196], waarop staatssecretaris Weekers van Financiën de Tweede Kamer antwoordde dat DNB momenteel onderzoek doet naar de belastingafdrachten in 2009 en 2010.[197] De resultaten daarvan worden in de loop van 2012 verwacht. Weekers antwoordde in dit verband:[198]

---

191 Zie in dit verband bijvoorbeeld ook: 'Nederland verliest hoofdrol in internationaal kapitaalverkeer', *De Accountant* 1 oktober 2010.

192 W. Ruys en M.H. van Raay, 'Securitisation: mogelijke structuren', *Onderneming & Financiering*, nr. 67, oktober 2005, p. 12. Zie ook: W.P. Otto, 'Securitisatie', *BtwBrief* nr. 6. 6/7, 2000, p. 3-8 en G. Gorton en N.S. Souleles, 'Special Purpose Vehicles and Securitization', *NBER Working Paper*, no. W11190.

193 Zie over deze dienstverlening ook: E.P.M. Joosen en M.G. van 't Westeinde, *Securitisatie*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf 2002.

194 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 11.

195 'Nederland profiteert minder van fiscale route; Onderzoek SEO naar trustsector', *Het Financieele Dagblad* 25 november 2011.

196 *Kamervragen* 2011Z17678.

197 *Handelingen II* 2011-2012, 291, Aanhangsel.

198 Ibid.

> ‘het bedrag van € 1,5 miljard (is) een inschatting van DNB en CBS van de toegevoegde waarde voor Nederland. Het betreft een schatting uit 2004 waarbij ongeveer € 1 miljard is toegeschreven aan belastingen en € 0,5 miljard aan vergoedingen voor financiële professionals. DNB is op dit moment bezig met het opzetten van een waarneming van de toegevoegde waarde van BFI’s – inclusief belastingen – op basis van directe rapportages van de jaren 2009 en 2010. DNB verwacht de cijfers van deze nieuwe waarneming in de loop van 2012 te kunnen publiceren.’

Hieronder wordt de huidige stand van zaken behandeld, namelijk de opbouw van het door DNB en het CBS geschatte bedrag van € 1,5 miljard en het door de SEO (in het eerste rapport) genoemde bedrag van € 1,8 miljard. Daarbij wordt het verschil tussen beide bedragen besproken, evenals de nieuwe gegevens uit het follow-up rapport van de SEO.

2.5.2 De door DNB geschatte toegevoegde waarde van de Nederlandse trustsector: € 1,5 miljard

Volgens DNB bestaat de toegevoegde waarde van de trustsector uit drie componenten, te weten: de belasting die wordt betaald door de juridische entiteiten (die door trustkantoren worden beheerd) over de kapitaalstromen die door Nederland lopen, de belasting die door de trustkantoren wordt betaald over hun omzet en ten slotte de belastingopbrengsten over de diensten waarvan de cliënten van trustkantoren in Nederland gebruikmaken.[199] De door DNB geschatte totale belastingopbrengst van € 1,5 miljard, die gemoeid is met de aanwezigheid van de door trustkantoren beheerde bijzondere financiële instellingen in Nederland is opgebouwd als volgt. Van dit bedrag bestaat € 1,0 miljard in de vorm van belastingen over de genoemde kapitaalstroom die door de bijzondere financiële instellingen stroomt (in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk is reeds ter sprake gekomen dat de geschatte totaalstroom thans € 4.500 miljard per jaar bedraagt). Het andere deel van € 0,5 miljard bestaat in de vorm van ‘fees’ die deze bijzondere financiële instellingen betalen aan financiële professionals, zoals trustkantoren, juridisch adviseurs en belastingadvieskantoren.[200]

2.5.3 De door de SEO geschatte toegevoegde waarde van de Nederlandse trustsector: € 1,8 miljard

De SEO komt met de in het eerste rapport geschatte belastingopbrengst van € 1,8 miljard op een aanmerkelijk hoger totaalbedrag uit. Het verschil tussen deze schatting en het door DNB genoemde bedrag wordt veroorzaakt doordat in de schatting van DNB slechts de helft van de (door trustkantoren beheerde) juridische entiteiten door DNB als ‘bijzondere financiële instelling’ wordt aangemerkt (en vervolgens in de schatting wordt meegerekend). De SEO neemt in haar berekeningen echter ook de belastingafdracht van de door trustkantoren beheerde entiteiten mee die volgens DNB niet als bijzondere financiële instelling kwalificeren. Het door de SEO genoemde totaalbedrag, op basis van de gegevens uit 2006, is opgebouwd als volgt. Het totaal aan belastingopbrengsten die gemoeid zijn met de aanwezigheid van de Nederlandse trustsector bedraagt € 1.310 miljoen euro. Dit bedrag is op zijn beurt opgebouwd uit belasting betaald door cliëntvennootschappen (€ 1.195 miljoen), belasting betaald door trustkantoren (€ 57 miljoen) en belasting betaald door externe dienstverleners (€ 58 miljoen euro). Bij deze € 1.310 miljoen komt nog een bedrag van € 579 miljoen (inclusief BTW), dit bedrag is volgens de SEO in lijn met het bovengenoemde door DNB geschatte bedrag van € 0,5 miljard. De toegevoegde waarde voor de Nederlandse economie is in zijn totaal, met € 1.310 miljoen

---

199 ‘Bijzondere financiële instellingen – integriteitrisico bij grote geldstromen’, *DNB Kwartaalbericht* maart 2007, Amsterdam: DNB 2007, p. 66-68. . Zie ook: F. den Butter, P. Risseeuw & M. van den Berg, ‘De rol van trustkantoren in de Nederlandse economie’, *Economisch Statistische Berichten (ESB)*, 93 (4542) 5 september 2008, p. 535-537.

200 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 27.

aan belastingen, € 242 miljoen aan omzet van trustkantoren (exclusief BTW)[201] en € 245 miljoen aan omzet van overige dienstverleners (exclusief BTW)[202], geschat op een totale toegevoegde waarde van € 1.797 miljoen.[203]

Trust matters: de cijfers van 2009
In het follow-up rapport van de SEO worden de totale belastingopbrengsten op basis van de gegevens van 2009 geschat op € 1.019 miljoen, waarmee een daling wordt geconstateerd van 22% ten opzichte van genoemde geschatte totale belastingopbrengsten in 2006 van € 1.310 miljoen. In het rapport wordt de recessie als directe reden genoemd voor deze lager uitvallende belastingopbrengsten: 'Caused by the recession, the economic activities of MNCs decreased, leading to significantly lower taks payments.' [204] Dit bedrag van € 1.019 miljoen is opgebouwd uit belasting betaald door cliëntvennootschappen (€ 890 miljoen), belasting betaald door trustkantoren (€ 76 miljoen) en belasting betaald door externe dienstverleners (€ 53 miljoen euro). Ten opzichte van 2006 laten laatstgenoemde bedragen achtereenvolgens een daling van 26% procent zien (belastingen betaald door cliëntvennootschappen), een stijging van 33% (belastingen betaald door trustkantoren) en een daling van 9% (belastingen betaald door externe dienstverleners), resulterend in een totale belastingopbrengst van € 1.019 miljoen, waarmee genoemde daling van 22% is vastgesteld.[205]

2.5.4 Werkgelegenheid en spin-off activiteiten

Naast bovengenoemde schattingen van de toegevoegde waarde voor de Nederlandse economie, wijst de SEO in het eerste rapport op de directe en indirecte invloed van de sector op de werkgelegenheid en de (beperkte) effecten van spin-off activiteiten van hun cliënten. Onder directe invloed ('direct impact') op de werkgelegenheid verstaat de SEO de werkgelegenheid bij de trustkantoren zelf, de indirecte invloed ('indirect impact') betreft de werkgelegenheid bij de leveranciers van bijkomende diensten, te weten juridische dienstverlening, auditing, accounting en banking, ten aanzien van de sector. De directe werkgelegenheid schat de SEO op ongeveer 1.700 banen, waarvan 85% (1.450 banen) worden vervuld door binnenlands personeel en 15% (250 banen) door ex-pats die in Nederland wonen en werken. Hierbij zijn ex-pats die direct door de internationaal opererende onderneming worden ingezet niet meegerekend. De indirecte werkgelegenheid wordt geschat op 1.300 banen, waarbij de SEO er vanuit gaat dat de productiviteit in bovengenoemde sectoren (juridische dienstverlening, auditing, accounting en banking) overeenkomt met die van de Nederlandse trustsector. De werkgelegenheid die door de Nederlandse trustsector wordt gegenereerd komt daarmee op een totaal 3.000 banen. Hoewel de SEO stelt deze gegevens niet te hebben doorberekend in haar rapport, levert de trustsector met haar 3.000 (SEO, 2008) hoog gekwalificeerde banen[206] – later geschat op 3.500 (SEO, 2011)[207] – en de (circa) 16.000 internationale cliënten (veelal multinational corporations) volgens de SEO een positieve bijdrage aan de Nederlandse financiële sector.[208]

---

201 Volgens de SEO is het totaalbedrag van € 242 miljoen opgebouwd uit de volgende bedragen: € 92 miljoen aan boekhouddiensten, administratieve dienstverlening en accounting, € 77 miljoen aan management diensten, € 24 miljoen aan juridische ondersteuning, € 19 miljoen aan domicilieverlening en personal directors fees en het overige (4% van het totaal) uit 'other support'. Zie: M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 16-17.

202 Volgens de SEO is het totaalbedrag van 245 miljoen euro opgebouwd uit de volgende bedragen: € 123 miljoen aan belastingadvisering, € 66 miljoen aan juridische dienstverlening en notariaat, € 45 miljoen aan auditing en € 10 miljoen aan banking. Zie: M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 18.

203 Idem, p. 28.

204 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 17.

205 Ibid.

206 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 29.

207 P. Risseeuw en R. Dosker, *a.w.* 2011, p. 18.

208 M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *a.w.* 2008, p. 28-29.

Tot slot wijst de SEO op de invloed van mogelijke spin-off activiteiten van de cliënten van trustkantoren. De vestiging van een holding in Nederland zou hierbij de eerste stap kunnen zijn van een groeistrategie, die zou kunnen leiden tot de oprichting van een volledig operationeel Nederlands kantoor, waarbij kan worden gedacht aan functies als regionaal hoofdkantoor, logistiek centrum, IT-ondersteuning of klantenservice. Trustkantoren spelen dan een rol bij het opzetten van een lokaal zakennetwerk en bij het afstemmen met de lokale gebruiken, cultuur en juridische en belastingaspecten. Hoewel het merendeel van de door de SEO geïnterviewde trustkantoren het er niet over eens is of het waarschijnlijk is dat de vestiging van een Nederlandse holding deel uitmaakt van een dergelijke groeistrategie[209], wijzen andere trustkantoren erop dat deze strategie is toegepast door grote bedrijven als Siemens, Nissan, Fuji, Prada, Nike en Coca Cola.[210] De invloed van spin-off activiteiten wordt dan ook beperkt geacht.

209 Slechts 15% van de door de SEO geïnterviewde trustkantoren merkt het argument van operationele activiteiten in Nederland aan als een van de belangrijkste vijf redenen waarom een Nederlands trustkantoor wordt ingeschakeld. Zie: idem, p. 29.

210 Ibid.

III MISBRUIK VAN TRUSTKANTOREN

III MISBRUIK VAN TRUSTKANTOREN

> ‘Regardless the economic benefits of trust services, in the public debate it is quite common to treat offshore finance and trust services in a context of money-laundering, tax evasion and financing terrorist activities. The status of the Netherlands as a supposed taxhaven is a recurrent headline in the newspapers.
>
> This opinion can also be found in academic research, see for instance Unger et al. (2006).[1] The common line of reasoning in such publications is that the trust industry as a whole is undesirable. However, these papers fail in presenting examples of existing malpractice.’
> (SEO Economisch Onderzoek, 2011)[2]

3.1 Inleiding

Misbruik van trustkantoren is een gevoelig onderwerp. Het inleidende citaat illustreert dat ook het publieke debat over de (vermeende) status van Nederland als zogenaamde ‘tax haven’ nogal eens wordt gekoppeld aan het toch al kritische debat over de dienstverlening van trustkantoren.[3] Tevens illustreert het citaat de hierbij gevoelde behoefte om bij het bespreken van (mogelijke) vormen van misbruik direct de koppeling te maken met het hebben van een oordeel over de wenselijkheid van de trustsector als geheel. Beide vraagstukken vallen echter buiten het onderzoekskader van deze dissertatie en worden daarom ook in dit hoofdstuk niet behandeld.

Doel en afbakening
Het doel van dit hoofdstuk is om misbruik van trustkantoren inzichtelijk te maken. Onder misbruik van trustkantoren voor criminele activiteiten moet volgens de *Nota Integriteit Financiële Sector en Terrorismebestrijding* worden verstaan: het witwassen van gelden, de financiering van terrorisme en fiscale fraude.[4] In deze nota is een eerste schets gegeven van de hoofdlijnen van het toezicht op trustkantoren (zie nader over deze zogeheten ‘Integriteitsnota 2001’ hieronder subparagraaf 5.2.2.3). Saillant detail is dat de MvT van de Wtt de (in laatstgenoemde nota vermelde) misbruikvariant van terrorismefinanciering niet heeft overgenomen. Volgens de MvT levert het wetsvoorstel ‘een bijdrage aan het tegengaan van witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen’[5] – het tegengaan van terrorismefinanciering wordt hier echter niet genoemd.

---

1 In de eerste, niet-gerectificeerde versie van het SEO-rapport (P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters. The Dutch trust industry revisited*, Amsterdam: SEO Economic Research 2011) is ten onrechte in dit verband ook verwezen naar het EITC-rapport (M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2009). Terecht is dit per 7 december 2011 gerectificeerd, aangezien er in laatstgenoemd EITC-rapport geen uitspraken zijn gedaan over de (vermeende) status van Nederland als zogenaamde ‘tax haven’. Ook worden in het EITC-rapport geen uitspraken gedaan over de (on)wenselijkheid van de trustsector als geheel.

2 P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters. The Dutch trust industry revisited*, Amsterdam: SEO Economic Research 2011, p. 5 (gerectificeerde versie).

3 Zie voor een beschrijving van dit ‘kritische debat’ ook hierboven in Hoofdstuk 1: subparagraaf 1.3 ‘Maatschappelijke aandacht voor de dienstverlening van Nederlandse trustkantoren’, evenals M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 7-9.

4 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 8.

5 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

Misbruik van trustkantoren: stand van de internationale kennis op dit terrein
Het afgelopen decennium is de kennis op het terrein van 'misuse of trust and company service providers' op internationaal niveau aanzienlijk toegenomen. Deze ontwikkeling van kennis over de wijze waarop misbruik van trustkantoren zich in de praktijk afspeelt zou op een zelfde wijze kunnen worden beschreven als de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren, zoals behandeld in het navolgende hoofdstuk 4. Anders dan bij genoemde beschrijving van de ontwikkeling van deze internationale standaarden, zou een integrale behandeling van de ontwikkeling van het inzicht in het misbruik in het kader van deze dissertatie haar doel voorbij schieten. In dit onderzoek wordt derhalve volstaan met het behandelen van de actuele stand van de (internationale) kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren.[6]

De belangrijkste rapporten in dit verband zijn thans in de eerste plaats het rapport met als titel *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* en het rapport getiteld *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*. Beide rapporten zijn gepubliceerd door de Financial Action Task Force on Money Laundering (hierna ook: FATF), dat thans wordt gezien als het belangrijkste orgaan voor de bestrijding van witwassen van geld en de financiering van terrorisme.[7] Daarnaast kan bovendien sinds kort ook worden gewezen op het rapport *The Puppet Masters*.[8] Dit rapport is gepubliceerd door het zogeheten Stolen Asset Recovery Initiative (hierna ook StAR); een in 2007 opgericht samenwerkingsverband van de World Bank en de United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). Hoewel de focus in het rapport is gericht op wijze waarop juridische entiteiten ('corporate vehicles') worden misbruikt om de opbrengsten van corruptie te verhullen, moeten de 'weaknesses highlighted in this report' volgens de onderzoekers worden gezien in het (bredere) kader van de inspanningen van landen om te voldoen aan de internationale standaarden ter bestrijding van financiële criminaliteit, waaronder (naast corruptie) ook witwassen en terrorismefinanciering worden genoemd.[9] In het rapport wordt (ook) aandacht besteed aan de wijze waarop trustkantoren faciliterend kunnen optreden bij het verhullen van crimineel vermogen, teneinde dit vermogen te kunnen witwassen. In het rapport wordt in dit verband verschillende typen juridische entiteiten behandeld, die trustkantoren vaak ten behoeve van het moederbedrijf dan wel de beneficial owner opzetten.

Misbruik van Nederlandse trustkantoren: behandeling aan de hand van incidentele gevallen
In de weinige literatuur waarin aandacht wordt besteed aan misbruik van Nederlandse trustkantoren, wordt geconstateerd dat er geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of trustkantoren actief betrokken zijn bij genoemde activiteiten (witwassen, terrorismefinanciering en fiscale fraude)[10], zodat de behandeling van misbruik van Nederlandse trustkantoren slechts kan plaatsvinden aan de hand van incidentele gevallen. In dit kader worden in dit hoofdstuk de volgende cases besproken, waarbij

---

6 Voor de volledigheid moet worden benadrukt dat het hier specifiek gaat om de behandeling van het misbruik van trustkantoren en niet om het misbruik van de rechtsfiguur van de trust (zie voor het onderscheid tussen beide begrippen met name subparagraaf 1.2.4 'Een 'klassiek misverstand': het begrip 'trustkantoor' en de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust'. Misbruik van de rechtsfiguur van de trust komt echter wel zijdelings ter sprake voor zover van belang bij de bespreking van gevallen van misbruik van trustkantoren waarbij deze rechtsfiguur is betrokken.

7 Zie: Richtlijn 2005/60/EG van het Europese 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 309/15). Zie hieronder nader over de FATF: paragraaf 4.5 'De Financial Action Task Force on Money Laundering', met name subparagraaf 4.5.2 'Over de FATF en de invloed van haar aanbevelingen'.

8 E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *The Puppet Masters: How the Corrupt Use of Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, StAR 3 november 2011.

9 E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 2.

10 K. Frielink en M. van Eersel, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 15. Zie ook: B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. De Kruif, M. Busuioc en K. Wokke, *The Amounts and the Effects of Money Laundering, Report for the Ministry of Finance*, Utrecht: Utrecht School of Economics 16 februari 2006, p. 126, en: M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 5.

overigens voorop moet worden gesteld dat in geen van de hier genoemde gevallen sprake is geweest van een veroordeling van het betrokken trustkantoor: het boekhoudschandaal van Enron en die bij Parmalat, de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V., de strafrechtelijke vervolging van First Alliance Trust (hierna ook: FAT) en de vervolging van Jan Dirk Paarlberg. Bij deze strafzaken is steeds gebruik gemaakt van de dienstverlening van trustkantoren, waarmee overigens nog niets is gezegd over de verwijtbaarheid van betrokken trustkantoren.

3.2 'Misuse of trust and company service providers'

3.2.1 Ten geleide

In onderhavige paragraaf wordt aan de hand van de hierboven genoemde drie rapporten – te weten het FATF-rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, het FATF-rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* en het StAR-rapport *The Puppet Masters* – de huidige stand van de (internationale) kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren behandeld. Als gezegd is de kennis op dit terrein het afgelopen decennium aanzienlijk toegenomen. Van Gorkum en De Carpentier konden kort na de inwerkingtreding van de Wtt in verband met de internatonale aandacht voor de risico's van het verlenen van trustdiensten nog slechts wijzen op de publicaties *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* van de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (hierna ook: OESO)[11], evenals de publicaties van de FATF (met name het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*)[12] en het *Statement of Best Practice* van de Offshore Group of Banking Supervisors.[13] De kern van de internationale aandacht voor de risico's van trustdienstverlening wordt door Van Gorkum en De Carpentier beschreven als het gevaar dat door het trustkantoor beheerde entiteiten, al dan niet onbedoeld, een schakel zouden vormen bij geldstromen met een illegale herkomst of bestemming.[14] Laatstgenoemde drie internationale instrumenten worden in hoofdstuk 4 inhoudelijk behandeld, vanwege hun bijdrage aan de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren.[15] De focus in de twee FATF-rapporten die in navolgende subparagrafen

---

11 Zie nader over de OESO en het genoemde OESO-rapport: paragraaf 4.4 'De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling', met name subparagraaf 4.4.2 'Over de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling en haar kenmerkende werkmethoden', respectievelijk subparagraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht'.

12 Zie nader over de FATF en het genoemde Consultation Paper: paragraaf 4.5 'De Financial Action Task Force on Money Laundering', met name subparagraaf 4.5.2 'Over de FATF en de invloed van haar aanbevelingen', respectievelijk subparagraaf 4.5.3 'Review of the FAFT Forty Recommendations Consultation Paper'.

13 Zie over de Offshore Group of Banking Supervisors, meer in het bijzonder de Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group en het Statement of Best Practice: paragraaf 4.6 'De Offshore Group of Banking Supervisors', met name subparagraaf 4.6.2 'De Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group', respectievelijk subparagraaf 4.6.3 'Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice'.

14 W.M.E. van Gorkum & J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 22.

15 Op deze plaats moet overigens alvast worden opgemerkt dat de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren in de (Nederlandse) literatuur thans slechts zeer ten dele wordt beschreven. In hoofdstuk 4 wordt als 'beginpunt' van de ontwikkeling van deze internationale standaarden de IMF Staff Assessments van het zogeheten Offshore Assessment Program van het Internationaal Monetair Fonds (hierna ook: IMF) genomen, evenals de hieraan voorafgaande rapporten van UK Home Office (het zogenaamde 'Edwards Report) en de rapporten van KPMG, die door het IMF zijn aangewezen als richtinggevend voor het ontwikkelen van 'good practice' op dit terrein. Zie nader hoofdstuk 4 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren', met name paragraaf 4.1 'Ten geleide', onder het kopje 'Een ijkpunt: Het Internationaal Monetair Fonds en het Offshore Financial Center Assessment Program'. Zie ook: M.T. van der Wulp en J. van Koningsveld, 'Partially Compliant' De FATF-evaluatie 2011 en de Nederlandse trustsector, *Sanctierecht & Compliance*, p. 18-20.

worden uitgediept, is gericht op het misbruik. Weliswaar wordt in beide rapporten afgesloten met 'issues for consideration' (waardoor behandeling in hoofdstuk 4 eveneens verdedigbaar zou zijn), de nadruk ligt bij beide rapporten toch vooral op het misbruik, dat wordt behandeld aan de hand van typologieën, alsook enkele 'red flags' en indicatoren van misbruik.

Op het eerstgenoemde rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* wordt voortgebouwd in het (tweede) rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*. Recent is aan deze twee rapporten als aangestipt het StAR-rapport *The Puppet Masters* toegevoegd, waarin tevens wordt voortgebouwd op de aanbevelingen van de FATF. Gezamenlijk weerspiegelen deze drie rapporten mijns inziens de actuele stand van de kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren. Teneinde de boodschap op dit terrein zo zuiver mogelijk voor het voetlicht te brengen, wordt bij de behandeling van de hoofdlijnen van FATF-beide rapporten en het StAR-rapport in de voetnoten steeds verwezen naar de betreffende case studies die hierin zijn opgenomen. Op deze plaats nodig ik de lezer uit om ook kennis van deze cases te nemen. Dit ter aanvulling op dit hoofdstuk.

3.2.2 The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers

Op 13 oktober 2006 heeft de FATF het rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* gepubliceerd.[16] Het doel van het onderzoeksrapport is 'to identify in respect of corporate vehicles[17] areas of vulnerability for money laundering and terrorist financing, along with evidence of their misuse', waarbij de focus ligt op het meest kenmerkende aspect van het misbruik, te weten het verbergen van de werkelijke uiteindelijk begunstigde.[18] Hiertoe is een team van experts opgesteld, bestaande uit onder andere experts van FATF-jurisdicties, toezichthouders en zogeheten 'FATF-style regional bodies' (FSRBs). De experts waren zowel afkomstig uit Common Law als uit Civil Law jurisdicties, alsmede uit landen die niet bij de FATF zijn aangesloten en tot slot landen met een aanzienlijke trustsector en/of 'non-resident business activity'.[19] De eerste stap in het onderzoek betrof het opstellen van een vragenlijst die ertoe diende een vollediger beeld te verkrijgen van de (internationale) diversiteit met betrekking tot 'the formation and administration' van corporate vehicles. Op basis van de voorgaande studies op het terrein van misbruik van corporate vehicles[20], heeft het team van experts (vanuit het oogpunt van efficiëntie) de focus gelegd op 'the most significant feature of the misuse of corporate vehicles – the hiding of the beneficial ownership.'[21] Als vertrekpunt van het onderzoek onderzocht het team van experts een aantal casusvoorbeelden van misbruik van corporate vehicles (waarvan hieronder enkele worden behandeld)[22], waarbij steeds werd gezocht naar belangrijke elementen en patronen van misbruik.[23]

---

16 *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, FATF 13 oktober 2006.

17 Waaronder: corporations, trusts, foundations en partnerships with limited liability. Hiermee wordt aangesloten bij de definiëring van het begrip 'corporate vehicle' door de OESO, zie: *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001, p. 21.

18 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 1.

19 Idem, p. 2.

20 Genoemd worden in dit verband de rapporten van het Financial Stability Forum van de G7, de Europese Commissie, de International Organisation of Securities Commissions (hierna ook: IOSCO) en de OESO. Zie uitgebreider in het navolgende hoofdstuk 4 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren', waarin deze en andere internationale instrumenten worden behandeld.

21 Idem, p. 2. Evenwel wordt hierbij opgemerkt dat 'This is not to deny that there are other aspects that are worthy of attention, and that more detailed work on other areas could be done later.'

22 Zie voor het complete overzicht van de cases: Annex. 4 van het FATF-rapport.

23 Idem, p. 3.

Misbruik
Het thema 'misbruik (van trustkantoren)' omvat in het rapport in ieder geval 'money laundering, bribery and corruption, improper inside dealings, tax fraud (and) financing of terrorist activities', waarbij meteen moet worden opgemerkt dat ten aanzien van het laatstgenoemde 'financing of terrorist activities' in het FATF-rapport geen voorbeelden worden gegeven.[24] In reactie op de ingevoerde anti-witwasmaatregelen bij banken en financiële instellingen, zouden criminelen hun toevlucht zoeken in misbruik van corporate vehicles en trustkantoren, met als doel 'to disguise and convert their proceeds of crime before it enters the traditional financial system.' Volgens de FATF zouden de diensten van trustkantoren hiertoe kunnen worden aangewend, waarbij de daadwerkelijke betrokkenheid van trustkantoren bij de illegale doeleinden zou variëren.[25]

In haar *FATF 40 Recommendations* heeft de FATF reeds aandacht besteed aan het misbruik van corporate vehicles, evenals aan de dienstverlening van trustkantoren waardoor dit misbruik kan worden gefaciliteerd. Het gaat hier met name om Recommendation 5, 33 en 34, die hieronder in hoofdstuk 4 worden behandeld, zie hierover met name in subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations'. Voorts is de aandacht van de FATF in het bijzonder gericht op het gemak waarmee in sommige jurisdicties corporate vehicles kunnen worden opgericht en ontbonden, waardoor deze entiteiten niet alleen worden gebruikt voor legitieme doeleinden (genoemd worden financiering, fusies en overnames, vastgoed en tax planning), maar ook kunnen worden misbruikt om de herkomst van vermogen en het 'beneficial ownership' te verhullen van degenen die betrokken zijn bij financiële criminaliteit. In dit verband wordt gewezen op de kwetsbaarheid van: 'shell companies', die kunnen worden opgericht in zowel onshore als offshore locaties, waarbij hun eigendomsstructuren verschillende vormen kunnen aannemen; aandelen (aan toonder), die aan natuurlijke- of rechtspersonen kunnen worden uitgegeven in geregistreerde vorm dan wel aan toonder ('bearer shares'); companies, die kunnen worden opgericht voor een 'single purpose' of het houden van vermogen (dan wel als 'multi purpose entities'); en tot slot wordt gewezen op de rechtsfiguur van de trust. 'Trusts are pervasive throughout common law jurisdictions.'[26] Ter relativering van de omvang van het misbruik, merkt de FATF evenwel vooraf op dat: 'In examining the potential misuse that corporate vehicles may be subject to, it is important to bear in mind that, of the millions of companies that exist, the vast majority engage in legitimate business, and only a small minority are misused. Likewise among the trusts that are set up, the majority serve legitimate purposes, and only a small minority are misused.'[27]

4 typologieën
Uit de door het team van experts onderzochte cases (die hierboven reeds ter sprake kwamen) is gebleken hoe moeilijk het kan zijn om te bepalen wie uiteindelijk de begunstigde is van de structuur, waarbij op verschillende manieren de anonimiteit (van de begunstigde) kan worden gerealiseerd. De gemeenschappelijke kenmerken van de bestudeerde cases zijn ondergebracht in vier zogeheten 'typologieën', waarbij iedere typologie steeds de aandacht richt op een bepaalde specifieke methode of specifiek element van de gebruikte structuur en corporate vehicle, die worden aangewend ter afscherming van de identiteit van de begunstigde. Deze vier typologieën worden hieronder in navolgende subparagrafen achtereenvolgens behandeld.

---

24 Ook in het hierop volgende rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (2010), wordt in dit verband over het gebruik van corporate vehicles opgemerkt dat 'little information is available at the current time with regard to the use of such structures in the financing of terrorism', maar zo merkt de FATF evenwel op 'this does not mean that such vehicles have not or cannot be used in this regard.' Zie p. 8 van laatstgenoemd rapport.

25 Zo stelt de FATF dat 'Criminals may seek advice from trust and company service providers (TCSPs) as to the best corporate vehicles or jurisdictions to use to support their schemes, with the TCSPs having varying degrees of awareness of or involvement in the illicit purposes underlying their client's activities.' FATF, *t.a.p.* 2006, p. 1.

26 Idem, p. 1.

27 Idem, p. 2.

3.2.2.1 Typology 1: 'Multi-jurisdictional structures of corporate entities and trusts'

De eerste typologie die door de FATF is geïdentificeerd is het gebruik van structuren bestaande uit juridische entiteiten en trusts die in verschillende jurisdicties zijn verspreid: 'In many instances, a structure consisting of a series of corporate entities and trusts – created in different jurisdictions – is used to hide identity and carry out a fraud scheme.'[28] Een complexe structuur kan een legitieme indruk wekken, waarmee investeerders kunnen worden aangetrokken, die vervolgens door de complexe structuur niet meer kunnen achterhalen door wie zij zijn benadeeld.[29] Daarnaast wordt gewezen op de witwasmogelijkheden van het gebruik van een complexe structuur die over meerdere jurisdicties is verspreid: door het opzetten van een complexe structuur met entiteiten in verschillende jurisdicties, kan de indruk worden gewekt van een 'verklaarbare' (en dus: legitieme) geldstroom tussen deze entiteiten, die kan worden aangewend om geld wit te wassen.[30] Tot slot kan de structuur worden gebruikt om te verbergen aan wie de betalingen zijn gedaan.[31, 32]

3.2.2.2 Typology 2: 'Specialised financial intermediaries/professionals'

Als tweede typologie noemt de FATF het gebruik van 'gespecialiseerde financiële tussenpersonen/professionals.' De FATF constateert dat bij geconstateerd misbruik van trustkantoren vaak (in meer of mindere mate) sprake is van gespecialiseerde tussenpersonen of professionals, die behulpzaam zijn bij het oprichten van juridische entiteiten en het misbruik maken van de (overigens legale) mogelijkheden die andere jurisdicties bieden om de beneficial ownership te verhullen, zoals corporate shareholders, corporate directors and bearer shares. De FATF constateert dat de mate van betrokkenheid van de professional kan variëren van 'het niet op de hoogte zijn van de bedoelingen van de cliënt'[33] tot 'het (daadwerkelijk) hebben van kennis van de bedoelingen van de cliënt.'[34, 35]

3.2.2.3 Typology 3: 'Nominees'

Een derde misbruiktypologie die door de FATF is aangewezen, is het gebruik van zogeheten 'vertegenwoordigers' ('nominees'). Door middel van het gebruik van het gebruik van 'nominees' kan

---

28 Idem, p. 3.

29 Zie de in het rapport beschreven Case 1 en Case 3

30 Zie de in het rapport beschreven Case 2.

31 Zie de in het rapport beschreven Case 2, Case 3 en Case 4.

32 Ter illustratie van deze typologie heeft de FATF in het rapport vier cases opgenomen, waarvan hier *de essentie* wordt weergegeven. In de eerstgenoemde casus (Case 1) zijn investeerders bewogen om te investeren in een aantal trusts, waarbij hun is voorgehouden dat zij met deze investeringen vermogen zouden genereren. De trusts zijn echter gelieerd aan offshore bankrekeningen, waarmee het geld wordt weggesluisd naar degenen die de frauduleuze structuur hebben opgezet. In de tweede casus (Case 2), wordt een structuur met entiteiten over meerdere jurisdicties beschreven, die is opgezet met het doel om verzekeringsmaatschappijen te kopen en de activa hierbij heimelijk te sluizen naar degenen die de structuur hebben opgezet. De derde casus (Case 3) betreft een 'piramidestructuur' waarmee voor het uitvoeren van de beleggingsfraude gebruik is gemaakt van offshore vennootschappen (in Antigua, de Isle of Man en Belize). Door deze structuur kan geld worden weggesluisd en de opbrengsten voor fiscale autoriteiten worden verborgen. Tot slot wordt in Case 4 beschreven op welke wijze de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende – de 'ultimate beneficial owner' – door het gebruik van een complexe structuur (met entiteiten in verschillende jurisdicties, te weten de Bahamas, de British Virgin Islands, Frankrijk en Zwitserland) verborgen is gebleven. FATF, *t.a.p.* 2006, p. 4-5.

33 Zie de in het rapport beschreven Case 5.

34 Zie de in het rapport beschreven Case 6.

35 Ter illustratie van deze typologie heeft de FATF twee cases opgenomen. In 'Case 5' wordt beschreven op welke wijze de expertise van advocaten, belastingadviseurs en accountants kan worden ingezet, zonder dat (uit de casus blijkt) dat zij kennis hebben van de bedoelingen van de cliënt. In 'Case 6' wordt door een accountant een structuur opgezet voor illegale verkoop en import van chemicaliën. Bij het onderzoek naar de trusts die hierbij zijn gebruikt voor het witwassen van geld, duikt ook een andere dienstverlener op die tussen de 5.000 en 10.000 entiteiten voor zijn cliënten zou hebben opgericht, waaronder het aanbrengen van lagen in de een structuur met buitenlandse trusts, stichtingen en vennootschappen in offshore landen. FATF, *t.a.p.* 2006, p. 6.

de identiteit van de uiteindelijk begunstigden verborgen blijven. De FATF onderscheidt hierbij drie varianten, behorende bij drie zogeheten 'nominees services'. De dienstverlening wordt omschreven als: 'nominee bank accounts'[36], 'nominee shareholders'[37] en 'nominee directors'.[38, 39]

3.2.2.4 Typology 4: 'Shell companies'

Tot slot wordt door de FATF als misbruiktypologie het gebruik van 'shell companies' aangewezen.[40] Het gaat hierbij om niet operationele bedrijven, dat wil zeggen juridische entiteiten die geen onafhankelijke operaties uitvoeren, significante activa, werknemers of doorlopende business hebben. Zij plegen te worden gebruikt voor verscheidene legitieme doelen, bijvoorbeeld het faciliteren van een fusie waarbij twee bedrijven in een (lege) 'shell company' fuseren.[41, 42]

3.2.2.5 Gemeenschappelijke elementen

De FATF heeft in haar rapport enkele gemeenschappelijke kenmerken ('common elements') geïdentificeerd. Het gaat hier om indicatoren ofwel 'red flags', die aanwijzen wanneer er volgens de FATF sprake is van het verhullen of verbergen van de identiteit van de uiteindelijk begunstigde.[43] Deze kenmerken zouden soms worden gecombineerd met bovengenoemde typologieën, dan wel met een zogenaamd bijkomend kenmerk ('additional element') om dit doel te bereiken, zoals het verbergen van de identiteit of het omleiden van een geldstroom. De meest voorkomende gemeenschappelijke kenmerken die door de FATF in dit verband zijn aangewezen, zijn:[44] multi-jurisdictionele en/of complexe structuren van corporate entiteiten en/of trusts[45]; betalingen zonder een duidelijke connectie met de activiteiten van de corporate entiteit[46]; het gebruik van offshore-bankrekeningen zonder commercieel doel ('economic necessity')[47]; het gebruik van nominees[48]; het gebruik shell companies[49] en tot slot de betrokkenheid van belasting-, financiële en juridische adviseurs bij het ontwikkelen en opzetten van de structuren.[50]

---

36 Zie de in het rapport beschreven Case 8.

37 Zie de in het rapport beschreven Case 9.

38 Zie de in het rapport beschreven Case 7.

39 Ter illustratie van deze typologie heeft de FATF drie cases opgenomen. In 'Case 7' wordt bij een in de US gevestigde trust gebruik gemaakt van 'nominees as grantors and trustee' waardoor de betrokkenheid (evenals de identiteit) van de uiteindelijk begunstigde (in deze casus aangeduid als 'B') verborgen kan blijven. In deze casus gaat het om opbrengsten van de verkoop van verzekeringsmaatschappijen, die via bovengenoemde trust naar een offshore bankrekening worden gesluisd, die op naam staat van een door B beheerde vennootschap. In 'Case 8' wordt gebruik gemaakt van 'nominee bank accounts' om de betrokkenheid van de uiteindelijk begunstigde (in deze casus aangeduid als 'D') te verhullen voor de IRS. In 'Case 9' wordt gebruik gemaakt van een 'nominee shareholder' (aangeduid als 'G') die optreedt ten behoeve van de uiteindelijk begunstigde (aangeduid als 'E'), waardoor E omkopingsgelden kan ontvangen van persoon 'F'. FATF, *t.a.p.* 2006, p. 6.

40 Idem, p. 7.

41 Zie bijvoorbeeld: 'Overview trust offices', presentatie gehouden door I. van Hasselt en S. Hut ter gelegenheid van de bijeenkomst van FinPro: 'Financiële fraude en de mogelijkheden via trustkantoren en off-shore bankieren.' Bijeenkomst Nyenrode Business University, 27 januari 2012.

42 Ter illustratie van deze typologie is in het FATF-rapport 'The White Whale Case' opgenomen, waarin een (complexe) structuur wordt opgezet met als doel geld wit te wassen door middel van vastgoed investeringen. Door juridische professionals is een complexe structuur opgezet om zowel de uiteindelijk begunstigden als de herkomst van het vermogen te verhullen. FATF, *t.a.p.* 2006, p. 7-8.

43 Idem, p. 9-10.

44 Idem, p. 9-10.

45 Case 1, 2, 3, 4 en The White Whale Case.

46 Case 5, 11 en The White Whale Case.

47 Case 1, 3, 4, 6 en The White Whale Case.

48 Case 2, 6, 8, en The White Whale Case.

49 The White Whale Case.

50 Case 1, 5, 6 7 en The White Whale Case.

3.2.2.6 Analyse

De FATF heeft bovendien[51] een questionnaire opgesteld, die door 32 jurisdicties is beantwoord.[52] De FATF heeft deze resultaten met hulp van de World Bank geanalyseerd. Zoals hierboven reeds aan de orde kwam, is in het onderzoek als uitgangspunt de veronderstelling genomen dat het voornaamste doel van misbruik van corporate vehicles is gelegen in het verbergen van de identiteit van de natuurlijke persoon die profiteert van, dan wel de uitvoerder is van het witwassen, te weten de uiteindelijk begunstigde ('beneficial owner', kortweg BO).[53, 54] Vanuit dit uitgangspunt bezien was het primaire doel om vast te stellen op welke wijze corporate vehicles hiervoor in de praktijk zijn gebruikt. Het onderzoek richtte zich derhalve op (1) de verschillende typen corporate entiteiten ('corporate vehilces') in de betrokken landen[55], (2) de typen of begunstigdenrelaties ('BO relationships'), (3) de bronnen van informative betreffende de begunstigden en de methoden om over deze informative te kunnen beschikken, en (4) voorbeelden van misbruik van corporate entiteiten in de betreffende jurisdictie.[56]

De kritieke factor: de mate van anonimiteit

Aangezien de mate van anonimiteit als een kritieke factor voor misbruik wordt gezien, wordt in de analyse in de eerste plaats het gebruik van bepaalde gebruikte eigendomsstructuren afgezet tegen de hieraan verbonden risico's ('associated problems/risks'). Zo wordt bij toepassing van 'corporate shareholders' gewezen op het hieraan verbonden risico dat zij een extra laag tussen de BO en de (betrokken) entiteit creëren. Voorts wordt het gebruik van 'nominee shareholders' genoemd, dat als voornaamste probleem heeft dat hierdoor het nut van een aandeelhoudersregister afneemt. Tot slot wordt in dit kader het gebruik van 'bearer shares' genoemd, die kunnen worden overgedragen zonder een boekhoud spoor ('paper trail') achter te laten, hetgeen een belangrijk risico oplevert. In de tweede plaats wordt het gebruik van bepaalde bestuursstructuren afgezet tegen de hiermee verbonden risico's. Zo wordt ten aanzien van het gebruik van 'corporate directors' gewezen op het risico dat uitgaat van de extra laag die hiermee wordt gecreëerd bij het vaststellen van de identiteit van de natuurlijke persoon die de bestuurder is. Misbruik van corporate vehicles kan hierdoor in de hand worden

---

51 Naast de in bovenstaande voetnoten genoemde case studies.

52 Het betrof de volgende jurisdicties, onder te verdelen in FATF-leden en FSRBs (FATF-Style Regional Bodies). De (zestien) genoemde FATF-leden zijn: België (BE), China (Hong Kong, HK), Denemarken (DK), Duitsland (DE), Frankrijk (FR), Japan (JP), Nederland (NL), (de voormalige) Nederlandse Antillen (NA, sinds 10 oktober 2010: Antillen), Nieuw Zeeland (NZ), Noorwegen (NO), Oostenrijk (AT), Spanje (ES), Turkije (TR), het Verenigd Koninkrijk (UK), de Verenigde Staten (US) en Zwitserland (CH). De (zestien) genoemde FSRBs zijn: Bahamas (BA), Bahrain (BH), British Virgin Islands (VI), Gibraltar (GI), Guernsey (GG), Isle of Man (IM), Jersey (JE), Latvia (LV), Lithuania (LT), China (Macao, MO), Malysia (MY), Marshall Islands (MH), Mauritius (MA), Palau (PW), Qatar (QA) en Slovakia (SK). Annex 3: idem, p. 29.

53 De FATF definieert het begrip BO als: 'the natural person who ultimately owns or controls a customer and/or the person on whose behalf a transaction is being conducted.'

54 Te onderscheiden van de 'ultimate beneficial owner' (UBO): de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in een doelvennootschap, dan wel begunstigde is van (destijds) ten minste (10%, thans:) 25% van het vermogen van een stichting of trust. Zie voor het begrip 'UBO' het nieuwe artikel 1 onderdeel c Wtt, welke luidt: de natuurlijke persoon die 1°. een belang houdt van 25 procent of meer van het kapitaalbelang van een doelvennootschap; 2°. 25 procent of meer van de stemrechten van de algemene vergadering van een doelvennootschap kan uitoefenen; 3°. feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in een doelvennootschap; 4°. begunstigde van 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap is; of 5°. een bijzondere zeggenschap heeft over 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap; tenzij de doelvennootschap een vennootschap is die is onderworpen aan openbaarmakingvereisten als bedoeld in richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (*PbEU* L 390) of aan voorschriften van een internationale organisatie die gelijkwaardig zijn aan die richtlijn.

55 Genoemd worden: offshore corporate vehicles, limited companies, UK limited companies, limited liability companies, shell companies, Nevada corporations en trusts.

56 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 10.

gewerkt, indien niet (tijdelijk) kan worden vastgesteld wie de bestuurder is. Tot slot wordt in dit kader gewezen op de bestuursstructuur waarbij gebruik wordt gemaakt van 'nominee directors', aangezien door het gebruik daarvan het vaststellen van de 'de facto' bestuurder(s) wordt bemoeilijkt.[57] Een andere belangrijke factor wordt door de FATF geduid als 'information sources', bij het verkrijgen van informatie over de corporate vehicles. Genoemd worden de corporate vehicles zelf, die immers vaak zelf aandeelhoudersregisters bijhouden, evenals de bedrijfsregisters, waarin informatie over de eigendom dient te worden opgenomen. Daarnaast wordt gewezen op de rol die 'intermediaries', (waaronder) met name trustkantoren, hierbij vervullen.[58] Tot slot wordt bij het verkrijgen van de benodigde informatie gewezen op de (verzamel) categorie van overige bronnen ('other sources'), waarmee zowel wordt gedoeld op de mogelijkheid om informatie te verzamelen uit publiekelijk toegankelijke bronnen, als de mogelijkheid om de corporate vehicles te verplichten deze informatie te verstrekken.[59] Laatstgenoemde optie is overigens in Nederland uitdrukkelijk niet gekozen, aangezien in Nederland is gekozen voor regulering van de dienstverlener, de 'service provider' (en niet voor de door het trustkantoor beheerde entiteit, de trust of company).[60] Onafhankelijk van deze keuze, wordt door de FATF gewezen op een belangrijk obstakel dat in de praktijk speelt bij het verkrijgen van de benodigde informatie, te weten dat 'there is one or more cross border relationship'. De FATF wijst hierbij met name op het stapelen van corporate vehicles, waardoor het verkrijgen van de informatie wordt bemoeilijkt.[61]

3.2.2.7 Aandachtspunten: Areas of risk, Prevalent Problems in Obtaining Information en Issues for Consideration

In het FATF rapport wordt op een aantal punten de aandacht gevestigd, te weten de voornaamste risico's met betrekking tot corporate vehicles (onder het kopje 'Areas of risk'), de veel voorkomende problemen bij het verwerven van informatie betreffende de uiteindelijk begunstigde (onder 'Prevalent Problems in Obtaining Information) en voorstellen voor nader onderzoek ('Issues for Consideration').

Areas of risk

De aandachtspunten die door de FATF onder 'Areas of risk' worden genoemd zijn hierboven ook reeds aangestipt. Eigendom van corporate vehicles door middel van nominee shareholding, aandelen aan toonder ('bearer shares')[62], evenals nominee en corporate directors, verhogen de kwetsbaarheid van corporate vehicles voor misbruik. Ten aanzien van het zogenaamde 'Up front disclosure' systeem – dat kortgezegd inhoudt dat bij de fase van oprichting of incorporatie van een rechtspersoon of vennootschap, de informatie over de identiteit van de uiteindelijk begunstigde vooraf ('up front') aan de autoriteiten moet worden gemeld[63] – wijst de FATF op het mogelijke probleem dat de 'up front' verkregen informatie na verloop van tijd niet meer accuraat is. Ten aanzien van trustkantoren,

---

57 Idem, p. 11-12.

58 Terzake concludeert de FATF in haar rapport dat 'Twelve jurisdictions require TCSPs to carry out customer due diligence procedures that are predicated upon a verified identification of the beneficial owner (NL, GI, MY, CH, MA, GG, IM, UK, HK, JE, VI, BA), and nine jurisdictions mandate that TCSPs apply for a license before engaging in the business of the formation or management of corporate vehicles (NL, GI, NO, CH, MA, GG, IM, JE, BA) About half of the jurisdictions use TCSPs for the formation and management of corporate vehicles (NL, GI, NO, MY, CH, MA, GG, IM, UK, HK, DE, QA, LT, JE, VI, AU, BA) Within these jurisdictions, TCSPs face sanctions for deficiencies in exercising due diligence. These sanctions can include making public statements, the imposition on continued licensure, requiring specific actions, and license revocation.' FATF, *t.a.p.* 2006, p. 14.

59 Idem, p. 14.

60 Zie nader hoofdstuk 4, met name subparagraaf 4.4.2.2 'Option 2: 'Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information', de 'Intermediary Option''.

61 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 15.

62 Dit punt wordt door de FATF nader uitgewerkt. Aangezien 'bearer shares' de ware eigendom en het bestuur van een bedrijf kan verhullen, kan het gebruik daarvan (naast de legitieme doelen die het kan dienen) ook worden gebruikt voor witwassen, zelfverrijking en handel met voorkennis. Zie nader: idem, p. 16.

63 Zie nader hoofdstuk 4, met name subparagraaf 4.4.2.1 'Option 1: 'Up front disclosure to the authorities'.

advocaten en accountants wijst de FATF op de geheimhoudingsplicht, die het voor de bevoegde autoriteiten kan bemoeilijken om toegang te krijgen tot de benodigde informatie.[64]

Prevalent Problems in Obtaining Information
Bij het verkrijgen van de benodigde informative wordt in het onderdeel betreffende de meest prevalente problemen ('Prevalent Problems in Obtaining Information') door de FATF met name gewezen op de 'bureaucratische vertraging' bij het verkrijgen van informatie van buitenlandse autoriteiten[65] Volgens zeven jurisdicties, waaronder Nederland, zouden met name (buitenlandse) trustkantoren bij dit probleem een rol spelen: 'Also, seven (jurisdictions) noted that the inability to gather necessary information from analogous regulatory bodies in other jurisdictions was due to insufficient disclosure from corporate vehicles and TCSPs, not from lack of co-operation.'[66]

Issues for Consideration
Op basis van de algemene bevindingen en conclusies (zie nader hieronder, bij 'Tussenstand') wordt in het rapport de aandacht gevestigd op 'Issues for consideration', die derhalve hier volgend op bovengenoemde aandachtspunten uit het rapport worden besproken. Zoals bij de inleiding van subparagraaf 3.2.2 reeds is besproken, is de focus van het onderzoek van de FATF beperkt geweest tot het meest kenmerkende aspect van het misbruik, als gezegd: het verbergen van de uiteindelijk begunstigde. Niettemin heeft het onderzoek door de FATF een aantal aandachtspunten voor nader onderzoek opgeleverd, waarop in navolgend onderzoek door geschikte, relevante internationale organisaties (waaronder de FATF zelf) kan worden voortgebouwd.[67] In relatie tot trustkantoren kan in dit verband worden gewezen op het onderzoeksrapport 'Money Laundering Using Trust and Company Service Providers', dat hieronder in subparagraaf 3.2.3 wordt behandeld. Laatsgenoemd rapport is volgens de FATF dan ook in essentie een 'follow op' van het hier besproken rapport.[68] Tot slot worden hieronder in navolgende subparagraaf – bij wijze van 'tussenstand' – de algehele bevindingen van het FATF-rapport besproken.

3.7.7.8 Tussenstand: Overall findings and conclusions
Aangezien het in navolgende subparagraaf te behandelen rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* wordt voortgebouwd op het rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, kunnen de bevindingen in laatstgenoemd rapport als een 'tussenstand' worden beschouwd bij de behandeling van de stand van de internationale kennis betreffende misbruik van trustkantoren. Gezien de in voorgaande subparagrafen behandelde typologieën, cases en het door de FATF verrichtte onderzoek, zal geen verbazing wekken dat een van de algehele bevindingen in het onderzoeksrapport luidt dat het, ter verbetering van het voorkomen van misbruik van corporate vehicles, van belang is dat men (op tijdelijke basis) weet of in staat is te weten te komen wie de 'uiteindelijk begunstigden' van een company zijn (het rapport spreekt op deze plaats van het engere begrip 'ultimate beneficial owner', in plaats van het ruime 'beneficial owner' dat

---

64 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 15-16.

65 Negen jurisdicties gaven te kennen problemen te ondervinden van 'bureaucratische vertraging' bij het verwerven van informatie van buitenlandse autoriteiten., te weten: GI, NO, MY, MA, IM, HK, PW, LB, JP. Idem, p. 16.

66 Het ging hierbij om de volgende jurisdicties: NL, GI, LV, MA, GG, HK, LB. Idem, p. 16.

67 Het gaat hierbij om vragen als met betrekking tot het misbruik van corporate entiteiten, zoals: zijn de bestaande AML/CFT-standaarden in zijn geheel voldoende om het misbruik van corporate vehicles tegen te gaan? En (meer specifiek): bieden de FATF Recommendations 12, 16 en 24 voldoende basis om dit misbruik tegen te gaan? Ook ten aanzien van trustkantoren (TCSPs) worden vragen opgeworpen, zoals: is er behoefte aan een internationale standaard voor trustkantoren of personen die trustdiensten verlenen? En: zouden trustkantoren gereguleerd dienen te worden? Of: dient er uitgebreide regulering van dergelijke dienstverleners te worden ingevoerd, waaronder advocaten en accountants indien zij deze diensten verrichten? Ten aanzien van bestaande 'corporate governance'-standaarden (zoals de OESO-principles), betreffende misbruik van corporate entieiten, wordt de vraag opgeworpen of de toepasselijkheid daarvan niet uitgebreid dienen te worden naar (onder andere) trustkantoren?

68 *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*, FATF oktober 2010, p. 7.

verder in het rapport wordt gebruikt), dan wel wie de trustees, settlors en beneficiaries zijn indien sprake is van een trust. Daarnaast is het volgen de FATF in dit kader van belang vragen te stellen als: met welk doel zijn de corporate vehicles opgericht? Waarom wordt van bepaalde jurisdicties gebruik gemaakt voor de oprichting/administratie van een bepaalde entiteit? En: wat is de reden dat een bepaalde complexe structuur wordt opgezet? Naast de hier genoemde kennis over de uiteindelijk begunstigde, wordt in dit kader derhalve gewezen op wat een 'zakelijk motief' zou kunnen worden genoemd. Tot slot wordt hierbij gewezen op het belang de herkomst van het vermogen te kennen. Trustkantoren *kunnen* bij het verkrijgen van de hier genoemde informatie een belangrijke rol vervullen: 'Since many of the structures are set up and/or are managed by trust and company service providers it might be advisable that TCSPs be obliged to gather and maintain the above mentioned information. Some of this is already part of the present FATF-recommendations (at least the identification of the beneficial owner, as well as suspicious transaction reporting).'[69]

De FATF wijst er hierbij echter op dat het 'in theorie' minder van belang zou zijn wie de benodigde informatie verwerft. Naast het trustkantoor zouden dit kunnen zijn: de corporate vehicle zelf, degene die het bedrijfsregister bijhoudt of een andere autoriteit. Van belang is echter wel dat de benodigde informatie beschikbaar en 'up to date' is en dat zij aan de bevoegde autoriteiten kan worden verstrekt. De OESO evenals de International Organization of Securities Commissions (hierna ook: IOSCO) hebben in dit verband gewezen op het belang dat de bevoegde autoriteiten met andere bevoegde autoriteiten van binnen en buiten eigen jurisdictie kunnen samenwerken om de relevante informatie over 'beneficial ownership' te kunnen delen.[70] Een andere belangrijke bevinding in het onderzoek is dat corporate vehicles evenals individuen een 'legitieme verwachting' van privacy en vertrouwelijkheid hebben ('legitimate expectation of privacy and business confidentiality in their affairs'), kort gezegd: ook zij hebben volgens de FATF (legitieme) belangen op dit terrein. Niettemin kunnen deze belangen in de praktijk, bijvoorbeeld indien regulering en toezicht geheel ontbreekt, bijdragen aan mogelijk misbruik van corporate vehicles, aangezien het in die gevallen moeilijk dan wel onmogelijk is voor de bevoegde autoriteiten om te achterhalen wie de uiteindelijk begunstigden zijn. De FATF benadrukt voorts dat – net zo als bij alle regulering – ook bij de regulering van trustkantoren een balans dient te worden gevonden, tussen enerzijds de behoefte aan regulering en/of toezicht ter voorkoming van misbruik van corporate vehicles en anderzijds de behoefte te voorkomen dat hiermee onnodige restricties worden opgelegd aan de legitieme business. Vanuit deze afweging bezien, is het volgens de FATF bij het ontwikkelen van richtlijnen op dit terrein van belang 'to consider the potential impact on overall economic performance, market integrity, market efficiency, market transparency and incentives.'[71] De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren wordt echter als gezegd behandeld in het navolgende (gelijknamige) hoofdstuk 4. Voor de ontwikkeling van risico assessment factoren, op basis waarvan landen hun eigen risico's kunnen bepalen, heeft de FATF enkele 'Examples of Risk Assessment Factors' opgesteld.[72]

3.2.3 Money Laundering Using Trust and Company Service Providers

3.2.3.1 Ten geleide

Een van de uitkomsten van de Plenaire vergadering van de FATF van 20 tot 22 oktober 2010 (gehouden te Parijs), is het rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*.[73] Hierboven is reeds aangestipt dat het rapport een follow-up is van het in voorgaande subparagrafen

---

69 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 15-16.

70 Zie: Idem, p. 17, waar in dit verband wordt gewezen op: *Options for Obtaining Beneficial Ownership and Control Information: A Template (OECD Template) Annex 1*, OESO, p. 33 en *Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultation and Co-operation and the Exchange of Information (IOSCO Multilateral MOU)* en *Methodology for Assessing Implementation of the IOSCO Objectives and Principles of Securities Regulation*, Principles 11-33.

71 FATF, *t.a.p.* 2006, p. 18.

72 Zie nader: 'Examples of Risk Assessment Factors'. Idem, p. 18-19.

73 *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*, FATF oktober 2010.

behandelde rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers*, waarin het belang van 'beneficial ownership informatie' bij het ontdekken en voorkomen van misbruik van corporate vehicles is benadrukt. In het follow-up rapport dat in deze en navolgende subparagrafen wordt behandeld, is aan de hand van een aantal cases beschreven op welke wijze trustkantoren 'al dan niet in de wetenschap daarvan' ('wittingly or unwittingly') worden gebruikt voor witwassen. In het rapport wordt het zelfs nog krachtiger geformuleerd: 'This report provides a number of case studies which demonstrate that TCSPs have often been used, wittingly or unwittingly, in the conduct of money laundering activities.'[74] De vraag of deze activiteiten daadwerkelijk *vaak* plaats zouden vinden, valt echter buiten het kader van deze dissertatie.[75]

Doel en focus
Het doel van het rapport is in de eerste plaats inzichtelijk te maken op welke wijze trustkantoren voor witwassen kunnen worden misbruikt. De focus van het rapport is hiermee beperkt tot witwassen. Terrorismefinanciering valt derhalve buiten het bereik van het onderzoeksrapport. Niettemin is daarmee volgens de FATF nog niet gezegd dat de door trustkantoren beheerde entiteiten (in de internationale structuren) niet zijn of kunnen worden aangewend voor terrorismefinanciering: 'Little information is available at the current time with regard to the use of such structures in the financing of terrorism but this does not mean that such vehicles have not or cannot be used in this regard.' De FATF spreekt derhalve de hoop uit dat het rapport, naast haar bijdrage aan witwasbestrijding, ook een bijdrage zal leveren aan de strijd tegen terrorismefinanciering.[76]

Follow-up: de TCSPs Project Working Group
De TCSPs Project Working Group is tot stand gekomen tijdens een speciaal op de trustsector gerichte workshop, gehouden op de FATF/CFATF Joint Typologies bijeenkomst. Deze bijeenkomst vond plaats op de Cayman Islands in november 2009. Zij is geïnitieerd door de 30ste Plenaire vergadering van de CFATF (oktober 2009), waar middels een aldaar verstrekte *Concept Note* is opgeroepen tot het ontwikkelen van zogenaamde TCSPs-typologieën. Aan de Joint Typologies bijeenkomst van de FATF en de CFATF namen experts deel uit België, Belize, Bermuda, de Cayman Islands, de Channel Islands, Italië, Nederland, de (voormalige) Nederlandse Antillen, St. Vincent and the Greniades, de Verenigde Staten, de British Virgin Islands (evenals experts uit de trustsector van een van deze jurisdicties)[77], die in bovengenoemde werkgroep participeerden. De navolgende jurisdicties sloten zich vervolgens aan bij de nieuw gevormde TCSPs Project Working Group: Bermuda (als projectvoorzitter), de Britisch Virgin Islands, de Cayman Islands, Jersey, de Nederlandse Antillen en de Verenigde Staten. Gedurende het onderzoek heeft de TCSPs Project Working Group bijstand gekregen van Guernsey, Oostenrijk, de World Bank en de Offshore Group of Banking Supervisors (hierna ook: OGBS, zie nader subparagraaf 4.6 'De Offshore Group of Banking Supervisors'). Tot slot hebben de secretariaten van zowel de FATF als de CFATF gedurende het onderzoek hun bijstand verleend. 37 jurisdicties hebben de questionnaires beantwoord, op basis waarvan het onderzoek heeft kunnen plaatsvinden.[78]

---

74 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 4 en p. 30 e.v.

75 Overigens wordt in het FATF-rapport mijns inziens niet onderbouwd dat daadwerkelijk *vaak* sprake zou zijn van witwassen. Weliswaar worden een aantal cases behandeld waarin de dienstverlening van trustkantoren wordt aangewend voor het witwassen van gelden, maar daarmee is mijns inziens nog niets gezegd over de *frequentie* waarin deze gevallen zich voordoen.

76 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 4.

77 Het rapport vermeldt niet uit welke jurisdictie deze experts afkomstig zijn.

78 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 8 en 57, zie voor de questionnaire: idem, p. 74 e.v. De jurisdicties die de questionnaires hebben beantwoord, zijn de navolgende. Allereerst de FATF-leden, te weten: Australië (AU), België (BE), Canada (CA), China (CN), Denemarken (DK), Hong Kong (HK), Italië (IT), Japan (JP), Mexico (MX), Nederland (NL), Oostenrijk (AT), het Verenigd Koninkrijk (UK), de Verenigde Staten (VS) en Zwitserland (CH). Voorts de CFATF-leden: Anguilla (AN), Bahama's (BS), Bermuda (BM), de British Virgin Islands (BVI), Cayman Islands (KY), Dominicaanse Republiek (DO), Guatemala (GT), Honduras (HN), de Nederlandse Antillen (NA), St. Lucia (LC), St. Vincent and the Grenadines (VC), Turks and Caicos Islands (TC) en Venezuela (VE). Tot slot, de overige jurisdicties:

Verantwoording: keuze voor de bespreking van het onderzoeksrapport in dit hoofdstuk
De FATF constateert dat er, ondanks de aanzienlijke hoeveelheid studies die zijn verricht met betrekking tot het tegengaan van misbruik van corporate vehicles, behoefte bestaat om nader onderzoek te doen naar de trustkantoren en de regulering daarvan en het toezicht daarop. Het onderzoeksrapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* is dan ook gericht op de effectiviteit van de implementatie van de *FATF 40 Recommendations* en de *Nine Special Recommendations* (voor zover zij betrekking hebben op trustkantoren).[79, 80] In dat opzicht zou het ook verdedigbaar zijn geweest om dit onderzoeksrapport te behandelen in hoofdstuk 4 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren', immers: de internationale standaarden die in bovengenoemd 'FATF-framework' zijn vastgelegd, worden in het onderzoeksrapport getoetst. Ik heb er echter voor gekozen dit onderzoeksrapport in onderhavig hoofdstuk te behandelen. Daaraan liggen enkele belangrijke overwegingen ten grondslag, die ik hier kort bespreek. In de eerste plaats verschaft het onderzoeksrapport – als follow up van het rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Company Service Providers* – belangrijk inzicht in het misbruik van trustkantoren. Laatstgenoemd rapport en haar follow up weerspiegelen mijns inziens als gezegd de internationaal opgedane kennis omtrent het misbruik van trustkantoren. Een tweede argument om het onderzoeksrapport niet in hoofdstuk 4 te bespreken is dat het mijns inziens haast niet anders kan zijn dan dat de aanbevelingen, die in beide 'misbruikrapporten' zijn gedaan, zullen zijn meegewogen[81] in het (op deze rapporten volgende) FATF-rapport *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*. Het doel van laatstgenoemd evaluatierapport is om specifiek ten aanzien van Nederland de effectiviteit van de implementatie van haar (40+9) aanbevelingen vast te stellen. Dit evaluatierapport wordt uiteraard *wel* in hoofdstuk 4 behandeld, aangezien zij thans het sluitstuk vormt van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren.[82] In navolgende subparagrafen staat de bespreking van misbruik van trustkantoren centraal, waartoe de in het onderzoeksrapport beschreven 'red flags' en drie categorieën van misbruiktypologieën worden behandeld. Tot slot worden de belangrijkste bevindingen ('key findings') en overwegingen ('issues for consideration') besproken.

3.2.3.2 Red flags
In het onderzoeksrapport worden naast de nader te behandelen misbruiktypologieën ook enkele 'red flag indicators' genoemd, die zouden kunnen duiden op misbruik van trustkantoren voor witwassen. Door vijf van de aan het onderzoek deelnemende jurisdicties (waaronder Nederland) zijn de volgende 'red flags' genoemd: transacties waarbij gebruik wordt gemaakt van complexe en verhullende entiteiten en regelingen ('arrangements'); omkopingszaken waarbij door de omkopende partij om een contract veilig te stellen, dan wel de tussenpersoon voor het betalen van de omkopingsgelden, gebruik wordt gemaakt van een trustkantoor, die op zijn beurt een trust beheert waarin de gelden (op deposito ten gunste van de omgekochte partij worden gehouden; het gebruik van buitenlandse private foundations in jurisdicties waarin geheimhouding wettelijk is geregeld; het gebruik van 'nominee agreements' bij potientiële cliënten teneinde voor het trustkantoor de beneficial ownership van de companies van de cliënt te verbergen; cliënten die trustkantoren toestaan volledige discretionaire bevoegdheid uit te oefenen over de rekeningen van de cliënt, kunnen mogelijk onethische principals of

---

Bulgarije (BG), Estland (EE), Guernsey (GG), Jersey (JE), Liechtenstein (LI), Latvia (LV), Macau (MO), Nepal (NP), Panama (PA) en Uruguay (UY).

79 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 5.

80 Zie nader: subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations', respectievelijk subparagraaf 4.7.2.3 'FATF IX Special Recommendations'.

81 Het evaluatierapport *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands* is vastgesteld op de Plenaire vergadering van de FATF, gehouden van 23 tot en met 25 februari 2011 te Parijs. Daarbij moet worden opgemerkt dat de on-site visit in Nederland echter heeft plaatsgevonden van 28 juni tot 13 juli 2010, dus *voordat* het onderzoeksrapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* in oktober 2010 is gepubliceerd.

82 Zie nader: subparagraaf 4.7.6 'Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF' .

werknemers verleiden om ongeautoriseerde/illegale transacties vanaf deze rekeningen te verrichten; het uitvoeren van 'intercompany loan transactions' en/of 'multijurisdictional wire transfers'; het operationaliseren van 'virtual offices' overzee die trustdiensten ('TCSP-services') verrichten; en de oprichting door trustkantoren van 'shell companies' die kunnen worden gebruikt door witwassers.[83]

Bovenstaande 'red flag indicators' moeten worden gezien in de context van kwetsbaarheid waarmee trustkantoren volgens betrokken jurisdicties te maken hebben. Een belangrijk aandachtspunt in dit verband heeft betrekking op het customer due diligence onderzoek en de betrouwbaarheid van de informatie die wordt verstrekt door de cliënten en de beneficial owners. In dit verband is eveneens gewezen op een gebrek aan middelen bij trustkantoren om gebruik te maken van 'intelligence tools' als 'World-check' en 'C6' evenals onvoldoende training van het personeel, beide resulterend in zwakke verificatie van de KYC-documenten en administratie. Dit probleem speelt met name bij de kleinere trustkantoren.[84] Enkele jurisdicties hebben in dit verband hun zorgen geuit over de mate waarin trustkantoren in staat zouden zijn om betrouwbare informatie te verkrijgen met betrekking tot de beneficial owners. Juist op dit punt zouden trustkantoren volgens hen kunnen worden misbruikt.[85] Daarnaast is gewezen op de mate waarin trustkantoren in staat zijn om effectief doorlopend toezicht te houden op de (onderliggende) business activiteiten van hun cliënten. Een andere complicerende factor is hun betrokkenheid bij internationale bedrijvigheid, waarbij in verschillende jurisdicties andere AML/CFT-standaarden worden gehanteerd. Tot slot kan de mate van complexiteit van de structuur het voor trustkantoren bemoeilijken om een volledig beeld te verkrijgen van het doel en/of de activiteiten van de structuren, waarbij het trustkantoor door haar dienstverlening is betrokken.[86]

3 categorieën misbruiktypologieën
Naast bovengenoemde 'red flag indicators' zijn in het onderzoeksrapport (op basis van de onderzochte case studies), drie categorieën van misbruiktypologieën onderscheiden, die ieder zijn gerelateerd aan een bepaalde 'money laundering threat'. Deze categorieën worden hieronder achtereenvolgens behandeld, waarbij steeds de betrokken case studies zijn opgenomen. Het gaat in de eerste plaats om de categorie van typologieën die zijn gerelateerd aan de jurisdictie ('threats posed by the jurisdiction as a whole'), categorie A. Daarnaast worden de categorieën typologieën onderscheiden die zijn gelieerd aan de trustkantoren ('threats posed by TCSPs'), categorie B, respectievelijk aan professionele tussenpersonen ('threats posed by professional intermediaries'), categorie C.
Ten aanzien van de laatste categorie moet worden opgemerkt dat de 'professional intermediaries', te weten advocaten en accountants, in het rapport in het 'landschap van de trustkantoren' worden meegenomen, voor zover zij bepaalde (trust)diensten verrichten. Aangezien laatstgenoemde categorie van professionals echter in veel jurisdicties los wordt gezien van de trustsector en derhalve als aparte categorie wordt onderscheiden, is er in het onderzoeksrapport vanuit het oogpunt van de analyse van de typologieën voor gekozen om deze categorie afzonderlijk te behandelen.[87] In Nederland zouden deze dienstverleners overigens zonder meer (op basis van artikel 1 onderdeel a jo onderdeel d Wtt) als 'trustkantoor' worden aangemerkt.[88]

3.2.3.3 Typologieën die zijn gerelateerd aan de kwetsbaarheid van een jurisdictie voor witwassen

De eerste categorie typologieën (categorie A) is als gezegd gerelateerd aan de 'threats posed by the jurusdiction as a whole'. Volgens de FATF onderstreept deze categorie het belang van een robuust AML/CFT-regime en benadrukt zij evenzeer de kwetsbaarheid die uitgaat van jurisdicties waar een dergelijk regime minder strikt is geïmplementeerd: 'deficiencies within the national laws and systems

---

83 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 24-25.
84 Idem, p. 23.
85 BM, LC, VC, GB en VE.
86 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 24.
87 Idem, p. 30.
88 Zie paragraaf 1.2 'Wat is een trustkantoor', met name subparagraaf 1.2.2 ''Trustkantoor' in de zin van de Wtt'.

of a jurisdiction can pose a threat to the international financial system where there is weakness in AML/CFT laws and procedures.'[89] In dit verband wijst de FATF op de 'Non-Cooperative Countries and Territories' (hierna ook: NCCTs), die zij heeft aangewezen in het 'NCCT Initiative'[90] en de meer recente werkzaamheden, te weten de door de International Co-operation Review Group (ICRG) aangewezen jurisdicties ('naming and shaming') die een gebrekkig AML/CFT-systeem hebben.[91] De case studies die hieronder zijn opgenomen illustreren volgens de FATF op welke wijze een gebrekkig AML/CFT-systeem zou uitnodigen tot misbruik van trustkantoren voor ML/FT-doelen en voor malafide trustkantoren faciliterend zou werken bij het oprichten van structuren die door criminelen kunnen worden aangewend om gemakkelijker over hun crimineel vergaarde vermogen te kunnen beschikken en/of dit vermogen een legitieme schijn te geven (witwassen).[92]

Typologie 1
De eerste typologie die samenhangt met de kwetsbaarheid van een jurisdictie voor witwassen, is door de FATF als volgt geformuleerd: 'The presence of bank secrecy laws, poor bank regulation and other areas of deficiency in certain jurisdictions facilitate money laundering schemes created by or participated in by TCSPs; and can prevent or prolong detection by or cooperation with the home State of the money launderer.'[93] Onbeperkt bankgeheim wordt door de FATF beschouwd als een kwetsbaarheid voor witwassen of terrorismefinanciering. Door bankgeheim worden de bevoegde autoriteiten beperkt in hun mogelijkheden om informatie betreffende bankenrelaties en activiteiten van bepaalde bankaccounts na te gaan en deze informatie te delen.[94]

Typologie 2
De tweede typologie die wordt genoemd in relatie met de kwetsbaarheid van een jurisdictie voor witwassen, luidt: 'Jurisdictions with limited corporate registration requirements; unrestricted bearer share usage; limited beneficial ownership information requirements; and/or lax regulation of TCSPs.'[95] Volgens de FATF zijn het de tekortkomingen in regulering en toezicht in bepaalde sectoren die het 'AML/CFT-risico' vertegenwoordigen. Als deficiënties worden genoemd: het gebruik van tussenpersonen onder omstandigheden waarin de registratievereisten voor bedrijven onvoldoende is; het onbegrensd gebruik van aandelen aan toonder ('bearer shares'); inadequate vereisten met betrekking tot (het vaststellen van) beneficial ownership; en tot slot een zwak regime van regulering en toezicht betreffende trustkantoren, waarbij de FATF doelt op zwakke wetgeving en/of inadequate handhaving daarvan.[96] De FATF benadrukt dat aangezien trustkantoren diensten verlenen met betrekking tot de oprichting en het management van (corporate) structuren, trusts/stichtingen en het

---

89 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 31.

90 Het NCCT Initiative duurde van 2000 tot 2006. In 2006 is het laatste land van de NCCT-lijst gehaald. Het primaire doel van het NCCT Initiative was het reduceren van de kwetsbaarheid van het financiële systeem voor witwassen, door er voor te zorgen dat alle financiële centra de maatregelen ter preventie, detectie en bestraffing van witwassen conform de internationaal geaccepteerde standaarden implementeren.

91 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 31. De ICRG is sinds 2007 actief, zie ook www.fatf-gafi.org, met name de Public Statements waarin jurisdicties worden aangewezen.

92 Idem, p. 31.

93 Idem, p. 31.

94 Ter illustratie van typologie 1 (van categorie A) heeft de FATF in haar rapport een case study opgenomen (Case No. 1), waarin wordt beschreven op welke wijze een trustkantoor met behulp van het bankgeheim meewerkt aan het witwassen van geld. Het trustkantoor vervult een sleutelrol in de door hem opgerichte structuur, die gericht is op het faciliteren van de activiteiten van de bank (Bank X) en de criminelen die van deze bank gebruik maken (Mr. K. e.a.). Het trustkantoor richt IBCs op voor Mr. K., zijn slachtoffers en de criminelen waarmee Mr. K. samenwerkt en opent voor deze IBCs bankrekeningen bij Bank X. Het trustkantoor ontvangt de 'investeringen' van de slachtoffers die door deze fraude worden benadeeld en sluist deze gelden weg via verscheidene rekeningen en locaties. Het (strafrechtelijk) onderzoek wordt bemoeilijkt doordat de tot Bank X gerichte informatieverzoeken met betrekking tot de activiteiten van Mr. K. steeds afketsen op basis van de geheimhoudingswetgeving die geldt ten aanzien van Bank X. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 32.

95 Idem, p. 32.

96 Idem, p. 32.

structureren van investeringen, juist het zwakke regime van een jurisdictie aantrekkingskracht op hen uitoefent. Criminelen kunnen hierdoor afstand creëren ten aanzien van witwassen en andere strafbare gedragingen die ten gunste van hen worden verricht. Daarnaast illustreren de case studies dat het trustkantoren in on-shore jurisdicties vrij heeft gestaan om te profiteren van het zwakke regime van offshore jurisdicties.[97]

Typologie 3

De derde en laatste typologie die de FATF noemt in relatie met de kwetsbaarheid van een jurisdictie voor witwassen, luidt: 'Use of shell companies.'[98] Hoewel met het gebruik van 'shell companies' op zichzelf legitieme doeleinden kunnen worden gediend, kunnen zij ook worden gebruikt voor witwassen, belasting- en/of interne fraude.[99] Bij het geconstateerde misbruik van 'shell companies' is een belangrijk aspect dat met het gebruik daarvan 'geen legitiem commercieel doel' wordt gediend:[100] 'To facilitate these schemes, shell companies may be used to generate false invoices, fictious consultancy fees or bogus loans.'[101, 102]

---

97 Ter illustratie van typologie 2 (van categorie A) heeft de FATF in haar rapport enkele case studies opgenomen (Case No. 2, 3 en 4), waarin wordt beschreven welke aantrekkingskracht er van deze jurisdicties uitgaat voor criminelen die hiervan gebruik willen maken. Case No. 2 betreft jurisdicties waarin onvoldoende vereisten worden gesteld met betrekking tot het vaststellen van de beneficial owner, zodat internationale samenwerking tussen bevoegde autoriteiten wordt bemoeilijkt. Case No. 3 behandelt jurisdicties waarin onbegrensd gebruik kan worden gemaakt van aandelen aan toonder ('bearer shares'), waardoor beneficial ownership kan worden verborgen. Door het (onbegrensd) gebruik van 'bearer shares' – die snel van aandeelhouder tot aandeelhouder kunnen wisselen zonder enige vereisten met betrekking tot de registratie van de eigendom – wordt de aandeelhouder anonimiteit verschaft bij het verwerven en doorgeven van deze aandelen. Daarmee wordt niet alleen het verwerven van informatie van de beneficial owner door de bevoegde autoriteiten bemoeilijkt, maar vormt de 'bearer share' volgens de FATF voor malafide trustkantoren tevens een 'blanco cheque', die kan worden gebruikt bij het ontwerpen en operationaliseren van structuren waarin corporate vehicles worden gebruikt om geld wit te wassen. In de casus wordt beschreven op welke wijze informatie betreffende de beneficial owner wordt verhuld door middel van het gebruik van 'bearer shares'. Case No. 4 betreft jurisdicties waarin noch bij de corporate registratieprocedure, noch ten aanzien van trustkantoren, vereisten worden gesteld met betrekking tot het vastleggen van informatie betreffende de beneficial owner voor de bevoegde autoriteiten. In veel jurisdicties dient bij de oprichting van een company informatie betreffende de beneficial owner in het bedrijfsregister te worden opgenomen. Uit de questionnaires is gebleken dat in veel jurisdicties bij het toedelen van de verantwoordelijkheid voor het verzamelen en bijhouden van de informatie betreffende de beneficial owner de keuze is gemaakt om deze verantwoordelijkheid exclusief toe te kennen aan de trustkantoren dan wel aan het bedrijfsregister. Er zijn echter ook jurisdicties waarin deze verplichting aan niemand wordt opgelegd, waardoor de jurisdictie kwetsbaar wordt vanwege de anonimiteit die hiermee wordt verschaft aan beneficial owners van de in deze jurisdictie opgerichte companies. Aangezien beneficial ownership op deze wijze verborgen blijft, wordt het bestrijden van witwassen en andere financiële criminaliteit ernstig bemoeilijkt. In deze casus wordt beschreven op welke wijze, door het ontbreken van identificatie verplichtingen betreffende de beneficial owner, het onderzoek (uitgevoerd door de U.S. Immigration and Customs Enforcement, ICE) wordt bemoeilijkt. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 32-34.

98 Idem, p. 43.

99 Het probleem van anonieme shell companies wordt als een cruciale factor gezien in het bestrijden van een aantal vooraanstaande internationale problemen, zoals georganiseerde misdaad, belastingontduiking, corruptie en witwassen. Zie ook: J.C. Sharman, 'Shopping for Anonymous Shell Companies: An Audit Study of Anonymity and Crime in the International Financial System', *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 4, 2010, p. 127-140.

100 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 36.

101 Zie ook: *Anti-Corruption/AML/CFT Research Paper*, FATF/APC (Asia Pacific Group) Project Group on Money Laundering 2007, door D. Chaikin en J.C. Sharman.

102 Ter illustratie van typologie 3 (van categorie A) heeft de FATF in haar rapport twee case studies opgenomen (Case No. 5 en Case No. 6), waarin de verschillende wijzen worden beschreven waarop shell companies zijn gebruikt om 'lagen' te creëren tussen de crimineel en de witwas-, fraude-transacties evenals transacties die met corruptie verband houden. In Case No. 5 worden middels een shell company door een trustkantoor (al dan niet bewust) betalingen gedaan die verband houden met

3.2.3.4 Typologieën die zijn gerelateerd aan de kwetsbaarheid van trustkantoren voor witwassen

De tweede categorie typologieën (categorie B) zijn als gezegd gerelateerd aan de 'threats posed by TCSPs'. Volgens de FATF ligt de focus bij deze categorie van misbruik typologieën op de kwetsbaarheid van trustkantoren die actief of als 'facilitator' kunnen optreden bij het witwassen;[103] 'These typologies address the vulnerability of TCSPs for being used by both internal and external persons/entities for money laundering purposes.'[104]

Typologie 1

De eerste typologie die samenhangt met de kwetsbaarheid van trustkantoren voor witwassen, is door de FATF als volgt geformuleerd:[105]'Criminal culpability of TCSPs involved in money laundering schemes or the predicate crimes which give rise to it.' Volgens de FATF zou uit de antwoorden (op basis van de questionnaires) van de deelnemende jurisdicties blijken dat 'TCSPs are increasingly involved in money laundering schemes.' Deelnemende jurisdicties zouden hebben aangegeven dat trustkantoren en hun cliënten in veel jurisdicties voorwerp van onderzoek zijn geweest in verband met witwassen en gerelateerde strafbare feiten, hetgeen in sommige gevallen daadwerkelijk tot een veroordeling ter zake van deze feiten zou hebben geleid. Hoewel het aantal gemelde gevallen van misbruik van trustkantoren per jurisdictie varieert, is het potentiële risico van misbruik volgens de FATF evident: 'it remains undoubtedly the case that the potential risk for misuse is evident across jurisdictions.' In dit verband merkt de FATF evenwel op dat het, gezien de diversiteit evenals het internationale karakter van de dienstverlening van trustkantoren, lastig is om te bepalen of het lage aantal (geconstateerde) voorbeelden van misbruik in sommige jurisdicties moet worden verklaard uit de afwezigheid van dat misbruik, dan wel dat een verklaring van dit lage aantal moet worden gezocht in de (beperkte) mate waarin deze toezichthoudende en handhavende autoriteiten in staat zijn dit misbruik te detecteren. Vanuit de context van de potentiële faciliterende rol van trustkantoren bij witwassen en terrorismefinanciering bezien, is het volgens de FATF van belang dit misbruik van trustkantoren te begrijpen, evenals de 'red flags' die een indicatie van dit misbruik kunnen zijn. Laatstgenoemde 'red flag indicators' zijn in voorgaande subparagraaf reeds behandeld, zie nader subparagraaf 3.2.3.2 'Red Flags'. Meer specifiek gaat het volgens de FATF om kennis met betrekking tot de kwetsbaarheid die inherent is aan trustdienstverlening: 'the potential vulnerabilities that appear to be inherent tot the very nature of the activities of TCSPs that have been examined.'[106]

Trustkantoren zouden volgens de FATF veel karakteristieken ('many characteristics') hebben die hen kwetsbaar maken voor witwassen en terrorismefinanciering. Anders dan bijvoorbeeld bij banken, zou het bij het gebruik van de dienstverlening van trustkantoren bij witwassen *niet* gaan om de fase van 'placement' (plaatsing) van de gelden met een criminele herkomst, maar met name om de 'layering'-fase van het witwassen (versluiering), waarin kortgezegd het boekhoudkundige spoor ('paper trail') wordt onderbroken zodat de criminele herkomst van het vermogen niet of nauwelijks nog te traceren is.[107] Op grond van hun zogeheten 'fiduciary responsibility' beheren zij de bankrekeningen en het vermogen van hun cliënten. Het gemak waarmee (hierbij) door het oprichten van meerdere rekeningen en complexe transacties de herkomst van het vermogen evenals het beneficial ownership kan worden afgeschermd, vormt volgens de FATF een belangrijke bedreiging.[108]

---

corruptie. In Case No. 6 worden binnenlandse en buitenlandse shell companies gebruikt in de placement en layering fase van het witwasproces. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 35.

103 Idem, p. 30.

104 Idem, p. 36.

105 Idem, p. 36.

106 Idem, p. 36.

107 Zie bijvoorbeeld: V. Mul, *Banken en witwassen: Wetgeving omtrent de beteugeling van het witwassen van geld*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 6-7. Zie ook: *Praktijkgids Bestrijding witwassen & terrorismefinanciering 2008-2009*, Nederlands Compliance Instituut 2008, p. 44 e.v.

108 Ter illustratie van typologie 1 (van categorie B) heeft de FATF in haar rapport drie case studies opgenomen (Case No. 7, Case No. 8 en bovengenoemde White Whale Case), waarin de kwetsbaarheid van trustdienstverlening wordt beschreven, evenals de wijze waarop deze dienstverlening in verschillende fasen van het witwasproces kan worden aangewend. In Case No. 7 wordt het trustkantoor (strafrechtelijk) verweten misbruik te hebben gemaakt van het beheer van het vermogen van zijn cliënt,

Typologie 2

De tweede typologie die samenhangt met de kwetsbaarheid van trustkantoren voor witwassen, is door de FATF als volgt geformuleerd: 'Misuse of TCSPs by money launderers and terrorists to establish sophisticated/complex legal structures to facilitate money laundering.'[109] Evenals hierboven reeds aangestipt, zou het misbruik zich hierbij met name afspelen in de 'layering-fase'. Zo stelt de FATF: 'Structures created by the TCSPs to facilitate legitimate business activities might (…) be attractive to money launderers and terrorists, particularly at the layering stage.' Zowel bij witwassen als bij terrorismefinanciering kan trustdienstverlening volgens de FATF worden aangewend voor de 'layering fase'. Deze fase wordt ook wel beschreven als het 'giraal kriskrassen', met als doel het boekhoudspoor te doorbreken.[110] Bij complexe witwasprocessen wordt naast dit 'stapelen van transacties' ook het 'stapelen van rechtspersonen' genoemd.[111] Volgens de FATF gaat het met hier met name om dienstverlening waarbij door trustkantoren complexe structuren worden opgezet en beheerd, door welke structuren het geld kan worden witgewassen of terrorismefinanciering kan plaatsvinden. De structuur wordt opgezet in meerdere jurisdicties, waarbij bepaalde eigenschappen van een jurisdictie aantrekkelijk kunnen zijn voor misbruik (zoals eveneens genoemd in de voorgaande subparagraaf 3.2.3.3).[112] Tot slot wijst de FATF er op dat witwassers zich er van bewust zullen zijn dat het onderzoek naar hen kan worden bemoeilijkt door een groter aantal jurisdicties in de internationale structuur op te nemen. Het beoogde resultaat is dat de autoriteiten hierdoor niet (meer) in staat zullen zijn om de link tussen het vermogen en de crimineel te leggen.[113] De kern van het probleem is volgens de FATF gelegen in de gebrekkige transparantie die door de complexe structuren wordt bewerkstelligd. Dit probleem zou volgens de FATF worden versterkt door het gemak waarmee companies in sommige jurisdicties kunnen worden opgericht, evenals de mogelijkheden die worden geboden door moderne technologie.[114] De complexe structuren die trustkantoren voor hun cliënten opzetten en beheren vertegenwoordigen een inherent risico, waarbij de FATF evenwel opmerkt dat zij het waarschijnlijk acht dat een meerderheid van deze complexe strcuturen voor legitieme doelen zullen worden opgericht en beheerd.[115, 116]

---

door deze te vermengen met zijn eigen vermogen. In Case No. 8 wordt een trustkantoor het strafrechtelijke verwijt gemaakt faciliterend te hebben opgetreden door de gelden door een complexe structuur van trusts te doen stromen. Een derde case studie die bij deze typologie wordt genoemd is de eerder genoemde 'White Whale Case', die hierboven reeds ter sprake kwam in subparagraaf 3.2.2.4. Laatstgenoemde casus komt bij de hier besproken typologie weer ter sprake vanwege de 'interne risico factor' bij trustkantoren, waarmee de FATF kennelijk doelt op medewerkers van het trustkantoor zelf: 'the fact that not only can TCSPs be used by criminals for the entering or mediation of transactions from or intended for criminal activities, but also their principals and/or employees can play an important facilitating role in the money laundering process.' FATF, *t.a.p.* 2010, p. 37.

109 Idem, p. 37.

110 De 'layering fase' wordt in de (Nederlandse) literatuur veelal beschreven als de fase waarin door middel van 'giraal kriskrassen' het boekhoudspoor of paper/audit trail (dat hierbij ontstaat) te doorbreken. Zie bijvoorbeeld D.R. Doornbos, *Witwassen en voordeelsontneming*, Deventer : W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 5-6. Doorenbos omschrijft giraal kriskrassen als een proces waar de gelden van de ene naar de andere rekening verhuizen, worden overgemaakt naar het buitenland, opgesplitst om later weer te worden samengevoegd, worden eventueel tussentijds opgenomen en vervolgens weer gestort op een rekening bij een andere financiële instelling.

111 Schaap noemt naast het 'giraal kriskrassen' (ofwel het 'stapelen van transacties') bovendien het 'stapelen van rechtspersonen' (bij complexe witwasoperaties). Volgens hem moet daarbij worden gedacht aan een (offshore)vennootschap met aandelen aan toonder, waarbij de aandelen aan toonder daarvan door een andere offhsore vennootschap worden gehouden etc., zodat de true and ultimate beneficial owner voldoende is afgeschermd, waarbij transacties tussen en op naam van deze rechtspersonen plaatsvinden. Zie: C. Schaap, *Heling getoetst: Studie naar het witwassen van geld en de strafbaarstelling door middel van de helingbepalingen*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 89 e.v.

112 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 37.

113 Idem, p. 37.

114 Idem, p. 37.

115 Idem, p. 38.

116 Ter illustratie van typologie 2 (van categorie B) heeft de FATF in haar rapport twee case studies opgenomen (Case No. 9 en Case No. 10), waarin wordt benadrukt dat de complexe structuren die trustkantoren voor hun cliënten opzetten en beheren een inherent risico vertegenwoordigen. In Case No.

Typologie 3
De derde typologie die samenhangt met de kwetsbaarheid van trustkantoren voor witwassen is door de FATF als volgt geformuleerd: 'Complex methodology used by TCSPs on behalf of money launderers to obscure beneficial ownership of legal structures used in money laundering schemes.' Deze typologie is volgens de FATF sterk gerelateerd aan voorgaande typologie ('Typologie 2'), die in de kern betrekking heeft op het risico dat gepaard gaat met een gebrek aan transparantie bij complexe structuren. De in onderhavig onderdeel centraal staande 'Typologie 3' behelst het risico dat verbonden is aan de verborgenheid van de beneficial owner. Het gaat hier om een probleem met betrekking tot de 'vertrouwelijkheid' die inherent is verbonden met de dienstverlening van trustkantoren, te weten het gebrek aan 'face-to-face' contact tussen het trustkantoor en de cliënt, waardoor het bemoeilijkt wordt om er achter te komen wie de structuren en rekeningen controleert. Cliëntidentificatie dient volgens de betrokken jurisdicties dan ook niet slechts aan het begin van de cliëntrelatie te geschieden, aangezien detectie van witwassen *na* het aangaan van de cliëntrelatie daarmee niet wordt gedekt. Vanuit dit oogpunt wordt constante monitoring bepleit: 'Both the relationship and the beneficial owner must continue to be monitored after the initial client acceptance stage' – zo niet, dan kan het trustkantoor het zicht verliezen op wie de werkelijke persoon is die de stuctuur controleert. In het bijzonder heeft 'Typologie 3' betrekking op het gebruik van stichtingen en trusts, evenals het gebruik van aandelen aan toonder hierbij.[117, 118]

3.2.3.5 Typologieën die zijn gerelateerd aan de kwetsbaarheid van 'professional intermediaries' voor witwassen

De derde categorie typologieën (categorie C) is gerelateerd aan de kwetsbaarheid van advocaten, accountants, notarissen en overige professionals (tezamen door de FATF aangeduid als 'professional intermediaries') die hun cliënten helpen '(to) navigate in the often complex and sometimes treacherous world of finance, law and corporate governance' – zo stelt de FATF.

Typologie (1)
De FATF noemt één typologie die samenhangt met de kwetsbaarheid van 'professional intermediaries', te weten: 'Use of professional intermediaries to facilitate money laundering.'[119] Hun essentiële, specifieke kennis en expertise op het terrein van regelgeving en regulering, evenals met betrekking tot (onder andere) investering, fusies en overnames, belasting(aansprakelijkheid) en corporate structuring, zijn van onmiskenbaar groot belang voor de legitieme business. Voor criminelen is deze expertise echter interessant vanwege de mogelijkheden die zij biedt om afstand te creëren tussen de uit strafbare feiten verkregen opbrengsten en de strafbare feiten zelf, zodat deze vervolgens eventueel voor 'legitieme' transacties kunnen worden aangewend. De dienstverlening van genoemde tussenpersonen kunnen volgens de FATF voor criminelen bovendien interessant zijn vanwege de

---

9 wordt een complexe structuur gebruikt, die door meerdere jurisdicties loopt, om de opbrengsten van de import van narcotica wit te wassen. Hierbij wordt gebruik gemaakt van 'trust accounts' en (door trustkantoren beheerde) offshore companies. In Case No. 10 wordt eveneens een complexe structuur gebruikt voor witwassen. Een trustkantoor in Anguilla (AI) wordt gebruikt om aldaar zeven IBCs te vestigen, die vervolgens worden gebruikt om bankrekeningen te open bij een lokale bank, waar de wit te wassen gelden doorheen lopen. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 38-39.

117 Ter illustratie van typologie 3 (van categorie B) heeft de FATF in haar rapport twee case studies opgenomen (The White Whale Case, te weten Case No. 11 die hierboven reeds aan de orde is geweest en derhalve hier niet nogmaals wordt besproken en Case No 12). In Case No. 12 hieronder wordt beschreven hoe de herkomst van het vermogen wordt verhuld met behulp van trustkantoren in verschillende jurisdicties, die entiteiten oprichten, die in verscheiden offshore centra zijn gevestigd. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 39-41. In Case No. 12 gaat het bovendien om vermogen dat afkomstig is van een 'Politically Exposed Person' ten aanzien waarvan op basis van Recommendation 6 van de FATF een 'verscherpt cliëntenonderzoek' dient plaats te vinden en in Nederland op basis van artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 1 tot en met 4 Wtt en artikel 15a onderdeel a tot en met d Rib Wtt.

118 Zie nader subparagraaf 5.3.2.2 'Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC', respectievelijk subparagraaf 5.3.3.2.8 'Politiek prominente personen'.

119 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 41.

toegang tot verscheiden financiële centra die zij verschaft en de mogelijkheid tot het creëren van verwarrende boekhoudsporen, teneinde het (toe)zicht op deze transacties te dwarsbomen.'[120] Met betrekking tot de betrokkenheid van de tussenpersoon stelt de FATF dat 'the more complex the scheme being established and the more economic senseless the appoach adopted, (…) the more likely it is that the professional intermediary involved knows, strongly suspects or is wilfully blind to the true nature of the activities which underpin the professional services being provided.'[121, 122]

3.2.3.6 Key findings en conclusies

Het onderzoeksrapport wordt afgesloten met 'Issues for Consideration' (zie nader navolgende paragraaf 3.2.3.7 'Issues for Consideration'), op basis van de bevindingen van het onderzoek. Deze bevindigen worden in onderhavige subparagraaf behandeld. Het gaat hierbij met name om 'Chapter 4: Key Findings' en 'Chapter 5: Conclusions' van het onderzoeksrapport.

Key Findings

In het onderzoek van de FATF is naar voren gekomen dat zowel de (typen entiteiten die optreden als) trustkantoren als het toezicht op trustkantoren zelf – met name voor wat betreft, zoals de FATF het verwoordt 'the depth and nature of the supervision' – per jurisdictie verschillen. Zo wordt de trustsector in sommige jurisdicties niet als afzonderlijke sector erkend en worden bepaalde rechtsfiguren die met hun dienstverlening betrokken (kunnen) zijn, zoals de rechtsfiguur van de trust, in sommige jurisdicties niet in de wet- en regelgeving geregeld. Niettemin zijn trustkantoren ook in deze jurisdicties actief en staat het niet erkennen van deze dienstverlening het verlenen daarvan niet in de weg. De FATF benadrukt dat met name de verschillende regimes van regulering van deze dienstverlening een kwetsbaarheid voor witwassen opleveren: 'The variance in supervision and the breath of technical/complex services available from this sector are matters that feed into the money laundering vulnerabilities to which TCSPs are subject.'[123] Op basis van de questionnaires van de deelnemende jurisdicties en de case studies zijn door de FATF de navolgende 'key findings' geformuleerd, die kunnen worden onderverdeeld in kwetsbaarheden/bevindingen met betrekking tot witwassen en voorts enkele witwasindicatoren met betrekking tot trustkantoren.[124]

---

120 Idem, p. 41.

121 Idem, p. 41.

122 Ter illustratie van de typologie (van categorie C) heeft de FATF in haar rapport twee case studies opgenomen (Case No. 13 en Case No. 14), waarin wordt beschreven op welke wijze de dienstverlening van 'professional intermediaries' wordt aangewend bij het faciliteren van witwassen. In Case No. 13 wordt de dienstverlening van een accountant aangewend voor het witwassen van opbrengsten uit drugssmokkel: '[de accountant] operated by sub-dividing the financial transactions among different geographical areas through triangle transactions among companies and foreign credit institutions, by electronic transfers and stand-by credit letters as a warrant for commercial contracts which were later invested in other commercial activities.' In de hieronder opgenomen Case No. 14 wordt de herkomst van vermogen door middel van de complexiteit van trusts afgeschermd, waarbij een trustkantoor als trustee optreedt. FATF, *t.a.p.* 2010, p. 41-42.

123 Idem, p. 46.

124 In het rapport worden puntsgewijs de navolgende witwasindicatoren aangewezen: 'Transactions that require the use of complex and opaque legal entities and arrangements; The payment of "consultancy fees" to shell companies established in foreign jurisdictions or jurisdictions known to have a market in the formation of numerous shell companies; The transfer of funds in the form of "loans" to individuals from trusts and non-bank shell companies. These non-traditional "loans" then facilitate a system of regular transfers to these corporate vehicles from the "borrowing" individuals in the form of "loan repayments"; Cases of corruption where the company paying the bribe to secure a contract or the person brokering a contract will seek to secure a successful outcome by utilising a TCSP to operate a trust with the funds held on deposit for the benefit of the person approving the contract; The use of TCSPs in jurisdictions that do not require TCSPs to capture, retain or submit to competent authorities information on the beneficial ownership of corporate structures formed by them; The use of legal persons and legal arrangements established in jurisdictions with weak or absent AML/CFT laws and/or poor record of supervision and monitoring of TCSPs; The use of legal persons or legal arrangements that operate in jurisdictions with secrecy laws; The use by prospective clients of nominee agreements to hide from the

Vulnerabilities
De belangrijkste kwetsbaarheden die de FATF op basis van het onderzoeksrapport heeft geïdentificeerd, worden onderverdeel in kwetsbaarheden van een gereguleerd regime, kwetsbaarheden van een ongereguleerd regime en tot slot kwetsbaarheden van 'direct incorporation/central registry'.[125]
De kwetsbaarheid van een *gereguleerd* regime is volgens de FATF gelegen in een toename van complexiteit in witwas- en terrorismefinancieringsactiviteiten, die in reactie op de toepassing van AML/CFT-maatregelen en de regulering van de trustsector in complexiteit zijn toegenomen. Trends op basis van reeds bekende ML/TF-typologieën kunnen hierdoor onopgemerkt blijven, ook voor het trustkantoor. De FATF wijst in dit verband drie oorzaken aan: door trustkantoren worden meer verfijnde entiteiten ('more sophisticated vehicles') opgezet die uiteindelijk worden gebruikt voor witwassen en terrorismefinanciering; werknemers van trustkantoren kunnen opzettelijk ('knowingly') betrokken zijn bij het verhullen van witwas- en/of terrorismefinancieringsactiviteiten; en/of de moeilijkheid om sanctiebevoegdheden toe te passen op malafide individuen binnen trustkantoren.[126]
De kwetsbaarheid van een *niet-gereguleerd* regime is gelegen in de risico's die inherent zijn aan het niet implementeren van de voor trustkantoren relevante FATF-aanbevelingen. Het spreekt dan ook (haast) voor zich dat de risico's van een niet-gereguleerd regime groter zijn, dan die van een gereguleerd regime. De FATF drukt zich hier voorzichting uit: 'TCSPs practioners, who have not been subjected to fit and proper testing, may be uneducated about the ML/FT risks and the known typologies for the misuse of corporate vehicles.' De door de FATF aangewezen kwetsbaarheden zijn dan ook gericht op de tekortkomingen die dergelijke regimes vanuit dit perspectief kunnen hebben.[127]

Conclusions
In 'Chapter 5' van het onderzoeksrapport worden de conclusies op basis van de questionnaires en de case studies behandeld. Een van de belangrijkste conclusies, waarop in navolgende subparagraaf wordt voortgebouwd, is dat de huidige aanbevelingen en guidance van de FATF effectiever gericht moeten zijn op de risico's die inherent zijn aan (de dienstverlening van) de trustsector en op de rol van het trustkantoor bij AML/CFT-inspanningen. Bovendien wordt door de FATF (evenals door stakeholders die in de sector werkzaam zijn) de ontwikkeling van internationale standaarden bepleit: 'Given the disparity in the nature of the TCSP sectors and their supervision in various jurisdictions, many stakeholders in this industry support the development of sector-specific international standards for TCSPs, whether formulated through the FATF or through an international body established primarily to focus on this sector. Creating or implementing international standards for TCSPs will provide clarity to countries/jurisdictions and ultimately strengthen the application of the FATF Recommendations.'[128] De FATF wijst in dit verband voorts op het werk van de Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS), op basis waarvan een *Statement of Best Practice* is opgesteld die specifiek op de trustsector van toepassing is. Het gaat hierbij in het bijzonder om het werk dat is verricht door de speciaal daarvoor door de OGBS opgerichte werkgroep: de Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group, die op 6 december 2002 haar *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice* heeft opgesteld. De OGBS en de werkgroep, evenals de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren die in laatstgenoemde *Statement of Best Practice* zijn opgenomen, worden behandeld in hoofdstuk 4 ('De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende

---

TCSP the beneficial ownership of client companies; The carrying out of multiple intercompany loan transactions and/or multijurisdictional wire transfers that have no apparent legal or commercial purpose; Clients who require the use of pre-constituted shell companies in jurisdictions that allow their use but do not require updating of ownership information; and TCSPs that market themselves and/or their jurisdictions as facilitating anonymity and disguised asset ownership.' Zie: idem, p. 48-49.

125 In dat kader worden als kwetsbaarheden genoemd: 'Registry may be under-resourced to perform supervisory functions in the absence of a regulated environment; Registry does not conduct CDD and EDD where applicable, or verify the accuracy and completeness of data; and CDD information may become outdated and incorrect, which may also impede investigations where the need arises.' Idem, p. 48.

126 Idem, p. 47.

127 Idem, p. 47.

128 Idem, p. 50.

trustkantoren').[129] Hoewel het genoemde *Statement of Best Practice* volgens de FATF niet de status van 'recognised international standard' heeft bereikt, ziet de FATF het opstellen daarvan wel als een belangrijke stap in die richting: 'The work of the OGBS in developing a Statement of Best Practices for this sector, although not having achieved the status of recognised international standard, is an important step in this direction. To promote consistency in the regulation of TCSPs internationally, most jurisdictions that operate fully licensed and regulated TCSP regimes recommend that such an international body should establish minimum standards for the regulation of TCSPs and should act as a forum to encourage dialogue between regulators and to facilitate the establishment of new regulatory agencies in jurisdictions that currently do not regulate.'[130]

3.2.3.7 Issues for Consideration

In voorgaande subparagraaf is reeds aangestipt dat het onderzoeksrapport wordt afgesloten met het hoofdstuk 'Issues for Consideration' ('Chapter 6'), waarin op basis van de key findings (en de conclusies) wordt gewezen op enkele aandachtspunten ten aanzien waarvan nadere inspanningen volgens de FATF wenselijk zouden zijn. 'Ter overweging' wordt door de FATF een opsomming van 'Policy Considerations' en 'Areas for Further Work' beschreven.

Consideration xi: 'risk based approach for TCSPs'

Uit de onderzoeksbevindingen kan volgens de FATF worden opgemaakt dat trustkantoren een centrale rol spelen in de formatie en administratie van trusts en corporaties. Indien sprake is van misbruik van deze trusts en corporaties, is er volgens de FATF 'bijna altijd' een link te leggen met de dienstverlening van trustkantoren: 'When trust and corporate vehicles are misused for money laundering, there will almost always be a connection to a TCSP that either knowlingly or otherwise is involved in the establishment or administration of the misused trustor corporate vehicle.'[131] Derhalve bepleit de FATF dat trustkantoren aan bepaalde 'minimum standards' zouden moeten worden onderworpen en dat voorzieningen worden getroffen zodat toezicht kan worden gehouden op hun dienstverlening en de naleving ('compliance') met internationale standaarden. Vanuit dit perspectief zijn op basis van het onderzoeksrapport 'Policy Considerations' opgesteld.[132] Daarnaast heeft de FATF een opsomming gegeven van mogelijke 'Areas for Further Work', waarvan in het kader van dit hoofdstuk 'Consideration xi' de belangrijkste is: het ontwikkelen van 'guidance' teneinde de autoriteiten in staat te stellen om (onder andere) ten aanzien van trustkantoren de 'risk based approach' te implementeren.[133] Bij het hierboven door de FATF genoemde 'guidance document' voor een risk-based approach ten aanzien van trustkantoren gaat het om de zogeheten *Risk Based Approach Guidance for Trust and Companies Service Providers* (ook wel verkort aangeduid als *RBA Guidance for Trust and Companies Service Providers*) van 17 juni 2008, die in hoofdstuk 4 wordt behandeld.[134]

---

129 Zie voor de behandeling van de OGBS nader hieronder in subparagraaf 4.6.1 'Ten geleide: van Offshore Group of Banking Supervisors naar Group of International Finance Centre Supervisors. Zie voor de behandeling van de werkgroep: subparagraaf 4.6.2 'De Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group'. Zie voor de behandeling van het Statement of Best Practice betreffende trustkantoren: subparagraaf 4.6.3 'Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice'.

130 FATF, *t.a.p.* 2010, p. 50.

131 Idem, p. 52.

132 Zie: idem, p. 52 en 53.

133 Consideration xi. luidt: 'Consideration should be given to determining whether guidance in other forms should be produced, for example, risk assessment checklists, to help the competent authorities focus their risk-based approaches in relation to the different types of misuse of legal persons and legal arrangements. In the interim, countries are encouraged to consider the guidance documents issued by the FATF in 2008 and 2009 on the risk-based approach for legal professionals; accountants; and TCSPs. Additionally, it should be noted that the FATF is in the process of developing further guidance to assist jurisdictions in conducting national ML/TF assessments, which is expected to include additional guidance on national risk assessment of certain types of financial institutions or activities. It is also looking at this issue from the point of view of the risk-based approach.'

134 Zie subparagraaf 4.7.5 'De FATF over TCSPs en de Risk Based Approach Guidance', met name: subparagraaf 4.7.5.3 'De risicogeoriënteerde aanpak van de RBA Guidance'.

In het kader van genoemde 'national assessments' kan worden gewezen op het (eveneens in hoofdstuk 4 behandelde) *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combatting the Financing of Terrorism, The Netherlands*.[135, 136]

3.2.4 The Puppet Masters

Op 3 november 2011 heeft het Stolen Asset Recovery Initiative (hierna ook: StAR) het rapport *The Puppet Masters* gepubliceerd.[137] In de inleidende paragraaf is reeds ter sprake gekomen dat het StAR in 2007 is ontstaan in een samenwerkingsverband tussen de World Bank en de United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC).[138] Het StAR is formeel tot stand gekomen op 17 september 2007 te New York, onder voorzitterschap van UN Secretary General Ban Ki-Moon.[139] Hoewel de focus in het rapport als gezegd is gericht op de wijze waarop juridische entiteiten ('corporate vehicles')[140] en (financiële) structuren worden misbruikt om de opbrengsten van corruptie te verhullen – 'In particular it focusses on the ease which corrupt actors hide their interests behind a corporate veil and the difficulties investigators face in trying to lift that veil'[141] – moeten volgens de onderzoekers de in het rapport naar voren gekomen zwakten worden gezien in het bredere kader van de inspanningen van landen om te voldoen aan internationale standaarden ter bestrijding van financiële criminaliteit, waaronder (naast corruptie) ook witwassen en terrorismefinanciering worden genoemd.[142]
De reden dat het rapport van het StAR (naast de in voorgaande subparagrafen behandelde FATF-rapporten) in navolgende subparagrafen bespreking verdient is dat hierin ook aandacht wordt besteed aan de wijze waarop trustkantoren faciliterend kunnen optreden bij het verhullen van crimineel vermogen, zodat dit vermogen kan worden witgewassen. In het voorwoord van het rapport benadrukt Ngozi Okonjo-Iweala (de Coordinating Minister of Economy en Minister of Finance van Nigeria en voormalig Managing Director van de World Bank) in de kern dat het terugwinnen van de opbrengsten van corruptie een internationale verantwoordelijkheid is, die zowel de publieke als de private sector raakt. Bij haar inspanningen in Nigeria (onder President Obasanjo) op het terrein van de 'recovery of stolen assets' heeft zij ervaren dat het bij de kloof, tussen de internationaal aangegane verplichtingen en de wijze waarop deze in de praktijk worden gebracht, om echte problemen ('real issues') gaat. Terloops wordt hierbij ook de dienstverlening van trustkantoren genoemd:[143]

> 'I know firsthand from experience how corrupt officials hide their assets behind innocent sounding corporations and trusts. Similarly, this report is firmly rooted in reality. It is based on documentary research, interviews with corporate registries, bankers, investigators, and other experts who confront this issue every day of their work, and a "mystery shopping" exercise with the relevant *corporate service providers* in multiple jurisdictions' (mijn cursivering, vdW).

---

135 *Mutual Evaluation Report – Anti-Money-laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

136 Zie: subparagraaf 4.7.6 'Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF'.

137 E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, StAR 3 november 2011.

138 Zie ook: *Stolen Assets Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, United Nations Office on Drugs and Crime en The World Bank juni 2007. Zie tevens de website van het initiatief: www1.worldbank.org/finance/star_site/ (website StAR).

139 *Stolen Asset Recovery: StAR Progress Report*, StAR oktober 2009, p. 1.

140 In overeenstemming met de OESO-terminologie, wordt onder de term 'corporate vehicle' in het StAR-rapport verstaan: companies (corporations), foundations en trusts, evenals nationale varianten daarvan. Zie nader: E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 11.

141 Idem, p. ix (voorwoord).

142 Idem, p. 2.

143 Idem, p. ix.

Op basis een review van (meer dan) 150 cases zijn in het onderzoek de volgende vier karakteristieken ('common characteristics') naar voren gekomen, te weten: 1. het misbruik van een 'corporate vehicle'[144] om het geldspoor te verbergen; 2. het betrokken 'corporate vehicle' was een 'company' of 'corporation'; 3. de opbrengsten en instrumenten van de corruptie bestonden uit gelden op een bankrekening; en tot slot (in de gevallen waarin 'ownership information' beschikbaar is gekomen) 4. het betrokken 'corporate vehicle' wordt opgericht of bestuurd door een professionele tussenpersoon. *The Puppet Masters* belicht als gezegd op welke wijze deze corporate vehicles worden misbruikt om de opbrengsten van corruptie te verbergen, waarbij (onder andere) wordt ingegaan op de faciliterende rol die trustkantoren ('trust and company service providers', TCSPs) hierbij vervullen.[145] Ter toelichting van de faciliterende rol van trustkantoren ('company service providers') worden in het rapport verschillende typen juridische entiteiten behandeld, die vaak door hen worden opgezet ten behoeve van het moederbedrijf dan wel de beneficial owner. Het gaat hierbij om de bespreking van de volgende entiteiten (waarbij sprake is van gelijkenis met de in voorgaande subparagrafen besproken FATF-typologiën), te weten: shell companies, shelf companies, operational entities en companies met bearer shares. Daarnaast wordt de faciliterende rol van trustkantoren ('trust service providers') behandeld, waarbij het gaat om hun optreden bij de Anglo-Amerikaanse rechtsfiguur van de trust.

3.2.4.1 Shell companies

In meer dan de helft van de onderzochte cases waarbij een company was betrokken, betrof het een zogenaamde 'shell company', die in het StAR-rapport wordt gedefinieerd als 'a non-operational company – that is, a legal entitity that has no independent operations, siginificant assets, ongoing business activities or employees.'[146] Met deze lege ('hollow') companies kunnen verscheidene legitieme doeleinden worden gediend, zoals het faciliteren van een fusie tussen twee bedrijven. Deze transactie kan worden bewerkstelligd doordat twee bedrijven fuseren in een derde, neutrale 'shell company'. In tegenstelling tot normale companies ontplooien shell companies geen economische actiteiten, hetgeen het verzamelen van informatie over deze companies bemoeilijkt. Daarnaast is misbruik van shell companies mogelijk. Het gaat hierbij in de meeste (onderzochte) gevallen om gebruik van shell companies in combinatie met andere mechanismen om 'beneficial ownership' te verhullen, waaronder het heimelijk uitoefenen van controle door middel van contracten, het toevoegen van lagen ('layers') van corporate vehicles, het verschuilen achter aandelen aan toonder ('bearer

---

144 Misbruik van 'corporate vehicles' staat al meer dan een decennium op de agenda als het gaat om internationale beleidsvorming. Dit wordt ook onderschreven in het StAR-rapport, waarbij in dat kader onder andere wordt gewezen op de inspanningen van de UNODC (destijds United Natonions Office for Drug Control and Crime, UNODCCP geheten), te weten het rapport *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*, UNODCCP mei 1998, op basis waarvan een stroom aan rapporten op gang is gekomen. Onder deze rapporten worden enkele belangrijke rapporten genoemd die in het kader van deze studie naar de regulering van de Nederlandse trustsector van belang zijn, te weten: *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001; *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Corporate Service Providers*, FATF 13 oktober 2006; en *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*, FATF oktober 2010. Zie nader: E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 12-13.

145 Idem, p. 2.

146 De term 'shell company' moet niet worden verward met de term 'shelf company' (zie navolgende subparagraaf). De term 'shell company' wordt ook gebruikt in het bovengenoemde OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001, p. 17, waar de volgende definitie wordt gegeven: 'Companies which are entities established not to pursue any legitimate business activity but solely to obscure the identity of their beneficial owners and controllers, constitute a substantial proportion of the corporate vehicles established in some OFCs.' Deze definitie wordt in het StAR-rapport echter ongeschikt bevonden, omdat zij een illegaal doel impliceert. De term 'shell bank' in Recommendation 18 van de FATF komt derhalve dichter in de buurt, aangezien daaronder (blijkens de 'glossary' bij de Recommendations) wordt verstaan: '(…) a bank incorporated in a jurisdcition in which it has no physical presence and which is unaffiliated with a regulated financial group.' Zie nader: E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 34.

shares') en tot slot het localiseren van (de informatie betreffende) de ultimate beneficial owner in een andere jurisdictie.[147]

3.2.4.2 Shelf companies[148]

Het exacte aantal betrokken 'shelf companies' in de onderzochte cases was voor de onderzoekers niet vast te stellen.[149] Een 'shelf company' wordt in het StAR rapport gedefinieerd als een company, die '(a) is incorporated with a standard memorandum or articles of association; (b) has inactive shareholders, directors, and secretary; and (c) is left dormant – that is, sitting 'on a shelf' – for the purpose of later being sold.'[150] Bij legitiem gebruik van shelf companies moet worden gedacht aan de tijdsbesparing die wordt gerealiseerd doordat men (indien nodig) direct hierover kan beschikken. In sommige jurisdicties zijn incorporatieprocedures tijdrovend en (derhalve) kostbaar. Het is derhalve gemakkelijker, sneller en goedkoper om de eigendom van een shelf company over te dragen, dan in plaats daarvan een nieuwe company te incorporeren. Tegelijk signaleren de onderzoekers dat de procedurevoorschriften voor het oprichten van een company in sommige landen aanzienlijk zijn gereduceerd 'in some cases just completing a simple form online.' Derhalve zit er een minimaal tijdsverloop tussen het aankopen en het oprichten van de shelf company. Dit gemak herbergt een gevaar voor misbruik, omdat ook criminelen gemakkelijk shell companies kunnen gebruiken om de beneficial ownership te verhullen. Dit kan ook worden opgemaakt uit het in het StAR-rapport opgenomen citaat uit het Statement van Jennifer Shasky (voormalig Senior Counsel to the Deputy Attorney General) over 'shelf' ofwel 'aged companies', ten aanzien waarvan zij overweegt dat: 'criminals can easily throw investigators off the trail by purchasing shelf companies and then never officially transferring the ownership [i.e., registering with the authorities]… In such cases the investigation often leads to a [dead end] formation agent who has long ago sold the company with no records of the purchaserand no obligation to note the ownership change.'[151] Door het gebruik van shelf companies wordt zo bemoeilijkt of zelfs onmogelijk gemaakt te achterhalen wie de ultimate beneficial owner is.[152]

---

147 Idem, p. 36. Zie ook 'The Case of Anthony Seminerio', waarbij misbruik is gemaakt van een shell company. Anthony Seminerio is veroordeeld wegens 'defrauding', waarbij hij gebruik zou hebben gemaakt van een 'consulting firm', die in werkelijkheid diende om de honderduizenden dollars van personen en entiteiten te ontvangen. Vervolgens kregen deze personen en entititeiten door toedoen van Seminerio als tegenprestatie een gunstige behandeling 'resulting in a more favorable treatment (…) in the Assembly and bij New York State officials.' De 'consulting firm' werd door de overheid aangemerkt als 'shell company'. De gegevens met betrekking tot de bankrekening van de 'consulting firm' laten zien dat Seminerio deze rekening niet gebruikte om betalingen en rekeningen te verwerken in verband met consultancy werkzaamheden, maar eerder als een rekening waarop corrupte betalingen in ontvangst werden genomen en voor persoonlijke betalingen. Volgens de bankgegevens: is het huisadres van Seminerio als adres van de 'consulting firm' opgenomen; hebben alleen Seminerio en zijn vrouw tekeningsbevoegdheid ten aanzien van de firma; en zijn vanaf deze rekening geen uitkeringen gedaan aan werknemers (of aan 'payrol companies'). Ibid.

148 Zie ook subparagraaf 1.2.2.4.3 over de verkoop van 'plankvennootschappen' ('shelf companies').

149 Aangezien een groot aantal shelf companies wordt gekocht vlak na de incorporatie (het tijdverloop behelst dan slechts enkele maanden), wordt de vaststelling van de betrokkenheid ernstig bemoeilijkt. In een klein aantal gevallen (zes) hebben de onderzoekers deze betrokkenheid echter wel kunnen vaststellen, aangezien er in die gevallen een aanzienlijk tijdsverloop zat tussen het moment waarop de shelf company is opgericht en het moment waarop deze werd gebruikt in een structuur. Zie nader: E. Van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 37.

150 Ibid.

151 Zie: *Business Formation and Financial Crime: Finding a Legislative Solution*, Statement of Jennifer Shasky, Senior Counsel to the Deputy Attorney General, before the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, United States Senate 5 november 2009, p. 5. De toevoegingen in het citaat zijn afkomstig uit het StAR-rapport, zie: E. van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 38-39.

152 Idem, p. 37-38. Zie ook 'The Scheme of Raul Salinas (Mexico)', waarin 'shelf companies' zijn gebruikt om eigendom van bankrekeningen te verhullen. Raul Salinas (een broer van de voormalige Mexicaanse President Carlos Salinas) maakte aan de U.S. een bedrag van $100 miljoen over 'in questionable assets', hierbij gebruik makend van zijn 'private banking'-relatie met Cititbank. Tussen 1992 en 1994

3.2.4.3 Operational entities

Uit analyse van de onderzochte corruptie cases is gebleken in dat een significant deel ('significant proportion') van de stucturen (ongeveer 1 op de 7) misbruik wordt gemaakt van 'operational companies'.[153] Het gaat bij deze 'operational entities' om 'front companies' die volgens het StAR-rapport 'inflows and outflows of assets' hebben. Bij het legitieme gebruik van 'operational entities' moet dus worden gedacht aan het reguliere gebruikt daarvan, in de woorden van de onderzoekers doen zij dan dienst als 'any operational corporation.'[154] Het misbruik van 'operational entities' ligt hier dicht tegenaan: vanwege de inflow en outflow van activa, bieden 'operational entities' de mogelijkheid om activa met illegale herkomst te vermengen met legale activa, zodat deze worden witgewassen. Het resultaat is dat substantiële bedragen kunnen worden overgedragen zonder dat dit enige verdenking oplevert. Een complicerende factor bij actieve omkoping ('active bribery', that is: giving the bribe) kan zijn dat de omkopende partij zich kan verbergen daardat hij in de positie is de transacties te autoriseren, maar niet zelf de beneficial owner is van de company. Met andere woorden: 'the company provides an essential veil, but the overarching legitimate activities of the company are what truly provide the cove for transactions used to bribe officials.'[155] Derhalve dient de focus (van opsporingsonderzoek) niet (slechts) op de ultimate beneficial owner van de entiteit te zijn gericht, maar juist op degene die de controle over specifieke transacties uitoefent.[156]

3.2.4.4 Companies met bearer shares

Aandelen aan toonder ('bearer shares') worden vaak in de context van anti-witwasmaatregelen genoemd, vanwege de mogelijkheden die zij bieden om anoniem van eigenaar te wisselen (waarmee de controle van een betreffende company wordt overgedragen). Het gaat bij aandelen aan toonder volgens het StAR-rapport om aandelen in gecertificeerde vorm, waarbij degene die deze fysiek onder zich heeft wordt geacht de eigenaar te zijn, in de woorden van het rapport: 'company shares that exist in certificate form, and whoever is in physical possession of the bearer shares is deemed to be the

---

assisteerde laatstgenoemde bank bij deze transacties en zou hierbij effectief de herkomst en bestemming van de activa hebben verborgen met behulp van 'shelf companies'. Bij het opzetten van een offshore private investment company ('Trocca Ltd.') om de activa van Selinas in onder te brengen, benoemde Citibank drie Panamese 'shelf companies', die als bestuurders ('board of directors') van Trocca Ltd. zouden optreden (te weten: Madeline Investements, Donat Investments S.A. en Hitchcock Investments S.A.). De drie Panamese 'shelf companies' zijn reeds geïncorporeerd in 1975 (15 jaar voordat Trocca Ltd is opgericht). Bovendien werd nog een andere, op de Cayman Islands gevestigde 'shelf company' ('Tyler Ltd.', 1984) aangewezen als belangrijkste aandeelhouder ('principle shareholder'). Met de hulp van Citibank heeft Selinas kunnen voorkomen dat zijn naam in verband werd gebracht met bovenstaande structuur, immers zijn naam is niet gebruikt bij de incorporatie van bovengenoemde 'shelf companies'. Derhalve is er geen documentatie op basis waarvan Salinas als beneficial owner van de rekeningen zou kunnen worden geïdentificeerd. Idem, p. 36.

153 Idem, p. 39.

154 Ibid.

155 Idem, p. 40-41.

156 Idem, p. 41. Zie ook 'The Case of Pavel Lazarenko, Former Prime Minister (Ukraine)', waarin wordt beschreven op welke wijze gelden worden witgewassen door middel van een 'front company'. Pavel Lazarenko is in de U.S. veroordeeld voor witwassen en 'conspiracy to money laundering'. In het begin van 1997 werd Lazarenko in Ukraïne beschuldigd van corruptie. Hij voorzag dat hij hierdoor zijn positie in korte tijd zou verliezen. Vervolgens heeft hij tezamen met Peter Kiritchenko (een zakenman uit Ukraïne) een in Antigua gevestigde offshore bank ('EuroFed') gekocht, waar Lazarenko zijn eigen, persoonlijke account zou hebben geopend in augustus 1997. Tezamen zouden zij een belang van 67% in de bank hebben verworven (volgens de U.S. District Court for the Northern District of California). Volgens de aanklacht tegen Lazarenko zou een onderdeel van 'conspiracy' zijn geweest dat Kiritchenko en Lazarenko in mei 1997 zuden zijn gestart met de onderhandelingen betreffende de aankoop van het (bovengenoemde) belang van 67% in de bank. Vervolgens zouden zij op 7 augustus 1997 een 67%-aandeel van de 'European Federal Credit Bank' in St. John (Antigua) hebben gekocht, met als doel de overdracht van het geld te faciliteren en daarbij de herkomst, eigendom en bestemming ('the nature, origin, location, source, ownership and control of the money') te kunnen verhullen ten gunste van Lazarenko. Zo zou Lazarenko tussen mei en september 1997 ongeveer $70 miljoen over de rekeningen van EuroFed hebben laten lopen, die hij en Kiritchenko controleerde. Idem, p. 40.

owner.'[157] Bij legitieme doeleinden voor het gebruik van bearer shares moet met name worden gedacht aan de gerealiseerde tijdwinst die kan worden behaald met de snelheid waarmee de eigendom van een company kan worden overgedragen. Tegelijk schuilt hierin de mogelijkheid voor misbruik: met deze snelheid wordt de mogelijkheid gecreëerd dat men zich gemakkelijk en accuraat los kan maken van een entiteit en daarmee zijn betrokkenheid bij criminele activiteiten (zoals witwassen) kan verbergen.[158] Teneinde dit misbruik tegen te gaan, zien de onderzoekers in de meeste (onderzochte) jurisdicties een proces van herziening en eliminatie. In de eerste plaats geschiedt dit door middel van dematerialisering, waarbij zij worden geregistreerd: 'dematerialization requires bearer shares to be computerised and registered in company ledgers, thereby negating thier status as unregistered intrument'. Voorts door immobilisatie, waarbij zij worden geplaatst bij een agent: 'immobilisation requires the bearer shares to be placed with a custodial agent, who holds the share for the beneficial owner, thereby preventing the holder from making unrecorded transfers.'[159]

3.2.4.5 Trusts

Uit de corruptieonderzoeken zou volgens de onderzoekers 'infrequently' van trusts gebruik zijn gemaakt: slechts 5% van de geïdentificeerde corporate vehicles waren trusts, die slechts in (ongeveer) 15% van de onderzoeken zijn voorgekomen. Hoewel misbruik van trusts is geconstateerd in structuren vanuit alle werelddelen (met corrupte overheidsofficials), worden door de onderzoekers met name Latijns America, de Caraïben en zogenaamde 'high-income nations' genoemd. In de meeste onderzochte gevallen ontbreken echter gegevens over de herkomst van de jurisdictie waaronder de trust is opgericht. In die gevallen waarin dat wel kon worden vastgesteld waren met name de U.S., de Bahamas, de Cayman Islands en Jersey oververtegenwoordigd.[160] Het trustkantoor ('trust service provider') treedt bij de Anglo-Amerikaanse rechtsvorm van de trust op als trustee en heeft daarmee effectief de controle over de trust. In de praktijk kan de insteller van de trust (de zogeheten 'settlor') volgens de onderzoekers delen in deze verantwoordelijkheden, dan wel op andere wijzen invloed uitoefenen. In het StAR-rapport wordt in dit verband bovendien opgemerkt dat in veel jurisdicties is afgestapt van het 'guiding principle' van het trustrecht dat inhoudt dat de insteller van de trust afstand moet doen van het beheer van zijn vermogen, oftewel: dat de settlor 'must give up effective control of any assets placed into the trust.'[161] Door deze modificaties op dit principe is het volgens de onderzoekers mogelijk dat de settlor niet alleen als beneficiary in deze rechtsfiguur kan worden

---

157 Idem, p. 41.

158 Idem, p. 42-43. Zie: 'The Case of Former President Frederick Chiluba (Zambia)', waarin misbruik van een 'bearer-share company' wordt beschreven. Onder de verdachten, die de voormalige President Frederick Chiluba en X.F. Chungu (de 'director general' van de Zambian Security and Intelligence Services, ZSIS) behulpzaam zouden zijn geweest bij het wegsluizen van de gestolen activa van de Zambiaanse overheid, bevond zich een in Londen gevestigde advocaat: Iqbal Meer. Meer zou een International Business Company ('Harptree Holdings Ltd.', een BVI-company) geïncorporeerd hebben, waarvan de bearer shares werden gehouden door een nominee bij Bachmann Trust Company Ltd. Harptree Holdings zou zijn opgericht met als doel vastgoed in België te kopen, teneinde een van de 'co-conspirators' in deze zaak (Faustin Kabwe, een vriend van Chiluba en Chungu en tevens hun fincieel adviseur) af te kunnen betalen. Deze betaling betrof de overdracht van vermogen van het Zambiaanse Ministerie van Financiën naar een rekening in Londen (in de documentatie 'the Zamtrop account' genoemd) en vervolgens de overdracht van naar een Zambiaanse financiële dienstverlener, waarbij Kabwe een van de bestuurders was. Meer werd (in april 2003) verhoord over zijn betrokkenheid bij de zogeheten 'Zamtrop-conspiracy'. Hierbij is specifiek gevraagd naar de eigendom van Harptree, waarop hij zou hebben geantwoord: 'I have no idea wether Kabwe is holding the bearer shares or wether somebody else is holding [the] bearer shares'. Volgens de StAR-onderzoekers is deze verklaring een duidelijk voorbeeld van hoe de hier beschreven 'bearer share construction' de mogelijkheid biedt om gemakkelijk en accuraat kennis van de eigendom te ontkennen. Idem, p. 42-43.

159 Idem, p. 41-43.

160 Idem, p. 44.

161 In het StAR-rapport wordt in dit verband gewezen op een artikel van Elena Marty-Nelson (idem, p. 45), waaruit het navolgende citaat is opgenomen: '[O]ne ought not control and benefit from property and at the same time shield it from one's creditors.' Zie: E. Marty-Nelson, 'Offshore Asset Protection Trusts: Having Your Cake and Eating it Too', *Rutgers Law Review 47, no 11*, Rutgers University 1994, p. 15.

opgenomen, maar ook als 'co-trustee' of 'protector' de controle over de trust kan uitoefenen. Door deze modificaties wordt volgens de onderzoekers de mogelijkheid in het leven geroepen dat een trust door een settlor kan worden ingesteld, maar wordt gefinancierd door een derde (door de onderzoekers de 'economic settlor' genoemd) wiens naam niet in de documentatie van de trust wordt genoemd.[162]

3.2.4.6 Tiered corporate vehicle structures

Tot slot kunnen bovengenoemde entiteiten in corruptiezaken worden gebruikt om lagen ('layers') aan een structuur toe te voegen, waarmee 'legal distance' wordt gecreëerd tussen de (corrupte) beneficial owner en zijn activa. Deze 'multiple layers' kunnen het onderzoek en de opsporing aanzienlijk bemoeilijken, met name indien deze lagen strategisch over meerdere jurisdicties zijn verspreid. Volgens de onderzoekers zal immers geen enkele opsporende autoriteit over de (juridische) dwangmiddelen beschikken om van alle betrokken partijen het benodigde bewijs te verkrijgen.[163] In het StAR-rapport worden twee veelgebruikte strategieën behandeld, die worden gebruikt bij het toevoegen van lagen aan de structuur om de beneficial owner te verbergen, te weten: 'legal fiction'[164] en het gebruik van 'surrogates' (namelijk 'formal nominees' en zogeheten 'front men').[165]

Legal fiction

Met *'legal fiction'* wordt kortweg bedoeld dat de beneficial owner (en/of de bestuurder) – door invoeging van een corporate vehicle structuur, dan wel 'lagen' of 'chains' van juridische entiteiten – worden afgescheiden van de activa van het corporate vehicle. Hierdoor kan de ultimate beneficial owner financiële instellingen benaderen in naam van verschillende entiteiten en controle uitoefenen over het betreffende corporate vehicle, dat wil zeggen: de juridische entiteit die de activa houdt, ontvangt of overdraagt. Door een ingewikkelde hiërarchische structuur kan de ultimate beneficial owner zijn doelen bereiken zonder dat hij bekend hoeft te worden.[166]

Indien trustkantoren met 'multilayer corporate structures' worden geconfronteerd, dienen zij zich volgens de onderzoekers dan ook te vergewissen van de reden waarom deze structuur op deze (complexe) wijze is vormgegeven. De afwezigheid van een 'plausibele verklaring' impliceert volgens de onderzoekers een witwasrisico voor dienstverleners die met een dergelijke organisatie in zee gaan. Een complexe structuur zal volgens een aantal (door de onderzoekers geïnterviewde) compliance officers slechts worden aanvaard (in de woorden van het StAR-rapport: een complexe structuur 'passes the smell test'), indien: '(a) there are legitimate business reasons to justify the form of structure and (b) significant arguments against using less complex options that have been available.' In dit kader wordt dan ook gesproken van het ontwikkelen van een 'a nose for inappropriate complexity', waarbij vier 'good practices' worden gegeven die hierbij behulpzaam kunnen zijn. In de eerste plaats wordt de 'three-layer complexity test' genoemd; wanneer er meer dan drie lagen van juridische

---

162 E. van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 45. Zie ook: 'The Case of Diepreye Alamieyeseigha, Former Governor of Delta State (Nigeria)', waarin misbruik van een trust wordt beschreven. Diepreye Alamieyeseigha stelde in mei 2001, op advies van UBS ten behoeve van zichzelf en zijn familie een trust in op de Bahama's ('Salo Trust'). Aangezien de UBS rekening (hoewel deze op zijn naam stond) een volgens hem 'trustee account' was ten gunste van zijn vrouw en kinderen, was Diepreye Alamieyeseigha van mening dat hij deze rekening niet diende te vermelden op zijn 'Declaration of Assets'-formulier, die alle Nigeriaanse state governors verplicht zijn in te vullen. Diepreye Alamieyeseigha heeft toegegeven dat hij zowel: a. de settlor, als b. de trustee en c. de begunstigde was. Het betrof derhalve een trust 'in name only', waarbij geen effectieve juridische scheidingwas tussen Diepreye Alamieyeseigha en zijn activa. In Londen zou Diepreye Alamieyeseigha een rekening bij UBS hebben geopend met een initieel depot van $35.000,00 in 1999 en een balans van $535,812,00 in 2005, afkomstig van verschillende bronnen ('economic settlors'), die vaak simpelweg als 'Foreign Money Deposit' werden opgenomen. De verklaring van Diepreye Alamieyeseigha dat het hier ging om 'contributions from friends and political associates towards the education of my children' werd later (door Mr. Justice Morgan) in twijfel getrokken. Idem, p. 46.

163 Idem, p. 51-52.

164 Idem, p. 52 e.v.

165 Idem, p. 59 e.v.

166 Idem, p. 52.

entiteiten tussen de ubo en activa worden aangetroffen, dient er een verzwaarde bewijslast met betrekking tot de legitimiteit van deze structuur op de potentiële cliënt te worden gelegd. Een andere belangrijke 'good practice' is de zogeheten 'expert opinion'; in de meeste gevallen is de ratio achter een complexe structuur dat het de economisch gezien meest voordelige structuur is. Een 'expert opinion' kan hierbij dienst doen ter beoordeling van de juridische en/of fiscale aspecten van de betrokken structuur. Tot slot worden training en 'partnerring' met professionele organisaties genoemd, waardoor kennis kan worden uitgewisseld over 'day-to-day' practice en het herkennen van complexiteit.[167]

The use of surrogates: 'formal nominees' en 'front men'
De onderzoekers identificeren twee verschillende categorieën die bij het afschermen van de beneficial owners betrokken zijn, te weten de 'formal nominees' en de 'front men'. Een *'formal nominee'* is kortweg een persoon die een bepaalde positie en/of activa slechts in naam ('in name only') ten behoeve van een ander houdt. Deze dienstverlening wordt veelal aangeboden als onderdeel van de dienstverlening met betrekking tot het oprichten van rechtspersonen. Hierbij kan de privacy ten aanzien van de werkelijke eigenaren worden gegarandeerd. Deze dienstverlening wordt volgens het StAR-rapport vaak door trustkantoren aangeboden die in 'nominees and trustee services' zijn gespecialiseerd.[168] In tegenstelling tot de (ingehuurde) nominee, wordt de 'front man' niet at random uitgekozen, of op basis van een kosten-baten analyse dan wel de mate van geboden geheimhouding. Volgens de onderzoekers gaat het bij de 'front man' om een specifiek uitgekozen persoon, waarbij verschillende persoonlijke relaties mogelijk zijn tussen de front man en de beneficial owner. Gedacht kan worden aan familieleden en naaste aanverwanten.[169]

3.2.4.7 Conclusions en recommendations
Vooropgesteld wordt door de onderzoekers dat corporate vehicles van belang zijn voor de economie: zij zouden hiervan 'an essential part' zijn. Het zijn kort gezegd de instrumenten die economisch verkeer mogelijk maken. Volgens de onderzoekers gaat het hierbij in de overgrote meerderheid van de gevallen ('the overwhelming majority of cases') om legaal gebruik. Ten aanzien van 'that very small proportion of cases' waarin zij voor illegale doeleinden zijn gebruikt, worden conclusies getrokken en (vijf) specifieke aanbevelingen gedaan. Met betrekking tot het misbruik van trustkantoren zijn met name de volgende conlusies van belang (in sommige gevallen zou overigens mijns inziens beter van onderzoeksbevindingen kunnen worden gesproken). In de eerste plaats 'concluderen' de onderzoekers ten aanzien van de grootschalige corruptie zaken (waarin ownership information beschikbaar was), dat van één of meer corporate vehicles gebruik is gemaakt om de beneficial ownership te verhullen. Voorts vormen plakvennootschappen ('shelf companies') volgens de onderzoekers een probleem, onder meer omdat zij aan criminelen een volledig ongerelateerde bedrijfsgeschiedenis ('company history') kunnen bieden. Companies die worden gebruikt om de beneficial ownership te verbergen zijn meestal 'non-operational, hoewel ook operationele companies daarvoor worden gebruikt (in het bijzonder bij omkoping). Daarnaast wordt geconcludeerd dat door het gebruik van professional nominees en front men de transparantie van een structuur afneemt, ofwel het gebruik 'increases the lack of transparency of corporate vehicle structures.' Geconstateerd wordt dat het gebruik van aandelen aan toonder ('bearer shares'), hoewel zij nog steeds worden gebruikt om beneficial ownership te verhullen, tegenwoordig minder vaak worden gebruikt dan vroeger. Teneinde beneficial ownership te verhullen kan voorts gebruik worden gemaakt van gelaagde corporate vehicle structuren; informatie over de beneficial owner zal dan niet of slechts op één specifieke locatie beschikbaar zijn. Indien de informatie over verschillende jurisdicties is verspreid, zal dit voor een (corruptie) onderzoek een toename betekenen in de kosten, tijd en risico's die met het behalen van een succesvolle uitkomst gemoeid zijn. Tot slot wordt geconcludeerd dat de kennis bij de opsporing op het hier geschetste terrein van het recht momenteel beperkt is: 'At the moment, law enforcement's understanding of

167 Idem, p. 56-57.
168 Idem, p. 59-61.
169 Idem, p. 62-63.

corporate law is limited.' Teneinde verdachte transacties en structuren te identificeren, dienen handhavende autoriteiten de ratio achter de legitieme structuren te begrijpen.[170]

Recommendations
In de aanbevelingen van het StAR-rapport worden bovengenoemde conclusies en onderzoeksbevindingen weerspiegeld. Jurisdicties dienen systematische risico analyses uit te voeren van de gevallen waarin corporate vehicles in hun jurisdictie worden misbruikt en op basis daarvan typologieën vaststellen die een verhoogd risico indiceren (Recommendation 1). Hier ligt volgens het rapport een taak voor de autoriteiten ('the authorities') om 'guidance' te bieden op het terrein van risico analyse ('risk analysis') aan degene die op een dagelijkse basis met corporate vehicles te maken hebben, zodat zij zich van mogelijk misbruik daarvan bewust kunnen worden en beter in staat zullen zijn om deze risico's in te schatten. Daarnaast dienen landen te proberen tot concensus te komen met betrekking tot de definitie van een 'shelf company' en maatregelen te nemen om dit type company meer zichtbaar voor de autoriteiten te maken en minder aantrekkelijk voor illegale actoren (Recommendation 2).[171] Jurisdicties dienen te vereisen dat geregistreerde leden van een juridische entiteit bekendmaken of zij handelen ten behoeve van zichzelf of in het belang van een andere, niet-bijgevoegde beneficial owner. Een 'Declaration of Beneficial Ownership', opgesteld door de cliënt van (…) een dienstverlener, is een bruikbaar instrument om de mogelijke betrokkenheid van verborgen beneficial owners te identificeren en dient universeel vereist te worden (Recommendation 3). Ten aanzien van landen die geen maatregelen hebben getroffen betreffende het immobiliseren, dematerialiseren of afschaffen van 'bearer shares' wordt aanbevolen dit alsnog te doen (Recommendation 4). Specifiek ten aanzien van trustkantoren wordt aanbevolen, of liever gezegd: opgeroepen tot het ontwikkelen van een platform om (de benodigde) kennis op te doen over de typen corporate vehicles en structuren die worden gebruikt en de ratio daarvan. Recommendation 5 luidt als volgt:

> 'Countries should develop a platform to bring together law enforcement and TCSPs to serve as a framework within which relevant service providers and specialized units in law enforcement can be educated on the types of corporate vehicles and constructions used, and the rationale of them.'

Zowel de trustkantoren als degene die ten aanzien van trustkantoren onderzoek verrichten zouden volgens het StAR-rapport bij bovengenoemd framework gebaat kunnen zijn. Het framework zou hen kunnen helpen om gemakkelijker onderscheid te maken tussen wat *wel* en wat *niet* verdacht is. Dit zou volgens de onderzoekers zelfs het bij de handhavende instanties geconstateerde 'diepe wantrouwen' ten aanzien van de trustsector kunnen verdrijven. In de woorden van het StAR-rapport: 'It would also help to dissipate the deep distrust of the TCSP sector that is common among law enforcement.'[172]

3.2.5 Afsluitend

In het voorgaande is aan de hand van de FATF-rapporten *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (2006) en *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (2010) en het StAR-rapport *The Puppet Masters* (2011) de huidige stand van de internationaal vergaarde kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren behandeld. In de inleidende subparagraaf is aangestipt dat deze rapporten (in belangrijke mate) op elkaar voortbouwen. In beide FATF-rapporten is 'misuse of trust and corporate service providers' behandeld aan de hand van (categoriën van) typologieën, die volgens de FATF op mogelijk misbruik van het trustkantoor en haar dienstverlening wijzen. Ten aanzien van het misbruik is (in de inleidende paragraaf van dit

---

170 Idem, p. 65-66.

171 In hoofdstuk 1 is deze dienstverlening reeds uitvoerig behandeld in subparagraaf 1.2.2.4.3 'Het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen'.

172 E. van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, *a.w.* 2011, p. 66-67.

hoofdstuk) reeds aangestipt dat terrorismefinanciering als mogelijke misbruikvariant bij trustdienstverlening in de MvT van de Wtt niet is genoemd. In beide FATF-rapporten wordt verondersteld dat de dienstverlening van trustkantoren hiervoor kan worden aangewend, maar ontbreekt het echter aan onderbouwing van dit standpunt. Zo wordt in het rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* door de FATF geconcludeerd dat 'Although the responses to the questionnaire, the case studies and the literature review do not readily suggest that the TCSP sector lends itself to terrorist financing, it remains a serious risk given the fact that the methods used for money laundering and terrorist financing can be similar. In particular, there is a potential vulnerability in the use of opaque corporate structures and/or charities, combined with the transfer of value via TCSPs. In addition, the FATF Special Recommendations relating to terrorist financing are newer than those for money laundering, and thus further trends may become apparent as suspicious transaction reporting regimes mature.'[173] De beschrijving van de in beide rapporten genoemde typologieën en de hieraan gerelateerde case studies geven dan ook met name inzicht in het misbruik van trustdienstverlening voor *witwassen*, dat zich met name in de 'layering fase' van het witwasproces zou afspelen. Een andere tendens die mijns inziens uit beide FATF-rapporten is op te maken is een toenemende belangstelling voor de complexiteit van de structuren en de methodologie waarmee dit misbruik in de praktijk gepaard kan gaan. In het StAR-rapport wordt hierop voortgebouwd als het gaat om het ontwikkelen van 'a nose for inappropriate complexity'.

Ontwikkeling van kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren
Op basis van de drie behandelde rapporten is mijns inziens onmiskenbaar een toename van de ontwikkeling van kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren (voor witwassen) waarneembaar. De vier typologieën die in het eerstgenoemde FATF-rapport zijn beschreven, in herinnering: multi-jurisdictional structures of corporate entities and trusts, specialised financial intermediaries/professionals, (het gebruik van) nominees en (van) 'shell companies', zijn in het follow-up rapport uitgekristalliseerd tot zeven misbruiktypologieën, onderverdeeld in drie categoriën, te weten de bedreigingen die uitgaan van jurisdicties, trustkantoren en professional intermediaries. Deze uitbreiding en onderverdeling in categorieën van de misbruiktypologieën in het follow-up rapport van de FATF, biedt mijns inziens een verdiepend inzicht in de wijze waarop het misbruik van trustkantoren zich in de praktijk afspeelt. Naast een toename van kennis ten aanzien van de wijze waarop de bij trustdienstverlening betrokken entiteiten ('corporate vehicles') en instrumenten ('bearer shares') kunnen worden misbruikt, constateer ik een toegenomen belangstelling voor de complexiteit van de structuren waar deze (door trustkantoren beheerde) entiteiten deel van uitmaken. In het eerste FATF-rapport worden 'multi-jurisdictional structures of corporate entities and trusts' als misbruiktypologie (typologie 1) aangewezen, hetgeen in het follow-up rapport van de FATF wordt uitgewerkt in de (tweede) categorie van typologieën (die verband houden met trustkantoren, oftewel: de 'threats posed by TCSPs'), met name waar het gaat om de complexiteit van de gebruikte structuren ('sophisticated/complex legal structures', typologie 2) en de complexiteit van de gebruikte methodologie ('complex methodology', typologie 3). In het StAR-rapport ten slotte klinkt met name de (op)roep om deze complexe structuren te begrijpen: het ontwikkelen van kennis om de ratio van deze structuren te kunnen doorgronden, teneinde te kunnen beoordelen welke structuur wel en welke niet duidt op misbruik.

3.3 Misbruik van Nederlandse trustkantoren

3.3.1 Ten geleide

In onderhavige paragraaf wordt het misbruik van Nederlandse trustkantoren behandeld. In de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk is reeds opgemerkt dat, in de weinige (Nederlandse) literatuur waarin aan dit onderwerp aandacht wordt besteed, is geconstateerd dat er geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of trustkantoren actief betrokken zijn bij witwassen, terrorismefinanciering en

[173] FATF, *t.a.p.* 2010, p. 51.

fiscale fraude (zoals genoemd in de *Nota Integriteit Financiële Sector en Terrorismebestrijding*).[174,175] De bespreking van misbruik van Nederlandse trustkantoren kan dan ook slechts plaatsvinden aan de hand van 'incidentele gevallen', waarin trustkantoren door hun dienstverlening (in meerdere of mindere mate) betrokken zijn geraakt bij een strafzaak tegen hun cliënt(en). In onderstaande subparagrafen worden de volgende cases besproken: het boekhoudschandaal van Enron en die bij Parmalat, de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V., de strafrechtelijke vervolging van (medewerkers van) First Alliance Trust (hierna ook: FAT) en tot slot de vervolging van Jan Dirk Paarlberg. Bij de bespreking van deze cases zal de rol van het trustkantoor steeds het uitgangspunt zijn. Nogmaals moet worden benadrukt dat in geen van de hier genoemde cases sprake is geweest van een veroordeling van het betrokken trustkantoor. Ook is in de inleiding van dit hoofdstuk reeds opgemerkt dat het onderwerp van deze paragraaf gevoelig ligt. In het inleidende citaat van dit hoofdstuk wordt afgesloten met de opmerking dat in het academisch onderzoek, waarin aandacht is besteed aan het misbruik van trustkantoren, geen voorbeelden van 'bestaand misbruik' zou kunnen worden gegeven. In de woorden van SEO (2011): 'these papers fail in presenting examples of existing malpractice.'[176] Het (wetenschappelijke) debat over misbruik van trustkantoren zou mijns inziens echter meer gediend zijn met een inhoudelijke bespreking van de gevallen die *wel* bekend (en overigens in academisch onderzoek genoemd) zijn. De cases die in navolgende subparagrafen worden behandeld zijn een (hernieuwde) aanzet tot een inhoudelijke bespreking daarvan.

3.3.2 De Enron-fraude en een Nederlands trustkantoor

3.3.2.1 Ten geleide: 'Enron en Parmalat'

Over de boekhoudschandalen van Enron en Parmalat (zie over laatstgenoemde nader subparagraaf 3.3.3 'Parmalat') is veel geschreven. Hoewel het om twee verschillende fraudezaken gaat, worden beide zaken (tot op heden) geregeld in één adem genoemd als het gaat om de kwetsbaarheid van de trustsector voor misbruik, alsmede om het negatieve imago dat met deze kwetsbaarheid samenhangt. Zo is bijvoorbeeld recent in Het Financieele Dagblad (van 21 oktober 2011) geschreven:[177]

> 'er (kleeft) een negatief imago aan de sector. Dat komt onder meer door boekhoudfraudes als bij het Amerikaanse Enron en het Italiaanse Parmalat, waarbij geld werd verduisterd via vennootschappen die werden bestuurd door Nederlandse trustkantoren. De trustkantoren zijn daar niet voor vervolgd, maar hebben de fraudes ook niet doorzien.'

Enron en Parmalat zouden hun aandeelhouders op een dwaalspoor hebben gebracht met special purpose vehicles op een Caribisch eiland.[178] Ook zou gebruik zijn gemaakt van bij Nederlandse trustkantoren gevestigde entiteiten: 'Het malafide Texaanse energiebedrijf Enron gebruikte Nederlandse firma's om boekhoudfraude te plegen, evenals het Italiaanse Parmalat.'[179] Voor een goed begrip van de (in bovenstaande citaten en overige berichtgeving genoemde) betrokkenheid van Nederlandse trustkantoren bij beide fraudezaken, wordt hieronder behandeld wat hierover (publiekelijk) bekend is geworden. Vanaf dit punt worden beide zaken in deze dissertatie gescheiden behandeld.

---

174 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 8.

175 K. Frielink en M. Van Eersel, *a.w.* 2010, p. 15. Zie ook: Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. De Kruif, M. Busuioc en K. Wokke, *a.w.* 2006, p. 126, en: M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 5.

176 P. Risseeuw en R. Dosker, a.w. 2011, p. 5 (gerectificeerde versie, zie over deze rectificatie: de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk).

177 'Trustsector vindt zichzelf oerdegelijk en transparant; Dubbele belastingen voorkomen', *Het Financieele Dagblad* 21 oktober 2011.

178 B. Bakker, 'Hoe eng zijn de Kaaiman eilanden', *de Accountant* 12 maart 2007, p. 14.

179 'Trustsector betaalt een miljard euro belasting en neemt voor 500 miljoen euro diensten af', *Het Parool* 15 maart 2007.

Afbakening
De Enron-affaire is zonder twijfel één van de meest besproken boekhoudschandalen: 'Never in history has one company plummed so quickly from the heigths of power and glory to the depths of public humiliation, bankruptcy, and criminal investigation, dragging so many individuals and firms down with it.'[180] Zo was de Enron-zaak de rechtstreekse aanleiding van de ondergang van één van de meest prestigieuze internationale auditkantoren: Arthur Andersen.[181] In het kader van deze dissertatie gaat het te ver om de gehele fraudezaak uit de doeken te doen, bovendien is reeds aangestipt dat hierover al uitvoerig en veel is geschreven.[182] Voor de behandeling van misbruik van trustkantoren is de bespreking van deze fraudezaak beperkt tot het gebruik van externe maatschappen (partnerships), zogeheten 'special purpose vehicles', kortweg: SPVs (ookwel aangeduid als 'special purpose entities', SPEs), welk overmatig (foutief) gebruik in de Enron-affaire een centrale plaats heeft ingenomen.[183]

3.3.2.2 Fraude
Evenals bij Enron het geval is geweest, worden deze SPVs – ofwel 'externe maatschappen' – doorgaans gebruikt voor (geoorloofde) balansverkorting; ondernemingen proberen de activa en passiva van een bedrijfsactiviteit van hun balans te halen, terwijl zij wel (een groot deel van) de winst van diezelfde activiteit op hun winst- en verliesrekening kunnen laten zien, hetgeen op de balans een hogere rendementsratio betekent.[184] Ook Enron haalde via bovengenoemde maatschappen (SPVs/SPEs) activa en passiva van zijn balans.[185] Door het opzetten van een partnership kan een bedrijf een activiteit door het partnership de activa doen financieren, waarbij de onderneming (de 'general partner' van de maatschap), samen met enkele externe '(limited) partners' kapitaal bij de maatschap inbrengt en het overige kapitaal van de markt leent. De onderneming/general partner verzekert zich contractueel van het recht om de activa uit te baten en regelt met de limited partners en de crediteuren hoe de brutobedrijfswinst wordt verdeeld.[186] In kapitaalintensieve sectoren zou van dergelijke (geoorloofde) constructies 'overvloedig' gebruik worden gemaakt. Het essentiële verschil met het gebruik daarvan in de Ernon-affaire, is dat Enron de belangen van de onderneming en de maatschap vermengde en voorts dat de contracten met de limited partners en crediteuren van de maatschappen 'even excentriek als gevaarlijk' zouden zijn.[187] Enron overtrad voorts de Amerikaanse

---

180 L. Fox, *Enron, the rise and fall*, Hoboken, NJ: John Wily & Sons 2003, v (preface).

181 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Anterpen – Oxford: Intersertia 2004, p. 3-4.

182 Vermeldenswaard zijn in dit verband onder andere: B. McLean en P. Elkind, *The Smartest Guys In The Room: The Amazing Rise And Fall Of Enron*, New York: Penguin 2004, M. Swartz en Sherron Watkins, *Power Failure: The Inside Story of the Collapse of Enron*, New York: Doubleday 2003 en K. Eichenwald, *Conspiracy of Fools: A True Story*, New York: Broadway Books, 2005.

183 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 13.

184 Evenveel winst met minder vermogen betekent hogere rendementsratio's: analisten en beleggers zien graag dat het rendement op eigen vermogen en totale activa zo hoog mogelijk wordt opgeschroeft, kredietbeoordelaars zien graag zo weinig mogelijk schuld op de balans van de onderneming. Idem, p. 13-14.

185 Bekende zijn: Ospey; Trust; Whitewing Associates; LJM; LJM Cayman; Condor; Raptors I, II en III, Chewco Investments; Firefly; JEDI; Rawhide Investors; Pandorra Assets; Zephyrus; Choctaw; Timerwolf; Porcupine; Cornhusker; Slapshot; Marln Water Trust e.a., zie: L. Fox, *a.w.* 2003, p. 286. Zie ook: L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 13.

186 Onder andere in L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 13-14 wordt deze constructie uitgelegd. Ten aanzien van het bovenstaande is bij wijze van illustratie het volgende voorbeeld van een berekening van het rendementsratio opgenomen: 'Stel dat de onderneming/general partner $ 30 miljoen inbrengt in de maatschap en de limited partners $ 70 miljoen, terijl de resterende $ 900 miljoen geleend wordt. Dan verlengt de onderneming haar balans slechts met $ 30 miljoen aan eigen vermogen en geen schuld. Stel dat de onderneming/general partner na renteafdrachten en uitkering aan de limited partners $ 18 miljoen overhoudt. Dan heeft ze over deze $ 30 miljoen een rendement behaald van 60%. Dit zijn de ratio's waar beleggers van watertanden.'

187 Zo zou voormalig financieel directeur Andrew Fostow van Enron een van de leidende 'limited partners' van diverse Enron-maatschappen zijn geweest, wat leidde tot de (als 'absurd' bestempelde) situatie dat

consolidatieregels inzake externe maatschappen. Zo dient bij het buiten de balans brengen van een SPV (onder andere) minstens 3% van het totale vermogen van de maatschap (vreemd vermogen plus eigen vermogen) van limited partners te komen. In geheime afspraken met met 'limited partners' zou dit percentage in enkele maatschappen echter zijn teruggebracht tot 1,5%, zonder dat Enron deze maatschappen consolideerde. Enron *garandeerde* hierbij de betalingen aan de crediteuren; mocht het partnership niet voldoende middelen genereren, dan zou Enron via uitgiften van eigen aandelen cash aantrekken om de crediteuren toch te betalen. Deze afspraken hadden Enron moeten aanzetten om de activa van de maatschap te consolideren op de eigen balans (wat niet gebeurde), bovendien zou Enron met deze garanties 'potentiële winstverwatering' in huis hebben gehaald. Enron moest door deze grote risico's in oktober 2001 plotseling $ 1,2 miljard van het eigen vermogen afschrijven om verplichtingen jegens enkele maatschappen te beëindigen. De winst van Enron over de laatste vijf jaar werd met $ 586 miljoen naar beneden bijgesteld, waarmee Enron het vertrouwen van de markten verloor, hetgeen haar als bekend noodlottig is geworden.[188]

Red flags

Op basis van de inhoud van de jaarverslagen van Enron[189], zouden volgens Langendijk[190] reeds meerdere 'red flags' te hijsen zijn geweest[191], waarvan enkele in het kader van onderhavige subparagraaf moeten worden besproken. Bij deze 'red flags' wordt namelijk het hierboven beschreven gebruik van SPVs genoemd, te weten: de belangenverstrengeling en de veelvuldige transacties tussen SPEs en ongeconsolideerde belangen (bestaand in de veelvuldige in- en verkoop van financiële activa en de verkoop van aandelen Enron door Enron aan de verbonden partijen voor vorderingen, evenals het schrijven van opties en andere hedge transacties om posities van SPEs of Enron te dekken); het hieruit naar voren gekomen beeld van een onderneming die haar winst hoofdzakelijk moet genereren als hedge fund op posities in energiecontracten, waarbij SPEs een cruciale rol spelen; en tot slot de lage kwaliteit van de nettowinst (waarbij het van belang is een analyse te maken van de oorzaken en de grootte van het verschil tussen het nominale winstpercentage en het effectieve belastingpercentage). Laatstgenoemde 'red flag' heeft betrekking op de effectieve belastingdruk (inclusief de uigestelde belastingen), die volgens het jaarrapport in 1998 20%, in 1999 9,2% en in 2000 30,7% was, waaruit zou blijken dat de winst van 1998 en 1999 van lage kwaliteit was, welke verschillen hoofdzakelijk zouden zijn te verklaren door verschillen bij de verkoop van aandelen Enron, winsten van ongeconsolideerde belangen (equity earnings) en (in mindere mate) verschillen tussen buitenlandse belastingtarieven en die in de VS, waaraan het vestigen van SPEs in (hieronder nader te behandelen) fiscaal aantrekkelijke offshore landen wordt geacht debet te zijn geweest.[192]

3.3.2.3 Onenigheid over de betrokkenheid van het trustkantoor bij de Enron-fraude

Om belastingkosten te drukken maakte Enron (als gezegd) veelvuldig gebruik van dochtermaatschappijen in fiscaal gunstige regimes. Enron had (naar schatting) 2800 offshore entiteiten in onder meer de Cayman Islands, Turks and Caicos Islands, Mauritius en Bermuda.[193] Ook het fiscale vestigingsklimaat van Nederland is gebruikt om belasting te ontwijken.[194] De in Nederland gevestigde

---

een Enron-ondergeschikte namens Enron onderhandelde met Fastow zelf, die namens de 'limited partners' sprak.

188 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 15.

189 Het gaat dan met name om de jaarverslagen ('Enron Annual Reports') 1998, 1999 en 2000.

190 Professor Henk Langendijk is hoogleraar Externe verslaggeving aan de Universiteit van Amsterdam en de Universiteit Nyenrode.

191 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 13-15. Aan de zeer heldere behandeling van de Enron-affaire in dit boek is in het bovenstaande het nodige ontleend, waarvoor op deze plaats mijn dankzegging aan de auteurs.

192 Idem, p. 16-18.

193 Idem, p. 11.

194 Zo heeft Enron bijvoorbeeld 20% kunnen besparen op de Mexicaanse dividendbelastin die richting de 14 Nederlandse holdingmaatschappijen gingen die Mexico in hun naam hebben. Daarnaast heeft Enron door geld te lenen aan dochterondernemingen via Nederlandse holdings, de rentebetalingen kunnen

vennootschappen van Enron zijn beheerd door het Amsterdamse trustkantoor Equity Trust, van het moederbedrijf (de bank) Insigner de Beaufort. Om van het (Nederlandse) belastingklimaat te profiteren bouwde Enron, onder leiding van topman Kenneth Lay, een netwerk op van 140 Nederlandse vennootschappen[195], die vaak op hun beurt eigenaar waren van Enron-bedrijven in andere landen.[196] 'De bulk is opgericht tussen 1995 en eind 2000', aldus een woordvoerder van het trustkantoor.[197] Volgens berichtgeving in de media: '(pompte) Enron begin deze eeuw geld rond langs verschillende dochters – waaronder Nederlandse brievenbusfirma's – om zo de omzet cosmetisch te verhogen.'[198] In een interview met het Parool licht Han Bongers (destijds 'Group Marketing & Communications Director' bij het Insigner de Beaufort) de werkzaamheden toe: 'wij hebben een louter representatieve functie en geven juridische, noch fiscale adviezen. De vennootschappen zijn op ons adres gevestigd en wij hebben de functie van secretaris van de raad van bestuur. Dat betekent dat we de jaarstukken deponeren bij de Kamer van Koophandel.' Bij het trustkantoor zou dan ook onbekend zijn waarvoor Enron de vennootschappen precies heeft gebruikt: 'We ontvangen de stukken van Enrons accountant, zetten ons stempel erop en sturen ze weer door. Er staat niet al te veel in, dus wij hebben niet meer gezien over Enron dan anderen.' De Amerikaanse autoriteiten zouden volgens Bongers dan ook 'geen enkele twijfel over de integriteit van Insingers werkzaamheden' hebben.[199] Marcel Windt[200] trad op als curator en stelde hierover in een interview met de Volkskrant: 'Enron had in Nederland een bonte stoet dochterbedrijven. Rijp en groen door elkaar heen: financieringsvehikels, deelnemingen in de aanleg van een energiecentrale, een handelsdesk – noem maar op. Daar is op zich niets mis mee. Ook bonafide internationale concerns met een hoofdkantoor in Nederland hebben vele dochterbedrijven, vaak om fiscale redenen.'[201] Over het internationale netwerk van Enron is weinig publieke informatie beschikbaar, over de verwijtbaarheid van het betrokken trustkantoor bestaat (nog altijd) verschil van mening.[202, 203] Buiten twijfel staat dat Equity Trust echter nooit (strafrechtelijk) is

---

aftrekken van de winst van de dochter, terwijl de rente-inkomsten van de holding onbelast bleven. Idem, p. 12.

195 'Nederlandse fiscus gunde Enron vijftien 'rulings', *de Volkskrant* 8 februari 2002. In andere publicaties wordt ook wel gesproken van 120 vennootschappen, zie bijvoorbeeld: 'Advocaten schrappen bijbanen; Nauta Dutilh; Geen verband met Parmalat Inval bij UBS', *de Volkskrant* 7 februari 2004, 'In fortis we trust', *NRC Handelsblad* 5 januari 2007. Het genoemde aantal van 140 vennootschappen zou overeenkomen met het aantal dat wordt genoemd in het SEC uitgevoerde onderzoek, zie: L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* Anterpen – Oxford: Intersertia 2004, p. 11. Dit aantal wordt derhalve in de leidende tekst als uitgangspunt genomen.

196 'Nederland spil in Enron-web', *Het Parool* 7 februari 2002.

197 Zie wederom: 'Nederlandse fiscus gunde Enron vijftien 'rulings', *de Volkskrant* 8 februari 2002.

198 'Regels trust in 2004 flink verscherpt', *Het Parool* 24 oktober 2009.

199 'Nederland spil in Enron-web', *Het Parool* 7 februari 2002.

200 Marcel Windt (Houthoff Buruma) hield zich als curator bezig met het Nederlandse onderdeel van de zaken Enron en Parmanlat.

201 'Enron en Parmalat waren dol op Nederland; Curator Marcel Windt is allesbehalve verbaasd over de intrigerende combinatie van hebzucht en overmoed die de fraudegiganten etaleerden', *de Volkskrant* 6 mei 2006.

202 Naast bovengenoemde publicaties kan (onder andere) worden gewezen op navolgende publicaties: 'De opbrengst is 1,7 miljard, het risico is imagoschade; Nieuwe wetgeving brengt trustmaatschappij onder toezicht Nederlandsche Bank', *NRC Handelsblad* 28 februari 2004, 'Openheid bij postbusbedrijven' *Het Parool* 29 oktober 2004, 'Londen witwasparadijs door gebrekkig toezicht' *Het Financieele Dagblad* 2 november 2004, 'Nederland is walhalla voor malafide zaken', *Brabants Dagblad* 8 oktober 2005, 'Vriendelijk fiscaal klimaat trekt ook wasserettes; Witwassen misdaadgeld gebeurt in Nederland net als elders, met nog wat extra 'typisch Nederlandse' opties, *Het Financieele Dagblad* 18 februari 2006, waar in dit verband wordt gewezen op het 'Unger-rapport' (B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. De Kruif, M. Busuioc en K. Wokke, *a.w.* 2006, p. 8, zie over het rapport ook subparagraaf 1.3.4 'Het 'Unger-rapport''), 'Brievenbusfirma's verdwijnen; Nieuwe regels schrikken fiscale gelukzoekers af', *Het Parool* 30 september 2006, 'Nederland belastingparadijs voor buitenlandse bedrijven', *De Tijd* 14 november 2006, 'Crimineel geld staat altijd ver weg', *de Volkskrant* 26 juni 2008, 'Nederland verliest hoofdrol in internationaal kapitaalverkeer', *de Accountant* 1 oktber 2010.

203 Er is ook een 'tegengeluid' hoorbaar (waarbij overigens steeds ook naar Parmalat wordt verwezen, waarover nader in navolgende subparagraaf). Zo zou het trustkantoor 'ten onrechte' in verband zijn gebracht met de Enron affaire, zo wordt betoogd in 'Trustkantoren zijn graag saai', *Forum* 15 juni

vervolgd voor bovenbeschreven (al dan niet bewuste) betrokkenheid bij het boekhoudschandaal van Ernon. Daar komt nog bij dat de Enron-affaire voor DNB géén reden is geweest om de vergunning van het trustkantoor in te trekken, waaruit kan worden geconcludeerd dat DNB het trustkantoor (en haar bedrijfsvoering) integer acht.[204]

3.3.3 De Parmalat-fraude en twee Nederlandse trustkantoren

3.3.3.1 Ten geleide: 'Parmalat, una Enron europea'[205]

In subparagraaf 3.3.2.1 ('Ten geleide: Enron en Parmalat') is reeds ter sprake gekomen, dat beide fraudezaken geregeld tezamen worden genoemd, ook als het gaat om de kwetsbaarheid van de trustsector voor misbruik, die in beide zaken naar voren zou zijn gekomen.[206] Er zijn echter ook verschillen genoemd: 'Eén belangrijk verschil: de oplichting door Parmalat is brutaler en valser. Enron moest je in elk geval nog nageven dat het met zijn bedrog een stuk geraffineerder tewerk was gegaan. Technisch was de Enron-zaak uitermate complex, Parmalat hield zich met onbeschaamde oplichting bezig.'[207] In de Kamervragen over 'de verhouding van de Wtt tot de Parmalat-zaak' wordt het verschil met andere boekhoudfraudes, zoals (onder andere) Enron, als volgt geduid: 'Het belangrijkste verschil tussen Parmalat en de ander(e) aangehaalde boekhoudaffaires[208] is, voorzover nu valt te overzien, dat binnen Parmalat op veel grotere schaal en voor langere tijd fraude is gepleegd.'[209] Evenals bij de Enron-zaak, speelde ook bij de Parmalat-affaire de vraag of het betrokken Nederlandse trustkantoor een verwijt kon worden gemaakt: 'De vraag of Nederlandse trust-bestuurders aansprakelijk zijn voor de Parmalat-verliezen, houdt de sector intens bezig.'[210] 'Het Parmalat-debacle met zijn uitgebreide vertakkingen in Nederland, jaagt de Nederlandse trustwerdeld angst aan', zo schreeft Het Financieele Dagblad. En: 'Bestuurders bij doorstroom-bv's die geld ophalen voor een buitenlands concerns, zijn mogelijk mede aansprakelijk wanneer het geld weg is', zo schreef het de krant na een rondgang onder trustbestuurders.[211] Genoemde Kamervragen betroffen voorts (bovendien) zowel het toetsingskader dat zou dienen te worden gehanteerd bij het beoordelen van eventuele (mede)aansprakelijkheid van Nederlandse bestuurders van doorstroom-B.V.'s (a. tegenover die B.V. en b. tegenover derden)[212], alsook de vraag of *strafrechtelijk* onderzoek plaatsvindt of zal plaatsvinden in de Parmalat-zaak[213], hetgeen (op dat moment) volgens de ministers van Financiën en Justitie 'niet uitgesloten' zou zijn.[214] Naast de Parmalat-bestuurders (waaronder Calisto Tanzi) zijn ook drie externe betrokkenen gedagvaard, te weten: de controlerende accountants van Deloitte (sinds vier jaar hoofdaccountant van Parmalat) en controlerende accountants van Grant Thornton in Italië (Grant Thornton is voormalig hoofdaccountant en de boekencontroleur bij een groot aantal dochterbedrijven), en drie voormalige

---

2006. Achteraf zou zelfs zijn gebleken dat het trustkantoor in de zaak Enron (evenals bij de Parmalat-zaak) 'geen enkele blaam trof'. In tegendeel: 'alle betrokken hebben achteraf de sector geroemd omdat zij zich keurig aan de spelregels hebben gehouden en keurig alles hebben gedocumenteerd', zo stelt André Nagelmaker in een interview in: 'Bank was schakel onder- en bovenwereld', *de Volkskrant* 7 februari 2007.

204 Artikel 6 aanhef en onder f Wtt bepaalt terzake dat de toezichthouder een vergunning kan intrekken in geval hem informatie bekend wordt die, was zij hem bekend geweest op het moment van het verlenen van de vergunning, ertoe zou hebben geleid dat de vergunning niet zou zijn verleend.

205 De Italiaanse minister van Financiën Giulio Tremonti noemde Parmalat 'un caso Enron europeo' ('het Enron van Europa'), zie onder andere 'Parmalat, una Enron europea', *La Republica* 19 december 2003.

206 K. Frielink en M. Van Eersel, *a.w.* 2010, p. 9.

207 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 52.

208 De andere aangehaalde boekhoudaffaires zijn Worldcom (in de VS) en Vivendi en Ahold (in Europa).

209 *Handelingen II*, 2003-2004, p. 1866.

210 'Geld rondpompen via het Hollandse gemaal; Als Parmalat zijn leningen niet meer kan betalen, komen de dochters in het vizier', *Het Financieele Dagblad* 19 januari 2004.

211 'Parmalat-zaak bedreiging trustsector', *Het Financieele Dagblad* 19 januari 2004.

212 *Handelingen II*, 2003-2004, p. 1863 (vraag 2).

213 Idem, p. 1863 (vraag 10).

214 Idem, p. 1865.

managers op de Milanese vestiging van Bank of America (deze bank was nauw betrokken bij de financiering van Parmalat).[215]

Afbakening
Over 'het Enron van Europa' is veel geschreven, maar veel is ook onbekend gebleven: 'Waar is bijvoorbeeld het verdwenen geld (€ 14 miljard wordt veel genoemd, maar ook € 18 miljard) gebleven?'[216] Bij het faillissement van Parmalat verdween een bedrag dat overeen zou komen met 1,5% van het BNP van Italië. Het zou hiermee het grootste faillissement zijn uit de Europese geschiedenis – 'groter dan de deconfitures van Enron en WorldCom cumulatief.'[217] De SEC, die op 30 december 2003 Parmalat in staat van beschuldiging stelde, sprak van 'one of the largest and most brazen corporate frauds in history.'[218] In het kader van deze dissertatie gaat het (evenals bij voorgaande fraudezaak) te ver om de gehele fraudezaak integraal te behandelen. Hierover is bovendien al uitvoerig en veel geschreven.[219] Voor de bespreking van het in deze paragraaf centraal staande misbruik van (Nederlandse) trustkantoren, wordt bij de behandeling van de Parmalat-affaire de focus gericht op de dienstverlening van de betrokken Nederlandse trustkantoren, te weten het Rotterdamse trustkantoor Forum Administrations (in 1973 opgericht door Nauta Dutilh)[220], dat zelf geen werknemers zou hebben, maar de diensten van het andere hier te bespreken Amsterdamse trustkantoor Amaco zou hebben ingehuurd.[221] De door beide trustkantoren verrichte dienstverlening wordt nader besproken in onderstaande subparagraaf 3.3.3.3 'Nederland als draaischijf: Forum Administrations en Amaco betrokken bij de Parmalat-fraude?'

3.3.3.2 Fraude
De kern van de Parmalat-fraude wordt gevormd door de 29 obligatieleningen vanaf 1997, die gezamenlijk bijna € 8 miljard opleveren: 'De meeste van deze leningen werden uitgeschreven vanuit Nederland. 80% van het bedrag werd opgehaald door banken buiten Italië, vooral in de VS.'[222] Om aan de (vereiste) zekerheid bij het uitschrijven van obligatieleningen te voldoen is gefraudeerd met de balans en de jaarcijfers. Het bekendste voorbeeld is dat van dochter Bonlat Finance Corporation (hierna: Bonlat) op de Cayman Islands, waar de fraude is geconstateerd. Bonlat zou een banktegoed van € 3,95 miljard bij Bank of America hebben (vaak wordt ook gesproken van € 4 miljard, zie ook onderstaande citaten).[223] Om het bestaan van dat bedrag te bewijzen, zou Grant Thornton een document ter bevestiging van de Bank of America hebben verkegen. In werkelijkheid had de Bank of America echter geen bevestiging geleverd, maar werd dit document door Parmalat zelf gecreëerd. Parmalat zou zo haar accountant hebben misleid.[224] Deze (terecht 'angstwekkend eenvoudig' genoemde) handelswijze is in de literatuur beschreven als volgt: 'Parmalat scande de hoofding van de

---

215 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 52.

216 Zoals hieronder nader wordt behandeld, bestaat dit bedrag voor een groot deel uit obligatieleningen die (nadat zij zijn mogelijk gemaakt) ook daadwerkelijk door Parmalat zijn geïnd. Zie ook: M. Kat en P. Lakeman, *Boekhoudfraude; 13 schokkende fraudezaken in binnen- en buitenland*, Den Dolder: Belfra Publishers for Success B.V. 2010, p. 189.

217 Idem, p. 191.

218 'SEC sues Parmalat over U.S. bond sales', *New York Times* 30 december 2003.

219 Naast bovengenoemde literatuur (L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004 en M. Kat en P. Lakeman, *a.w.* 2010) moet in het bijzonder worden gewezen op: H. Langendijk, *Parmalat Financziaria S.p.A.: A Case of Manipulating Financial Statements through Fraud*, Breukelen: NIVRA-Nyenrode Press 2004.

220 Zie bijvoorbeeld: 'Geld rondpompen via het Hollandse gemaal; Als Parmalat zijn leningen niet meer kan betalen, komen de dochters in het vizier', *Het Financieele Dagblad* 19 januari 2004.

221 Volgens het artikel 'Nauta verkoopt trustkantoor', *Het Financieele Dagblad* 11 mei 2004, zou Forum Administrations voor het uitvoeren van trustwerkzaamheden 'al langer dan tien jaar' (gerekend vanaf 2004) gebruik maken van de diensten van trustkantoor Amaco.

222 M. Kat en P. Lakeman, *a.w.* 2010, p. 197.

223 'Melkboer met tropenkolder', *FEM Business* 17 januari 2004.

224 Zie: 'Melkboer met tropenkolder', *FEM Business* 17 januari 2004. Zie over Grant Thornton ook: H. Langendijk, *a.w.* 2004, p. 10, M. Kat en K. Lakeman, *a.w.* 2010, p. 198 e.v., en: L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 61-62.

Bank of America in en plakte het op een document dat bevestigt dat Bonalat een rekening bij de Bank of America zou hebben ten bedrage van € 4 miljard. Ook de handtekeningen werden van echte documenten geplukt en op de valse brieven geplakt. Vervolgens werden de documenten enkele keren door een fax gestuurd om ze authentiek te laten lijken.'[225] Op de andere toegepaste fraudetechnieken die in deze zaak bekend zijn geworden, waaronder: het verhogen van omzetcijfers, de fictieve aflossing van obligaties en het doorsluizen van gelden naar familiebedrijven, wordt in het kader van dit hoofdstuk niet verder ingegaan en moet derhalve worden verwezen naar de daarover beschikbare literatuur.[226]

Nederland als 'een spil' in het fraude-netwerk

In de Parmalat-zaak is ook 'Nederland' betrokken geweest: Nederland zou 'een spil zijn' bij de geconstateerde fraude. In de eerste plaats is door de Nederlandse dochters van Parmalat, die door Forum Administrations en Amaco zijn beheerd, een zeer groot deel van de genoemde obligatieleningen uitgeschreven, te weten € 5,2 miljard. Achteraf moet worden vastgesteld dat deze geen ander doel hebben gehad dan het onttrekken van geld uit de markt (in controle jargon: zij hadden 'no business purpose') en zijn hiermee 'in bad faith' uitgeschreven.[227] Daarnaast richtte Parmalat twee SPEs in de (voormalige) Nederlandse Antillen op met 'verzonnen' activa, te weten Curcastle en Zilpa[228], gevestigd te Curaçao (bij Maduro & Curiel's Trust N.V.)[229] Deze SPEs werden ingezet om het concern een schijn te geven van kredietwaardigheid, die benodigd was om de obligatieleningen mogelijk te maken. Beide SPEs zijn later 'ondergebracht' bij het op de Cayman Islands gevestigde Bonlat, aangezien Parmalat (volgens een Italiaanse rotatiewet) moest wisselen van accountantskantoor (Grant Thornton werd ingeruild voor Deloitte). Voor de audit van Bonlat bleeft Parmalat echter, ook na deze 'wissel', gebruik maken van Grant Thornton.[230] De *grote* crisis bij Parmalat sloeg vervolgens toe op 8 december 2003: één van de Nederlanse dochters, Parmalat Finance Corporation B.V., bleek niet in staat om een obligatielening van € 150 miljoen terug te betalen.[231] 'Dit oogt zeer vreemd aangezien er zich op dat moment een bedrag van € 4,2 miljard liquide middelen op de balans van Parmalat bevond.'[232] Het Parmalat-schandaal komt dan aan het licht: 'een account bij de Bank of America van Bonlat ter waarde van € 4 miljard blijkt niet te bestaan.'[233]

3.3.3.3 Nederland als draaischijf: trustkantoren betrokken bij de Parmalat-fraude?

Om belastingkosten te drukken maakte Parmalat voor de concernfinanciering volop gebruik van het fiscale vestigingsklimaat van Nederland.[234] Sinds het jaar van de beursgang van Parmalat naar de beurs van Milaan (1990) is het bedrijf ook in Nederland gevestigd. Op 22 mei 1990 worden aanvankelijk de eerste twee vennootschappen opgericht, waarvan op dat moment Parmalat

---

225 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 57-58.

226 H. Langendijk, *a.w.* 2004, p. 8 e.v., L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 57 e.v. en M. Kat en K. Lakeman, *a.w.* 2010, p. 197 e.v.

227 M. Kat en K. Lakeman, *a.w.* 2010, p. 190.

228 Zie nader: 'Millions Pay the Price for Parmalat''s Cosy Ties with Banks and Auditors', *Comtex News Network* 29 november 2004, 'The Parmalat scandal: How it happened; Unlike the sophisticated Enron scandal, investigators say the Italian firm's affair was astonishingly simple and amateurish', *The Globe and Mail (Canada)* 1 januari 2004, 'How things began to turn sour at Italian dairy giant Parmalat; Court hears how banks aided Parmalat in hoodwinking shareholders and analysts by keeping debt off its books', *The Sunday Tribune*, 2 januari 2005. Zie ook: M. Jones (Ed), *Creative accounting, fraud and international accounting scandals*, Chichester: Wiley 2010, p. 265.

229 'Melkboer met tropenkolder', *FEM Business* 17 januari 2004.

230 Idem, p. 190.

231 'Geld rondpompen via het Hollandse gemaal; Als Parmalat zijn leningen niet meer kan betalen, komen de dochters in het vizier', *Het Financieele Dagblad* 19 januari 2004.

232 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 54.

233 M. Kat en K. Lakeman, *a.w.* 2010, p. 190-191.

234 Zie onder andere: 'De gevaarlijke charme van een trust', *NRC Handelsblad* 5 januari 2004, 'Levensmiddelen: Parmalat op klompen', *FEM Business* 10 januari 2004. Deze vennootschap wordt in de Kamer van Koophandel omschreven als 'financierings- en beheermaatschappij'. Zie ook: 'Rol Nederland prominenter in Parmalatzaak', *Het Parool* 15 januari.

Netherlands B.V. de belangrijkste is. In de Kamer van Koophandel wordt deze vennootschap omschreven als 'financierings- en beheermaatschappij'. De tweede vennootschap is Parmalat Receivables Corporation B.V., die in 1996 wordt 'omgedoopt' tot Parmalat Finance Corporation B.V., dat bedoeld is om obligatieleningen uit te schrijven en zo in de tweede helft van de jaren negentig miljarden euro's aantrekt.[235] Uiteindelijk heeft Parmalat vijf dochters in Nederland, te weten: laatstgenoemde Parmalat Netherlands B.V. en Parmalat Finance Corporation B.V. en voorts: Parmalat Capital Netherlands B.V., Dairies Holding International B.V. en Parmalat Food Corporation B.V. Alle dochters zijn in de jaren negentig om fiscale redenen in Nederland gevestigd: 'Door geldstromen via de dochters te laten lopen, kon Parmalat – legaal – voorkomen twee keer te worden aangeslagen: in het land van oorsprong en op de bestemming.'[236]

FEM Business

Uit onderzoek van FEM Business is gebleken dat een groot deel van de miljardenschuld van Parmalat is opgebouwd via Nederlandse dochterbedrijven. In het bijzonder gaat het om de dochtervennootschappen Parmalat Netherlands B.V., Parmalat Finance Corporation B.V. en Parmalat Captial Netherlands B.V. Dit is gebleken uit gegevens van de Rotterdamse Kamer van Koophandel, evenals uit rapportages van Parmalat zelf.[237] 'Dit trio heeft onder het medebeheer van Nederlandse trustbestuurders voor bijna 6 mrd (miljard, vdW) aan obligaties uitstaan die niet meer worden afgelost.'[238] Geregeld wordt hierbij vermeld dat genoemde dochtervennootschappen 'door het trustkantoor Amaco en (…) advocatenkantoor Nauta Dutilh uit Rotterdam' zijn beheerd.[239] Zoals hierboven reeds aangestipt, is het echter het toenmalige *trustkantoor* (Forum Administrations) van Nauta Dutilh geweest en *niet* het advocatenkantoor zelf, die het beheer voerde en daarvoor als gezegd trustkantoor Amaco inschakelde. Op 29 april 2004 heeft Nauta Dutilh Forum Administrations aan Amaco verkocht.[240, 241] De grootste 'schuldenaar' zou investeringsvehikel Parmalat Finance Corporation B.V. zijn. Met ruim twintig obligatieleningen heeft deze vennootschap € 5 miljard uit de markt gehaald. Twee andere Nederlandse B.V.'s hebben voor nog eens € 600 miljoen (Parmalat Netherlands B.V) en € 281 miljoen (Parmalat Capital Netherlands B.V) aan obligaties uitgegeven. Normaal gesproken zou het geld dat via Nederland werd opgehaald, worden overgemaakt naar Parmalat-dochters die het gebruiken voor de bedrijfsvoering of voor investeringen. In plaats daarvan zijn de miljarden terecht gekomen bij de Parmalat dochter op de Cayman Islands.[242] Daar is het geld echter verdwenen.[243]

Hierboven is meerdere malen de dienstverlening van het Rotterdamse trustkantoor Forum Administrations en het Amsterdamse trustkantoor Amaco genoemd. Onder het bestuur van de

---

235 'Levensmiddelen: Parmalat op klompen', *FEM Business* 10 januari 2004.

236 'Rol Nederland prominenter in Parmalatzaak', *Het Parool* 15 januari.

237 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 60.

238 'Parmalat-zaak bedreiging trustsector', *Het Financieele Dagblad* 19 januari 2004.

239 Zie: L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 60. Zie bijvoorbeeld ook: 'De gevaarlijke charme van een trust', *NRC Handelsblad* 5 januari 2004, waarin de vraag wordt gesteld 'Waarom laat Parmalat een belangrijk deel van zijn financiering via Nederlandse en Antilliaanse vennootschappen lopen en waarom bekleedt een advocatenkantoor directiezetels in sommige maatschappijen?'

240 'Nauta verkoopt trustkantoor', *Het Financieele Dagblad* 11 mei 2004.

241 De meeste advocatenkantoren waren toen al gestopt met trustactiviteiten, zie bijvoorbeeld 'Parmalat zou ons kantoor nooit doen', *Het Financieele Dagblad* 6 januari 2004: in het voorjaar van 2001 verkocht advocatenkantoor Baker & McKenzie het turstkantoor Intra Beheer. Houthoff Buruma verkocht dat jaar haar trustkantoor Parnassus Trust. Zie ook: 'Nauta dumpt trustkantoor', De Telegraaf 12 mei 2004, waarin wordt vermeld dat Forum voor enkele miljoenen is verkocht aan trustkantoor Amaco; het advocatenkantoor zou het bedrijfsonderdeel van de hand te hebben gedaan wegens het 'reputatierisico'.

242 Zie bijvoorbeeld: 'Financiele crisis bij Italiaanse zuivelproducent', *de Volkskrant* 10 december 2003, 'Miljarden zoek bij 'Goede melk'', *NRC Handelsblad* 3 januari 2004, 'Parmalat Nederland maskeerde verliezen', *Het Financieele Dagblad* 6 februari 2004, 'Mogelijk spoor van verdwenen Parmalat-miljarden', *De Tijd* 9 januari 2004.

243 'Zwart gat Nederland', *Het Financieele Dagblad* 9 februari 2004.

trustkantoren zou door de Nederlandse dochters van Parmalat 'voor miljarden aan obligatieleningen (zijn) uitgeschreven.'[244] De rolverdeling tussen beide trustkantoren is door een woordvoerder van Amaco eens als volgt verwoord: 'Amaco voert gewoon het bestuur van een vennootschap namens een cliënt. De rol van Nauta is vooral die van fiscaal adviseur.'[245] Dit is door een van de bestuurders van Forum Adminstrations (Joan van Marwijk Kooy, destijds advocaat bij Nauta Dutilh) enigszins genuanceerd, waar hij stelde dat hij 'absoluut niet actief betrokken' is (geweest) bij de Parmalat-dochters. Over de rol van Forum Adminsitrations stelt hij: 'De daadwerkelijke werkzaamheden hebben wij uitbesteed aan het trustbedrijf Amaco. Nauta Dutilh is tot eind 2002 wel in een aantal gevallen opgetreden als juridisch adviseur van de Nederlandse Parmalat-dochters.' In tegenstelling tot de hierboven geciteerde woordvoerder van Amaco stelt Van Markwijk Kooy: 'wij zijn niet betrokken geweest als fiscaal adviseur.'[246] Eerder vatte hij de rolverdeling tussen beide trustkantoren samen als volgt: Forum Administrations is wel 'eindverantwoordelijk', maar niet 'inhoudelijk betrokken'.[247] Van Marwijk Kooy stelde tegenover de Financial Times dat Forum Administrations voor de administratieve zaken trustkantoor Amaco instelde en dat 'juridisch advies bij enkele leningen' van Nauta Dutilh zelf zou zijn gekomen.[248] Ten aanzien van de rol van Amaco kan in het handelsregister van de Kamer van Koophandel over de 'bedrijfsomschrijving' worden gelezen dat het trustkantoor zich bezighoudt met: 'Het oprichten, beheren, besturen en/of administreren van naamloze vennootschappen en verder conform doelomschrijving van de vennootschap.' De slotsom luidt dat Forum Administrations als bestuurder van de Nederlandse dochters is opgetreden, daarbij gebruikmakend van de diensten van Amaco, en dat door deze dochters voor miljarden aan obligatieleningen zijn uitgeschreven, zonder deze aan te melden.[249] Ook de toezichthoudende rol van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) zou hierbij ter discussie zijn gekomen: de prospectussen van de uitgiftes waarin de verhandelbare leningen tot in detail worden beschreven, moeten immers bij de AFM worden gedeponeerd.[250] De prospectussen zouden volgens een woordvoerder van de AFM uitsluitend zijn gecontroleerd op de aanwezigheid van een accountantsverklaring.[251] Buiten twijfel staat echter dat Amaco (evenals Forum Administrations) nooit (strafrechtelijk) is vervolgd voor betrokkenheid bij het boekhoudschandaal van Parmalat.[252] Daar komt nog bij dat de Parmalat-affaire

---

244 Zie bijvoorbeeld: 'Nauta Dutilh verbiedt bijbaan', *Haagse Courant* 7 februari 2004 en 'Juristen van Nauta Dutilh uit besturen', *Trouw* 7 februari 2004.

245 'De gevaarlijke charme van een trust', *NRC Handelsblad* 5 januari 2004.

246 'Levensmiddelen: Parmalat op klompen', *FEM Business* 10 januari 2004

247 'Parmalat zou ons kantoor nooit doen', *Het Financieele Dagblad* 6 januari 2004. Zie ook: 'Nauta Dutlih in dochters Parmalat', *NRC Handelsblad* 3 januari 2004, waarin Van Marwijk Kooy stelt: 'Ik ken die vennootschappen niet, daarvoor opereer ik op te grote afstand. Natuurlijk heb ik de eindverantwoordelijkheid, maar Nauta Dutlih is nauwelijks inhoudelijk betrokken. De daadwerkelijke werkzaamheden worden uitgevoerd door een trustmaatschappij waarmee wij een contract hebben gesloten. Het zou mij zeer verbazen als wij intensiever betrokken zouden zijn bij de Parmalat-affaire.'

248 Zie: 'AFM onderzoekt Nederlandse tak Parmalat; Miljardenleningen zuivelconcern liepen via dochters in Rotterdam', *de Volkskrant* 22 januari 2004. In laatstgenoemd artikel staat voorts vermeld dat volgens Van Marwijk Kooy zijn kantoor 'waarschijnlijk' ook een juridische opinie heeft geschreven over de Parmalatbedrijven, hetgeen overigens door meerdere advocatenkantoren zou zijn gedaan. Zie ook: 'Regulators struggle to unravel the Dutch riddle: Parmalt subsidiaries may have violated securities law, writes Ian Bickerton', *Financial Times* 15 januari 2004.

249 'Parmalat Nederland haalde 5,2 miljard op; Brievenbusdochters gaven waardepapieren uit zonder die te melden – AFM doet onderzoek, *Het Parool* 15 januari 2004, zie ook: 'Korte berichten', *Het Parool* 7 februari 2004.

250 L. Barrezeele, S. Callens, I. De Beeld, B. De Bie en S. De Meulenaer, *a.w.* 2004, p. 61.

251 Idem, p. 61. Zie ook: 'Hollandse dochters Parmalat onderzocht; AFM begint een onderzoek naar leningen', *NRC Handelsblad* 21 januari 2004.

252 Over mogelijke aansprakelijkheid van de betrokken trustkantoren is een belangwekkend hoofdstuk geschreven, te weten: J.A. Booij, 'Gevolgen van de Parmalat-zaak in Nederland', in: *Fiscale actualiteiten in het Koninkrijk*, Amserfoort: Sdu Fiscale & Financiële uitgevers 2005, p. 17-30. Daarin wordt onder andre betoogd dat de Parmalat-zaak 'haar weerslag' in het Nederlandse recht vindt. In het hoofdstuk worden, naast de strafrechtelijke aansprakelijkheid, ook de (volgens de auteur) mogelijke aanknopingspunten voor bestuurdersaansprakelijkheid in het civiele recht besproken (evenals overigens de aansprakelijkheid op grond van het belastingrecht en voor sociale premies, waarvan beide volgens de auteur geen sprake zou zijn). Booij is over de strafrechtelijke aansprakelijkheid overigens betrekkelijk

voor DNB géén reden is geweest om de vergunning van het trustkantoor in te trekken, waaruit kan worden geconcludeerd dat DNB het trustkantoor (en haar bedrijfsvoering) integer acht.[253]

3.3.4 De strafrechtelijke vervolging van het bij een Nederlands trustkantoor gevestigde Trafigura Beheer B.V.

3.3.4.1 Ten geleide: 'gif met Nederlandse link?'[254]

Het Zwitserse Trafigura A.G. (hierna: Trafigura) is een miljardenonderneming, die wereldwijd handelt in grondstoffen (ruwe olie, geraffineerde producten en concentraten) en sinds 1993 (om fiscale redenen) in Nederland is gevestigd.[255] Het (destijds)[256] in Amstelveen bij trustkantoor Polyvesta Trust Management gevestigde Trafigura Beheer B.V. wordt in 2006 strafrechtelijk vervolgd in verband met een gifschandaal, de zogeheten 'Probo Koala-affaire' (genoemd naar het betrokken schip de 'Probo Koala'), waarover nader hieronder in subparagraaf 3.3.4.2. Door de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V. is ook Polyvesta Trust Management negatief in de publiciteit gekomen. Zoals hierboven reeds in de aanhef van deze subparagraaf is te lezen, werd hierbij onder andere 'gekopt' (door het NRC Handelsblad) dat het gifschandaal (door de dienstverlening van het trustkantoor) een 'Nederlandse link' zou hebben. De vraag die hierbij in de pers wordt gesteld is of, en zo ja in hoeverre, het trustkantoor op de hoogte is geweest van de aan Trafigura Beheer B.V. verweten gedragingen. Hierbij wordt van belang geacht dat Trafigura Beheer ten tijde van de 'Probo Koala-affaire' bij het trustkantoor was gevestigd en bovendien dat de directeur van het trustkantoor bestuurder was van Trafigura Beheer.[257] De 'Nederlandse link' bij het gifschandaal en de dienstverlening van Polyvesta Trust Management wordt hieronder besproken in subparagraaf 3.3.4.3.

Op deze plaats moet alvast worden opgemerkt dat er weliswaar zeer veel is geschreven over de het gifschandaal, evenals over de strafrechtelijke vervolging die naar aanleiding daarvan heeft

---

kort: 'Een bestuurder kan strafbaar zijn op grond van bedrog in de jaarstukken (artikel 336 Wetboek van Strafrecht). Er dient dan opzet van de bestuurder bewezen te worden.' Met betrekking tot een tweede mogelijke grond voor strafrechtelijke aansprakelijkheid betoogt Booij: 'Bestuurders aan wie te wijten is dat er geen behoorlijke boekhouding is of dat deze niet in ongeschonden staat kan worden overlegd, zijn strafbaar op grond van artikel 342, sub 3, Wetboek van Strafrecht', waarbij het voor de strafbaarstelling volgens Booij voorts niet uitmaakt of de schuldeisers zijn benadeeld door de betreffende bestuurders van de failliete rechtspersoon. Voldoende is dan dat de dader weet of begrijpt dat door zijn handelen de rechten van credieteuren worden verkort. Als voorbeeld noemt hij 'het geval wanneer schuldeisers boven andere schuldeisers worden bevoordeeld.' De centrale vragen die met beide door Booij geformuleerde aanknopingspunten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid samenhangen – te weten: is er sprake van opzet van de bestuurder ten aanzien van artikel 336 Sr? en ten tweede: is er sprake van strafrechtelijk relevante wetenschap ten aanzien van de door Booij genoemde mogelijke strafbaarheid op grond van artikel 342 sub 3 Sr? – worden evenwel niet door hem beantwoord. Mijns inziens kunnen beide vragen ook niet (bevestigend of ontkennend) worden beantwoord, aangezien er geen (publiekelijke) gegevens verkrijgbaar zijn over de strafrechtelijk relevante wetenschap op beide punten. De waarde van het hier door mij aangehaalde hoofdstuk van Booij moet mijns inziens dan ook met name worden gezien in het inzicht dat het verschaft in de mogelijke vertaalslag (in de woorden van Booij: de 'weerslag') van de Parmalat-zaak naar de Nederlandse rechtssfeer, waarmee de strafrechtelijke aansprakelijkheid van betrokken trustkanto(o)r(en) mijns inziens (nogmaals) niet wordt onderbouwd.

253 Artikel 6 aanhef en onder f Wtt bepaalt terzake dat de toezichthouder een vergunning kan intrekken in geval hem informatie bekend wordt die, was zij hem bekend geweest op het moment van het verlenen van de vergunning, ertoe zou hebben geleid dat de vergunning niet zou zijn verleend.

254 Eén van de artikelen waarin de dienstverlening van trustkantoor Polyvesta Trust Management B.V. in verband wordt gebracht met het gischandaal van Trafigura luidt: 'Crisis Ivoorkust door gif met Nederlndse link', *NRC Handelsblad* 7 september 2006.

255 Idem.

256 Trafigura Beheer B.V. is thans gevestigd in Amsterdam bij een ander trustkantoor.

257 Zie: 'Geld stinkt nooit bij omstreden handelsbedrijf; Via Nederland, Zwitserland en Malta grossiert Trafigura, eigenaar van gifschip Probo Koala, in dubieuze grondstoftransacties, de Volkskrant 25 september 2006.

plaatsgevonden, maar over de relatie met de Nederlandse trustdienstverlening is echter vrij weinig gepubliceerd. Niettemin wordt in de weinige publicaties die hierover zijn verschenen stevig uitgehaald naar onder andere het trustkantoor. Het komt hierbij overigens voor dat het trustkantoor en de doelvennootschap (hier: Trafigura Beheer B.V.), evenals de cliënt van het trustkantoor (Trafigura) gemakshalve op één hoop worden gegooid. Zo is door de Volkskrant verslag gedaan van het PvdA-standpunt, dat neer zou komen op het verzoek in de Tweede Kamer om te bezien of 'Trafigura Trust (sic!) met terugwerkende kracht (zou) kunnen worden aangepakt', zie onderstaand citaat:[258]

> 'De PvdA in de Tweede Kamer wil dat het Openbaar Ministerie (OM) opnieuw onderzoek doet naar Trafigura, het bedrijf dat in 2006 verantwoordelijk was voor de stort van chemisch afval in Ivoorkust. Ook moet worden onderzocht of de vergunning van Trafigura om vanuit Nederland te opereren kan worden aangepakt op basis van de Wet Toezicht Trustkantoren (sic!). Dat zegt PvdA Kamerlid Diederik Samsom. 'Nederland behoort geen thuishaven te zijn van dit soort boevenbedrijven', zegt het Kamerlid. Trafigura Beheer BV was tot voor kort in Nederland gevestigd als trustkantoor (sic!). Het bedrijf profiteerde daarmee van de relatief lage winstbelasting in Nederland. In de praktijk wordt het bedrijf bestuurd vanuit Londen en Genève.'

Bovenstaand citaat illustreert op welke wijze het door elkaar halen van het trustkantoor, de doelvennootschap en de cliënt, tot een haast onnavolgbaar verwijt aan (onder andere) het adres van een trustkantoor kan leiden. Zo wordt in de eerste plaats (voorafgaand aan bovenstaand citaat) gesproken van 'Trafigura Trust', waarmee in het midden wordt gelaten of nu het trustkantoor (Polyvesta Trust Management) dan wel de doelvennootschap (Trafigura Beheer B.V.) wordt bedoeld. Bovendien is in beide gevallen de aanduiding 'Trust' verkeerd gekozen, aangezien het hier feitelijk niet gaat om de rechtsfiguur van de trust. In plaats daarvan had moeten worden gesproken van 'het trustkantoor waarbij Trafigura Beheer B.V. gevestigd is geweest', respectievelijk 'Trafigura Beheer B.V.' zelf, afhankelijk van wat er is bedoeld. In de tweede plaats zou de PvdA (bij monde van Samsom) hebben betoogd dat moet worden onderzocht 'of de vergunning van Trafigura om vanuit Nederland te opereren kan worden aangepakt op basis van de Wet Toezicht Trustkantoren.' Ook hier worden het trustkantoor en de doelvennootschap kennelijk vereenzelvigd. Voor alle duidelijkheid: de vergunning (om vanuit Nederland te opereren) wordt verleend aan het trustkantoor (Polyvesta Trust Management) en *niet* aan de doelvennootschap (Trafigura Beheer B.V.) die bij het trustkantoor is gevestigd. Helemaal onzinnig zou zijn – zoals overigens wel letterlijk in het artikel staat geschreven – om te spreken van een vergunning die aan Trafigura (hier: de *cliënt* van het trustkantoor) zou zijn verleend. Tot slot wordt gesteld dat Trafigura Beheer B.V. 'als trustkantoor' in Nederland zou zijn gevestigd, waarmee 'het bedrijf' zou profiteren van de relatief lage winstbelasting in Nederland. Ook hier wordt de doelvennootschap (nogmaals: Trafigura Beheer B.V.) kennelijk verward met het trustkantoor waarbij het gevestigd is geweest (nogmaals: Polyvesta Trust Management). Voor de duidelijkheid: Trafigura Beheer B.V. is strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld, het betrokken trustkantoor is echter (voor zover bekend) zelfs niet als verdachte aangemerkt, waarover hieronder nader (subparagraaf 3.3.4.3).

Uitspraken en afbakening

Zoals hierboven reeds is aangegeven, is over het zogenoemde gifschandaal veel geschreven, evenals over de strafrechtelijke vervolging en veroordelingen die in Nederland hebben plaatsgevonden. Op deze plaats moet vast worden opgemerkt dat de strafrechtelijke vervolging in Nederland geen betrekking heeft gehad op het schandaal zelf (te weten de verdenking van dumping van illegaal afval in woonwijken in Ivoorkust), maar op de strafbare feiten die in Nederland zijn begaan rond het aanbieden en vervolgens terugpompen van de giftige 'slops' in de haven van Amsterdam (voorafgaand aan het gifschandaal, zie nader hieronder in subparagraaf 3.3.4.2). Naast Trafigura Beheer B.V. zijn in Nederland ook Amsterdam Port Services (hierna: APS) en de gemeente Amsterdam strafrechtelijk vervolgd, in welke zaken het Gerechtshof Amsterdam recent uitspraken heeft gedaan. Ook een

258 'PvdA wil opnieuw onderzoek Trafigura', *de Volkskrant* 18 september 2009.

werknemer van Trafigura N.A., de kapitein van de Probo Koala en de bestuurder van APS zijn strafrechtelijk vervolgd. Aanvankelijk is de CEO van Trafigura Beheer B.V. in een bezwaarschrift procedure buiten vervolging gesteld. De Rechtbank Amsterdam was namelijk van oordeel dat er onvoldoende aanwijzingen van schuld zijn om hem te verwijten dat hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de door Trafigura Beheer B.V. in de tenlastelegging genoemde verboden gedragingen, en dat het hoogst onwaarschijnlijk is dat de rechtbank, na een inhoudelijke behandeling, het tenlastegelegde bewezen zal achten. De Rechtbank heeft terzake overwogen:[259]

> 'Verdachte is – kort gezegd – ten laste gelegd dat hij (samen met een ander of anderen) feitelijk leiding heeft gegeven aan de door Trafigura Beheer B.V. in de tenlastelegging genoemde verboden gedragingen. Voor de toepasselijkheid van artikel 51, tweede lid, onder 2, van het Wetboek van Strafrecht is vereist dat de feitelijke leidinggever van het plaatsvinden van de (verboden) gedraging op de hoogte was (NJ 1987/321). Aangenomen moet worden dat die eis ziet op alle bestanddelen van de delictsomschrijving waaraan de verboden gedraging voldoet. Aan de strafbaarstelling van de "feitelijke leidinggever" ligt immers ten grondslag het strafrechtelijk verwijt dat hij de verboden gedraging heeft veroorzaakt, dan wel geen eind daaraan heeft gemaakt of deze niet heeft voorkomen, hoewel hij zulks had behoren te doen. Dat strafrechtelijk verwijt kan hem niet worden gemaakt, indien hij niet op de hoogte was van de voor strafrechtelijke verwijtbaarheid van de gedraging essentiële aspecten.'

Tot een inhoudelijke behandeling van de zaak ter terechtzitting is het destijds derhalve niet gekomen. De rechtbank was van oordeel dat de betrokkenheid van de CEO in de besluitvorming niet is gebleken. Terzake heeft de Rechtbank overwogen: 'dat de enkele omstandigheid dat één getuige verklaart dat de verdachte aanwezig is geweest bij een korte bijeenkomst waarin, nadat de Probo Koala in Nigeria was aangekomen, is gesproken over mogelijke alternatieven voor de afgifte van slops onvoldoende aanwijzing is dat verdachte van de vermeende verboden gedraging op de hoogte was.'[260] De OvJ heeft in de raadkamer (onder andere) aangekondigd dat er nog 'verdergaand onderzoek naar e-mailverkeer van de vennootschap zal plaatsvinden.' Niettemin heeft de Rechtbank geoordeeld dat bij het onderzoek in de raadkamer niet aannemelijk is geworden dat er concrete aanwijzingen zijn dat uit dat nadere onderzoek meer belastend materiaal naar voren zal komen.[261] Het OM heeft tegen de beschikking van de Rechtbank hoger beroep ingesteld; het Hof heeft de beschikking van de Rechtbank weliswaar vernietigd, doch het bezwaarschrift wederom gegrond verklaard en de verdachte wederom buiten vervolging gesteld.[262] De Hoge Raad heeft de beschikking van het Hof vernietigd en terugverwezen naar de Economische Kamer van het Gerechtshof te Amsterdam[263], die op 30 januari 2012 nader zal onderzoeken of het OM de directeur kan vervolgen. Op deze 'stand van zaken' wordt hieronder bij het behandelen van de rol van het betrokken trustkantoor teruggegrepen.

Ten aanzien van de andere (eerder) genoemde strafrechtelijke vervolgingen, wordt in het navolgende kernachtig de (voorlopige) 'eindstand' besproken, waarna wordt overgegaan tot een afbakening in verband met het onderzoekskader in dit hoofdstuk. In hoger beroep is *Trafigura Beheer B.V.* door het Hof (23 december 2011) veroordeeld tot een geldboete van € 1.000.000,00 voor het in strijd met de toen geldende EEG-verordening overbrenging afvalstoffen (EVOA) naar Ivoorkust – zijnde een van de ACS-staten: Afrika (waaronder Ivoorkust), het Caribisch gebied en de Stille Oceaan, waarop het uitvoerverbod van de EVOA (oud) van toepassing was – alsmede voor het afleveren van gevaarlijke stoffen (met een economisch toe te kennen waarde in het handelsverkeer), wetende dat deze een voor de gezondheid schadelijk karakter (corrosief en extreme zuurgraad) hebben en dit verzwijgen (artikel

---

259 Rb. Amsterdam, 20 juni 2008, *LJN* BD4898, r.o. 5.2.
260 Idem, r.o. 5.2.
261 Idem, r.o. 5.2.
262 Hof Amsterdam, 19 december 2008, nummer RK 08/1168.
263 HR 6 juli 2010, *LJN* BK9263.

174 Sr).[264] Het Hof heeft *APS* ontslagen van alle rechtsvervolging:[265] APS heeft volgens het Hof weliswaar (artikel 10.39 van) de Wet Milieubeheer overtreden door – feitelijk geaccepteerde – afvalstoffen terug te pompen in het schip de Probo Koala. Zij heeft daarbij echter volgens het Hof mogen vertrouwen op de daartoe door de Dienst Milieu en Bouwtoezicht gemeente Amsterdam (DMB, die als overheidsinstantie met de handhaving van milieuwetgeving is belast) verleende toestemming en mededeling dat zij daarmee geen overtreding zou begaan. Het Hof overweegt voorts dat deze niet zo onmiskenbaar gebrekkig was dat APS had moeten begrijpen dat deze niet verleend had moeten worden.[266] Voorts heeft het Hof vastgesteld (evenals overigens de Rechtbank Amsterdam in eerste aanleg)[267] dat *gemeente Amsterdam* 'strafrechtelijke immuniteit' toekomt, omdat het verlenen van toestemming om afval terug te pompen, danwel daartoe niet handhavend op te treden, een gedraging betreft die '(is) verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam (hier: gemeente Amsterdam) opgedragen bestuurstaak.'[268] Het Hof komt dan ook tot het oordeel dat het OM niet ontvankelijk dient te worden verklaard in de vervolging van de gemeente Amsterdam.[269] Bovengenoemde *werknemer van Trafigura N.A.* is door de Rechtbank Amsterdam (23 juli 2010) veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 6 maanden (met een proeftijd van 2 jaar) en een geldboete van € 25.000,00 voor het feitelijk leidinggeven aan het afleveren van voor de gezondheid schadelijke waar, terwijl dat schadelijke karakter is verzwegen.[270] De *kapitein van de Probo Koala* wordt door de Rechtbank Amsterdam veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van 5 maanden (proeftijd 2 jaar) voor het medeplegen van het afleveren van voor de gezondheid schadelijke waar, terwijl dat schadelijke karakter is verwegen. Voorts is hij schuldig bevonden aan het medeplegen van valsheid in geschrifte.[271] Evenals APS (zie bovengenoemde uitspraak van het Hof) is ook de *bestuurder van APS* ontslagen van rechtsvervolging: de Rechtbank Amsterdam oordeelde dat de bestuurder mocht vertrouwen op de door de gemeente gegeven toestemming om het afval terug te pompen.[272] Ten aanzien van alle bovenstaande uitspraken geldt dat zij betrekking hebben op de strafbare feiten die in Nederland zijn begaan rond het aanbieden en vervolgens terugpompen van de giftige 'slops' in de haven van Amsterdam. Zij hadden geen betrekking op de 'Probo Koala-affaire' zelf, te weten de illegale dumping van het afval in Ivoorkust, die wereldwijd in de belangstelling is gekomen vanwege de doden en gewonden die hierbij te betreuren zouden zijn. In het kader van het onderzoek naar misbruik van (Nederlandse) trustkantoren gaat het met name (ook) om het laatstgenoemde gifschandaal, meer in het bijzonder om de vraag in hoeverre het trustkantoor Polyvesta Trust Management op de hoogte is geweest van de aan Trafigura Beheer B.V. verweten gedragingen, alsook in hoeverre laatstgenoemde doelvennootschap betrokken is geweest bij de illegale dumping in Ivoorkust. Vanuit deze invalshoek wordt de 'Probo Koala-affaire' (subparagraaf 3.3.4.2) alsook de 'Nederlandse link' (subparagraaf 3.3.4.3) hieronder behandeld.

---

264 Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9237.

265 Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9239.

266 Idem, r.o. 3.4.3.

267 Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2052.

268 Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9240, r.o. 5.3.2. Voor de nadere vormgeving (of wellicht: aanscherping) van het criterium van 'strafrechtelijke immuniteit' van decentrale overheden wordt in laatstgenoemde rechtsoverweging verwezen naar het HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 mt.nt J. De Hullu ('Pikmeer II'). De HR heeft in dat arrest bepaald dat de strafrechtelijke immuniteit van een openbaar lichaam, als bedoeld in hoofdstuk 7 van de Grondwet, slechts dan dient te worden aangenomen als de desbetreffende verweten gedragingen naar hun aard en gelet op het wettelijke systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht *in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak* (mijn cursivering, vdW), zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen (zie met name r.o. 5.4 van laatstgenoemd arrest).

269 Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9240, r.o. 5.3.14.

270 Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2068.

271 Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2193.

272 Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2185.

3.3.4.2 Gifschandaal?

De kern van de 'Probo Koala-affaire' wordt zonder twijfel gevormd door de gebeurtenissen in Ivoorkust. In de nacht van 19 op 20 augustus 2006 worden door het schip de 'Probo Koala' olierestanten afgegeven aan een verwerkingsbedrijf in Ivoorkust, die vervolgens op illegale wijze in woonwijken terecht zijn gekomen, waarbij als gezegd doden en gewonden te betreuren zouden zijn.[273] Het schip 'Probo Koala' waarmee de olierestanten zijn aangevoerd, was gecharterd door het Londense kantoor, waarvan de holding het in Amstelveen gevestigde handelsconcern Trafigura Beheer B.V. is.[274] Doordat het trustkantoor Polyvesta Trust Management het beheer over deze vennootschap voerde (waarbij de directeur van het trustkantoor optrad als bestuurder) zou het gifschandaal een 'Nederlandse link' hebben.[275] De aanknopingspunten voor de hier bedoelde strafrechtelijk relevante wetenschap wetenschap ontbreken echter.

3.3.4.3 De 'Nederlandse link': de dienstverlening van het Nederlandse trustkantoor waarbij Trafigura Beheer B.V. was gevestigd

In voorgaande subparagraaf is afgesloten met de conclusie dat er bij de 'Probo Koala-affaire' (vooralsnog) geen strafrechtelijke relevante aanknopingspunten zijn ten aanzien van het Polyvesta Trust Management en haar directeur. Voor de duidelijkheid moet worden opgemerkt dat géén sprake is geweest van strafrechtelijke vervolging van het trustkantoor of haar medewerkers. Zij zouden bovendien op geen enkel moment in het onderzoek als verdachte zijn aangemerkt. Voorts heeft het trustkantoor steeds over een vergunning van DNB kunnen beschikken. Nu ook de betrokkenheid van de CEO in de besluitvorming van Trafigura Beheer B.V. niet is vastgesteld, kan niet anders geconcludeerd worden dan dat er onvoldoende gronden zijn om aan te nemen dat het trustkantoor daadwerkelijk betrokken is geweest bij de (vermoedelijke) criminele activiteiten van Trafigura Beheer B.V. Kennelijk was de administratieve dienstverlening van Polyvesta Trust Management, evenals het optreden van de directeur van het trustkantoor als bestuurder van Trafigura Beheer B.V., slechts gericht op het realiseren van de voor deze vennootschap benodigde 'substance' om van het fiscale vestigingsklimaat in Nederland gebruik te kunnen maken.[276]

3.3.5 De strafrechtelijke vervolging van medewerkers van een Nederlands trustkantoor

3.3.5.1 Ten geleide: 'Stel vragen, val niet binnen'[277]

Het meest bekende voorbeeld van een strafzaak, waarbij medewerkers van een Nederlands trustkantoor daadwerkelijk strafrechtelijk zijn vervolgd, is de strafzaak tegen het Amsterdamse trustkantoor First Alliance Trust N.V.[278] Op de vroege ochtend van 6 februari 2007 heeft de Nationale

---

273 Opmerkelijk is overigens dat de gegevens over de dodelijke slachtoffers en gewonden worden weersproken in een recent verschenen boek, te weten: J. Vink, *Het Gifschip; Verslag van een journalistiek schandaal*, Amsterdam: Prometheus 2011. Vink is van mening dat sprake is van een 'journalistiek schandaal' (in plaats van een gifschandaal) en noemt de Volkskrant en Greenpeace 'handelaren in angst.' Volgens de reconstructie in het boek heeft de Volkskrant in samenwerking met Greenpeace een leidende rol gespeeld bij de beeldvorming rond de Probo Koala en hebben andere media en politici zich op sleeptouw laten nemen. De inhoud van dit boek valt echter buiten het kader van dit onderzoek.

274 'Crisis Ivoorkust door gif met Nederlandse link', *NRC Handelsblad* 7 september 2006.

275 Idem. Zie ook: Zie ook: 'Geld stink nooit bij omstreden handelsbedrijf; Via Nederland, Zwitserland en Malta grossiert Trafigura, eigenaar van gifschip Probo Koala, in dubieuze grondstoftransacties', *de Volkskrant* 25 september 2006.

276 Zie ook: M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 38-39.

277 'Stel vragen, val niet binnen; Interview NMT Groep doet noodgedwongen afstand van dochter First Alliance Trust', Dagblad De Pers 7 december 2007. Zie nader hieronder over het interview met CEO Eric Davids.

278 Ook buiten de strafzaak heeft trustkantoor First Alliance Trust N.V. een mediagenieke geschiedenis. Per 1 januari 2000 is het trustkantoor (met terugwerkende kracht) overgenomen door Van der Hoop Effektenbank N.V., zie: 'Overname Van der Hoop Effectenbank', *NRC Handelsblad* 29 maart 2000. Zie ook: 'Van der Hoop neemt First Alliance over', *Het Financieele Dagblad* 29 maart 2000. Begin

Recherche invallen gedaan en arrestaties verricht bij het trustkantoor First Alliance Trust N.V. Twee van de vier aangehouden personen zijn werkzaam bij het trustkantoor, de andere twee zijn buitenstaanders.[279] Tijdens de doorzoeking is een groot aantal documenten in beslag genomen.[280] Bij het kantoor is een groot deel van de administratie in beslag genomen en de woningen van de verdachten in Amsterdam (3) en Wassenaar (1) zijn doorzocht.[281] First Alliance Trust werd verdacht van witwassen, heling, het valselijk opmaken van documenten[282] en betrokkenheid bij een miljoenenfraude rond het zakenimperium van de Turkse Mustafa Süzer (die op dat moment eigenaar is van een grote Turkse Bank) en de zogenaamde Süzer-groep, die bestaat uit 35 personen (waaronder

september 2004 verkoopt Van der Hoop First Alliance Trust in zijn geheel aan de NMT Group, zie: 'Van der Hoop verkoopt First Alliance Trust aan NMT Group', *AFX-NL* 2 september 2004, zie ook: 'Van der Hoop verkoopt onderdeel', *Algemeen Nederlands Persbureau ANP* 2 september 2004. Op 16 december 2005 gaat Van der Hoop Effektenbank failliet en dan blijkt NMT bij het faillissement nog een miljoenenvordering op de bank in te dienen, zie: 'Onverwachte vordering van euro 45 mln op Van der Hoop', *Het Financieele Dagblad* 4 maart 2006. De claim van NMT zou verband houden met de 'roerige geschiedenis' van First Alliance Trust, die wellicht de reden is geweest dat Van der Hoop bij de verkoop ervan een vrijwaring aan NMT heeft gegeven voor 'een onbeperkt bedrag' in verband met mogelijke claims tegen First Alliance Trust. Zie: 'Extra claim 45 miljoen op Vd Hoop', *de Volkskrant* 6 maart 2006. NMT stelt dat Van der Hoop bij de verkoop van dochter First Alliance Trust een garantie heeft gegeven ter waarde van ruim 2,8 miljoen euro, alsook 'vrijwaringen voor een onbeperkt bedrag in verband met mogelijke claims van derden', zie: 'Claim van 45 miljoen', *NRC Handelsblad* 6 maart 2006 (het faillissement van Van der Hoop zou volgens Eric Davids, CEO van First Alliance Trust, mede door de belastingclaim van het trustkantoor zijn veroorzaakt, zie ook: 'Stel vragen, val niet binnen; Interview NMT Group doet noodgedwongen afstand van dochter First Alliance Trust', *Dagblad De Pers* 7 december 2007). Uiteindelijk loopt het voor de cliënten van Van der Hoop betrekkelijk goed af, zie: 'Klanten Van der Hoop komen met de schrik vrij; Gulle garantieregeling en wegsmeltende miljoenenclaims bezorgen gedupeerden van failliete bank veel van hun geld terug', *de Volkskrant* 24 maart 2006. Uiteindelijk trekt NMT zijn megaclaim van € 122 miljoen op de boedel van de failliete Van der Hoop in zijn geheel in (en moet in plaats van geld te ontvangen nog een bedrag van € 261.342 aan de boedel betalen), zie: 'Trustantoor trekt Van der Hoop-claim in', *Het Financieele Dagblad* 24 mei 2007, zie ook: 'Bank was schakel onder- en bovenwerdeld', *de Volkskrant* 7 februari 2007. Vóór het faillissement en de miljoenenclaim waren Van der Hoop Effectenbank en First Alliance trust geregeld in het nieuws vanwege de excellente resultaten, zie: 'Van der Hoop maakt 20% meer winst', *Het Financieele Dagblad* 20 augustus 2000, 'Van der Hoop sluit groei door overnames niet uit – bestuursvoorzitter', *AFX-NL* 2 maart 2001, 'Van der Hoop nettowinst 2000 EUR 2,455 mln vs 1,548 mln 1999, div. EUR 0,44 vs 0,28', *AFX-NL* 2 maart 2001, 'Van der Hoop zoekt groei door overname', *Het Financieele Dagblad* 3 maart 2001, 'Nettowinst Van der Hoop stijgt met 59 procent', *De Financieel-Economische Tijd* 3 maart 2001, 'Van der Hoop ziet zeker drie jaar sterke groei', *De Telegraaf* 3 maart 2001, 'Winst Van der Hoop stijgt 59 pct', *NRC Handelsblad* 3 maart 2001, 'V. d. Hoop + 59%, *Algemeen Dagblad* 3 maart 2001, 'Effectenbanken zien winst ruim 30% dalen', *Het Financieele Dagblad* 11 augustus 2001, 'Van der Hoop', *Beleggers Belangen* 17 augustus 2001, 'Van der Hoop verwacht 'bescheiden winst' over geheel 2001' AFX-NL 27 november 2001, 'Van der Hoop verwacht eur 2 mln/jr te besparen door reorganisatie' *AFX-NL* 6 december 2002, 'Zeventien banan weg bij Van der Hoop', *Het Financieele Dagblad* 7 december 2002, 'Van der Hoop nettowinst H1 daalt 29 pct bij 6 pct hogere baten', *AFX-NL* 22 augustus 2003, 'PERSB. Van der Hoop Effektenbank nettowinst H1 eur 329.000 vs 462.000', *AFX-NL* 22 augustus 2003, 'Van der Hoop ziet resultaat H1 licht hoger op jaarbasis ondanks voorziening', *AFX-NL* 14 mei 2004.

279 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije' en *NRC Handelsblad* 7 februari 2007, 'Inval justitie bij trustkantoor wegens witwassen', *Het Financieele Dagblad* 7 februari 2007.

280 'Politie doet inval trustkantoor FAT; Fraude Trustkantoor First Alliance Trust verdacht van betrokkenheid bij financiële fraude', *de Volkskrant* 7 februari 2007.

281 'Inval bij First Alliance Trust wegens vermeend witwassen', *De Telegraaf* 7 februari 2007.

282 Zie: 'Witwassers opgepakt', *de Volkskrant* 6 februari 2007, 'Arrestaties bij FAT in kader witwasonderzoek; aanleiding actie is wegsluizen geld bij turkse kent bank', *Het Parool* 6 februari 2007 en 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije', *NRC Handelsblad* 7 februari 2007.

Süzer zelf).[283] Bij de Turkse Kent bank zouden tientallen miljoenen euro's zijn verdwenen. Volgens Turkse persbureaus (waaronder persbureau 'Anatolia') zouden de tekorten zijn opgelopen tot ruim een half miljard euro.[284] First Alliance Trust – een trustkantoor dat zich, naast het beheren van Nederlandse vennootschappen voor (buitenlandse) cliënten, met name ook zou specialiseren in handel in kasgeldvennootschappen[285] – zou 'een schakel zijn' in deze zaak.[286] De miljoenenfraude bij de Kent Bank, het Turkse rechtshulpverzoek en het strafrechtelijke onderzoek in Nederland worden in navolgende subparagrafen behandeld.

First Alliance Trust is niet langer verdachte

Op deze plaats moet eerst worden opgemerkt dat First Alliance Trust (sinds mei 2008) niet langer als verdachte wordt aangemerkt: de zaak First Alliance Trust is niet doorgezet.[287] Op basis van gesprekken met (anonieme) respondenten in het door mij verrichtte onderzoek, waarvan de resultaten zijn gepubliceerd in het EITC-rapport *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, is aannemelijk geworden dat sprake is geweest van 'vertragende factoren' in het Nederlandse strafrechtelijk onderzoek, die aan hieraan ten grondslag hebben gelegen. Hierbij wordt op de navolgende factoren gewezen: de relatief geringe beschikbare personele capaciteit om het onderzoek te verrichten, de vertraging die inherent is aan het verkrijgen van informatie uit het buitenland (middels rechtshulpverzoeken) en ten slotte de complexiteit van de zaak zelf, waarbij met name de gebruikte internationale constructies en de geldstromen worden genoemd.[288] Ook aan de zijde van het trustkantoor zijn verliezen geleden: op 1 oktober 2007 heeft het trustkantoor zijn activeiten en personeel aan concurrent IMFC moeten verkopen.[289] Pas tien maanden na de inval van de Nationale Recherche deelt Eric Davids (CEO bij First Alliance Trust) voor het eerst zijn ervaringen in een interview met Dagblad De Pers, waarin hij onder meer zijn ongenoegen uit over de inval: 'Justitie had ook gewoon vragen kunnen stellen, dan hadden ze alle antwoorden gekregen. Geen probleem. We hadden bovendien al meegewerkt aan de uitwisseling van informatie over die bewuste ex-klant. Als er dan nog vragen zijn, stel die dan. Kom niet een jaar later nog eens pontificaal met dertig man binnenvallen.' Over de (financiële) gevolgen van het strafrechtelijk onderzoek voor het trustkantoor, stelt Davids: 'Een aantal zeer gerenommeerde klanten is erg van de gebeurtenissen geschrokken en heeft per direct het contract met ons opgezegd. De aanwas van nieuwe klanten stokte, terwijl het verloop van oude klanten gewoon doorging. Adviseurs met wie we veel zaken deden, zeiden ook: "We kunnen geen klanten meer bij jullie aanbrengen." Logisch. Zij kunnen hun klanten toch moeilijk uitleggen waarom ze bij een verdachte dienstverlener zakendoen? Uiteindelijk heeft ons dat miljoenen gekost.'[290]

---

283 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije', *NRC Handelsblad* 7 februari 2007.

284 'Politie doet inval trustkantoor FAT; Fraude Trustkantoor First Alliance Trust verdacht van betrokkenheid bij financiële fraude', *de Volkskrant* 7 februari 2007.

285 Zie met betrekking tot de transacties met kasgeldvennootschappen (ook wel 'handel in winst-B.V.'s' genoemd): 'Onverwachte claim op Van der Hoop geeft onrust over spaarders', *Het Financieele Dagblad* 7 maart 2006, 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije', *NRC Handelsblad* 7 februari 2007., 'Bank was schakel onder- en bovenwereld', *de Volkskrant* 7 februari 2007 en 'Inval leidt einde trustbedrijf in', *Het Financieele Dagblad* 7 december 2007.

286 'Inval bij trustkantoor in Amsterdam', *AFX-NL* 6 februari 2007.

287 Hierover is geen offiële documentatie beschikbaar gesteld.

288 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 40.

289 Hoeveel de verkoop heeft opgeleverd is niet bekend, Het Financieel Dagblad schrijft hierover: 'Gezien de smet op zijn bedrijf zal dat niet de hoofdprijs zijn', 'Inval leidt einde trustbedrijf in', *Het Financieele Dagblad* 7 december 2007.

290 'Stel vragen, val niet binnen; Interview NMT Groep doet noodgedwongen afstand van dochter First Alliance Trust', Dagblad De Pers 7 december 2007.

3.3.5.2 Fraude bij de Turkse Kent Bank en het rechthulpsverzoek aan de Nationale Recherche

Het strafrechtelijk onderzoek in Nederland door de Nationale Recherche is gestart naar aanleiding van een rechtshulpverzoek van de Turkse Justitie. In 2006 startte de openbare aanklager in Istanboel (Turkije) een strafrechtelijk onderzoek naar de miljoenenfraude bij de Kent Bank, waarbij de Süzer-groep (als gezegd 35 personen, waaronder topman Mustafa Süzer) werd vervolgd op verdenking van verduistering, fraude en witwassen.[291] Zoals hierboven reeds ter sprake is gekomen, zouden de tekorten van de bank zijn opgelopen tot ruim een half miljard euro.[292] First Alliance Trust zou een schakel vormen in de geldstroom die met de fraude gemoeid is geweest.

3.3.5.3 Strafrechtelijk onderzoek naar betrokkenheid van het Nederlandse trustkantoor bij een miljoenenfraude

Volgens het Landelijk Parket in Nederland zou het trustkantoor First Alliance Trust in 2001 en de jaren daarop (vermoedelijk) zijn gebruikt bij de verkoop van twee Turkse bedrijven aan door het trustkantoor beheerde Nederlandse vennootschappen[293], tegen 'een aanmerkelijk te lage prijs.'[294] De internationale fiscale structuur van de Süzer-groep en het trustkantoor zouden hierbij volgens justitie zijn gebruikt 'bij het verhullen van de herkomst van bepaalde gelden.'[295] First Alliance Trust werd er blijkbaar van verdacht actief te hebben geholpen met het wegsluizen van het geld door middel van de fiscale structuur van de groep. Nu de Rechtbank Rotterdam in mei 2008 op verzoek van de verdediging heeft verklaard dat de zaak is geëindigd (zie hierboven subparagraaf 3.3.5.1), is de precieze fiscale structuur van de Süzer-groep niet publiekelijk beschikbaar geworden. Op basis van berichtgeving in de media zou het geld, dat in Turkije door bovengenoemde misdrijven (verduistering, fraude) zou zijn verkregen, in 2001 en de jaren daarna (tot 2004) uit Turkije zijn weggesluisd door middel van de verkoop van twee Turkse bedrijven aan de Nederlandse vennootschappen, die op dat moment door het trustkantoor First Alliance Trust werden beheerd. Ook de route die het geld vervolgens vanuit Nederland zou hebben afgelegd is niet openbaar geworden (nu de zaak niet is doorgezet). Op basis van de (in deze dissertatie beschreven) dienstverlening ligt voor de hand dat het geld vervolgens een route heeft afgelegd in een fiscale structuur die doorgaans wordt gebruikt om een bepaald fiscaal voordeel te behalen. Het strafrechtelijk onderzoek in Nederland richtte zich dan ook (waarschijnlijk) op de vraag in hoeverre First Alliance Trust (en de betrokken medewerkers) zich er van bewust is (zijn) geweest dat het hier om geld ging dat van misdrijf afkomstig is en/of in hoeverre het trustkantoor bewust heeft meegewerkt aan het uitvoeren van (op zichzelf legale) fiscale transacties/structuren, waarin het criminele geld een internationale route heeft afgelegd, waardoor het geld wellicht een 'legale schijn' heeft kunnen krijgen.[296]

Een afgesloten, niet openbaar dossier

First Alliance Trust wordt niet langer als verdachte aangemerkt. Indien het trustkantoor daadwerkelijk een aantoonbare actieve rol zou hebben gespeeld, dan zou het dossier een schat aan informatie bevatten over de wijze waarop de dienstverlening van een Nederlands trustkantoor kan worden aangewend voor het witwassen van gelden. Een saillant detail in deze zaak is dat de (verdachte) transacties reeds in 2001 en de jaren daarna (tot 2004) hebben plaatsgevonden en kennelijk een geruime tijd onopgemerkt hebben kunnen blijven. Dit terwijl het trustkantoor (vanaf 2004) beschikte over een vergunning en onder toezicht van DNB stond. Ook nu het trustkantoor strafrechtelijk geen verwijt blijkt te kunnen worden gemaakt, zou het afgesloten en niet openbare dossier mijns inziens

---

291 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije', *NRC Handelsblad* 7 februari 2007.

292 'Politie doet inval trustkantoor FAT; Fraude Trustkantoor First Alliance Trust verdacht van betrokkenheid bij financiële fraude', *de Volkskrant* 7 februari 2007.

293 'Inval justitie bij trustkantoor wegens witwassen', *Het Finanicieele Dagblad* 7 februari 2007.

294 'Trustkantoor verdacht van witwassen', *Algemeen Dagblad* 7 februari 2007 en 'FAT bevestigt arrestatie directeur', *de Volkskrant* 8 februari 2007.

295 'Op zoek naar de Turkse connectie; Inval in trustkantoor houdt verband met witwasonderzoek in Turkije', *NRC Handelsblad* 7 februari 2007 en 'Inval justitie bij trustkantoor wegens witwassen', *Het Finanicieele Dagblad* 7 februari 2007.

296 M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 40.

belangrijke informatie kunnen bevatten om inzicht te verkrijgen in de dienstverlening die tot strafvervolging heeft geleid.[297]

3.3.6 De zaak Paarlberg en een Nederlands trustkantoor

3.3.6.1 Ten geleide

In de strafzaak tegen vastgoedhandelaar Jan-Dirk Paarlberg zouden volgens het OM drie trustkantoren betrokken zijn geweest bij het wegsluizen van de ruim € 17 miljoen[298] aan afpersingsgeld van Willem Endstra naar Paarlberg (feit 1). Door de Rechtbank Amsterdam (zitting houdende te Haarlem) is Paarlberg onder meer veroordeeld voor het witwassen van deze gelden (zie nader hieronder in subparagraaf 3.3.6.2 'De zaak Paarlberg').[299] Het gaat hier om het Nederlandse trustkantoor FTC Trust (Wassenaar) en de in Curaçao gevestigde trustkantoren Amicorp en CMF. Volgens het OM zouden deze trustkantoren door hun dienstverlening 'betrokken' zijn geweest bij het wegsluizen van het afpersingsgeld van Endstra naar Paarlberg, aangezien zij een rol zouden hebben gespeeld bij 'het versluieren van de chantagebuit', zo meldt Het Financieele Dagblad.[300] Bovendien staat de rol van FTC Trust ter discussie als het gaat om de *f* 8,5 miljoen die Paarlberg in 1998 contant naar het trustkantoor bracht. De koffer zou vervolgens door een geldkoerier naar een Luxemburgse bank zijn gebracht, waarna het geldbedrag vervolgens werd gestort op een buitenlands bedrijf van Paarlberg.[301] Het gaat hier om de *f* 8,5 miljoen, die volgens Rechtbank van misdrijf afkomstig is (hetgeen de verdachte volgens de Rechtbank moet hebben geweten). Paarlberg heeft hierover verklaard dat het geld afkomstig is uit de verkoop van kunst, hetgeen door de Rechtbank een ongeloofwaardige verklaring wordt gevonden. De Rechtbank komt tot de conclusie dat met dit bedrag, tezamen met een contante betaling door Endstra van *f* 3 miljoen, aandelen zijn verworven die zijn witgewassen. Paarlberg wordt terzake veroordeeld voor het witwassen van aandelen in een vennootschap van verdachte (feit 4, zie nader in navolgende subparagraaf).

3.3.6.2 De zaak Paarlberg

Op 8 juni 2010 is Paarlberg door de Rechtbank Amsterdam ten aanzien van zes feiten veroordeeld, te weten: feit 1. het medeplegen van gewoontewitwassen van de 10 door Endstra verrichte betalingen (tot een totaalbedrag van € 17.068.165,00); feit 2. het medeplegen van valsheid in geschrift, namelijk het vervalsen van een overeenkomst inzake een zekerheidsstelling (een zogeheten 'Escrow Agreement'); feit 3. oplichting ter verkrijging van een krediet bij de SNS bank met gebruikmaking van hiervoor genoemde valse overeenkomst (de SNS bank is hierdoor bewogen tot het aangaan van een geldleningovereenkomst van € 1.500.00,00, alsmede tot de afgifte van een geldbedrag van € 1.500.00,00); feit 4. witwassen (van aandelen in een vennootschap van verdachte), wegens het voorhanden hebben van aandelen in de [bedrijf C], terwijl hij wist dat die aandelen – middellijk of onmiddellijk – afkomstig waren uit enig misdrijf (zoals hierboven ter sprake is gekomen komt de rechtbank tot de conclusie dat de aandelen zijn gefinancierd met een contante betaling aan Paarlberg van *f* 8,5 miljoen gulden, waarvan de herkomst onbekend is en met een betaling door Endstra van *f* 3 miljoen gulden); feit 5. het feitelijk leiding geven aan belastingfraude, namelijk het opmaken van valse facturen en het verwerken daarvan in de administratie van zijn bedrijven, teneinde belasting te ontduiken (zijn bedrijven hebben daardoor ten onrechte terugbetaling van omzetbelasting geclaimd); feit 6. valsheid in notariële akte: het medeplegen van het in een authentieke akte een valse opgave doen opnemen aangaande een feit, van welks waarheid die akte moet doen blijken (namelijk dat de koopsom van de aandelen van de B.V. [bedrijf J] *f* 546.500,00 bedroeg), met het oogmerk om die akte te gebruiken of door anderen te doen gebruiken als ware zijn opgave in overeenstemming met de

---

297 Idem, p. 40.

298 In de bewezenverklaring wordt bij feit 1 een totaalbedrag van (ongeveer) € 17.068.165,00 genoemd.

299 Rb. Amsterdam (zitting houdende te Haarlem) 8 juni 2010, *LJN* BM7059.

300 'OM gispt 'ongelooflijk geknoei' trustkantoren', *Het Financieele Dagblad*, woensdag 12 mei 2010.

301 'OM: Paarlberg vervolgd voor witwassen', *Trouw* 26 oktober 2006, 'Gezeul met een koffer vol bankbiljetten', *Het Financieele Dagblad* 20 april 2010.

waarheid (terwijl [bedrijf A] en [medeverdachte 1] wisten dat de genoemde waarde van die aandelen onjuist was en als koopsom in de akte was opgenomen om het bedrag van een aanslag inkomstenbelasting voor [medeverdachte 1] te verlagen en terwijl zij wisten dat de koopsom/waarde van die aandelen in werkelijkheid *f* 2.000.000,00, althans meer dan genoemd bedrag, bedroeg), waarbij hij feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedraging.[302]

De rol van trustkantoren, zoals besproken in de bewijsmiddelen ten aanzien van feit 1 en feit 4
Ten aanzien van feit 1 en feit 4 is hierboven reeds aangestipt dat het OM kritiek heeft op de betrokken trustkantoren FTC Trust, Amicorp en CMF (feit 1), respectievelijk het trustkantoor FTC Trust (feit 4). Alvorens deze kritiek inhoudelijk te behandelen – in navolgende subparagraaf 3.3.6.3 wordt de in het requisitoir genoemde kritiek besproken – wordt in onderhavig onderdeel de rol van de trustkantoren besproken, zoals deze door de Rechtbank in de bewijsmiddelen bij feit 1 en feit 4 is beschreven. De overige feiten (feit 2, 3, 5 en 6) zijn in het kader van dit onderzoek niet relevant en worden derhalve terzijde gelaten.

Feit 1: witwassen van de Endstra-betalingen
Ten aanzien van feit 1 heeft de Rechtbank bewezenverklaard dat Paarlberg 'in de periode van 1 december 2002 tot en met 31 januari 2004, te Amsterdam en/of Rotterdam en/of elders in Nederland en/of in Zwitserland en/of op de Kanaaleilanden (zijnde Kroonbezit van het Verenigd Koninkrijk) en/of op de Nederlandse Antillen (thans: Antillen, vdW), telkens tezamen en in vereniging met een ander, van het plegen van witwassen een gewoonte heeft gemaakt, immers hebben hij, verdachte en/of zijn mededader op of omstreeks de navolgende tijdstippen de hierna te noemen geldbedragen tot een totaalbedrag van (ongeveer) EUR 17.068.165,- verworven en/of voorhanden gehad[303] (…) zulks terwijl verdachte en zijn mededader wisten dat die geldbedragen afkomstig waren uit enig misdrijf.'[304]
Voor enkele bewijsmiddelen op grond waarvan de Rechtbank tot bovenstaande bewezenverklaring is gekomen, geldt dat hierin ook de dienstverlening van het bovengenoemde Nederlandse trustkantoor FTC Trust wordt genoemd, evenals de dienstverlening van de in Curaçao gevestigde trustkantoren Amicorp en CMF. Zo wordt in de bewijsmiddelen gesproken van '[trustkantoor 1] te Wassenaar'. Mijns inziens kan het niet anders zijn dan dat daarmee het *in Wassenaar gevestigde* FTC Trust wordt bedoeld. Daarnaast wordt in de bewijsmiddelen gesproken van '[trustkantoor 2] te Curaçao'. Door spiegeling van de in de uitspraak opgenomen bewijsmiddelen aan het (publiekelijk beschikbare) requisitoir van het OM[305] is eenvoudig af te leiden op dat het hier om Amicorp moet gaan.[306] CMF

---

302 Rb. Amsterdam (zitting houdende te Haarlem) 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.3.

303 Het gaat hierbij om de navolgende geldbedragen: 1. een geldbedrag van € 3.176.461,50 (ontvangen op of omstreeks 30 december 2002); 2. een geldbedrag van € 1.361.340,60 (ontvangen op of omstreeks 10 januari 2003); 3. een geldbedrag van € 3.400.000,00 (ontvangen op of omstreeks 28 februari 2003); 4. een geldbedrag van € 1.500.000,00 (ontvangen op of omstreeks 14 maart 2003); 5. een geldbedrag van € 900.000,00 (ontvangen op of omstreeks 2 april 2003); 6. een geldbedrag van € 450.000,00 (ontvangen op of omstreeks 23 april 2003); 7. een geldbedrag van € 1.499.920,28 (ontvangen op of omstreeks 27 mei 2003); 8. een geldbedrag van € 2.800.000,00 (ontvangen op of omstreeks 26 juni 2003); 9. een geldbedrag van € 400.000,00 (ontvangen op of omstreeks 21 juli 2003); en 10. een geldbedrag van $ 2.000.000,00 vertegenwoordigende een tegenwaarde van ongeveer € 1.580.373,37 (ontvangen op of omstreeks 7 januari 2004).

304 Rb. Amsterdam (zitting houdende te Haarlem) 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.3.

305 www.om.nl/publish/pages/121655/paarlbergrequisitoiranoniem.pdf

306 Vergelijk bijvoorbeeld: 'Verdachte heeft ter terechtzitting (6 april 2010) verklaard dat [bedrijf N] feitelijk pas moest worden overgedragen na betaling van de koopsom door Endstra. Hij zou de verklaringen van 4 mei 2000 in afwachting van betaling van de koopsom door Endstra hebben ondertekend en bij voorbaat hebben verstuurd naar *[trustkantoor 1]*. *[trustkantoor 1]* zou deze verklaring abusievelijk te vroeg naar *[trustkantoor 2]* hebben doorgestuurd' (Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2, mijn cursiveringen vdW), met: 'Paarlberg heeft verklaard dat Bayline feitelijk pas moest worden overgedragen *na* betaling door Endstra. Hij zou de verklaringen van 4 mei 2000 op voorhand – in afwachting van die betaling – hebben ondertekend en bij wijze van voorbereiding naar het *trustkantoor FTC* in Wassenaar hebben gestuurd. *FTC* zou de verklaring per abuis te vroeg naar *Amicorp* op Curaçao hebben gestuurd' (Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 120, mijn cursiveringen vdW).

wordt in het requisitoir slechts één keer genoemd, toch wordt (wederom) door spiegeling (van de uitspraak aan het requisitoir) bevestigd dat het bij het in de uitspraak genoemde '[trustkantoor 3]' om CMF moet gaan.[307] In onderstaande bespreking van de bewijsmiddelen worden slechts die bewijsmiddelen uitgediept waarin de rol van bovengenoemde trustkantoren wordt beschreven, de overige bewijsmiddelen worden hier (volledigheidshalve) slechts genoemd (zie voetnoot).[308]

Bewijsmiddel (feit 1): 'Verklaring Endstra bij oud-notaris'
Het eerste bewijsmiddel, dat redengevend is geweest voor de bewezenverklaring van het medeplegen van gewoontewitwassen van de 10 door Endstra verrichte betalingen, is de verklaring van Endstra bij zijn oud-notaris. Als bekend is Endstra op 17 mei 2004 voor zijn kantoor te Amsterdam om het leven gebracht. De dag daarna (op 18 mei 2004) meldt de notaris zich bij de politie en legt daar een verklaring over die Endstra op 10 april 2003 ('zeer geëmotioneerd') bij hem zou hebben afgelegd.[309,310] *Volgens deze verklaring* zou Balladas Investments N.V. bij het Nederlandse trustkantoor FTC Trust zijn gevestigd en deel uitmaken van de constructie, die zou zijn gebruikt bij het afpersen van Endstra. Endstra zou hierbij zijn gedwongen om (op 10 april 2003) een onherroepelijke volmacht te geven om de aandelen in zijn Recreatiepark Port Greve B.V. te verpanden aan Birgheim Investments S.A. (gevestigd te Panama) voor een fictieve schuld van € 6.806.703 (*f* 15.000.000,00) aan Balladas Investments N.V. (Nederland) en een gefingeerde schuld van € 3.857.000 aan (genoemde) Bergheim Investments S.A. Volgens de verklaring van Endstra zou bij FTC Trust bekend zijn geweest dat Balladas Investments N.V. vroeger van Paarlberg is geweest en dat laatstgenoemde dit bedrijf heeft overgedragen aan Endstra. De koopsom zou hierbij *f* 1,00 bedragen, terwijl er een vordering was van (ongeveer) *f* 12.500.00,00 van het bedrijf op Seaport Marina IJmuiden. Voordat deze overdracht plaatsvond zou Paarlberg zijn aandelen in Seaport Marina IJmuiden hebben verkocht aan de familie Endstra. Bij FTC Trust zou bekend zijn geweest dat Balladas Investments N.V. van Endstra was. Nadat Endstra gedwongen zou zijn Balladas Investments N.V. terug over te dragen aan Paarlberg, heeft Endstra bij het trustkantoor stukken moeten tekenen dat hij geen eigenaar meer was van laatstgenoemd bedrijf. Na de overdracht zou hij de vordering van Balladas Investments N.V. van (ongeveer) *f* 12.500.00,00 bij de Fortis bank te Rotterdam hebben moeten voldoen op een rekeningnummer.

---

307 De OvJ stelt ten aanzien van alle drie de trustkantoren dat zij hebben getracht alle bewijzen van het feit dat Endstra aandeelhouder is geweest van (Xenia en) Bayline uit de boeken te halen (Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 125). Vergelijk de fax die in de bewijsmiddelen is opgenomen: 'The principals of above mentoined company have agreed to change the beneficial ownership. Therefor we would like to confirm that *[trustkantoor 3]* will holf all shares of *[bedrijf N]* as a nominee for the company yet tob e appointed by Mr. W.A.P.M Endstra'. (Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2, mijn cursiveringen vdW). Vervolgens is '[Bedrijf N]' te herkennen als 'Bayline International Holdings Limited', vergelijk bijvoorbeeld: 'I, Mr. W.A.P.A.M. Endstra, hereby declare never to have accepted the legal ownership and/or the beneficial ownership of the share certificate No. 2 representing the sole outstanding and paid up ordinary share capital of *[bedrijf N]*. Therefore I am not nor have been the beneficial owner of *[bedrijf N]* (Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2, mijn cursiveringen vdW), met: 'I (…) hereby declare never to have accepted the legal ownership and/or the beneficial ownership of the share certificate No. 2 representing the sole outstanding and paid up ordinary share capital of *Bayline International Holdings Limited*' (Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 124, mijn cursivering vdW).

308 De overigen bewijsmiddelen ten aanzien van feit 1 zijn: een brief van Endstra die op 18 mei aan de politie wordt overlegd; de bekende 'achterbankgesprekken die Endstra in de periode 2002-2004 heeft gevoerd met medewerkers van de CIE (Endstra verteld hen onder meer dat hij wordt afgeperst door Willem Holleeder en dat hij geld betaald aan 'nette partijen', die het geld vervolgens voor Holleeder 'houden'), te weten het tweede, vierde, vijfde, zevende, tiende en elfde achterbankgesprek; de dagboekaantekeningen die de familie van Endstra na zijn dood aan de politie heeft overhandigd; een verklaring van Endstra; een verklaring van [getuige A], de toemalig directeur financiële directeur van het Endstra-concern; en een verklaring van [getuige B] een goede vriend en vertrouweling van Endstra.

309 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 103-104.

310 Zie ook: Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

Bewijsmiddel (feit 1): 'De tien betalingen'
Een volgend bewijsmiddel voor de bewezenverklaring van het medeplegen van gewoontewitwassen, waarbij de dienstverlening van de genoemde trustkantoren in beeld is gekomen, zijn de (bovengenoemde) tien betalingen, die door Endstra aan Paarlberg zijn gedaan (tot een totaalbedrag van € 17.068.165,00). De Rechtbank heeft vastgesteld dat Endstra in de periode van december 2002 tot en met januari 2004 tien betalingen heeft verricht op bankrekeningen die aan verdachte of bedrijven van verdachte toebehoorden. Volgens de Rechtbank besprak Paarlberg met Endstra wanneer en hoeveel laatstgenoemde zou overmaken.[311] Dan komt 'één van de trustkantoren' in beeld, de Rechtbank stelt: 'De omschrijvingen bij de betalingen heeft verdachte niet gezien, want de bankafschriften gingen naar *één van de trustkantoren* waarvan Paarlberg gebruik maakte' (mijn cursivering, vdW), waarbij het trustkantoor volgens de Rechtbank Paarlberg steeds op de hoogte stelde welke bedragen er binnen kwamen. Het gaat hierbij om de volgende betalingen met bijgenoemde omschrijvingen, waarbij de bedragen in het algemeen heel kort – 'meestal binnen drie dagen' – werden doorgeboekt naar een andere rekening:

1. € 3.176.461,50 d.d. 30-12-02 met omschrijving "deelaflossing lening S.M.IJ. in opdracht van Recreatiepark Port Greve B.V., restant volgt"
2. € 1.361.340,60 d.d. 10-01-02 met omschrijving "deelaflossing lening S.M.IJ. in opdracht van Recreatiepark Port Greve B.V."
3. € 3.400.000 d.d. 01-03-03 met omschrijving "Bayline International Holdings Limited"
4. € 1.500.000 d.d. 14-03-03
5. € 900.000 d.d. 02-04-03
6. € 450.000 .d.d. 24-04-03 met omschrijving "Marina Seaport IJmuiden"
7. € 1.499.990,28 d.d. 28-05-03
8. € 2.800.000 d.d. 26-06-03 met omschrijving "Agreement"
9. € 400.000 d.d. 21-07-03 met omschrijving "Flamingo"
10. $ 1.999.962,50 d.d. 07-01-04 met omschrijving "volgens afspraak"

Volgens Paarlberg zouden deze betalingen voortvloeien uit bestaande contractuele afspraken, die verband zouden houden met de wens van Paarlberg om de zakelijke banden met Endstra te 'ontvlechten'[312] (in de loop van 1998).[313] De 10 betalingen die Endstra rechtstreeks aan Paarlberg of via de aan Paarlberg toebehorende vennootschappen heeft verricht, vloeien volgens Paarlberg voort uit reële met Endstra overeengekomen verplichtingen, zijnde een geldlening, een afkoop van een

311 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

312 De ontvlechting wordt door de Rechtbank beschreven als volgt: 'Volgens verdachte heeft hij in 1999 met Endstra in het kader van deze ontvlechting een overeenkomst gesloten waarin was bepaald dat Endstra de aandelen in Holding Seaport IJmuiden BV (hierna: HSIJ) van verdachte zou overnemen voor fl 1,-. Deze overeenkomst is vastgelegd in een notariële akte tot overdracht van de aandelen HSIJ d.d. 31 december 1999. De achtergrond van deze overeenkomst was dat verdachte onder meer eigenaar was van [bedrijf M], welke onderneming eigenaar was van [bedrijf L], welke onderneming op haar beurt weer 50% van de aandelen van HSIJ in eigendom had. In het kader van deze overeenkomst zou [bedrijf L] dan de aandelen verkopen aan [bedrijf Endstra] (hierna: [bedrijf Endstra]), een vennootschap waarvan Endstra eigenaar was, en die de andere 50% van de aandelen HSIJ bezat. [bedrijf Endstra] (Endstra) zou dan alle aandelen HSIJ bezitten. [bedrijf L] had reeds eerder - evenals [bedrijf Endstra] - een geldbedrag geleend aan HSIJ ter hoogte van op dat moment – 31 december 1999 – ruim fl. 12 miljoen. Volgens verdachte was ook met Endstra overeengekomen dat deze die lening volledig zou terug betalen. Voorts was volgens verdachte met Endstra overeengekomen dat verdachte gerechtigd was tot de uitbetaling van de afkoop van een winstrecht op grond van een te verwachten winstrealisatie door de bouw van (de tweede tranche) woningen nabij de haven in IJmuiden. Dit bedrag werd vastgesteld op fl. 15 miljoen, welk bedrag door verdachte onmiddellijk opeisbaar was. Daarnaast werd volgens verdachte overeengekomen dat Endstra de vennootschap [bedrijf N] van verdachte zou kopen tegen een prijs van fl.7 miljoen.'

313 Aan deze wens zou ten grondslag liggen dat Endstra ten gevolge van een artikel in De Telegraaf in 1988 een slechte naam zou hebben gekregen en omdat deze omging met personen waarme Paarlberg liever niet geassocieerd wilde worden. Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

winstrecht en de verkoop van een onderneming. Het OM stelt zich echter op het standpunt dat de drie door Paarlberg genoemde verplichtingen dienen te worden aangemerkt als 'geconstrueerde (niet rechtsgeldige) titels om een geldstroom van Endstra naar verdachte te kunnen legitimeren.' Volgens het OM betreffen de tien betalingen gelden die verband houden met de afpersing van Endstra door Willem Holleeder.[314] De Rechtbank stelt vast dat de omschrijvingen van de tien betalingen op de bankafschriften niet of niet op begrijpelijke wijze te koppelen zijn aan de afspraken die Paarlberg met Endstra zegt te hebben gemaakt en voorts dat door eerstgenoemde geen enkel stuk is overgelegd ter staving van het bestaan van genoemde afspraken met Endstra. Bij één van de door Paarlberg genoemde afspraken (die volgens Paarlberg deel uit zouden maken van bovengenoemde 'ontvlechting')[315] komt de dienstverlening van de trustkantoren FTC Trust en Amicorp in beeld: met Endstra zou (volgens Paarlberg) in 1999 zijn overeengekomen dat Endstra de BVI-vennootschap Bayline Internaitonal Holdings Limited (hierna ook: Bayline) van Paarlberg zou kopen voor *f* 7 miljoen. Hieronder wordt nader ingegaan op de in de bewijsmiddelen beschreven rol van de trustkantoren.

Bayline
Een deel van de door Endstra verrichte betalingen heeft volgens Paarlberg betrekking op de verkoop van Bayline International Holdings Limited (Bayline) en zouden derhalve betalingen voor een reële transactie betreffen. In 1999 zou met Endstra overeengekomen zijn om Bayline voor een bedrag van *f* 7 miljoen te kopen, deze koopprijs zou volgens Paarlberg zijn aangepast en vastgesteld op *f* 10 miljoen in verband met het verschuiven van de afgesproken verkoopdatum van 2000 naar 2003/2004. Het OM stelt zich echter op het standpunt dat de verkoop van Bayline een gefingeerde titel is om een geldstroom te legitimeren, aangezien Bayline al in 2000 in eigendom zou zijn overgegaan op Endstra. Volgens het OM is Endstra gedwongen om Bayline 'om niet' terug te geven aan Paarlberg. Doordat Endstra Bayline dan opnieuw zou kunnen aankopen, zou een titel zijn geconstrueerd om de betalingen van Endstra aan Paarlberg te legitimeren.[316]

De rechtbank overweegt *met betrekking tot de eigendom per 2 mei 2000* het volgende. Op 25 april 2000 bericht [betrokkene 13] per fax aan [getuige I] van het trustkantoor Amicorp te Curacao met betrekking tot Bayline het volgende:

> 'The prinicipals of above mentioned company have agreed to change the beneficial ownership. Therefore we would like to confirm that [trustkantoor 3] will hold shares as a nominee for the compant yet to be appointed bij Mr. W.A.P.M. Endstra'

In een op 4 mei 2000 gedagtekend bericht deelt Paarlberg vervolgens aan trustkantoor Amicorp (via trustkantoor FTC Trust) het volgende mede:

> 'The indersigned, Mr [verdachte], the legal and beneficial owner of share no. 1, representing 1 common share, in the capital stock of [bedrijf N], hereby kindly requests you to transfer share no. 1 to Mr. W.A.P.A.M. Endstra, resinging at Amsterdam as per May 2, 2000 and as from this date to keep said share no. 1 in custody for Mr. W.A.P.A.M. Endstra.'

Volgens de Rechtbank heeft Paarlberg een soortgelijk bericht verstuurd met betrekking tot de overdracht van het aandeel in Xenia International Holding Limited (hierna ook: Xenia), waarin kort gezegd vermeld staat dat Paarlberg zijn aandeel overdraagt aan Endstra. Ter terechtzitting (op 6 april 2010) heeft Paarlberg verklaard dat Bayline feitelijk pas moest worden overgedragen na betaling van de koopsom door Endstra. Hij zou de verklaringen van 4 mei 2000 in afwachting van betaling van de koopsom door Endstra hebben ondertekend en bij voorbaat naar trustkantoor FTC Trust in Wassenaar

---

314 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

315 Deze afspraken zijn hierboven opgenomen in bovenstaande voetnoot betreffende de 'ontvlechting' van de zakelijke banden tussen Paarlberg en Endstra.

316 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

hebben gestuurd. FTC Trust zou de verklaring per abuis te vroeg naar Amicorp in Curaçao hebben gestuurd. [getuige I] van FTC Trust heeft daaromtrent (bij de RC) verklaard dat Paarlberg aan haar persoonlijk heeft gevraagd de aandelen Bayline over te dragen aan Endstra. Zij heeft het briefje voor Paarlberg opgesteld. Voorts merkt de Rechtbank op dat zij er niet over verklaart dat zij het briefje pas mocht versturen nadat de betaling van de koopsom door Endstra zou zijn gedaan.
Trustkantoor Amicorp heeft daarop volgens de Rechtbank een aandeelbewijs aangemaakt waarop Endstra genoemd staat als degene die sinds 2 mei 2000 de eigenaar is van Bayline. Een soortgelijk aandeelbewijs is volgens de Rechtbank opgemaakt voor Endstra met betrekking tot Xenia. Ook is volgens de Rechtbank Endstra vanaf die datum ingeschreven in het aandeelhoudersregister als (enig) aandeelhouder van Bayline en als (enig) aandeelhouder van Xenia.[317] Ook [getuige K] die destijds bij FTC Trust werkzaam is geweest verklaarde (bij de RC) dat Endstra volgens hem na 2 mei 2000 eigenaar is geworden van Bayline en dat hij ook een aantal betalingsopdrachten van Endstra heeft afgewikkeld. Tot slot komen Xenia en Bayline ook niet meer voor, in het door Deloitte en Touche opgestelde structuuroverzicht van de vennootschappen van Paarlberg per augustus 2001, als ondernemingen die in het bezit zijn van Paarlberg. De Rechtbank is op grond van het bovenstaande van oordeel dat het niet anders kan zijn dan dat Endstra per 2 mei 2000 eigenaar is geworden van Bayline en Xenia.[318]

De Rechtbank overweegt *met betrekking tot de overdracht 'om niet'* het volgende. In de door Endstra bij de oud-notaris afgelegde verklaring (van 10 april 2003) staat onder andere dat het bij FTC Trust bekend was dat Balladas Investments N.V. van Endstra was. In deze verklaring zegt Endstra gedwongen te zijn om deze N.V. in december 2002 aan Paarlberg over te dragen 'om niet'. Het dossier bevat daarnaast een door Endstra ondertekend briefje, gericht aan Bayline en gedateerd op 15 oktober 2002, dat (blijkens het requisitoir) luidt:

> 'I (Endstra), hereby declare never to have accepted the legal ownership and/or the beneficial ownership of the certificate No. 2 representing the sole outstansing and paid up ordinary share capital of Bayline International Holdings Limited.'[319]

De Rechtbank merkt op dat het dossier een gelijkluidend briefje bevat, van dezelfde datum met dezelfde datum en ondertekend door Endstra, maar dan met betrekking tot Xenia International Holding Limited. In dit kader heeft [betrokkene 13] verklaard dat de verkoop van Bayline pas op tafel kwam nadat hij de transactie van de 'telecombuis' wegens fiscale redenen had afgekeurd: toen duidelijk was dat de verkoop van de telecombuis als 'een voor de betalingen te gebruiken titel' niet door kon gaan, zijn er volgens genoemde betrokkene blijkbaar contacten tussen Paarlberg en Endstra geweest over wat er dan wel moest gebeuren, waarbij de verkoop van Bayline is genoemd. Het door [betrokkene 13] opgestelde 'Overzicht gemaakte afspraken' bevat als afspraak dat Endstra Bayline koopt voor *f* 7 miljoen en *f* 3 miljoen extra, totaal f 10 miljoen.[320] In het licht van de verklaring van [betrokkene 13] wordt volgens de Rechtbank duidelijk dat Endstra deze verklaring heeft moeten afleggen, zodat een titel kon worden gecreëerd om geldstromen te legitimeren.

Op grond van het voorgaande is de Rechtbank van oordeel dat de verklaring van Endstra dat hij nooit eigenaar van Bayline en Xenia is geweest, onvrijwillig moet zijn afgelegd. Daar waar Endstra in zijn

---

317 Op 9 juni 2000 schrijft [getuige J] van trustkantoor Amicorp aan Endstra een faxbericht waarin zij mededeelt dat zij de accountmanager is van onder andere Bayline en Xenia en waarin zij Endstra verzoekt een aantal documenten op te sturen, zoals een kopie van zijn paspoort. In het requisitoir van het OM staat over dit faxbericht de volgende passage uit een verklaring uitgelicht: 'Hieruit kunt u opmaken dat Willem Endstra op de hoogte was van het feit dat hij UBO was voor genoemde vennootschappen Xenia en Bayline', zie: Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 120-121. Endstra's trust in Liechtenstein reageert hierop met een fax waarin verdere administratieve afspraken worden gemaakt.

318 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

319 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 124.

320 Feitelijk is de koopprijs in januari 2004 overigens vastgesteld op € 4.085.338,00 (f 9.002.900,20). Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

verklaring bij de oud-notaris spreekt over het 'om niet' terug overdragen van Balladas Investments N.V. aan Paarlberg, moet daaronder volgens de Rechtbank begrepen worden het terug overdragen van de moedervennootschap van Ballas Investments N.V., te weten Xenia en ook van Bayline. Dat Endstra in de verklaring bij de oud-notaris uitsluitend spreekt over Balladas Investments N.V. is volgens de Rechtbank niet onbegrijpelijk, omdat Endstra in die periode volop bezig was betalingen te verrichten aan laatstgenoemde vennootschap. De gelijktijdige overdracht van Xenia en Bayline op 2 mei 2000 en de gelijktijdige afstand van deze twee vennootschappen in de op 15 oktober 2002 gedateerde verklaringen[321], rechtvaardigen naar het oordeel van de rechtbank de conclusie dat aan de verklaringen van Endstra bij de oud-notaris mede het bewijs kan worden ontleend dat Endstra in 2002 gedwongen werd bij trustkantoor FTC Trust stukken te ondertekenen dat hij geen eigenaar meer was van Bayline. Met betrekking tot de waarde van Bayline wordt door de Rechtbank overwogen dat [betrokkene 13] in zijn mail van 20 januari 2004 aan [getuige K] heeft bericht dat hij met [getuige A] heeft afgesproken dat de aandelen in Bayline worden overgenomen door Recreatiepark Port Greve B.V. (aangeduid als: '[bedrijf Endstra]'). In een mail van [betrokkene 13] van dezelfde datum (20 januari 2004) bericht deze aan [getuige L] dat de koopsom al is ontvangen en dat deze € 4.085.338,00 bedroeg en dat er volgens hem een koopakte moet worden opgemaakt. Paarlberg heeft volgens de Rechtbank geen aannemelijke verklaring kunnen geven voor de vraag waarom in 1999 een koopsom is overeengekomen van *f* 7 miljoen, in 2002 een extra betaling zou zijn overeengekomen van *f* 3 miljoen, terwijl feitelijk in januari 2004 een bedrag van € 4.085.338,00 (*f* 9.002.900,20) is betaald, welk bedrag niet valt te herleiden naar één of meer van de betalingen genoemd in het 'Overzicht gemaakte afspraken' en evenmin kan worden teruggevonden bij de tien betalingen die Endstra aan Paarlberg heeft verricht.[322] De Rechtbank overweegt dat hij in het midden kan en zal laten wat de waarde van Bayline bedroeg op de verschillende momenten, nu Endstra naar het oordeel van de Rechtbank Bayline na een afstandsconstructie heeft moeten kopen om zo een titel te verkrijgen tot het verrichten van onverschuldigde betalingen. De (slot)conclusie van de Rechtbank, ten aanzien van het bovenstaande (met betrekking tot de overdracht 'om niet'), is dat de betalingen die hebben plaatsgevonden niet geacht kunnen worden te zijn verricht in verband met de aankoop van Bayline door Endstra.[323]

In haar overwegingen met betrekking tot *witwassen* in het kader van feit 1 is naar het oordeel van de Rechtbank op grond van de bewijsmiddelen voldoende komen vast te staan dat de 10 betalingen door Endstra aan Paarlberg het gevolg zijn van afpersing van Endstra door Willem Holleeder. In zijn overwegingen betreffende *de relatie met Willem Holleeder* gaat de rechtbank bovendien in op de rol die de dienstverlening van genoemde trustkantoren heeft gespeeld bij het (niet kunnen) verkrijgen van inzicht in de gedane betalingen. Allereerst constateert de Rechtbank dat zij geen goed inzicht heeft gekregen op de realtie tussen Willem Holleeder en Paarlberg. Niettemin is de Rechtbank van oordeel dat het, op basis van de in de uitspraak genoemde feiten en omstandigheden niet anders kan zijn dan dat er tussen Holleeder en Paarlberg contacten zijn geweest en dat die contacten omvangrijker zijn (geweest) dan Paarlberg de Rechtbank wil doen geloven, waaruit de Rechtbank afleidt dat Paarlberg nauw en bewust met Holleeder moet hebben samengewerkt (zodat medeplegen volgens de Rechtbank

---

321 De Rechtbank overweegt dat het hem overigens is opgevallen dat 15 oktober 2002 niet de juiste datum kan zijn van de door Endstra afgegeven afstandsverklaringen, nu [getuige K] van FTC Trust op 13 november 2002 aan [getuige L] (van Amicorp) nog een mail schrijft met navolgende inhoud: 'Ik heb zojuist de vaste adviseur gesproken van degene die niet de eigenaar van de vennootschappen bleek te zijn. Hij vroeg mij om "nog een paar weken geduld te hebben omdat hij en de juiste eigenaar op dit moment werken aan een oplossing hieromtrent". Ik laat het derhalve rusten tot uiterlijk 11 december waarna ik weer dageijks om info zal vragen.'

322 De Rechtbank merkt hierbij op dat de vermelding 'Bayline International Holdings Limited' bij de betaling op 28 februari 2003 van € 3.400.000 niet is te begrijpen als de prijs voor Bayline in januari 2004 zou zijn overeengekomen.

323 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2. Aan deze rechtsoverweging is het nodige ontleend. Hetzelfde kan worden gezegd van het requisitoir in de strafzaak tegen Jan Dirk Paarlberg. Er is vanuit het oogpunt het standpunt van de Rechtbank zo helder mogelijk voor het voetlicht te brengen voor gekozen om bij bovenstaande behandeling van de bewijsmiddelen met betrekking tot feit 1 zo veel mogelijk de bewoordingen van de Rechtbank te hanteren.

is bewezen). Daarnaast overweegt de Rechtbank dat zij evenmin inzicht heeft gekregen of, hoe en in welke omvang de aan verdachte verrichte betalingen bij Holleeder terecht zijn gekomen. Bij dit 'niet kunnen verkrijgen van inzicht in gedane betalingen' wordt aan de (overigens legale) dienstverlening van betrokken trustkantoren een 'versterkende rol' toegschreven. De Rechtbank overweegt terzake:

> 'De rechtbank heeft evenmin inzicht gekregen of, hoe en in welke omvang de aan verdachte verrichte betalingen bij [W.H.] terecht zijn gekomen. De rechtbank stelt wel vast dat verdachte zijn economische activiteiten in een structuur heeft gezet, waarbij gewerkt wordt met in belastingparadijzen, zoals de Britse Maagdeneilanden, gevestigde (moeder)vennootschappen, die niet of nauwelijks verplichtingen kennen met betrekking tot het voeren van een administratie en een boekhouding. Deze op zich overigens legale constructies bieden daarmee wel maximale mogelijkheden om activiteiten en gegevens te verhullen met betrekking tot onder meer feitelijke zeggenschap, vermogen en geldstromen. Dit wordt nog versterkt wanneer daarnaast ook gewerkt wordt met trustkantoren die officieel de directie voeren over werkvennootschappen, terwijl deze in feite louter uitvoerder zijn van opdrachten van de feitelijke eigenaren, zoals verdachte dat is met betrekking tot onder andere [bedrijf N] en [bedrijf M] (Bayline en Xenia, vdW). De verhullende mogelijkheden worden voorts bevorderd doordat verdachte gebruik maakt van Zwitserse coderekeningen, waardoor voor de buitenwereld zelfs het bestaan van een door verdachte gebruikte bankrekening niet zichtbaar is.'

De Rechtbank is van oordeel dat sprake is van (het medeplegen van) gewoontewitwassen, 'Doordat verdachte dit feit gedurende een lange periode en middels diverse transacties heeft begaan.'[324]

Feit 4: witwassen van aandelen in een vennootschap van Paarlberg
Ten aanzien van feit 4 heeft de Rechtbank bewezenverklaard dat Paarlberg 'in de periode van 14 december 2001 tot en met 16 februari 2006, te Amsterdam en/of Maarssen, aandelen in de Exploitatiemaatschappij 't Gooier Hoofd B.V. (in de uitspraak '[bedrijf C]' genoemd, hierna ook: 't Gooier Hoofd B.V.) voorhanden heeft gehad, zulks terwijl verdachte wist dat die voorwerpen – onmiddellijk of middellijk – afkomstig waren uit enig misdrijf.'[325] Allereerst overweegt de Rechtbank, met betrekking tot *de verwerving en het voorhanden hebben van de aandelen* (in 't Gooier Hoofd B.V.), dat Merwede Horeca B.V. op 13 augustus de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. heeft verworven. Merwede Horeca B.V. is een 100% dochteronderneming van Merwede Beheer B.V., waarvan de naam later (op 6 november 2000)[326] is gewijzigd in Merwede Group B.V. Merwede Beheer B.V. (het latere Merwede Group B.V.) is op haar beurt op 7 januari 1997 te Amsterdam opgericht door Armario N.V., een Antilliaanse vennootschap. Van laatstgenoemde Antilliaanse vennootschap is Paarlberg beneficial shareholder, hetgeen hij ter terechtzitting ook heeft bevestigd. In die hoedanigheid heeft Paarlberg de onderhandelingen voor de overname van 't Gooier Hoofd B.V. gevoerd. Paarlberg heeft terzake tevens verklaard de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. nog steeds in handen te hebben. Volgens de Rechtbank staat derhalve vast dat verdachte de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. voorhanden heeft gehad in de tenlastegelegde periode.[327]

Volgens de Rechtbank kan uit de zich in het dossier bevindende stukken en het verhandelde ter terechtzitting niet met zekerheid worden vastgesteld wat op 13 augustus 1998 de exacte koopprijs van de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. is geweest, aangezien de notariële akte waarbij de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. zijn overgedragen geen koopprijs bevat en de koopovereenkomst waarnaar in de akte wordt verwezen, zich niet bij de stukken bevindt. De financieel economische recherche heeft op basis van de jaarrekeningen van de verkopende vennootschappen [verkoper 1] en [verkoper 2] over 1997 en 1998 berekend dat de verkoopprijs van de aandelen circa *f* 3.778.000,00 moet zijn geweest.

---

324 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.
325 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.3.
326 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 16.
327 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

Op de bankafschriften ten name van Mediamax Buitenreclame B.V. staan twee betalingen vermeld op 13 augustus 1998, naar een derdengeldrekening van kantoor Loeff CS. Het betreft een bedrag van *f* 161.638,00 en een bedrag van *f* 9.921.489,00, in totaal *f* 10.083.127,00. Beide bedragen zijn volgens de Rechtbank overgemaakt naar een rekening op naam van 'Loef CS derdgeld', onder vermelding van 'dossier [dossiernummer]'. De bankrekeningen van Mediamax Buitenreclame B.V. zijn volgens de Rechtbank verwerkt in de grootboekadministratie van Mediamax Group B.V., eveneens een vennootschap van Paarlberg. In deze grootboekadministratie zijn de beide betalingen volgens de Rechtbank naar de bankrekening van Loeff CS verwerkt in de rekening-courant met Paarlberg. De betalingen werden daarbij voorzien van de omschrijving 'LOEFF [naam hotel].'[328] Voorts is er volgens de Rechtbank in de grootboekadministratie van Merwede Group B.V een boeking gemaakt op 13 augustus 1998 voor een bedrag van € 4.575523,55, welk bedrag gelijk is aan (bovengenoemd totaalbedrag van) *f* 10.083.127,00. Bij deze boeking staat als omschrijving vermeld: 'Aankoop [bedrijf C]' (volgens het OM: 'aankoop Gooier Hoofd').[329] Door Paarlberg is ter terechtzitting bevestigd dat de betalingen die op 13 augustus 1998 zijn gedaan op de derdengeldrekening van Loeff, betrekking hebben op de aankoop van 't Gooier Hoofd B.V. Dit bedrag ziet volgens Paarlberg op de aankop van de aandelen en het aandeelhoudersbelang. Voor de aandelen heeft hij ongeveer *f* 4,5 miljoen betaald. Het aandeelhoudersbelang betrof een bedrag van ongeveer *f* 5 miljoen en Paarlberg heeft ook nog een lening bij Staalbankiers van ongeveer *f* 15 miljoen overgenomen. Op basis van het voorgaande stelt de Rechtbank vast dat Paarlberg voor de verwerving van de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. ten minste een bedrag van *f* 3,7 miljoen heeft betaald en dat de prijs voor de aandelen kennelijk deel uit maakte van het bedrag van f 10.083.127,00, dat in verband met de aankoop van de rekening van Mediamax Buitenreclame B.V. op de derdengeldrekening van Loeff is gestort.[330]

Met betrekking tot *het geld waarmee de aandelen zijn verworven* (in 't Gooier Hoofd B.V.) overweegt de Rechtbank ten aanzien van de door het OM genoemde bedragen – te weten: een contante storting van *f* 8,5 miljoen op 29 mei 1998 en een storting van *f* 3 miljoen door Endstra op 28 juli 1998 – over de vraag of deze bedragen daadwerkelijk zijn terechtgekomen op de bankrekeningen waarmee de aandelen in 't Gooier Hoofd zijn verworven, evenals aansluitend over de herkomst van deze bedragen (teneinde vast te stellen of deze bedragen een criminele herkomst hebben), overweegt de Rechtbank het volgende.

Voor wat betreft *de contante storting van f 8,5 miljoen* overweegt de Rechtbank dat op 29 mei 1998 te Luxemburg een bedrag van f 8,5 miljoen contant is gestort op een rekening ten name van Bayline, aangehouden bij de American Express Bank, die op dat moment eigendom van Paarlberg was en waarvan laatstgenoemde ter terechtzitting heeft verklaard dat hij voornoemd bedrag op de rekening van Bayline heeft laten storten. De Rechtbank stelt vast dat het rekingsaldo nihil was, voordat de storting van de *f* 8,5 miljoen plaatsvond (de enige bewegingen op de rekening zijn zeer korte termijndeposito's). Vervolgens worden vanaf de rekening van Bayline drie bedragen van in totaal *f* 5.950.000,00 overgemaakt naar een rekening ten name van (de Antilliaanse vennootschap) Kauri Holdings N.V. (hierna ook: Kauri). Het gaat om de volgende bedragen:[331]

- *f* 1.000.000,00 op 30 juni 1998 met vermelding van 'TRFT [bedrijf T]' ('trft Kauri');
- *f* 750.000,00 op 10 juli 1998 met omschrijving 'TRF [bedrijf T]' ('trf kauri hold');
- *f* 4.200.000,00 op 16 juli 1998 met omschrijving '[bedrijf T] (trft kauri holdings').

De Rechtbank stelt vast dat in totaal een bedrag van *f* 5,95 miljoen, dat afkomsitg is uit het contant gestorte bedrag van *f* 8,5 miljoen, is overgemaakt naar de rekening van Kauri. Paarlberg heeft

328 De vennootschap 't Gooier Hoofd B.V. is volgens de Rechtbank eigenaar van een hotel te Huizen en heeft tevens een 100% deelneming in New Port B.V., waarin de exploitatie van het hotel is ondergebracht. Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

329 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2, zie ook: Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 18.

330 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

331 Tussen de haakjes is met betrekking tot de transactie de duiding door het OM weergegeven.

verklaard dat hij de opdracht tot overboeking van deze bedragen heeft gegeven en dat hij Kauri gebruikt om bedragen door te boeken naar andere vennootschappen. De door Kauri ontvangen drie bedragen zijn volgens de Rechtbank (op diezelfde dag of enkele dagen daarna) doorgeboekt naar een bankrekening ten name van Mediamax Group B.V. Het gaat daarbij om de volgende overboekingen:

- *f* 1000.000,00 op 30 juni 1998 met omschrijving 'LOAN INC/A' ('loon in c/a');
- *f* 750.000,00 op 10 juli 1998 met omschrijving 'LOAN INC/A' ('loan inc/a');
- *f* 4.200.000,00 op 16 juli 1998 met omschrijving 'LOAN INC/A' ('loan inc/a').

Derhalve kan volgens de Rechtbank worden vastgesteld dat een bedrag van in totaal *f* 5,95 miljoen, afkomstig uit het contant gestorte bedrag van *f* 8,5 miljoen, terecht is gekomen op de bankrekening ten name van Mediamax Group B.V. Vanaf de bankrekening van laatstgenoemde vennootschap is op 4 augustus 1998 een bedrag van *f* 26 miljoen overgeboekt naar de rekening van Mediamax Buitenreclame B.V. Op het betreffende bankafschrift van die datum valt volgens de Rechtbank te zien dat het saldo op de rekening van Mediamax Group B.V. voorafgaand aan deze overboeking van *f* 26 miljoen *f* 26.798.753,30 bedraagt. Hetgeen in samenhang met de bankafschriften waaruit volgt dat in de weken voor 4 augustus 1998 diverse grote bedragen zijn gestort op deze rekening – waaronder een bedrag van *f* 2,9 miljoen en de hiervoor genoemde drie bedragen tot een totaal van *f* 5,95 miljoen – kan het volgens de Rechtbank niet anders dan dat laatstgenoemd bedrag, althans een zeer aanzienlijk deel daarvan, deel heeft uitgemaakt van de *f* 26 miljoen die naar de rekening van Mediamax Buitenreclame B.V. is geboekt. Op de bankrekening van laatstgenoemde vennootschap komt op 4 augustus 1998 een bedrag van *f* 37 miljoen binnen, waarvan het bedrag van *f* 26 miljoen van Mediamax Group B.V. (blijkens het boekingsnummer 471) deel uitmaakt. Volgens de Rechtbank stond deze rekening voor deze storting ruim *f* 27,5 miljoen debet. Na de storting is er een creditstand van ruim *f* 9 miljoen. Van het saldo op deze rekening is uiteindelijk *f* 10.083.127,00 op de derdengeldrekening van Loeff gestort, waarmee onder meer de koopprijs voor de aandelen 't Gooier Hoofd B.V. is voldaan.[332]

Ten aanzien van *de storting van f 3 miljoen door Endstra* overweegt de Rechtbank dat zich in het dossier een brief bevindt van [trustkantoor Endstra] (of beter gezegd: Endstra's trust)[333] te Liechtenstein aanSarina Yachts te Guernsey (d.d. 4 juni 1998). Uit deze brief volgt dat het jacht 'Low Profile' is verkocht en dat de verkoopsom van £ 1.850.000,00 overgemaakt dient te worden naar een bankrekening bij de Neue Bank A.G. te Vaduz (Liechtenstein). Op 16 juli 1998 wordt op deze bankrekening een bedrag van £ 1.849.665,00 ontvangen onder de vermelding 'Sale proceeds of m/y Low Profile.' Op 28 juli 1998 maakt Endstra's trust een bedrag van *f* 3 miljoen over naar een bankrekening ten name van Balladas Investments N.V. – een bedrijf van Paarlberg – met als omschrijving van het bedrag 'by one of our clients'. Op 29 juli 1998 is vervolgens een bedrag van *f* 2,9 miljoen overgemaakt van de rekening van Balladas Investments N.V. naar Kauri, onder de vermelding 'loan'. Diezelfde dag is vervolgens *f* 2,9 miljoen overgamaakt van de rekening van Kauri naar de rekening van Mediamax Group B.V. onder de vermelding van 'loan in c/a'. Paarlberg heeft ter terechtzitting verklaard dat hij er vanuit gaat dat hij opdracht tot deze overboekingen heeft gegeven. Op grond van het voorgaande stelt de Rechtbank vast dat een bedrag van *f* 2,9 miljoen, afkomstig uit een storting van *f* 3 miljoen die afkomstig is van Endstra, althans een aan hem te liëren vennootschap, op de rekening van Mediamax Group B.V. terecht is gekomen. Ten aanzien van de hierboven (bij de storting van *f* 8,5 miljoen) reeds genoemde overboeking van *f* 26 miljoen van de bankrekening van Mediamax Buitenreclame B.V. naar Mediamax Group B.V. (die op 4 augustus 1998 heeft plaatsgevonden) overweegt de Rechtbank dat op het bankafschrift valt te zien dat het saldo van

---

332 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

333 Bedoeld wordt: Endstra's trust. Dit kan mijns inziens worden afgeleid uit hetgeen de Rechtbank hierbij overweegt: '[trustkantoor Endstra] is een bedrijf van Endstra'. Hierbij moet worden opgemerkt dat in de uitspraak van de Rechtbank wordt gesproken van '[trustkantoor Endstra] te Liechtenstein', terwijl in het requisitoir van het OM op meerdere plaatsen wordt gesproken van 'Endstra's trust in Leichtenstein'. Het ligt mijns inziens voor de hand dat hier wordt bedoeld dat Endstra een trust heeft te Liechtenstein en dat genoemde brief wellicht is opgesteld door het trustkantoor dat deze trust beheert.

Mediamax Group B.V. voorafgaand aan deze overboeking *f* 26.798.753,30 bedraagt. Dit gegeven, bezien in samenhang met het feit dat het bedrag van *f* 2,9 miljoen kort daarvoor (op 29 juli 1998) op deze rekening is gestort, maakt volgens de Rechtbank dat ook dit bedrag – samen met enkele andere grote stortingen in die periode – deel moet hebben uitgemaakt van de overgeboekte *f* 26 miljoen. Tot slot overweegt de Rechtbank dat op de rekening van Mediamax Buitenreclame B.V. op 4 augustus 1998 een bedrag van *f* 37 miljoen binnenkomt, waarvan het bedrag van *f* 26 miljoen van Mediamax Group B.V. deel uitmaakt (blijkens het boekingsnummer 471). Vóór deze storting was het saldo op deze rekening ruim *f* 27,5 miljoen debet, na de storting is er een creditstand van ruim *f* 9 miljoen. Volgens de Rechtbank is uiteindelijk *f* 10.083.127,00 op de derdengeldrekening van Loeff gestort, waaruit de koopprijs voor de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. is betaald.[334]

f 8,5 miljoen uit de verkoop van kunst?

Paarlberg heeft zich op het standpunt gesteld dat de *f* 8,5 miljoen afkomstig is uit de verkoop van kunst uit zijn privé collectie, die eind 1997 of begin 1998 zou hebben plaatsgevonden.[335] Het bedrag zou contant aan hem zijn betaald en na enkele maanden in de kluis op kantoor in Amsterdam te hebben gelegen, op de zakelijke rekening van Bayline in Luxemburg zijn gestort. Dit omdat storting van een dergelijk bedrag in Nederland niet mogelijk bleek. De verklaring over de herkomst van het geld uit de verkoop van kunst wordt door de Rechtbank echter ongeloofwaardig geacht en wordt derhalve terzijde gesteld. De Rechtbank is van oordeel dat het niet anders kan dan dat het geld van misdrijf afkomstig is en dat Paarlberg dit moet hebben geweten.[336]

f 3 miljoen

De Rechtbank stelt met betrekking tot de *f* 3 miljoen het volgende vast. Op 28 juli 1998 is een bedrag van *f* 3 miljoen aan Balladas Investments N.V. betaald. Dit bedrag is kort daarvoor (op 16 juli 1998) door Endstra (althans een aan hem te liëren vennootschap) ontvangen in verband met de verkoop van een boot. In een faxbericht van [getuige I] van FTC Trust te Wassenaar aan [betrokkene 13] van 20

---

334 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

335 Paarlberg stelt zeven schilderijen en een bronzen beeld uit zijn privé collectie eind 1997 of begin 1998 te hebben verkocht voor *f* 8,5 miljoen. Paarlberg heeft ter terechtzitting met betrekking tot deze transactie verklaard dat hij in zijn eentje zeven schilerijen van de muren heeft gehaald in zijn kantoor in Amsterdam en zijn woning. Voorts heeft hij verklaard dat hij deze schilderijen, samen met het bronzen beeld van Botero van 1,5 meter hoog, in zijn jeep heeft geladen en alles zelf naar België heeft vervoerd. Door de Rechtbank overwogen dat er niemand is de de transactie of onderdelen daarvan kan bevestigen. Saillant detail is dat de enige persoon die de transactie zou kunnen bevestigen (door de Rechtbank aangeduid als 'handelaar [betrokkene 13]') al enige tijd is overleden. Volgens Paarlberg heeft hij de werken en het beeld bij de betrokken handelaar achtergelaten om zich te beraden of hij al dan niet akoord wenste te gaan met een contante betaling van *f* 8,5 miljoen (door de hem verder onbekend gebleven koper). Paarlberg erkent dat er niemand is die deze gang van zaken kan bevestigen, of zelfs maar heeft bemerkt dat er schilderijen uit het kantoor of de woning zijn verdwenen. Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

336 De Rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat: het hier gaat om een zeer aanzienlijk geldbedrag dat verdachte in contanten, te weten 8.449 biljetten van *f* 1000, 164 biljetten van *f* 250 en 100 biljetten van *f* 100, van een hem onbekend gebleven persoon heeft verkregen; verdachte het geld heeft aangenomen zonder zich te bekommeren om de herkomst daarvan; verdachte bij twee banken in Nederland (ABN-Amro en Deutsche Bank) te horen heeft gekregen dat een dergelijk groot bedrag niet gestort kon worden; het vervoer van zo'n groot geldbedrag enorme veiligheidsrisico's met zich brengt, getuige ook het feit dat de verzekerde waarde van de kluis van de American Express Bank als gevolg van de storting van *f* 8,5 miljoen van verdachte tijdelijk, voor de periode 29 mei 1999 tot en met 2 juni 1998, is opgehoogd van 100 naar 163 miljoen Luxemburgse francs en waarvoor verzekeringspremie bij Bayline in rekening is gebracht; het geld op een bankrekening in Luxemburg is gestort, buiten het zicht van de Nederlandse fiscus; het in privé door verdachte ontvangen geld op een bankrekening van een vennootschap van verdachte is gestort, waarbij niet is gebleken dat daar een prestatie van die vennootschap tegenover heeft gestaan of van een door de transactie ontstane schuldverhouding tussen verdachte en die vennootschap en het bedrag van *f* 8,5 miljoen niet terugkomt op vermogensoverzichten van verdachte; (een deel van) het geld een route heeft afgelegd langs meerdere bankrekeningen in binnen- en buitenland; verdachte een ongeloofwaardige verklaring heeft afgelegd omtrent de herkomst van het geld. Rechtbank Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

september 1998 schrijft eerstgenoemde over het verzoek van Paarlberg om alle leningen met betrekking tot onder andere [bedrijf U] over te hevelen van Balladas Investments N.V. (door de Rechtbank aangeduid met '[bedrijf L]') aan [bedrijf L.1], in verband waarmee zij [betrokkene 13] verzoekt om recente gegevens met betrekking tot deze leningen. Uit de inhoud van deze fax, alsook uit de vermogensopstellingen van Paarlberg[337] valt volgens de Rechtbank af te leiden dat binnen de ondernemingen van verdachte en ook door personen bij FTC Trust er vanuit is gegaan dat verdachte in ieder geval tot begin 2000 een aandeelhoudersbelang in [bedrijf U] heeft gehad. Dit in strijd met Paarlbergs verklaring dat dit belang reeds in juli 1998 is verkocht, welke verklaring door de Rechtbank ongeloofwaardig wordt geacht. De Rechtbank is van oordeel dat het niet anders kan dan dat het geld van misdrijf afkomstig is en dat verdachte dit moet hebben geweten.

'Besmet vermogen'
Ten aanzien van de bovengenoemde twee bedragen met criminele herkomst (*f* 8,5 miljoen en *f* 3 miljoen) heeft de Rechtbank reeds vastgesteld dat zij tot het vermogen van aan de verdachte gelieerde vennootschappen zijn gaan behoren en zich op de bankrekeningen van die vennootshappen vermengd hebben met legaal vermogen. Deze 'vermenging van vermogen' kan er volgens de Rechtbank toe leiden dat het gehele vermogen hierdoor 'besmet' raakt. Aangezien de bedragen van *f* 8,5 miljoen en *f* 3 miljoen naar het oordeel van de Rechtbank van zo'n substantiële omvang zijn, moet naar het oordeel van de Rechtbank het gehele vermogen van de betrokken venootschappen van Paarlberg worden geacht besmet te zijn geraakt. Het geld waarmee vervolgens de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. zijn verworven, en daarmee de aandelen zelf, dienen derhalve volgens de Rechtbank ook aangemerkt te worden als zijnde afkomstig uit enig misdrijf. Derhalve acht de Rechtbank bewezen dat verdachte vanaf 14 december 2001 – de datum waarop witwassen strafbaar is gesteld[338], zo overweegt de Rechtbank – de aandelen in 't Gooier Hoofd B.V. voorhanden heeft gehad, terwijl hij wist dat die aandelen een criminele herkomst hadden.[339]

Betrokkenheid van de trustkantoren FTC Trust, Amicorp en CMF
In het voorgaande zijn feit 1 en feit 4 behandeld, aangezien daarbij ook de dienstverlening van de trustkantoren FTC Trust, Amicorp en CMF in beeld is gekomen. De Rechtbank heeft hierover opgemerkt dat door de 'op zich overigens legale constructies', waarmee Paarlberg zijn economische activiteiten 'in een structuur heeft gezet, waarbij gewerkt wordt met in belastingparadijzen, zoals de Britse Maagdeneilanden, gevestigde moedervennootschappen, die niet of nauwelijks verplichtingen kennen met betrekking tot het voeren van een administratie en een boekhouding', volgens de Rechtbank 'maximale mogelijkheden worden geboden om activiteiten en gegevens te verhullen met betrekking tot onder meer feitelijke zeggenschap, vermogen en geldstromen.' De trustkantoren en hun dienstverlening hebben hierbij volgens de rechtbank een versterkende rol gespeeld, evenals de Zwitserse coderekeningen die zijn gebruikt:[340]

> 'Dit wordt nog versterkt wanneer daarnaast ook gewerkt wordt met trustkantoren die officieel de directie voeren over werkvennootschappen, terwijl deze in feite louter uitvoerder zijn van opdrachten van de feitelijke eigenaren, zoals verdachte dat is met betrekking tot onder andere Bayline en Xenia. De verhullende mogelijkheden worden voorts bevorderd doordat verdachte gebruik maakt van Zwitserse

---

337 In de vermogensopstellingen van Paarlberg is volgens de Rechtbank te zien dat daarin de deelneming van Paarlberg in [bedrijf U] per november 1998, februari 1999, november 1999, december 1999 en februari 2000 wordt vermeld, steeds tegen een waarde van *f* 3 miljoen. In de toelichting bij deze vermogensopstelling zoals deze door Deloitte en Touche in haar brief d.d. 29 februari 2000 gericht aan Deutsche Hyp wordt gegeven en die volgens diezelfde brief is gebaseerd op informatie zoals die door verdachte is verstrekt, wordt ook expliciet aandacht besteed aan de waardering van het gebouw van Irish Telecom dat in [bedrijf U] zit. Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

338 Wet van 6 december 2001 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht en enkele andere wetten in verband met de strafbaarstelling van het witwassen van opbrengsten van misdrijven. *Stb.* 2001, 606.

339 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

340 Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059, r.o. 4.2.

coderekeningen, waardoor voor de buitenwereld zelfs het bestaan van een door verdachte gebruikte bankrekening niet zichtbaar is.'

Het OM lijkt (nog) kritischer over de rol van genoemde trustkantoren, waarover meer in navolgende subparagraaf. Het OM wijst er op dat het dossier in het verlengde van de afpersingen-zaak een geraffineerde vorm van witwassen laat zien: 'Er werd een contructie gezocht die het witwassen blijvend onzichtbaar moest maken.' Volgens het OM getuigt het werken met titels die waren ontleend aan vroegere rechtsverhoudingen van raffinement, omdat zonder kennis van het valse karakter van de gebruikte titels het witwassen vrijwel niet te traceren zou zijn geweest. Trustkantoren vervullen hierbij volgens het OM evenzeer een rol: 'Tot het raffinement behoort ook dat gebruik is gemaakt van personen en trustkantoren die uit de aard van hun beroep hadden moeten zien dat er wat aan de aand was en bij wie bellen hadden moeten rinkelen. Niemand heeft echter aanleiding gezien om een signaal af te geven.' Volgens het OM heeft (onder andere) de (hier beschreven) handelwijze een 'verloederend effect' gehad op het normale zakenverkeer. Het vertrouwen in zakelijke transacties, de boekhoudkundige verslaglegging en integriteit van het financiële verkeer zou daardoor ernstig zijn geschaad.[341]

3.3.6.3 Het OM: 'In deze zaak is de verwevenheid van onderwereld en bovenwereld meer dan ooit zichtbaar geworden'[342]

In de zaak Paarlberg zou volgens het OM de verwevenheid van onderwereld en bovenwereld meer dan ooit zichtbaar zijn geworden. Het OM noemt in deze 'verwevenheid' Holleeder de 'representant van het criminiele milieu' en (de door hem afgeperste) Endstra de 'zakenman op het grensvlak', die scherpe en slimme transacties zou doen, maar volgens het OM tegelijkertijd al jarenlang geld beheerde dat hij vrijwel ongemerkt witwaste. Aan de andere kant van dit spectrum noemt het OM Paarlberg als 'de vertegenwoordiger van de nette bovenwereld', waarvan volgens het OM niemand ooit zou denken dat hij zijn schijnbaar absolute tegenpool Holleeder zou faciliteren.[343]

Het OM: 'de trustmedewerkers wassen hun handen in onschuld'[344]

Het OM is als gezegd (ook) kritisch over de rol van de trustkantoren in de Paarlberg-zaak. Afsluitend is in voorgaande subparagraaf gewezen op het door het OM geconstateerde 'raffinement' van het witwassen in het verlengde van deze afpersingszaak, waarbij naar een constructie is gezocht die het witwassen blijvend onzichtbaar moest maken. In het bijzonder wijst het OM bij de geconstateerde, geraffineerde vorm van witwassen op het werken met titels die ontleend waren aan vroegere rechtsverhoudingen (zonder kennis van het valse karakter van deze titels zou het witwassen volgens het OM vrijwel niet te traceren zijn) en het gebruik van trustkantoren.[345] Ten aanzien van de trustkantoren richt de kritiek van het OM zich met name op de medewerking van de medewerkers van de trustkantoren, die tijdens het strafrechtelijk onderzoek zijn gehoord: 'Uit alle verklaringen blijkt dat de getuigen van trustkantoren het liefst om de hete brij heen draaien: hun loyaliteit lag en ligt bij Paarlberg.'[346] Deze loyaliteit zou hen volgens het OM in de problemen hebben gebracht: 'Nadat zij zijn geconfronteerd met stukken die duiden op ongelofelijk geknoei in hun boeken hulden zij zich in vaagheden over afspraken die die tussen Paarlberg en Endstra zijngemaakt, over twijfels die zouden hebben bestaan en over onduidelijkheden.'[347]

Het terugdraaien van transacties, inclusief het schonen van dossiers

Eén van de tegenstrijdigheden die het OM meent te hebben aangetroffen is dat Endstra per 2 mei 2002 eigenaar (ubo) is geworden van de vennootschap Bayline, maar dat dit twee jaar later in een

---

341 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 176-177.
342 Idem, p. 177.
343 Idem, p. 177.
344 Idem, p. 122.
345 Idem, p. 176-177.
346 Idem, p. 121.
347 Idem, p. 121.

aandelenregister van een trust op aanwijzing van de boekhouder van Paarlberg met terugwerkende kracht is geprobeerd ongedaan te maken: Endstra zou Bayline nooit in bezit hebben gehad.[348] Op de vraag van het OM aan een medewerker van FTC hoe het dan kan dat het trustkantoor rechtstreeks aan Endstra faxt over dit soort zaken, alsof Endstra en niet Paarlberg de cliënt is antwoordt een medewerker - wanneer hij wordt geconfronteerd met een fax (van 19 augustus 2002), afkomstig van FTC Trust rechtstreeks aan Endstra (over het sluiten van zijn rekening bij ANB AMRO) – met: 'Hier snap ik niets van. (…) Ik heb dit nog nooit gezien. Dit duidt erop dat Endstra wel een cliënt van FTC is.'[349] Gespeelde verbazing: de trustmedewerkers wassen hun handen in onschuld.[350]
Bovendien zijn volgens het OM de dossiers bij Amicorp, FTC en CMF geschoond: 'de betrokken trustkantoren Amicorp, FTC en CMF hebben getracht alle bewijzen van het feit dat Endstra aandeelhouder is geweest van (…) Bayline uit de boeken te halen. Kennelijk op verzoek van Paarlberg en/of Endstra (…)'[351] Bij een compliance officer van Amicorp is het kennelijk originele exemplaar van het aandeelhoudersregister van Bayline aangetroffen, waarin Endstra vanaf 2 mei 2000 is ingeschreven als aandeelhouder, terwijl in de dossiers waarmee het trustpersoneel werkte zijn naam overal was weggehaald.[352] Volgens het OM was deze 'manipulatie van de boeken' dienstig aan een constructie om 'op een fiscaal onopvallende wijze' de betaling van afpersingsgelden mogelijk te maken:

> 'Het terugdraaien van transacties op de manier zoals hier is gebeurd, inclusief het schonen van dossiers, heeft alle schijn van een constructie die beoogt iets te verhullen. In dit geval beoogde de constructie niet alleen verhulling, maar ook het creëren van een nieuwe mogelijkheid om het spel nogmaals op te voeren, maar dan tegen betaling. De enige belanghebbende bij deze onlogische en onzakelijke operatie was Paarlberg. Hij verkreeg de vennootschap Bayline opnieuw, en daarmee de mogelijkheid om Endstra er alsnog voor te laten betalen.'[353]

Geen van de drie trustkantoren is strafrechtelijk vervolgd. Ook is (in Nederland) DNB niet overgegaan tot intrekking van de vergunning van FTC Trust. Mede door de felle kritiek van het OM op het handelen van de trustkantoren, die ook de media niet ontgaan is, werpt de strafzaak tegen Paarlberg echter wel opnieuw een kritisch licht op de dienstverlening van trustkantoren.[354]

3.4 Slot

Internationale kennis 'misuse of trust and corporate service providers'
In het voorgaande is een overzicht gegeven van de stand van kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren. In subparagraaf 3.2.5 is geconcludeerd dat de internationale kennis op dit terrein blijkens de rapporten *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (FATF, 2006) en *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (FATF 2010) en *The Puppet Masters* (StAR 2011) onmiskenbaar is toegenomen. De vier typologieën die in

348 OM gispt 'ongelooflijk geknoei' trustkantoren, *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010.
349 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 121.
350 OM gispt 'ongelooflijk geknoei' trustkantoren, *Het Financiële Dagblad* 12 mei 2010.
351 Parket Amsterdam, requisitoir van het Openbaar Ministerie, p. 125.
352 Idem, p. 125.
353 Requisitoir van het Openbaar Ministerie in de strafzaak tegen Jan Dirk Take Paarlberg, Parket Amsterdam, gehouden ter terechtzitting van de rechtbank te Amsterdam, zitting houdend te Haarlem op 10 en 11 mei 2010, p. 128.
354 Zie in dit verband onder andere: 'Onderwereldbank', *Het Financieele Dagblad* 9 juni 2010; 'Paarlberg gebruikte bedrijven voor delicten', *Het Financieele Dagblad* 9 juni 2010; 'Laatste dag strandt in een welles-nietesbrij', *Het Financieele Dagblad* 21 mei 2010; 'OM gispt 'ongelofelijk geknoei' trustkantoren', *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010; 'OM eist vier jaar cel Paarlberg', *Het Financieele Dagblad* 12 mei 2010; 'Superslordige fout, maar buiten mij om', *Het Financieele Dagblad* 7 april 2010; en 'Kasteelheer voor de rechter; Profiel/De Zaak-Paarlberg', *Vrij Nederland* 27 maart 2010.

het eerste rapport zijn beschreven, zijn in het tweede rapport uitgebreid tot zeven typologieën die in laatstgenoemd rapport nader zijn uitgewerkt en tevens onderverdeeld in drie categorieën. Uit het derde rapport spreekt bovendien de gevoelde behoefte om de ratio achter complexe structuren te kunnen doorgronden.

Nationale kennis 'misbruik van trustkantoren'
De stand van de kennis van misbruik van Nederlandse trustkantoren loopt mijns inziens achter op die van de internationale kennis op dit terrein. Dat mag vrij letterlijk worden genomen: in de weinige literatuur waarin aandacht wordt besteed aan misbruik van Nederlandse trustkantoren, wordt als gezegd geconstateerd dat er geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of zij actief betrokken zijn bij witwassen, terrorismefinanciering en fiscale fraude.[355] Derhalve is men, om het misbruik van (Nederlandse) trustkantoren te kunnen begrijpen, (letterlijk) aangewezen op de internationale rapporten waarin 'misuse of trust and corporate service providers' wordt beschreven. Met de behandeling van de incidentele voorbeelden van misbruik van Nederlandse trustkantoren in dit hoofdstuk heb ik beoogd daarin verandering te brengen. Het is evenwel evident dat hier nog een grote slag te maken zal zijn. Bezien vanuit de behandelde Nederlandse casuïstiek bieden de in de internationale rapporten beschreven misbruiktypologieën voor de opsporing thans nog onvoldoende bruikbare 'tools' om het (veelal complexe) misbruik van trustkantoren in kaart te brengen.[356]

355 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 15. Zie ook: B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. De Kruif, M. Busuioc en K. Wokke, *The Amounts and the Effects of Money Laundering, Report for the Ministry of Finance*, Utrecht: Utrecht School of Economics 16 februari 2006, p. 126, en: M.T. van der Wulp, *a.w.* 2009, p. 5.

356 Dat geldt eveneens voor het in kaart brengen van het misbruik van de recent in beeld gekomen 'virtuele trustkantoren' (en een klein deel van de illegale trustkantoren dat het toezicht van DNB bewust ontwijkt). Hoewel hun dienstverlening sterk in de belangstelling is gekomen, is over het misbruik van deze trustkantoren nog niets bekend. Zie ook: 'Verkoop Britse bv's dankzij mazen in wet', *Het Financieele Dagblad* 25 februari 2011.

IV DE ONTWIKKELING VAN INTERNATIONALE STANDAARDEN VAN REGULERING EN TOEZICHT BETREFFENDE TRUSTKANTOREN

IV DE ONTWIKKELING VAN INTERNATIONALE STANDAARDEN VAN REGULERING EN TOEZICHT BETREFFENDE TRUSTKANTOREN

> 'There is no international group of company and trust regulators and there are no international standards concerning the regulation and supervision of companies, company service providers, trusts and trust service providers. These issues have been raised, from time to time, by many offshore jurisdictions that we visited.
>
> It has also been pointed out that many onshore jurisdictions do not regulate these activities.'
> (Internationaal Monetair Fonds, 2001)[1]

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de ontwikkeling van de internationale standaarden van 'regulation and supervision' van trustkantoren behandeld. Hiertoe worden eerst de belangrijkste internationale initiatieven en documenten behandeld, die de aanzet hebben gegeven tot de ontwikkeling van de internationale standaarden op dit terrein. Voorts worden de belangrijkste internationale instrumenten besproken, die thans op de ontwikkeling van deze standaarden van invloed zijn. Hierbij is evenwel niet gestreefd naar volledigheid. Het doel van dit hoofdstuk is in de eerste plaats de kernpunten aan te wijzen, die van invloed zijn geweest op de totstandkoming en de vormgeving van regulering en trusttoezicht in Nederland, dat als gezegd voor het belangrijkste deel in de Wtt zijn wettelijke basis heeft verkregen. In de tweede plaats is het doel kernpunten te identificeren, die *sinds* de introductie van het trusttoezicht in Nederland van invloed zijn op de Nederlandse situatie. Zo is gebleken, in het meest recente evaluatierapport van de FATF, waarin zij de Nederlandse wet- en regelgeving ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering heeft beoordeeld, dat (onder andere) de wet- en regelgeving met betrekking tot trustkantoren thans niet geheel voldoet aan de internationale standaarden van de FATF. Zij is thans op enkele onderdelen volgens de FATF slechts *'Partially Compliant'*.[2]

Een ijkpunt: Het Offshore Financial Center Assessment Program van het Internationaal Monetair Fonds en de voorafgaande rapporten van het UK Home Office en KPMG
Een moeilijkheid bij het duiden van de kernpunten in de ontwikkeling van internationale standaarden op het terrein van regulering en toezicht ten aanzien van trustkantoren, is het bepalen van een 'beginpunt' in het onderzoek, oftewel: een 'ijkpunt'. Vanaf welk moment is men specifiek naar de trustkantoren gaan kijken bij de vormgeving van regulering en toezicht? Op welk moment heeft de ontwikkeling van internationale standaarden op dit terrein daadwerkelijk een aanvang genomen?

Uit het inleidende citaat van dit hoofdstuk kan worden opgemaakt dat de internationale standaarden van trusttoezicht en regulering van deze sector pas in de laatste tien jaar tot stand moeten zijn gekomen. Het Internationaal Monetair Fonds (IMF) constateert in de vroege rapportages (de *IMF Staff Assessments* genaamd, hierna kortheidshalve ook: *Assessment Report*) van haar *Offshore Financial Center Assessment Program* (ook wel aangeduid als het *OFC Assessment Program*, of korter: het *OFC Assessment*)[3], dat er op dat er op dat moment geen internationale standaarden zijn met betrekking

---

1 *Gibraltar – Assessment Of the Regulation and Supervision Of Financial Services*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 31 oktober 2001, p. 49.

2 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

3 De *Assessment Reports*, die in het kader van het *OFC Assessment Program* tot stand zijn gekomen, worden ook wel *IMF Staff Assessments* genoemd.

tot 'regulation and supervision of companies, company service providers, trusts and trust service providers.'[4] Het inleidende citaat is afkomstig uit één van de eerste rapporten van dit *OFC Assessment Program*, waarin de regulering en het toezicht van de financiële dienstverlening van de offshore sector van Gibraltar wordt behandeld.[5] Ook in het eerste assessment rapport, waarin de offshore sector van Cyprus is behandeld[6], wordt opgemerkt dat het op dat moment aan internationale standaarden ten aanzien de activiteiten van de trustkantoren ontbreekt: 'There are, as yet, no internationally accepted standards for the assessment of practices relating to companies, trusts and company and trust service providers.'[7]

Het bovengenoemde *OFC Assessment Program* is gestart in juli 2000[8], na bekrachtiging van het programma door Raad van Bestuur van het IMF (op 26 juli 2000).[9] In de *OFC Assessments* wordt ten aanzien van een aanzienlijk aantal financiële offshore centra[10], steeds per individuele jurisdictie beoordeeld in hoeverre zij voldoet aan de geldende internationaal geaccepteerde standaarden.[11] Zo zijn

---

4 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49.

5 *Gibraltar – Assessment Of the Regulation and Supervision Of Financial Services*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 31 oktober 2001.

6 *Publication of First IMF Staff Assessment of an Offshore Financial Center*, IMF nieuwsbrief No. 01/80, 21 augustus 2001. De nieuwsbrief kondigt de publicatie van twee assessment rapporten aan, te noemen het rapport *Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juli 2001 en het rapport *Assessment of Implementation of the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision in Respect of the Offshore Sector*, IMF 30 juli 2001. Hoewel in laatstgenoemd rapport het toezicht op banken centraal staat, wordt zijdelings ook enige aandacht besteed trustkantoren en aan het optreden als trustee. De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren blijft in dat rapport echter onbesproken.

7 Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 35.

8 Zie: *IMF Board Reviews Issues Surrounding Work on Offshore Financial Centers*, IMF nieuwsbrief No. 00/62, 26 juli 2000.

9 Het assessment programma is gebaseerd op het document *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF 23 juni 2000.

10 Thans zijn van de 44 jurisdicties die zijn uitgenodigd voor deelname aan het programma, één of meer assessment rapporten verschenen van de navolgende jurisdicties: Andorra, Anguilla, Aruba, de Bahamas, Belize, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Cook Islands, Cyprus, Gibraltar, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Liechtenstein, Macao, Malaysia, Monaco, Monterserrat, de (voormalige) Nederlandse Antillen, de Republiek van Palau, Panama, Samoa, de Seychellen, Turks & Caicos Islands en Vanuatu. Zie in dit verband ook: *IMF Executive Board Reviews the Assessment Program on Offshore Financial Centers*, IMF Public Information Notice No. 03/138 24 november 2003.

11 Het palet van internationale standaarden waaraan thans in het Assessment Programma wordt getoetst is aanzienlijk uitgebreid ten opzichte van het toetsingskader dat in de eerste assessment rapporten is gehanteerd. Tegenwoordig wordt getoetst aan de standaarden die afkomstig zijn van de volgende 'Standard Setting Agencies': het International Accounting Standards Board (IASB), de International Federation of Accountants (IFAC) en het Basel Committee on Banking Supervision (BCBS) voor wat betreft de standaarden die betrekking hebben op accounting; de Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) voor wat betreft de standaarden met betrekking tot het tegengaan van witwassen en de financiering van terrorisme; het IFAC voor wat betreft de standaarden omtrent auditing; het BCBS voor standaarden betreffende banking; de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO), het BCBS en de World Bank voor wat betreft de standaarden van 'corporate governance'; het Internationaal Monetair Fonds zelf met betrekking tot de standaarden over het verspreiden van gegevens ('data dissemination'), evenals over fiscale transparantie en het monetaire en financiële transparantiebeleid; de World Bank, de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) en de International Bar Association (IBA) met betrekking tot de standaarden betreffende insolventie en crediteurenrechten; de International Association of Insurance Supervisors (IAIS) met betrekking tot standaarden betreffende de regulering van verzekeraars; het Committee on Payment and Settlements Systems (CPSS) met betrekking tot de standaarden betreffende betaalsystemen; en ten slotte de International Organisation of Securities Commissions (IOSCO) voor wat betreft de standaarden van regulering van de effectenmarkten. Zie nader hieronder in paragraaf 4.3 ('Het Internationaal Monetair Fonds en het Offshore Financial Center Assessment Program').

de financiële offshore centra van bovengenoemde rapporten getoetst op basis van de *Basel Core Principles* voor wat betreft het toezicht op banken, evenals aan de standaarden van de *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS) met betrekking tot het toezicht op verzekeraars en de standaarden van de *International Organisation of Securities Commissions* (IOSCO) voor wat betreft het toezicht op het investering- en effectenbedrijf. Op het moment dat trustkantoren en hun activiteiten in beeld kwamen, bleek het op het specifieke terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren aan internationaal onderschreven standaarden voor assessment te ontbreken. Tegelijk merkt het IMF op dat er twee rapporten zijn verschenen, die op dit terrein richtinggevend zouden kunnen zijn: 'However, the sector of offshore companies and trusts has recently attracted considerable attention, e.g., in the *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies* (the *Edwards Report*) and the *KPMG Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*. In both reports, some broad general principles were applied, explicitly and implicitly, as guides to what can be considered good practice in these areas' (mijn cursivering, vdW).[12, 13] Op basis van bovengenoemde 'general principles' doet het IMF in haar *Assessment Reports*, naast de aanbevelingen die specifiek voor het toezichtregime van de betreffende onderzochte jurisdictie van toepassing zijn, mijns inziens ook enige universeel toepasbare aanbevelingen op het terrein van regulering en toezicht ten aanzien van trustkantoren.[14] Bij deze aanbevelingen heeft zij tevens de bijbehorende methoden van 'good practice' beschreven.[15]

De constatering door het IMF dat internationale standaarden op het terrein van regulering en toezicht niet voorhanden waren, evenzeer als het aanwijzen en tezamen codificeren van de *general principles* en methoden van *good practice* op het terrein van regulering en toezicht, maken mijns inziens dat de vroege *Assessment Reports* van het IMF in het kader van het *OFC Assessment Program* en de hieraan voorafgaande rapporten van UK Home Office en KPMG de eerste relevante *internationale* instrumenten zijn waarmee de ontwikkeling van deze internationale standaarden daadwerkelijk een aanvang heeft genomen. Deze instrumenten worden hieronder behandeld in paragraaf 4.3 'Een ijkpunt in het onderzoek: het Offshore Financial Center Assessment Program van het Internationaal Monetair Fonds en de voorafgaande rapporten van UK Home Office en KPMG.' Hierbij worden tevens de (laatstgenoemde) voorafgaande rapporten besproken die volgens het IMF hebben gediend 'as guidance to what can be considered good practice in these areas.'[16]

Het gaat hierbij in de eerste plaats om de vier rapporten van UK Home Office, die vooral bekendheid genieten onder de naam 'Edwards Report', voluit: *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies.*[17] Daarnaast gaat het hierbij om de zes rapporten van KPMG, die zijn verschenen onder de naam *KPMG Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and*

---

12 Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 35.

13 A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authorities*, Londen: UK Home Office 19 november 1998. Deze rapportage is tevens bekend als 'the Edwards Report'. En: *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, Londen: KPMG 27 oktober 2000.

14 Zie in dit verband in het bijzonder: Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, onderdeel VI 'Assessment of Practices Relating to Companies, Trusts, and Company and Trust Services Providers', p. 35-39; Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, onderdeel VII 'Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trusts and Trust Service Providers', p. 49-63; en *Aruba – Offshore Financial Center Assessment*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juni 2002, onderdeel VII 'Company Service Providers', p. 41-44.

15 Van de drie assessment rapporten in bovenstaande voetnoot wordt met name in het daar aangewezen onderdeel van het rapport van Gibraltar methoden van good practice beschreven.

16 Zie laatstgenoemd citaat: Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 35.

17 De rapportage bestaat uit de navolgende vier delen, te noemen: *Review of Financial Regulations in the Crown Dependencies (Part I: Principal Issues Summary and Main Conclusions Main Report)*, *Bailiwick of Jersey (Part II: The Jersey Finance Centre)*, *Bailiwick of Guernsey (Part III: The Guernsey Finance Centre)* en *Isle of Man (Part IV: The Isle of Man Finance Centre)*.

Bermuda.[18] De vastlegging van de in deze rapportages beschreven standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren in de eerste rapporten van het OFC Assessment Program, wordt in deze dissertatie als 'ijkpunt' genomen, in die zin dat deze standaarden vanaf dat moment door het vastleggen en als zodanig aanwijzen door het IMF draagvlak op internationaal niveau hebben verkregen. In de kern genomen dienen deze standaarden een specifiek doel, dat het IMF in één van haar eerste *Assessment Reports* als volgt (samengevat) beschrijft:[19]

> 'regulatory and law enforcement agencies must be able to obtain key information about trusts and companies incorporated within their jurisdiction. This implies that they should be able to obtain details of the ultimate beneficial owner and not simply the name of the person who set up the structure. There should also be gateways through which non-public information on beneficial ownership and control are shared with other regulators and law enforcement agencies – both domestically and internationally – for regulatory purposes or for investigating criminal activities. This alone is not likely to stop the abuse of the system but will reduce the scope for abuse of company and trust structures.'

Het hier genoemde belang van het uit de anonimiteit halen van de 'ultimate benificial owner' (hierna ook: de uiteindelijk belanghebbende, vaak afgekort als 'UBO'), is eveneens terug te vinden in de aanbevelingen van de later opgestelde rapporten van de FATF en de OESO, te noemen het *Review of the FATF Forty Recommendation Consultation Paper* (FATF, 2002)[20] en het rapport *Behind the Corporate Veil; Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OESO, 2001).[21] In de MvT van de Wtt worden beide rapporten genoemd. Zij zijn blijkens de MvT van de Wtt direct van invloed geweest op de vormgeving van deze wet, met name voor wat betreft de positionering van het trusttoezicht in het overheidsbeleid (hierbij worden zowel het *Consultation Paper* van de FATF als het genoemde OESO-rapport genoemd)[22], de in beeld gebrachte (trust)diensten (FATF)[23] en de vaststelling van de te kiezen toezichtmodellen (OESO)[24] bij het te introduceren toezicht op trustkantoren. Beide rapporten worden hieronder uitgebreid behandeld in paragraaf 4.4 'De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling', respectievelijk 4.5 'De Financial Action Task Force on money laundering'. In de navolgende subparagrafen volgt eerst een chronologische behandeling van de internationale initiatieven en documenten, die aan de totstandkoming van beide rapporten vooraf zijn gegaan.

Op deze plaats moet worden opgemerkt dat er in de relevante (Nederlandse) literatuur weinig is geschreven over de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren.[25, 26] Vreemd genoeg wordt in deze literatuur in het geheel géén melding gemaakt van

---

18 De KPMG-rapporten betreffen de volgende zes overzeese gebieden: Anguilla, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Montserrat en de Turks & Caicos Islands. De zes rapporten zijn steeds gepubliceerd onder de titel *KPMG Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, met daarbij de vermelding van de betreffende jurisdictie die in het rapport wordt behandeld.

19 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49-50.

20 *Review of the FATF Forty Recommendation Consultation Paper*, FATF 30 mei 2002, zie met name het onderdeel 'Trust and Company service providers', p. 92 e.v.

21 *Behind the Corporate Veil; Using Corporate Entities for Illicit purposes*, OESO mei 2001, zie met name het onderdeel 'Menu of Possible Options for Obtaining Beneficial Ownership and Control Information', p. 77 e.v. In de MvT wordt de titel van dit rapport als volgt weergegeven: *Behind the corporate veil; misuse of corporate vehicles for illicit purposes*, zie: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 2.

22 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 2-3.

23 Idem, p. 4.

24 Idem, p. 3-6.

25 Een beknopte uiteenzetting van deze ontwikkeling is te vinden in: K. Frielink, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2010, p. 8-11, W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, Toezicht op trustkantoren, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 22-23, *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren*, *Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 12.

bovengenoemde *Assessment Reports* van het IMF, noch van de rapporten van Edwards en KPMG, die voor het IMF richtinggevend zijn geweest bij de assessments met betrekking tot het toezicht op de trustkantoren in de door het IMF onderzochte financiële offshore centra. Mijns inziens zijn in deze rapporten echter belangrijke essentialia van regulering en toezicht beschreven, die door bekrachtiging van het IMF bovendien internationaal draagvlak hebben verkregen. Bij deze essentialia moet, naast het hierboven genoemde belang van het uit de anonimiteit halen van de uiteindelijk belanghebbende, worden gedacht aan belangrijke karakteristieken van regulering en toezicht, zoals: een algehele vergunningplicht voor het verlenen van (trust)diensten en de strafbaarstelling van het zonder vergunning verlenen daarvan, het door de toezichthouder efficiënt en onafhankelijk uitoefenen van toezichtbevoegdheden ten aanzien van vergunninghoudende trustkantoren en het handhavend optreden tegen trustkantoren die in overtreding zijn. Bij de bespreking van deze rapporten zal daarom de nadruk worden gelegd op de hierin vastgelegde voorstellen en aanbevelingen. Om deze voorstellen en aanbevelingen zo zuiver mogelijk voor het voetlicht te brengen, is er op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk voor gekozen om deze in de bewoordingen van het betrokken internationale orgaan weer te geven. Het hoofdstuk bevat derhalve citaten en is beschrijvend van aard.

4.2 Het Financial Stability Forum en de Working Group on Offshore Financial Centres

4.2.1 Ten geleide: het Financial Stability Forum

Het eerste relevante internationale initiatief dat volgens de literatuur[27] de aanzet heeft gegeven tot de invoering van toezicht op trustkantoren in Nederland, is terug te voeren op een belangrijke aanbeveling, te noemen *Recommendation 9: 'Corporate vehicles and beneficial ownership'*. Deze aanbeveling is opgenomen in het op 5 april 2000 tot stand gekomen *Report of the Working Group on Offshore Centres*.[28]

De Working Group on Offshore Financial Centres is ingesteld door het zogeheten Financial Stability Forum (FSF), dat sinds 2 april 2009 met een uitgebreid ledenbestand[29] en verbreed mandaat[30] is

---

26 Een recent overzicht van de in 12 jurisdicties geldende wet- en regelgeving met betrekking tot regulering en toezicht betreffende trustkantoren, wordt gegeven in K. Roe en G. Envis, *The Regulation of Trust and Company Service Providers*, *A research study into the anti-money laundering and conduct of business regulation of trust and company service providers applicable in a number of financial services jurisdictions*, Londen: Society of Trust and Estate Practitioners (STEP), mei 2006. Nederland en haar wetgeving betreffende trustkantoren is in deze uiteenzetting niet meegenomen.

27 Zie: R.S.J. Martha, *Inzake het toezicht op trustkantoren*, TAR-Justicia 2002/3, p. 191 en K. Frielink, *a.w.* 2010, p. 11. Zie hierover nader subparagraaf 4.2.3 ('Report of the Working Group on Offshore Financial Centres').

28 *Report of the Working Group on Offshore Centres*, Financial Stability Forum 5 april 2000.

29 Het ledenbestand van het FSB is ten opzichte van het ledenbestand van het FSF uitgebreid met alle overige leden van de G20 en de Europese Commissie. De door het FSB vertegenwoordigde landen en gebieden zijn thans: Argentinië, Australië, Brazilië, China, Canada, Frankrijk, Duitsland, Hong Kong SAR, India, Indonesië, Italië, Japan, Korea, Mexico, Nederland, Rusland, Saudi-Arabië, Singapore, Zuid-Afrika, Spanje, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten en Zwitserland. Daarnaast zijn de volgende instellingen thans lid van de FSB: de Bank for International Settlements (BIS), de Europese Centrale Bank (ECB), de Europese Commissie, het Internationaal Monetair Fonds (IMF), de OESO, het Comité van Bazel van Bankentoezichthouders (Basel Committee on Banking Supervision, BCBS), het International Accounting Standards Board (IASB), de International Association of Insurance Supervisors (IAIS), International Organization of Securities Commissions (IOSCO), Committee on the Global Financial System (CGFS), and Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS).

30 Het mandaat van het FSB is thans gedefinieerd als volgt: 'monitor and advise on market developments and their implications for regulatory policy; advise on and monitor best practice in meeting regulatory standards; undertake joint strategic reviews of the policy development work of the international standard setting bodies to ensure their work is timely, coordinated, focused on priorities and addressing

overgegaan in het zogeheten Financial Stability Board (FSB).[31] De totstandkoming van de werkgroep en haar genoemde rapport worden beschreven in paragraaf 4.2.2 'De Working Group on Offshore Financial Centres', respectievelijk paragraaf 4.2.3 'Report of the Working Group on Offshore Financial Centres'. Voor een goed begrip van beide onderwerpen, wordt ter inleiding de totstandkoming van het toenmalige FSF behandeld, waarbij tevens wordt ingegaan op het (oorspronkelijke) doel van dit forum.

Oprichting van het FSF
Op 22 februari 1999 is het FSF opgericht door de ministers van Financiën en de centralebankpresidenten van de G7, op hun bijeenkomst te Bonn.[32] Het forum is opgericht met als doel het bevorderen van de internationale financiële stabiliteit door middel van verbeterde informatie uitwisseling en samenwerking op het gebied van financieel toezicht. Vanuit dit oogpunt diende het forum ertoe om senior vertegenwoordigers van nationale autoriteiten, internationale instellingen en internationale sectorspecifieke toezicht- en expertgroepen, op een reguliere basis bij elkaar te brengen.[33] Naast de oprichters van het forum bestond het ledenbestand oorspronkelijk uit de ministeries van Financiën, de centrale banken en toezichthouders van de G-7 landen, tezamen met de voorzitters van internationale regelgevende instanties en vertegenwoordigers van internationale financiële instellingen.[34] Vanaf de tweede vergadering van het forum, gehouden op 15 september 1999 te Parijs, namen ook Nederlandse vertegenwoordigers deel aan de bijeenkomsten.[35]

Het uitgebreide mandaat van het FSF
Voorafgaand aan de oprichting van het forum kwamen de oprichters bijeen op 3 oktober 1998 te Washington, waar zij aan Hans Tietmeyer (de toenmalige President van de Deutsche Bundesbank) het verzoek richtten 'to consult with other appropriate bodies and to consider with them the arrangements for cooperation and coordination between the various international financial regulatory an supervisory bodies and the international financial institutions interested in such matters, and to put to us expeditiously recommendations for any new structures and arrangements that may be required.'[36] In hun verklaring van 30 oktober 1998 hebben zij het mandaat geherformuleerd en uitgebreid:

> 'We agree that better processes are needed for monitoring and promoting stability in the financial system and for the International Financial Institutions, working closely with the international supervisory and regulatory bodies, to conduct surveillance of national financial sectors and their regulatory and supervisory regimes with all relevant information accessible to them.
>
> We agree therefore that we will:
> (i) support the establishment of a process for strengthened financial sector surveillance using national and international regulatory and supervisory expertise,

---

gaps; set guidelines for and support the establishment of supervisory colleges; manage contingency planning for cross-border crisis management, particularly with respect to systemically important firms; and collaborate with the International Monetary Fund (IMF) to conduct Early Warning Exercises.'

31 *Re-establishment of the FSF as the Financial Stability Board*, *prepared remarks by Mario Draghi, Chairman of the Financial Stability Forum, At conclusion of London Summit*, FSB 2 april 2009, p. 1-2.

32 Zie in dit verband: *International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance*, *Report by Hans Tietmeyer, President of the Deutsche Bundesbank*, FSF 11 februari 1999. Zie ook: *Announcement of the First Meeting of the FSF, Washington*, persbericht FSF april 1999.

33 *Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting*, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000.

34 *Announcement of the First Meeting of the FSF, Washington,* persbericht FSF april 1999.

35 *Broadening Representation in the FSF*, persbericht FSF juni 1999.

36 *International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance*, *Report by Hans Tietmeyer, President of the Deutsche Bundesbank*, FSF 11 februari 1999, p. 1.

> including through a process of peer review, and the IMF's regular surveillance of its member countries (…);
> (ii) to this end bring together the key international institutions and key national authorities involved in financial sector stability better to co-operate and to co-ordinate their activities in the management and development of policies to foster stability and reduce systemic risk in the international financial system and to exchange information more systematically on risks in the international financial system.
>
> At our meeting on 3 October we asked Dr Tietmeyer to consult the relevant international bodies on these reforms and we look forward to his conclusions.'[37]

In zijn verslag *International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance*, waarin Tietmeyer rapporteert over de door hem in het kader van het mandaat verrichte consultaties, doet hij vervolgens de aanbeveling op basis waarvan de oprichters van het forum daadwerkelijk tot oprichting van het forum zijn overgegaan:

> 'The G-7 should take the initiative in convening a Financial Stability Forum. Such a Forum should meet regularly to assess issues and vulnerabilities affecting the global financial system and to identify and oversee the actions needed to address them. The Forum would report to the G-7 Ministers and Central Bank Governors. It would replace the series of ad hoc groups that have been convened by the G-7 over the past few years with a view to strengthening the international financial system.'[38]

Oprichting van de Working Group on Offshore Financial Centres
De eerste bijeenkomst van het FSF is gehouden op 14 april 1999 bij het IMF te Washington en werd voorgezeten door Andrew Crockett (destijds de General Manager van de Bank for International Settlements).[39] Op deze bijeenkomst is overgegaan tot de oprichting van drie werkgroepen om het beleid te bepalen ten aanzien van drie aandachtsgebieden, te noemen 'highly leveraged institutions' (hedge funds), kapitaalstromen en financiële offshore centra.[40] In het kader van de in dit hoofdstuk te bespreken ontwikkeling van internationale standaarden is met name de werkgroep ten aanzien van het derde aandachtsgebied, de zogeheten 'Working Group on Offshore Financial Centres', van belang.[41] Deze werkgroep doet onderzoek naar de gebruiken en activiteiten van deze offshore centra. De gedachte is dat de financiële offshore centra die tekortkomingen hebben op het gebied van financieel toezicht, grensoverschrijdende samenwerking en transparantie, het voor de deelnemers op de financiële markt mogelijk maken bepaalde regulering te ontwijken ('to engage in regulatory arbitrage'), waardoor de inspanningen om de stabiliteit van het mondiale financiële systeem volgens de werkgroep zouden kunnen worden ondermijnd.[42] Volgens de werkgroep kunnen deze problemen van de financiële offshore centra het beste worden aangepakt door middel van aanvaarding en implementatie van internationale standaarden. De werkzaamheden van de Working Group on Offshore Financial Centres zijn op de ontwikkeling van deze standaarden gericht: 'The Group's work is focused

---

37 *Declaration of G7 Finance Ministers and Central Bank Governors*, IMF 30 oktober 1998, zie het onderdeel 'Stability of the International Financial System'.

38 *International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance*, *Report by Hans Tietmeyer, President of the Deutsche Bundesbank*, FSF 11 februari 1999, p. 6.

39 Zie: *Press release FSF*, FSF 15 september 1999, evenals: *Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting*, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000.

40 *Press release FSF*, FSF 15 september 1999, p. 1.

41 Daarnaast zijn de 'Working Group on Highly Leveraged Institutions' en de 'Working Group on Capital Flows' opgericht. Zie onder andere: *Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting*, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000, p. 1-2.

42 *Press release FSF*, FSF 15 september 1999, p. 2.

on identifying the relevant international standards whose implementation would address these issues, and developing recommendations on mechanisms for assessing compliance in the implementation of the standards and ensuring appropriate incentives to enhance such compliance.'[43]

4.2.2 De Working Group on Offshore Financial Centres

De Working Group on Offshore Financial Centres is als gezegd op de inaugurele bijeenkomst van het FSF op 14 april 1999 opgericht.[44] Onder voorzitterschap van John Palmer (destijds Superintendent of Financial Institutions in Canada) heeft de werkgroep de opdracht gekregen onderzoek te doen naar de invloed van financiële offshore centra op de financiële stabiliteit op mondiaal niveau.[45] Evenals de andere twee bovengenoemde werkgroepen, bestaat de werkgroep uit experts uit ontwikkelde, evenals zich nog ontwikkelende markteconomieën, internationale financiële instellingen en toezichthouders.[46] De werkgroep is gevraagd: 'i. to consider the uses of OFCs (Offshore Financial Centres) and the possible role they have had or could play in posing threats to the stability of the financial system; ii. to evaluate the adherence of OFCs with internationally accepted standards and good practices; and iii. to make recommendations, including to enhance problematic Offshore Financial Centres' observance of international standards'.[47] De onderzoeksresultaten en aanbevelingen van de werkgroep zijn gepubliceerd in het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*, dat op 25 en 26 maart 2000 tijdens de jaarlijkse vergadering van het FSF te Singapore door het forum is bekrachtigd.[48]

In de navolgende subparagraaf wordt dieper inhoudelijk op het rapport ingegaan. Hierin wordt het probleem behandeld van de financiële offshore centra die zichzelf als zogenaamde 'regulatory havens' in de markt zetten.[49] De aanbevelingen van de werkgroep om deze problemen van de OFCs aan te pakken, zijn gericht op een verbeterde implementatie van internationale standaarden door deze OFCs, met name op het gebied van regulering en toezicht, verslaglegging ('disclosure') en het delen van informatie. Daarnaast doet de werkgroep in haar rapport een belangrijke aanbeveling, die blijkens het *Statement by Andrew Crockett* (evenals het rapport zelf) door het FSF wordt bekrachtigd: 'In addition, the Forum called on the OECD to explore the feasibility of developing a mechanism to ensure that supervisors and law enforcement authorities are able to obtain, on a timely basis, information on beneficial ownership of corporate vehicles, and for the sharing of information with foreign authorities'.[50]

4.2.3 Report of the Working Group on Offshore Financial Centres

Recommendation 9
In haar *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* heeft de werkgroep een belangrijke aanbeveling gedaan, die (onder andere)[51] volgens Frielink specifiek voor de trustsector zou

---

43 Idem, p. 2.
44 *FSF Establishes Working Groups*, persbericht FSF mei 1999.
45 *Press release FSF*, FSF 15 september 1999, p. 2.
46 Zie: FSF, *t.a.p.* 2000, bijlage B voor de ledenlijst van de werkgroep.
47 Idem, p. 6.
48 Idem, voorwoord.
49 Volgens de werkgroep zouden deze 'regulatory havens' schadelijk zijn: '(they) frustrate the efforts to strengthen the financial systems and improve transparency in the international financial system'.
50 *Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting*, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000, p. 3.
51 Ook Martha schrijft over 'de specifiek op de fiduciaire activiteiten gerichte aanbeveling van de Working Group on Offshore Centres', waarbij hij verwijst naar Recommendation 9. Zie: R.S.J. Martha, *t.a.p.* 2002/3, p. 191. Zie ook p. 189 van dit artikel: volgens Martha kon reeds uit het verslag van Tietmeyer worden opgemaakt dat 'er een internationale roep zou ontstaan om het trustwezen aan toezicht te onderwerpen', aangezien Tietmeyer het in zijn verslag had over 'assessing the need for the regulation of non-regulated entities'. Zie voor het door Martha bedoelde aandachtspunt in dit verslag:

gelden.[52] Het gaat hierbij om *Recommendation 9: Corporate vehicles and beneficial ownership*, waarin het volgende wordt aanbevolen:

> 'The Group recommends that appropriate international fora be asked to explore the issue of developing mechanisms to prevent the misuse of corporate vehicles. These mechanisms should assure that supervisors and law enforcement authorities are able to obtain, on a timely basis, information on beneficial ownership or corporate vehicles and the sharing of that information with foreign authorities'.[53]

Aan het eind van de voorgaande subparagraaf kwam ter sprake dat het FSF, op grond van bovenstaande aanbeveling, aan de OESO verzocht om met aanbevelingen te komen op het terrein van het tegengaan van misbruik van rechtspersonen, op basis waarvan toezichthoudende en handhavende autoriteiten op tijdelijke basis kunnen beschikken over de informatie betreffende de identiteit van de 'beneficial owner' van de rechtspersoon of vennootschap (aangeduid met de verzamelterm 'corporate vehicle').[54] Aan deze oproep heeft de OESO gevolg gegeven in haar rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*.[55] In dit rapport worden drie mogelijke systemen van toezicht beschreven, waarbij steeds het doel is om degene die gebruik maakt van een structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit te kunnen halen. In de MvT van de Wtt wordt tussen deze opties een afweging gemaakt (zie nader hieronder in paragraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht').[56] In onderhavige paragraaf wordt eerst het rapport van de Working Group on Offshore Financial Centres besproken. Hierbij wordt in het bijzonder ingegaan op het doel dat aan de bovengenoemde drie vormen van toezicht is gegeven, te weten het uit de anonimiteit kunnen halen van de gebruiker van de structuur, ofwel het (op tijdelijke basis) kunnen beschikken over de informatie over 'beneficial ownership'.

Uitgangspunt en focus

Het uitgangspunt van het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* was als gezegd 'to consider the significance of the OFCs in relation to financial stability in all its aspects'.[57] De focus van de werkgroep is derhalve gericht geweest op de 'financiële offshore centra'[58] en op hun invloed op de financiële stabiliteit in het bijzonder. De werkgroep bouwt hierbij voort op een aanzienlijke hoeveelheid werk van internationale fora en organisaties – grotendeels gericht op het ontwikkelen van

---

International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance, *Report by Hans Tietmeyer, President of the Deutsche Bundesbank*, FSF 11 februari 1999, onderdeel 3.4 'Specific issues to be addressed', p. 6.

52 K. Frielink, *a.w.* 2010, p. 11.

53 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 34-35.

54 Onder deze term verstaat de OESO bovendien onder andere ook trusts. OESO, *t.a.p.* 2001, p. 12. Zie nader hieronder in subparagraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht'.

55 *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001.

56 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3-4.

57 Zoals genoemd in voorgaande subparagraaf 4.2.2 'De Working Group on Offshore Financial Centres'. Zie ook: *Report of the Working Group on Offshore Centres*, FSF 5 april 2000, p. 6.

58 Het begrip 'financieel offshore centrum' ('offshore financial centre', OFC) is volgens de werkgroep niet gemakkelijk te definiëren, aangezien iedere jurisdictie volgens hen als 'offshore' kan worden beschouwd voor zover het een gunstiger regime heeft dan andere jurisdicties voor wat bijvoorbeeld betreft lage vennootschapsbelastingtarieven, een lichter regime met betrekking tot regulering, speciale faciliteiten met betrekking tot company incorporation of geheimhoudingswetgeving. Een karakteriserend kenmerk van OFCs is volgens de werkgroep dat zij een hoog niveau van 'non-resident activity' aantrekken. De volgende kenmerken zijn volgens hen (al dan niet allemaal) van toepassing (waarbij de werkgroep benadrukt dat dit niet betekent dat alle OFCs op deze manier werken): 'low or no taxes on business or investment income; no withholding taxes; light and flexible incorporation and licensing regimes; light and flexible supervisory regimes; flexible use of trusts and other special corporate vehicles; no need for financial institutions and/or corporate structures to have a physical presence; an inappropriately high level of client confidentiality based on impenetrable secrecy laws; and unavailability of similar incentives to residents'. Zie: Report of the Working Group on Offshore Centres, Financial Stability Forum, 5 april 2000, p. 9.

standaarden op het terrein van toezicht op het bank- en verzekeringswezen, de regulering van effectenmarkten, 'corporate governance', de bestrijding van witwassen en de uitwisseling van informatie – die volgens de werkgroep evenzeer voor de financiële offshore centra van belang zijn. Het gaat hier in de eerste plaats om rapporten en onderzoek van het Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)[59], de International Association of Insurance Supervisors (IAIS)[60], de International Organisation of Securities Commissions (IOSCO)[61], de FATF[62], de Verenigde Naties[63], de OESO[64] en de G-7.[65] Daarnaast wordt onder andere[66] de voor deze studie belangrijke *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies* van het Verenigd Koninkrijk genoemd. Dit rapport kwam in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk reeds ter sprake, omdat dit rapport later door het IMF is aangewezen als één van de eerste rapporten waarin enkele *general principles* zijn toegepast, die zouden kunnen dienen 'as guides to what can be considered as good practices'.[67] Daarnaast heeft de werkgroep notie genomen van de inspanningen van de FATF tegen de zogenaamde 'Non-Cooperatieve Countries and Territories' (NCCT)[68] en de inspanningen van de OESO tegen (schadelijke) belastingconcurrentie[69], omkoping en corruptie.[70, 71] Tot slot heeft de werkgroep gesproken met experts van internationale financiële instellingen en toezichthouders, waarbij enquêtes zijn afgenomen bij toezichthouders van zowel onshore als offshore jurisdicties.[72]

---

59 De werkgroep heeft (zie deze en navolgende voetnoten) op de volgende relevante internationale documenten gewezen: *The Supervision of Cross-Border Banking*, BCBS en de Offshore Group of Banking Supervisors, oktober 1996; *Core Principles for Effective Banking Supervision*, BCBS, september 1997; en *Core Principles Methodology*, BCBS, oktober 1999.

60 *Insurance Supervisory Principles*, IAIS, september 1997 en het *Insurance Concordat*, IAIS, herzien in 1999.

61 *Hedge Funds and Other Highly Leveraged Institutions*, IOSCO Hedge Funds Task Force, november 1999; en *The Objectives and Principles of Securities Regulation*, IOSCO, september 1998.

62 *The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering*, FATF, 1996; en *Report on Non-Cooperative Countries and Territories*, FATF, 14 februari 2004.

63 *Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering*, UN Office for Drug Control and Crime Prevention, mei 1998.

64 *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OESO februari 1999; en *Principles of Corporate Governance*, OESO, mei 1999.

65 *Information Sharing: Ten Key Principles*, G-7 Finance Ministers, mei 1998.

66 Naast dit rapport wordt nog genoemd het rapport: *Hedge Funds, Leverage and the Lessons of Long-term Capital Management*, The President's Working Group on Financial Markets, april 1999.

67 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49.

68 *Report on Non-Cooperative Countries and Territories*, FATF, 14 februari 2004.

69 *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OESO, april 1998.

70 *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OESO februari 1999.

71 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 6. Zie ook: Annex C 'Selected Bibliography'.

72 De volgende 30 financiële centra zijn door de werkgroep geënquêteerd: Argentinië, Australië, België, Brazilië, Canada, Chili, Denemarken, Frankrijk, Duitsland, Hong Kong, India, Ierland, Israel, Italië, Japan, Korea, Luxemburg, Maleisië, Mexico, Nederland, Noorwegen, Portugal, Singapore, Zuid Afrika, Spanje, Zweden, Thailand, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten en Zwitserland. De volgende 37 financiële centra met significante offshore activiteiten zijn door de werkgroep bevraagd: Andorra, Anguilla, Antigua, Aruba, de Bahamas, Bahrein, Barbados, Belize, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Cook Islands, Costa Rica, Cyprus, Gibraltar, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Libanon, Liechtenstein, Macau, Malta, Marshall Islands, Mauritius, Monaco, Nauru, de (voormalige) Nederlandse Antillen, Nevis, Niue, Panama, St. Kitts, Saint Lucia, St. Vincent, Samoa, de Seychellen, Turks & Caicos Islands en Vanuatu. Van laatstgenoemde 'financial centres with significant offshore activities' werden geen reacties op de enquête ontvangen van: Antigua, Cook Islands, Costa Rica, Libanon, Marshall Islands, Nauru, Nevis, Niue, St. Kitts, St. Vincent, de Seychellen en Turks & Caicos Islands. In het geval van Antigua, Nevis en St. Kitts en St. Vincent is een reactie ontvangen van de autoriteit die verantwoordelijk is voor het binnenlandse banksysteem, maar niet van de toezichthouders van deze jurisdicties.

OFCs en financiële stabiliteit volgens de werkgroep
Eén van de belangrijkste bevindingen van de werkgroep is (opmerkelijk genoeg) dat financiële offshore centra 'do not appear to have been a major causal factor in the creation of systemic financial problems'.[73] Waaraan de werkgroep evenwel gelijk toevoegt 'But OFCs have featured in some crises and as national financial systems grow more interdependent, future problems in OFCs could have consequences for other financial centres'.[74] In dit kader wijst de werkgroep op financiële offshore centra die een probleem vormen, aangezien zij in het geheel niet in staat of bereid zijn te voldoen aan (destijds) internationaal geldende standaarden van toezicht, hetgeen volgens de werkgroep resulteert in gebrekkig toezicht, dan wel weinig of geen samenwerking en transparantie. Deze financiële offshore centra 'allow financial market participants to engage in regulatory arbitrage and constitute weak links in the supervision of an increasingly integrated financial system'.[75] Zij vormen zogenoemde 'loopholes', die volgens de groep in de weg staan aan de inspanningen ter verbetering van 'the global supervisory financial system' door middel van de implementatie van standaarden. Zo zouden de gezamenlijke inspanningen ter bevordering van de financiële stabiliteit worden gefrustreerd en zouden deze offshore centra een potentiële bedreiging voor het financiële systeem vormen.[76]

'Problematic OFCs'
Dit speelt volgens het rapport met name wanneer deze 'problematische OFCs' grote volumes aan kapitaalstromen aantrekken, terwijl zij hierbij niet voldoen aan de internationale standaarden van toezicht en verslaglegging ('disclosure'). Dit probleem wordt volgens de groep versterkt indien het niet voldoen aan deze standaarden samenhangt met het niet in staat zijn of het niet bereid zijn van een offshore centrum om aan de internationale standaarden van samenwerking en grensoverschrijdende informatieverstrekking en handhaving te voldoen. Bovendien stelt de groep dat deze problematische offshore centra 'add complexity and opaqueness to corporate structures and financial transactions, increasing the overall level of risk.'[77]

In dit kader onderscheidt de werkgroep twee vormen van toezicht, welk onderscheid thans in het Nederlandse financiële toezicht is doorgevoerd, te weten 'prudentieel toezicht' en 'gedragstoezicht'. Enerzijds kent het Nederlandse (functionele) toezichtmodel immers het prudentieel toezicht, gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en de stabiliteit van de financiële sector.[78] Anderzijds kent Nederland het gedragstoezicht, gericht op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten.[79, 80] Dit onderscheid in het conceptuele denken is terug te vinden in het rapport van de werkgroep, waar zij stelt dat:

> 'Weaknesses in supervision and international co-operation together lead to two types of problems, which can be inter-related, in the oversight of the international financial system. They raise *prudential concerns* relating to the supervision of internationally active financial intermediaries, with implications for stability in international

---

73 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 16.
74 Ibid.
75 Ibid.
76 Ibid.
77 Ibid.
78 Artikel 1:24 lid 1 Wet op het financieel toezicht. Zie ook lid 2 van dit artikel: De Nederlandsche Bank heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten.
79 Artikel 1:25 lid 1 Wet op het financieel toezicht. Zie ook lid 2 van dit artikel: De Autoriteit Financiële Markten heeft, op de grondslag van deze wet, tot taak het gedragstoezicht op financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten.
80 Naast deze tweedeling kan het 'integriteitstoezicht' op trustkantoren in Nederland worden onderscheiden als een derde vorm van toezicht. Zie onder andere: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 25. Volgens de MvT Wtt gaat het bij deze vorm van toezicht om de integriteit van het trustkantoor en de relationele integriteit, in die zin dat de afnemer (uiteindelijk belanghebbende) van de diensten bekend moet zijn bij het trustkantoor, zie: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5.

> financial markets. And they raise *market integrity* concerns, relating to the effectiveness of international enforcement efforts in respect of illicit activity and abusive market behaviour.'[81]

Key issues for financial stability
Ter verbetering van de financiële stabiliteit wijst de werkgroep een aantal kernpunten aan, de zogenoemde 'key issues identified for financial stability'.[82] Voor de meeste van deze kernpunten geldt dat zij zowel aan bovengenoemde 'prudential' als 'market integrity concerns' zijn gerelateerd. Eén van deze kernpunten springt er, in het kader van de bespreking in dit hoofdstuk, met name uit:

> 'The lack of availability of timely information on beneficial ownership of corporate vehicles (companies, trusts, partnerships and other vehicles with limited liability) established in some OFCs can thwart efforts against illegal business activities.'[83]

In dit kernpunt wordt reeds gewezen op het belang dat degene die gebruik maakt van een structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit kan worden gehaald. Een gebrek aan (tijdelijke) informatie betreffende de 'beneficial owner' van de juridische entiteiten, zoals companies en trusts, die in 'bepaalde'[84] financiële offshore centra zijn gevestigd, kan volgens de werkgroep een probleem vormen bij het tegengaan van illegale handelspraktijken. De gebruiker van de aldaar gevestigde entiteiten moet derhalve kenbaar zijn. De werkgroep betoogt dat er terzake weliswaar internationale standaarden zijn met betrekking tot externe verslaggeving ten aanzien van 'corporate vehicles'[85], maar zij stelt daarbij dat het op dat moment (nog) ontbreekt aan internationale standaarden, evenals een internationale regelgevende instantie op dit terrein. Er zouden hierdoor tussen zowel 'onshore'- als 'offshore'-jurisdicties verschillen bestaan in de mate waarin de autoriteiten over informatie betreffende het 'beneficial ownership' van de in hun jurisdictie gevestigde entiteiten kunnen beschikken, evenals de mogelijkheden om deze informatie met buitenlandse autoriteiten te delen. Volgens de werkgroep komt daar nog bij dat er bij trusts in bepaalde jurisdicties bepaalde zogenaamde 'flight clauses'[86] worden toegestaan die, indien gecombineerd met bovenmatige geheimhouding ('excessive secrecy'), de effectiviteit van internationale samenwerking op het gebied van toezicht en handhaving zouden ondermijnen.[87]

De werkgroep heeft overeenkomstig haar opdracht 11 aanbevelingen gedaan die zijn gericht op de implementatie van internationale standaarden door financiële offshore centra.[88] Ten aanzien van *Recommendation 9 'Corporate vehicles and beneficial ownership'* is reeds opgemerkt dat zij heeft geleid tot het verzoek van het FSF aan de OESO om de mogelijkheden te onderzoeken voor het ontwikkelen van een systeem op basis waarvan toezichthoudende en handhavende autoriteiten, op een tijdelijke basis, kunnen beschikken over de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende van de rechtspersonen en vennootschappen en deze informatie te delen met buitenlandse autoriteiten.[89] Als gezegd heeft de OESO in haar rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit*

---

81 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 16.
82 Idem, p. 16 e.v.
83 Idem, p. 18.
84 Bedoeld wordt kennelijk 'problematische' offshore centra, waarin de genoemde juridische entiteiten zijn gevestigd.
85 Als voorbeeld worden genoemd de aanbevelingen van de FATF op basis waarvan financiële instellingen verplicht zijn de identiteit van hun cliënten te kennen, zoals destijds opgenomen in *The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering*, FATF, 1996.
86 Op basis van een 'flight clause' wordt het trustvermogen van de ene jurisdictie naar de andere jurisdictie verplaatst ter bescherming van het beheerde vermogen.
87 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 18.
88 Idem, onderdeel VIII. 'Areas for recommendations', p. 33 e.v.
89 *Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting*, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000, p. 3. Zie hierboven citaat ter afsluiting van subparagraaf 4.2.2 'De Working Group on Offshore Financial Centres'.

Purposes[90] hieraan gevolg gegeven door drie mogelijke systemen van toezicht beschreven, waarbij steeds het doel is om degene die gebruik maakt van een structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit te kunnen halen. Aangezien laatstgenoemd rapport van invloed is geweest op de vormgeving van de Wtt, met name voor wat betreft de positionering van het trusttoezicht in het overheidsbeleid[91] en de vaststelling van de te kiezen toezichtmodellen[92], is hiermee het belang van *Recommendation 9* voor de ontwikkeling van standaarden van regulering en toezicht voor de Nederlandse trustsector gegeven. In paragraaf 4.4.4 wordt als gezegd het rapport van de OESO, evenals de drie alternatieve systemen van toezicht behandeld.

Het belang van Recommendation 1, 2 en 3
Tot zo ver kan de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren in de Nederlandse literatuur worden teruggevonden. Wat opmerkelijk genoeg niet wordt behandeld is dat er door de werkgroep naast *Recommendation 9* nog drie aanbevelingen zijn gedaan, te noemen *Recommendation 1*, *2* en *3*, die gezamenlijk de aanzet hebben gegeven tot het bovengenoemde *OFC Assessment Program* van het IMF. Opmerkelijk genoeg worden noch de *Assessment Reports* van het programma van het IMF, noch de rapporten van Edwards en KPMG die bij dit *OFC Assessment Program* richtinggevend zijn geweest bij de beoordeling van toezicht op trustkantoren in de onderzochte financiële offshore centra, in de Kamerstukken van de Wtt genoemd, terwijl hierin wel degelijk voor de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren van belang zijn. *Recommendation 1, 2* en *3* zijn voor deze ontwikkeling mijns inziens echter evenzeer van belang als bovengenoemde *Recommendation 9*. Zo wordt in *Recommendation 1: An assessment process for OFCs' adherence to international standards* de volgende aanbeveling gedaan:[93]

> 'The Group recommends that an assessment process (…) for assessing OFCs' implementation of relevant international standards be put in place.'

Dit 'assessment onderzoek' zou volgens de werkgroep door het IMF moeten worden ontwikkeld, georganiseerd en uitgevoerd. *Recommendation 2: Responsibility for an assessment process* luidt terzake:[94]

> 'The Group recommends that the FSF request the IMF take responsibility for developing, organizing and carrying out an assessment process for OFCs. The Group considers that the FSF should facilitate the efforts of the IMF (with the World Bank as appropriate) as the IMF organises assessments of the implementation of standards by OFCs. (…)'

Tot slot zou hierbij volgens de werkgroep prioriteit moeten worden gegeven aan de financiële offshore centra die vallen in een specifieke categorie[95] die in aanbeveling 3 wordt omschreven. *Recommendation 3: Priority OFC jurisdictions for assessment* luidt:[96]

> 'The Group recommends that priority for assessment be placed on those OFCs where procedures for supervision and co-operation are in place but where there is substantial room for improvement (…). Priority could also be given to those jurisdictions with the most significant financial activity.'

---

90 *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, OESO mei 2001.
91 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 2-3.
92 Idem, p. 3-6.
93 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 34.
94 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 34.
95 Deze groep financiële offshore centra wordt in het rapport aangeduid als 'Group II'.
96 FSF, *t.a.p.* 2000, p. 34.

Gezamenlijk hebben bovenstaande drie aanbevelingen de aanzet gegeven tot het *Offshore Financial Center Assessment Program* dat door het IMF wordt uitgevoerd. De eerste *Assessment Reports* van dit programma zijn als gezegd de eerste internationale instrumenten waarin daadwerkelijk een aanvang is genomen met de ontwikkeling en codificatie van relevante internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren (zie nader paragraaf 4.3.4 'De vroege Assessment Reports van het OFC Assessment Program').

4.2.4 Uitleiding

Het rapport van de Working Group on Offshore Financial Centres is op de bijeenkomst van het FSF op 25 en 26 maart 2000 te Singapore positief ontvangen, waarbij de aanbevelingen van de werkgroep door het forum zijn bekrachtigd.[97] Op de bijeenkomst van het IMF van 16 april 2000, voorgezeten door Gordon Brown (destijds minister van Financiën van het Verenigd Koninkrijk), is kennis genomen van de aanbevelingen, waaronder het verzoek gericht aan de Raad van Bestuur van het IMF om het assessment programma van de financiële offshore centra door het IMF te doen uitvoeren.[98] In navolgende paragraaf wordt het *Offshore Financial Center Assessment Program* behandeld.

4.3 Een ijkpunt in het onderzoek: het Offshore Financial Center Assessment Program van het Internationaal Monetair Fonds en de voorafgaande rapporten van UK Home Office en KPMG

4.3.1 Ten geleide: het OFC Assessment Program, op verzoek van het Financial Stability Forum

Op 26 juli 2000 heeft de Raad van Bestuur van het IMF het *Offshore Financial Center Assessment Program* bekrachtigd.[99] In antwoord op het *International Monetary and Financial Committee's Communiqué* van 16 april 2000, waarin het FSF aan het IMF heeft verzocht om de assessments ten aanzien van de financiële offshore centra uit te voeren[100], wordt in het rapport *Offshore Financial Centers – The Role of The IMF*[101] het daartoe uitgebreide mandaat van het IMF beschreven, evenals de aanpak van het IMF om uitvoering te geven aan het assessment programma. Het FSF heeft een lijst opgesteld van 42 financiële offshore centra, die in drie groepen zijn onderverdeeld[102] en waarbij de

---

97 FSF, *t.a.p.* 2000, voorwoord.

98 Zie in dit verband: *Communiqué of the International Monetary and Financial Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund*, IMF 16 april 2000, paragraaf 22: 'The Committee takes note of the reports of the Financial Stability Forum (FSF) Working Groups on highly leveraged institutions, offshore financial centers, and capital flows, and the report on standards and codes. It welcomes the work done by the FSF, and requésts the Executive Board to undertake an assessment of the recommendations relevant to the Fund'.

99 *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk I. 'Introduction'.

100 In het rapport *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF* wordt in dit verband expliciet op de bovengenoemde drie aanbevelingen van het FSF gewezen, die in voorgaande subparagraaf in dit verband reeds aan de orde kwamen: 1. That an assessment process for assessing OFCs' implementation of relevant international standards be put in place; 2. That the IMF take responsibility for developing, organizing, and carrying out an assessment process for OFCs; and 3. That priority for assessment be placed on those OFCs whose procedures for supervision and cooperation are in place, but where there is substantial room for improvement; and on OFCs with the most significant financial activity.

101 *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000.

102 Zie: *Financial Stability Forum Releases Grouping of Offshore Financial Centres (OFCs) to Assist in Setting Priorities for Assessment*, IMF persbericht 25 mei 2000, p. 2. Op basis van dit persbericht worden 42 door het FSF aangewezen OFCs onderverdeeld in de navolgende drie groepen. *Group I*: The jurisdictions in this category are generally perceived as having legal infrastructures and supervisory practices, and/or a level of resources devoted to supervision and co-operation relative to the size of their

nadruk wordt gelegd op één van deze groepen (te noemen *Group II*). Het FSF heeft hiermee prioriteit willen geven aan 'those centers where procedures for supervision and cooperation are in place, but where there is substantial room for improvement'.[103] Naast deze lijst heeft echter ook de FATF, in het kader van haar jaarlijkse *Review of noncooperative countries and territories* (NCCTs), op 22 juni 2000 haar (eerste) lijst opgesteld van 15 jurisdicties (voornamelijk OFCs) die (destijds) 'noncooperative' waren ten aanzien van de implementatie van maatregelen ter bestrijding van witwassen.[104] Bovendien kan worden gewezen op de lijst van 'tax havens' opgesteld door de OESO, waarop OFCs en andere jurisdicties zijn aangewezen die (destijds) onder de door de OESO opgestelde 'tax-haven'-criteria vielen en die bovendien geen toezeggingen hadden gedaan om hun schadelijke belastingpraktijken te staken en te voldoen aan de principles van het eerder uitgebrachte OESO-rapport *Harmful Tax Competition*.[105, 106] Laatstgenoemde lijst moest destijds echter nog tot stand komen. Niettemin kan worden geconstateerd dat ten tijde van de aanvang van het *OFC Assessment Program* reeds meerdere internationale initiatieven op de activiteiten van de financiële offshore centra

---

financial activities, and/or a level of co-operation that are largely of a good quality and better than in other OFCs. These jurisdictions are Hong Kong SAR, Luxembourg, Singapore, and Switzerland. Dublin (Ireland), Guernsey, Isle of Man, and Jersey are also generally viewed in the same light, though continuing efforts to improve the quality of supervision and cooperation should be encouraged in these jurisdictions. *Group II*: The jurisdictions in this category are generally perceived as having legal infrastructures and supervisory practices, and/or a level of resources devoted to supervision and co-operation relative to the size of their financial activities, and/or a level of co-operation that are largely of a higher quality than Group III, but lower than Group I. These jurisdictions are Andorra, Bahrain, Barbados, Bermuda, Gibraltar, Labuan (Malaysia), Macau SAR, Malta, and Monaco. *Group III*: The jurisdictions in this category are generally perceived as having legal infrastructures and supervisory practices, and/or a level of resources devoted to supervision and co-operation relative to the size of their activity, and/or a level of co-operation that are largely of a lower quality than in Group II. These jurisdictions are Anguilla, Antigua and Barbuda, Aruba, Belize, British Virgin Islands, Cayman Islands, Cook Islands, Costa Rica, Cyprus, Lebanon, Liechtenstein, Marshall Islands, Mauritius, Nauru, Netherlands Antilles, Niue, Panama, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent and the Grenadines, Samoa, Seychelles, The Bahamas, Turks & Caicos, and Vanuatu.

103 Zie: *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk III. 'An IMF Approach to OFC Assessments', onderdeel A. 'Recommendations of the Financial Stability Forum'. En: *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 23 juni 2000, hoofdstuk II. 'Offshore Finance and Offshore Financial Centers', onderdeel A. 'What is it and Where It Is Done'. En ook: *Financial Stability Forum Releases Grouping of Offshore Financial Centres (OFCs) to Assist in Setting Priorities for Assessment*, IMF persbericht 25 mei 2000, p. 2.

104 Zie: *Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing The Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures*, FATF 22 june 2000, p. 2 e.v. Het gaat om de volgende 15 jurisdicties: Bahamas, Cayman Islands, Cook Islands, Dominica, Israel, Lebanon, Liechtenstein, Marshall Islands, Nauru, Niue, Panama, Philippines, Russia, St. Kitts and Nevis and St. Vincent & the Grenadines.

105 *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OESO, april 1998. Zie ook: *Towards Global Tax Co-operation*, OESO 9 april 2000.

106 *Towards Global Tax Cooperation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices, Report tot the 2000 Ministerial Council meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs*, OESO, p. 17. Het gaat om de volgende 47 jurisdicties: Andorra, Anguilla (Overseas Territory of the United Kingdom), Antigua and Barbuda, Aruba (Kingdom of the Netherlands), Commonwealth of the Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, British Virgin Islands (Overseas Territory of the United Kingdom), Cook Islands (New Zealand), The Commonwealth of Dominica, Gibraltar (Overseas Territory of the United Kingdom), Grenada, Guernsey/Sark/Alderney (Dependency of the British Crown), Isle of Man (Dependency of the British Crown), Jersey (Dependency of the British Crown), Liberia, The Principality of Liechtenstein, The Republic of the Maldives, The Republic of the Marshall Islands, The Principality of Monaco, Montserrat (Overseas Territory of the United Kingdom), The Republic of Nauru, Netherlands Antilles (Kingdom of the Netherlands), Niue (New Zealand), Panama, Samoa, The Republic of the Seychelles, St Lucia, The Federation of St. Christopher & Nevis, St. Vincent and the Grenadines, Tonga, Turks & Caicos (Overseas Territory of the United Kingdom), US Virgin Islands (External Territory of the United States) and The Republic of Vanuatu.

waren gericht.[107] De bespreking van reviews van financiële offshore centra moet in het kader van dit onderzoek echter beperkt blijven tot die reviews welke betrekking hebben op de ontwikkeling van de internationale standaarden van regulering van en toezicht op de trustkantoren.

Het ontbreken van internationale standaarden ten aanzien van trustkantoren
In zijn *Background Paper*[108] licht het IMF toe dat het gebruik van zogenaamde 'International Business Companies' (IBCs) of 'nonresident companies' en 'nonresident trusts' in financiële offshore centra vanwege het tegengaan van witwassen een aandachtspunt is. Deze entiteiten zouden niet alleen voor legitieme doeleinden kunnen worden aangewend, maar ook voor '(i) their use to engage in illegal activities directly or (ii) holding the proceeds of illegal activities'.[109] Een complicerende factor hierbij is de mate van geheimhouding met betrekking tot de uiteindelijk belanghebbenden, die met deze structuren gepaard gaat. Het IMF merkt op dat het op dit specifieke terrein nog aan internationale standaarden ontbreekt: 'There are no international standards for regulating directly IBCs and nonresident trusts, which now number in the hundreds of thousands, nor is there a consensus developing as to how individual IBCs and nonresident trusts could be regulated, in offshore and onshore centers'. Wel moet volgens het IMF in dit kader worden gewezen op de 'know your customer vereisten' (KYC-vereisten) die in OESO-landen worden toegepast om het oneigenlijk gebruik van IBCs en (nonresident) trusts tegen te gaan, waarbij de toezichthouder van betrokken financiële instellingen vereist dat zij deze KYC-verplichtingen aan hen oplegt 'to ensure that the financial institution has some level of knowledge of the ultimate beneficial owner controlling the accounts'.[110] Tot slot wijst het IMF op de voor deze studie zeer belangrijke rapportages, die hierboven reeds meerdere malen ter sprake zijn gekomen, te weten de *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies* (het 'Edwards Report') en de *KPMG Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*. Het IMF stelt terzake dat 'some OFCs in the Caribbean and the UK Crown Dependencies have begun what should prove to be a useful process of registering and regulating providers of services to those establishing trusts and companies'.[111]

---

107 De bespreking van deze internationale initiatieven valt grotendeels buiten de reikwijdte van dit onderzoek. Voor een overzicht van de internationale initiatieven die destijds reeds werden ontplooid, zie: *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 23 juni 2000, hoofdstuk III. 'International Policy Initiatives'. Naast de reeds bespoken Working Group on Offshore Financial Centers van het FSF worden de navolgende werkgroepen, initiatieven en/of internationale organisaties genoemd: de Asia-Pacific Group on Money Laundering, de Basel Committee and Offshore Group of Banking Supervisors van het Basel Committee, de Sub-group of FATF working with Caribbean Jurisdictions van de Caribbean Financial Action Task Force on Money Laundering (CFATF), de Multidisciplinary Group on Organized Crimes van de Europese Unie, de Ad Hoc Group on Non Cooperative Jurisdictions van de FATF, de Finance Ministers Working Group on financial crimes en de Financial Experts Group van de G-7, het Working Party 4 Implementation Committee van de IOSCO, de Pacific Roadshow van de New Zealand Government, het Committee on Fiscal Affairs en het Forum on Harmful Tax Competition van de OESO, de Offshore Group of Banking Supervisors, de Offshore Group of Insurance Supervisors, de Registrar of Offshore Financial Banking Services, de reeds genoemde reviews van het Edwards Report en de KPMG-rapporten van de U.K. Government en tot slot het Offshore Forum van de United Nations.

108 *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 23 juni 2000.

109 *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk II. 'Key Issues', onderdeel B. 'Who is Doing What?', en: *Offshore Financial Centers – IMF Background Paper*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 23 juni 2000, hoofdstuk II. 'Offshore Finance and Offshore Financial Centers', onderdeel A. 'What is it and Where It Is Done', met name Box 1. 'Examples of Uses of Offshore Financial Centers (OFCs)'.

110 *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk II. 'Key Issues', onderdeel B. 'Who is Doing What?'

111 Idem, hoofdstuk II. 'Key Issues', onderdeel B. 'Who is Doing What?'

Het belang van 'general principles' en 'good practice' volgens het IMF
Alvorens in subparagraaf 4.3.4 'De vroege Assessment Reports van het OFC Assessment Program' het werk van het IMF te behandelen, worden genoemde rapportages van Edwards en KPMG in navolgende subparagrafen behandeld. Op deze plaats moet worden benadrukt dat het belang van beide rapportages sterk samenhangt met de waarde die het IMF hieraan heeft toegekend. De 'general principles' die hierin zijn toegepast zijn als gezegd door het IMF aangewezen als richtinggevende principes van 'good practice'. Zij zijn door het IMF toegepast bij zijn assessment van de regulering van en het toezicht op de trustkantoren in de door het IMF onderzochte financiële offshore centra. Doordat het IMF deze methoden van 'good practice' heeft onderschreven, hebben zij een internationaal bereik gekregen. In navolgende subparagrafen worden deze methoden van 'good practice' uitgewerkt. Daarbij wordt ingegaan op enkele fundamentele keuzes, die voor de ontwikkeling van genoemde internationale standaarden van regulering en toezicht een belangrijke rol hebben gespeeld. Eén van de meest basale daarvan is de keuze voor regulering van de dienstverlener aan trusts en companies, in plaats van regulering van trusts en companies zelf. Gekozen is om het probleem van misbruik van deze trusts en companies aan te pakken door middel van regulering van de 'trust service providers' en de 'company service providers.' Hoewel beide dienstverleners in het 'Edwards Report' en de rapporten van KPMG (vanwege hun specifieke terrein van dienstverlening) afzonderlijk worden behandeld, moet scherp voor ogen worden gehouden dat voor beide dienstverleners geldt dat zij onder de Nederlandse definitie van 'trustkantoor' vallen (artikel 1 onder a jo artikel 1 onder d Wtt). Een andere fundamentele keuze die in beide rapporten is gemaakt, is de keuze voor een systeem van overkoepelende wetgeving ten aanzien van beide dienstverleners, ondersteund door specifieke gedragscodes voor de specifieke deelgebieden van dienstverlening. In navolgende subparagrafen worden achtereenvolgens het 'Edwards Report' en de 'KPMG-rapporten' behandeld, waarbij de nadruk wordt gelegd op bovengenoemde fundamentele keuzes evenals de motivering daarvan. Gekozen is om deze zoveel mogelijk in de bewoordingen van de auteurs weer te geven. Hiertoe zijn Engelse citaten in de tekst opgenomen.

4.3.2 The Edwards Report: Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies

In januari 1998 heeft The Secretary of State for the Home Department (Home Secretary) van het Verenigd Koninkrijk aan Edwards[112] opdracht gegeven om een 'review' uit te voeren ten aanzien van de financiële offshore centra[113] van de eilanden Jersey, Guernsey en de Isle of Man, die gezamenlijk bekend zijn als de *Dependencies of the British Crown*, of: *Crown Dependencies*.[114] De opdracht was om, in samenwerking met de autoriteiten van betreffende eilanden, de regulering van hun financiële offshore centra, evenals de genomen maatregelen voor het tegengaan van financiële criminaliteit en de samenwerking met andere jurisdicties te beoordelen.[115] De resultaten van deze review zijn

---

112 Mr. Andrew Edwards is een voormalig Deputy Secretary van HM Treasury in Londen, waar hij tot 1995 werkzaam is geweest.

113 Ook in dit rapport wordt opgemerkt dat de begrippen 'offshore centrum' of 'offshore business' op verschillende manieren kunnen worden uitgelegd. Volgens het rapport gaat het hierbij om de 'business' van 'small Island finance centres, constitutionally independent at least as regards their domestic affairs, which have developed legislation, regulation and tax vehicles to attract non-resident business, mostly denominated in foreign currencies.' Zij worden volgens het rapport soms echter ook gebruikt voor 'non-resident business', waarbij het gaat om de navolgende typen, die recent in gebruik zijn toegenoemen, te noemen: 'similar small centres which are coastal or inland enclaves'; 'special tax and/or regulation zones established by larger countries within their own borders'; en 'any finance center, including the large World centres, with a large volume of non-resident clients'. A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 3.

114 Tevens zijn de eilanden Alderney en Sark (waar toepasselijk) meegenomen in de review, zie nader: A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 1, waar onder andere als reden wordt genoemd dat het parlement in Guernsey regelgevende bevoegdheid heeft met betrekking tot deze eilanden: 'The Guernsey Parliament can legislate for these two Islands in most criminal matters and, for Alderney, in certain "reserved" matters as well.

115 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 1.

gepubliceerd in het *Edwards Report*, ofwel de *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies*.[116, 117]

De opbouw van het 'Edwards Report'
De rapportage bestaat uit vier delen, te weten: *Main Report* (Part I), *Bailiwick of Jersey* (Part II), *Bailiwick of Guernsey* (Part III) en *Isle of Man* (Part IV). In het eerste deel worden de uitkomsten beschreven van het assessmentonderzoek van het beleid van de eilanden van de regulering van hun financiële offshore centra. Delen II, III en IV zijn 'professional guides' die specifiek zijn gericht de financiële offshore centra van de eilanden Jersey, Guernsey en de Isle of Man. In samenwerking met de autoriteiten van de eilanden, zijn hierin systemen met betrekking tot financieel toezicht en regulering ontworpen, evenals met betrekking tot het tegengaan van financiële criminaliteit en het bewerkstelligen van samenwerking met andere jurisdicties. In de rapportage wordt voornamelijk de regulering en het toezicht van de aldaar actieve banken, beleggings- en effecteninstellingen, verzekeraars en trustkantoren ('company, trust and professional service providers') getoetst aan de destijds geldende internationale standaarden[118]. Ten aanzien van de trusts en gerelateerde vehikels, maar ook ten aanzien van dienstverleners die als trustee optreden, wordt geconstateerd dat internationale standaarden niet voorhanden zijn:

> 'A (…) lacuna is that there is no comparable international body or forum that sets or monitors standards in the critical areas of Trust and related company vehicles. Part of the reason may be that the authorities in the major countries have not as yet perceived any particular need to oversee the development of Trust instruments and the related law or to regulate trustees. The UK would be well placed to promote establishment of an international forum on Trusts.'[119]

4.3.2.1 Inleiding: general principles en methoden van good practice
Het 'Edwards Report' is tot stand gekomen in november 1998[120] en is als gezegd één van de eerste rapportages waarvan het IMF heeft geconstateerd dat hierin specifiek ten aanzien van trustkantoren enkele 'general principles' worden toegepast, die volgens hem richtinggevend zouden kunnen zijn bij de invulling van methoden van 'good practice'. Ten aanzien van bepaalde activiteiten zouden deze 'principles' aanzienlijk overeenkomen met die van (relevante) internationale lichamen. Ter illustratie noemt het IMF (in één van zijn *Assessment Reports*) de vereisten die betrekking hebben op de verplichtingen die aan financiële instellingen worden opgelegd met betrekking tot het kennen van de identiteit van hun cliënt, zoals opgesteld door het Basel Committee, de FATF en IOSCO.[121]

In de kern genomen is het IMF van mening dat toezichthoudende en handhavende autoriteiten in staat moeten zijn 'key information' te verkrijgen over trusts en companies die in hun jurisdictie zijn gevestigd, hetgeen volgens het IMF impliceert dat de autoriteiten zich de informatie over de

---

116 A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

117 Van dit rapport blijkt tevens een originele, 'leaked version' op het internet in omloop te zijn. Deze is thans te downloaden via www.taxjustice.blogspot.com. Deze gelekte versie zou volgens deze website (van Tax Justice Network) kritischer zijn dan het officiële rapport dat door UK Home Office is uitgebracht. In deze studie wordt steeds de officiële publicatie van het UK Home Office als uitgangspunt genomen, aangezien in de overige internationale documenten die worden behandeld ook steeds slechts naar deze publicatie wordt verwezen.

118 Zie in dit verband: A. Edwards, *t.a.p.* 1998, hoofdstuk 17. 'International standards', waarin een overzicht wordt gegeven van de relevante internationale organisaties en de destijds geldende standaarden waaraan is getoetst. Genoemd worden onder andere de FATF, het Basle Committee on Banking Supervision, de IOSCO en de IAIS.

119 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 156.

120 A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

121 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49.

uiteindelijk belanghebbenden van deze trusts en bedrijven moeten kunnen verschaffen en dat deze 'non-public information' met andere (nationale en internationale) toezichthouders en handhavers moet kunnen worden gedeeld.[122] Het 'Edwards Report' moet daarom als één van de eerste relevante documenten worden gezien, waarin een aanvang is gemaakt met het formuleren van aanbevelingen ten aanzien van de trustkantoren.

Company, Trust and Professional Service Providers
In het kader van deze studie is hoofdstuk 13 *'Company, Trust and Professional Service Providers'* van deel I van het 'Edwards Report' het belangrijkst. In dit hoofdstuk wordt ten aanzien van de eilanden en hun business activiteiten de rol en de risico's van de dienstverlening van trustkantoren beschreven, evenals de (mede door de eilanden zelf reeds gedane)[123] voorstellen om deze sector te reguleren. Trustkantoren ('company service providers') worden in dit hoofdstuk in de eerste plaats beschreven als 'company managers, administrators or formation agents.' Zij verrichten 'various functions in relation to companies, including company formation and sales, provision of registered office or accommodation addresses, company administration, and provision of Director services or Directors.'[124] Vaak worden door hen 'company services' verricht, ten aanzien waarvan in het rapport wordt toegelicht dat 'many offshore companies exist primarily as a convenient means of holding property, financial, business or other assets, and many Trusts have significant structures beneath them.'[125] Daarnaast worden de 'trust service providers' genoemd, die als gezegd eveneens als trustkantoren moeten worden aangemerkt. Zij treden voornamelijk op als trustees, maar verrichten daarnaast ook andere 'trust-related services', zoals het opzetten van trusts en advisering naar cliënten.[126] Voor Jersey, Guernsey en de Isle of Man geldt dat de trustkantoren een prominente rol spelen in hun financiële offshore centra: 'Trust and Company service providers play an even more important and prominent role in the business of the Islands' international finance centers than in the major onshore centers. They are, indeed, drivers of much of the Islands' business (…)'.[127]

De behoefte om de trustsector te reguleren steunt op twee overwegingen. In de eerste plaats wordt als argument aangevoerd dat 'providers of these and other related services seem to have been associated with a significant proportion of the disreputable business that has come to light in the Islands recent years' en in de tweede plaats dat 'the most, and perhaps the only effective way to regulate the large Trust and company sectors in the Islands is through regulation of the service providers.'[128] In de tweede overweging ligt de fundamentele keuze besloten dat de autoriteiten van de eilanden de trusts zelf niet wilden reguleren, maar voorstelden 'to extend the regulatory boundary to include professional providers of Trust and trustee services.'[129] De regulering van de (Angelsaksische) trust wordt derhalve meegenomen in de regulering van de dienstverlener, de 'trust service provider'.[130] Dit geldt evenzeer voor de regulering van companies, die geschiedt via de regulering van de dienstverlenende 'company service provider'. Beide dienstverleners en de regulering daarvan worden in het rapport daarom gezamenlijk behandeld in hoofdstuk 13, vandaar de titel *'Company, Trust and Professional Service Providers'* .

---

122 Zie ook citaat uit het Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49, zoals opgenomen in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk.

123 Zie in dit verband: A. Edwards, *t.a.p.* 1998, hoofdstuk 13 'Company, Trust and professional service providers', onderdeel 13.3 'Island proposals to regulate service providers' voor een overzicht van de toenmalige initiatieven van de eilanden om hun trustsector te reguleren.

124 Idem, p. 109. Zie ook hoofdstuk 1 van deze dissertatie.

125 Ibid.

126 Ibid.

127 Ibid.

128 Idem, p. 110-111.

129 Idem, hoofdstuk 12 'Trusts and trustees', onderdeel 12.9 'Case for regulating Trust service providers'.

130 De misbruikvormen ten aanzien van de trust, die in hoofdstuk 12 'Trusts and Trustees' worden beschreven, worden derhalve tegengegaan door middel van regulering van de 'trust service provider'.

Regulering van het trustkantoor als dienstverlener
Het uitgangspunt is derhalve de regulering van de 'service provider', de 'trust service provider' en de 'company service provider', oftewel: het trustkantoor. Een belangrijk doel dat hiermee is gediend is 'to put bad providers out of business'. Hoewel de autoriteiten hiertoe volgens Edwards voldoende inspanningen hebben geleverd, kwam in de consultaties met onder andere forensische accountants en op basis van de bestudering van enkele rechtzaken toch naar voren dat 'a small but troublesome minority of company, Trust and professional service providers, usually in collaboration with others outside the Islands, have been associated with disreputable business such as money laundering, fraud, false booking of profits and tax evasion'.[131] In sommige gevallen zouden trustkantoren tot deze activiteiten inspireren, dan wel een faciliterende rol hierbij vervullen, door samen te spannen met de 'master planners' of 'by turning a blind eye.'

Doelstellingen van regulering
De doelstellingen voor de invoering van regulering van trustkantoren dienen volgens het rapport nauw samen te hangen met de redenen voor introductie daarvan. In het rapport worden de belangrijkste specifieke doelstellingen ('main specific objectives') geformuleerd, te noemen: 'to protect the Islands' clients by preventing fraud and other disreputable activity by providers; to promote high standards of business conduct and competence; to combat the abuse of the Islands' Trust and Company facilities by customers whishing to launder money or commit other forms of crime; to ensure that providers do not promote, facilitate, collude in, acquiesce in or turn a blind eye to such abuses; to put bad providers out of business and by all these means, to protect the Islands reputations.'[132] Vanuit deze doelstellingen bezien worden in het 'Edwards Report' uitgangspunten geformuleerd voor een overkoepelende wetgeving ten aanzien van trustkantoren ('trust and company service providers'), gecombineerd met specifieke gedragscodes, waarbij ten aanzien van 'trust service providers' en 'corporate service providers' afzonderlijke gedragscodes zijn opgesteld, die in hoofdlijnen met elkaar overeenkomen. In navolgende subparagraaf worden de voorgestelde uitgangspunten voor de overkoepelende wetgeving evenals genoemde gedragscodes behandeld.

4.3.2.2 Overkoepelende wetgeving en ondersteunende gedragscodes ten aanzien van de regulering van 'company, trust and professional service providers'
Zoals aan het eind van voorgaande subparagraaf reeds ter sprake is gekomen bepleit Edwards in zijn rapport een overkoepelende wetgeving voor registratie en regulering van 'trust and company service providers', ondersteund door specifieke gedragscodes ('Codes of Conduct') voor elk van de specifieke deelgebieden van dienstverlening, te noemen trust services, company services en director services.[133]

Sketch for Overarching Legislation: 10 uitgangspunten bij wetgeving voor trustkantoren
In het onderdeel *Sketch for Overarching Legislation to Register and Regulate Trust and Company Service Providers* worden 10 uitgangspunten geformuleerd voor de vormgeving van wetgeving ten aanzien van trustkantoren. Het belang dat het IMF aan deze aanbevelingen heeft toegekend rechtvaardigt een korte bespreking van deze uitgangspunten. Als eerste uitgangspunt wordt genoemd dat er een toezichthouder (hier 'Financial Services or Supervision Commissions', FSCs) zou moeten worden ingesteld, die de bevoegdheid heeft om vergunningen te verlenen aan trustkantoren en daartoe een register bijhoudt: 'The Financial Services or Supervision Commissions (FSCs) would be tasked to act as licensors and regulators of Trust and Corporate Service providers and to publish the names and addresses of licensed providers in a public Register.' Het tweede uitgangspunt dat wordt genoemd houdt in dat alle natuurlijke of rechtspersonen die beroepsmatig trustdiensten aanbieden hiervoor vergunningplichtig zouden moeten zijn. In de woorden van Edwards: 'All persons, partnerships or companies offering trustee or other Trust services or company formation, selling, secretary, administration and Director services by way of a business, and any others defined in an updatable Schedule, would be required to apply to the FSCs for the licensing as providers of the services in

131 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 111.
132 Idem, p. 111.
133 Idem, p. 111.

question.' Als derde uitgangspunt wordt genoemd dat het alleen aan vergunninghoudende dienstverleners toegestaan trusts en rechtspersonen te formeren: 'Only suitably licensed providers would be allowed to form Trusts and companies.' Ten vierde zou de toezichthouder moeten worden verplicht dat zij niet tot het verlenen van een vergunning kan overgaan dan *nadat* zij overtuigd is van de geschiktheid van de aanvrager. Dit wordt de zogenaamde 'fit and proper'-test genoemd: '(i)n deciding whether to license providers, the FSC[134] would be obliged to satisfy itself that the applicants were fit and proper in terms of integrity, solvency, competence, technical support and track record.' Als vijfde uitgangspunt wordt aangevoerd dat de toezichthouder gehouden is om, na consultatie van de dienstverleners, een gedragscode op te stellen voor de dienstverleners van trust-, company- en bestuursdiensten en deze gedragscodes te actualiseren: 'The FSC would be obliged to draw up, promulgate and update, after consulting providers, Codes of Conduct for Trust, Company and Director services, and for any other necessary services.' Vergunninghoudende dienstverleners (trustkantoren) zijn voorts verplicht om aan deze gedragscodes te voldoen. Zo luidt het zesde uitgangspunt dat 'Registered providers of the various services would be obliged to comply with the relevant Codes. Some elements in them might be given specific statutory effect.' Het zevende uitgangspunt beschrijft welke bevoegdheden aan de toezichthouder zouden moeten toekomen. In de eerste plaats zou de toezichthouder een inlichtingenbevoegdheid moeten hebben, die wordt omschreven als de bevoegdheid 'to inspect and obtain information from providers for purposes of enforcement.' Ten tweede zou de toezichthouder, in het geval de dienstverlener zich niet aan haar gedragscode houdt, handhavend moeten kunnen optreden, waarbij als handhavingmiddelen worden genoemd het ter openbare kennis brengen, waarschuwen, opleggen van een boete en/of intrekken van de vergunning. In de woorden van Edwards: 'to name, warn, [fine] and/or remove from the Register providers who cease to be fit and proper or fail to comply with the relevant Codes of Conduct.' In de derde plaats zou de toezichthouder de bevoegdheid moeten hebben 'to approve compliance auditors.' Tot slot zou de toezichthouder de bevoegdheid moeten hebben om ter handhaving een civiele procedure te kunnen starten, te noemen de bevoegdheid 'to bring civil proceedings to enforce any aspect of the regulatory system.' Het achtste uitgangspunt noemt de vereisten waaraan de aanvraag van een vergunning zou moeten voldoen: 'The providers would be required to submit to the FSC: (a) annual returns, including an audited compliance return and audited accounts; (b) ad hoc reports of changes in key personnel and/or legal actions against the provider or its Trusts or companies; (c) annual licence fees.' Het negende uitgangspunt stelt enkele eisen ten aanzien van de bedrijfsvoering en de verzekeringen van trustkantoren, waaronder de eis van het scheiden van de geldstroom van de cliënt en het trustkantoor: 'The providers might also be required to maintain adequate levels of working capital, professional indemnity and employee fidelity insurance and professional staff, and to keep client funds separate from the providers' own funds.' Tot slot wordt aangegeven welke handelingen als een strafbare gedraging dienen te worden aangemerkt. Door Edwards wordt bepleit dat 'It would be an offence: (a) to act as a provider of the relevant services without registration, or (b) knowingly to deceive or mislead customers, or (c) knowingly to deceive, mislead or obstruct the Regulator'.[135]

Naast de hierboven besproken 'schets' van een overkoepelende wetgeving ten aanzien van trustkantoren, bevat het rapport ter ondersteuning van deze wetgeving twee aparte gedragscodes met betrekking tot 'trust service providers' en 'corporate service providers.' Deze gedragscodes zijn opgenomen in de onderdelen *Trust Service Providers: Illustrative Sketch for a Code of Conduct*[136], respectievelijk *Corporate Service Providers: Illustrative Sketch for a Code of Conduct.*[137] In beide onderdelen worden 24, respectievelijk 26 kernpunten uiteengezet waaraan de dienstverleners (op basis van deze gedragscodes) dienen te voldoen. Aangezien beide gedragscodes in aanzienlijke mate dezelfde onderwerpen behandelen, worden zij gezamenlijk behandeld. Naar beide dienstverleners wordt verwezen onder de gezamenlijke noemer van 'trustkantoren'. Waar de onderdelen van elkaar afwijken, wordt specifieke aandacht besteed aan de hoedanigheid van het trustkantoor als 'trust service provider' dan wel 'corporate service provider'.

---

134 In de tekst van het rapport wordt de afkorting 'FSCs' kennelijk willekeuring afgewisseld met 'FSC'.

135 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 118-119.

136 Idem, p. 107.

137 Idem, p. 120-121.

Illustrative Sketch for a Code of Conduct
Op basis van beide *Illustrative Sketch*(es) *for a Code of Conduct* wordt voorgesteld trustkantoren in de eerste plaats te verplichten tot naleving van de doelstellingen van de gedragscode, die als volgt zijn geformuleerd. Trustkantoren zijn op basis van de code verplicht: 'to ensure the highest standards of integrity and professionalism in the service of clients, to prevent criminal or regulatory abuse, and to maintain and enhance the reputation of the Island.' Zij zijn voorts volgens de voorstellen verplicht 'to act at all times with honesty and integrity and apply the "four eyes" principle.' Met betrekking tot het kennen van de cliënt wordt ten aanzien van 'trust service providers' de eis gesteld dat zij de settlors kennen en 'the necessary due diligence' ondernemen. Van 'corporate service providers' wordt hierbij als vereiste genoemd dat zij naast de cliënt ook de identiteit van de 'beneficial owner' kennen, die begunstigde is van 'more than 20 percent of the worth of the company' en dat zij 'know and have regular contact with Directors on whose instructions they act.' Trustkantoren dienen zich voorts te vergewissen van de herkomst van het geld en het doel waartoe de trust, respectievelijk de beheerde rechtspersoon is opgezet. Van 'trust service providers' wordt in dit kader verwacht dat zij de herkomst van het beheerde vermogen onderzoeken: 'to investigate the provenance of the assets proposed for the Trust and to ensure that they are not the proceeds of crime' en het doel waartoe de trust is ingesteld: 'to ensure that proposed Trust arrangements would be sustainable if publicly known and are not a device to conceal assets or put them beyond reach of creditors, tax authorities or other injured parties.' In dit kader wordt hun verboden 'to set up or participate in sham Trusts where trustees merely carry out the settlor's instructions and have no significant discretion.' Van 'corporate service providers' wordt met betrekking tot het kennen van de herkomst van het vermogen geëist 'to establish the nature of the company's activities, to ensure that they are legal, and to ensure that they are informed of any changes in them.' In geval van holdings ('asset holding companies') zijn zij verplicht 'to investigate the provenance of the assets and to ensure that they are not the proceeds of crime.' Ook naar het doel van de (door het trustkantoor beheerde) rechtspersoon dient onderzoek te worden gedaan 'to ensure that proposed company arrangements would be sustainable if publicly known and are not a device to conceal assets or put them beyond reach of creditors, tax authorities or other injured parties.' De eis 'to report any suspicions to the Island authorities' wordt (kennelijk) alleen aan corporate service providers gesteld, wat mijns inziens duidt op een omissie in het rapport. Temeer aangezien beide dienstverleners voorts wel verplicht zijn 'to co-operate with the Island authorities if they need information in the pursuit of enquiries into possible criminal behaviour or breach of regulation.' Desalniettemin dienen zij met betrekking tot de gegevens van hun cliënten geheimhouding te betrachten. Zij zijn verplicht 'apart from the above disclosures, to keep the client's affairs confidential.' Beide gedragscodes schrijven voor dat het vermogen van het trustkantoor en de cliënt, evenals het vermogen van cliënten onderling, strikt gescheiden dient te blijven. 'Trust service providers' dienen zich ervan te vergewissen dat 'the funds of individual Trusts are totally segregated from each other and from the provider's and custodian's own funds.' Dezelfde vereisten gelden ten aanzien van het vermogen van asset holding companies, die door 'corporate service providers' worden beheerd. Met betrekking tot de (jaar) rekeningen van trusts en companies worden als vereisten gesteld 'to prepare and preserve annual accounts for all Trusts, including a statement of fees charged', 'to send the accounts to beneficiaries or representative objects, as appropriate, and if required to the settlor or a protector or an enforcer' ('trust service providers') en voorts 'to ensure that annual accounts are prepared and submitted for all their companies, including a statement of provider fees charged' ('corporate service providers'). Ten aanzien van beide dienstverleners wordt in dit kader de verplichting gesteld 'to have the accounts independently audited if the assets exceed £500,000.' Trustkantoren zijn voorts verplicht een (gedegen) administratie bij te houden. Zij worden geacht 'to keep minutes of meetings, records and files' en in het geval het een 'corporate service provider' betreft komt daar het bijhouden van 'details and post received by the company' nog bij. Daarnaast worden eisen gesteld aan het personeel van trustkantoren. Zij dienen voldoende personeel te hebben die over de vereiste 'skills, experience and training' beschikken om de trust of company van dienst te kunnen zijn. De transacties van de cliënten van trustkantoren dienen plaats te hebben 'in accordance with procedures defined by law or by the FSC.' Trustkantoren zijn tevens verplicht over het benodigde werkkapitaal te beschikken, evenals de benodigde aansprakelijkheids- en personeelsverzekeringen. Jaarlijks dienen trustkantoren zich te onderwerpen aan onafhankelijke beoordeling ('compliance audit') waarin de compliance aan de wetgeving en de gedragscodes wordt getoetst. Zij zijn verplicht

‘to have an independent annual audit of their compliance with the legislation and the Code.’ Zij dienen de toezichthouder volledige medewerking te verlenen, waarbij in het bijzonder de volgende verplichtingen worden genoemd: ‘to pay the annual fees, to ensure that their companies are properly registered and make the proper returns to the Companies registry, to submit the provider’s own annual audited accounts, to submit the annual compliance audit, to submit such other information as the FSC may require, and to co-operate in disciplinary and licence revocation procedures.’ Tot slot bevatten beide gedragscodes nog enkele voorschriften die dermate specifiek zijn dat zij geen duidelijk aanwijsbare equivalent hebben in de andere gedragscodes en derhalve buiten de bespreking vallen.[138]

4.3.2.3 Aandachtspunten bij implementatie van het voorgestelde systeem van regulering en toezicht door middel van overkoepelende wetgeving en gedragscodes

In het rapport worden bovendien aandachtspunten genoemd met betrekking tot het voorgestelde systeem, die inzicht geven in de toepassing van bovengenoemd systeem van regulering en toezicht door middel van overkoepelende wetgeving in combinatie met ondersteunende gedragscodes voor de specifieke terreinen van dienstverlening. Allereerst wordt met betrekking tot de introductiestrategie (onderdeel a. *‘Strategy at introduction’*) een zogenaamde strategie van ‘strictness’ bepleit: ‘the authorities set high standards from the outset and refuse to license questionable operators’.[139] Hiermee zou worden voldaan aan de in het rapport gestelde eis dat de slechte of dubieuze dienstverleners op korte termijn kunnen worden uitgesloten. Daarnaast wordt als belangrijkste reden aangevoerd dat het niet verstrekken van vergunningen gemakkelijker zal zijn dan het herroepen van reeds verleende vergunningen.[140] Een tweede aandachtspunt is de verplichting om slechts van vergunninghoudende dienstverleners (trustkantoren) gebruik te maken (onderdeel b. *‘Requirement to use licensed providers’*). De keuze voor regulering de trustkantoren (‘trust and company service providers’) als dienstverleners aan trusts en companies, kan alleen slagen indien de harde eis wordt gesteld dat alle trusts en companies bij een vergunninghoudend trustkantoor worden ondergebracht: ‘If the Trust and Company sectors are to be succesfully regulated through the professional service providers, it would seem that all Trust and Companies in the Islands (…) should be required to have a licensed professional provider.’[141] Het derde punt van aandacht is de reikwijdte van de vergunningplicht (onderdeel c. *‘Coverage’*): ‘the requirement for Licensing or registration should apply to *all* who provide Trust or Company services for customers of the Islands’ finance centers.’[142] Alle aanbieders van trustdiensten (‘Trust or Company services’) dienen onder het bereik van de vergunningplicht te vallen. Hierbij wordt geen uitzondering gemaakt in verband met de (eventueel geringe) omvang van de onderneming[143] of voor het geval de dienstverlener (tevens) werkzaam is in het bankwezen, de accountancy, het notariaat of de advocatuur, danwel daartoe een al dan niet officiële titel voert (bankier, accountant, notaris of advocaat).[144] Volgend aandachtspunt is de keuze voor een systeem van vergunningverlening dan wel aanmelding (onderdeel d. *‘Licensing versus notifying’*). In het rapport wordt de voorkeur aan een systeem van vergunningverlening door de autoriteiten (‘licensing’) boven

---

138 Ook buiten de bespreking zijn gebleven de verplichtingen die min of meer een vanzelfsprekend karakter hebben. Zo zijn trustkantoren verplicht ‘to charge reasonable fees, in accordance with industry guidelines’.

139 In plaats van ‘leniency’ waarbij ‘the authorities initially license all, or virtually all, the existing operators (“grandfathering”) and hope to weed out later those who fall short. A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 112.

140 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 112.

141 Een uitzondering wordt gemaakt voor afzonderlijk gereguleerde bedrijven of voor trading companies: ‘except perhaps for companies separately regulated by the FSCs or trading companies formed by residents to serve residents.’ A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 113.

142 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 113.

143 Volgens het rapport dient de vergunningplicht zowel op grote als op kleine dienstverleners van toepassing te zijn. Ervaring heeft uitgewezen dat juist de eenpitters en kleine maatschappen bij de meest ernstige problemen betrokken waren. Het ‘four-eyes principle’, zoals neergelegd in de in het rapport voorgestelde gedragscode, zou in dit kader eenmansbedrijven er toe verplichten om te fuseren om te kunnen overleven.

144 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 113.

een systeem van 'notifying' door de dienstverleners zelf, omdat laatstgenoemde optie volgens het rapport niet zou aansluiten bij een systeem van vergunninghoudende en gereguleerde dienstverleners.[145] Het vijfde punt van aandacht betreft de kennis van de gebruiker van de structuur (onderdeel e. *'Beneficial ownership and shadow Directors'*). In het rapport wordt betoogd dat de dienstverlener moet worden verplicht dat zij al hetgeen zij redelijkerwijs kan doen om vast te stellen wie de uiteindelijk belanghebbende zijn van de beheerde rechtspersoon: 'In my opinion providers should be required to do all they reasonably can to establish the beneficial owners and shadow Directors of companies they incorporate or administer. If they can not do this, they should not take on the business at all'.[146] Deze eis zou volgens het rapport op dat moment in de Caribische financiële centra niet worden gesteld. In plaats daarvan werd door de dienstverleners volstaan met te vertrouwen op de tussenpersoon die de cliënt heeft geïntroduceerd.[147] Het op deze wijze delegeren van de verantwoordelijkheid van due diligence onderzoek wordt in het rapport als onwenselijk gezien. Het gebruik van zowel het strafrecht als het civiele recht wordt als zesde aandachtspunt genoemd (onderdeel f. *'Criminal and civil law'*). Het rapport wijst in dit verband op de voorstellen van de autoriteiten van de Isle of Man om de volgende drie strafbepalingen in de wetgeving op te nemen en onderschrijft deze. Het gaat om het aanwijzen van drie strafbare gedragingen, te noemen: 'acting as a provider without being properly licensed'; 'knowingly or recklessly making false or misleading statements or providing false or misleading information to the Regulator'; en 'obstructing the Regulator during statutory investigation'.[148] Ook het voorstel van de autoriteiten dat toezichthouders maximaal gebruik zouden moeten maken van civiele procedures wordt door het rapport onderschreven: 'the legislation needs to give authorities a clear locus to use such procedures.'[149] Naast de bevoegdheden in laatstgenoemd aandachtspunt wordt ook ten aanzien van het sanctioneren (onderdeel g. *'Sanctions and Appeals'*) de voorstellen van de autoriteiten van de Isle of Man in dit kader onderschreven. De voornaamste sancties zouden volgens deze voorstellen moeten zijn: '(i). withdrawal of operating licenses, and (ii). fines, at levels to be fixed from time to time in subordinate legislation.' Tevens moet hierbij de mogelijkheid worden geboden om in beroep te gaan.[150] Als achtste aandachtspunt wordt de handhaving van de nieuwe regelgeving genoemd (onderdeel h. *'Active enforcement'*). Het gaat hierbij om de vraag of op basis van de nieuwe regelgeving slechts reactief, of zowel reactief als proactief zou moeten worden opgetreden.[151] In het rapport wordt bepleit dat de handhaving zowel reactief als proactief zou moeten zijn: 'it seems essential to undertake a sensible measure of proactive enforcement, including some ongoing inspection of the licensed population.'[152] Als negende punt van aandacht wordt genoemd 'Capital adequacy and Professional Indemnity and Employee Fidelity Insurance' (onderdeel i.). In geval de cliënt van de dienstverlener zich wil verhalen op de dienstverlener zal de mogelijkheid daartoe afhangen van het kapitaal van de dienstverlener, haar 'professional indemnity insurance' (in geval van mismanagement) en haar 'employee fidelity

---

145 Idem, p. 114.

146 Idem, p. 114.

147 In dit verband wordt als voorbeeld verwezen op de *British Virgin Islands Code of Practice*, die (slechts) vereist dat 'providers only take reasonable steps to ensure that a professional service client contracting a seervice on behalf of another client (the beneficial owner or his nominee) has adequate due diligence in place'. Daarnaast wordt gewezen op het *Isle of Man consultative paper* waarin trustkantoren worden geacht aan hun verplichtingen te hebben voldaan als zij zich ervan vergewist hebben dat de tussenpersoon die een cliënt heeft geïntroduceerd een goed toetsingskader heeft en indien nodig hiervan de resultaten zal overleggen aan de dienstverlener.

148 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 114.

149 Idem, p. 114.

150 Idem, p. 114.

151 Deze vraag is *aanvankelijk* door de eilanden op verschillende wijze beantwoordt: in de consultative papers van de Isle of Man en Guernsey werd eerst (nog) voorgesteld om de nieuwe regelgeving slechts reactief te handhaven, waarbij de autoriteiten slechts optreden naar aanleiding van klachten en andere negatieve berichten en geen compliance bezoeken zouden worden gedaan. Beide eilanden hebben dit later bijgesteld, in die zin dat de autoriteiten van de Isle of Man hebben besloten dat de handhaving zowel proactief als reactief moest zijn en dat in Guernsey de FSC's Director General onderzoek mag bevelen door daartoe aangewezen gekwalificeerde personen. In Jersey werd besloten in de regelgeving de bevoegdheid op te nemen om FSC personeel op compliance bezoeken te sturen.

152 A. Edwards, *t.a.p.* 1998, p. 115.

insurance' (in geval van fraude binnen de organisatie van de dienstverlener). De autoriteiten van de Isle of Man hebben voorgesteld dat dienstverleners worden verplicht zich jaarlijks te certificeren of zij aan hun aansprakelijkheden kunnen voldoen. Aanvullend wordt in het rapport voorgesteld om in de Code of Conduct van de dienstverleners in dit kader de volgende verplichtingen op te nemen: 'to maintain adequate capital resources'; to maintain professional indemnity and employee fidelity Insurance at levels that are adequate in terms of amounts and coverage; en 'to disclose these matters in appropriate terms to their client agreements and to inform them subsequently of any major changes.'[153] Het aandachtpunt van interne controle (onderdeel j. *'Internal Controls'*) komt volgens het rapport terug in de hierboven geschetste gedragscodes waarin een aantal voorzieningen zijn getroffen in relatie tot interne richtlijnen voor management en controle. Als voorbeelden worden genoemd het vier ogen principe ('four-eyes principle') en de scheiding van het kapitaal van de dienstverlener en haar cliënt, het controleren van rekeningen en een jaarlijkse compliance audit.[154] Ten slotte betreft het elfde aandachtspunt de middelen die met de naleving van de regelgeving zijn gemoeid (onderdeel k. *'Resources'*). Ingeschat wordt dat effectieve regulering een aanzienlijk beroep zal doen op de personele bezetting van de autoriteiten, waarbij eveneens de benodigde expertise (onder meer op het gebied van 'company, legal en accountancy regulation' en compliance) van het hiervoor aan te trekken personeel belangrijk is.[155]

4.3.2.4 Uitleiding

In voorgaande subparagrafen zijn de uitgangspunten en methoden van good practice behandeld, die in het 'Edwards Report' ten aanzien van trustkantoren zijn gedaan. De keuzes die in het rapport zijn gemaakt zijn van invloed geweest op onderzoek en assessments, die hierna ten aanzien van de trustkantoren in financiële offshore centra hebben plaatsgevonden. Zo is er in het rapport voor gekozen om de trustkantoren te reguleren en niet de trusts of companies ten aanzien waarvan zij als dienstverlener optreden. Daarnaast is ten aanzien van 'trust service providers' en 'company service providers' overkoepelende wetgeving bepleit, in combinatie met afzonderlijke gedragscodes voor de specifieke terreinen van dienstverlening, waartoe het rapport eveneens belangrijke uitgangspunten formuleert. In de overkoepelende wetgeving zijn belangrijke richtinggevende essentialia van regulering en toezicht geformuleerd, zoals het instellen van een toezichthouder die de bevoegdheid heeft om vergunningen te verlenen (en indien nodig in te trekken) en daartoe een register bijhoudt, een algehele vergunningplicht ten aanzien van het beroepsmatig verlenen van trustdiensten, waarbij eisen worden gesteld aan het trustkantoor om voor een vergunning in aanmerking te kunnen komen, evenals eisen voor de aanvraag van de vergunning zelf. Voorts wordt met betrekking tot het 'up to date' houden van de gedragscode aan de toezichthouder een belangrijke rol toebedeeld. Trustkantoren zouden dan op hun beurt aan deze gedragscode gebonden zijn, evenals aan de in het rapport voorgestelde vereisten ten aanzien de bedrijfsvoering. Ter handhaving van het voorgaande, evenals ter handhaving van de voor trustkantoren geldende wet- en regelgeving, zouden dan aan de toezichthouder zowel in het kader van toezicht als ter handhaving bevoegdheden dienen te worden toegekend. Ook is hierboven reeds besproken dat bepaalde gedragingen volgens het rapport een strafbare gedraging zouden moeten opleveren, zoals het niet meewerken met de toezichthouder. In onderstaande subparagraaf wordt de KPMG-rapportage behandeld, waarin op belangrijke punten op het 'Edwards Report' wordt voortgebouwd.

4.3.3 Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda

Op 20 december 1999 heeft de *Foreign and Commonwealth Office*, uit naam van het hiertoe bevoegde *Steering Committee*[156], KPMG aangewezen om een review uit te voeren naar de financiële offshore

---

153 Idem, p. 115.
154 Idem, p. 115.
155 Idem, p. 116.
156 Het *Steering Committee* bestond uit vertegenwoordigers van de Foreign and Commonwealth Office, the Treasury, de Financial Services Authority en de overheden van de overzeese gebieden.

centra van Anguilla, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Montserrat en de Turks & Caicos Islands (gezamenlijk bekend als de Overseas Territories, de Britse Overzeese Gebieden). Het *Steering Committee* is opgericht naar aanleiding van het UK Government White Paper *Partnership for Progress and Prosperity: Britain and the Overseas Territories*,[157] dat in maart 1999 door de *Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* aan het Britse parlement is aangeboden. Hierin wordt onder andere melding gemaakt van de enorme groei van de internationale financiële dienstverlening en de financiële offshore centra van de Britse Overzeese Gebieden. Gewezen wordt op het belang van het behoud en het bevorderen van de goede reputatie van de financiële centra. Evenwel wordt tevens gewezen op de dreigende risico's van misbruik die van de ontwikkeling van deze markten uitgaan. Technieken voor het witwassen van geld, het plegen van fraude en het ontduiken van belasting en andere regelgeving zouden met deze markten meeëvolueren, waardoor ook de systemen van financiële regulering zullen moeten worden verbeterd. Zij moeten 'up to date' zijn en voldoen aan steeds strengere internationale standaarden.[158] In het White Paper wordt dan ook de druk opgevoerd om over te gaan tot regulering van de trustsector in de financiële offshore centra van de Britse Overzeese Gebieden:

> 'We shall also press Overseas Territory governments to introduce legislation to improve regulation of company formation and management because, for example, in the absence of proper regulation, complex company structures can be used to disguise the proceeds of crime and other regulatory abuse as well as providing limited liability. There is increasing evidence that companies, incorporated in an Overseas Territory but based elsewhere, have been used as vehicles to disguise money laundering and financial fraud.'

Ook hier wordt de nadruk gelegd op het belang van het kennen van de gebruiker van de trusts en rechtspersonen om het misbruik tegen te gaan:

> 'Company formation agents and company managers need to be required by law to hold key information about the companies for which they have responsibility and to disclose that information to a regulator on request. This will help ensure a properly documented paper trail for criminal and regulatory investigations.'[159]

De opbouw van de rapportage

Vanuit de hier beschreven belangen is overgegaan tot het uitvoeren van een diepgaand en onafhankelijk onderzoek naar de mate waarin de Britse Overzeese Gebieden aan de geldende internationale standaarden voldoen, dat is uitgevoerd door de Britse tak van KPMG. Voor het uitvoeren van de review heeft KPMG een *Strategic Team* samengesteld, bestaande uit voormalige senior experts[160] uit verschillende jurisdicties, evenals partners en ander personeel van KPMG. De resultaten van deze review zijn gepubliceerd in een zesdelige rapportage met de titel *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, steeds met als toevoeging het gebied dat is beoordeeld, achtereenvolgens: *Anguilla*, *Bermuda*, *British Virgin Islands*, *Cayman Islands*, *Montserrat* en *Turks & Caicos Islands*.

---

157 *Partnership for Progress and Prosperity: Britain and the Overseas Territories*, Cm 4264, Her Majesty's Stationery Office (HMSO).

158 Idem, p. 22 e.v.

159 Idem, p. 72.

160 De leden van het *Strategic Team* hebben relevante ervaring op het terrein van de tot stand koming van internationale standaarden en het implementeren daarvan. Zo bestond het team onder meer uit een voormalige Chairman van het Technical Committee van de IOSCO, een Director of Regulation van Lloyd's of London, een voormalige Deputy Director van de United States Securities and Exchange Commission of International Affairs, een voormalig Executive Director van de Securities and Futures Commission van Hong Kong en een voormalige Chief Executive van de Financial Supervision Commission van de Isle of Man.

Evenals bij de review in het 'Edwards Report' wordt in de onderzoeksopzet van de KPMG-rapporten de regulering en het toezicht van de aldaar gevestigde banken, beleggings- en effecteninstellingen, verzekeraars en trustkantoren ('company service providers' en 'trust service providers') beoordeeld. Een belangrijke en tevens fundamentele overeenkomst met het 'Edwards Report' is bovendien dat ervoor wordt gekozen om de regulering van trusts en companies onder te brengen bij de regulering van de dienstverleners. Dit uitgangspunt, waarbij de focus van regulering en toezicht op de dienstverlener aan de trust of rechtspersoon wordt gericht en er uitdrukkelijk niet voor wordt gekozen om deze entiteiten zelf aan regulering en toezicht te onderwerpen, is blijkens onderstaande citaten ook daadwerkelijk aan het 'Edwards Report' ontleend, aangezien ter onderbouwing van deze keuze expliciet (en uitsluitend) naar dit rapport wordt verwezen. Zo wordt ook in de KPMG-rapporten de aanpak van misbruik van trusts in (internationale) structuren door middel van de regulering van de 'trust service providers' gerealiseerd:

> 'We have focused on the regulation of professional trust service providers as we consider that this is the most practical and effective way of preventing the abuse of trust structures and of ensuring that relevant information is available to law enforcement authorities, when required. This approach is in accordance with the views expressed in the UK Home Office "Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies" (Section 12.9.5).'[161, 162]

Hetzelfde geldt voor de aanpak van het misbruik van (structuren van) rechtspersonen ('companies'). Ook hier is uitgangspunt de regulering van de 'company service provider.' Deze aanpak is in overeenstemming met het 'Edwards Report':

> 'We consider that the regulation of company service providers is the most practical and effective way of deterring the abuse of company structures and of ensuring that relevant information is available to law enforcement and regulatory authorities. This approach is in accordance with the views expressed in the recent UK Home Office "Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies" (Section 13.4.1)'[163, 164]

Evenals in het 'Edwards Report' wordt in de KPMG-rapportage geconstateerd dat internationale standaarden van regulering en toezicht met betrekking 'company service providers' en 'trust service providers' ontbreken.[165]

---

161 KPMG, *t.a.p.* 2000, hoofdstuk 'Trusts', onderdeel 1. 'Introduction'. N.B. de in de hoofdstukken van de zes rapporten behandelde onderwerpen komen grotendeels overeen, dat geldt echter niet voor de nummering van de hoofdstukken. Onder andere doordat in de rapporten betreffende Anguilla, de Cayman Islands en Montserrat een hoofdstuk is opgenomen (te noemen hoofdstuk 8 'Stock Exchange') dat niet is opgenomen in de rapporten betreffende Bermuda, de British Virgin Islands en The Turks & Caicos Islands, wijkt de hoofdstuknummering tussen de rapporten af. Derhalve is ervoor gekozen om in de navolgende verwijzingen naar de titel van het hoofdstuk verwezen.

162 Zie ook: A. Edwards, *t.a.p.* 1998, hoofdstuk 12 'Trusts and trustees', paragraaf 12.9.5, waarin Edwards betoogt dat: '(t)he Island authorities are also right, in my opinion, to focus the regulatory regime on Trust companies or service providers rather than Trusts themselves. This is a route which the British Caribbean Territory authorities and Bermuda, too, have followed.'

163 KPMG, *t.a.p.* 2000, hoofdstuk 'Trusts', onderdeel 'Introduction'.

164 Zie ook A. Edwards, *t.a.p.* 1998, hoofdstuk 13 'Company, Trust and professional service providers', paragraaf 13.4.1, waarin Edwards betoogt dat 'the most, and perhaps the only effective way to regulate the large Trust and company sectors in the Islands is through regulation of the service providers.' Zie ook hierboven in subparagraaf 4.3.2.1 ('General principles en methoden van good practice').

165 KPMG, *t.a.p.* 2000, hoofdstuk 'Company service providers', onderdeel 1 'Introduction', respectievelijk 'Trust service providers', onderdeel 1 'Introduction'.

4.3.3.1 Inleiding: general principles en methoden van good practice

De *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda* (tot stand gekomen op 27 oktober 2000) is als gezegd door het IMF, gezamenlijk met het 'Edwards Report', aangewezen als richtinggevend voor de vormgeving van regulering en toezicht op het terrein van trustkantoren. De in voorgaande subparagraaf behandelde beschouwing door het IMF van het 'Edwards Report' is dan ook onverkort van toepassing op de KPMG-rapportage, die in deze subparagraaf centraal staat. Ook bij laatstgenoemde rapportage gaat het om één van de eerste relevante instrumenten, waarin daadwerkelijk een aanvang is gemaakt met het formuleren van aanbevelingen ten aanzien van trustkantoren. Hierin wordt eveneens het onderscheid gehanteerd in de hoedanigheid van het trustkantoor als 'company service provider' en als 'trust service provider'.

De hoofdstukken 'Company service providers' en 'Trust service providers'

In het kader van deze studie zijn de hoofdstukken getiteld *'Company service providers'* en *'Trust service providers'* van de zes KPMG rapporten het belangrijkst. Ten aanzien van beide dienstverleners behandelen deze hoofdstukken de regulering en het toezicht, evenals haar risico's voor misbruik. 'Company service providers' worden in het rapport omschreven als 'those who undertake company management business', waarbij onder 'company management business' de volgende activiteiten worden begrepen: 'the formation of companies for clients; the provision of registered office for companies; the provision of registered agents for companies (in those jurisdictions of which provides for registered agents); the provision of nominee shareholders; the provision of director services; and the preparation and filing of statutory forms for companies.'[166] In de rapporten wordt de definitie van 'trust service providers' niet nader gespecificeerd. Wel wordt ten aanzien van trusts beschreven dat hierbij settlors, trustees en beneficiaries en vaak ook protectors[167], enforcers[168] en custodians[169] betrokken zijn.

4.3.3.2 De betekenis van de Guidance Notes met betrekking tot 'Companies and Trusts' voor 'company service providers' en 'trust service providers'

In de KPMG-rapporten wordt (indien toepasselijk) de reeds in werking getreden wet- en regelgeving met betrekking tot de regulering van trustkantoren getoetst aan de zogeheten *Guidance Notes* met betrekking tot 'Companies and Trusts'. Volgens de rapporten zijn de belangrijkste internationale normen en standaarden van good practice ten aanzien van trustkantoren ('company service providers' en 'trust service providers') in deze *Guidance Notes* neergelegd. Deze richtlijnen met betrekking tot de wetgeving van beide dienstverleners komen grotendeels met elkaar overeen en worden derhalve in deze subparagraaf gezamenlijk behandeld. Waar de *Guidance Notes* vanwege het specifieke deelgebied van dienstverlening van elkaar verschillen, wordt aandacht besteed aan de specifieke bepaling die op de hoedanigheid van het trustkantoor als 'trust service provider' dan wel 'corporate service provider' is gericht.

The Guidance Notes als richtlijnen bij wetgeving voor trustkantoren

In de *Guidance Notes* zijn kernpunten opgenomen met betrekking tot de wetgeving van trustkantoren, die weergeven waaraan deze wetgeving zou dienen te voldoen. In de eerste plaats wordt voorgesteld dat (alle) trustkantoren voor hun dienstverlening over een vergunning dienen te beschikken en aan effectieve regulering onderworpen dienen te zijn: 'those who provide company services should be licensed and subject tot effective regulation'. De toezichthouder dient hierbij ter handhaving over effectieve bevoegdheden te beschikken, die zij onafhankelijk kan aanwenden: 'the regulator should have effective and independent enforcement powers, including the power to monitor and supervise

---

166 *Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda*, hoofdstuk 'Company service providers', onderdeel 1. 'Introduction'.

167 Indien van toepassing kan een protector worden benoemd, die de bevoegdheid heeft een veto te geven aan de voorstellen van de trustee.

168 Indien van toepassing kan een enforcer worden benoemd, die de bevoegdheid heeft een (purpose) trust af te dwingen.

169 Indien van toepassing kan een custodian worden benoemd om zorg te dragen voor het houden van de trustgoederen.

licensed CSPs/TSPs, to inspect their activities, to investigate potential breaches of rules, regulations and laws and to petition the court to wind-up a CSP/TSP'. Zij dient dan in staat te zijn handhavend op te treden. In de woorden van KPMG: 'the regulator should be able to take appropriate enforcement action, including disciplinary action, for example by revoking a CPS's/TSP's license, as well as to pursue civil and criminal sanctions. Het trustkantoor dient 'effective anti-money laundering measures, including "know your customer" record keeping and staff training procedures' te hebben ingevoerd in zijn bedrijfsvoering. Toezichthoudende en handhavende autoriteiten dienen bij 'company service providers' snel en efficiënt te kunnen achterhalen wie de directors en de aandeelhouders zijn van de rechtspersoon of vennootschap waaraan het trustkantoor zijn diensten verleent. Deze eis geldt voor wat betreft het trustkantoor in de hoedanigheid van 'trust service provider' met betrekking tot de settlor, de beneficiaries, de protector en (indien toepasselijk) de custodian. Daarnaast dienen de toezichthoudende en handhavende autoriteiten te kunnen beschikken over relevante financiële informatie met betrekking tot de activiteiten van de trust. In de woorden van KPMG: 'law enforcement and regulatory authorities should be able to access financial information relevant tot the activities of trusts administered by a TSP.' Tot slot wordt van trustkantoren geëist dat zij hun functie als bestuurder en als trustee op een verantwoordelijke wijze vervullen: 'CSPs, when providing director services, should be required to fulfil their responsibilities as directors and should not be permitted to abrogate their responsibilities through, for example, the use of general powers of attorney' en 'trustees should be held accountable to the beneficiaries and settlor, and the protector, where applicable, by preparing regular accounts, where appropriate.'[170]

Codes of Conduct
Naast de *Guidance Notes* met betrekking tot de wetgeving, zijn in de KPMG-rapporten tevens kernpunten opgenomen waaraan de gedragscodes voor trustkantoren, de zogenaamde 'Codes of Conduct', dienen te voldoen. Volgens de rapporten kunnen afdwingbare gedragscodes de naleving van de standaarden die in de *Guidance Notes* zijn vastgelegd bevorderen. In de rapporten wordt de regulering van trustkantoren als dienstverleners aangewezen als de meest geschikte methode om te kunnen voldoen aan de standaarden die in de bovengenoemde *Guidance Notes* zijn neergelegd: 'We consider that the most appropriate method of meeting the standards set out in the Guidance Notes (…) is via the regulation of the service provider (…).' In dit kader wordt gewezen op het belang van een afdwingbare gedragscode voor trustkantoren 'To facilitate the meeting of these standards we consider that the regulatory environment should include an enforceable code of practice.'
In kernpunten wordt in de rapporten aangegeven welke onderwerpen in deze gedragscodes dienen te worden geregeld. De gedragscodes dienen in de eeste plaats vereisten te bevatten met betrekking tot het kennen van de identiteit van de cliënt: 'knowing the beneficial owner of a company on an ongoing basis' ('company service providers'), respectievelijk 'knowing the identity of the settlor, protector and custodian on an ongoing basis' en 'knowing, where possible, the identity of the beneficiaries' ('trust service providers'). Daarnaast dienen in de gedragscodes vereisten te worden opgenomen met betrekking tot het onderzoek door het trustkantoor naar de herkomst van vermogen: 'verifying, so far as is possible, the source of trust assets to ensure they are not of illegal origin' ('trust service providers') en met betrekking tot de scheiding van het vermogen van het trustkantoor met dat van de cliënt: 'the segregation of client/trust money and assets.' Voorts dienen zij verplichtingen te bevatten met betrekking tot de administratie, waarbij het gaat om eisen ten aanzien van 'the retention of the records in the jurisdiction' ('company service providers'), respectievelijk 'the maintenance of books and records including a copy of the trust deed and other documents relating to the trust' ('trust service providers'). Tot slot dienen ook ten aanzien van het personeel van het trustkantoor, de directors en de trustees, in de gedragscodes competentie vereisten te worden gesteld.[171]

Bovenstaande internationale normen en standaarden van good practice zijn als gezegd gebaseerd op de *Guidance Notes* met betrekking tot 'Companies and Trusts'. Hoewel het bij companies en trusts als

---

170 KPMG, *t.a.p.* 2000, hoofdstuk 'Company service providers', onderdeel 'Introduction' en hoofdstuk 'Trust service providers', onderdeel 'Introduction'.

171 Idem, hoofdstuk 'Company service providers', onderdeel 'Code of Practice' en hoofdstuk 'Trust service providers', onderdeel 'Code of Practice'.

gezegd om twee verschillende sectoren gaat[172], wordt in de betreffende *Guidance Notes* ten aanzien van beide sectoren opgemerkt dat 'in respect of their potential as vehicles for abuse, the issues raised by the trust and company sector are similar, and for this reason, this paper treats them parallel'. Hierbij wordt overwogen dat de mogelijkheden om companies en trusts aan te wenden voor criminele doeleinden niet kan worden weggenomen, maar dat effectieve regulering kan bijdragen aan het reduceren van misbruik van beide vehikels. Hoewel een internationale 'group of company and trust regulators' ontbreekt, zijn er echter wel standaarden van internationale lichamen in relatie tot andere financiële sectoren, die volgens de *Guidance Notes* evenzeer van toepassing zouden kunnen zijn op de company en trusts sector.[173]

In de *Guidance Notes* betreffende 'Companies and Trusts' wordt voorts opgemerkt dat de navolgende internationaal onderschreven standaarden eveneens in de aanbevelingen van het 'Edwards Report' zijn toegepast ten aanzien van companies en trusts in de Isle of Man, Guernsey en Jersey. Het gaat in de eerste plaats om het principe (op basis van de Basle- en IOSCO-standaarden) dat financiële instellingen hun cliënten moeten kennen. Dit principe is met name van toepassing in situaties waarbij 'the ownership of assets may be obsured through company and trust vehicles'.[174] Daarnaast wordt gewezen op de internationale standaard die voortvloeit uit de (inmiddels herziene) *Recommendation 11* (oud)[175] van de FATF en de bijbehorende *Interpretative Note*(oud).[176] De internationale standaard die hieruit voortvloeit impliceert volgens de *Guidance Notes* dat 'financial institutions should be able to delve beneath a corporate or trust structure, to establish the true beneficial owner and other relevant parties, and not simply the name of a lawyer acting as an intermediary.'[177,178] Daarnaast wordt gewezen op de destijds reeds geldende internationale standaarden van het IASC[179], de G22[180], de IMF[181] en de OESO.[182] De implementatie van deze standaarden brengt volgens de *Guidance Notes* verplichtingen mee met betrekking tot: (i.) het achterhalen van de identiteit van de uiteindelijk begunstigde ('beneficial ownership'); (ii) het implementeren van anti-money laundering systemen;

---

172 Zie ook hierboven subparagraaf 4.3.2.1 'Inleiding: general principles en methoden van good practice', onder het kopje 'Company, Trust and Professional Service Providers'.

173 *Terms of Reference for the Review of Financial Regulation in Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Montserrat and Turks and Caicos Islands*, KPMG 10 december 1999, Guidance Notes, onderdeel 'Companies and Trusts'.

174 Idem.

175 *Recommendation 11*(oud) van de (inmiddels herziene) aanbevelingen van de FATF luidt: 'Financial institutions should take reasonable measures to obtain information about the true identity of the persons on whose behalf an account is opened or a transaction conducted if there are any doubts as to whether these clients or customers are acting on their own behalf, for example, in the case of domiciliary companies (i.e. institutions, corporations, foundations, trusts, etc. that do not conduct any commercial or manufacturing business or any other form of commercial operation in the country where their registered office is located). Zie: *Forty Recommendations*, FATF 1996. De aanbevelingen van de FATF zijn in 1990 voor het eerst opgesteld, zij zijn in 1996 voor de eerste keer herzien en voor de tweede keer in oktober 2003, met aanpassingen tot oktober 2004: op 22 oktober 2004 is de negende van de 'Special Recommendations on Terrorist Financing' aangenomen.

176 De *Interpretative Note*, behorende bij *Recommendation 11* (oud), luidt: 'A bank or other financial institution should know the identity of its own customers, even if these are represented by lawyers, in order to detect and prevent suspicious transactions as well as to enable it to comply swiftly to information or seizure requests by the competent authorities. Accordingly Recommendation 11 also applies to the situation where an attorney is acting as an intermediary for financial services.'

177 *Terms of Reference for the Review of Financial Regulation in Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Montserrat and Turks and Caicos Islands*, KPMG 10 december 1999, Guidance Notes, onderdeel 'Companies and Trusts'.

178 Daarnaast wordt gewezen op *Recommendation 25* (oud), welke luidt: 'Countries should take notice of the potential for abuse of shell corporations by money launderers and should consider whether additional measures are required to prevent unlawful use of such entities.'

179 Het Internationale Accountant Standards Committee.

180 Zie: *Report of the Working Group on Transparency and Accountability*, G22 oktober 1998.

181 Zie: *Guide to Progress in Strengthening the Global Financial Architecture*, IMF april 1999.

182 Zie: *OECD Prinicples of Corporate Governance*, OESO mei 1999 (oud). In 2004 heeft een herziening plaatsgevonden.

(iii) transparantie van de financiële dienstverlening; (iv) verplichtingen aan bestuurders, trustees en trustkantoren ('company service providers'); (v) 'investigative and enforcement powers'; en (vi) het wegnemen van belemmeringen om vermogen te traceren en in beslag te nemen.

4.3.3.3 Verplichtingen die de implementatie van internationale standaarden volgens Guidance Notes met betrekking tot 'Companies and Trusts' met zich meebrengt

Volgens bovengenoemde *Guidance Notes* brengt de implementatie van bovengenoemde standaarden enkele nader te bespreken verplichtingen met zich mee. Als eerste wordt genoemd het achterhalen van de identiteit van de 'beneficial owner'. Overwogen wordt dat het voor handhavende en toezichthoudende autoriteiten mogelijk moet worden gemaakt dat zij op een snelle en efficiënte wijze de ware eigenaar van het vermogen in een company of trust kunnen achterhalen, evenals de bron en de aard van de financiële transacties. Het is van belang dat de uiteindelijk belanghebbende (de 'ultimate beneficial owner', UBO) uit de complexe structuren kan worden gehaald: 'It is essential to be able to trace the ultimate individual beneficial ownership of companies and to get beyond elaborate structures in which companies are owned by layers of other companies and/or trusts, which obscures the ultimate beneficial owner.' Dit zou voor de company sector betekenen dat de autoriteiten over de middelen dienen te kunnen beschikken om de bestuurders en de eigendom van de aandelen te achterhalen, in het bijzonder indien gebruik wordt gemaakt van aandelen aan toonder ('bearer shares').[183] Voor het gebruik van trusts (de 'trust sector')[184] zou dit betekenen dat de autoriteiten de middelen zouden moeten hebben om de settlor, de beneficiaries en de trustees[185] te kunnen identificeren. De autoriteiten zouden geëquipeerd moeten zijn om 'up to date' informatie te kunnen verwerven, ook ten aanzien van companies en trusts die in andere jurisdicties zijn gevestigd, maar vanuit het betreffende gebied wordt bestuurd of daar naartoe wordt verplaatst. In de tweede plaats wordt het belang van de implementatie van anti-witwas systemen genoemd; tussenpersonen die corporate of trust diensten verlenen dienen effectieve maatregelen geïmplementeerd te hebben om witwassen tegen te gaan, waaronder het 'ken uw cliënt'-principe en het melden van ongebruikelijke transacties. In de derde plaats wordt transparantie van de dienstverlening met betrekking tot companies en trusts bepleit: 'Basic information relevant to the activities of companies and trusts should be available, quickly and efficiently, and in advance of formal proceedings, to law enforcement and regulatory authorities.' Het vierde punt betreft de verplichtingen ten aanzien van bestuurders, trustees en 'company service providers'. Volgens de *Guidance Notes* zouden deze dienstverleners vergunningplichtig moeten zijn en aan effectieve regulering moeten worden onderworpen. Het hierboven beschreven eerste aandachtspunt, betreffende het kunnen kennen van de identiteit van de UBO, is hier onverkort van toepassing: '(OT)[186] authorities should be able to identify the true directors and owners of a company, and the settlors, beneficiaries, (and) trustees (…) of a trust.' Als vijfde punt zijn de bevoegdheden van opsporing en handhaving genoemd. In geval van verdenking van criminele activiteiten zouden de autoriteiten in staat moeten worden gesteld opsporingsbevoegdheden op de bestuurders, beneficial owners, settlors, beneficiaries, trustees en nominees toe te passen. Op basis van internationale samenwerking zouden de eventuele verbanden tussen companies en trusts kunnen worden geïdentificeerd. Volgens de *Guidance Notes* zou de regulering gepaard moeten gaan met de toepassing van effectieve en onafhankelijke handhavingbevoegdheden, waarbij bovendien het houden van toezicht expliciet wordt genoemd: 'the regulation of company and trust service providers and formation agents needs to be accompanied by effective and independent enforcement powers, including the power to monitor and supervise licensed formation agents and service providers, to

183 In het *Edwards Report* wordt eveneens bezwaar gemaakt tegen het gebruik van aandelen aan toonder, omdat hiermee de eigendom van companies kan worden verhuld. Zie A. Edwards, *t.a.p.* 1998, hoofdstuk 10 'Companies', onderdeel 10.14 'Bearer shares', paragraaf 10.14.3 waar Edwards kritiek heeft op het gebruik van toonderaandelen: 'In my opinion, there is a presumption against permitting bearer shares. Such instruments enable the unscrupulous to conceal their ownership of companies without offering any significant compensating advantages'.

184 Niet te verwarren met de trustsector, waarmee de trustbranche wordt aangeduid.

185 Indien van toepassing worden daarnaast de protector en de custodian genoemd, waarvan de identiteit moet kunnen worden vastgesteld.

186 Overseas Territories.

inspect their activities, to investigate potential breaches of rules, regulations, and laws, and to make appropriate enforcement action.' Als mogelijkheden voor handhaving worden hier zowel de bestuursrechtelijke weg ('disciplinary action', zoals het intrekken van de vergunning), als de mogelijkheid van de civiele en strafrechtelijke weg genoemd. Tot slot wordt, als zesde punt (kort), gewezen op het belang dat trusts en companies geen barrière mogen vormen bij het traceren van vermogen en het beslagleggen daarop, waarbij wordt volstaan met de opmerking dat: 'Trust and company arrangements should not be able to be used to frustrate the due process of law in attempts to trace and seize assets.'

4.3.3.4 Uitleiding en tussenstand

Het 'Edwards Report' verschaft volgens het IMF 'a first comprehensive picture' van de offshore business en het toezicht daarop. De hierop volgende rapportage van KPMG is eveneens op de 'offshore business'-praktijk gericht.[187] Beide rapporten komen in belangrijke mate met elkaar overeen. Niet alleen zijn zij beide het verslag van een assessment onderzoek in daartoe geselecteerde financiële offshore centra naar de regulering en het toezicht betreffende banken investeerders, verzekeraars en trustkantoren. Belangrijker is dat de fundamentele keuzes en de essentialia van trusttoezicht en regulering die in het 'Edwards Report' zijn bepleit voor een belangrijk deel in de KPMG-rapporten zijn overgenomen. Dat geldt in de eerste plaats voor het meest basale uitgangspunt om de trustkantoren te reguleren en niet de trusts of companies ten aanzien waarvan zij als dienstverlener optreden. Het uitgangspunt is derhalve regulering van het trustkantoor in de hoedanigheid van 'trust service provider' en 'company service provider'. Dit uitgangspunt is in de KPMG-rapporten overgenomen. Ook is het idee overgenomen van een overkoepelende wetgeving ten aanzien van beide dienstverleners, gesteund door afzonderlijke gedragscodes, die zijn afgestemd op het specifieke terrein van dienstverlening (evenals het hierbij gehanteerde onderscheid tussen beide genoemde dienstverleners). De invulling van deze wetgeving komt, blijkens de in de KPMG-rapporten beschreven *Guidance Notes* waaraan deze wetgeving zou moeten worden getoetst, in belangrijke mate overeen met die van het 'Edwards Report'. Evenals in laatstgenoemd rapport wordt in het KPMG-rapport gesproken over een toezichthouder en een algehele vergunningplicht voor het verlenen van trustdiensten. De toezichthouder heeft bevoegdheden om toezicht te houden op vergunninghoudende trustkantoren en daarnaast om handhavend te kunnen optreden, waarbij onder andere moet worden gedacht aan het intrekken van de vergunning. In het KPMG-rapport wordt eveneens de mogelijkheid tot civiele en strafrechtelijke sancties genoemd, waarin deze wetgeving zou dienen te voorzien. Ten aanzien van de bedrijfsvoering van het trustkantoor worden eisen gesteld met betrekking tot anti-witwasmaatregelen, zoals 'ken-uw-client' vereisten. Voorts dienen de toezichthoudende en handhavende instanties te kunnen beschikken over de informatie met betrekking tot de identiteit van de ultimate beneficial owner (bij companies) en dan wel de settlor, de beneficiaries, de protector en (indien toepasselijk) de custodian (bij trusts). Daarnaast moeten zij kunnen beschikken over de relevante informatie met betrekking tot de activiteiten van de bij het trustkantoor geadministreerde trust. De in beide rapporten neergelegde principes en uitgangspunten zijn volgens het IMF richtinggevend geweest bij het opstellen van aanbevelingen en het beschrijven van methoden van 'good practice' ten aanzien de beoordeling van regulering en toezicht met betrekking tot trustkantoren in de vroege *Assessment Reports* van zijn *OFC Assessment Program*. In navolgende subparagrafen worden twee daarvan behandeld, te noemen het Assessment Rapport van Cyprus in subparagraaf 4.3.4.1 'Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector' en die van Gibraltar in subparagraaf 4.3.4.2 'Gibraltar – Assessment of the Regulation and Supervision of Financial Services'.

---

187 *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk IV. 'Issues for Discussion', onderdeel 'Existing Assessments of Offshore Financial Centers'.

4.3.4 De vroege Assessment Reports van het OFC Assessment Program

In deze studie worden de eerste *Assessment Reports*, die zijn verschenen in het *OFC Assessment Program* van het IMF, in samenhang met de rapporten die in voorgaande subparagrafen 4.3.2 ('The Edwards Report: Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies') en 4.3.3 ('Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda') zijn behandeld, als 'ijkpunt' in het onderzoek genomen. Deze *Assessment Reports* zijn de eerste relevante internationale instrumenten waarmee de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren daadwerkelijk een aanvang heeft genomen. In de vroege *Assessment Reports* wordt, zoals ook uit het inleidende citaat van dit hoofdstuk kan worden opgemaakt, door het IMF erop gewezen dat internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren destijds ontbraken. Op verschillende plekken in dit hoofdstuk is reeds aangegeven dat deze *Assessment Reports* in samenhang met het *Edwards-Report* en de KPMG-rapportage moeten worden bezien, aangezien het IMF in haar *Assessment Reports* onderschrijft dat in beide rapportages enkele 'general principles' zijn toegepast, die richtinggevend kunnen zijn bij het opstellen van methoden van 'good practice'.[188] In de vroege *Assessment Reports* die in deze subparagraaf worden behandeld, wordt duidelijk voortgebouwd op de voorstellen die in beide rapportages ten aanzien van regulering en toezicht betreffende trustkantoren worden gedaan. De standaarden die hierin zijn geformuleerd verkrijgen door de *Assessment Reports* een internationaal draagvlak.

Uitvoering van het OFC Assessment Program

Anders dan in de eerder door het FSF voorgestelde verdeling van OFCs in drie categorieën[189] wordt het *OFC Assessment Program* uitgevoerd op basis van drie modules.[190, 191] Het IMF heeft hiermee een eigen invulling geven aan de selectie van financiële offshore centra voor zijn assessment, waarbij flexibiliteit als één van de belangrijkste uitgangspunten geldt: 'the timing and choice of modules needs to be flexible, taking account of the particular circumstances of each OFC'. Het doel van de assessment is 'to complete, through a step-by-step process, a wide-ranging set of voluntary assessments of vulnerabilities, observance of standards and establishing priorities for strengthening supervision and regulation.'[192] Hierbij wordt nauw samengewerkt met organisaties als het Basel Committee, de World Bank, de FATF, de UN, de ISOCO en de IAIS. Zoals in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk reeds ter sprake is gekomen, zijn van de 44 jurisdicties die zijn uitgenodigd voor deelname aan het programma, één of meer assessment rapporten verschenen van de navolgende jurisdicties: Andorra, Anguilla, Aruba, de Bahamas, Belize, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Cook Islands, Cyprus, Gibraltar, Guernsey, Isle of Man, Jersey, Liechtenstein,

---

188 Zie: Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 35, en: Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49.

189 Zie nader subparagraaf 3.3.1 ('Ten geleide: het OFC Assessment Program').

190 Het gaat om de volgende driedeling: *Module 1* 'Self-assessment by OFCs, assisted by outside experts'; *Module 2* 'Stand-alone Fund assessments of all relevant supervisory standards'; en *Module 3* 'Overall FSAP/FSSA analyses, covering all significant risks and vulnerabilities, building on Modules 1 and 2, providing a link to Fund Article IV surveillance'. Het gaat bij 'FSAP/FSSA analyses' in de eerste plaats om analyses op basis van het zogeheten *Financial Sector Assessment Program* (FSAP). Op basis van dit programma (opgericht in 1999) kan een uitgebreide en diepgaande analyse van de financiële sector van een land worden verricht. Het programma wordt derhalve als een belangrijk instrument van toezicht door het IMF gezien, waarbij tevens uitvoering wordt gegeven aan de zogenaamde 'Article IV Consultation'. Het gaat hierbij om artikel IV 'Obligations Regarding Exchange Arrangements' van de *Articles of Agreement* van het IMF, aangenomen bij de 'United Nations Monetary and Financial Conference' te Bretton Woods, New Hampshire op 22 juli 1944 en in werking getreden op 27 december 1945. Op basis van deze consultaties vinden bilaterale discussies plaats met verschillende jurisdicties met betrekking tot hun financiële stabiliteit. Een belangrijk document hierbij is het genoemde *Financial System Stability Assessment* (FSSA).

191 Zie nader voor een inhoudelijke behandeling van bovengenoemde drie modules: *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department (in consultatie met andere departementen) 23 juni 2000, hoofdstuk III. 'An IMF Approach to OFC Assessments', onderdeel B. 'The Proposed Fund Approach to Assessments of OFCs'.

192 Idem, hoofdstuk III. 'An IMF Approach to OFC Assessments', onderdeel B. 'The Proposed Fund Approach to Assessments of OFCs'.

Macao, Malaysia, Monaco, Monterserrat, de (voormalige) Nederlandse Antillen, de Republiek van Palau, Panama, Samoa, de Seychellen, Turks and Caicos Islands en Vanuatu.[193] De eerste assessment rapporten waarin daadwerkelijk internationale standaarden van regulering en toezicht ten aanzien van trustkantoren ('company and trust service providers') zijn vastgelegd zijn de *Assessment Reports* van Cyprus, Gibraltar en (zij het minder uitgebreid dan in laatstgenoemd rapport) Aruba.[194]

4.3.4.1 Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector

Op 30 juli 2001 verschijnt het *Assessment Report* van het financiële offshore centrum van Cyprus, met als titel *Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector.*[195] Gelijktijdig met dit rapport is het rapport *Assessment of Implementation of the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision in Respect of the Offshore Sector* uitgebracht, dat hier volledigheidshalve wordt genoemd, maar in het kader van de bespreking van deze subparagraaf buiten beschouwing wordt gelaten.[196] Op basis van het assessment onderzoek dat in maart 2001 is uitgevoerd op uitnodiging van de Gouverneur van de Central Bank of Cyprus (CBC), wordt in het eerstgenoemde *Assessment Report* beschreven in welke mate de financiële offshore sector van Cyprus voldoet aan internationaal geaccepteerde standaarden.[197]

4.3.4.1.1 Assessment of Practices Relating to Companies, Trusts, and Company and Trust Service Providers

Van het eerstgenoemde rapport *Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector* is hoofdstuk VI *'Assessment of Practices Relating to Companies, Trusts, and Company and Trust Service Providers'* het belangrijkst. Zoals op verschillende plaatsen in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen, wordt in dit hoofdstuk door het IMF geconstateerd dat relevante standaarden van regulering en toezicht ontbreken. Evenwel wordt tegelijk gewezen op het belang van de besproken rapportages van het 'Edwards Report' en KPMG. In hoofdstuk VI wordt geconstateerd dat in sommige jurisdicties, die intensief worden gebruikt voor het vestigen van 'non-resident' companies en trusts, is overgegaan tot het invoeren van regimes van regulering en toezicht met betrekking tot de registratie van offshore companies en trust, en belangrijker: met betrekking tot de dienstverleners aan deze entiteiten. Als één van de redenen van het invoeren van de regulering en toezicht wordt genoemd dat de beneficial owner van de beheerde entiteit veelal niet in de betreffende jurisdictie woonachtig is, zodat een plaatselijk trustkantoor wordt ingeschakeld.[198]

Met in achtneming van de aard van de dienstverlening van de in Cyprus gevestigde offshore companies, trusts en company service providers en trust service providers en de aldaar geldende wet- en regelgeving, is in het assessment onderzoek beoordeeld in welke mate het toezicht op de activiteiten van deze entiteiten en dienstverleners voldoet aan de standaarden van 'good practice' van andere jurisdicties, waar veel trusts en companies gevestigd zijn. Een moeilijkheid die hierbij wordt

---

193 Zie in dit verband ook: *IMF Executive Board Reviews the Assessment Program on Offshore Financial Centers*, IMF Public Information Notice No. 03/138 24 november 2003.

194 In navolgende subparagrafen (4.3.4.1 en 4.3.4.2) wordt volstaan met een behandeling van de *Assessment Reports* van Cyprus en Gibraltar, aangezien in deze subparagrafen slechts wordt beoogd internationale standaarden te identificeren met betrekking tot de regulering en toezicht betreffende trustkantoren, die door het IMF in de vroege *Assessment Reports* zijn aangewezen. Met de behandeling van het *Assessment Report* van Cyprus zou daartoe niet kunnen worden volstaan, aangezien juist in het rapport van Gibraltar naast specifieke aanbevelingen voor de offshore sector ook methoden 'good practice' worden beschreven, die met betrekking tot de internationale standaarden van trusttoezicht van belang zijn. In het *Assessment Report* van Aruba zijn geen methoden van 'good practice' beschreven. Het behandelen van dit rapport zou vanuit dit oogpunt een herhaling van zetten opleveren.

195 *Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juli 2001.

196 *Assessment of Implementation of the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision in Respect of the Offshore Sector – Cyprus*, IMF 30 juli 2001.

197 Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 4.

198 Idem, p. 35-36.

gesignaleerd is dat deze standaarden per jurisdictie verschillen en dat zij zich bovendien in hoog tempo ontwikkelen. Zo wordt in het rapport het probleem onderkend dat 'In assessing this sector, it is recognized that administration of offshore companies, trusts and their associated service providers differs from one jurisdiction to the next and that activities within the offshore sector are changing rapidly around the world and theories, policies, and best practices of supervision are swiftly evolving.'[199]

Het onderdeel 'Company and Trust Services Providers'
In onderdeel C met als titel *'Company and Trust Services Providers'* van genoemd hoofdstuk VI, wordt de Cypriotische autoriteiten aanbevolen om ten aanzien van trustkantoren een systeem van externe regulering en toezicht in te voeren. Bij dit systeem dient het verlenen van trustdiensten een vergunningplichtige activiteit te zijn. Zij mag alleen door vergunninghoudende trustkantoren worden verricht, die onder toezicht staan. In de woorden van het IMF: 'Under such a system, all firms who provide services to companies and trusts would be licensed and supervised.' Hierdoor kunnen ook advocaten en accountantskantoren onder de reikwijdte van dit systeem van regulering en toezicht komen te vallen. In dit systeem dienen aan de toezichthouder de navolgende bevoegdheden te worden toegekend: 'The supervisory body, would have the power to: (i) issue rules under statutory authority; (ii) authorize service providers; (iii) monitor licensees; (iv) require provision of information; (v) enforce compliance with regulatory requirements; (vi) remove the license of unfit licensees; (vii) wind up the business if necessary; (viii) exchange information with other regulators; and (ix) undertake the supervisory responsibilities under the money laundering law presently delegated to the professional bodies.'[200]

4.3.4.1.2 Uitleiding
Bovenstaande aanbevelingen zijn gedaan op basis van de beoordeling van de praktijk ten aanzien van offshore activiteiten van companies, trusts en trustkantoren op Cyprus. De redenen waarom niet is gekozen voor een systeem waarbij alle International Business Companies (IBCs) – waaronder IFCs[201] en ITCs[202] – worden doorgelicht, zijn dan ook sterk gekleurd door de praktijk van de 'offshore business' van Cyprus. Hierbij zou anders teveel moeten worden vertrouwd op de tussenpersonen bij banken en de buitenlandse eigenaars van de IBCs. Een andere genoemde reden is dat (op basis van gesprekken met partijen binnen de CBC) zou zijn gebleken dat het mogelijk zou zijn om door middel van lokaal gevestigde companies, die meestal aan een advocaten- of accountantskantoor zijn verbonden, buitenlandse companies te administreren, zolang hierbij de activa in een andere jurisdictie wordt gehouden en de ultimate beneficial owners geen Cyprioten zijn. Door deze constructie zou iedere vorm extern toezicht (zoals door accountants) op deze IBCs ontbreken, waardoor zij voor de Cypriotische offshore praktijk een voornaam punt van zorg zou zijn geworden. Tot slot wordt bovendien gewezen op de potentiële 'conflicts of interest' in de onderlinge verhouding tussen advocaten- en accountantskantoren en hun dienstverlening ten aanzien van deze entiteiten. Het toezicht op advocaten en accountants zou niet gericht zijn op hun acitiviteiten als dienstverlener aan deze entiteiten (trustkantoor): 'Although the professional associations monitor compliance with their own internal codes of conduct, there appears to be no independent process for the review of these procedures, particularly where lawyers and accounting firms are performing service provider functions.'[203]

Bovengenoemde aandachtspunten uit de praktijk Cypriotische 'offshore business' zijn volgens het *Assessment Report* van Cyprus voor het IMF redengevend geweest om te adviseren om over te gaan tot het invoeren van regulering van en toezicht op trustkantoren, die als dienstverleners van de op Cyprus gevestigde genoemde entiteiten optreden. Het aanbevolen systeem van regulering en toezicht

199 Idem, p. 36.
200 Idem, p. 38.
201 International Financial Services Companies (IFCs).
202 International Trustee Services Companies (ITCs).
203 Assessment Cyprus, *t.a.p.* 2001, p. 38.

komt sterk overeen met de aanbevelingen die in het 'Edwards Report' en de KPMG-rapporten zijn gedaan. Zo wordt (weliswaar op argumenten aan de offshore praktijk van Cyprus ontleend) gekozen voor de regulering van trustkantoren, in plaats van regulering van de entiteiten (companies en trusts) waaraan zij diensten verlenen. Het verlenen van trustdiensten is een vergunningplichtige activiteit, die alleen door onder toezicht staande, vergunninghoudende trustkantoren mag worden verricht. De toezichthouder beschikt in het kader van toezicht en handhaving over bevoegdheden die ook in bovengenoemde rapporten door Edwards en KPMG zijn beschreven, te noemen: het opstellen van regelgeving, het verlenen (en intrekken) van vergunningen en het toezicht houden op vergunninghoudende trustkantoren, het uitoefenen van een inlichtingenbevoegdheid, het handhaven van compliance bij trustkantoren en de uitwisseling van informatie met buitenlandse toezichthoudende autoriteiten.

4.3.4.2 Gibraltar – Assessment of the Regulation and Supervision of Financial Services

Op 31 oktober 2001 wordt het *Assessment Report* van het financiële offshore centrum van Gibraltar gepubliceerd, met als titel *Gibraltar – Assessment of the Regulation and Supervision of Financial Services*.[204] Op uitnodiging van de regering van Gibraltar heeft in mei 2001 een assessment plaatsgevonden naar de mate waarin het toezicht op de financiële offshore sector van Gibraltar in overeenstemming was met de geldende internationale standaarden.

4.3.4.2.1 Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trusts and Trust Service Providers

Het belangrijkste hoofdstuk in het kader van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht voor de trustkantoren is hoofdstuk VII *'Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trusts and Trust Service Providers'*. Evenals in het *Assessment Report* van Cyprus, wordt door het IMF hierin gewezen op het belang van het *Edwards Report* en de KPMG-rapporten, aangezien internationale standaarden van regulering en toezicht op dit terrein ontbreken: 'In both reports, some broad general principles were applied, explicitly and implicitly, as guides to what can be considered as good practice.'[205]

Het *Assessment Report* van Gibraltar is uitgebreider dan het hierboven behandelde rapport van Cyprus. Naast de aanbevelingen, die specifiek voor Gibraltar worden gedaan met betrekking tot de regulering en het toezicht betreffende trustkantoren, zijn in het *Assessment Report* van Gibraltar tevens methoden van 'good practice' beschreven, waarin de internationale standaarden van het *Edwards Report* en het KPMG rapporten duidelijk doorklinken. Alvorens deze methoden van 'good practice' worden behandeld, wordt in navolgende subparagraaf de bijzondere 'pionierspositie' van Gibraltar op het terrein van regulering en toezicht ten aanzien van trustkantoren besproken.

4.3.4.2.2 Gibraltar als pionier

'Gibraltar has been a pioneer in the supervision and regulation of Professional Trusteeship and Company Management Providers', zo stelt het IMF in het *Assessment Report* van Gibraltar.[206] Met haar Financial Services Ordinance 1989 (FSO 1989)[207] zijn de activiteiten van 'Company Management' en 'Professional trusteeship' reeds vroeg onder de 'controlled activities' gebracht, waarvoor ingevolge Section 3 van de FSO 1989 een vergunning wordt vereist; de vergunninghouder komt na het verkrijgen van haar vergunning onder toezicht te staan. In het *Assessment Report* van

---

204 *Gibraltar – Assessment of the Regulation and Supervision of Financial Services*, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 31 oktober 2001.

205 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 49.

206 Idem, p. 55.

207 Zie: de 'Financial Services Ordinance 1989', Act. No. 1989-47, aanvang: 17 januari 1991 (LN.1991/009). Thans aangeduid als de 'Financial Services (Investment and Fiduciary Services) Act'. Door Act 2006-42 is de naam per 18 januari 2007 aangepast.

Gibraltar wordt van beide vergunningplichtige activiteiten een korte definitie gegeven: onder 'Company Management' wordt verstaan 'the provision of managerial services for profit or reward in or from Gibraltar, whereby a person is a director for, or a shareholder of, a company, or when control over the whole or substantial part of the assets of the company is vested in the management company'[208] en de definitie van 'Professional trusteeship' (woordelijk overgenomen uit de FSO 1989) luidt: '(the) holding out as a professional trustee for profit or reward, or soliciting for business as such, in or from Gibraltar.'[209]

FSO 1989

Door de regulering en het toezicht op bovengenoemde activiteiten was Gibraltar met haar FSO 1989 haar tijd ten aanzien van andere jurisdicties ver vooruit.[210] In de FSO 1989 zijn voorts criteria en standaarden vastgelegd, die bij de aanvraag van een vergunning in overweging dienen te worden genomen.[211] Het gaat hierbij onder andere om de vereisten dat 'the applicant, and any person associated with the applicant, is a "fit and proper" person to carry on the business proposed' en dat 'the manner in which the business will be carried on, including meeting the reguirement that at least two competent individuals direct the business of the licensee (the traditional "four eyes" principle).' Het eerstgenoemde 'fit and proper'-criterium moet volgens het *Assessment Report* zowel de eis van technische competentie als de integriteit omvatten. Het tweede vereiste zou volgens het rapport alle aspecten van de gehele onderneming behelzen, te noemen: 'including the human and system resources available, the records kept, and the controls to be put in place to ensure compliance with regulatory obligations.'[212] Aan vergunninghoudende trustkantoren worden bovendien aanvullende eisen gesteld, zoals het hebben van 'physical presence' in Gibraltar en het naar buiten toe kenbaar maken dat zij een vergunning hebben aangevraagd, dan wel daarover beschikken.[213]

Na het verkrijgen van de verplichte vergunning staan de trustkantoren onder toezicht, waarbij zij doorlopend verplicht zijn de toezichthouder (in Gibraltar aangeduid als de 'Financial Services Commissioner', kortheidshalve de 'Commissioner') te informeren over hun compliance met de op hen toepasselijke regelgeving en over de eventuele veranderingen met betrekking tot de informatie die zij bij het verkrijgen van de vergunning aan de Commissioner hebben verstrekt, zoals in het geval van wijzigingen in het bestuur en de benoeming van nieuwe bestuurders. Tegenover de verplichtingen van de vergunninghoudende trustkantoren staan de bevoegdheden van de toezichthoudende Commissioner, die inspectiebezoeken bij hen aflegt om te controleren of de toepasselijke regelgeving wordt nageleefd. Het toezichthouden geschiedt op basis van wat in het rapport een *'onsite' inspection-based process* wordt genoemd: 'The process includes a review of a licensee's systems and controls and of their 'know your customer; ('KYC') procedures. It includes a review of files to confirm the operation of the system and KYC disciplines.'[214] Onderdeel van dit 'onsite review process' is het uitbrengen van Newsletters door de Commissioner, op basis waarvan vergunninghoudende trustkantoren kennis kunnen nemen van wat door de toezichthouder als 'best market practice' wordt beschouwd.[215]

---

208 Zie voor de uitgebreidere definitie van 'Company Management' FSO 1989 Schedule 3 'Controlled Activities'.

209 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 55.

210 In het Assessment wordt terzake onder andere opgemerkt: 'We consider the inclusion by Gibraltar of Trust Service Providers (TSPs) and Company Service Providers (CSPs) as a controlled and regulated activity to be a positive feature of the 1989 Ordinance that other jurisdictions should be encouraged to follow.'

211 Zie uitgebreider FSO 1989, Part I 'Licensing of investment business and controlled activities', Section 9 'Criteria for the grant of licence'.

212 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 55.

213 Zie nader: Idem, p. 55-56.

214 Idem, p. 56.

215 Idem, p. 55-56.

4.3.4.2.3 Company and Trust Services Providers: methoden van 'good practice'

In onderdeel D met als titel *'Company and Trust Services Providers'* van genoemd hoofdstuk VII, worden specifiek aanbevelingen gedaan ten aanzien van de trustsector op Gibraltar. Hierbij worden bovendien methoden van good practice beschreven, die van belang zijn in het kader van de behandeling van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. Zoals in voorgaande paragraaf is besproken, was de trustsector van Gibraltar reeds aan toezicht en regulering onderworpen voordat de assessment door het IMF heeft plaats gevonden. Het bereik en de relevantie van deze aanbevelingen blijft dan ook beperkt tot de trustkantoren binnen de offshore sector van Gibraltar. Zo zijn aanbevelingen gedaan in verband met de ontoereikendheid van de personele bezetting bij de toezichthouder[216] en in verband met verbeteringen ten aanzien van de wetgeving[217], waardoor sommige belangrijke activiteiten van 'company management business', zoals 'the formation of companies and the provision of registered office services', buiten de scope van de regulerende wetgeving zijn komen te vallen.[218] Ook worden aanbevelingen gedaan met betrekking tot checklists voor de toezichthouder bij de behandeling van de aanvraag voor een vergunning[219] en met betrekking tot het belang om alle dienstverleners van de aangewezen diensten daadwerkelijk onder de vergunningplicht en effectieve regulering te doen vallen.[220]

Naast bovengenoemde aanbevelingen, die als gezegd specifiek op de financiële offshore sector van Gibraltar van toepassing zijn, worden ook aanbevelingen gedaan die samenhangen met de beschreven methoden van 'good practice'. Met de beschrijving van 'good practice' in het *Assessment Report* van Gibraltar worden enkele belangrijke internationale standaarden met betrekking tot regulering en toezicht betreffende de trustsector gecodificeerd. Zij vormen kennelijk de principes waarop regulering en toezicht op dit terrein volgens het IMF moet zijn gebaseerd. De relevantie van de vastlegging van deze 'good practice'-methoden is hiermee gegeven: zij zijn de door het IMF aangewezen internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren.

Het onderdeel 'Company and Trust Services Providers'

In onderdeel D met als titel *'Company and Trust Services Providers'* van bovengenoemd hoofdstuk VII van het *Assessment Report* van Gibraltar, zijn belangrijke methoden van 'good practice' opgesteld, die hier derhalve worden behandeld. De eerste methode van 'good practice' van betreft een algehele vergunningplicht voor de aanbieders van trustdiensten. Zij luidt:

> 'Everyone who provides company and/or trust services should be licensed and subject to identical effective regulation. It should be an offence to provide such services without registration/license and to provide false or misleading information as part of the application. This implies that professionals such as lawyers and accountants who provide these services must be registered/licensed. Self-regulation by professional bodies, although desirable, is not sufficient.'[221]

Bovenstaande vergunningplicht voor de aanbieders van trustdiensten behelst tevens een verbod om zonder vergunning als trustkantoor diensten te verlenen. Dit betekent voor advocaten en accountants dat zij, indien zij deze diensten aanbieden, eveneens vergunningplichtig zijn.

De tweede methode van 'good practice' beschrijft waaraan de aan de toezichthouder toegekende bevoegdheden dienen te voldoen. Zij luidt:

---

216 Zie Recommendation (1), Idem, p. 57 (de aanbevelingen zijn niet genummerd, de toegevoegde nummering geeft de volgorde van de aanbevelingen aan zoals deze is opgenomen in het betreffende onderdeel van het rapport.

217 Zie in dit verband Recommendation (2) en Recommendation (3), Idem, p. 58.

218 Idem, p. 57.

219 Recommendation (4), Idem, p. 58.

220 Recommendation (5), Idem, p. 59.

221 Idem, p. 57.

> ‘The regulator should have effective and independent enforcement powers, including the power to monitor and supervise licensed company services providers, to inspect their activities, to investigate potential breaches of rules, regulations and laws and to petition the Court to wind up a company and/or trust services provider.’[222]

Om toezicht te kunnen houden op compliance van trustkantoren ten aanzien van de wetgeving en de vergunningen, wordt regelgeving geïmplementeerd om de naleving van de verstrekte vergunningen en geldende wetgeving te kunnen controleren, zowel ‘onsite’ als ‘offsite’. Zo omvat deze regelgeving een ‘offsite manual’, waarin de navolgende punten worden behandeld: ‘granting, surrender and revocation of TSP’s and CSP licenses; changes in ownership of shares in a trust company; appointment of directors; duties of a licensee; and enforcement of powers’.[223] Indien de bevindingen op basis van het uitoefenen van het toezicht worden gedocumenteerd in deze ‘offsite manual’, dan kan deze kwalitatieve informatie worden aangewend om een betere inschatting van de competentie en integriteit (in verband met vergunningen) te kunnen doen.[224, 225] Daarnaast wordt aanbevolen om tevens door middel van ‘onsite inspections’ toezicht te houden. Bij het ontbreken van internationale standaarden met betrekking tot de frequentie van deze bezoeken ter plaatse, wordt in het *Assessment Report* een minimum van eens in de drie jaar voorgesteld. De nadruk bij deze bezoeken ligt op het toetsen van de kennis van het trustkantoor over de herkomst van het vermogen van de beheerde trust of company, hetgeen van het trustkantoor bovendien vereist dat due diligence onderzoek wordt verricht naar de identiteit van de settlor/cliënt. Een effectieve ‘onsite inspection’ dient een ‘inspection manual’ te omvatten, waarin ‘pre-examination’ en ‘past-examination’-procedures zijn opgenomen. Zij omvat een checklist van de volgende topics: ‘management and supervision; operation and control; audit (internal and external); account administration; conflict of interests; business volumes and development; and compliance.’[226, 227] De toezichthouder controleert alle vergunninghoudende trustkantoren op hun management informatie systemen op basis waarvan zij op tijdelijke basis kunnen bepalen of de risico’s adequaat worden beheerst.[228]

De derde methode van ‘good practice’ luidt:

> ‘The regulator should be able to apply a range of appropriate sanctions including the revocation of a license and the imposition of meaningful civil money penalties.’[229]

Volgens het *Assessment Report* moet hierbij de nadruk worden gelegd op de toepassing van bevoegdheden die het gedrag van de bestuurders van de vergunninghoudende entiteiten betreffen. Hoewel de (statutaire) verplichtingen van deze bestuurders wel zijn vastgelegd[230], wordt aanbevolen de nog ontbrekende regelgeving met betrekking tot procedures op te stellen ‘whereby the director’s actions and activities are monitored and the regulator can assess on a periodical basis whether the director still continues to meet the fit and proper criteria.’[231, 232]

De vierde methode van ‘good practice’ is tot de trustkantoren gericht:

---

222 Idem, p. 59.
223 Idem, p. 59.
224 Idem, p. 59.
225 Zie ook Recommendation (6) Idem, p. 60.
226 Idem, p. 60.
227 Zie in dit verband Recommendation (7), Idem, p. 61
228 Zie in dit verband Recommendation (8) en ook Recommendation (9), Idem, p. 61.
229 Idem, p. 61.
230 Genoemd worden onder andere de Companies Ordinance, waarin de statutaire verplichtingen van de bestuurders zijn vastgelegd, evenals de newsletter on the General Duties and Responsibilities of Directors of licensed firms.
231 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 61, 62.
232 Zie in dit verband Recommendation (10), Idem, p. 62.

> ‘Company and trust services providers should have in place effective anti-money laundering measures, including know your customer rules, record keeping, and staff training procedures.’[233]

De verplichtingen die op basis van de Criminal Justice Ordinance (oud)[234] aan ‘relevant financial businesses’ zijn opgelegd om maatregelen ter preventie van witwassen te nemen, dienen volgens het *Assessment Report* ook op company managers van toepassing te zijn. Ook wanneer zij geen ‘relevant financial business’ ondernemen, dienen zij compliant te zijn met de procedures zoals beschreven in de Gibraltar Anti-Money Laundering Guidance Notes.[235, 236, 237] In het verlengde daarvan – zie ook Recommendation (10), waarin de nadruk wordt gelegd op het belang dat het trustkantoor haar KYC-regels op zodanige wijze toepast dat zij in staat is de ultimate beneficial owner te kunnen identificeren – wordt in de vijfde methode van ‘good practice’ vereist dat:

> ‘Law enforcement and regulatory authorities should be able to ascertain, quickly and efficiently, the identity of directors of and the shareholders in a company serviced by a company services provider and the beneficial owners of the shares in such a company for the purposes of a criminal investigation.’[238]

Tot slot wordt als ‘good practice’ gewezen op het belang van doorlopend toezicht op trustkantoren:

> ‘Ongoing monitoring of company services providers is important since offshore jurisdictions are often accused of poor regulation and supervision.’[239]

Voorts worden nog enkele aanbevelingen gedaan die specifiek op de offshore sector van Gibraltar betrekking hebben. In de *Financial Services (Conduct of Business) Regulations 1991*[240] zijn een aantal basisprincipes opgenomen, op basis waarvan company service providers dienen te handelen in verband met hun dienstverlening en cliënten.[241] Zij bevat hoge standaarden op het gebied van

---

233 Idem, p. 62.

234 De ‘Criminal Justice Ordinance’, Act No. 1995-14, aanvang: 1 januari 1996. Thans aangeduid als de ‘Crime (Money Laundering and Proceeds) Act. Gewijzigd bij Act 2007-37 op 10 december 2007. Zie ook met betrekking tot de amendementen: No. 3419 van 22 juli 2004 (No. 2004-14), No. 3634 van 20 december (No. 2007-37), No. 3820 van 11 november 2010 (No. 2010-22) en No. 3780 van 29 april 2010 (No. 2010-79).

235 Zie ook het consultation paper *Amendment to the Anti-Money Laundering Regime*, Financial Services Commission 1 maart 2000, waarin wordt voorgesteld dat de definitie van ‘relevant financial business’, zoals bepaald in Part III Section 8 van de Criminal Justice Ordinance (oud), wordt uitgebreid zodat ook ‘company management’ en ‘professional trusteeships’ daar onder komen te vallen.

236 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 62.

237 Zie ook Recommedation (11), Idem, p. 62.

238 Idem, p. 62.

239 Idem, p. 63.

240 De ‘Financial Services (Conduct of Business) Regulations, 1991’, Act. No. 1989-47, aanvang 30 mei 1991 (LN. 094).

241 Zie met name Part III ‘Core Principles’ van de FSR 1991, dat uit zes delen bestaat die over de navolgende onderwerpen handelen: Independence, Material interest, Inducements (I. Independence); Issue of advertisements, Identification of issuer, Fair and clear communications, Customers’ understanding of risk, Information about the licensee, Information about packaged products, Representatives of licensee (II. Advertising and Marketing); Customer agreements, Where written customer agreement required, Customer’s rights, Suitability, Charges, Confirmations and periodic information. (III. Customer Relations); Customer order priority, Timely execution, Best execution, Timely allocation, Fair allocation, Front running, Churning (IV. Dealing for Customers); Insider dealing, Reportable transactions (V. Market Integrity), Safeguarding of customer investments, Complaints, Compliance, Supervision, Cessation of business (VI. Administration).

integriteit en zorgvuldigheid ten aanzien van hun clientèle en sector.[242] Aanbevolen wordt om de gedragsregels die hierin zijn opgenomen aan te passen op basis van zich ontwikkelende internationale normen.[243, 244] Tot slot wordt in het *Assessment Report* melding gemaakt van twee initiatieven, die door het IMF worden gedragen.[245] Ten eerste wordt gewezen op de ontwikkeling van een 'compliance functie' en 'compliance cultuur' onder trustkantoren. Daarnaast wordt de ontwikkeling van een 'Compliance Institute' genoemd. Dit instituut is in 2001 opgericht, waarna haar naam is veranderd in de 'Gibraltar Association of Compliance Officers' (GACO).[246]

4.3.4.2.4 Uitleiding

Evenals in het *Assessment Report* van Cyprus wordt in het rapport van Gibraltar gekozen voor regulering van het trustkantoor als dienstverlener ('service provider') ten aanzien van trust en companies, te noemen de 'trust service provider' en de 'company service provider'. Deze fundamentele keuze voert als gezegd terug tot het *Edwards Report* en de KPMG-rapportage. In de beschreven methoden van 'good practice' wordt voortgebouwd op de hoofdlijnen, zoals deze in het *Assessment Report* van Cyprus zijn uiteengezet. Zo dient volgens de eerstgenoemde methode van 'good practice' het verlenen van trustdiensten een vergunningplichtige activiteit te zijn en worden in de tweede plaats de bevoegdheden benoemd, die de toezichthouder dienen toe te komen voor het houden van toezicht op (vergunninghoudende) trustkantoren, evenals ter handhaving van de op hen van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Beide methoden zijn ook in het *Assessment Report* van Cyprus toegepast. Uitgebreider dan in laatstgenoemd rapport, wordt in de derde plaats het handhavingarsenaal van de toezichthouder genoemd, variërend van het intrekken van een vergunning tot het opleggen van (civiele) boetes. Ook wordt in het *Assessment Report* van Gibraltar ten aanzien van de trustkantoren in de vierde methode van 'good practice' beschreven dat zij effectieve anti-witwasmaatregelen dienen te implementeren in hun bedrijfsvoering, waaronder de reeds genoemde KYC-rules. Op basis daarvan dienen de autoriteiten te kunnen beschikken over informatie betreffende de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende, hetgeen als vijfde methode van 'good practice' is genoemd. Tot slot wordt de broze reputatie van offshore jurisdicties in het algemeen als reden genoemd om doorlopend toezicht in te voeren.

Bovendien wordt in de onderdelen B *'Companies'* en C *'Trusts'* van het hoofdstuk *'Assessment of Good Practices with Respect to Companies and Company Service Providers, Trust and Trust Service Providers'* van het rapport van Gibraltar, uitgebreider ingegaan op companies en trusts, ten aanzien waarvan enkele methoden van 'good practice' beschreven, die vanwege hun relatie met het trustkantoor als dienstverlener relevant zijn. In de kern genomen worden in beide onderdelen twee problemen beschreven, die door middel van regulering van het trustkantoor als dienstverlener worden aangepakt. Het eerste probleem is het gebruik van aandelen aan toonder ('bearer shares'). Doordat zij gemakkelijk van eigenaar kunnen verwisselen vormen zij een probleem in verband met het vaststellen van de identiteit van de ultimate beneficial owner. In verband met dit probleem is bovendien ook een methode van 'good practice' opgesteld, welke luidt:

> 'The authorities should have a means of establishing, where necessary, who are the principals behind the companies that are incorporated in their jurisdiction. They should be able to identify, at all times, the shareholders and directors of a company

242 Zie met name Part II 'Statements of Principle' van de FSR 1991, dat handelt over: Integrity, Skill, care and diligence, Best market practice, Know your customer, Information for customers, Conflicts of interest, Customer assets, Financial resources, Internal organisation, Relations with the Commission.

243 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 63.

244 Zie Recommendation (12), Idem, p. 63.

245 Recommendation (13), Idem, p. 63.

246 Zie ook de website: www.gaco.gi, waarop onder andere informatie te vinden is over de GACO, zoals haar mission statement, welke luidt: 'In partnership with government and local and international professional bodies and associations, the Gibraltar Association of Compliance Officers seeks to promote the exchange of views and the professional development of officers engaged in the performance of a compliance function within the Gibraltar Finance Centre.'

> and the ultimate beneficial owners of a company's shares. That implies that there must be disclosure at registration and disclosure of any subsequent changes. This implicitly means that bearer shares should be discouraged. If they are permitted, effective custody arrangements should be in place. While there may be legitimate reasons for their use, these instruments are often abused.'[247]

Een tweede probleem speelt bij trusts, en dan met name bij de zogenaamde 'flee clauses' die in een trustdocument kunnen zijn opgenomen. Zij strekken ertoe dat bij een bepaalde gebeurtenis (de zogenaamde 'trigger event') automatisch de bestaande trustees door nieuwe trustees worden vervangen. Het trustvermogen, de administratie en het toepasselijke recht kan hierdoor naar een andere jurisdictie worden verplaatst. Op basis daarvan zou het mogelijk zijn dat crimineel vermogen dat is verkregen buiten bereik van de handhavende autoriteiten kan worden geplaatst. De methode van 'good practice' die in dit verband is opgesteld, luidt:

> 'Trusts should not be used to obscure the true ownership of assets, defraud creditors or frustrate legitimate claims. This implies that "flee clauses" that serve clearly illegitimate purposes should be prohibited. (For example, if the triggering event is the commencement of criminal proceedings or an enforcement action against the settlor of the trust or against the trustee this should not be allowed).'[248]

In het tegengaan van beide bovenstaande problemen wordt aan trustkantoren een actieve rol toebedeeld. Gewezen wordt op het belang om de identiteit te kennen van de gebruiker: de beneficial owner (door 'company service providers'), dan wel de settlor of de beneficiaries (door 'trust service providers'). Evenals ten aanzien van trustkantoren wordt ten aanzien van beide entiteiten bovendien opgemerkt dat er geen internationale standaarden van regulering voorhanden zijn.[249] Met de voorstellen van regulering en toezicht betreffende de trustkantoren (die aan deze entiteiten diensten verlenen) wordt beoogd deze problemen aan te pakken.

4.3.4.3 Afsluitend: het OFC Assessment Program

In de behandeling van bovenstaande rapporten van het *OFC Assessment Program* is het accent gelegd op de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. In het *Assessment Report* van Gibraltar zijn in dit kader voor het eerst methoden van 'good practice' beschreven, die van belang zijn bij de vormgeving van deze internationale standaarden. Behandeling van de navolgende *Assessment Reports*, bijvoorbeeld die van Aruba, zou een herhaling van zetten opleveren. Bovendien wordt niet in ieder navolgend rapport zo uitvoerig op de trustsector ingegaan als in de hierboven behandelde *Assessment Reports*. Het doel van de bespreking van deze rapporten is immers slechts inzichtelijk te maken op welke wijze deze standaarden zijn vormgegeven.

OFCs

Het *OFC Assessment Program* moet echter in een bredere context dan die van de trustkantoren worden gezien. De aanleiding tot het uitvoeren van het *Assessment Program*, waartoe tevens de taakstelling van het IMF is uitgebreid[250], moet worden bezien vanuit de achtergrond van de gesignaleerde risico's die aan (bancaire) offshore activiteiten zijn verbonden[251], evenals de rol die offshore banking heeft gespeeld in enkele (op dat moment recente) financiële crises zoals in Latijns

---

247 Assessment Gibraltar, *t.a.p.* 2001, p. 51-52.

248 Idem, p. 53.

249 Zie: idem, p. 51 en p. 53.

250 Zie nader: *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF 23 juni 2000, hoofdstuk 2 onderdeel C: 'Mandate and Jurisdiction'.

251 Zie nader voor een beschrijving van de rol van financiële offshore centra bij deze crises: *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF 23 juni 2000, hoofdstuk 2 onderdeel A: 'Risks from Offshore Operations'.

Amerika en Azië.[252] Het *Assessment Program* strekt daarmee dan ook ter effectuering van de verantwoordelijkheid van het IMF 'to help identify and reduce the vulnerabilities stemming from weaknesses in their financial systems'.[253] Hoewel er bij aanvang van het programma weinig bewijs was van de directe risico's die OFCs voor de mondiale financiële systemen met zich meebrachten, luidde de gedachte: 'where standards of financial supervision are inadequate and comprehensive risk analysis is hampered by a lack of reliable date on the activities of OFCs, there can be a potential risk for financial instability.'[254] Een uitvoerige behandeling van de risico's en de dienstverlening van financiele offshore centra en het *OFC Assessment Program* valt echter buiten de behandeling in deze studie.[255]

4.4 De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling

4.4.1 Ten geleide

Het rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*[256] van de OESO is één van de twee onderzoeksrapporten die, blijkens de MvT van de Wtt, direct van invloed zijn

---

252 In Latijns Amerika werden offshore vestigingen gebruikt ten behoeve van binnenlandse financiële instellingen, die vaak aan strenge prudentiële regulering waren onderworpen. Belastingvoordeel evenals politieke en economische instabiliteit worden als de voornaamste redenen genoemd, waarom veelvuldig van deze offshore vestigingen gebruik zou zijn gemaakt. Het gebrek aan effectief toezicht door de onshore toezichthouders zou de belangrijkste factor zijn in het gebruik van 'regulatory arbitrage' in bepaalde financiële offshore centra, waarbij activa en passiva tussen offshore vestigingen en de onshore gevestigde parent bank werden overgeboekt. In Azië (als voorbeeld wordt Thailand genoemd) speelde regulatoire en fiscale voordelen, alsmede een lage rente in bepaalde offshore centra een belangrijke rol bij het gebruik van offshore vestigingen voor de internationale kapitaalmarkt. Grote, niet geregistreerde en slecht verantwoorde fondsen hebben hier bijgedragen aan kredietexpansie, waardoor liquiditeit -, deviezen - en kredietrisico's ontstonden, die tevens raakten aan de financiële systemen van andere betrokken landen. Zie nader: *Offshore Financial Centers – The Role of the IMF*, IMF 23 juni 2000, hoofdstuk 2 onderdeel A: 'Risks from Offshore Operations'. Zie in dit verband ook: *Recovery from the Asian Crises and The Role of The IMF*, IMF juni 2000.

253 Zie onder andere: *News Brief No. 00/62*, IMF 26 juli 2000.

254 Zie: *News Brief No. 00/62*, IMF 26 juli 2000.

255 Zie voor het verloop en de voortgang van het *OFC Assessment Program* onder andere: *Offshore Financial Centers (OFCs): Note for the IMF Executive*, IMF 29 juni 2001; *Offshore Financial Center Program – A Progress Report*, IMF Monetary and Exchange Affairs and Statistics Departments 28 maart 2002; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program: An Information Note*, IMF Monetary and Exchange Affairs Department 29 augustus 2002; *Offshore Financial Center Program – A Progress Report*, IMF Monetary and Exchange Affairs and Statistics Departments 14 maart 2003; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report and the Future of the Program*, IMF Monetary and Financial Systems Department 31 juli 2003; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report and the Future of the Program – Supplementary Information*, IMF Monetary and Financial Systems Department 3 november 2003; *IMF Executive Board Reviews the Assessment Program on Offshore Financial Centers*, Public Information Note (PIN) No. 03/138, IMF 24 november 2003; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report*, IMF Monetary and Financial Systems Department 25 februari 2005; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – An Update*, IMF Monetary and Financial Systems Departments 12 maart 2004; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – An Update*, IMF Monetary and Financial Systems Departments 25 februari 2005; *Offshore Financial Centers – The Assessment Program – An Update*, IMF Monetary and Financial Systems Departments 8 februari 2006; *Offshore Financial Centers – A Report on the Assessment Program and Proposal for Integration with the Financial Sector Assessment Program*, IMF Monetary and Capital Markets Department and the Legal Department in consultation with the Policy Development Review and Statistics Departments 8 mei 2008; en *IMF Executive Board Integrates the Offshore Financial Center Assessment Program with the FSAP*, PIN No. 08/82, IMF 9 juli 2008.

256 OESO, *t.a.p.* 2001, zie met name het onderdeel 'Menu of Possible Options for Obtaining Beneficial Ownership and Control Information', p. 77 e.v.

geweest op de vormgeving van deze wet. Het gaat hierbij in het bijzonder om de vaststelling van de te kiezen toezichtmodellen bij de introductie van het toezicht op trustkantoren in Nederland[257] en daarnaast om de (internationale) positionering in het overheidsbeleid.[258] Het tweede onderzoeksrapport dat in de MvT wordt genoemd – in herinnering: het *Review of the FATF Forty Recommendation Consultation Paper*[259] – wordt in navolgende subparagraaf 4.5 'De Financial Action Task Force on money laundering' behandeld.

Beide rapporten zijn belangrijke internationale documenten in het licht van de bespreking van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren, evenals vanwege hun directe invloed op de Nederlandse wetgeving ten aanzien van trustkantoren. Aangezien er ten tijde van de totstandkoming van de Wtt geen Europese regels op dit terrein voorhanden waren, is bij de vormgeving van de Wtt voorts 'rekening gehouden met de stand van zaken van de discussie in de OESO en de FATF over tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven.'[260] Beide rapporten worden in onderhavige, respectievelijk navolgende subparagraaf behandeld vanwege het gewicht dat zij in de 'Nederlandse schaal' van de wetgeving betreffende trustkantoren hebben gelegd. Waar toepasselijk wordt hierbij verwezen naar de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren, die in deze studie als uitgangspunt is genomen en in hoofdstuk 5 wordt uitgediept.

4.4.2 Over de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling en haar kenmerkende werkmethoden

30 september 1961 wordt door de Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling (OESO) als haar officiële geboortedag gezien, aangezien op deze dag de OESO-Conventie[261] in werking is getreden.[262] De OESO is ontstaan uit de omvorming van haar Europese voorganger, de Organisatie voor Europese Economische Samenwerking (OEES), die in 1947 werd opgericht ter uitvoering van het zogeheten Marshall-plan[263], op basis waarvan de VS na de Tweede Wereldoorlog hulpverlening financierden aan de Europese staten die door de oorlog waren getroffen. De achtergrond bij de oprichting van de OEES was dat de VS aan hun grootscheepse hulpverlening de voorwaarde stelden dat de Europese staten zich bij elkaar zouden aansluiten om de geld- en goederenstromen in onderling overleg te verdelen, de wederzijdse handel en het betalingsverkeer te liberaliseren en (meer in het algemeen) samen te werken bij de wederopbouw. Nadat de wederopbouwtaak in 1960 als voltooid werd beschouwd, is de exclusief op Europa gerichte OEES omgevormd tot de OESO, die zich daarnaast tot doel stelde bij te dragen aan de groei van de mondiale economie en de ontwikkeling van de derde wereld.[264] Haar taken[265] evenals de wijze waarop haar doelstellingen dienen te worden uitgevoerd[266] zijn terug te vinden in bovengenoemde OESO-Conventie.

---

257 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3-6.

258 Idem, p. 2-3.

259 FATF, *t.a.p.* 2002, zie met name het onderdeel 'Trust and Company service providers', p. 92 e.v.

260 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

261 Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development, Parijs, 14 december 1960.

262 Zie uitgebreider: de website van de OESO, www.oecd.org, onderdeel 'History'.

263 Het Marshall-plan is genoemd naar de toenmalige Amerikaanse minister van Buitenlandse Zaken, George Catlett Marshall (31 december 1880 – 16 oktober 1959), die onder ander vanwege zijn rol als initiatiefnemer van dit plan in 1953 de Nobelprijs voor de Vrede ontving. Zie nader: http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1953/marshall.html

264 *De OESO van de toekomst*, *Advies No. 54*, Den Haag: Adviesraad Internationale Vraagstukken maart 2007, p. 7 e.v.

265 In artikel 1 van de OESO-Conventie krijgt de organisatie tot taak beleid te bevorderen dat er op gericht is: (a) to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in Member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy; (b) to contribute to sound economic expansion in Member as well as non-member countries in the process of economic development; and (c) to contribute to the

Het oorspronkelijke ledenbestand van twintig leden[267] is in de ruim 45 jaar van haar bestaan aanzienlijk uitgebreid.[268, 269] Kenmerkende succesvolle werkmethoden van de OESO zijn *peer pressure*, *peer reviews*, *best practices* en *soft law*, waarbij niet wordt gedreigd met sancties, maar wordt gewerkt met begrippen als vrijwillige naleving van gemaakte afspraken, samenwerking, overtuiging, het aanreiken van alternatieve gezichtspunten en het systematisch vergelijken van sterktes en zwaktes. Haar producten (onder meer beleidsadviezen, richtlijnen, gedragsprincipes en overzichten van best practices) van het netwerksysteem van de OESO (bestaande uit (deel)werkgroepen, (ad hoc)taakgroepen, stuurgroepen en (vaste) commissies) worden aanvaard door de beleidsmakers en uitvoerders van de lidstaten. Zij kan haar kwalitatief hoogstaande rapporten mede vervaardigen omdat de lidstaten gegevens ter beschikken stellen waartoe particulieren instituten niet of nauwelijks toegang hebben.[270] De OESO heeft zich hierdoor steeds meer ontwikkeld tot een internationale gezaghebbende normstellende denktank, die vaak wordt ingezet als pre-negotiation forum.[271]

4.4.3 Een verzoek van het Financial Stability Forum

Zoals in subparagraaf 4.2.3 'Report of the Working Group on Offshore Financial Centres' reeds ter sprake is gekomen, is het OESO-rapport geïnitieerd door een verzoek van het FSF. In mei 2000 is aan de OESO gevraagd om met aanbevelingen te komen op het terrein van het tegengaan van misbruik van rechtspersonen, ofwel 'to explore the issue of developing mechanisms to prevent the misuse of corporate vehicles by ensuring that supervisors and law enforcement authorities (the "authorities") are able to obtain, on a timely basis, information on the beneficial ownership and control of corporate vehicles and to share that information with foreign authorities.'[272]

Het FSF heeft hiermee uitvoering gegeven aan *Recommendation 9* van haar werkgroep, die ter sprake is gekomen in het (in subparagraaf 4.2.3 behandelde) *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*.[273] Hierin wordt de nadruk gelegd op het belang dat toezichthoudende en

---

expansion of world trade on a multilateral, non-discriminatory basis in accordance with international obligations.

266 In artikel 2 van de OESO-Conventie is vastgelegd dat deze doelstellingen door de leden (individueel en gezamenlijk) worden nagestreefd, waarbij de volgende methoden worden beschreven: (a) promote the efficient use of their economic resources; (b) in the scientific and technological field, promote the development of their resources, encourage research and promote vocational training; (c) pursue policies designed to achieve economic growth and internal and external financial stability and to avoid developments which might endanger their economies or those of other countries; (d) pursue their efforts to reduce or abolish obstacles to the exchange of goods and services and current payments and maintain and extend the liberalisation of capital movements; and (e) contribute to the economic development of both Member and non-member countries in the process of economic development by appropriate means and, in particular, by the flow of capital to those countries, having regard to the importance to their economies of receiving technical assistance and of securing expanding export markets.

267 Oorspronkelijke leden zijn: België, Canada, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, IJsland, Italië, Luxemburg, Nederland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, Spanje, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland.

268 Het ledenbestand bestaat thans uit: Australië, België, Canada, Chili, Tsjechië, Denemarken, Estland, Finland, Frankrijk, Duitsland, Griekenland, Hongarije, Ierland, IJsland, Israël, Italië, Japan, Korea, Luxemburg, Mexico, Nederland, Nieuw Zeeland, Noorwegen, Oostenrijk, Polen, Portugal, Slowakije, Slovenië, Spanje, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zweden en Zwitserland.

269 Zie voor een uitgebreide beschrijving van het verloop van het ledenbestand: Adviesraad Internationale Vraagstukken, *t.a.p.* 2007, p. 10-11 en voor de actuele stand van zaken www.oecd.org, onderdeel 'Members'.

270 Adviesraad Internationale Vraagstukken, *t.a.p.* 2007, p. 10-11.

271 Zie ook: *Brief aan de voorzitter van de Adviesraad Internationale Vraagstukken*, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Directie Economische en Ecologische Samenwerking, Afdeling Transport en OESO 7 maart 2006.

272 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 11.

273 *Report of the Working Group on Offshore Centres*, FSF, 5 april 2000, p. 34-35.

handhavende autoriteiten, op tijdelijke basis, kunnen beschikken over de informatie betreffende de identiteit van de beneficial owner van een rechtspersoon, zo wordt door de OESO benoemd dat: 'In particular, the FSF stressed the importance of ensuring that the authorities in each jurisdiction have the ability to obtain and share information on the beneficial owner and control of corporate vehicles established in their jurisdictions. This report responds to that request.'[274]

Voor het opstellen van het rapport over 'the Misuse of Corporate Vehicles for Illicit Purposes' heeft de OESO Steering Group on Corporate Governance een ad hoc experts group opgericht om het OESO Secretariaat te begeleiden in het ontwerpproces. Op hun jaarlijkse bijeenkomst in juni 2000 hebben de OESO Ministers besproken dat de OESO analytisch onderzoek zou verrichten naar misbruik van corporate entities. Na de voltooiing en de goedkeuring van het rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* door de Steering Group, is het rapport ingediend bij de OESO Ministers, de G-7 Finance Ministers en het FSF. Op de navolgende jaarlijkse bijeenkomst van de OESO Ministers (in mei 2001) hebben zij met goedkeuring ingestemd met het rapport, dat volgens hen zou bijdragen aan de inspanningen ter bestrijding van corruptie en witwassen. Ook op de bijeenkomst van de G-7 Ministers in juli 2000 te Japan is het rapport verwelkomd, hier vanwege haar bijdrage aan de inspanningen om het misbruik van het mondiale financiële systeem tegen te gaan.[275]

4.4.4 Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht

Het belang van het rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* is in het kader van deze studie in de eerste plaats gelegen in het feit dat de OESO 'een aantal opties (noemt) om degene die gebruik maakt van een structuur van rechtspersonen, uit de anonimiteit te kunnen halen', die volgens de MvT Wtt richtinggevend zijn geweest bij de keuze voor een toezichtmodel ten aanzien van trustkantoren.[276] Hierbij moet echter wel de kanttekening worden geplaatst dat het rapport in beginsel geen directe verwijzingen naar het Nederlandse vennootschapsrecht of zelf het Europese vennootschapsrecht bevat.[277] Onder het begrip 'corporate vehicles' dient volgens het rapport te worden inbegrepen: 'corporations, trusts, foundations, and partnerships with limited liability features.'[278]

Doelstelling van het OESO-rapport
Als algemene doelstelling van het rapport noemt de OESO het leveren van een bijdrage aan de (toekomstige) inspanningen van internationale en nationale fora, teneinde het misbruik van 'corporate vehicles' te beteugelen. Zij wijst hierbij bovendien op een aantal inspanningen op dit terrein die gelijktijdig met het tot stand komen van het OESO-rapport in gang zijn gezet, waarvan in het kader van dit onderzoek het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* het belangrijkste is.[279] Laatstgenoemd rapport wordt behandeld in paragraaf 4.5 'De Financial Action Task Force on money laundering'.

---

274 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 3.
275 Idem, p. 11-12.
276 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.
277 Dit wordt door Meijers opgemerkt in zijn artikel over het OESO-rapport. Zie: V.A.E.M. Meijers, 'OECD-report on the misuse of corporate vehicles for illicit purposes', *V&O* september 2001, nr. 9, p. 153, waaraan hij toevoegt dat het rapport volgens hem wel mogelijk als richtinggevend kan worden beschouwd voor zowel communautaire wetgeving als nationale wetgeving in de komende jaren.
278 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 12
279 Idem, p. 12: 'Recently, there has been considerable interest in examining mechanisms for obtaining and sharing information on the beneficial ownership and control of corporate vehicles for regulatory/supervisory and law enforcement purposes. The FATF is undertaking a review of its Forty Recommendations, including those concerning the identification of beneficial ownership and control of corporate vehicles'

De drie doelen van het OESO-rapport zijn door de OESO Steering Group als volgt geformuleerd:

1. To form an understanding of how corporate vehicles can be misused for illicit purposes;
2. To identify and analyse the factors limiting the capacity of supervisors and law enforcement authorities (the "authorities") to obtain, on a timely basis, information about the beneficial ownership and control of corporate vehicles and their ability to share this information with authorities domestically and internationally; and
3. To develop a menu of possible options that countries can adopt to obtain and share such information.[280]

In het rapport wordt hiertoe in de eerste plaats het misbruik (witwassen, corruptie/omkoping, handel met voorkennis, belastingontduiking en andere strafbare gedragingen) onderzocht van een variëteit aan 'corporate vehicles', waaronder rechtspersonen, stichtingen en trusts (Part I, *The Extent and Means of Misuse of Corporate Vehicles for Illicit Purposes*). Het uitgangspunt van de OESO is in essentie dat 'Any jurisdiction that provides mechanisms enabling individuals to successfully hide behind a corporate veil while excessively constraining the capacity of authorities to obtain and share information on beneficial ownership and control for regulatory/supervisory and law enforcement purposes is increasing the vulnerability of its corporate vehicles to misuse.'[281] De mate van anonimiteit van de ultimate beneficial owner wordt gezien als een kritieke factor bij het misbruik. In het eerste deel van het rapport worden de reikwijdte en de middelen onderzocht van misbruik van corporations (waaronder IBCs), trusts, foundations, limited partnerships en limited liability partnerships, waarbij tevens de mechanismen voor het realiseren van anonimiteit worden behandeld, zoals het gebruik van aandelen aan toonder (bearer shares), nominee shareholders, nominee directors en corporate directors, structuren van corporate vehicles en tot slot tussenpersonen als company formation agents, trust companies, lawyers, trustees en andere professionele dienstverleners. Onderzocht wordt op welke wijze bovengenoemde corporate vehicles worden aangewend voor misbruik en op welke wijze anonimiteit van de feitelijk leidinggevende of economische belanghebbende kan worden verkregen.[282] In het tweede deel (Part II, *Obtaining and Sharing Information on Beneficial Ownership and Control*) wordt behandeld wat de mogelijkheden zijn voor de autoriteiten om onderzoek te doen naar de informatie betreffende de beneficial owner en het feitelijk controleren van de corporate vehicles of naar wie de uiteindelijk gerechtigde is van het vermogen. Ten aanzien van trustkantoren wordt door de OESO opgemerkt dat 'In many jurisdictions, corporate service providers are likely to possess, or have access to, benficial ownership and control information.' Trustkantoren die in verschillende jurisdicties diensten met betrekking tot incorporatie en management van rechtspersonen aanbieden, zonder dat zij in de jurisdictie van incorporatie fysieke aanwezigheid hebben of aldaar een administratie bijhouden, zouden volgens de OESO het verkrijgen van informatie voor de autoriteiten bemoeilijken.[283]

Om het misbruik van corporate vehicles tegen te gaan is het volgens de OESO essentieel dat 'all jurisdictions establish effective mechanisms that enable their authorities to obtain, on a timely basis, information on the beneficial ownership and control of corporate vehicles established in their own jurisdictions for the purpose of investigating illicit activities, fulfilling their regulatory/supervisory functions, and sharing such information with other authorities domestically and internationally'[284], hetgeen volgens de OESO betekent dat aan de naleving van de volgende drie *Fundamental Objectives* moet worden voldaan:

1. beneficial ownership and control information must be maintained or be obtainable by the authorities;

---

280 Idem, p. 12.
281 Idem, p. 13.
282 V.A.E.M. Meijers, *t.a.p.* 2001, p. 153.
283 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 50.
284 Idem, p. 75.

2. there must be proper oversight and high integrity of any system for maintaining or obtaining beneficial ownership and control information;
3. non-public information on beneficial ownership and control must be able to be shared with other regulators/supervisors and law enforcement authorities, both domestically and internationally, for the purpose of investigating illicit activities and fulfilling their regulatory/supervisory functions respecting each jurisdiction's own fundamental legal principles.[285]

Drie systemen om 'Beneficial Ownership and Control Information' te verwerven en uit te wisselen
Teneinde de vereiste 'beneficial ownership and control information' te verkrijgen worden in het derde deel van het OESO-rapport (Part III, *Menu of Possible Options for Obtaining and Sharing Beneficial Ownership and Control Information*), drie systemen besproken om informatie betreffende de feitelijk leidinggevenden en/of gerechtigden van de rechtspersonen en vennootschappen te kunnen verkrijgen[286], ofwel: er worden drie alternatieve opties genoemd om degene die gebruik maakt van een structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit te kunnen halen.[287] Frielink spreekt hier van drie alternatieve toezichtssystemen.[288] De eerste optie die wordt genoemd is het system van '*Up front disclosure to the authorities*' (Option 1). Deze optie bestaat kortweg uit het introduceren van een verplichting om vooraf deze informatie bij de autoriteiten aan te leveren. De tweede optie wordt aangeduid als de '*Intermediary Option*', die voluit de optie van '*Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information*' (Option 2) wordt genoemd, waarbij het gaat om het zorgdragen voor regelgeving op grond waarvan tussenpersonen ('intermediaries', zoals trustkantoren) de informatie dienen te verzamelen, controleren en op te slaan. Dit sluit aan bij wat ook wel de nader te bespreken 'gatekeeper' of 'poortwachterbenadering' wordt genoemd (zie paragraaf 4.4.2.2). De derde optie is die van '*Primary Reliance on an Investigative Mechanism*' (Option 3); een systeem waarbij de autoriteiten deze informatie kunnen achterhalen zodra hiervoor aanleiding is.[289]

In het rapport wordt geen voorkeur uitgesproken voor een bepaald systeem of combinatie van systemen. De best passende invulling hangt van de situatie af en kan derhalve per land verschillen.[290] Bij het toezicht op trustkantoren in Nederland is gekozen voor de (als tweede genoemde) *'Intermediary Option'*, waarbij aan het trustkantoor de rol van poortwachter (gatekeeper) wordt toebedeeld en waarbij een vergunningenstelsel voor trustkantoren wordt gecombineerd met een systeem van toezicht. In de navolgende drie subparagrafen (3.4.2.1 – 3.4.2.3) worden de drie systemen van toezicht afzonderlijk behandeld.

4.4.2.1 Option 1: 'Up front disclosure to the authorities'
De eerste optie is het systeem van *'Up front disclosure to the authorities'*. Dit systeem houdt in dat vooraf ('up front'), bij de fase van oprichting of incorporatie van een rechtspersoon of vennootschap, de informatie over de identiteit van de uiteindelijk belanghebbenden ('beneficial ownership and control') aan de autoriteiten moet worden gemeld. Bovendien dient deze informatie 'up to date' te worden gehouden in het geval zich veranderingen voordoen. Beide aspecten worden door de OESO als volgt verwoord: 'An up front disclosure system requires the disclosure of the beneficial ownership and control of corporate vehicles to the authorities at the establishment or incorporation stage and imposes an obligation to update such information on a timely basis when changes occur.'[291] De verplichting om deze informatie bij die autoriteiten te melden kan volgens dit systeem worden opgedragen aan de rechtspersoon of vennootschap, de uiteindelijk belanghebbende of het trustkantoor

285 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 75.
286 V.A.E.M. Meijers, *t.a.p.* 2001, p. 153.
287 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.
288 K. Frielink, *a.w.* 2010, p. 11.
289 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 23.
290 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.
291 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 77.

dat betrokken is bij de oprichting of incorporatie van de rechtspersoon of vennootschap.[292] De kern van het systeem is dat 'men de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende *vooraf* aan de autoriteiten (moet) melden'.[293] Frielink en Martha beschrijven bij hun bespreking van het *Up front disclosure system* met name de verplichtingen die hierbij op het trustkantoor komen te rusten. Dit systeem houdt volgens hen in dat trustkantoren telkens alle gegevens over de identiteit van uiteindelijk belanghebbenden moeten zien te verkrijgen en deze vooraf aan de autoriteiten moeten melden.[294]

In het rapport wordt bij iedere beschreven optie steeds een aantal eigenschappen van jurisdicties genoemd op basis waarvan het betreffende systeem van toezicht het meest geschikt zou zijn. In verband met de keuze voor het *Up front disclosure system* worden de volgende 'characteristics' van jurisdicties genoemd: een beperkte opsporingscapaciteit en een groot aantal rechtspersonen of vennootschappen met buitenlandse aandeelhouders, shell companies of asset holding companies die in de jurisdictie zijn gevestigd. Tot slot zijn ook de mogelijkheden die een jurisdictie biedt om anonimiteit te verwerven (genoemd worden het gebruik van aandelen aan toonder, 'corporate' directors, intermediaries, letters of wishes en flee clauses) een eigenschap op basis waarvan kan worden gekozen voor de toepassing van het systeem van 'vooraf melden'. In het algemeen geldt hierbij volgens de OESO dat: 'the greater the ability of an individual to effectively conceal his identity from the authorities through the use of anonymity instruments, the greater the need for an up front disclosure system.'[295] Volgens de MvT van de Wtt wordt deze optie met name geschikt bevonden voor belastingparadijzen zonder reële economische activiteiten.[296]

Het *Up front disclosure system* gaat uit van het principe dat bij de fase van de oprichting en daarna transparant is wie de uiteindelijk begunstigde is, hetgeen zich vertaalt in verplichtingen bij de fase van oprichting (onderdeel *'Important transparancy elements at the establishment stage*) en met betrekking tot de 'subsequent disclosures' (onderdeel *'Important transparency elements regarding subsequent disclosures'*). Ten aanzien van corporations, trusts, foundations en partnerships worden eisen gesteld die er op neerkomen dat de identiteit van de ultimate beneficial owner (corporations), dan wel van de insteller, begunstigde of trustee (trust), van de vermogensverstrekker, begunstigde of bestuursleden (foundation) of de partners en ultimate beneficial owner (partnership), bij de fase van oprichting bekend moet zijn. Hierna worden eisen gesteld aan het 'up to date houden' van deze gegevens, op basis waarvan eventuele veranderingen op tijdelijke basis worden doorgegeven. Daarnaast worden eisen gesteld aan de personele bezetting en (informatie) technologie van de handhavende autoriteiten en worden als kenmerkende elementen genoemd het opleggen van sancties bij non-compliance (zoals het intrekken van een vergunning en het opleggen van een substantiële geldboete), de vertrouwelijkheid van de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende. Tot slot wordt voorzien in een overgangsperiode voor reeds bestaande rechtspersonen en vennootschappen.[297]

In het rapport worden ten aanzien van het systeem van *Up front disclosure* enkele voordelen, alsook één nadeel aangewezen. Een genoemd voordeel is allereerst dat het systeem de transparantie van rechtspersonen en vennootschappen bevordert en dat hierdoor wordt verzekerd dat de autoriteiten te allen tijde over de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende van de in hun jurisdictie gevestigde rechtspersonen en vennootschappen zullen beschikken. Dit systeem kan volgens het rapport evenzeer bevorderlijk zijn voor een snellere en effectievere samenwerking met buitenlandse autoriteiten, waarbij in het bijzonder (maar niet uitsluitend) aan jurisdicties met beperkte middelen en een beperkt opsporingsapparaat moet worden gedacht. Bovendien zou van dit systeem een afschrikwekkende werking uit kunnen gaan naar de gebruiker van de rechtspersoon of vennootschap die zijn identiteit wenst af te schermen. Tot slot wordt als voordeel genoemd dat de autoriteiten de verkregen informatie aan financiële instellingen beschikbaar kunnen stellen (bijvoorbeeld door middel

---

292 Idem, p. 77-78.
293 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 3 (mijn cursivering).
294 K. Frielink, *a.w.* 2010, p. 11. Zie ook: R.S.J. Martha, *t.a.p.* 2002/3, p. 192.
295 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 78-79.
296 *Kamerstukken II* 2002/03, 29 041, nr. 3, p. 4.
297 OESO, *t.a.p.* mei 2001, p. 79-81.

van een semipubliek of publiek register), zodat deze aan hun verplichtingen kunnen voldoen om witwassen tegen te gaan (genoemd worden de verplichtingen op het terrein van cliëntidentificatie). Het enige nadeel van het systeem dat wordt genoemd zijn de hoge kosten. Met name in jurisdicties met een substantiële commerciële sector kan het *Up front disclosure system* hoge kosten voor het gebruik van rechtspersonen en vennootschappen met zich meebrengen, waardoor in het bijzonder de kleine ondernemingen worden getroffen.[298]

4.4.2.2 Option 2: 'Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information', de 'Intermediary Option'

De *'Intermediary Option'* is het toezichtsysteem dat op de 'intermediary', de tussenpersoon, in dit geval het trustkantoor, is gericht. Voluit wordt deze optie dan ook *'Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information'* genoemd. Aan trustkantoren wordt de verplichting opgelegd tot het verwerven, verifiëren en administreren van de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden ten aanzien van de rechtspersonen en vennootschappen waarbij zij bij de oprichting of het beheer betrokken zijn. Hoewel de OESO in haar aanduiding van deze optie slechts spreekt over het opleggen van deze verplichtingen aan *trustkantoren* ('corporate server providers'), laat haar beschrijving van dit systeem in het rapport de optie open dat genoemde verplichtingen ook aan andere tussenpersonen kunnen worden opgelegd. Zo stelt zij in haar rapport dat 'The intermediary Option requires intermediaries involved in the establishment and management of corporate vehicles, such as company formation agents, trust companies, registered agents, lawyers, notaries, trustees, and companies supplying nominee shareholders, directors, and officers ("corporate service providers"), to obtain, verify, and retain records on the beneficial ownership and control of the corporate vehicles that they establish, administer, or for which they provide fiduciary services.'[299] In de kern genomen is de *Intermediary Option* het systeem van toezicht waarvoor geldt dat 'de informatie voor de autoriteiten beschikbaar (moet) zijn bij de dienstverlener; de dienstverlener fungeert als poortwachter (gatekeeper)'.[300]

De *Intermediary Option* wordt aanbevolen bij jurisdicties met een 'adequate investigative mechanism'. Dat wil zeggen dat de autoriteiten toereikende middelen en capaciteit ter beschikking moeten hebben om effectief toezicht te kunnen houden op de naleving door trustkantoren van hun verplichtingen. Evenals efficiënte en snelle mechanismen om bij internationale informatieverzoeken de informatie die van het trustkantoor wordt verkregen te kunnen uitwisselen. Een tweede genoemde karakteristiek van de jurisdictie is dat de aldaar gevestigde trustkantoren over de benodigde ervaring en middelen dienen te beschikken om aan hun verplichtingen met betrekking tot de informatievergaring te kunnen voldoen, oftewel de jurisdictie dient te beschikken over een 'Pool of corporate service providers with suitable experience and sufficient resources.'[301]

Het trustkantoor krijgt bij de *Intermediary Option* een centrale rol toebedeeld. De navolgende elementen zijn volgens het rapport bij dit systeem van toezicht van belang. In de eerste plaats dient dezelfde informatie als besproken bij de eerstgenoemde optie van *Up front disclosure* te worden verkregen, zodat bij de fase van oprichting en daarna transparant is wie de uiteindelijk begunstigde is. Het verschil met de eerstgenoemde optie zit hem er in dat bij de *Intermediary Option* er juist voor is gekozen om deze verplichting aan het trustkantoor toe te bedelen (onderdeel *Important transparency elements to be collected and maintained by corporate service providers*). Een tweede genoemd element is een toezicht en vergunningensysteem (onderdeel *Regulatory and licensing regime*), waarbij het slechts aan gereguleerde of vergunninghoudende trustkantoren is toegestaan om diensten met betrekking tot (oprichting van) rechtspersonen en vennootschappen te verrichten. Van belang is dat door dit regime van regulering en toezicht kan worden bewerkstelligd dat alleen nog maar de bekwame en ervaren trustkantoren wordt toegestaan deze diensten aan te bieden. Daar komt nog bij

---

298 Idem, p. 78.
299 Idem, p. 81.
300 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.
301 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 82.

dat dit regime de autoriteiten de mogelijkheid biedt om standaarden op te stellen met betrekking tot onderwerpen als identificatie procedures, administratie en toezicht op transacties. Tot slot kunnen de autoriteiten inspecties uitvoeren om te controleren of aan de vereisten van compliance met de relevante wet- en regelgeving wordt voldaan. Evenals bij het *Up front disclosure system* is besproken bevat de *Intermediary Option* de elementen van het opleggen van sancties bij non-compliance en voorziet zij in een overgangsperiode voor reeds bestaande rechtspersonen en vennootschappen. Tot slot wordt als kenmerkend element van de *Intermediary Option* genoemd dat eisen worden gesteld aan de lokalisering en toegang tot de informatie die door het trustkantoor is verkregen (onderdeel *Location of information and acces by authorities*). Voor zover mogelijk wordt van trustkantoren verlangd dat zij de administratie van de rechtspersonen en vennootschappen houden in de jurisdictie van oprichting van deze rechtspersonen en vennootschappen. Belangrijk is dat de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden voor de autoriteiten van de jurisdictie van oprichting beschikbaar dient te zijn: 'Regardless of the location where beneficial ownership and control information is held by the corporate service provider, the authorities in the jurisdiction of establishment must be provided access to such information for regulatory/supervisory, law enforcement, and sharing purposes and without regard to whether a corporate service provider is regulated/supervised by the authority seeking the information.'[302]

Naast de voordelen wordt in het rapport ook een nadeel van de *Intermediary Option* besproken. Het eerste voordeel is dat deze optie geschikt is voor jurisdicties met beperkte personele en financiële middelen, die hierdoor niet hoeven over te gaan tot het eerstgenoemde kostbare systeem van vooraf melden ('upfront disclosure'). In de tweede plaats zou de *Intermediary Option* geschikt zijn voor jurisdicties waarin rechtspersonen en vennootschappen zijn gevestigd met buitenlandse aandeelhouders (die niet zijn gevestigd in het land van oprichting van de rechtspersonen of vennootschappen). Hierbij wordt meteen aangetekend dat een vereiste is dat de trustkantoren daadwerkelijk (in staat zijn om) de vereiste informatie te vergaren en dat een vereiste is dat de autoriteiten (in staat zijn om) toezicht op de naleving van de toepasselijke wet- en regelgeving uit te voeren. De *Intermediary Option* zou een belangenafweging kunnen bewerkstelligen tussen het bevorderen van het publieke belang van het tegengaan van het misbruik van rechtspersonen. Tot slot zou van de *Intermediary Option* zou (onder bepaalde omstandigheden) een preventieve werking kunnen uitgaan. Het enige nadeel dat in het rapport wordt genoemd, dat inherent is aan het systeem waarbij een beroep wordt gedaan op de intermediary om aan de vereiste informatie te komen, is dat deze informatie door de autoriteiten bij derden (in dit geval het trustkantoor) moet worden betrokken, hetgeen voor vertragingen in de informatieverschaffing zou kunnen zorgen.[303]

4.4.2.3 Option 3: Primary Reliance on an Investigative Mechanism

Bij de optie van *'Primary Reliance on an Investigative Mechanism'* ligt het initiatief bij de autoriteiten. Zij gaan volgens het rapport pas over tot het onderzoek naar de identiteit van de uiteindelijk belanghebbenden in geval van verdenking van illegale activiteiten[304], dan wel indien deze informatie benodigd is voor de vervulling van haar regulerende/toezichthoudende functies of indien deze informatie wordt verzocht door andere nationale of internationale autoriteiten voor doeleinden van regulering/toezicht dan wel handhavingsdoeleinden. In de bewoordingen van de OESO: 'Under an investigative system, the authorities seek to obtain (through compulsory powers, court-issued subpoenas, and other measures) beneficial ownership and control information when illicit activity is suspected, when such information is required by authorities to fulfil their regulatory/supervisory functions, or when such information is requested by other authorities domestically and internationally

302 Idem, p. 82-83.
303 Idem, p. 82.
304 Zoals in subparagraaf 4.4.4 reeds ter sprake kwam wordt daaronder in dit rapport verstaan: witwassen, corruptie/omkoping, handel met voorkennis, belastingontduiking en andere strafbare gedragingen.

for regulatory/supervisory or law enforcement procedures.'[305] Kortgezegd wordt bij deze optie vertrouwd op de opsporingscapaciteit van de autoriteiten.[306]

Primary Reliance on an Investigative Mechanism wordt in de eerste plaats aanbevolen bij jurisdicties waarin de autoriteiten beschikken over een sterke onderzoekscapaciteit en sterke strafvorderlijke en bestuursrechtelijke dwangmiddelen om de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden te kunnen verkrijgen. Daarnaast worden als tweede een betrouwbare rechtshandhavingtraditie en als derde een effectief en efficiënt functionerend justitieel systeem genoemd. Tot slot wordt erop gewezen dat de effectiviteit van het onderzoeksapparaat voor een belangrijk deel zal afhangen van het gegeven of de informatie betreffende de identiteit van de uiteindelijk belanghebbenden beschikbaar is in de jurisdictie waarin de gerelateerde rechtspersonen en vennootschappen zijn opgericht; '(c)onsequently, primary reliance on an investigative system would be more appropriate in jurisdictions in which a large proportion of corporate vehicles are beneficially owned and controlled by residents or which conduct operating businesses requiring physical premises in the jurisdiction of establishment and where persons are not able to effectively conceal their identity from authorities through the use of anonymity instruments.'[307]

Inherent aan het systeem van *Primary Reliance on an Investigative Mechanism* is dat ook een beroep wordt gedaan op het rechtssysteem van de betreffende jurisdictie (er wordt geen gebruik gemaakt van 'custom-made' mechanismen om de benodigde informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden te verkrijgen). De kenmerken van dit systeem, waarbij primair op de opsporingscapaciteit van de autoriteiten wordt vertrouwd, zijn dan ook aan de kenmerken van die overheid en haar jurisdictie gerelateerd. Omdat bij de criteria voor aanbeveling van dit systeem eveneens naar het functioneren van de overheid en haar jurisdictie is gekeken, komen de bovengenoemde karakteristieken van jurisdicties op basis waarvan dit systeem wordt aanbevolen sterk overeen met de hieronder te behandelen eigenschappen van het systeem zelf. Als eerste eigenschap van het *Investigative Mechanism* wordt dan ook een adequaat bemand en goed functionerend overheidsapparaat genoemd, dat in staat is zijn regulerende/toezichthoudende en handhavende taken naar behoren uit te voeren. Dit systeem dient in de tweede plaats over ingrijpende bevoegdheden te beschikken. Het rechtssysteem van de jurisdictie dient 'strong, predictable, and efficient' te zijn. Tot slot wordt als kenmerk genoemd dat van de rechtspersonen en vennootschappen kan worden geëist dat zij zelf de informatie van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbenden bijhouden.[308]

Evenals bij het in voorgaande subparagrafen besproken systeem, worden er bij het *Investigative Mechanism* enkele voordelen besproken en wordt daarnaast op een nadeel van het systeem gewezen. In de eerste plaats wordt als voordeel de lage kosten van het systeem genoemd. Dit voordeel geldt echter alleen voor jurisdicties die reeds over een effectief en efficient opsporingsapparaat beschikken. Voor jurisdicties waarin dit systeem (nog) niet is ingevoerd en die een substantiële commerciële sector hebben, zou dit systeem daarentegen onnodig hoge kosten voor rechtspersonen en vennootschappen met zich meebrengen, waardoor met name de kleinere ondernemingen worden getroffen. Het *Investigative Mechanism* zou beleidsmakers in staat stellen een redelijke balans te vinden tussen regulering en toezicht van rechtspersonen en vennootschappen en het beschermen van de privacy belangen (van de gebruiker). Als nadeel wordt tot slot genoemd dat (overigens net als bij de *Intermediary Option*) de autoriteiten de benodigde informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden bij derden (hier: de rechtspersoon of vennootschap) moet betrekken, hetgeen voor vertragingen in de informatieverstrekking kan zorgen.[309]

---

305 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 83.
306 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.
307 OESO, *t.a.p.* 2001, p. 84-85.
308 Idem, p. 85-86.
309 Idem, p. 84.

4.4.2.4 Afsluitend: de keuze voor de Intermediary Option voor de introductie van trusttoezicht en de positionering van het Nederlandse overheidsbeleid

Blijkens de MvT van de Wtt is het OESO-rapport zowel van invloed geweest op de keuze van het te introduceren trusttoezicht in Nederland als op de positionering van het Nederlandse overheidsbeleid ten aanzien van trustkantoren. In de afweging, die de Nederlandse wetgever heeft gemaakt bij de keuze voor het toezichtmodel bij de introductie van het toezicht op trustkantoren, zijn effectiviteit en een zo beperkt mogelijke aanvullende administratieve lastendruk belangrijke randvoorwaarden geweest. De eerstgenoemde optie van *Up front disclosure to the authorities*, waarbij verplicht zou zijn vooraf alle zeggenschapswijzigingen bij rechtspersonen en vennootschappen te melden, zou voor de uitgebreide commerciële sector van Nederland uit oogpunt van administratieve lastendruk onnodig bezwaarlijk zijn. Voor de derde optie van *Primary Reliance on an Investigative Mechanism* is niet gekozen omdat het volgens de MvT ontoereikend zou zijn uitsluitend te vertrouwen op de opsporingscapaciteit: 'In de situatie waarbij zich in Nederland louter een doorstroommaatschappij bevindt, zal veel relevante informatie zich in het buitenland kunnen bevinden. Het zou voor de Nederlandse autoriteiten lastig en tijdrovend zijn om deze informatie te verzamelen.'[310] Gekozen is voor het systeem van de *Intermediary Option*. Hierbij fungeren de trustkantoren als poortwachter wanneer zij diensten verrichten: de benodigde informatie wordt door de trustkantoren aangehouden. Belangrijke factoren die bij deze keuze hebben meegespeeld zijn volgens de MvT in de eerste plaats de relatief grote trustsector van Nederland en het gegeven dat de trustkantoren op basis van hun eigen gedragsregels toch al werden geacht deze informatie beschikbaar te hebben.[311]

Met betrekking tot de internationale positionering van het overheidsbeleid moet in de eerste plaats worden gewezen op de discussie over schadelijke belastingconcurrentie, die er destijds toe heeft geleid dat Nederland haar fiscale rulingbeleid, op basis waarvan zekerheid vooraf (ruling) werd gegeven over de fiscale behandeling van doorstroomstructuren (zie subparagraaf 2.4.4), heeft aangescherpt.[312, 313] In haar rapport heeft de OESO de risico's van misbruik van rechtspersonen beschreven, evenals voorstellen om deze te beperken. Essentieel hierbij is het belang dat de identiteit van de uiteindelijk belanghebbenden van de rechtspersonen en vennootschappen kenbaar is: de gebruiker van de structuur moet uit de anonimiteit kunnen worden gehaald. Bij de positionering van het overheidsbeleid op nationaal niveau is, bij het ontbreken van Europese regels ten aanzien van de regulering van het toezicht op trustkantoren, zoals blijkt uit de MvT rekening gehouden met 'de stand van zaken van de discussie in de OESO (en de FATF) over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven', waaraan de belofte wordt toegevoegd dat 'zowel gedurende het wetgevingstraject als daarna de internationale ontwikkelingen (zullen) worden gevolgd op dit terrein.'[314]

4.5 De Financial Action Task Force on Money Laundering

4.5.1 Ten geleide

Het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* van de FATF is het tweede onderzoeksrapport dat, evenals het in de voorgaande paragraaf behandelde OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, blijkens de MvT van de Wtt direct van invloed is geweest op de vormgeving van de wet toezicht trustkantoren. Het gaat hierbij in het

---

310 Idem, p. 4.

311 Idem, p. 4.

312 Op 1 april 2001 is het rulingbeleid aangepast, in de MvT wordt hierbij verwezen naar: IFZ2001/292M (oud), 293M (oud) en 294M (oud). Deze zijn thans vervangen door het 'APA-besluit' (Besluit van de staatssecretaris van Financiën van 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/124M), respectievelijk 'ATR-besluit' (Besluit staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/125M) en tot slot 'Besluit inzake dienstverleningslichamen' (Besluit staatssecretaris van Financiën 11 augustus 2004, nr. IFZ2004/126M).

313 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

314 Idem, p. 3.

bijzonder om de in beeld gebrachte diensten voor ondertoezichtstelling, die in het onderdeel 'Trust and Company Service Providers'[315] van het FATF-rapport worden beschreven, waar de wetgever zoals hierboven ter sprake kwam bij heeft aangesloten 'voor zover relevant voor de Nederlandse situatie'[316] Daarnaast is zij van invloed geweest op de (internationale) positionering van trusttoezicht in het overheidsbeleid. Bij gebreke aan Europese regelgeving, ten tijde van de totstandkoming van de Wtt, hebben bovengenoemde rapporten op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren als handvatten gediend.

Op deze plaats moet worden opgemerkt dat de FATF eveneens een belangrijke rol speelt bij de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren *sinds* de inwerkingtreding van de Wtt (op 1 maart 2004). In dit verband moet met name worden gewezen op de *FATF 40 Recommendations*, de *FATF IX Special Recommendations* en het recente evaluatierapport *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*.[317] Laatstgenoemd evaluatierapport wordt behandeld in paragraaf 4.7 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht na de inwerkingtreding van de Wtt' in subparagraaf 4.7.6 'Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF'. In dit evaluatierapport is specifiek ten aanzien van de Nederlandse wetgeving betreffende trustkantoren geconstateerd dat zij op onderdelen slechts *'Partially Compliant'* is (zie ook de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk).

Opbouw paragraaf 4.5
Nadat aandacht is besteed aan de FATF en haar werkwijze, wordt in de navolgende subparagrafen eerst het document behandeld dat direct invloed heeft gehad op de vormgeving van de Wtt, te noemen het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*, vervolgens worden bovenstaande aanbevelingen, evaluaties en rapporten behandeld, waarbij de internationale standaarden betreffende trustkantoren worden uitgelicht.

4.5.2 Over de FATF en de invloed van haar aanbevelingen

De Financial Action Task Force on Money Laundering (FATF) is een intergouvernementeel samenwerkingsverband, dat haar oorsprong vindt in de (jaarlijkse) topbijeenkomst van de G-7 en de Europese Commissie, die op 16 juli 1989 te Parijs is gehouden.[318] Naast de G-7 landen (Canada, Duitsland, Frankrijk, Italië, Japan, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten) en de Europese Commissie waren deelnemende landen: Australië, België, Luxemburg, Nederland, Oostenrijk, Spanje, Zweden en Zwitserland. Eén van de conclusies van deze bijeenkomst bestond uit het voorstel een 'task force' in te stellen: 'we resolve tot take the following measures within relevant fora: (…) – Convene a financial task force from Summit Participants and other countries interested in these problems.' De FATF heeft daartoe het mandaat verkregen 'to assess the results of cooperation already undertaken in order to prevent the utilization of the banking system and financial institutions for the purpose of money laundering and to consider additional preventive efforts in this field, including the adaptation of the legal and regulatory systems so as to enhance multilateral judicial assistance.' [319] Het

---

315 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 92 e.v.

316 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

317 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

318 Voor een uitgebreide beschrijving van de oprichting van de FATF onder andere: R.M.I. Lamp, *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht* (dissertatie UU), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 16-26, V. Mul, *Banken en witwassen* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 104-113 en C.D. Schaap, *Heling Getoetst* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1999, p. 155-159. Aan deze bijdragen is overigens het nodige ontleend.

319 Group of 7 Economic Declaration of 16 July 1989, Department of State Bulletin, September 1989. Zie ook: V. Mul, *a.w.* 1999, p. 105.

ledenbestand van de FATF is thans uitgebreid tot 33 landen[320] en twee regionale organisaties, te noemen de EU-Commissie en de Gulf Cooperation Council.

De FATF wordt thans gezien als het belangrijkste forum op internationaal niveau in verband met de coördinatie en bestrijding van witwassen en het opsporen van verdachte transacties.[321] Illustratief hiervoor zijn de overwegingen die in de 'derde witwasrichtlijn' (Richtlijn 2005/60/EG)[322] ten aanzien van de FATF en haar aanbevelingen zijn opgenomen. De FATF wordt hierin 'het belangrijkste internationale orgaan voor de bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme' genoemd. Haar (herziene en uitgebreide) aanbevelingen, bekend als *the Forty Recommendations*, worden in deze overwegingen omschreven als de 'nieuwe internationale norm', waarmee de 'derde witwasrichtlijn' door de lidstaten in overeenstemming dient te worden gebracht.[323] Om aan te geven hoezeer het belang van de FATF kort na haar oprichting is toegenomen, haalt Lamp in zijn dissertatie Gilmore aan, die spreekt van 'the single and most important body in terms of the formulation of anti-money laundering policy and in the mobilisation of global awareness of the complex issues involved in countering this new and sophisticated form of criminality.'[324] Lamp benadrukt hierbij het belang van het eerste rapport van de FATF, dat op 7 februari 1990 is verschenen,[325] waarin de bovengenoemde 40 aanbevelingen zijn opgenomen.

De *40 Recommendations* in eerste FATF-rapport[326] zijn destijds opgesteld als initiatief ter bestrijding van het misbruik van financiële systemen voor het witwassen van drugsgeld.[327] In 1996 zijn de aanbevelingen voor het eerst herzien om in te kunnen spelen op nieuwe trends in het witwasproces.[328] Voor meer dan 130 landen geldt zij sindsdien als de 'internationale anti-witwasnorm', in de woorden van de FATF: 'The 1996 Forty Recommendations have been endorsed by more than 130 countries and are the international anti-money laundering standard.'[329] In vervolg op de aanslagen van 11 september 2001, is op een bijzondere bijeenkomst van de FATF, gehouden op 29 en 30 oktober 2001 te Washington DC, besloten het mandaat van de FATF uit te breiden, zodat zij tevens het bestrijden van de financiering van terrorisme omvat. Daarnaast zijn op deze bijeenkomst nieuwe internationale standaarden voor de bestrijding van terrorismefinanciering opgesteld (*'the Eight Special Recommendations'*)[330] die, sinds de negende van deze aanbevelingen op 22 oktober 2004 is aangenomen[331], gezamenlijk bekendheid genieten als *'the 9 Special Recommendations on Terrorist Financing'*. Tezamen met de *40 Recommendations*, die voor het laatst grondig zijn herzien op 20 juni 2003 en overeenkomstig het uitgebreide mandaat van de FATF tevens op de bestrijding van terrorisme zijn gericht, verschaffen de *9 Special Recommendations*, inclusief de *Interpretative Notes* die ten aanzien van de totaal 49 aanbevelingen zijn opgesteld, in de woorden van de FATF 'the international

---

320 Lid van de FATF zijn thans: Argentinië, Australië, België, Brazilië, Canada, China, Denemarken, Duitsland, de Europese Commissie, Finland, Frankrijk, Griekenland, de Gulf Cooperation Council, Hong Kong-China, Ierland, Italië, IJsland, Japan, Korea, Luxemburg, Mexico, het Koninkrijk der Nederlanden (Nederland, de Nederlandse Antillen en Aruba), Nieuw Zeeland, Noorwegen, Oostenrijk, Portugal, de Russische Federatie, Singapore, Spanje, Turkije, het Verenigd Koninkrijk, de Verenigde Staten, Zuid Afrika, Zweden en Zwitserland. Het secretariaat is ondergebracht bij de OESO te Parijs.

321 *Praktijkgids Bestrijding witwassen & terrorismefinanciering 2008-2009*, Nederlands Compliance Instituut, Nieuwerkerk aan den IJssel 2008, p. 59.

322 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 309/15).

323 Richtlijn 2005/60/EG, overweging 5.

324 W.C. Gilmore, *Dirty Money – The evolution of money laundering counter-measures*, Straatsburg: Council of Europe Press 1995, p. 122, zie ook: R.M.I. Lamp, *a.w.* 2000, p. 17.

325 *Financial Action Task Force on money laundering, Report*, Paris: FATF, February 7th, 1990.

326 Zie voor een uitgebreide behandeling van dit rapport onder andere: V. Mul, *a.w.* 1999, p. 106-110.

327 *FATF 40 Recommendations*, FATF oktober 2003, p. 2.

328 *The Forty Recommendations*, FATF 1996.

329 Idem, p. 2.

330 *Annual Report 2001-2002*, FATF 21 juni 2002, p. 4.

331 Special Recommendation IX: Cash Couriers. Zie nader: *FATF targets cross-border cash movements by terrorists and criminals*, FATF persbericht 2004.

standards for combating money laundering (ML) and terrorist Financing (TF).' Dit is door het IMF en de World Bank onderkend.[332]

'A key element in the fight against money laundering and the financing of terrorism is the need for countries' systems to be monitored and evaluated, with respect to these international standards.'[333] Om ervoor te zorgen dat de FATF-aanbevelingen door alle landen effectief worden geïmplementeerd, voert de FATF (evenals 'FATF-style regional bodies') zogenaamde 'mutual evaluations' uit en worden assessments verricht door het IMF en de World Bank.[334] Vanuit dit oogpunt zijn door de FATF bovendien lijsten opgesteld waarin zogenaamde 'Non-Cooperative Countries and Territories' (NCCTs) zijn bekendgemaakt. De basis voor dit initiatief is gelegen in het *Report on Non-Cooperative Countries and Territories*[335] van februari 2000, waarin onder andere de procedure voor de beoordeling is vastgelegd, evenals de 25 criteria om als NCCT te worden aangemerkt.[336] 47 landen en territoria zijn onderzocht in twee beoordelingsronden, op basis waarvan in 2000 15[337] en in 2001 8 nieuwe NCCTs zijn aangewezen.[338] Het 'NCCT-process' is voltooid in oktober 2006, toen de laatste NCCT van de lijst is gehaald.[339] Sinds 2007 analyseert de International Co-operation Review Group (ICRG) van de FATF zogenaamde 'high risk jurisdictions' en doet hierbij specifieke aanbevelingen over de te nemen acties in verband met de witwas- en terrorismefinancieringsrisico's die van deze jurisdicties uitgaan.

4.5.3 Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper

Het op 30 mei 2002 verschenen *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*[340] is als gezegd direct van invloed geweest op de vormgeving van deze wet, waarbij het in de eerste plaats gaat om de door de FATF in beeld gebrachte diensten, die door de wetgever 'voor zover relevant voor de Nederlandse situatie'[341] onder het bereik van de Wtt zijn gebracht (in het onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* van het rapport)[342] en in de tweede plaats om de (internationale) positionering van het overheidsbeleid.[343]

4.5.3.1 Ten geleide: achtergronden bij de Review van de Forty Recommendations

De achtergronden die in 2001 tot het uitvoeren van een beoordeling van de *Forty Recommendations* (van 1996) hebben geleid, zijn in het *Consultation Paper* beschreven. In de eerste plaats speelt de ontwikkeling van nieuwe en geavanceerde methoden en technieken om geld wit te wassen, waarbij in toenemende mate gebruik wordt gemaakt van rechtspersonen en vennootschappen ('corporate

---

332 Zie ook: FATF, *t.a.p.* 2003, p. 2, voetnoot 2: '(t)he FATF Forty and Eight Special Recommendations have been recognised by the International Monetary Fund and the World Bank as the international standards for combating money laundering and the financing of terrorism.'

333 *The Financial War on Terrorism, A guide by the Financial Action Task Force*, FATF 2004, p. 92.

334 Idem.

335 *Report on Non-Cooperative Countries and Territories*, FATF 14 februari 2000.

336 Zie voor deze criteria: Idem, Annex 'Criteria Defining Non-Cooperative Countries or Territories', p. 10-12.

337 *Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing The Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures* ('First NCCT Review'), FATF 22 juni 2000, p. 12: Bahamas, Cayman Islands, Cook Islands, Dominica, Israël, Libanon, Liechtenstein, Marshall Islands, Nauru, Niue, Panama, Philippijnen, Rusland, St. Kitts & Nevis en St. Vincent & the Grenadines.

338 Idem ('Second NCCT Review'), FATF 22 juni 2001, p. 3: waar Egypte, Guatemala, Hongarije, Indonesië, Myanmar en Nigeria als nieuwe NCCTs worden aangewezen, en zie Idem ('Third NCCT Review'), FATF 21 juni 2002, p. 1: waar Grenada en Ukraïne worden aangewezen

339 Zie in dit verband: *Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006-2007: Eighth NCCT Review*, FATF 12 oktober 2007, p. 4 e.v.

340 *Review of the FATF Forty Recommendation Consultation Paper*, FATF 30 mei 2002.

341 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

342 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 92 e.v.

343 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 2-3.

vehicles') en andere juridische entiteiten, waarbij trustkantoren als dienstverlener kunnen optreden: 'FATF studies have shown that companies, trusts and other types of business entities are commonly used as part of the laundering process or to disguise the true beneficial ownership and control of illegally acquired assets.'[344] In de tweede plaats wordt het gebruik van professionele dienstverleners (advocaten, notarissen en accountants) genoemd, die als financiële tussenpersoon of door hun advisering (als zogenaamde 'gatekeepers') behulpzaam zijn bij het witwassen van vermogen. De FATF wijst hier in het bijzonder op dienstverlening die tevens als trustdienstverlening kan worden aangemerkt: 'In many countries, these professionals also specialise in the creation and management of companies and other legal entities or arrangements, thus providing other services that are useful to the money launderer.'[345] Daarnaast is van belang dat de FATF bij het toezien op de implementatie van haar aanbevelingen zelf heeft geconstateerd dat de *Forty Recommendations* op enkele onderdelen moest worden herzien. Op basis van het NCCT-process concludeert de FATF dat enkele belangrijke onderdelen van de 25 beoordelingscriteria duidelijker in de aanbevelingen dienen terug te komen. Bovendien zijn er in de eerste NCCT-Review van juni 2000 enkele 'issues of particular concern' geïdentificeerd, waarvan in het kader van dit onderzoek de belangrijkste zijn: 'Difficulties in establishing the beneficial ownership of some legal entities, including companies issuing bearer shares and trusts' en 'The existence and Development of International Business Companies (IBCs) which can be formed by intermediaries and be subject to fewer verification and disclosure requirements than applied to the company sector as a whole.'[346] Ook de ontwikkelingen in de internationale initiatieven met betrekking tot het bestrijden van witwassen (evenals de nationale implementatie daarvan) maakten dat herziening van de aanbevelingen, die uit 1997 dateerden, noodzakelijk was geworden. Genoemd worden onder andere: de inwerkingtreding van de 'tweede witwasrichtlijn' (Richtlijn 2001/97/EG)[347], ter vervanging van de 'eerste witwasrichtlijn' (Richtlijn 91/308/EEG)[348], het rapport 'Basel Customer Due Diligence for Banks' (kortweg 'the Basel CDD paper' genaamd) van het Basel Committee on Banking Supervision[349] en haar eigen *Eight Special Recommendations on Terrorist Financing*, die in oktober 2001 tot stand zijn gekomen.[350] Genoemde ontwikkelingen maakten dat de FATF haar 'FATF framework' (haar *Forty Recommendations* en *Interpretative Notes*, evenals haar *8 Special Recommendations* en haar 25 *NCCT-criteria*) heeft herzien, opdat verzekerd zou zijn dat het 'FATF framework' zou bestaan uit een 'comprehensive and consistent set of measures to prevent and take action against money laundering and the financing of terrorism.'[351]

4.5.3.2 Twee aandachtspunten: toonderaandelen en trusts

'The FATF has been concerned for several years about the availability of information on the persons that are the true owners and controllers of assets derived from criminal activity.'[352] De FATF benadrukt in hoofdstuk 4, *Corporate vehicles – beneficial ownership and control information* van haar *Consultation Paper*, het belang van het verkrijgen van (toegang tot) de informatie betreffende 'beneficial ownership and control information' en voorts het delen van deze informatie.[353] Twee

---

344 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 1.

345 Idem, p. 2.

346 Idem, p. 2.

347 Richtl n 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot w ziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *Pb EU 2001*, L 344.

348 Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *PbEU* 1991, L 166.

349 *Basel Customer Due Diligence for Banks*, Basel Committee on Banking Supervision: oktober 2001.

350 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 2-3.

351 Idem, p. 3.

352 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 52.

353 De FATF ziet zich gesteund in haar aandacht voor het gebrek aan transparantie van corporate vehicles en het belang van 'beneficial ownership and control information' door een aantal belangrijke internationale rapporten. De FATF noemt onder andere het (hierboven reeds besproken) OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, p. 75, evenals haar eigen rapport FATF, *t.a.p.* 2000, paragraaf 19, p. 4. Tevens wijst de FATF op een studie gepubliceerd door

belangrijke aandachtspunten in dit verband zijn het gebruik van aandelen aan toonder ('bearer shares') en het gebruik van trusts. De FATF constateert in dit kader dat het gebruikelijk is om bij criminele activiteiten de 'beneficial ownership' van vermogen te verhullen door middel van het opzetten van complexe structuren van companies en trusts, die in verschillende jurisdicties worden opgezet.[354]

Bearer shares
Hoewel het gebruik van toonderaandelen op zichzelf legitiem en wijdverbreid is, biedt de hoge mate van anonimiteit die het gebruik hiervan met zich meebrengt volgens de FATF ook risico's van misbruik met zich mee. Met name in landen 'where the identity of the shareholder is not recorded when the share is issued and transferred or where it is not possible for the enitities subject to customer due diligence obligations and enforcement authorities to obtain this inforation, ownership of share is effectively anonymous.' Volgens het rapport brengt dit twee witwasrisico's met zich mee, te noemen dat 'financial assets can be acquired without the purchaser being identified' en 'companies may be owned and controlled by interests who can not be identified.'[355] Als voorbeelden van misbruik worden in het rapport genoemd het afschermen (van de eigendom) van vermogen voor crediteuren, dan wel het afschermen daarvan voor de belastingdienst. Ook wordt het misbruik van aandelen aan toonder genoemd in verband met de (geconstateerde) bedrevenheid van criminelen om met behulp van tussenpersonen (advocaten, accountants en company formation agents) netwerken op te zetten om illegaal vermogen door te sluizen.[356] In het rapport worden verschillende opties genoemd om het misbruik van toonderaandelen tegen te gaan, zoals 'Central Registration': alle aandelen dienen hierbij centraal te worden geregistreerd met details van de koper en de fysieke locatie waar de aandelen zich bevinden, evenals de overdracht van deze aandelen, 'Bearer shares should be immobilised': bij deze optie dienen alle aandeelcertificaten fysiek bij een 'custodian' te worden ondergebracht, die een vergunninghoudende financiële instelling is in een FATF jurisdictie of een jurisdictie die aan de FATF-standaarden voldoet, en ten slotte de optie waarbij: 'Information about the natural persons who are the beneficial owners of bearer shareholdings, or at a minimum those shareholdings that control the company, must be maintained or be obtainable by law enforcement authorities and FIUs, regulators and entities subject to customer due diligence requirements.'[357]

Trusts
Hetzelfde kan volgens het rapport worden gezegd over het gebruik van trusts: 'Whilst acknowledging their legitimate use in business and their long tradition in several jurisdictions, trusts like companies (…) can be misused.' Het risico voor misbruik neemt volgens het rapport toe naarmate sprake is van een gebrek aan transparantie. In het rapport worden verschillende factoren genoemd die het voor de autoriteiten en de betrokken entiteit kunnen bemoeilijken, dan wel onmogelijk kunnen maken om te achterhalen wie de begunstigde(n) en/of de settlor(s) van een trust zijn. Het gaat hierbij om factoren als 'trusts (that) can exist without any written record' of in geval dat 'A trust deed can exist which does not identify the settlor and/or the beneficiary' of in het geval dat 'some forms of trusts, such as the discretionary trust, can make it possible to name the beneficiary within a class of beneficiaries and distribute accordingly the assets held in trust.' In het laatstgenoemde geval kan de naam van de begunstigde steeds worden veranderd, waardoor zijn identiteit geheim kan blijven totdat het vermogen aan hem wordt overgedragen. Ook wordt in het rapport melding gemaakt van gevallen waarin de

---

het T.M.C. Asser Instituut: *Prevention of organised crime: The registration of legal persons and their directors and the international exchange of information – a comparitive legal study in the EU Member States on the possibilities for the improvement of the international exchange of information on legal persons with the purpose of (transnational) organised crime prevention*, T.M.C. Asser Instituut (in samenwerking met het Ministerie van Justitie van Nederland en Europol) 1 maart 2000, p. 10, evenals de studie *Transparency and Money Laundering – Study of the Regulation and its Implementation, in the EU Member States that Obstruct Anti-money Laundering Internaitonal Co-operation (Banking/Financial and Corporate/Company Regulative Fields)*, Europese Commissie 2001, zie met name Aanbeveling 1.

354 FATF, *t.a.p.* 2002, 54.

355 Idem, p. 62.

356 Idem, p. 65.

357 Idem, p. 68.

wetten van bepaalde jurisdicties 'have encouraged the development of so-called asset protection trusts which can protect the settlor from the freezing, seizure or confiscation of the assets, even though the settlor is able to keep control over their management.' De settlor houdt controle door het geven van instructies aan de trustee, dan wel door een protector aan te wijzen. Het resultaat is dat 'In some jurisdictions, the settlor can be made a beneficiary of the trust without anyone being able to find out.' Een volgende factor is dat 'decisions of the management of trusts may not be recorded and they may not be disclosed in writing to anyone.' Het gevolg is dat de handhavende autoriteiten geen toegang krijgen tot de managementbeslissingen betreffende de trust. Voorts kunnen trusts worden opgericht met als doel het beheer van aandelen in een company, waardoor het nog moeilijker wordt om te achterhalen wie de begunstigden zijn. De FATF zegt van deze 'cascade arrangements' dat 'These kind of arrangements often have the purpose of hiding the identity of the ultimate beneficiary(ies) or real owner of an asset.' Ook zogenaamde 'flee clauses' (zie nader 4.3.4.2.2 hiervoor) kunnen een probleem vormen bij het instellen van een 'anti-money laundering framework', aangezien hierdoor het vermogen van de trust tegen juridische procedures kan worden beschermd. Tot slot kan het gebruik van trusts er in sommige landen volgens de FATF worden aangewend om te ontkomen aan rechterlijke beslissingen om het vermogen van de trust te bevriezen, in beslag te nemen of te confisqueren.[358]

Een gezamenlijke aanpak van misbruik van companies en trusts
Ten aanzien van het tegengaan van misbruik van companies evenals dat van trusts wordt in het rapport een gezamenlijke aanpak voorgestaan: 'Trusts in common with other corporate vehicles can be misused for illicit purposes but their potential for such mischief can be better controlled through comprehensive and robust regulatory regimes.' Met betrekking tot de actiepunten ten aanzien van trusts stelt de FATF drie hoofddoelstellingen: 1. 'Enhancing the level of transparency of trusts (reducing their opacity and the number of opportunities they offer to money launderers)', 2. 'Enforcing the trustees obligations and regulating trust and company service providers', en tot slot 3. 'Ensuring access by entities and relevant authorities to the relevant and accurate information about settlors, trustees, protectors and beneficiaries'.[359] Teneinde deze hoofddoelstellingen te bereiken worden in het rapport twee groepen van mogelijke maatregelen besproken. Met name de 'eerste set' is hier van belang, aangezien daarin maatregelen worden besproken die in andere jurisdicties worden toegepast.[360] De eerste vijf maatregelen die hierin worden genoemd 'are illustrative of the controls that could apply to company and trust service providers' en zij moeten volgens de FATF in samenhang worden gelezen met de *'Options for coverage of trusts and company service providers'*[361], die deel uitmaken van het in navolgende subparagraaf (4.5.3.3) te behandelen onderdeel *'Trust and Company Service Providers'*.

Options for coverage of trusts and company service providers
In de eerste vijf aanbevolen maatregelen van de 'eerste set' zijn de hoofdlijnen van regulering en toezicht betreffende trustkantoren te herkennen. In de eerste plaats dient het verlenen van trustdiensten een vergunningplichtige activiteit te zijn: 'Jurisdictions could introduce meaningful and effective legislation for the regulation and supervision of those involved in the business of providing trust and company services.' Vergunningen zouden slechts mogen worden verleend aan trustkantoren die voldoen aan de 'fit and proper' criteria (in termen van integriteit, competentie en solvabiliteit). Het verlenen van trustdiensten zonder vergunning zou een strafbaar feit moeten zijn. In de tweede plaats dient de toezichthouder de bevoegdheid te hebben om sancties op te leggen en onaangekondigde 'on-site' inspectiebezoeken uit te kunnen voeren. Op deze wijze kan toezicht worden gehouden op de dienstverlening, het beleid en de procedures van het trustkantoor. Tijdens dit bezoek zouden volgens de FATF de cliëntdossiers moeten kunnen worden onderzocht: 'The inspection visit should also

358 Idem, p. 71-72.
359 Idem, p. 72-73.
360 De 'tweede set' betreft 'measures that (…) have not been as widely adopted, although some of the measures have been adopted in certain countries.' Zie nader: FATF, *t.a.p.* 2002, p. 74-76.
361 In het rapport wordt verwezen naar de 'specific options' in onderdeel 5.4, dit moet mijns inziens kennelijk onderdeel 5.3 zijn aangezien de FATF duidelijk verwijst naar 'trust and company service providers' (en niet naar 'lawyers and legal professionals').

include an examination of client files.' In de derde plaats dienen vergunninghoudende trustkantoren die aan de 'fit and proper' criteria voldoen op reguliere basis aan 'on side' inspectiebezoeken te worden onderworpen, om te bezien of het trustkantoor haar verplichtingen nakomt. De focus zou hierbij dienen te liggen op het voldoen aan de vereisten van customer due diligence (customer verification, keeping of records, training of staff, recognition and reporting of suspicious customers/transactions). De toezichthouder zou in dit kader de bevoegdheid moeten hebben alle bestanden en documenten in te zien: 'The regulator should be legally entitled to view all files and documents.' In de vierde plaats wordt vereist dat alle benodigde cliëntgerelateerde informatie – 'including the names of beneficial owners and controllers of companies and the trust deed with the names of the settlors, protectors, trustees and beneficiaries of trusts' – in de jurisdictie van het trustkantoor wordt aangehouden, zodat deze toegankelijk is voor toezichthouders, handhavers, de FIU, evenals voor het gebruik bij customer due diligence door derden. In de wetgeving en gedragscodes voor trustkantoren zouden specifieke voorzieningen moeten worden getroffen met betrekking tot de verplichtingen ten aanzien van onder andere cliëntidentificatie, 'letters of wishes', specificatie van het vermogen van de trust en documentatie van vermogensbeheer. Tot slot dienen alle trustkantoren de anti-witwaswetgeving te implementeren en melding te maken van ongebruikelijke transacties. Dit houdt volgens de FATF een verantwoordelijkheid voor het trustkantoor in om de identiteit van de oprichters en de begunstigers te kennen en toezicht te houden op de documentatie en de zaken van de trust. Trustkantoren 'should be responsible for knowing the identity of those who are the instigators and beneficiaries of a trust and for the ongoing monitoring and documentation of the affairs of a trust.[362]'

Bij de herziening van de *Forty Recommendations* benadrukt de FATF het internationale draagvlak voor het bewerkstelligen van transparantie ten aanzien tot trusts, waartoe bepaalde minimumstandaarden moeten worden toegepast die zien op het beschikbaar stellen van adequate, accurate en tijdelijke informatie met over beneficial ownership. Deze informatie dient beschikbaar te zijn voor toezichthoudende en handhavende autoriteiten en de FIU, evenals voor financiële instellingen en andere entiteiten teneinde aan hun customer due diligence verplichtingen te kunnen voldoen. Tot slot dient deze informatie te kunnen worden gedeeld met nationale en internationale toezicht- en handhavingautoriteiten. Om de gewenste transparantie in de praktijk te brengen wordt in het *Consultation Paper* aangesloten bij de drie besproken opties in het OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*, zie hierboven subparagraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht'.[363]

4.5.3.3 Het onderdeel 'Trust and Company Service Providers'

Het onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* van het *Consultation Paper* is, blijkens de MvT van de Wtt, direct van invloed geweest op enkele belangrijke keuzes die bij de vormgeving van deze wet zijn gemaakt. Zoals in de inleidende subparagraaf (4.5.1) reeds ter sprake is gekomen, gaat het hierbij in het bijzonder om de in beeld gebrachte diensten voor ondertoezichtstelling, waarbij de wetgever heeft aangesloten 'voor zover relevant voor de Nederlandse situatie' en om de (internationale) positionering van trusttoezicht in het overheidsbeleid.[364]

Door de FATF in beeld gebrachte diensten voor ondertoezichtstelling

De FATF heeft in eerdere rapportages geconstateerd dat companies en trusts 'are often used by money launderers and other criminals who wish to conceal their identity.'[365] Het voornaamste geconstateerde probleem hierbij is het gebrek aan transparantie met betrekking tot de uiteindelijk belanghebbenden

---

362 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 73.

363 Idem, p. 76 e.v.

364 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

365 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 92. De FATF noemt in dit verband haar *Report on Money Laundering Typologies 2000-2001*, waarin experts hebben geconcludeerd dat '(d)ispite of their legitimate use and very long tradition in many jurisdictions, trusts, along with various forms of corporate entities, are increasingly perceived as an important element of large-scale or complex money laundering schemes.' Zie: *Report on Money Laundering Typologies 2000-2001*, FATF 1 februari 2001, p. 27.

van deze companies en trusts. In het onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* brengt de FATF onder de aandacht dat de professionals die deze entiteiten opzetten en beheren, de 'trust and company service providers', evenzeer van belang zijn. Aangezien er verschillende beroepsbeoefenaren zijn (genoemd worden bijvoorbeeld advocaten, accountants en bankiers) die zich met deze dienstverlening bezighouden en er bovendien in verschillende jurisdicties een andere betekenis aan de gehanteerde termen als 'trust', 'trust company' of 'trust service provider' kan worden toegekend, worden in genoemd onderdeel door de FATF de diensten in beeld gebracht die door de lidstaten onder toezicht dienen te worden gebracht. Het gaat bij het tegengaan van witwassen volgens de FATF dan ook niet om 'the name of the business that provides the service', maar om 'the types of services it provides.' De navolgende diensten zijn in dit kader door de FATF aangewezen:

- acting as a company or partnership formation agent;
- acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company or a partner of a partnership;
- providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or for any other person;
- acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust;
- acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person.[366]

De diensten die in Nederland onder toezicht zijn gebracht, zijn reeds besproken in subparagrafen (1.2.2.4.1 – 1.2.2.4.5). Ter afsluiting wordt kort ingegaan op de vertaalslag die de Nederlandse wetgever (bij de totstandkoming van de Wtt) blijkens de MvT heeft gemaakt ten aanzien van bovenstaande diensten.

Positionering trusttoezicht in het overheidsbeleid
Het genoemde onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* is blijkens de MvT daarnaast van belang voor de positionering van het internationale (en nationale) overheidsbeleid. De noodzaak om actie te ondernemen ten aanzien van trustkantoren wordt door de FATF (in het genoemde onderdeel) onderbouwd met het draagvlak dat daarvoor bij andere internationale organen aanwezig zou zijn. Naast het hierboven besproken rapport van de OESO[367], noemt de FATF de Offshore Group of Banking Supervisors, die op dat moment bezig is met het opstellen van een 'statement of minimum standards and/or guidance for trust and company service providers'. Tot slot wijst de FATF op een bijeenkomst van de ministers van Justitie in Moskou, voorafgaand aan de G8 bijeenkomst, waarin de risico's in verband met 'gatekeepers' is onderschreven. In het officiële communiqué is opgenomen zij zijn overeengekomen om de anti-witwasregimes van de verschillende landen meer met elkaar in overeenstemming te brengen en dat zij zouden overwegen 'to (…) (put) certain responsibilities, as appropriate, on those professionals, such as lawyers, accountants, company formation agents, auditors, and other financial intermediaries who can either block or facilitate the entry of organized crime money into the financial system.'[368]

Tot slot worden in het onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* besproken welke internationale maatregelen er thans volgens de FATF ten aanzien van trustkantoren operationeel zijn. Het uitgangspunt is dat 'In most FATF members trust and company service providers are not dealt

---

366 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 92.

367 De FATF wijst in het bijzonder op twee passages in het OESO-rapport, te noemen: 'Corporate service providers regularly design structures to ensure that the beneficial owner remains anonymous, and often act as the intermediary between the client and the authorities in the jurisdiction of incorporation' en 'Trustees may also play a role in obscuring the identity of the beneficial owner'. Zie: OESO, *t.a.p.* 2001, p. 33.

368 Ministerial Conference of the G-8 Countries on Combating Transnational Organized Crime, Moskou 19-20 oktober 1999, p. 2.

with as a class of business that is subject to AML obligations.'[369] Daar staat echter tegenover dat in de op dat moment geldende 'tweede witwasrichtlijn' (Richtlijn 2001/97/EG)[370] 'notarissen en andere onafhankelijke beoefenaars van juridische beroepsgroepen' (zoals advocaten en accountants) op grond van artikel 2 bis lid 5 Richtlijn 2001/97/EG echter wel onder het regime van deze richtlijn vallen voor zover zij zich bezig houden met het 'bijstaan bij het voorbereiden of uitvoeren van transacties voor hun cliënt in verband met: (…) de oprichting, exploitatie of het beheer van trusts, vennootschappen of soortgelijke structuren'.

Het *Consultation Paper* staat een meer alomvattende aanpak voor, waarbij trustkantoren worden gezien als een deel van de financiële sector en derhalve op dezelfde manier aan regulering en toezicht zijn onderworpen als bij financiële dienstverleners (als 'investment business, banks, collective investment funds etc.') en dat aan hen dezelfde hoge standaarden van integriteit, competentie en financiële draagkracht worden opgelegd. De poortwachterfunctie die trustkantoren vervullen wordt als tweede belangrijke reden genoemd voor ondertoezichtstelling: 'Even where the service provider does not handle client funds directly, the service provider (…) often occupies a central and knowledgeable role with respect to a client's affairs – a factor of considerable importance in complex money laundering investigations.'[371] Een 'full regulatory system' is volgende de FATF (evenals volgens de OESO) bovendien noodzakelijk indien men voor de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden van trustkantoren afhankelijk is. In het onderdeel *'Trust and Company Service Providers'* worden in dit kader enkele *'Options for coverage of trust and company service providers'* aangedragen. Hierin worden twee opties genoemd met betrekking tot de dienstverleners of beroepsgroepen die onder het bereik van de anti-witwasbepalingen ('AML obligations') dienen te worden gebracht. In de eerste plaats de optie om 'All businesses or persons that, as a commercial undertaking, provide services to third parties relating to the creating, management, administration or operation of companies, trusts, foundation or other similar vehicles' onder dit regime te brengen en de tweede optie waarbij in afwijking van de eerste optie alleen AML verplichtingen van toepassing zijn in het geval dat het trustkantoor 'is involved in financial transactions with the client'.

Customer Identification and Record-keeping Rules
Met betrekking tot 'customer due diligence' wordt voorgesteld om trustkantoren aan de zelfde regels te onderwerpen als financiële instellingen. Dat betekent dat de Recommendation 10 en 11 van de (destijds geldende) Forty Recommendations (uit 1997) betreffende *'Customer Identification and Record-keeping Rules'* ook op trustkantoren van toepassing dienen te zijn, op waarvan financiële instellingen verplicht zijn de identiteit van cliënten te achterhalen en te verifiëren. Evenals de standaard in Recommendation 12, op basis waarvan financiële instellingen verplicht zijn de gegevens voor ten minste vijf jaar te bewaren.

Increased Diligence of Financial Institutions
Met betrekking tot het melden van verdachte transacties en verscherpt onderzoek ('suspicious transaction reporting ans increased diligence') wordt voorgesteld om trustkantoren onder het bereik van Recommendation 14 tot en met 19 te brengen, betreffende *'Increased Diligence of Financial Institutions'*. Op basis daarvan zijn financiële instellingen onder andere verplicht onderzoek te verrichten naar complexe, ongebruikelijk grote transacties, evenals transacties met een ongebruikelijk patroon, waarmee geen duidelijk economisch of wettelijk doel wordt gediend, en deze gegevens beschikbaar te stellen aan toezichthoudende en handhavende autoriteiten (Recommendation 14).

Anti-money laundering regulation and supervision
Voor wat betreft *'Anti-money laundering regulation and supervision'* worden drie mogelijke maatregelen genoemd, waarbij steeds verschillende opties worden beschreven om te verzekeren dat de

---

369 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 93.

370 Richtl n 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot w ziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, *Pb EU 2001*, L 344.

371 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 94.

vereisten in Recommendation 10 tot en met 21 en 26 tot en met 29 in acht worden genomen. In de eerste plaats worden twee opties genoemd met betrekking tot de middelen waarmee autoriteiten kunnen vaststellen of dienstverleners of beroepsgroepen bedrijfsmatig 'trust and company services' aanbieden, waarbij de eerste optie er kortweg op neerkomt dat (naast de bestaande wet- en regelgeving die bepaalde activiteiten al dan niet toestaat) een register van de aanbieders van deze diensten wordt bijgehouden, die verplicht zijn te melden dat zij deze diensten verrichten. De tweede optie houdt in dat wet- en regelgeving wordt opgesteld met betrekking tot het verlenen van de verschillende 'trust and company services', evenals de aanvraag van een vergunning voor die dienstverlening. Een tweede maatregel betreft de vereisten ter voorkoming dat criminelen in staat zijn trustkantoren te bezitten, besturen of te controleren, waartoe drie opties worden genoemd. De eerste optie is 'persons with criminal records' van deze business uit te sluiten. De tweede optie zou zijn dat de autoriteiten over een systeem beschikken dat hen bewust maakt of deze personen zich met deze dienstverlening bezig houden. Ten slotte is de derde optie dat 'fitness and properness check' kan worden uitgevoerd naar deze dienstverleners. De derde maatregel betreft het toezicht houden op compliance bij trustkantoren, waarbij als eerste optie wordt genoemd dat toezicht wordt gehouden door een Self Regulatory Organization (SRO) en als tweede optie dat toezicht wordt gehouden door een aangewezen bevoegde autoriteit (die deel uitmaakt van de overheid). Bij beide opties dient het toezichthoudende orgaan over de benodigde bevoegdheden te beschikken om te kunnen beoordelen of een trustkantoor aan zijn verplichtingen voldoet. Tot slot wordt als vierde maatregel in het kader van AML regulering en toezicht een 'sanctiesysteem' genoemd. Ingeval relevante verplichtingen niet worden nageleefd, moet sanctionerend kunnen worden opgetreden, waarbij uit oogpunt van consistentie aansluiting wordt gezocht bij de toepasselijke sancties bij financiële instellingen. Volgens de FATF moet hierbij zowel strafrechtelijk als administratief kunnen worden opgetreden: 'They could be criminal or administrative sanctions, or both.'

Full regulation and supervision
Afsluitend wordt ten aanzien van het systeem regulering en toezicht aanbevolen de scope te verbreden, opdat niet alleen het bestrijden van witwassen, maar ook 'issues relating to consumer/customer protection, prudential concerns, the integrity of the system as a whole (…)' hieronder worden gebracht, hetgeen zich vertaalt in plichten en verantwoordelijkheden aan directeuren en trustees gericht.[372]

4.5.3.4 Afsluitend: de vertaalslag in drie belangrijkste categorieën diensten voor Nederland en de positionering van het Nederlandse overheidsbeleid ten aanzien van trustkantoren

In de voorgaande subparagraaf zijn eerst de diensten behandeld die de FATF voor onder toezichtplaatsing in beeld heeft gebracht. Deze diensten zijn als gezegd niet zonder meer door de Nederlandse wetgever overgenomen. Er heeft een vertaalslag plaatsgevonden die inhoudt dat de wetgever, op basis van de door de FATF in beeld gebrachte diensten, drie categorieën heeft onderscheiden die voor de Nederlandse situatie 'relevant' zijn. Vervolgens heeft de wetgever op basis van deze drie categorieën vier diensten aangewezen die als 'kwalificerende' dienst in de Wtt zijn opgenomen. De belangrijkste (eerstgenoemde) categorie van onder toezicht te plaatsen diensten uit de diensten die nodig zijn voor 'het in stand houden en beheren van een doelvennootschap'. Deze categorie betreft twee diensten die (door opname in de Wtt) onder het bereik van het toezicht zijn gebracht, te noemen 'het zijn van bestuurder' van de doelvennootschap (artikel 1 onderdeel d onderdeel 1° Wtt, zie nader subparagraaf 1.2.2.4.1) en 'het beschikbaar stellen van een (post)adres' aan de doelvennootschap 'aangevuld met ondersteunende administratieve diensten' (artikel 1 onderdeel d onderdeel 2° Wtt, zie nader subparagraaf 1.2.2.4.2). De Nederlandse wetgever heeft hiermee twee van de hierboven door de FATF genoemde diensten binnen het bereik van de Wtt gebracht, te noemen: 'acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company or a partner of a partnership', respectievelijk: 'providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or for any

[372] FATF, *t.a.p.* 2002, p. 94-96.

other person', laatstgenoemde dienst evenwel niet op zelfstandige basis zoals door de FATF is voorgesteld. De tweede categorie betreft de diensten 'bij het opzetten van de concernstructuur of het aanbrengen van wijzigingen daarin'. De FATF heeft in bovenstaand overzicht ervoor gepleit om 'acting as a company or partnership formation agent' als dienst onder het bereik van het toezicht te brengen. De wetgever heeft hierbij blijkens de MvT de volgende vertaalslag gemaakt. Aangezien de destijds geldende eis – dat voor het oprichten van een vennootschap in Nederland een verklaring van geen bezwaar van de Minister van Justitie benodigd was, waarbij een antecedentenonderzoek plaatsvond[373] – kon worden omzeild door gebruik te maken van bestaande Nederlande rechtspersonen of bepaalde naar buitenlands recht opgerichte rechtspersonen, is ervoor gekozen om 'het verkopen van rechtspersonen' als dienst in de Wtt op te nemen (zie artikel 1 onderdeel d onderdeel 3° Wtt), terwijl deze dienst niet door de FATF (in bovenstaand overzicht) wordt genoemd. Het doel was derhalve om meer zicht op deze situatie te kunnen verkrijgen (zie nader subparagraaf 1.2.2.4.3). Tot slot wordt als derde categorie van onder toezicht te plaatsen diensten genoemd de diensten waarbij Nederlandse trustkantoren 'een rol (kunnen) spelen in (de) Angelsaksische rechtsfiguur (van) de trust'. Om deze reden is ervoor gekozen om 'het zijn van trustee' als dienst in de Wtt op te nemen (zie artikel 1 onderdeel d onderdeel 4° Wtt, zie nader subparagraaf 1.2.2.4.4). Hiermee heeft de wetgever aangesloten bij de door de FATF genoemde dienst 'acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust', waarbij de wetgever evenwel opmerkt dat deze rechtsfiguur in de Nederlandse praktijk nog relatief weinig zou lijken te worden gebruikt.[374] Niet als zodanig is opgenomen de door de FATF genoemde dienst van 'acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person', ten aanzien waarvan op grond van de MvT kennelijk moet worden opgemaakt dat de wetgever deze dienst niet relevant heeft gevonden voor de Nederlandse situatie.

In verband met de internationale positionering van het overheidsbeleid ten aanzien van trustkantoren wordt, op basis van genoemd onderdeel uit het *Consultation Paper*, door de wetgever onderschreven dat de gestapelde internationale structuren, waarbij de uiteindelijke gebruiker van de structuur, oftewel de uiteindelijk belanghebbende, de 'ultimate beneficial owner', anoniem kan blijven, een bedreiging vormen voor de integriteit van het financiële stelsel. Het gaat hierbij volgens de MvT vooral 'om structuren die lijken te eindigen in een jurisdictie waar informatie over de uiteindelijk belanghebbende in het geheel niet beschikbaar is of niet kan worden uitgewisseld met buitenlandse overheden'.[375] Met betrekking tot de invloed op het nationale beleid ten aanzien van trustkantoren wordt in de MvT meer in algemene zin verwoordt dat met de vormgeving van de Wtt 'rekening (is) gehouden met de stand van zaken van de discussie in de OESO (en de FATF) over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven'[376], zodat de vraag onbeantwoord blijft op welke wijze het *Consultation Paper* hierbij van invloed is geweest.

---

373 Sinds de inwerkingtreding van de Wet controle op rechtspersonen, voluit: Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van onder meer Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet documentatie vennootschappen in verband met het vervallen van de verklaring van geen bezwaar en het verbeteren en uitbreiden van de controle op rechtsperonen met het oog op de voorkoming en bestrijding van misbruik van rechtspersonen (*Stb.* 2010, 280), die gewijzigd is door de Fiscale verzamelwet 2010 (*Stb.* 2010, 871) en vervolgens inwerking is getreden op 1 juli 2011 (*Stb.* 2011, 194), is deze verklaring van geen bezwaar komen te vervallen. De nieuwe Wet controle op rechtspersonen beoogt een verbetering aan te brengen in het voorkomen en bestrijden van misbruik van rechtspersonen door invoering van een nieuw systeem van doorlopende controle op rechtspersonen, dat in de plaats is gekomen voor de (beperkte) toets van de verklaring van geen bezwaar. Zie in dit verband (onder andere): A.R. Hartmann en M.T. van der Wulp, 'Voldoende gedekt? Trustkantoren en de nieuwe Wet controle op rechtspersonen', in: *Jaarboek Compliance 2011*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2010, p. 283-294.

374 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 4.

375 Idem, p. 2.

376 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

4.6 De Offshore Group of Banking Supervisors

4.6.1 Ten geleide: van Offshore Group of Banking Supervisors tot Group of International Finance Centre Supervisors

Een ander belangrijk document, waarin internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren zijn opgenomen, is het *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice* van 6 september 2002 van de Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS). Hierin zijn best practices opgesteld met betrekking tot trustkantoren.

Oprichting van de OGBS
De oprichting van de OGBS dateert van oktober 1980 en heeft plaatsgevonden op instigatie van het Basel Committee on Banking Supervision. Eind jaren zeventig deed een aanzienlijke toename van 'international loan activity', waarbij leningen om belastingredenen via offshore centra werden geboekt, de noodzaak gevoelen tot een bijeenkomst van bankentoezichthouders, die hierbij zouden optreden als vertegenwoordigers van de offshore centra. De betrokken landen van het Basel Committee ('Basel Committee member countries') waren destijds bezorgd dat de banken waarvoor zij verantwoordelijk waren risico liepen, omdat werd gevreesd dat de dochterondernemingen of vestigingen van deze banken in de offshore centra, waar genoemde geldstromen doorheen vloeiden, onvoldoende aan toezicht waren onderworpen. De eerste bijeenkomst van de OGBS is gehouden in 1980 te Basel, waar vertegenwoordigers van offshore centra de leden van het Basel Committee tezamen zijn gekomen.[377] De OGBS opereert thans onder de naam Group of International Finance Centre Supervisors (GIFCS), aangezien deze naam volgens haar beter aansluit bij de scope van activiteiten die zij verricht.[378]

Sinds de oprichting van de OGBS heeft de Group nauw met het Basel Committee samengewerkt. In die tijd ontwikkelde zij zich tot 'a body which represented the interest of a number of the member jurisdictions on anti-money laundering and the regulation of trust and company service providers'.[379] Gezamenlijk hebben beide organen rapportages uitgebracht in de Working Group on Cross Border Banking, waarna de OGBS werd ondergebracht in de Basel Committee's International Liaison Group. De structuur van de OGBS is hierop door het Basel Committee gereviewd, hetgeen tot het ontstaan van de Group of International Finance Centre Supervisors (GIFCS) heeft geleid in maart 2011. De GIFCS is thans vertegenwoordigd in de AML/CFT Expert Group en participeert in de Cross-Border Banking Resolution Group van het Basel Committee, evenals de Basel Consultative Group, waarin ook jurisdicties deelnemen die niet lid zijn van het Committee. Leden zijn thans: Aruba, de Bahamas, Barbados, Bermuda, de British Virgin Islands, Cook Islands, Gibraltar, Guernsey, de Isle of Man, Jersey, Labuan, Macau (China), Mauritius, de (voormalige)[380] Nederlandse Antillen, Panama, Samoa en Vanuatu.

---

377 Zie onder andere www.oecd.org, onderdeel 'Background on the OGBS'.

378 Het doel van de GIFCS is thans: 'to enable members to identify and discuss issues of mutual interest, establish an identity of purpose and share knowledge and experiences; to participate with relevant international organisations in setting and promoting implementation of international standards for the supervision of financial services and for combating money laundering/terrorist financing; to encourage members to apply high standards of supervision based on internationally accepted principles; to promote a general raising of standards among member jurisdictions through a peer group approach and mutual independent evaluation; to agree and promote a positive, constructive and coordinated response to the approaches made by other supervisory authorities for assistance; to promote the adoption of the Group's Statement of Best Practice for trust and company service providers; to promote the adoption of the principles of the Group's paper on hedge fund regulation.'

379 Zie www.ogbs.net, onderdeel 'History'. Aan deze website is voor de beschrijving van de OGBS en de GIFCS overigens het nodige ontleend.

380 Sinds 10 oktober 2010 zijn de Nederlandse Antillen opgeheven. Curacao en Sint Maarten zijn sindsdien nieuwe landen binnen het Koninkrijk. Bonaire, Saba en Sint Eustatius zijn 'bijzondere' gemeenten van Nederland.

4.6.2 *De Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group*

De OGBS heeft met vertegenwoordigers van de FATF, de OESO en het IMF en Frankrijk, Italië, Nederland en het Verenigd Koninkrijk in 2002 een ad hoc werkgroep opgezet , te noemen de Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group. Deze Werkgroep heeft op 6 december 2002 haar bovengenoemde *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice* opgesteld. De werkgroep omvatte vertegenwoordigers van de Bahamas, Bermuda, de British Virgin Islands, de Cayman Islands, Cyprus, Gibraltar, Guernsey, de Isle of Man en Jersey. Bovendien waren als deelnemers uitgenodigd: Frankrijk, Italië, Nederland, het Verenigd Koninkrijk en de FATF, het IMF en de OESO.

De werkgroep is opgedragen:

> 'To produce a recommended statement of minimum standards/guidance for Trust and Company Service Providers; and to consider and make recommendations to the Offshore Group of Banking Supervisors for transmission to all relevant international organisations/authorities on how best to ensure that the recommended minimum standards/guidance are adopted as an international standard and implemented on a global basis.'

Standaarden van 'best practice'
De Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group heeft met deze *Statement of Best Practice* standaarden geformuleerd die specifiek ten aanzien van trustkantoren zijn opgesteld. In het hieraan voorafgaande rapport van het Basel Committee, getiteld *Customer Due Diligence for Banks* (gepubliceerd in oktober 2001), werd slechts zijdelings aandacht besteed aan (de risico's bij) het verlenen van trustdiensten, namelijk voor zover zij door bancaire organisaties werden verricht[381]: 'Trust, nominee and fiduciary accounts can be used to circumvent customer identification procedures. While it may be legitimate under certain circumstances to provide an extra layer of security to protect the confidentiality of legitimate banking customers, it is essential that the true relationship is understood. Banks should establish whether the customer is taking the name of another customer, acting as a "front", or acting on behalf of another person as trustee, nominee or other intermediary. (…) Specifically, the identification of a trust should include the trustees, settlors/grantors and beneficiaries.'[382]
De werkgroep heeft nadrukkelijk gekozen voor een standaard van 'best practice' en niet voor 'minimumstandaarden': 'The Working Group decided that a statement of best practice should be prepared rather than a statement of minimum Standards.'[383] Hieraan ligt ten grondslag dat de werkgroep constateerde dat trustkantoren destijds in veel jurisdicties niet gereguleerd waren en buiten de anti-witwaswetgeving vielen. Het doel van deze standaarden van 'best practice' is dat zij door internationale organisaties als het IMF zouden worden gebruikt bij de beoordeling van individuele jurisdicties met betrekking tot hun financiële regulering en anti-witwas maatregelen. In dit verband moet worden opgemerkt dat deze standaarden weliswaar worden genoemd in het voortgangsrapport van het IMF, in het kader van het in dit hoofdstuk besproken *Offshore Financial Center Assessment Program*, maar dat in dit voortgangsrapport eveneens wordt geconstateerd dat 'there is substantial overlap with the practices and regulations already assessed under the FATF standard.'[384]

---

381 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 23. Hier wordt bovendien gewezen op de toelichting van 8 mei 2003 van de Nederlandse Vereniging van Banken op het rapport.

382 *Customer due diligence for banks*, Basel Committee on Banking Supervision oktober 2001, p. 8.

383 *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice*, Offshore Group of Banking Supervisors 6 september 2002, p. 1. Zie anders: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 23: waar wordt betoogd dat 'Genoemde 'Statement of Best Practice' van de Trust and Company Service Providers Working Group is opgesteld als een *minimum* standaard voor trustkantoren' (mijn cursivering, vdW).

384 *Offshore Financial Center Program – A Progress Report*, Monetary and Exchange Affairs and Statistics Departments – IMF, 14 maart 2003, p. 16 e.v.

Het *Statement of Best Practice* van de Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group wordt in navolgende subparagraaf inhoudelijk behandeld. De werkgroep publiceerde in december 2004 haar tweede rapport, getiteld *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers*, dat de informatiewisseling en toezicht met betrekking tot trustkantoren behandelt. Dit rapport is na de inwerkingtreding van de Wtt (op 1 maart 2004) tot stand gekomen en wordt derhalve besproken als onderdeel van paragraaf 4.7 'De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht na de inwerkingtreding van de Wtt', namelijk in subparagraaf 4.7.3 'Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers'.

4.6.3 Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice

Het *Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice* is bedoeld om te voorzien in het destijds in een aantal landen bestaande hiaat, waarbij trustkantoren niet waren onderworpen aan standaarden van internationale lichamen als het Basel Committee of IOSCO. Het Statement is derhalve slechts bedoeld om te voorzien in gevallen waarin deze standaarden voor trustkantoren geheel afwezig zijn, dan wel ter aanvulling van aanwezige standaarden: 'However, in those cases where such standards do apply nothing in this statement of best practice alters the existing obligations to comply with the standards.' Niet beoogd is om eventuele bestaande standaarden te wijzigen.

Het belang van regulering van de trustsector

Ter onderbouwing van het belang van regulering van de trustsector worden het hierboven besproken *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* (van de Working Group on Offshore Financial Centres van het FSF) en het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* genoemd. Het *Statement of Best Practice* beoogt op deze rapporten voort te bouwen en behandelt de standaarden ten aanzien van trustkantoren[385] in drie secties, te noemen: *'Section A'*, betreffende 'the requirements for Service Providers responsible for handling and managing client funds' (verplichtingen voor trustkantoren bij vermogensbeheer), *'Section B'*, waarin 'some broader structural issues' worden behandeld, en ten slotte *'Section C'*, waarin wordt voorzien in 'the possible need for a lighter touch where a Service Provider does not handle client funds' (een lichter regime voor trustkantoren buiten vermogensbeheer om).

Service Providers responsible for handling and managing client funds

In *'Section A'* worden ten aanzien van trustkantoren die zich met vermogensbeheer bezighouden enkele verplichtingen opgenomen. In de eerste plaats dienen de dienstverleners op 'key positions' bewijs te overleggen dat zij zakelijk, professioneel of persoonlijk gezien geen relevante 'adverse geschiedenis' hebben. Daarbij kan bijvoorbeeld in overweging worden genomen of er sprake is van civiele boetes, strafrechtelijke veroordelingen of een faillietverklaring, maar ook worden genoemd professionele of administratieve reprimandes, administratieve aanwijzingen (en 'public statements'), 'disciplinary findings' en 'adverse personal credit rating'. Daarnaast dienen zij over een relevant en een passend niveau van competentie en capabiliteit te beschikken, ter beoordeling waarvan professionele en andere relevante kwalificaties en relevante kennis en/of andere ervaring een rol kunnen spelen. In de tweede plaats wordt van de dienstverleners geëist dat zij kunnen aantonen dat hun dienstverlening plaatsvindt (of zal plaatsvinden) in overeenstemming met de in het Statement of Best Practice genoemde vereisten ten aanzien van 'Corporate Governance'[386], 'Customer Due

---

385 In het rapport wordt aangesloten bij de definitie van trustkantoren zoals opgenomen in het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*, met dien verstande dat nog een zesde vorm van dienstverlening aan de vijf door de FATF voor toezicht in beeld gebrachte diensten wordt toegevoegd, te noemen 'arranging the stablishment of, or providing services in relation to, any legal entities not covered by the foregoing (e.g. a foundation or anstalt).'

386 Trustkantoren dienen aan te kunnen tonen dat 'they are in (i) compliance with recognised general standards of corporate governance in respect of both the business itself and each company, partnership, trust and other legal entity ("the client(s)"); (ii) compliance with national regulations with respect to money laundering and the financing of terrorism; (iii) compliance with all relevant and applicable

Diligence'[387], 'Conduct of Client Business'[388], financiële gezondheid[389] en ten aanzien van de bedrijfsvoering[390] ('system and controls').[391] Tot slot worden in de derde plaats, met betrekking tot de

---

financial regulatory standards; (iv) compliance with all relevant and applicable domestic statutory requirements/obligations (e.g. companies law); (v) compliance with recognised standards in respect of directors/trustees responsibilities.'

387 Trustkantoren dienen aan te kunnen tonen dat 'they are engaged in (vi) effective customer due diligence - to satisfy the standards set out in the Basel Committee's Customer Due Diligence Paper, published in October, 2001, to the extent that the recommendations in that paper are relevant to non-banks. This should include proper procedures for customer identification; verification of identity of customer; risk profiling of customers (e.g. politically exposed persons); establishing the source of wealth; establishing the source of funds; ongoing monitoring of a customer's activities; adequate documentation to meet KYC requirements.' Hierbij moet specifieke aandacht worden besteed aan informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende van de rechtspersonen of andere juridische entiteiten en de settlor, protector en de beneficiaries van de trusts. Deze dienen bij het trustkantoor bekend te zijn en gedocumenteerd te worden.

388 Trustkantoren dienen aan te kunnen tonen dat 'client business is being properly conducted through (vii) identification and segregation of clients' assets and liabilities from the assets and liabilities of the Service Provider; (viii) effective handling of clients' assets covering safe custody of assets (and) proper management of assets; (ix) maintaining adequate and orderly accounting records of clients' affairs; (x) maintaining adequate client documentation (e.g. trust deeds); (xi) ensuring that all transactions/decisions entered into, taken by or on behalf of clients are appropriately authorised/handled by persons with an appropriate level of knowledge, experience and status properly to effect such transactions or make the proper decisions according to the nature and status of the transactions/decisions involved (for example where discretion is exercised for or in relation to clients, all reasonable steps should be taken to obtain sufficient information in order to exercise that discretion or other powers in a proper manner and such discretion should only be exercised for a proper purpose; any actual or perceived conflict of interest should be avoided or appropriately disclosed; and where conflicts arise and cannot be resolved by disclosure and, internal rules of confidentiality, or rules on when or when not to act, the Service Provider should withdraw its services in an orderly manner; all business (including the establishing, transferring or closing of business relationships with its customers) should be transacted in an expeditious manner); (xii) ensuring that, where appropriate, there is a full understanding of the duties arising under the laws relevant to the administration and affairs of clients for which they are acting in the jurisdictions in which they are carrying on business and in which the assets being handled/managed are held.'

389 Trustkantoren dienen hun financiële gezondheid te kunnen aantonen door '(xiii) maintaining adequate and orderly accounting records of the business of the Service Provider itself (and) the affairs of the clients; (xiv) maintaining adequate financial resources (including paid up capital and/or liquid capital) to enable the business to continue as a going concern and for the affairs of each client to be managed properly for an appropriate period in the event of a trading difficulty being experienced; (xv) providing evidence of compliance with any relevant financial regulatory standards; (xvi) providing evidence of compliance with international accounting standards; (xvii) maintaining adequate professional indemnity insurance cover.'

390 Trustkantoren dienen aan te kunnen tonen dat 'the following systems, procedures and controls are adequately addressed: (xviii) effective compliance functions – where appropriate a skilled and experienced person should be designated as a compliance officer; (xix) effective reporting procedures and effective systems to submit timely and accurate information to the appropriate authorities – where appropriate a skilled and experienced person should be designated as a money laundering reporting officer; (xx) an effective complaints handling system including maintaining a record of complaints and the actions taken to resolve them; (xxi) maintaining at an appropriate location in the jurisdiction adequate, orderly and up to date records of all business transactions of the Service Provider and instructions received from clients,, including – the accounting records of the business; the accounting records of each client; records of the internal organisation and risk management systems; client documentation (e.g. client requirements, customer due diligence requirements); (and)document retention policies appropriate to the business of the provider and in compliance with relevant legal obligations; (xxii) maintaining a manual of appropriate policies and procedures for the operation of the Service Provider's business and the provision of services to each client; including business acceptance procedures, and documented systems and procedures intended to safeguard the business and the clients' and their assets and ensure that all authorised and proper transactions are undertaken; (xxiii) maintaining an adequate span of control with a sufficient number of appropriately skilled and

informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende ('the ultimate beneficial owner and/or controllers of companies, partnerships and other legal entities') en met betrekking tot de trustees, settlor, protector/beneficiaries van trusts, vereisten gesteld met betrekking tot het houden, evenals het toegang hebben daartoe en het delen van deze informatie.[392] Zo dient deze informatie bij het trustkantoor bekend te zijn en correct geregistreerd te worden (i), en dient iedere verandering in 'client control/ownership' onmiddellijk te worden gecontroleerd (ii). Als voorbeeld wordt in het bijzonder gewezen op de situatie waarin een trustkantoor een plankvennootschap administreert of sprake is van aandelen aan toonder of 'nominee share holdings'. Voorts is vereist dat er een adequaat, effectief en geschikt mechanisme is ingevoerd om deze informatie beschikbaar te maken voor alle relevante autoriteiten[393] (iii), waarbij de geen belemmeringen mogen zijn 'to the appropriate flow of information to the (relevant) authorities', genoemd onder iii (iv). Informatie met betrekking tot 'Know Your Customer'-verplichtingen en de transacties van cliënten dienen te worden aangehouden in de jurisdictie waarin het trustkantoor is gevestigd (v). Tot slot mogen er geen juridische of administratieve belemmeringen zijn ten aanzien van de informatiestroom, op basis waarvan kan worden gecontroleerd of de 'customer due diligence' vereisten van het (hierboven genoemde) paper *Customer due diligence for banks* worden nageleefd: 'there should be no legal or administrative barrier to the flow of information/documentation necessary for the recipient of business from a Service Provider who is an acceptabele introducer to satisfy itself that adequate customer due diligence has been undertaken in accordance with the arrangements set out in the Basel Customer Due Diligence Paper' (vi).[394]

Some broader structural issues
In *'Section B'* worden ten aanzien van alle landen en jurisdicties 'best practices' genoemd ten aanzien van voorzieningen in verband met de trustsector die een breder bereik hebben. Zo dienen de belangen van cliënten op adequate wijze te worden gewaarborgd indien een trustkantoor om wat voor reden dan ook niet langer in staat is haar bedrijf te voeren (i). Voorts dienen externe accountants met relevante ervaring, passende kwalificaties en track records te worden aangewezen om een full audit van het trustkantoor uit te kunnen voeren in overeenkomst met de internationale standaarden (ii), waarbij zij de statutaire bevoegdheden dienen te hebben om onder andere wettelijke overtredingen ('any breaches of relevant legislation or other material concerns') te melden bij de bevoegde autoriteiten. Er dienen adequate voorzieningen te zijn teneinde alle trustkantoren op reguliere basis aan een onafhankelijke beoordeling te onderwerpen om te beoordelen of zij 'compliant' zijn met het *Statement of Best Practice*, waarbij actie kan worden ondernomen in geval van 'non-compliance' (iv). Tot slot wordt (in verband met de in *'Section A'* ten tweede genoemde verplichtingen in verband met 'customer due diligence') geëist dat trustkantoren onder de nationale anti-witwaswetgeving vallen.[395]

Conclusions and the possible need for a lighter touch
'Section C' bevat de conclusies van het *Statement*, evenals de best practices ten aanzien van trustkantoren die, op basis van in dit onderdeel nader aangegeven criteria, onder een 'lichter regime' vallen. In het onderdeel wordt geconcludeerd dat van trustkantoren in alle landen/jurisdicties moet worden verwacht dat zij aan het *Statement of Best Practice* voldoen, waarbij een uitzonderingspositie is gecreëerd voor trustkantoren met 'lower risk' dienstverlening: 'However it is recognised that where the Service Provider is not responsible for handling/managing funds/assets and carries on business

---

experienced persons able to exercise independent judgement in relation to the running of the Service Provider's business; (xxiv) ensuring that those engaged in the business have appropriate relevant experience and qualifications; (Note: exceptions to xxiii, xxiv may apply in respect of sole practitioners where, for example, an individual trustee function is controlled by the Court); (xxv) ensuring that continuous professional development requirements are satisfactorily met; (xxvi) maintaining effective procedures to ensure that no false or misleading information is provided (including advertisements).'

391 Offshore Group of Banking Supervisors, *t.a.p.* 2002 p. 4 e.v.

392 Idem, p. 10 e.v.

393 Met 'relevante autoriteiten' worden bedoeld de handhavende autoriteiten, toezichthoudende lichamen en FIU's.

394 Offshore Group of Banking Supervisors, *t.a.p.* 2002, p. 4-11.

395 Idem, p. 10-12.

which might be perceived as lower risk, a lighter touch may be applied, according to the nature and scope of the business activity.' Voorbeelden van 'lower risk' dienstverlening zijn: het oprichten van rechtspersonen of andere juridische entiteiten ('formation of companies, partnerships, and other legal entities'), het verschaffen van een statutaire zetel of business adres ('providing a registered office or business for a company or partnership') en ten slotte het formeren of administreren van lokale trading companies, zolang het trustkantoor hierbij niet optreedt als directeur of secretaris, trustee of nominee shareholder. Indien sprake is van 'lower risk' dienstverlening, dan kan de zogenaamde 'lighter touch' volgens *'Section C'* bestaan met betrekking tot: de 'span of control' met betrekking tot het aantal werkzame personen dat zich met de dienstverlening bezighoudt, het niveau van de kwalificaties of ervaring van de personen die zich met de dienstverlening bezighouden, de vereisten met betrekking tot het kapitaal of de beroepsaansprakelijkheidsverzekering en ten slotte de audit vereisten.[396]

4.6.4 Uitleiding

Het belang van het *Statement of Best Practice* is in de eerste plaats gelegen in de destijds geconstateerde afwezigheid van wettelijke regulering van trustkantoren in een groot aantal landen.[397] Een belangrijk onderdeel van het *Statement* is het onderzoek door het trustkantoor naar haar cliënten. Het trustkantoor dient kennis te hebben van de uiteindelijk belanghebbende (de 'ultimate beneficial owner') van companies, partnerships en andere juridische entiteiten, evenals met betrekking tot de trustees, settlor, protector/beneficiaries van trusts, waartoe hierboven de vereisten zijn besproken. Daarnaast dienen trustkantoren onderzoek te doen naar de herkomst van het vermogen van de cliënt en naar haar activiteiten. Zoals hierboven ten aanzien van de vereisten van 'customer due diligence' is besproken, dienen trustkantoren hierbij aan te kunnen tonen dat zij aan de standaarden van het paper *Customer due diligence for banks* van het Basel Committee voldoen: 'This should include proper procedures for customer identification; verification of identity of customer; risk profiling of customers (e.g. politically exposed persons); establishing the source of wealth; establishing the source of funds; ongoing monitoring of a customer's activities; adequate documentation to meet KYC requirements.'[398] Ten aanzien van deze elementen, te noemen 'het kennis hebben van de uiteindelijk belanghebbende van de door het trustkantoor beheerde entiteiten' en het 'doen van onderzoek naar de herkomst van gelden van cliënten', onderkennen Van Gorkum en De Carpentier dat deze terugkomen in de Wtt.[399] In de MvT van de Wtt is het *Statement of Best Practice* echter niet als zodanig genoemd.

4.7 De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht na de inwerkingtreding van de Wtt

4.7.1 Ten geleide

In voorgaande paragrafen is de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld, die in Nederland uiteindelijk tot de regulering en ondertoezichtstelling van de trustsector hebben geleid. Aangezien ten tijde van de totstandkoming van de Wtt geen Europese regelgeving op dit terrein voorhanden was, hebben met name het rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* van de OESO en het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* als belangrijke handvatten gediend bij de totstandkoming van deze wet. In de MvT staat als gezegd vermeld dat bij de vormgeving van de Wtt 'rekening (is) gehouden met de stand van zaken in de discussie in de OESO en de FATF over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven', hierbij wordt in de MvT

396 Idem, p. 12-13
397 Idem, p. 1.
398 Idem, p. 5.
399 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 23.

bovendien aangekondigd dat 'Zowel gedurende het wetgevingstraject als daarna de internationale ontwikkelingen (zullen) worden gevolgd op dit terrein.'[400]

Aan laatstgenoemde ontwikkelingen is onderhavige paragraaf gewijd. In navolgende subparagrafen wordt de ontwikkeling van de internationale standaarden behandeld die zich *na* de inwerkingtreding van de Wtt (op 1 maart 2004) heeft voltrokken. Hiertoe worden in chronologische volgorde de relevante internationale documenten behandeld, te noemen de (tot in oktober 2004 geamendeerde) Recommendations van het 'FATF-framework', bestaande de in de *FATF 40 Recommendations* en de *FATF IX Special Recommendations*, het paper *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers* van de OGBS Trust and Company Service Providers' Working Group (december 2004), de 'derde witwasrichtlijn' (oktober 2005), de *RBA Guidance for Trust and Company Service Providers* van de FATF en tot slot het *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*[401], waarin de FATF de effectiviteit van de implementatie van haar aanbevelingen ten aanzien van de bestrijding van witwassen en de financiering van terrorisme in Nederland heeft geëvalueerd. Tezamen vormen deze het 'internationale kader' waaraan de bestaande Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren thans moet worden getoetst. Waar nodig wordt in onderhavige paragraaf op relevante Nederlandse wet- en regelgeving ingegaan (evenals de onvolkomenheden daarin), die in hoofdstuk 5 wordt uitgediept.

4.7.2 Het 'FATF-framework'

4.7.2.1 Inleiding

In paragraaf 4.5 is het 'FATF-framework' reeds enkele malen ter sprake gekomen. Thans verschaffen de *40 Recommendations* van 20 juni 2003 (met amendementen tot oktober 2004) en de *IX Special Recommendations on Terrorist Financing* van 22 oktober 2004 (met amendementen tot februari 2008) tezamen met de *Interpretative Notes* die bij de aanbevelingen zijn opgesteld, in de woorden van de FATF 'an enhanced, comprehensive and consistent set of measures to prevent and take action against money laundering and the financing of terrorism'[402], dat door het IMF en de World Bank is onderschreven en als het 'FATF-framework' wordt aangeduid.

Deze aanbevelingen zijn een 'minimum standaard' die door landen dient te worden geïmplementeerd. Hiermee heeft de FATF tegemoet willen komen aan de onderlinge verschillen in financiële en rechtssystemen, waardoor het treffen van identieke maatregelen wordt bemoeilijkt. De aanbevelingen waarin deze 'minimum standaard' is vastgelegd 'cover all the measures that national systems should have in place within their criminal justice and regulatory systems; the preventive measures to be taken by financial institutions and certain other businesses and professions; and international cooperation.'[403] Ook ten aanzien van trustkantoren zijn 'minimum standaarden' opgenomen. In de navolgende subparagrafen, te noemen subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations', repsectievelijk 4.7.2.3 'FATF IX Special Recommendations', worden aanbevelingen die specifiek op hen van toepassing zijn behandeld.

4.7.2.2 FATF 40 Recommendations

De *40 Recommendations* zijn opgesteld in vier onderdelen, te noemen onderdeel A. *'Legal Systems'*, onderdeel B. *'Measures to be taken by Financial Institutions and Non-Financial Businesses and Professions to prevent Money Laundering and Terrorist Financing'*, onderdeel C. *'Institutional and*

---

400 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

401 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

402 *FATF 40 Recommendations*, FATF oktober 2003 (incorporating all subsequent amendments until October 2004), p. 2. 'Introduction'.

403 Idem.

other measures necessary in systems for Combating Money Laundering and Terrorist Financing' en tot slot onderdeel D. *'International Co-operation'*. In onderdeel B en C zijn aanbevelingen opgenomen die naast financiële instellingen ook op trustkantoren van toepassing zijn.

Onderdeel B. 'Measures to be taken by Financial Institutions and Non-Financial Businesses and Professions to prevent Money Laundering and Terrorist Financing'

In onderdeel B zijn als gezegd de maatregelen opgenomen die zowel financiële instellingen als 'non-financial businesses and professions' in het kader van AML en CFT dienen te nemen. Enkele onderdelen uit dit hoofdstuk bevatten aanbevelingen die van toepassing zijn op trustkantoren.

Subonderdeel 'Customer due diligence and record-keeping' (Recommendation 12)
Op basis van Recommendation 12 aanhef en onder e zijn Recommendations 5, 6 en 8 tot en met 11, over 'customer due diligence' en 'record-keeping requirements' van onderdeel B, op trustkantoren van toepassing, indien zij daartoe (in het rapport) aangewezen diensten voor hun cliënt voorbereiden of verrichten.[404] Het gaat hierbij om dezelfde diensten als die de FATF in beeld heeft gebracht om onder het toezicht te brengen en die zij daartoe heeft beschreven in het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*.[405] In aansluiting hierop zijn in artikel 3 lid 7 van de 'derde witwasrichtlijn' [406] deze diensten opgenomen in de definitie van 'aanbieder van trust- en bedrijfsdiensten', waarvan een officiële Nederlandse vertaling beschikbaar is (zie nader hieronder subparagraaf 4.7.4.2 'Onderwerp, toepassingsgebied en definities').

Recommendation 5
Overeenkomstig financiële instellingen dienen trustkantoren, bij het voorbereiden of verrichten van bovengenoemde diensten, te voldoen aan de navolgende 'customer due diligence' (CDD) maatregelen, die in Recommendation 5 worden genoemd:

a. Identifying the customer and verifying that customer's identity using reliable, independent source documents, data of information.
b. Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner such that the financial institution is satisfied that it knows who the beneficial owner is. For legal persons and arrangements this should include financial institutions (evenals 'trust and company service providers', vdW) taking reasonable measures to understand the ownership and control structure of the customer.
c) Obtaining information on the purpose and intended nature of the business relationship.
d) Conducting ongoing due diligence on the business relationship and scrutiny of transactions undertaken throughout the course of that relationship to ensure that the transactions being conducted are consistent with the institution's knowledge of the customer, their business and risk profile, including, where necessary, the source of funds.

404 Aanbeveling 12, aanhef en onder e.
405 Zij komen ook bijna woordelijk overeen. Alleen de eerstgenoemde dienst is anders weergegeven: 'acting as a formation agent of legal persons (in het *Consultation Paper* staat: 'acting as a company or partnership formation agent'); acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company, a partner of a partnership, or a similar position in relation to other legal persons; providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or any other legal person or arrangement; acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust; acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person.'
406 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 309/15).

Bovenstaande CDD-maatregelen dienen door trustkantoren (evenals financiële instellingen) te worden toegepast, waarbij de mate waarin aan deze maatregelen uitvoering wordt gegeven 'risicogeoriënteerd', oftewel 'risk based' mag zijn, namelijk: 'on a risk sensitive basis depending on the type of customer, business or relationship or transaction.' De Nederlandse wetgever spreekt in dit verband van een 'risicogeoriënteerde benadering': instellingen maken zelf een inschatting van de risico's die bepaalde cliënten of producten met zich meebrengen, waarbij deze benadering voor instellingen de mogelijkheid schept hun inspanningen aan te passen aan deze risico's.[407] Voorts dient, indien sprake is van een hogere risico categorie, een uitgebreidere customer due diligence plaats te vinden. De FATF spreekt van een 'enhanced due diligence', de Nederlandse wetgever van een 'verscherpt cliëntonderzoek'.

Recommendation 5 heeft een uitgebreide *'Interpretative Note'* waarin de 'minimum standaard' van deze aanbeveling is uitgewerkt. Zo is in het eerstgenoemde subonderdeel *'Customer due diligence and tipping off'* van deze *Note* bepaald dat indien bij het aangaan of gedurende de cliëntrelatie, dan wel bij het uitvoeren van (incidentele) transacties, het vermoeden ontstaat dat de transacties verband houden met witwassen of terrorismefinanciering, het trustkantoor (net als de financiële instelling) verplicht is: 'a. Normally seek to identify and verify the identity of the customer and the beneficial owner, whether permanent or occasional, and irrespective of any exemption or any designated threshold that might otherwise apply' en 'b. Make a STR (Suspicious Transaction Report, vdW) to the FIU in accordance with Recommendation 13' (zie nader Recommendation 13, in het subonderdeel *Reporting of suspicious transactions and compliance* hieronder). Bovendien wordt in dit subonderdeel toegelicht dat Recommendation 14 het in dit kader verbiedt om het melden van een STR of gerelateerde informatie openbaar te maken (zie nader hieronder over Recommendation 14, in laatstgenoemd onderdeel). Dit wordt ook wel het 'tipping off'-verbod genoemd; de instelling die een melding heeft gedaan of gerelateerde informatie heeft verstrekt is verplicht tot geheimhouding daarvan.
In het subonderdeel *'CDD for legal persons and arrangements'* worden ten aanzien van de onder a. en b. genoemde vereisten in van de CDD-produre betreffende identificatie van de cliënt, respectievelijk de uiteindelijk belanghebbende aanvullende vereisten gesteld, indien sprake is van rechtspersonen of trusts ('express trusts' of daarop gelijkende regelingen), met betrekking tot de identificatie van (degene die namens) de cliënt (optreedt) en/of de uiteindelijk belanghebbende(n).[408]
Het subonderdeel *'Reliance on identification and verification already performed'* bepaalt dat trustkantoren (net als financiële instellingen) op basis van de CDD-bepalingen van Recommendation 5 niet verplicht zijn herhaaldelijk de cliënt te identificeren en zijn identiteit te verifiëren. Tenzij er twijfels bestaan over de waarheidsgetrouwheid van de informatie[409], is het trustkantoor bevoegd te vertrouwen op de identificatie- en verificatie-inspanningen die hij reeds heeft verricht.
In het subonderdeel *'Timing of verification'* worden voorbeelden gegeven van typen omstandigheden waarin het, vanuit het belang 'not to interrupt the normal conduct of business', is toegestaan om de verificatie te voltooien *nadat* de cliëntrelatie tot stand is gekomen. Genoemd zijn achtereenvolgens

---

407 Zie onder andere: *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 237, nr. 3, p. 3.

408 De navolgende aanvullende eisen worden gesteld: 'a) Verify that any person purporting to act on behalf of the customer is so authorised, and identify that person; b) Identify the customer and verify its identity - the types of measures that would be normally needed to satisfactorily perform this function would require obtaining proof of incorporation or similar evidence of the legal status of the legal person or arrangement, as well as information concerning the customer's name, the name of trustees, legal form, address, directors, and provisions regulating te power to bind the legal person or arrangement; c. Identify the beneficial owners, including forming an understanding of the ownership and control structure, and take reasonable measures to verify the identity of such persons. The types of measures that would be normally needed to satisfactorily perform this function would require identifying the natural persons with a controlling interest and identifying the natural persons who comprise the mind and management of the legal person or arrangement. Where the customer or the owner of the controlling interest is a public company that is subject to regulatory disclosure requirements, it is not necessary to seek to identify and verify the identity of any shareholder of that company.'

409 Als voorbeelden van situaties die tot twijfel kunnen leiden worden genoemd een verdenking van witwassen in relatie tot de cliënt of een wezenlijke verandering in het gebruik van de rekening van de cliënt die niet consistent is met het profiel van de cliënt.

‘non face-to-face business’, ‘securities transacties’ en levensverzekeringen. Aan financiële instellingen (en vanwege de overeenkomstige toepassing derhalve ook aan trustkantoren) wordt opgedragen risk management procedures in te stellen met betrekking tot het aangaan van een cliëntrelatie waarbij de verificatie van de gegevens achteraf plaatsvindt: ‘These procedures should include a set of measures such as a limitation of the number, types and/or transactions that can be performed and the monitoring of large or complex transactions being carried out outside of expected norms for that type of relationship.’ Voor de invulling van risk management procedures wordt verwezen naar het *Customer Due Diligence for Banks* van het Basel Committee.[410]
Ook in het subonderdeel *‘Requirement to identify existing customers’* wordt voor de identificatie van bestaande cliënten naar de vastgelegde principes in het CDD-paper van het Basel Committee verwezen. Deze kunnen volgens de FATF als uitgangspunt dienen bij de invulling van een customer due diligence.
In het subonderdeel *‘Simplified or reduced CDD measures’* wordt het vereenvoudigde cliëntenonderzoek uitgewerkt. Als uitgangspunt geldt echter dat cliënten onderworpen dienen te worden aan een volledig CDD-onderzoek, waarbij de uiteindelijk belanghebbende geïdentificeerd dient te worden. Er zijn echter omstandigheden denkbaar[411] waarin het redelijk wordt geacht dat een land aan haar financiële instellingen (en ook trustkantoren) kan toestaan om een vereenvoudigd (‘simplified or reduced’) cliëntenonderzoek te verrichten bij het identificeren en verifiëren van de identiteit van de cliënt en de uiteindelijk belanghebbende. Bijvoorbeeld in het geval de uiteindelijk belanghebbende afkomstig is van een (andere) ‘non-financial business or profession’, mits deze aan AML en CTF vereisten onderworpen is die consistent zijn met de FATF aanbevelingen en deze effectief onder toezicht op de naleving van deze verplichtingen onderworpen is. Voorts worden in het onderdeel enkele voorbeelden van typen producten en transacties gegeven, die gezien hun aard slechts beperkt van belang zijn voor de dienstverlening van trustkantoren.[412]

Recommendation 6
Recommendation 6 verplicht om met betrekking tot Politiek Prominente Personen (Politically Exposed Persons, ook in Nederland kortweg aangeduid als ‘PEPs’)[413], in aanvulling op de normale (bovengenoemde) CDD-procedure, aanvullende maatregelen te treffen, te noemen: a. het hebben van passende risico management systemen om te bepalen of sprake is van een PEP; b. het verkrijgen van goedkeuring van ‘bovenaf’ (‘senior management approval’) om een cliëntrelatie met dergelijke cliënten aan te kunnen gaan; c. het nemen van redelijke maatregelen om de herkomst van het vermogen te bepalen; en tot slot d. doorlopend verscherpt toezicht op de cliëntrelatie. In de Interpretative Note bij Recommendation 6 worden landen aangemoedigd de vereisten van aanbeveling 6 ook uit te breiden naar PEPs in eigen land.

---

410 Met name onderdeel 2.2.6 van dat rapport.

411 Genoemd worden omstandigheden waarin het risico op witwassen of terrorismefinanciering lager is, gevallen waarin informatie over de identiteit van de cliënt en de uiteindelijk belanghebbende publiekelijk beschikbaar is of waarin checks en controles elders in het nationale systeem zijn ingebouwd. Voorbeelden van cliënten ten aanzien waarvan een vereenvoudigd cliëntenonderzoek zou kunnen worden toegepast zijn (volgens dit onderdeel): financiële instellingen die aan de AML en CFT vereisten van de FATF voldoen en op deze wijze onder toezicht staan, overheidsbedrijven die jaarlijks verslaglegging uitbrengen en tot slot overheidsadministraties of -ondernemingen.

412 Genoemd worden onder andere: levensverzekeringen met een jaarlijkse premie van maximaal EUR/USD 1.000,- of een eenmalige premie van EUR/USD 2.500,-.

413 ‘Politically Exposed Persons’ (PEPs) worden door de FATF omschreven als: ‘individuals who are or have been entrusted with prominent public functions in a foreign country, for example Heads of State or of government, senior politicians, senior government, judicial or military officials, senior executives of state owned corporations, important political party officials. Business relationships with family members or close associates of PEPs involve reputational risks similar to those with PEPs themselves. The definition is not intended to cover middle ranking or more junior individuals in the foregoing categories.’ Zie voor een uitgebreide beschrijving van PEPs onder andere: M.T. van der Wulp en P.C. Verloop, ‘Politically Exposed Persons’, *TvO* 2008-6, p. 254-259.

Recommendation 8
Op basis van Recommendation 8 dienen trustkantoren (evenals financiële instellingen) speciale aandacht te besteden aan 'money laundering threats' die voortkomen uit nieuwe technologieën op basis waarvan anonimiteit kan worden bewerkstelligd. Indien nodig dienen zij maatregelen te nemen om te voorkomen dat zij gebruikt worden in witwasstructuren. In het geval van 'non-face to face' cliëntrelaties en transacties, dienen er beleid en procedures te zijn die specifiek gericht zijn op de risico's die aan deze dienstverlening zijn verbonden.

Recommendation 9
Recommendation 9 bepaalt dat het aan trustkantoren (evenals financiële instellingen) kan worden toegestaan om op tussenpersonen of andere derden te vertrouwen voor wat betreft het uitvoeren van de eerste drie vereisten (a) tot en met (c) van het CDD-process, te noemen: (a) de identificatie van de cliënt; (b) de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende; en (c) het vaststellen van het doel en de beoogde aard van de cliëntrelatie.[414] Het vertrouwen op derden of tussenpersonen kan in dit verband alleen worden toegestaan indien aan twee (vereiste) criteria is voldaan. Ten eerste dient de partij die op de derde vertrouwt onmiddellijk de benodigde informatie te verkrijgen over de uitvoering van (bovengenoemde) vereisten (a) tot en met (c) van het CDD-process. Zij dient adequate stappen te verrichten om zich er naar eigen tevredenheid van te vergewissen dat kopieën van identificerende gegevens of andere relevante documentatie in het kader van de CDD-vereisten zonder vertraging door de derde worden verstrekt. In de tweede plaats dient de partij zich er (wederom) naar eigen tevredenheid van te vergewissen dat de derde waarop wordt vertrouwd een gereguleerde partij is, die onder toezicht staat en maatregelen heeft getroffen om te voldoen aan de CDD-vereisten in overeenstemming met (bovengenoemde) Recommendation 5 en 10, die hieronder worden behandeld. De eindverantwoordelijkheid blijft echter bij de partij die op de derde partij heeft vertrouwd.

Recommendation 10
Op basis van Recommendation 10 dienen alle (internationale) transactiegegevens voor ten minste vijf jaren te worden bewaard, die benodigd zijn om snel te kunnen voldoen aan informatieverzoeken van de autoriteiten. Op basis van de bewaarde documentatie dienen individuele transacties te kunnen worden gereconstrueerd (waaronder de hoeveelheden en indien toepasselijk de gebruikte valuta) om indien nodig als bewijs te kunnen dienen in strafzaken. Voorts geldt een bewaarplicht van ten minste vijf jaar *nadat* de cliëntrelatie is geëindigd ten aanzien van de identificerende gegevens op basis van de CDD-procedure (als voorbeelden worden onder andere kopieën van officiële identificatiedocumenten genoemd, zoals paspoorten, identiteitskaarten en rijbewijzen), evenals ten aanzien van de gegevens over de rekeningen en de zakelijke correspondentie. De identificerende data en de transactiegegevens dienen beschikbaar te zijn voor de bevoegde autoriteiten.

Recommendation 11
Recommendation 11 verplicht trustkantoren (evenals financiële instellingen) extra aandacht te besteden aan 'all complex, unusual large transactions, and all unusual patterns of transactions, which have no apparent economic or visible lawful purpose.' De achtergrond en het doel van deze transacties moeten worden onderzocht en de bevindingen van dit onderzoek moeten worden vastgelegd ter ondersteuning van de bevoegde autoriteiten.

Subonderdeel 'Reporting of suspicious transactions and compliance' (Recommendation 16)
Op basis van Recommendation 16 (aanhef en onder c) zijn Recommendation 13 tot en met 15 over het melden van verdachte transacties en compliance, op dezelfde wijze als in het voorgaande onderdeel (in Recommendation 12, aanhef en onder e), van toepassing op trustkantoren: '(t)rust and company service providers should be required to report suspicious transactions for a client when, on behalf of or

414 Blijkens de Interpretative Note bij Aanbeveling 9 is deze aanbeveling niet van toepassing bij outsourcing of agency relationships, noch bij relaties, rekeningen of transacties tussen de financiële instelling en zijn cliënten, aangezien deze relaties in Aanbevelingen 5 en 7 worden geregeld.

for a client, they engage in a transaction in relation to the activities referred to Recommendation 12(e).'[415]

Recommendation 13
Trustkantoren dienen (evenals financiële instellingen), in het geval zij een redelijk vermoeden hebben dat een bepaald vermogen de opbrengst is van criminele activiteiten (en dus een criminele herkomst heeft, waardoor sprake is van witwassen)[416], dan wel gerelateerd is aan terrorismefinanciering, wettelijk dan wel op basis van regulering verplicht te zijn hun verdenkingen onverwijld aan de FIU te melden. Alle (voorgenomen) verdachte transacties dienen, ongeacht het bedrag van de transactie, te worden gemeld. Voorts wordt in de Interpretative Note uitgewerkt dat deze verplichting geldt ongeacht of de betreffende transactie wordt vermoedt betrekking te hebben op fiscale zaken. Dit vanuit het oogpunt om te voorkomen dat witwassers hierop zouden kunnen inspelen, door het te doen voorkomen dat hun transacties met 'tax matters' verband houden met, teneinde de meldplichtige te weerhouden haar melding te doen.

Recommendation 14
Recommendation 14 biedt bescherming aan onder meer directeuren en medewerkers van trustkantoren (gelijk financiële instellingen). Indien zij hun verdenkingen in goed vertrouwen aan de FIU hebben gemeld, ongeacht of zij niet precies wisten wat de onderliggende criminaliteit was en ongeacht of zich daadwerkelijk criminele activiteiten hebben voorgedaan, dienen zij wettelijke bescherming te genieten tegen strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schending van de geheimhoudingsplicht uit hoofde van overeenkomst of een wettelijke (bestuursrechtelijke) bepaling. Daarnaast regelt Recommendation 14 het zogeheten 'tipping off-verbod': het moet hun bij wet worden verboden openbaar te maken dat een STR (Suspicious Transaction Report) of gerelateerde informatie is gemeld aan de FIU. Dit verbod wordt uitgewerkt in de Interpretative Note, waarin ten aanzien van advocaten, notarissen, accountants en andere vrije beroepsbeoefenaren, die een cliënt ertoe bewegen om af te zien van de voorgenomen illegale activiteit, is bepaald dat dit buiten het bereik van het 'tipping off'-verbod valt.

Recommendation 15
Trustkantoren zijn (evenals financiële instellingen) op grond van Recommendation 15 verplicht programma's te ontwikkelen tegen het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Deze programma's dienen de navolgende zaken te regelen: a. de ontwikkeling van intern beleid, procedures en controles, waaronder een passend compliance beleid en adequate procedures om (toekomstig) personeel te screenen; b. een 'ongoing employee training'-programma; en c. een zogenaamde 'auditfunctie' om het systeem te testen. In de Interpretative Note wordt een risico georiënteerde benadering gekozen met betrekking tot het type en de mate waarin uitvoering dient te worden gegeven aan de vereisten van Recommendation 15, waarbij het risico op witwassen en terrorismefinanciering, evenals de grootte van het bedrijf als aanknopingspunten fungeren. Recommendation 15 en haar Interpretative Note hebben betrekking op de verplichtingen ten aanzien van de interne controle, ook wel aangeduid als 'internal controls', waarbij bovengenoemde aanknopingspunten van toepassing zijn (zie ook subparagraaf 4.7.5.5 'Guidance voor trustkantoren').

Subonderdeel 'Measures to be taken with respect to countries that do not or insufficiently comply with the FATF Recommendations'

Recommendation 21
Recommendation 21 is van overeenkomstige toepassing op trustkantoren. Op basis van deze aanbeveling zijn financiële instellingen verplicht speciale aandacht te besteden aan zakenrelaties en

---

415 Zie Recommendation 16, aanhef en onder c.

416 In de Interpretative Note bij Recommendation 13 wordt uitgewerkt dat onder het bestanddeel 'criminele activiteiten' moet worden verstaan: (bij voorkeur) alle strafbare feiten die in de betreffende jurisdictie het gronddelict voor witwassen opleveren, of in ieder geval ten minste die strafbare feiten die een gronddelict zouden opleveren zoals vereist in Recommendation 1.

transacties met personen, waaronder companies en financiële instellingen, vanuit landen die de aanbevelingen van de FATF niet of onvoldoende toepassen. Ten aanzien van deze landen geldt een (verscherpte) onderzoeks- en rapportageplicht: '(w)henever these transactions have no apparent economic or visible lawful purpose, their background and purpose should, as far as possible, be examined, the findings established in writing, and be available to help competent authorities.' Daarnaast moeten tegen deze landen tegenmaatregelen worden getroffen: 'Where such a country continues not to apply or insufficiently applies the FATF Recommendations, countries should be able to apply appropriate countermeasures.'[417]

Subonderdeel 'Regulation and supervision'

Recommendation 24
Op basis van Recommendation 24 onderdeel b vereist dat trustkantoren aan effectieve systemen van toezicht onderworpen zijn, zodat compliance met de AML/CFT bepalingen kan worden verzekerd. Er dient een bevoegde autoriteit te zijn die voor het toezicht op trustkantoren verantwoordelijk is. Volgens de FATF zou hieraan uitvoering dienen te worden gegeven 'on a risk sensitive basis', met andere woorden met een risico georiënteerde benadering ('risk based approach'). In haar *Risk Based Approach Guidance for Trust and Company Service Providers* (juni 2008)[418] wordt deze benadering nader uitgewerkt, zie nader hieronder subparagraaf 4.7.5 'De FATF over TCSPs en de Risk Based Approach Guidance'. De uitvoering kan geschieden door een overheidsinstantie of een zelfregulerende organisatie ('self-regulating organisation', SRO).

Recommendation 25
Bij bovengenoemde risicogeoriënteerde benadering is van belang dat trustkantoren zelf een redelijke inschatting kunnen maken. Vanuit dit oogpunt dienen bovengenoemde bevoegde autoriteiten richtlijnen op te stellen en feedback te verschaffen, zodat de trustkantoren de AML en CFT-maatregelen kunnen invoeren in hun bedrijfsvoering. De FATF ziet hier kennelijk een belangrijke rol voor de autoriteiten weggelegd: 'The competent authorities should establish guidelines, and provide feedback which will assist (…) designated non-financial businesses and professions (waaronder trustkantoren) in applying national measures to combat money laundering and terrorist financing, and in particular, in detecting and reporting suspicious transactions', zie eveneens hieronder subparagraaf 4.7.5.

Onderdeel C. 'Institutional and other measures necessary in systems for Combating Money Laundering and Terrorist Financing'

Onderdeel C behelst als gezegd de institutionele en andere maatregelen die benodigd zijn in systemen om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan. Enkele onderdelen uit dit hoofdstuk bevatten aanbevelingen die mijns inziens evenzeer betrekking hebben op trustkantoren, aangezien zij betrekking hebben op de transparantie van rechtspersonen respectievelijk trusts.

Subonderdeel 'Transparency of legal persons and arrangements'

Recommendation 33
Recommendation 33 heeft betrekking op transparantie van rechtspersonen. Aan landen wordt opgedragen maatregelen te nemen om het onrechtmatig gebruik van rechtspersonen door witwassers tegen te gaan, waartoe zij dienen te bewerkstelligen dat er over informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbenden kan worden beschikt: '(c)ountries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities.' Met name bij het gebruik van aandelen aan toonder dienen gepaste maatregelen te worden genomen. Hiertoe zouden landen maatregelen kunnen

417 Recommendation 21.
418 *RBA Guidance for Trust and Company Service Providers*, FATF 17 juni 2008.

overwegen om toegang tot de gegevens van 'beneficial ownership and control' te bevorderen, zoals uiteengezet in de hierboven behandelde Recommendation 5.[419]

Recommendation 34
Recommendation 34 heeft betrekking op 'legal arrangements', waartoe '(express) trusts' en hierop gelijkende regelingen worden gerekend. Landen dienen maatregelen te nemen om het onrechtmatig gebruik hiervan te voorkomen. Hiertoe zij dienen te bewerkstelligen dat er over de informatie betreffende de settlor, trustee en beneficiaries kan worden beschikt: 'Countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on express trusts, including information on the settlor, trustee and beneficiaries, that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities.' Evenals bij bovenstaande Recommendation 33 wordt bij deze aanbeveling ter overweging meegegeven dat landen deze informatie kunnen verkrijgen door het treffen van maatregelen zoals gesteld in Recommendation 5.

4.7.2.3 FATF IX Special Recommendations
Het belang van de *IX Special Recommendations on Terrorist Financing* (met amendementen tot februari 2008)[420] en haar *Interpretative Notes* moet met name worden gezien in de invloed die zij hebben gehad op EG-verorderningen en gemeenschappelijke standpunten, die door implementatie daarvan in Nederland heeft geleid tot (sanctie)wet- en regelgeving, die *onder andere* van toepassing is op trustkantoren. In hoofdstuk 5 'Regulering en toezicht' wordt in dit kader aandacht besteed aan de verplichtingen van trustkantoren (paragraaf 5.3), met name in subparagraaf 5.3.4 'De normstelling in de Wwft ten aanzien van trustkantoren' en subparagraaf 5.3.5 'De normstelling op basis van de Sanctiewet 1977', waarin ook de hiermee samenhangende sanctieregelingen worden behandeld.[421] Hoewel het bij de IX Special Recommendations niet gaat om aanbevelingen die specifiek op trustkantoren van toepassing zijn, worden zij hier beknopt besproken vanwege genoemde invloed die met name de eerste vier Special Recommendations op de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren hebben uitgeoefend.

Special Recommendation I
Volgens Special Recommendation I 'Ratification and implementation of UN instruments' dient elk land onmiddellijke maatregelen te nemen, teneinde het Internationaal VN-Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme van 1999[422] te ratificeren en volledig te implementeren.[423] Voorts dienen zij onverwijld de VN-resoluties ter voorkoming en bestrijding van de financiering van terroristische handelingen uit te voeren, in het bijzonder VN-resolutie 1373 van de Veiligheidsraad ('United Nations Security Council').[424, 425] Het Internationaal VN-Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme en VN-resolutie 1373(2001) verplicht naast het strafbaarstellen van financiering van terorisme (onder andere) tot onderzoek in hoeverre instellingen in ons land (of hier verblijvende personen) een rol spelen bij de financiering van organisaties die verdacht worden betrokken te zijn bij het plegen van terroristische aanslagen.[426] Ter bestrijding van de financiering van terrorisme verplicht laatstgenoemde VN-resolutie onder andere dat de lidstaten de tegoeden van terroristen en terroristische organisaties bevriezen (artikel 1 aanhef en onder c Resolution

---

419 Recommendation 33.
420 *FATF IX Special Recommendations*, FATF februari 2008.
421 Het gaat hier thans om de Sanctieregeling terrorisme 2002, de Sanctieregeling terrorisme 2002 II, de Sanctieregeling terrorisme 2007 en de Sanctieregeling terrorisme 2007 II.
422 Internationaal Verdrag ter bestrijding van de financering van terrorisme, New York 9 december 1999, Trb. 2000, 12 (Nederlandse vertaling: Trb. 2001, 62).
423 Special Recommendation I.
424 Resolution 1373(2001), United Nations Security Council 28 september 2001.
425 Special Recommendation I.
426 Zie voor de bespreking van beide 'VN-instrumenten' in het kader van het bestrijden van terrorismefinanciering bijvoorbeeld: M.T. van der Wulp, 'Anti-terrorismefinanciering', *Jaarboek Compliance 2008*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing en Nederlands Compliance Instituut 2008, p. 220-222.

1737(2001)).[427] Daarmee samenhangend is het verboden activa ter beschikking te stellen aan, dan wel financiële diensten te verrichten aan of ten behoeve van deze organisaties. Zie over het bevriezen van tegoeden van terroristen en terroristische organisaties nader hieronder.

Special Recommendation II
Special Recommendation II betreft 'Criminalising the financing of terrorism and associated money laundering'. Elk land dient de financiering van terrorisme, terroristische handelingen en terroristische organisaties strafbaar te stellen. Landen dienen te waarborgen dat degelijke strafbare feiten worden aangemerkt als onderliggende misdrijven voor witwassen.[428] Als basis voor de strafbaarstelling wordt in de Interpretative Note van Special Recommendation II het bovengenoemde Internationale VN-Verdrag ter bestrijding van de financiering van terrorisme aangewezen. Het doel van Special Recommendation II is tweedelig: in de eerste plaats wordt beoogd te bewerkstelligen dat landen over de capaciteit ('legal capacity') zouden beschikken om sancties toe te passen ten aanzien van personen die terrorisme financieren, daarnaast wordt (vanwege de door de FATF geconstateerde verbondenheid tussen terrorismefinanciering en witwassen) beoogd landen te verplichten om terrorismefinanciering als een 'gronddelict' voor witwassen strafbaar te stellen. In de woorden van de FATF: 'Given the close connection between international terrorism and inter alia money laundering, another objective of SR II is to emphasise this link by obligating countries to include terrorist financing offences as predicte offences for money laundering.'[429]

Special Recommendation III
Op basis van Special Recommendation III 'Freezing and confiscating terrorist assets' dient elk land maatregelen te nemen teneinde fondsen of andere vermogensbestanddelen van terroristen en van degenen die terrorisme en terroristische organisaties financieren onverwijld te bevriezen, in overeenstemming met de VN-resoluties ter voorkoming en bestrijding van terroristische handelingen. Tevens dient elk land (wetgevende) maatregelen aan te nemen en te implementeren, opdat bevoegde autoriteiten in staat zijn vermogensbestanddelen te bevriezen en te confisqueren die zijn verworven door, gebruikt bij, dan wel beoogd of toegewezen zijn voor de financiering van terrorisme, terroristische handelingen of terroristische organisaties.[430] Volgens de Interpretative Note bestaat Special Recommendation III uit twee verplichtingen. In de eerste plaats zijn jurisdicties verplicht tot het implementeren van maatregelen voor het bevriezen of in beslag nemen van terrorisme gerelateerde tegoeden, oftewel het implementeren van maatregelen 'that will freeze or, if appropriate, seize terrorist-related funds or other assets without delay', zulks in overeenstemming met de betrokken VN-resoluties.[431] Daarnaast dienen deze jurisdicties te voorzien in de (wettelijke) maatregelen om deze tegoeden in beslag te nemen of te confisqueren.[432] Op de wijze waarop het bevriezen van tegoeden van terroristen en terroristische organisaties in Nederland kan geschieden wordt hieronder nader ingegaan.

Special Recommendation IV
Special Recommenation IV 'Reporting suspicious transactions related to terrorism' verplicht (landen er voor te zorgen dat) financiële instellingen of andere ondernemingen en entiteiten die verplichtingen hebben op het gebied van de bestrijding van witwassen, indien zij het vermoeden hebben of redelijke gronden hebben voor het vermoeden dat fondsen verband houden met of zullen worden gebruikt voor

---

427 In artikel 1 aanhef en onder c van Resolution 1737(2001) wordt besloten dat: 'all States shall: (c) Freeze without delay funds and other financial assets or economic resources of persons who commit, or attempt to commit, terrorist acts or participate in or facilitate the commission of terrorist acts; of entities owned or controlled directly or indirectly by such persons; and of persons and entities acting on behalf of, or at the direction of such persons and entities, including funds derived or generated from property owned or controlled directly by such persons and associated persons and entities.'

428 Special Recommendation II.

429 Interpretative Note bij Special Recommendation II.

430 Special Recommendation III.

431 Zie in dit verband het onderdeel 'Scope' van de Interpretative Note van Special Recommendation III, waarin bovengenoemde Resolutie 1373(2001) wordt besproken als opvolger van Resolutie 1267(1999).

432 Interpretative Note bij Special Recommendation III.

terrorisme, terroristische handelingen of door terroristische organisaties, hun vermoedens onverwijld te melden aan de bevoegde autoriteiten.[433]

Special Recommendation V
Op basis van Special Recommendation V 'International Co-operation' dient elk land een ander land, op grond van een verdrag, regeling of ander mechanisme voor wederzijdse rechtshulp of de uitwisseling van informatie, in de ruimst mogelijke mate bijstand te verlenen ten behoeve van strafrechtelijke, burgerrechtelijke en administratiefrechtelijke onderzoeken en procesverordeningen met betrekking tot de financiering van terrorisme, terroristische handelingen en terroristische organisaties. Tevens dienen zij alle mogelijke maatregelen te treffen teniende te waarborgen dat zij geen toevluchtsoord vormen voor personen die zijn aangeklaagd wegenns, danwel worden verdacht van, het financieren van terrorisme, terroristische handelingen en terroristische organisaties. Zij dienen over procedures te beschikken om deze personen (indien mogelijk) uit te leveren.[434]

Special Recommendation VI
Op basis van Special Recommendation VI 'Alternative Remittance' (vertaald als: 'Alternatieve Geldtransacties')[435] dient elk land maatregelen te nemen teneinde te waarborgen dat personen of juridische entiteiten (met inbegrip van agenten, te weten handelsvertegenwoordigers) die diensten aanbieden op het gebied van de overmaking van geld of geldwaarden, met inbegrip van overmaking via een informeel transactiesysteem of -netwerk voor geld of geldswaarden, een vergunning dienen te hebben of geregistreerd dienen te zijn en voorts dat op hen alle FATF-aanbevelingen van toepassing zijn die gelden voor banken en niet-bancaire financiële instellingen. Daarnaast dient elk land te waarborgen dat op personen of juridische entiteiten die deze diensten illegaal verrichten bestuurlijke, civiele of strafrechtelijke sancties van toepassing zijn.[436] Volgens de Interpretative Note wordt met Special Recommendation VI beoogd de transparantie van de geldstromen te verbeteren, door jurisdicties consistente anti-witwas en anti-terrorismefinancieringsmaatregelen op te leggen ten aanzien van alle vormen van kapitaal- of waardeoverdracht.[437]

Special Recommendation VII
Special Recommendation VII betreft 'Wire transfers' oftewel: elektronische overmaking. Op basis van deze Special Recommendation dienen landen maatregelen te treffen om financiële intellingen (met inbegrip van instellingen voor geldtransacties), te verplichten accurate en betekenisvolle informatie bij te voegen over de herkomst (naam, adres, rekeningnummer) van de fondsen en de bijbehorende boodschappen die worden verzonden, alsmede dat de informatie in de betalingsketen bij de overmaking of de bijbehorende boodschap blijft. Landen dienen maatregelen te treffen om te waarborgen dat genoemde financiële instellingen zeer alert zijn op verdachte overmakingen van fondsen zonder volledige informatie over de herkomst (naam, adres, rekeningnummer).[438]

Special Recommendation VIII
Op basis van Recommendation VIII 'Non-profit organisations' dienen landen te toetsen of hun wet- en regelgeving inzake entiteiten die kunnen worden misbruikt voor de financiering van terrorisme adequaat genoeg zijn. Organisaties zonder winstoogmerk zijn volgens Special Recommendation VIII bijzonder kwetsbaar. Landen dienen derhalve te waarborgen dat zij niet misbruikt kunnen worden: '(i) door terroristische organisaties die zich voordoen als wettige entiteiten; (ii) om wettige entiteiten te gebruiken als kanalen voor de financiering van terrorisme, onder meer om te ontsnappen aan maatregelen ter bevriezing van vermogensbestanddelen; en (iii) om te verhullen dat fondsen bedoeld voor wettige doeleinden clandestien worden weggesluisd naar terroristische organisaties.'[439]

---

433 Special Recommendation IV.
434 Special Recommendation V.
435 Onofficiële vertaling in opdracht van het Ministerie van Financiën. Uitsluitend de Engelse en Franse teksten gelden.
436 Special Recommendation VI.
437 Interpretative Note bij Special Recommendation VI.
438 Special Recommendation VII.
439 Onofficiële vertaling in opdracht van het Ministerie van Financiën.

Special Recommendation IX
Special Recommendation IX 'Cash Couriers' verplicht landen om maatregelen te treffen teneinde fysiek grensoverschrijdend verkeer van valuta en instrumenten aan toonder op te sporen, inclusief een aangiftesysteem of een andere meldverplichting. Tevens moeten zij zich ervan verzekeren dat hun bevoegde autoriteiten de rechtsbevoegdheid hebben om die valuta of toonderwaarden te stoppen of beteugelen waarvan wordt vermoed dat zij verband houden met de financiering van terrorisme of witwassen, of die valselijk gedeclareerd of gemeld zijn. Tot slot dienen landn zich ervan te verzekeren dat effectieve, proportionele en ontmoedigende sancties beschikbaar zijn ten aanzien van personen die (een) valse aangifte(s) doen of melding(en) maken. In die zaken waar de valuta of toonderwaarden verband houden met de financiering van terrorisme of witwassen, moeten landen ook maatregelen aannemen (inclusief wettelijke maatregelen in overeenstemming met Special Recommendation III, welke het mogelijk zouden maken om valuta of toonderwaarden verbeurd te verklaren, dan wel te confisqueren.[440, 441]

Nationale verplichtingen: het bevriezen van tegoeden van terroristen en terroristische organisaties
Hierboven is het bevriezen van tegoeden van terroristen en terroristische organisaties ter sprake gekomen. In Nederland kan het bevriezen van deze tegoeden op twee manieren geschieden. In de eerste plaats kan het bevriezen van tegoeden plaatsvinden op grond van een Europese verordening, die rechtstreeks doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. In de tweede plaats kan het bevriezen van tegoeden worden uitgevoerd op grond van bindende internationale afpraken of aanwijzingen van verdragsorganisaties. In dat geval wordt op basis van de Sanctiewet 1977 een ministeriële regeling opgesteld inzake beperkende maatregelen tegen bepaalde personen en entiteiten met het oog op de strijd tegen het terrorisme. Thans kunnen in dit kader worden genoemd: de Sanctieregeling terrorisme 2002, de Sanctieregeling terrorisme 2002 II, de Sanctieregeling terrorisme 2007 en de Sanctieregeling terrorisme 2007 II. De verplichtingen van het trustkantoor op basis van deze sanctieregelingen worden uitgediept in hoofdstuk 5 'Regulering en toezicht', zie met name subparagraaf 5.3.5 'De normstelling op basis van de Sanctiewet'.

4.7.3 Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers

Het volgende relevante internationale instrument, waarin internationale standaarden ten aanzien van de trustsector zijn opgenomen, is het rapport *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers* van de Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers Working Group, die hierboven in subparagraaf 4.6.2 reeds ter sprake is gekomen.

Op 8 januari 2003 is de Werkgroep bijeengekomen, waarbij is besloten tot het opstellen van een rapport waarin ten aanzien van de dienstverlening van trustkantoren de volgende zaken dienden te worden uitgewerkt, te noemen: de bestaande restricties met betrekking tot de informatiestroom: 'existing restrictions on the flow of information', de benodigde 'kanalen' voor effectief geconsolideerd toezicht: 'the necessary gateways for effective consolidated supervision', en de vraag of de informatie uitwisseling beperkt zou moeten blijven tot de trustkantoren of dat deze zou moeten worden uitgebreid naar hun cliënten: 'whether information exchange should be restricted to information on the trust and company service providers (…) rather than their clients'. Bij gebrek aan een algemeen geaccepteerde definitie van trustkantoren wordt in dit rapport aangesloten bij de eerder besproken definitie, zoals vastgelegd in het *Statement of Best Practice for Trust and Company Service*

---

440 Recommendation IX.

441 Bij de beschrijving van de inhoud van Special Recommendations is gebruik gemaakt van de onoficiële vertaling in opdracht van het Ministerie van Financiën, zoals hierboven bij enkele citaten hieruit reeds in aangegeven.

Providers.[442] Ter uitvoering van het bovenstaande zijn door de voorzitter van de Groep afgevaardigden van de Isle of Man, Guernsey, Jersey en Gibraltar uitgenodigd, aangezien de regimes en de activiteiten van trustkantoren in deze jurisdicties grotendeels overeenkomen. De Groep is bijeengekomen in Gibraltar (24 en 25 maart 2003), Londen (8 december 2003) en de Isle of Man (20 juli 2004). In het rapport wordt opgemerkt dat hoewel toezicht op trustkantoren in de meeste jurisdicties op dat moment ontbreekt, de trustsector in de herziene *40 Recommendations* op basis van Recommendation 12 is aangewezen als een sector die dient te voldoen aan de due diligence en 'record keeping' vereisten van de FATF.

Existing restrictions on the flow of information
In de eerste plaats concludeert de Groep dat er significante beperkingen zijn op de informatiestroom binnen de trustsector, die volgens de Groep voor een belangrijk deel zijn toe te schrijven aan een gebrek aan algemeen aanvaarde en begrepen definities over wat onder de dienstverlening van trustkantoren wordt verstaan, de diversiteit van eigendom en zeggenschap van de entiteiten die als trustkantoor diensten verlenen en (gezien de aard daarvan) een hiermee corresponderende diverse reeks van wettelijke controle en toezichtbevoegdheden die wordt toegepast.

Correlation between ownership/control and regulatory oversight
Voorts worden in het rapport karakteristieken van eigendom en zeggenschap met betrekking tot de entiteiten die als trustkantoor optreden beschreven, evenals de hiermee samenhangende trends van toezicht daarop. In dit kader bespreekt de Groep in de eerste plaats het toezicht in het geval de trustdienstverlening wordt verricht door banken, waaronder hun vestigingen of dochterondernemingen. De Groep constateert dat effectief toezicht op deze trustdienstverleners vaak niet wordt uitgevoerd, waarbij zij opmerkt dat 'This is perhaps not surprising, as many Home State supervisors do not see themselves as regulating T&CSP business, even though, under the Basel principles, the prudential responsibility for the banking group rests with the Home State supervisor'. De Groep noemt als risico's die hiervan het gevolg zijn in de eerste plaats dat dit terrein van dienstverlening door de toezichthouder niet wordt meegenomen, waardoor deze activiteiten en de met de bedrijfsvoering samenhangende risico's niet in de risicoprofilering worden meegenomen en dat de toezichthouder mogelijk niet over de geschikte competenties zal beschikken om effectief toezicht te kunnen houden op de sector. Ter illustratie bespreekt de Groep enkele structuren waarin deze problemen zich voordoen. Zo wordt bijvoorbeeld het geval beschreven dat een trustkantoor op Jersey een (volledige) dochteronderneming is van een lokaal gevestigde bank, die op zijn beurt een dochter is van een bank in het Verenigd Koninkrijk: 'In this case the FSA (as Home Supervisor) would have consolidated responsibility for the Jersey-based T&CSP as well as the bank's overall activity, including, for example, investment business', de FSA en de Jersey FSC (als 'Home'- en 'Host supervisors') kunnen hierbij slechts informatie uitwisselen als bankentoezichthouders. Hoewel de regulering van trustkantoren niet wordt gezien als kritieke factor in het uitwisselen van informatie, wordt de afwezigheid van lokale regulering wel als een beperkende factor gezien voor de kwantiteit en de kwaliteit van de informatie die wordt uitgewisseld. Hierbij is volgens de Groep van belang dat de effectiviteit van informatie-uitwisseling samenhangt met de 'gelijkwaardigheid' van de toezichthouders.[443] De Groep wijst in dit verband op de geringe kennis die de 'Home state supervisors' zouden hebben van de risico's die met trustdienstverlening samenhangen (gewezen wordt op de risico's die met de dienstverlening van het voeren van een bedrijfsadministratie zouden samenhangen, te noemen: handel met voorkennis, valse facturen, illegale commissies, belastingontduiking en het witwassen van geld). De Groep merkt op dat de nadruk te veel werd gelegd op de financiële informatie en te weinig op de genoemde risico's. Voorts beschrijft de Groep (onder andere) het toezicht in het

---

442 Offshore Group of Banking Supervisors, *t.a.p.* 2002, Appendix A. Zie ook hierboven subparagraaf 4.6.3 'Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice'.

443 *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers*, Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group, december 2004, onderdeel 3.1 'T&CSP business conducted by banks, including through their branches or subsidairies'. Naast het genoemde voorbeeld wordt tevens het voorbeeld besproken van een trustkantoor die een dochter is van een overzeese bank die niet lokaal opereert.

geval de trustdienstverlener een vergunning heeft voor een ander soort (financiële) dienstverlening, of dochteronderneming is van (lokale of internationale) financiële dienstverleners die over een vergunning beschikken en het geval dat het trustkantoor een dochteronderneming is van een trustkantoor in een andere jurisdictie.[444]

Exchange of client information
Bij de beantwoording van de vraag of de informatie-uitwisseling beperkt zou moeten zijn tot informatie over trustkantoren of eveneens betrekking zou moeten hebben op hun cliënten, zijn de legitieme belangen van de cliënten op vertrouwelijkheid, het misbruik daarvan evenals het uitgangspunt van proportionaliteit tegen elkaar afgewogen. De Groep beveelt hierbij aan dat toezichthouders de bevoegdheid moeten hebben om onderling (uit hoofde van wat de Groep een 'regulator to regulator' basis noemt) informatie uit te wisselen, die zowel betrekking heeft op de dienstverlening van het trustkantoor als haar cliënten. Indien informatie vereist is voor andere doeleinden, zoals met betrekking tot strafrechtelijke vervolging, dient volgens de Groep te worden gewaarborgd dat de juiste procedures beschikbaar zijn voor rechtshandhavende en vervolgende instanties, zoals bepalingen inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken.[445]

6 Recommendations
Op basis van het bovenstaande heeft de Groep 6 Recommendations opgesteld, waarbij steeds wordt teruggegrepen op bovengenoemde bevindingen. Aangezien bankentoezichthouders reeds toezicht houden op de bankgroepen en hun trustdienstverlening en aangezien zij reeds van de bestaande informatiekanalen gebruik kunnen maken, wordt in Recommendation1 onder de aandacht gebracht dat de dochterondernemingen en vestigingen van deze banken die zich met trustdienstverlening bezighouden, (die al dan niet zijn onderworpen aan lokale regulering) een potentieel hoger risico vertegenwoordigen. De toezichthouders dienen zich te vergewissen dat op een passend ('appropriate') niveau toezicht wordt gehouden op deze trustkantoren. Voorts wordt aanbevolen te bezien in hoeverre het toezichthoudend personeel over voldoende bevoegdheden beschikt die voor het toezicht op trustkantoren vereist zijn. In Recommendation 2 wordt vanwege de in het rapport genoemde risico's aanbevolen het toezicht uit te breiden. Dit kan volgens de Groep worden bewerkstelligd door deze risico's onder de aandacht van IAIS en IOSCO-comités te brengen en het stimuleren van beleid/procedures, waaronder het zorgen voor wetgeving betreffende informatievoorziening tussen ('Home state')toezichthouders. Op deze zou ook Recommendation 3 kunnen worden gerealiseerd. Deze aanbeveling is gericht tot jurisdicties die de dienstverlening van trustkantoren reguleren, dan wel regulering daarvan zullen introduceren. Aanbevolen wordt om de 'Basel consolidated supervision principles' hierin op te nemen. In Recommendation 4 wordt op het belang van effectieve uitwisseling van vertrouwelijke informatie gewezen. Deze zou kunnen worden bewerkstelligd door middel van een passende 'gateway' of door het toestaan van openbaarmaking daarvan. Regulering van de trustsector dient, volgens Recommendation 5, te worden geïntroduceerd bij jurisdicties waarin dat nog niet is gebeurd, tenzij zeker kan worden gesteld dat het toezicht op AML standaarden en de effectieve informatie uitwisseling betreffende AML en andere zaken op andere manieren kan worden bereikt. Tot slot wordt in Recommendation 6 aanbevolen dat de uitwisseling van informatie betreffende cliënten van trustkantoren op dezelfde wijze dient plaats te vinden als bij de bestaande voorzieningen ten aanzien van cliënten van banken het geval is: 'Namely, that no special secrecy provisions are extended to these customers, but that they are entitled to normal legitimate client confidentiality until such time as an equivalent supervisor submits a legitimate request for assistance or in the event that any regulatory breaches are discovered.' Hiertoe dient in de lokale wetgeving te worden vastgelegd dat de cliëntvertrouwelijkheid prevaleert, tenzij onderzoek wordt verricht door de toezichthouder of in verband met strafrechtelijk onderzoek.

---

444 Zie nader: idem, onderdeel 3.1-3.6.
445 Idem, onderdeel 4.

4.7.4 De Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering (2005)

4.7.4.1 Ten geleide

De richtlijn tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme, die reeds ter sprake is gekomen als de zogenaamde 'derde witwasrichtlijn', is uitgevaardigd op 26 oktober 2005.[446] In deze richtlijn is de eerste Europese regelgeving opgenomen ten aanzien van trustkantoren, die in de richtlijn 'aanbieders van trust- of bedrijfsdiensten' worden genoemd. De 'derde witwasrichtlijn' is het eerste bindende instrument waarin verplichtingen ten aanzien van trustkantoren zijn opgenomen, aangezien de hierin opgenomen verplichtingen door de uitbreiding van haar werkingssfeer ook ten aanzien van trustkantoren zijn komen te gelden. In de preambule van de richtlijn wordt terzake overwogen:

> 'Aangezien de verscherpte controle in de financiële sector de witwassers en financiers van terrorisme ertoe heeft aangezet uit te kijken naar alternatieve methoden om de herkomst van de opbrengsten van misdrijven te verhelen en die kanalen voor financiering van terrorisme kunnen worden gebruikt, verdient het aanbeveling de verplichtingen op het gebied van de bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme uit te breiden tot (…) aanbieders van trust- en bedrijfsdiensten.'[447]

De richtlijn vervangt haar voorgangers, de 'eerste witwasrichtlijn' van 10 juni 1991[448] en de 'tweede witwasrichtlijn' van 4 december 2001[449], die eerstgenoemde heeft gewijzigd. De wijzigingen die in de 'derde witwasrichtlijn' ten opzichte van haar voorgangers zijn opgenomen, zijn voor een belangrijk deel toe te schrijven aan de in 2003 door de FATF herziene en uitgebreide *40 Recommendations*, die hierboven in subparagraaf 4.7.7.2 zijn behandeld. Volgens de preambule van de richtlijn verdient het aanbeveling de richtlijn 'met deze nieuwe internationale norm in overeenstemming te brengen'.[450]

Wijzigingen die de derde witwasrichtlijn met zich meebrengt

Hoewel elementen van de eerste (en tweede witwasrichtlijn) behouden zijn gebleven[451] – zo heeft de 'eerste witwasrichtlijn' bepaald dat lidstaten het witwassen van geld moeten verbieden en de financiële sector, die de kredietinstellingen en een hele reeks andere financiële instellingen omvat, ertoe moet verplichten hun cliënten te identificeren, de nodige bewijsstukken te bewaren, interne procedures in te stellen voor het opleiden van hun personeel en het onderkennen van het witwassen van geld, alsook elk feit dat wijst op het witwassen van geld aan de bevoegde autoriteiten te melden[452] – zijn er in de 'derde witwasrichtlijn' belangrijke wijzigingen aan te wijzen. In de eerste plaats kan de uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn met betrekking tot de bestrijding van financiering van terrorisme worden genoemd. In de tweede plaats kan, zoals hierboven reeds aan de orde kwam, worden gewezen op de uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn, zodat deze onder andere van toepassing is op trustkantoren. In de derde plaats zijn ten aanzien van personen en instellingen die onder deze richtlijn vallen specifiekere en meer gedetailleerde voorschriften opgenomen voor de

---

446 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 309/15).

447 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 15.

448 Richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (Pb. EG 1991, L 166).

449 Richtlijn 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 december 2001 tot wijziging van Richtlijn 91/308/EEG van de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (Pb. EG L 344/76).

450 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 5.

451 Voor een inhoudelijke bespreking van de eerste witwasrichtlijn, zie onder andere Mul, *a.w.* 1999, p. 80 e.v. en Schaap, *a.w.* 1999, p. 183 e.v., waarin bovendien de werking van richtlijnen als communautair instrument wordt behandeld en Lamp, *a.w.* 2000, p. 28 e.v. Volgens Lamp is de 'eerste witwasrichtlijn' voor de lidstaten van de EU waarschijnlijk het internationale document geweest met de meeste consequenties voor het nationale recht.

452 Zie onder andere Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 4, waarin deze hoofdlijnen worden opgesomd.

identificatie van de cliënt en de uiteindelijke begunstigde en voor het vaststellen van de verificatie van hun identiteit. Hierbij wordt, in overeenstemming met een risicogeoriënteerde benadering, een onderverdeling in een verscherpt en een vereenvoudigd cliëntenonderzoek geïntroduceerd, waarbij in passende gevallen een vereenvoudiging van deze vereisten wordt toegestaan. Ten slotte is een vierde belangrijk aspect de verplichting om effectief toezicht uit te voeren op de naleving van de maatregelen door de onder toezicht staande instellingen.[453]

4.7.4.2 Onderwerp, toepassingsgebied en definities

Hoofdstuk I van de richtlijn beschrijft het onderwerp, het toepassingsgebied en de definities van de richtlijn. De hierboven als eerst genoemde wijziging van de 'derde witwasrichtlijn' betreft een uitbreiding van haar toepassingsgebied, waardoor zij niet alleen op witwassen[454] betrekking heeft, maar tevens op terrorismefinanciering. In de richtlijn wordt daaronder verstaan 'de verstrekking of verzameling van gelden en andere vermogensbestanddelen, op welke wijze ook, rechtstreeks of onrechtstreeks, met de bedoeling of wetende dat deze geheel of gedeeltelijk zullen worden gebruikt om strafbare feiten in de zin van artikelen 1 tot en met 4 van het Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismefinanciering te plegen' (artikel 1 lid 4 Richtlijn 2005/60/EG).[455] Voorts is haar toepassingsgebied uitgebreid, waardoor de richtlijn van toepassing is op trustkantoren.[456] Onder 'aanbieders van trust- en bedrijfsdiensten'[457], waaronder in de richtlijn wordt verstaan: 'een natuurlijke of rechtspersoon die als beroepsactiviteit enigerlei van de volgende diensten aan derden verstrekt:

---

453 Richtlijn 2005/60/EG, preambule. Zie ook: Nederlands Compliance Instituut, *t.a.p.* 2008, p. 80 e.v., waarin vijf wijzigingen van de 'derde witwasrichtlijn' ten opzichte van de voorgaande richtlijnen worden besproken.

454 Onder witwassen dient, overeenkomstig artikel 1 van de 'eerste witwasrichtlijn', thans ingevolge artikel 1 lid 2 van Richtlijn 2005/60/EG te worden verstaan de hierna genoemde daden, indien opzettelijk begaan: a. de omzetting of overdracht van voorwerpen, wetende dat deze zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit, met het oogmerk de illegale herkomst ervan te verhelen of te verhullen of een persoon die bij deze activiteit is betrokken, te helpen aan de juridische gevolgen van zijn daden te ontkomen; b. het verhelen of verhullen van de werkelijke aard, oorsprong, vindplaats, vervreemding, verplaatsing, rechten op of de eigendom van voorwerpen, wetende dat deze verworven zijn uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit; c. de verwerving, het bezit of het gebruik van voorwerpen, wetende, op het tijdstip van verkrijging dat deze voorwerpen zijn verworven uit een criminele activiteit of uit deelneming aan een dergelijke activiteit; d. deelneming aan, medeplichtigheid aan, poging tot, hulp aan, aanzetten tot, vergemakkelijken van, of het geven van raad met het oog op het begaan van een van de in de voorgaande letters bedoelde daden. Voort is er op basis van artikel 1 lid 3 van deze richtlijn, eveneens overeenkomstig artikel 1 van de 'eerste witwasrichtlijn', ook sprake van witwassen van geld indien de activiteiten die ten grondslag liggen aan de wit te wassen voorwerpen gelokaliseerd zijn op het grondgebied van een andere lidstaat of op dat van een derde staat.

455 Zie nader het Kaderbesluit 2002/475/JBZ, Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding, artikel 1 ('Terroristische misdrijven en rechten en fundamentele beginselen'), artikel 2 ('Strafbare feiten met betrekking tot een terroristische groep'), artikel 3 ('Strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten') en artikel 4 ('Uitlokking, medeplichtigheid, poging'). Pb EG L 164/5.

456 Daarnaast is de richtlijn van toepassing op kredietinstellingen, financiële instellingen, in de richtlijn nader aangeduide natuurlijke of rechtspersonen handelend in het kader van de uitoefening van hun beroepsactiviteiten (bedrijfsrevisoren, externe accountants, belastingadviseurs en notarissen en andere onafhankelijke beoefenaren van juridische beroepen wanneer zij voor hun cliënt nader in de richtlijn beschreven transacties voorbereiden of uitvoeren), makelaars in onroerend goed, handelaren in goederen voor zover in contanten wordt betaald voor een bedrag van € 15.000,-- of meer en tot slot casino's (artikel 2 lid 1 Richtlijn 2005/60/EG).

457 Artikel 2 aanhef lid 3 onder c Richtlijn 2005/60/EG.

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 gereglementeerde markt genoteerde vennootschap die is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen.'[458]

Bovenstaande definitie van trustkantoor sluit aan op de door de FATF in haar *Consultation Paper* in 2003 in beeld gebrachte diensten voor ondertoezichtstelling.[459] In de preambule wordt benadrukt dat het optreden als directeur of secretaris van een vennootschap op zich niet voldoende is om als 'aanbieder van trust- of bedrijfsdiensten' te worden aangemerkt, maar dat onder de definitie alleen personen vallen die 'voor een derde' en 'als beroepsactiviteit' deze diensten verrichten.[460] In de bovenstaande definitie van aanbieders van trust- of bedrijfsdiensten zijn beide vereisten ten aanzien van alle daaronder genoemde diensten opgenomen. Aangezien de richtlijn door genoemde uitbreiding op hen van toepassing is, worden de verplichtingen die de richtlijn met betrekking tot de wet- en regelgeving betreffende trustkantoren met zich meebrengt, in het onderstaande behandeld.

4.7.4.3 Customer Due Diligence

Hoofdstuk II van de richtlijn behelst het klantenonderzoek ('Customer Due Diligence'). Naast een algemeen deel (Afdeling 1 'Algemene bepalingen') bevat het hoofdstuk een regeling betreffende een vereenvoudigde klantonderzoeksprocedure (Afdeling 2 'Vereenvoudigd klantenonderzoek'), evenals met betrekking tot een verscherpt klantenonderzoek (Afdeling 3 'Verscherpt klantenonderzoek'). Het belang om conform nieuwe internationale normen specifiekere en meer gedetailleerde voorschriften voor identificatie van de cliënt en van de uiteindelijk begunstigde (evenals voor de verificatie daarvan) op te nemen moet worden gezien in het licht van de voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. De 'eerste witwasrichtlijn' legde weliswaar een verplichting tot identificatie op, maar bevatte weinig bijzonderheden over de klantenonderzoeksprocedures. Volgens de 'derde witwasrichtlijn' is het van essentieel belang dat in dit kader het begrip 'uiteindelijk begunstigde' nauwkeurig wordt vastgesteld.[461] Daarnaast wordt onderkend dat het risico van witwassen en terrorismefinanciering niet altijd even groot is, waartoe (in overeenstemming met de risicogeoriënteerde benadering) het beginsel wordt ingevoerd dat in passende gevallen een vereenvoudiging van de klantenonderzoeksvereisten wordt toegestaan[462] en evenzo dat, in gevallen waarin dit risico groter is, bijzonder strikte cliëntenidentificatie- en cliëntenverificatieprocedures vereist zijn, waarbij in het bijzonder moet worden gedacht aan de hieronder nader te behandelen bepalingen betreffende 'Politically Exposed Persons'. In de vierde afdeling zijn tot slot bepalingen opgenomen die zien op de uitvoering van klantenonderzoek door derden (Afdeling 4 'Uitvoering klantenonderzoek door derden'). Hieronder worden genoemde afdelingen vanuit het perspectief van de trustkantoren belicht.

---

458 Artikel 3 lid 7 Richtlijn 2005/60/EG.
459 FATF, *t.a.p.* 2002, p. 92.
460 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 17.
461 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 9.
462 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 22.

Algemene bepalingen
Trustkantoren zijn op basis van de eerste afdeling verplicht klantenonderzoeksvereisten toe te passen wanneer zij een zakelijke relatie aangaan, wanneer zij occasionele transacties verrichten van € 15 000 of meer, wanneer er een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering bestaat, of in het geval wordt betwijfeld of de eerder verkregen cliëntidentificatiegegevens waarheidsgetrouw of adequaat zijn (artikel 7 onder a tot en met d van de Richtlijn). Op deze plaats moet echter worden opgemerkt dat enkele van deze vereisten later door de FATF in haar evaluatierapport zijn aangescherpt. Zo stelt de FATF dat gezien de dienstverlening van trustkantoren, bovengenoemde drempel van 15 000 EUR, evenals het vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering, geen vereisten zijn om een CDD-onderzoek te verrichten.[463]
Deze vereiste klantenonderzoeksprocedures omvatten in de eerste plaats het identificeren van de cliënt en het verifiëren van zijn identiteit op basis van documenten, gegevens of inlichtingen uit betrouwbare en onafhankelijke bron. Indien sprake is van een 'uiteindelijk begunstigde' – in de richtlijn is dit begrip gedefinieerd als 'de perso(o)n(en) die de uiteindelijke eigenaar is (zijn) van of het zeggenschap heeft (hebben) over de cliënt en/of natuurlijke persoon voor wiens rekening een transactie of activiteit wordt verricht', waarbij bovendien van belang is dat zowel ten aanzien van vennootschappen als bij trusts een percentage van 25% van de aandelen of stemrechten (bij vennootschappen), respectievelijk vermogen of zeggenschap (bij trusts) wordt gehanteerd (artikel 2 lid 6 van de Richtlijn) – dient het trustkantoor deze te identificeren en op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om zijn identiteit te verifiëren, zodat het trustkantoor ervan overtuigd is te weten wie de uiteindelijk begunstigde is. In het geval het rechtspersonen, trusts en soortgelijke constructies betreft, dient het trustkantoor bovendien op risico georiënteerde en adequate maatregelen te nemen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt. In de derde plaats omvat de klantenonderzoeksprocedure het inwinnen van informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie. Tot slot is vereist dat het trustkantoor voortdurende controle verricht op de zakelijke relatie, met inbegrip van een nauwlettend toezicht op de transacties die tijdens de gehele duur van de relatie worden verricht. Het trustkantoor dient zich op basis daarvan te verzekeren dat deze transacties stroken met de kennis die het trustkantoor heeft van de cliënt en van zijn zakelijk risicoprofiel, in voorkomend geval met inbegrip van de oorsprong van de fondsen en de in bezit zijnde documenten, gegevens of inlichtingen (artikel 8 lid 1 van de Richtlijn). De draagwijdte van bovengenoemde vereisten kunnen al naar gelang de risicogevoeligheid van het type cliënt, zakelijke relatie, product of transactie worden bepaald (artikel 8 lid 2, zie nader hieronder bij de behandeling van artikel 37 van de Richtlijn).

De lidstaten dienen met betrekking tot het bovenstaande voor te schrijven dat de verificatie van de identiteit van de cliënt en de uiteindelijk begunstigde plaatsvindt vóór het aangaan van een zakelijke relatie of het uitvoeren van een transactie (artikel 9 lid 1 van de Richtlijn). Indien het noodzakelijk is om de normale gang van zaken niet te verstoren en er weinig risico op witwassen of terrorismefinanciering bestaat, kunnen lidstaten in afwijking hiervan toestaan dat de verificatie van de identiteit van de cliënt en de uiteindelijk begunstigde wordt voltooid *tijdens* het aangaan van de zakelijke relatie De procedures worden dan zo spoedig mogelijk na het eerste contact voltooid. (artikel 9 lid 2 van de Richtlijn, mijn cursivering vdW). Van trustkantoren dienen de lidstaten niet alleen te eisen dat zij de klantenonderzoekprocedures op *nieuwe* cliënten toepassen, maar dat zij deze bovendien, al naar gelang de risicogevoeligheid van deze cliënten, 'te gepasten tijde' ook op bestaande cliënten toepassen (artikel 9 lid 6 van de Richtlijn).

Vereenvoudigd klantenonderzoek
De richtlijn voorziet in een procedure van vereenvoudigd klantenonderzoek, die (in bepaalde gevallen) op trustkantoren evenals op de andere onder de richtlijn vallende instellingen en personen van toepassing kan zijn. Het vereenvoudigd klantenonderzoek houdt in dat in de normadressaat niet is onderworpen aan de voorschriften van de hierboven behandelde gevallen waarin het klantenonderzoek

463 Enkele van deze vereisten zijn in het evaluatierapport van de FATF gerelativeerd in verband met de specifieke dienstverlening van trustkantoren, zo stelt de FATF dat het genoemde vereiste € 15.000,-- of het vermo Zie nader subparagraaf 4.7.5.2 'Recommendation 12: Customer Due Diligence'.

dient te geschieden, met uitzondering van het geval er een vermoeden van witwassen of terrorismefinanciering bestaat (dus in afwijking van artikel 7 onder a, b en d van de Richtlijn). Dit geldt evenzeer ten aanzien van bovengenoemde vereisten die aan de klantenonderzoeksprocedures worden gesteld (artikel 8 van de Richtlijn) en het vereiste dat de verificatie van de identiteit van de cliënt en de uiteindelijk begunstigde plaatsvindt vóór het aangaan van een zakelijke relatie of het uitvoeren van een transactie (artikel 9 lid 1 van de Richtlijn). Het vereenvoudigd klantenonderzoek wordt, in diverse bepalingen in (afdeling 2) van de richtlijn waarin deze van toepassing is, samengevat verwoord met het bestanddeel 'in afwijking van artikel 7, onder a, b en d, artikel 8 en artikel 9, lid 1'.

Verscherpt klantenonderzoek
In situaties die omwille van hun aard een hoger risico op witwassen en terrorismefinanciering kunnen vertegenwoordigen voorziet de richtlijn in een verscherpt klantenonderzoek. Dat geldt evenzeer ten aanzien van vier nader in de richtlijn omschreven situaties, te noemen: wanneer de cliënt niet fysiek aanwezig was voor identificatie (artikel 13 lid 2 van de Richtlijn), in het geval van grensoverschrijdende correspondentbankrelaties met respondente instellingen uit derde landen (artikel 13 lid 3 van de Richtlijn), wanneer sprake is van transacties of zakelijke relaties met politiek prominente personen (artikel 13 lid 4 van de Richtlijn) en tot slot iedere andere situatie die op basis van vastgestelde technische criteria[464] een hoog risico op witwassen of terrorismefinanciering met zich meebrengt. Het verscherpt klantenonderzoek houdt in dat *bovenop* de hierboven behandelde voorschriften – namelijk van de gevallen waarin klantenonderzoek dient te worden toegepast (artikel 7 van de Richtlijn), de vereisten die aan de klantenonderzoeksprocedures worden gesteld (artikel 8 van de Richtlijn) en het vereiste dat klantenonderzoek niet alleen op nieuwe cliënten moeten toepassen, maar al naar gelang de risicogevoeligheid ook op bestaande cliënten (artikel 9 lid 6 van de richtlijn) verscherpte onderzoeksmaatregelen dienen te worden getroffen. In artikel 13 worden (in de hierboven reeds genoemde leden) de aanvullende vereisten van de verscherpte klantenonderzoeksmaatregelen beschreven. In de eerstgenoemde situatie, waarin de cliënt niet fysiek aanwezig was voor de identificatie, dienen de lidstaten als vereiste te stellen dat specifieke en adequate maatregelen worden getroffen om het hogere risico te compenseren, door bijvoorbeeld een of meer maatregelen toe te passen (artikel 13 lid 2 van de Richtlijn), waaronder het waarborgen dat de identiteit van de cliënt aan de hand van aanvullende documenten, gegevens of informatie wordt vastgesteld of het waarborgen dat de eerste betaling van de verrichting geschiedt via een rekening die op naam van de cliënt bij een kredietinstelling is geopend. De als tweede genoemde situatie heeft betrekking op kredietinstellingen en blijft derhalve verder buiten bespreking. De als derde genoemde situatie, te noemen die van transacties of zakelijke relaties met PEPs die in een andere lidstaat of in een derde land wonen, is daarentegen voor trustkantoren wel van belang. In dit geval dienen de lidstaten van het trustkantoor te eisen dat zij in de eerste plaats over passende op risico gebaseerde procedures beschikken om uit te maken of een cliënt een PEP is (artikel 13 lid 4 onder a). In de richtlijn wordt onder PEPs verstaan 'natuurlijke personen die een prominente publieke functie bekleden of hebben bekleed en directe familieleden of naaste geassocieerden van deze personen' (artikel 3 lid 8 van de Richtlijn). Voorts wordt als aanvullende eis genoemd dat toestemming van de hogere bedrijfsleiding vereist is om zakelijke relaties met PEPs aan te gaan (artikel 13 lid 4 onder b van de Richtlijn) en dat adequate maatregelen dienen te worden genomen om de bron van het vermogen en van de fondsen vast te stellen die bij de zakelijke relatie of transactie worden gebruikt (artikel 13 lid 4 onder c van de Richtlijn). Tot slot dient de zakelijke relatie doorlopend te worden gecontroleerd (artikel 13 lid 4 onder d van de Richtlijn). De gedachte achter het verscherpt klantenonderzoek ten aanzien van PEPs is dat zakelijke relaties met natuurlijke personen die prominente publieke functies bekleden, vooral bij degenen die afkomstig zijn uit landen waar corruptie veelvuldig voorkomt, een groot reputatierisico evenals een groot juridisch risico met zich meebrengen voor de financiële sector. Volgens de preambule van de richtlijn rechtvaardigt de internationale inspanning te bestrijding van corruptie dan ook een grotere aandacht voor die gevallen evenals de toepassing van alle gebruikelijke klantenonderzoeksmaatregelen voor binnenlandse politiekprominente personen en van uitgebreide

[464] Volgens artikel 40 lid 1 aanhef en onder c kan de Commissie technische criteria vaststellen om te beoordelen of situaties een hoog risico voor witwassen of terrorismefinanciering opleveren.

klantenonderzoeksmaatregelen voor politiek prominente personen die in een andere lidstaat of een derde land verblijven.[465]

Uitvoering van klantenonderzoek door derden
Lidstaten kunnen aan trustkantoren, evenals ten aanzien van de overige onder de richtlijn vallende instellingen en personen, toestaan op derden een beroep te doen om de vereisten van de klantenonderzoekprocedures van artikel 8 van de Richtlijn te vervullen, behoudens de in dat artikel (onder d) genoemde eis van het verrichten van een voortdurende controle op de zakelijke relatie.[466] De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het nakomen van deze vereisten dient in dit geval evenwel bij het trustkantoor te blijven (artikel 14 van de Richtlijn). De 'derden' waarop een beroep kan worden gedaan zijn de instellingen of personen die in artikel 2 zijn aangewezen (als instellingen of personen waar de richtlijn op van toepassing is), of gelijkwaardige in een derde land gevestigde instellingen of personen, waaraan de volgende eisen worden gesteld: in de eerste plaats dienen zij onderworpen te zijn aan een verplichte professionele registratie die bij de wet erkend is, daarnaast dienen zij klantenonderzoeksvereisten en vereisten met betreffende bewaring van bewijsstukken toe te passen welke overeenkomen of gelijkwaardig zijn aan de vereisten zoals vastgelegd in de richtlijn. Daarnaast dient het toezicht op de naleving daarvan eveneens overeenkomstig of gelijkwaardig te zijn aan de vereisten vervat in de richtlijn (artikel 16 lid 1 onder a en b van de Richtlijn). Het is derhalve niet alleen mogelijk dat trustkantoren een beroep op derden doen, zij kunnen zelf ook als derden optreden. In het geval een lidstaat toestaat dat op zijn op eigen grondgebied gevestigde personen als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 3 onder a tot en met c (dit kan derhalve een trustkantoor zijn) een beroep wordt gedaan als derden, dan staat die lidstaat deze personen in ieder geval toe de uitkomst van de klantenonderzoeksprocedure (van artikel 8 van de Richtlijn, behoudens het onder d genoemde vereiste van voortdurende controle op de zakelijke relatie) die door een persoon als bedoeld in artikel 2, lid 1, punt 3 onder a tot en met c (dit kan eveneens een trustkantoor zijn) van een andere lidstaat overeenkomstig deze richtlijn is uitgevoerd en die aan de vereisten van artikel 16 (zie hierboven) en artikel 18 (zie hieronder) voldoen, te erkennen en te aanvaarden (overeenkomstig het bepaalde in artikel 14, zie bovenaan deze alinea). Ook al zijn de documenten of gegevens voor het vervullen van deze vereisten verschillend van die welke vereist zijn in de lidstaat waarnaar de cliënt wordt verwezen (artikel 15 lid 3 van de Richtlijn). De gevraagde informatie wordt door de betrokken derde onmiddellijk beschikbaar gesteld aan de instelling of de persoon naar wie de cliënt wordt verwezen (artikel 18 lid 1 van de Richtlijn) en relevante kopieën van identificatie- verificatiegegevens en andere relevante documentatie over de identiteit van de cliënt of de uiteindelijk begunstigde worden op verzoek door de betrokken derde onmiddellijk doorgestuurd naar de instelling of persoon naar wie de cliënt wordt doorverwezen (artikel 18 lid 2 van de Richtlijn).

4.7.4.4 Meldingsplicht
Hoofdstuk 3 van de richtlijn regelt de meldingsplicht. Het hoofdstuk bestaat uit een afdeling (1) die de algemene bepalingen regelt, evenals een afdeling (2) waarin het mededelingverbod (het zogeheten 'tipping off-verbod') wordt geregeld.

Algemene bepalingen
De lidstaten vereisen van de onder deze richtlijn vallende instellingen en personen, waaronder trustkantoren, dat zij bijzondere aandacht besteden aan 'elke activiteit die zij van nature bijzonder geschikt achten om verband te houden met het witwassen van geld of met financiering van terrorisme, en met name aan complexe of ongewoon grote transacties en alle ongebruikelijke transactiepatronen

---

465 Richtlijn 2005/60/EG, preambule onder 25.

466 Met inbegrip van een nauwlettend toezicht op de tijdens de gehele duur van deze relatie verrichte transacties, teneinde te verzekeren dat deze stroken met de kennis die de instelling of persoon heeft van de cliënt en van zijn zakelijk en risicoprofiel, in voorkomend geval met inbegrip van de oorsprong van de fondsen en de in haar of zijn bezit zijnde documenten, gegevens of inlichtingen doorlopend te actualiseren (artikel 8 onder d van de Richtlijn).

zonder een duidelijk economisch of merkbaar rechtmatig doel' (artikel 20 van de Richtlijn). De instellingen en personen (en indien toepasselijk de leiding daarvan) worden verplicht 'ten volle' samen te werken met de FIU[467], in de eerste plaats door deze er uit eigen beweging van op de hoogte te brengen wanneer zij weten, vermoeden of goede reden hebben om te vermoeden dat geld wordt witgewassen of dat gepoogd wordt (of werd) geld wit te wassen of terrorisme te financieren (artikel 22 lid 1 onder a van de Richtlijn). Daarnaast dienen zij de FIU op haar verzoek, overeenkomstig volgens het geldend recht vastgestelde procedures, onmiddellijk alle vereiste inlichtingen te verstrekken (artikel 22 lid 1 onder b van de Richtlijn). Bij wetenschap of vermoeden dat transacties met witwassen of terrorismefinanciering verband houden, dienen de instellingen of personen zich hiervan te onthouden totdat de FIU hierover is ingelicht, conform artikel 22 lid 1 onder a van de Richtlijn (artikel 24 lid 1 van de Richtlijn). Bij een vermoeden dat een dergelijke transactie tot witwassen of terrorismefinanciering leidt, terwijl het niet mogelijk is zich van deze transactie te onthouden of indien door het onthouden daarvan de vervolging van de begunstigden van een vermoedlijke witwas- of terrorismefinancieringstransactie belemmerd zou worden, verstrekken de betrokken instellingen en personen de vereiste informatie onmiddellijk daarna aan de FIU (artikel 24 lid 2 van de Richtlijn). De op basis van artikel 37 van de Richtlijn bevoegde autoriteiten (die controleren of de in de richtlijn gestelde eisen door de personen en instellingen worden nageleefd en om dit te waarborgen de nodige maatregelen nemen) dienen de FIU onmiddellijk in te lichten indien zij bij inspecties op enigerlei andere wijze feiten ontdekken die verband kunnen houden met witwassen of terrorismefinanciering (artikel 25 lid 1 van de Richtlijn). De onder de richtlijn vallende instelling of persoon, waaronder het trustkantoor, dan wel een werknemer of een leidinggevende daarvan, die te goeder trouw (zoals bepaald in bovengenoemde artikelen 22 lid 1 en 23 van de Richtlijn) inlichtingen verstrekt, schendt hiermee niet het verbod op onthulling van informatie uit hoofde van een overeenkomst of een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling en brengt zulks derhalve voor hen geen aansprakelijkheid met zich mee (artikel 26 van de Richtlijn). De lidstaten zijn bovendien zelfs verplicht alle passende maatregelen te nemen om de werknemers van de instellingen of personen die intern dan wel aan de FIU vermoedens van witwassen of terrorismefinanciering melden, te beschermen tegen bedreigingen of daden van agressie (artikel 27 van de Richtlijn).

Mededelingsverbod

Afdeling 2 van Hoofdstuk 3 bevat de bepalingen met betrekking tot het zogeheten 'mededelingsverbod', dat ook wel bekend staat als het verbod op 'tipping off': het melden van een ongebruikelijke transactie of het verstrekken van aanvullende gegevens of inlichtingen aan het meldpunt moet door de meldende instellingen geheim worden gehouden. Dat geldt eveneens voor het gegeven dat deze melding of verstrekking aanleiding kan geven tot nader onderzoek.[468] Artikel 28 van de Richtlijn bepaalt terzake dat de onder de richtlijn vallende personen (waaronder trustkantoren), alsmede de werknemers en de leiding daarvan, aan de betrokken cliënt of aan derde personen niet mogen meedelen dat (overeenkomstig de artikelen 22 en 23 van de Richtlijn, die hierboven reeds ter sprake zijn gekomen) inlichtingen zijn verstrekt aan de FIU of dat een onderzoek naar witwassen of terrorismefinanciering wordt of kan worden uitgevoerd. Dit verbod geldt niet voor mededelingen aan de (in artikel 37 van de Richtlijn genoemde) autoriteiten (artikel 28 lid 2 van de Richtlijn) en vormt geen belemmering voor mededelingen tussen instellingen van de lidstaten, of van derde landen (zei het

---

467 Artikel 21 van de Richtlijn regelt dat elke lidstaat een Financial Intelligence Unit (FIU) opricht (lid 1) en dat deze wordt opgezet als een centrale, nationale eenheid die verantwoordelijk is voor de ontvangst (en voor zover toegestaan, het opvragen) het analyseren en het verspreiden onder de bevoegde autoriteiten van informatie die betrekking heeft op vermoedelijke gevallen van witwassen van geld of de financiering van terrorisme, of die krachtens een nationale wetgeving of regeling is vereist en hiertoe over adequate middelen beschikt (lid 2). De lidstaten dienen er op toe te zien dat de FIU 'rechtstreeks of onrechtstreeks, en tijdig, toegang krijgt tot de financiële, administratieve en wetshandhavingsinformatie die zij nodig heeft om haar taken te kunnen vervullen' (lid 3).

468 Zie ook: P.J. van den Broeke en R.J. Hoff, *Memo Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT)*, Deventer: Kluwer 2009, p. 112.

onder strikte voorwaarden)[469] (artikel 28 lid 3 van de Richtlijn). De overige uitzonderingen op het verbod zijn niet van toepassing op trustkantoren.[470]

4.7.4.5 Bewaring van bewijsstukken en statische gegevens

Hoofdstuk 4 betreft de verplichting tot de bewaring van bewijsstukken en overige gegevens. Van trustkantoren dient, evenals van de overige onder de richtlijn vallende instellingen en personen, door de lidstaten te worden vereist dat zij documenten en inlichtingen bewaren 'met het oog op het gebruik ervan bij een onderzoek naar, of een analyse van, mogelijk witwassen van geld of financiering van terrorisme, door de FIU of andere bevoegde autoriteiten overeenkomstig het nationaal recht.' Hiertoe dienen de volgende documenten en inlichtingen te worden bewaard. Voor wat de klantenonderzoeksprocedures betreft, dienen afschriften van of verwijzingen naar de vereiste stukken, gedurende een periode van ten minste vijf jaar na de beëindiging van de zakelijke relatie met hun cliënt te worden bewaard (artikel 30 onder a van de Richtlijn). Wat de zakelijke relaties en transacties betreft, dienen de bewijsstukken en registratie, zijnde de originele stukken of de afschriften die krachtens hun nationale wetgeving eenzelfde bewijskracht hebben, gedurende ten minste vijf jaar na uitvoering van de transacties of beëindiging van de zakelijke relatie te worden bewaard (artikel 30 onder b van de Richtlijn).

De lidstaten dienen uitgebreide statistische gegevens op te stellen over aangelegenheden die relevant zijn voor de doeltreffendheid van de systemen ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering, zodat zij de doeltreffendheid van deze systemen kunnen beoordelen (artikel 33 lid 1 van de Richtlijn). Deze statistische gegevens dienen ten minste betrekking te hebben op het aantal meldingen van verdachte transacties aan de FIU en het gevolg dat aan deze meldingen is gegeven. Zij dienen tevens een indicatie op jaarbasis te verschaffen over het aantal onderzochte gevallen, het aantal personen dat is vervolgd en veroordeeld voor strafbare feiten in verband met witwassen van geld of financiering van terrorisme en de hoeveelheid van de bevroren, in beslag genomen of verbeurdverklaarde voorwerpen (artikel 33 lid 2 van de Richtlijn). Van hun statistische verslagen dienen de lidstaten een geconsolideerd overzicht te doen publiceren (artikel 33 lid 3 van de Richtlijn).

4.7.4.6 Handhavingsmaatregelen

In Hoofdstuk 5 zijn de bepalingen met betrekking tot de handhavingsmaatregelen opgenomen. Het hoofdstuk omvat vier afdelingen, waarin onder andere ten aanzien van trustkantoren, over de beleidslijnen en procedures bepalingen zijn opgenomen (Afdeling 1 'Interne procedures, opleidingen en feedback'). Voorts zijn er bepalingen over het toezicht opgenomen die op hen van toepassing zijn (Afdeling 2 'Toezicht'), evenals een bepaling in een aparte afdeling over de samenwerking tussen de FIU's in de Gemeenschap (Afdeling 3 'Samenwerking')[471] en het sanctionerend optreden (Afdeling 4 'Sancties'). Hieronder worden deze afdelingen achtereenvolgens behandeld.

Interne procedures, opleidingen en feedback

Lidstaten dienen van trustkantoren, evenals van de overige onder de richtlijn vallende instellingen en personen, te vereisen dat zij passende beleidslijnen en procedures invoeren op het gebied van klantenonderzoek, de melding van ongebruikelijke transacties, het bewaren van bewijsstukken, de

469 De derde landen dienen aan de in artikel 11 lid 1 gestelde voorwaarden te voldoen en te behoren tot eenzelfde groep als omschreven in artikel 2, punt 12 van Richtlijn 2002/87/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende het aanvullende toezicht op kredietinstellingen, verzekeringsondernemingen en beleggingsinstellingen in een financieel conglomeraat en tot de wijziging van de Richtlijnen 73/239/EEG, 79/267/EEG, 92/49/EEG, 92/96/EEG, 93/6/EEG en 93/22/EEG van de Raad en van de Richtlijnen 98/78/EG en 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (Pb EG L 35/1).

470 Zie artikel 28 lid 4-6 van de Richtlijn.

471 Op grond van artikel 38 van de Richtlijn dient de Commissie bijstand te verlenen die nodig is om de coördinatie te vergemakkelijken, met inbegrip van gegevens tussen FIU's in de gemeenschap, de behandeling van de Afdeling 'Samenwerking' valt buiten het kader van deze studie.

interne controle, de risicobeoordeling, het nalevingsbeheer ('compliance') en de communicatie om verrichtingen die met het witwassen van geld of met de financiering van terrorisme verband houden, te voorkomen en te verhinderen (artikel 34 lid 1 van de Richtlijn). Zij[472] dienen bovendien passende maatregelen te treffen om hun betrokken werknemers met de op grond van deze richtlijn geldende maatregelen bekend te maken (artikel 35 lid 1 van de Richtlijn). De lidstaten zien er voorts op toe dat zij toegang krijgen tot actuele informatie over de praktijken van witwassers of financiers van terrorisme, evenals aanwijzingen om verdachte verrichtingen te kunnen herkennen (artikel 35 lid 2 van de Richtlijn) en dat aan hen, voor zover mogelijk, tijdig feedback wordt verstrekt over de doeltreffendheid en de follow-up van meldingen van vermoedens van witwassen of financiering van terrorisme (artikel 35 lid 3 van de Richtlijn).

Toezicht
Artikel 36 lid 1 van de Richtlijn bepaalt specifiek ten aanzien van trustkantoren, dat zij (evenals de in dit artikellid genoemde wisselkantoren) over een vergunning moeten beschikken of in een register ingeschreven moeten zijn. Bovendien wordt van de bevoegde autoriteiten vereist dat zij het verlenen van een vergunning of inschrijving in een register zullen weigeren indien zij er niet van overtuigd zijn dat de personen die het bedrijf van het trustkantoor feitelijk leiden (of zullen leiden) betrouwbare en deskundige personen zijn. Het gaat hierbij om de zogenaamde 'fit and proper' criteria (artikel 36 lid 2 van de Richtlijn), die in dit hoofdstuk voor het eerst bij de bespreking van het *Edwards Report* ter sprake zijn gekomen (zie nader subparagraaf 4.3.2.2 'Overkoepelende wetgeving en ondersteunende gedragscodes ten aanzien van de regulering van 'company, trust and professional service providers').

De bevoegde autoriteiten dienen ten minste effectief te controleren of de in deze richtlijn gestelde eisen worden nageleefd en de nodige maatregelen nemen om die naleving te waarborgen (artikel 37 lid 1 van de Richtlijn), waarbij zij deze taken onder andere ten aanzien van trustkantoren mogen verrichten op basis van risicogevoeligheid (artikel 37 lid 3 van de Richtlijn). Zij dienen hiertoe over adequate bevoegdheden te beschikken, waaronder de mogelijkheid tot het afdwingen van het verstrekken van elke informatie die van belang is voor het toezicht op de naleving en het uitvoeren van controles (artikel 37 lid 2 van de Richtlijn).

Sancties
De lidstaten dienen er op toe te zien dat de natuurlijke en rechtspersonen die onder de richtlijn vallen aansprakelijk kunnen worden gesteld voor de inbreuken op de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn (artikel 39 lid 1 van de Richtlijn). Opmerking verdient dat slechts ten aanzien van kredietinstellingen en financiële instellingen – en dus *niet* ten aanzien van 'trustkantoren' (zijnde 'aanbieders van trust- of bedrijfsdiensten' als genoemd in artikel 2 lid 1, punt 3 onder c van de Richtlijn) – in artikel 39 lid 2 van de Richtlijn is bepaald dat lidstaten onverminderd hun recht tot het opleggen van strafrechtelijke sancties, dienen te voorzien in overeenkomstig hun nationale wetgeving passende administratieve maatregelen of administratieve sancties die ten aanzien van hen kunnen worden opgelegd, die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. Zijn de trustkantoren hier abusievelijk niet genoemd?[473] Een argument dat mijns inziens daarvoor mogelijk zou kunnen pleiten is dat 'aanbieders van trust- en bedrijfsdiensten' wel expliciet worden genoemd in bovengenoemde artikelen van Afdeling 2, dat over

472 In artikel 35 lid 1 van de Richtlijn wordt onderstreept dat indien een natuurlijke persoon die 'onder een van de in artikel 2 lid 1, punt 3, opgesomde categorieën valt' (waarin ook trustkantoren als categorie zijn opgenomen) zijn beroepsactiviteiten uitoefent als werknemer van een rechtspersoon, de in Afdeling 1 genoemde bepalingen van toepassing zijn op de rechtspersoon in plaats van de natuurlijke persoon.

473 Illustratief voor hoe zeer deze bepaling wordt geacht ook op trustkantoren van toepassing te zijn is R. Stijnen, 'Compliance en de poortwachterfunctie van trustkantoren', in: *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 158. Stijnen noemt hierin enkele 'voor (zijn) verhaal relevante bepalingen' uit de 'derde witwasrichtlijn', te weten artikel 34 lid 1, artikel 36 lid 1 en ten slotte artikel 39 lid 2. Hoewel laatstgenoemde bepaling (in tegenstelling tot de als eerste en tweede genoemde bepalingen) naar de letter van de bepaling niet op trustkantoren van toepassing is, wordt zij wel door Stijnen genoemd.

‘toezicht’ handelt en waarin onder andere een vergunningplicht voor trustkantoren wordt geïntroduceerd.

4.7.5 De FATF over TCSPs en de Risk Based Approach Guidance

4.7.5.1 Ten geleide

In subparagraaf 4.7.2.2 over de herziene en uitgebreide *FATF 40 Recommendations* zijn de aanbevelingen van de FATF behandeld die tevens op trustkantoren van toepassing zijn. Na de totstandkoming van deze aanbevelingen zijn er nog enkele belangrijke rapporten verschenen, waarin de FATF al dan niet exclusief aandacht besteed aan trustkantoren. In de eerst plaats moet hier worden gewezen op twee rapporten, die exclusief aan (het misbruik van) trustkantoren zijn gewijd, te noemen het rapport *The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Corporate Service Providers* (oktober 2006)[474] en het rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (oktober 2010)[475], dat volgens de FATF in essentie als een follow up van het eerstgenoemde rapport moet worden gezien. Aangezien beide rapporten met name zijn gericht op het misbruik van trustkantoren, zijn zij reeds behandeld in hoofdstuk 3 ‘Misbruik van trustkantoren’, zie respectievelijk subparagrafen 3.2.2 en 3.2.3. Naast deze rapporten moet hier worden gewezen op een rapport waarin door de FATF richtsnoeren worden gegeven voor de implementatie van de ‘risk based approach’ met betrekking tot trustkantoren. Deze ‘risicogeoriënteerde benadering’ is bij de behandeling van Recommendation 24 en 25 reeds ter sprake gekomen (zie hierboven subparagraaf 4.7.2.2), daar waar de FATF (in Recommendation 24 onderdeel b) spreekt over ‘a risk sensitive basis’. De uitwerking van deze benadering heeft plaatsgevonden in de *Risk Based Approach Guidance for Trust and Companies Service Providers* (juni 2007)[476], waarin zowel voor de toezichthoudende autoriteiten als de trustkantoren zelf ‘guidance’ wordt gegeven om deze risicogeoriënteerde benadering te implementeren. Laatstgenoemde *RBA Guidance* voor trustkantoren wordt hieronder in de navolgende subparagraaf behandeld.

Verhouding subparagraaf 4.7.5 tot subparagraaf 4.7.6

Het laatste relevante internationale document van de in dit hoofdstuk beschreven reeks van documenten, die relevant zijn in verband met de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren, te weten het *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*[477], wordt in dit hoofdstuk derhalve het ‘sluitstuk’ genoemd. Hieraan wordt een afzonderlijke subparagraaf gewijd, zie hieronder subparagraaf 4.7.6 ‘Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF’. Eerst volgt als gezegd een bespreking van de *RBA Guidance*.

4.7.5.2 RBA Guidance voor DNFBPs

In juni 2007 heeft de FATF, op basis van uitgebreide consultatie tussen leden van een door de FATF ingestelde ‘Electronic Advisory Group’ (EAG) uit de private en de publieke sector, de zogeheten *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing – High Level Principles and Procedures*[478] opgesteld, waarin richtlijnen voor toezichthoudende autoriteiten en financiële instellingen zijn opgenomen voor de implementatie van de ‘risk based approach’ (RBA). Aangezien de *FATF 40 Recommendations* naast financiële instellingen ook van toepassing zijn op daarin aangewezen ‘Designated Non-Financial Businesses and Professions’

---

474 *The Misuse of Corporate Vehicles, Including Trust and Corporate Service Providers*, FATF 13 oktober 2006.

475 *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers*, FATF oktober 2010.

476 *RBA Guidance for Trust and Company Service Providers*, FATF 17 juni 2008.

477 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

478 *Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing – High Level Principles and Procedures*, FATF juni 2007.

(DNFBPs, waaronder trustkantoren), heeft de 'FATF Working Group on Evaluations and Implementation' (WGEI) op haar bijeenkomst in juni 2007 ingestemd met het voorstel om, met de vertegenwoordigers van deze DNFBPs bijeen te komen voor de ontwikkeling van guidance met betrekking tot de implementatie van de RBA voor de verschillende sectoren, waarbij dezelfde structuur en stijl wordt gebruikt als bij bovengenoemde *RBA Guidance* voor financiële instellingen.

Op de bijeenkomst in september 2007 was vanuit de vertegenwoordigers van advocaten, notarissen, accountants, trustkantoren, casino's, vastgoedhandelaren en handelaren in zaken van grote waarde (edelmetalen en edelstenen) draagvlak voor het opstellen van richtsnoeren voor de implementatie van de RBA voor de betreffende sectoren. De FATF richtte hiertoe nog een EAG op om het werk te faciliteren. Het doel was te komen tot sectorspecifieke richtsnoeren voor de RBA, waarin aan de hand van de bestaande principes van de FATF ook de specifieke risicofactoren en strategieën van de betreffende sector worden belicht. Na de bijeenkomst in december 2007, waaraan ook experts uit de publieke sector deelnamen, evenals werkgroepen bestaande uit leden afkomstig uit de publieke en private sector, heeft de EAG haar werkzaamheden voortgezet totdat zij de RBA Guidance for Trust and Company Service Providers aan de WGEI kon presenteren, die na verdere internationale consultatie met zowel publieke als private sectoren op de plenaire vergadering van de FATF in juni 2008 is aanvaard, waarna voor iedere DNFBP-sector afzonderlijk een RBA Guidance is gepubliceerd.[479] Deze hebben alle een drieledig doel, dat de FATF formuleert als volgt:

- Support the development of a common understanding of what the risk-based approach involves.
- Outline the high-level principles involved in applying the risk-based approach.
- Indicate good practice in the design and implementation of an effective risk-based approach.

In navolgende subparagrafen 4.7.5.3 – 4.7.5.5 wordt de *RBA Guidance* voor trustkantoren behandeld, waarbij eerst wordt ingegaan op de risicogeoriënteerde aanpak die in het eerste deel van de *Guidance* voor trustkantoren wordt beschreven, voorts wordt het tweede deel van de *Guidance* besproken, dat tot de toezichthoudende autoriteiten is gericht. Ten slotte wordt het derde deel besproken, waarin ten aanzien van trustkantoren richtsnoeren worden gegeven om de risicogeoriënteerde benadering in te voeren. Hierbij wordt waar toepasselijk teruggegrepen op de Recommendations, zoals behandeld in subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations'.

4.7.5.3 De risicogeoriënteerde aanpak van de RBA Guidance

De *RBA Guidance* is primair tot de trustkantoren gericht. Zoals in subparagraaf 4.7.2.2 reeds ter sprake is gekomen bij de behandeling van Recommendation 12 (aanhef en onder e), zijn Recommendation 5, 6 en 8 tot en met 11 op trustkantoren van toepassing, indien zij de daartoe door de FATF aangewezen diensten voorbereiden of verrichten voor hun cliënten. Ook is in laatstgenoemde subparagraaf besproken dat op basis van Recommendation 16 op dezelfde wijze, dus eveneens zowel bij het voorbereiden als het verrichten van deze diensten voor hun cliënten, Recommendations 13 tot en met 15, met betrekking tot het melden van verdachte transacties en het implementeren van AML/CFT-maatregelen in de bedrijfsvoering, van toepassing zijn op trustkantoren. Dat geldt evenzeer voor Recommendation 21, op basis waarvan speciale aandacht dient te worden besteed aan zakelijke relaties en transacties met personen, bedrijven en financiële instellingen in landen die niet of onvoldoende voldoen aan de Recommendations van de FATF. Naast trustkantoren is de *RBA*

[479] Zie in dit verband: *RBA Guidance for Accountants*, FATF 17 juni 2008; *RBA Guidance for Dealers in Precious Metal and Stones*, FATF 17 juni 2008; *RBA Guidance for Real state Agents*, FATF 17 juni 2008; *RBA Guidance for Casinos*, FATF 28 oktober 2008; *RBA Guidance for Legal Professionals*, FATF 28 oktober 2008. Zie ook: *RBA Guidance for Money Service Businesses*, FATF 3 juli 2009 en *RBA Guidance for the Life Insurance Sector*, FATF 19 oktober 2009.

Guidance gericht tot de betrokken landen, toezichthouders en 'zelf regulerende organisaties', die AML/CFT-maatregelen op trustkantoren toepassen.

De 'risk based approach'
De 'risk based approach' gaat uit van het principe dat 'resources should be directed in accordance with priorities so that the greatest risks recieve the highest attention.'[480] Dit maakt het mogelijk de te nemen AML/CFT-maatregelen af te stemmen op de geïdentificeerde risico's. Volgens de FATF laten de bewoordingen van haar aanbevelingen aan landen en DNFBPs de ruimte om 'to some degree' een risico georiënteerde aanpak van AML/CFT-maatregelen toe te passen.[481] Hiertoe dienen risicoanalyses te worden uitgevoerd, op basis waarvan kan worden bepaald waar de risico's van witwassen en terrorismefinanciering het grootst zijn.
De 'risicogeoriënteerde benadering' betekent voor trustkantoren dat zij risico's moeten kunnen inschatten: 'Implementing the risk-based approach requires that TCSPs have a sound understanding of the risks and are able to exercise sound judgement.' Zij zullen hierbij volgens de FATF geholpen dienen te worden bij het identificeren van 'high risk' klanten, producten en diensten, inclusief leveringskanalen en geografische locaties (waarbij overigens wordt benadrukt dat gegevens niet statisch zijn, maar dat zij door voortgaande ontwikkelingen kunnen veranderen). Zoals bij de bespreking van Recommendation 25 ter sprake is gekomen, ziet de FATF hierin een ook belangrijke rol voor de toezichthoudende autoriteiten weggelegd. Zij dienen 'adequate feedback' te verschaffen, zodat trustkantoren worden geholpen 'to more accurately assess the money laundering and terrorist financing risks and adjust their risk programmes accordingly.' Dit zou op zijn beurt weer de detectie van verdachte activiteiten bevorderen en de hoeveelheid meldingen van verdachte transacties doen toenemen.

Risk management
Het doel is trustkantoren in staat te stellen zelf hun risico's te managen: 'risk management', waarbij trustkantoren door een combinatie van afschrikking (door de CDD-maatregelen), detectie (door toezicht en het melden van verdachte transacties) en het voeren van een administratie (ter ondersteuning om onderzoek door de autoriteiten te kunnen faciliteren) wordt getracht te voorkomen dat genoemde risico's zich verwezenlijken.[482] De 'risicogeoriënteerde benadering' is volgens de FATF geïncorporeerd in haar aanbevelingen. Ten aanzien van trustkantoren wijst zij op drie belangrijke gebieden waarin risico's worden beoordeeld, te noemen: 1. Customer Due Diligence (verwijzend naar Recommendation 5, 6, 8 en 9), 2. Interne controlesystemen (Recommendation 15) en Toezicht op trustkantoren (Recommendation 24).

1. Customer Due Diligence
In Recommendation 5, 6, 8 en 9 wordt risico in verschillende gradaties behandeld. Ten aanzien van *high risk* cliënten, zakenrelaties of transacties, wordt in Recommendation 5 bepaald dat landen verplicht zijn aan trustkantoren op te leggen dat een verscherpt cliëntenonderzoek wordt toegepast. Een bekend voorbeeld is het verscherpte cliëntenonderzoek naar PEPs in Recommendation 6. Indien van *lower risk* sprake is, mogen landen toestaan dat trustkantoren met een vereenvoudigd cliëntenonderzoek volstaan. Een volgende categorie risico's zijn de *risks arising from innovation*. Recommendation 8 verplicht landen aan trustkantoren op te leggen dat zij speciale aandacht besteden aan nieuwe technieken op basis waarvan anonimiteit kan worden bewerkstelligd. Tot slot vereisen de FATF standaarden dat door bevoegde autoriteiten, op basis van een *risk assessment mechanism*, controle kan worden uitgeoefend op de procedures die door trustkantoren worden gehanteerd, zowel met betrekking tot het bepalen van de mate van risico van het trustkantoor en het managen daarvan, als de daadwerkelijke beoordelingen zelf. Hierbij moet de betrokken autoriteit zich er bovendien van vergewissen of de door haar opgelegde richtlijnen worden nageleefd.

2. Internal control systems

480 FATF, *t.a.p.* 2008, p. 3.
481 Idem, p. 3.
482 Idem, p. 4.

Op basis van Recommendation 15 zijn trustkantoren verplicht geschikt ('appropriate') intern beleid, training en audit systemen te ontwikkelen, waarin voortdurend wordt gescreend op potentiële risico's voor witwassen en terrorismefinanciering, die met onder meer klanten, producten en diensten samenhangen.

3. Regulation and oversight by designated competent authorities or SROs
Recommendation 24 verplicht landen als gezegd om trustkantoren aan effectieve systemen van toezicht te onderwerpen, zodat compliance met de AML/CFT bepalingen kan worden verzekerd. Bij de beoordeling of dit systeem voldoet, kan het risico op witwassen en terrorismefinanciering worden meegenomen. Als voorbeeld wordt genoemd dat indien een lager risico wordt aangetoond bij een bepaalde vorm van dienstverlening, dat dan ook met een lager niveau van toezicht kan worden volstaan.

Beperkingen van de 'risicogeoriënteerde benadering'
Eén van de genoemde beperkingen van de 'risicogeoriënteerde benadering' betreft de financiering van terrorisme. Om verschillende redenen heeft de FATF het nodig gevonden om hierover nadere consultatie te houden: 'this Guidance has not comprehensively addressed the application of a risk-based process to terrorist financing', waarbij de FATF evenwel opmerkt dat 'It is clearly preferable that a risk-based approach be applied where reasonably practicable.'[483] Volgens de FATF zijn er overeenkomsten en verschillen in de toepassing van de risicogeoriënteerde benadering van witwassen en terrorismefinanciering aan te wijzen. Het verschil is gelegen in de karakteristieken van terrorismefinanciering die de detectie bemoeilijken, evenals de toepassing van een risicogeoriënteerde benadering vanwege de relatief lage bedragen die met de transacties zijn gemoeid en het feit dat bij terrorismefinanciering de gelden zowel van legale als illegale herkomst kunnen zijn.[484] Het probleem is dat het juist de kleine bedragen zijn die op basis van een risicogeoriënteerde benadering als een minimaal risico worden beschouwd. Daar komt nog bij dat indien de gelden een legale herkomst hebben en de transacties bovendien een openlijk en ogenschijnlijk onschuldig karakter, het nog moeilijker zal zijn om te bepalen of sprake is van terrorismefinanciering. De FATF meent dan ook dat 'it is not the responsibility of the TCSPs to determine the type of underlying criminal activity, or intended terrorist purpose; rather the TCSP's role is to identify and report the suspicious activity.' Het is vervolgens aan de FIU en de handhavende autoriteiten om hiernaar verder onderzoek te doen.[485]
Daarnaast zijn er omstandigheden waarin een risicogeoriënteerde benadering niet of slechts beperkt van toepassing is. Gedacht moet hierbij worden aan in wet en regelgeving vastgelegde vereisten die voortvloeien uit internationale verplichtingen, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot het bevriezen van tegoeden, maar ook bepaalde bestanddelen van de CDD-procedure, zoals bijvoorbeeld de identificatie en verificatie van de uiteindelijk belanghebbenden, het verwerven van informatie met betrekking tot het doel en de aard van de zakelijke relatie en het voortdurend uitvoeren van due deligence. Hieraan dient te worden voldaan, onafhankelijk of er een risicogeoriënteerde benadering word gekozen. Tot slot is het mogelijk dat er omstandigheden zijn waarin de risicogeoriënteerde benadering alleen in de eerste fase niet, maar in latere stadia wel van toepassing is. Nadat aan de vereiste bestanddelen van CDD is voldaan, dienen deze blijvend te worden geverifieerd en kan voor het vervolg een risicogeoriënteerde benadering worden toegepast.[486]

In de hierboven besproken *RBA Guidance for Trust and Companies Service Providers* zijn twee afzonderlijke onderdelen opgenomen, bestaande uit twee, respectievelijk drie hoofdstukken, waarin achtereenvolgens richtsnoeren worden gegeven aan de publieke autoriteiten ('Section Two: Guidance for Public Authorities') en aan trustkantoren ('Section Three: Guidance for Trust and Company Service Providers (TCPS) on Implementing a Risk-Based Approach').

---

483 Idem, p. 8.
484 In het laatste geval dat de gelden een illegale herkomst hebben, zijn de traditionele mechanismen om witwassen te identificeren geschikt, hoewel hierbij ten aanzien van de betreffende activiteit mogelijk niet de link met terrorismefinanciering zal worden gelegd.
485 FATF, *t.a.p.* 2008, p. 8.
486 Idem, p. 8-9.

4.7.5.4 Guidance voor toezichthoudende autoriteiten

Het onderdeel *'Guidance for Public Authorities'* bestaat uit twee hoofdstukken. In het eerste hoofdstuk *'High-level Prinicples for Creating a Risk-Based Approach'* worden vijf beginselen beschreven die bedoeld zijn om landen te steunen in de inspanningen om hun AML/CFT regimes te verbeteren en kunnen worden toegepast op een manier die passend is bij de bijzondere omstandigheden van de verschillende landen. In het tweede hoofdstuk *'Implementation of the Risk-Based Approach'* wordt uiteengezet op welke wijze evenredige controlemaatregelen door de autoriteiten kunnen worden uitgevoerd ter implementatie van de risicogeoriënteerde benadering.

High-level Principles for Creating a Risk-Based Approach

Door middel van vijf 'principles' wordt door de FATF richting gegeven aan de inspanningen van landen om de RBA-approach in te voeren, zodat zij hun voorzieningen het meest effectief kunnen inzetten in de strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering. Volgens de FATF kunnen deze principes worden beschouwd 'as setting out a broad framework of good practice.'[487]

- *Principle one: Understanding and responding to the threats and vulnerabilities: a national risk assessment*

Wellicht het meest basale uitgangspunt voor succesvolle toepassing van de risicogeoriënteerde benadering is dat landen in de eerste plaats een goed begrip hebben van de bedreigingen en kwetsbaarheden waarmee het land te maken heeft. Op basis van een nationale risk assessment – 'tailored to the circumstances of each contry' – kan hiertoe de nodige kennis worden vergaard.

- *Principle two: A legal/regulatory framework that supports the application of a risk-based approach*

Een volgende stap is dat de landen moeten bezien of hun wet- en regelgeving bevorderlijk zijn voor de toepassing van de risicogeoriënteerde benadering. Ook hier kan op basis van een nationale risk assessment inzicht worden verkregen in de opgelegde verplichtingen van het 'legal/regulatory framework', waartoe indien toepasselijk daarin aanpassingen kunnen worden doorgevoerd. Benadrukt wordt dat de 'risicogeoriënteerde benadering' voor trustkantoren betekent dat 'TCSPs should have a degree of flexibility to implement policies and procedures which respond appropriately to their own risk assessment' en dat de (duidelijk) opgelegde standaarden door aanvullende maatregelen afgestemd kunnen worden op de betrokken risico's van de dienstverlening: 'The fact that policies and procedures, in accordance to the risk levels, may be applied to different products, services, customers and locations does not mean that policies need not be clearly defined.'[488]

- *Principle three: Design of a monitoring framework to support the application of a risk-based approach*

In de derde plaats moet overwogen worden in hoeverre de autoriteiten, die belast zijn met het toezicht op de naleving van AML/CFT-regels, over de benodigde bevoegdheden beschikken om de 'risicogeoriënteerde benadering' in het toezicht te kunnen implementeren. Als barrière hierbij wordt genoemd dat door de autoriteit te veel kan worden gesteund op de gedetailleerde vereisten en voorschriften, die voortvloeien uit de wetten waaraan de betreffende autoriteit haar bevoegdheden ontleent. Een andere genoemde factor, die van belang is voor het kunnen implementeren van deze benadering in het toezicht, is kennis van de activiteiten van trustkantoren in verhouding tot de AML/CFT-risico's: de implementering van de RBA in het toezicht 'should be based on a thorough and comprehensive understanding of the types of activity carried out by TCSPs, and the money laundering and terrorist financing risks to which these are exposed.'[489] Op deze wijze kan de bevoegde autoriteit, op basis van haar inzicht in de risico's die met de dienstverlening van trustkantoren samenhangen, prioriteiten stellen in het uitvoeren van het toezicht. Hier kan bovendien het uitvoeren van een risico assessment inzicht bieden, waarbij eveneens inzicht kan worden verkregen in de toereikendheid van de middelen die haar hiertoe ter beschikking staan. Tot slot wordt benadrukt dat de

487 Idem, p. 11.
488 Idem, p. 11-12.
489 Idem, p. 12.

‘risicogeoriënteerde benadering’ bij toezicht dezelfde vereisten stelt aan het personeel van de bevoegde autoriteit als bij het personeel van trustkantoren: ‘The application of a risk-based approach to monitoring requires that designated competent authorities’ (…) staff be able to make principle-based decisions in a fashion similar to what would be expected from a TCSP or the staff of a TCSP’s business.’[490] Hierbij moet gedacht worden aan beslissingen met betrekking tot de toereikendheid van de maatregelen om witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan, zoals opleiding van personeel in de toepassing van de risicogeoriënteerde benadering.

- *Principle four: Identifying the main actors and ensuring consistency*

Het vierde uitgangspunt betreft het in kaart brengen van de voornaamste stakeholders (de overheid; handhavende instanties, zoals de politie; de FIU; toezichthouders; de private sector, waaronder de trustkantoren zelf worden gerekend; het publiek dat de wetten naleeft; anderen, waaronder de academische wereld en de media die aan de conceptuele basis van de onderbouwing van de risicogeoriënteerde benadering kunnen bijdragen) bij het implementeren van de risicogeoriënteerde benadering. Deze stakeholders kunnen per land verschillen. Aanbevolen wordt om hierbij in overweging te nemen wat de meest effectieve manier is om de verantwoordelijkheid voor het tegengaan van witwassen en terrorismefinanciering over deze stakeholders te verdelen en te bezien hoe de informatie die hierbij wordt gegenereerd het beste kan worden verdeeld. Voorts wordt aan de overheid de rol toebedeeld om te beoordelen hoe alle stakeholders kunnen worden aangemoedigd inspanningen te verrichten om witwassen en terrorismefinanciering te bestrijden en bovendien om erkenning te vinden voor de relevantie van de risicogeoriënteerde benadering door de bevoegde autoriteiten. Volgens de FATF dienen hiertoe door de relevante autoriteiten heldere standpunten te worden ingenomen met betrekking tot de volgende door haar aangedragen onderwerpen, te noemen: de flexibiliteit die redelijkerwijs van trustkantoren mag worden verwacht bij het afstemmen van hun interne systemen op lage en hoge risico’s, waarbij ten aanzien van bepaalde elementen (zoals customer due diligence en het melden van verdachte transacties) aan de vereisten dient te worden voldaan ongeacht de mate van risico; het onderkennen dat niet alle hoge-risicosituaties identiek zijn en dat het daardoor niet altijd precies dezelfde toepassing van een verscherpt cliëntenonderzoek vereist zal zijn; en ten slotte het onderkennen van de beperkingen van het trustkantoor in het tegengaan van misbruik, op basis waarvan redelijke verwachtingen ten aanzien van de inspanningen van het trustkantoor kunnen worden geformuleerd:

> ‘Acknowledging that a TCSP’s ability to detect and deter money laundering and terrorist financing may sometimes be necessarily limited and that information on risk factors is not always robust or freely available. There can therefore be reasonable policy and monitoring expectations about what a TCSP with good controls aimed at preventing money laundering and the financing of terrorism is able to achieve. A TCSP may have acted in good faith to take reasonable and considered steps to prevent money laundering, and documented the rationale for its decisions, and yet still be abused by a criminal.’[491]

- *Principle five: Information exchange between the public and private sector*

Het vijfde uitgangspunt betreft het bewerkstelligen van effectieve informatie uitwisseling tussen de publieke en de private sector. Beoogd wordt om een wisselwerking tussen beide sectoren te doen ontstaan, waarbij de private sector (met name de trustsector) door haar specifieke kennis over de commerciële activiteiten van hun cliënten in staat is om, aan de hand van informatie die zij op haar beurt vooraf van de overheid heeft verkregen (‘government intelligence’), al dan niet op tijdelijke basis aan de publieke autoriteiten de benodigde informatie te verschaffen en een inschatting te maken bij het toepassen van de ‘risicogeoriënteerde benadering’. Deze informatie dient op gepaste wijze tussen de publieke en de private sector te worden uitgewisseld, waarbij gevoelige informatie niet te wijd verspreid mag worden. De relevante stakeholders dienen met elkaar in gesprek te blijven om te evalueren welke gegevens van bewezen nut zijn in de strijd tegen witwassen en terrorismefinanciering,

---

490 Idem, p. 12.
491 Idem, p. 13.

waarbij moet worden gedacht aan de navolgende typen informatie: Assessments of country risk; Typologies or assessments of how money launderers and terrorists have abused the DNFBPs, especially TCSPs; Feedback on suspicious transaction reports and other relevant reports; Targeted unclassified intelligence. In specific circumstances, and subject to appropriate safeguards and a country's legal and regulatory framework, it may also be appropriate for authorities to share targeted confidential information with TCSPs; Countries, persons or organisations whose assets or transactions should be frozen.[492]

Implementation of the Risk-Based Approach
In het tweede hoofdstuk van het onderdeel *'Guidance for Public Authorities'* wordt de implementatie van de risicogeoriënteerde benadering behandeld. Een eerste vereiste voor de implementatie is als gezegd dat de risico's waarmee een land te maken heeft inzichtelijk worden gemaakt op basis van een nationale risico assessment die 'tailored to the circumstances of the individual country' is, waartoe in het rapport factoren worden genoemd die hierbij van belang zijn.[493]
Daarnaast worden twee algemene beginselen gegeven om toezicht en compliance met de AML/CFT-vereisten te bewerkstelligen. Als gezegd dienen trustkantoren op basis van Recommendation 24 onderworpen te zijn aan 'effective systems for monitoring and ensuring compliance with AML/CFT requirements.' Hiertoe dient een bekwame autoriteit te worden aangewezen met passende bevoegdheden, waaronder de bevoegdheid tot het opleggen van sancties. Twee algemene uitgangspunten worden hiertoe in het rapport genoemd. Allereerst 'transparantie van regelgeving': bij het beoordelen van risico's zullen trustkantoren de regelgevende verplichtingen als uitgangspunt moeten kunnen nemen. Dit betekent dat de bevoegde autoriteiten transparant moeten zijn in hun regelgeving: 'the designated competent authority (…) with AML/CFT supervisory/monitoring responsibilities should seek to be transparent in setting out what it expects, and will need to consider appropriate mechanisms of communicating these messages.'[494] Het tweede uitgangspunt is het opleiden van personeel van de toezichthoudende en handhavende autoriteiten. De focus wordt hierbij gelegd 'to form a sound comparative judgement about AML/CFT systems and controls', het personeel dient door haar opleiding in staat te zijn de sterktes en zwaktes van verschillende trustkantoren te doorzien en de risico's van trustkantoren en hun dienstverlening in hun beoordeling mee te kunnen nemen. In het rapport worden drie kernpunten genoemd, waarop de training van het personeel dient te zijn gericht: 'training should enable designated competent authorities' (…) monitoring staff to adequately assess:

i. The quality of internal procedures, including ongoing employee training programmes and internal audit, compliance and risk management functions.
ii. Whether or not the risk management policies and processes are appropriate in light of TCSPs' risk profile, and are periodically adjusted in light of changing risk profiles.

---

492 Idem, p. 14.

493 Zie: Idem, p. 15. Hier worden de volgende factoren genoemd die invloed kunnen uitoefenen op het risico van witwassen en terrorismefinanciering: Political environment; Legal environment; A country's economic structure; Cultural factors, and the nature of civil society; Sources, location and concentration of criminal activity; Size and composition of the financial services industry; Ownership structure of financial institutions and DNFBPs businesses; Size and nature of the activity carried out by DNFBPs, including TCSPs (this applies particularly to company incorporation for non-residents); Corporate governance arrangements in relation to financial institutions and DNFBPs and the wider economy; The nature of payment systems and the prevalence of cash-based transactions; Geographical spread of the financial industry's and DNFBPs' operations and customers; Types of products and services offered by the financial services industry and DNFBPs; Types of customers serviced by financial institutions and DNFBPs; Types of predicate offences; Amounts of illicit money generated domestically; Amounts of illicit money generated abroad and laundered domestically; Main channels or instruments used for laundering or financing terrorism; Sectors of the legal economy affected; Underground/informal areas in the economy.

494 Idem, p. 18.

iii. The participation of senior management to confirm that they have undertaken adequate risk management, and that the necessary procedures and controls are in place.'[495]

4.7.5.5 Guidance voor trustkantoren

In het derde onderdeel worden in drie hoofdstukken richtlijnen voor trustkantoren beschreven ter implementatie van de 'risicogeoriënteerde benadering'. Het eerste hoofdstuk *'Risk Categories'* beschrijft de meest gebruikte risico criteria en de vereisten voor trustkantoren bij het managen van potentiële risico's voor witwassen en terrorismefinanciering. Het tweede hoofdstuk *'Application of a Risk-based Approach'* beschrijft de vereisten van 'customer due diligence'/know your customer', het toezicht houden op clienten en transacties door trustkantoren, evenals het melden van verdachte transacties en 'training and awareness' voor het personeel van trustkantoren. Het derde hoofdstuk *'Internal Controls'* behandelt, vanuit een risicogeoriënteerde benadering, aan welke vereisten de interne controle bij trustkantoren dient te voldoen.

Risk Categories

Het eerste hoofdstuk behandelt de risico categorieën. Voor een succesvolle implementatie van de risicogeoriënteerde benadering heeft een trustkantoor criteria nodig op basis waarvan zij potentiële witwas- en terrorismefinancieringsrisico kan beoordelen op een 'service-by-service' basis. De risico's zullen afhankelijk van de activiteiten van het trustkantoor variëren. Hoewel bij aanvang van de cliëntrelatie een beoordeling van de risico's plaats dient te vinden, kan het bij sommige cliënten na verloop van tijd noodzakelijk blijken om het risicoprofiel uit te breiden. Hiertoe kan bovendien verkregen informatie van bevoegde autoriteiten de aanleiding zijn.

Op basis van het toepassen van 'risico categorieën' – 'Money laundering and terrorist financing risks may be measured using various categories' – kan het trustkantoor haar 'risk management'-strategie bepalen, door cliënten op basis daarvan aan een evenredig toezicht te onderwerpen. De meest voorkomende criteria zijn 'geografisch risico' ('country or geographic risk'), 'cliëntrisico' ('customer risk') en 'product/dienstenrisico' ('product/services risk'). Het is hierbij aan het trustkantoor om aan deze categorieën (of combinaties daarvan) gewicht toe te kennen. De FATF benadrukt hierbij dat trustkantoren hierin een eigen afweging dienen te maken en dat bij wet- en regelgeving ingestelde parameters de beoordeling van het trustkantoor slechts kunnen beperken, evenals dat een algemeen geaccepteerde set van risico categorieën ontbreekt: 'While there is no agreed upon set of risk categories for TCSPs, the examples provided herein are the most commonly identified risk categories. There is no one single methodology for applying these risk categories; however, the application of these risk categories is intended to assist in designing an effective strategy for managing the potential risks.'[496] Hieronder worden genoemde 'risico categorieën' behandeld:

- *'Countries/Geographic Risk'*

Hoewel het volgens de FATF onder trustkantoren en bevoegde autoriteiten ontbreekt aan een universeel geaccepteerde definitie op basis waarvan een bepaald land of geografisch gebied als 'higher risk' kan worden aangemerkt, stelt de FATF dat 'Country risk', in combinatie met andere risicofactoren, bruikbare informatie verschaft met betrekking tot het onderkennen van kwetsbaarheden voor witwassen en terrorismefinanciering. Zij beschrijft in haar rapport vier factoren op basis waarvan kan worden bepaald dat een land een hoger risico vormt, te weten:[497]

1. Landen waaraan sancties, embargo's of soortgelijke maatregelen zijn opgelegd door, bijvoorbeeld de Verenigde Naties (VN);[498]

---

495 Idem, p. 19.

496 Idem, p. 20.

497 Idem, p. 20-21.

498 De officiële vertaling luidt: 'Countries subject to sanctions, embargoes or similar measures issued by, for example, the United Nations (UN). In addition, in some circumstances, countries subject to

2. Landen die volgens 'geloofwaardige bronnen' ('credible resources')[499] zijn geïdentificeerd als landen met een gebrek aan AML/CFT maatregelen, alsmede wet- en regelgeving op dat terrein;[500]
3. Landen die volgens 'geloofwaardige bronnen' zijn geïdentificeerd als landen die financiering verschaffen dan wel ondersteuning bieden van terroristische activiteiten, waarbinnen aangewezen terroristische organisaties actief zijn;[501]
4. Landen die door 'geloofwaardige bronnen' zijn geïdentificeerd als landen met een significant niveau van corruptie of andere criminele activiteiten.[502]

- *'Customer Risk'*

Ook het bepalen van het risico dat een cliënt[503] of een categorie cliënten met zich meebrengt, is volgens de FATF cruciaal voor de ontwikkeling van een kader voor risk management. Trustkantoren zullen op basis van hun eigen criteria bepalen of een bepaalde cliënt een risico vormt, waarbij de toepassing van zogenaamde 'risico variabelen' in de risicobeoordeling wordt meegewogen. De FATF beschrijft een aantal categorieën cliënten wier activiteiten een 'hoger risico' kunnen indiceren:[504]

1. Cliënten waarbij in hun zakelijke relatie of transacties ongebruikelijke omstandigheden zijn geconstateerd, zoals:
- Aanzienlijke en onverklaarde geografische afstand tussen het trustkantoor en de locatie van de cliënt.[505]
2. Cliënten waarbij de structuur of de aard van de entiteit of relatie het moeilijk maakt om de werkelijke eigenaar of belanghebbende te identificeren en te verifiëren, waaronder:
- Onverklaard gebruik van structuren van rechtspersonen, express trusts en nominee shares en het gebruik van aandelen aan toonder ('bearer shares');
- Onverklaarde delegatie van bevoegdheden door de aanvrager of de cliënt voor het gebruik van volmachten, 'mixed boards' en 'representative offices';
- Onverklaarde relaties tussen de (uiteindelijk) belanghebbenden van de aanvrager en de tekeningsbevoegde voor de rekeningen (zie uitgebreider navolgende voetnoot).[506]

---

sanctions or measures similar to those issued by bodies such as the UN, but which may not be universally recognised, may be given credence by a TCSP because of the standing of the issuer and the nature of the measures.'

499 Naast de FATF en FATF-style lichamen worden hieronder niet limitatief begrepen de supra-nationale of internationale lichamen als het IMF, de Egmond Groep, de FIUs evenals relevante nationale overheidsinstellingen en non-gouvernementele organisaties. Zie: Idem, p. 21.

500 De officiële vertaling luidt: 'Countries identified by credible sources as lacking appropriate AML/CFT laws, regulations and other measures.'

501 De officiële vertaling luidt: 'Countries identified by credible sources as providing funding or support for terrorist activities that have designated terrorist organisations operating within them.'

502 De officiële vertaling luidt: 'Countries identified by credible sources as having significant levels of corruption, or other criminal activity.'

503 In de *RBA Guidance* wordt gewezen op het onderscheid in de aanduiding van 'cliënt' en de in de Guidance gebruikte term 'customer' (klant). Trustkantoren plegen doorgaans de term cliënt te gebruiken, die ook betrekking heeft op andere relevante partijen die een bepaalde mate zeggenschap over de trust- of companystructuur hebben. Omwille van eenduidigheid wordt in deze studie gesproken van cliënten. Zie nader voor het hier genoemde onderscheid in de terminologie: FATF, *t.a.p.* 2008, p. 21, voetnoot 4.

504 Idem, p. 21-22.

505 De officiële vertaling luidt: 'Customers conducting their business relationship or transactions in unusual circumstances, such as: Significant and unexplained geographic distance between the TCSP and the location of the customer.'

506 De officiële vertaling luidt: 'Customers where the structure or nature of the entity or relationship makes it difficult to identify and verify the true owner or controlling interests, such as: Unexplained use of corporate structures, express trusts and nominee shares, and use of bearer shares; Unexplained delegation of authority by the applicant or customer through the use of powers of attorney, mixed

3. ‘Cash-intensive business’, of business waarvoor hetzelfde geldt met een equivalent daarvan, waaronder:
- ‘Money services businesses’ (bijvoorbeeld: ‘remittance houses’, wisselkantoren en cambio’s, zie de officiële vertaling in de voetnoot voor meer voorbeelden);
- Casino’s, wed- en gokgerelateerde activiteiten;
- Bedrijven die normaal gesproken niet ‘cash intensive’ zijn, die bij bepaalde transacties substantiële bedragen genereren.[507]
4. Goede doelen en ‘not for profit’ organisaties die niet aan toezicht zijn onderworpen (met name indien zij opereren over verschillende landsgrenzen).[508]
5. Andere trustkantoren, financiële instellingen en andere DNFPBs die niet aan adequate AML/CFT wet- en regelgeving zijn onderworpen en waarop geen adequaat toezicht wordt gehouden;[509]
6. Cliënten die Politically Exposed Persons (PEPs) zijn;[510]
7. Cliënten waarbij geen zakelijk belang kan worden aangewezen voor de verzochte producten of diensten, die onnodige mate van geheimhouding verzoeken of waarbij blijkt dat een boekhoud spoor (‘audit trail’) bewust is doorbroken of onnodig gelaagd is.[511]

- *‘Product/Service risk’*

Een ‘risk assessment’ dient eveneens een beoordeling van de risico’s van producten en diensten te omvatten. Trustkantoren dienen volgens de FATF, bij het bepalen van de risico’s van (in het bijzonder nieuwe en innovatieve) producten en diensten, de volgende factoren in beoordeling mee te nemen, te noemen of er sprake is van:[512]

1. ‘Shell companies’, companies waarbij de eigendom door nominee shareholding en nominee en corporate directors wordt gehouden.[513]
2. Diensten waarbij trustkantoren, optredend als financiële tussenpersoon, bij zakelijke transacties feitelijk het ontvangst en het overmaken van gelden middels door hen beheerde rekeningen uitvoeren.[514]

---

boards and representative offices; Unexplained relationship between an applicant’s beneficial owners and controllers and account signatories; In the case of express trusts, an unexplained relationship between a settlor and beneficiaries with a vested right, other beneficiaries and persons who are the object of a power; In the case of an express trust, an unexplained nature of classes of beneficiaries and classes within an expression of wishes.’

507 De officiële vertaling luidt: ‘Cash (and cash equivalent) intensive businesses including: Money services businesses (e.g. remittance houses, currency exchange houses, casas de cambio, bureau de change, money transfer agents and bank note traders or other businesses offering money transfer facilities; Casinos, betting and other gambling related activities; Businesses that while not normally cash intensive, generate substantial amounts of cash for certain transactions.’

508 De officiële vertaling luidt: ‘Charities and other ‘not for profit’ organisations which are not subject to monitoring or supervision (especially those operating on a “cross-border” basis).’

509 De officiële vertaling luidt: ‘Other TCSPs, financial institutions, and other designated non professional businesses and professions who are not subject to adequate AML/CFT laws and measures and who are not adequately supervised.’

510 De officiële vertaling luidt: ‘Customers that are politically exposed persons (PEPs).’

511 De officiële vertaling luidt: ‘Customers where there is no commercial rationale for a customer buying the products or services that he seeks, who request undue levels of secrecy, or where it appears that an ‘audit trail’ has been deliberately broken or unnecessarily layered.’

512 FATF, *t.a.p.* 2008, p. 22-23.

513 De officiële vertaling luidt: ‘Shell companies, companies with ownership through nominee shareholding and control through nominee and corporate directors.’

514 De officiële vertaling luidt: ‘Services where TCSPs, acting as financial intermediaries, actually handle the receipt and transmission of cash proceeds through accounts they actually control in the act of closing a business transaction.’

3. Andere diensten waarbij op onjuiste gronden voor de autoriteiten wordt afgeschermd wie de belanghebbende is.[515]
4. Situaties waarin het moeilijk is om de begunstigde van een trust te identificeren (zie uitgebreider in navolgende voetnoot).[516]
5. Commerciële, private of onroerend goed transacties of diensten, waarbij geen duidelijke legitieme grondslag is aan te wijzen (zie uitgebreider in navolgende voetnoot).[517]
6. (Atypische) betalingen, ontvangen van niet-gerelateerde of onbekende derden.[518]
7. Een aanbod door cliënten om buitengewoon hoge vergoedingen te betalen voor diensten die normaal gesproken een dergelijke premie niet zouden rechtvaardigen.[519]
8. Diensten waaraan anonimiteit inherent is.[520]
9. Trust die als pensioen tot een lager risico kunnen worden gerekend.[521]

Naast bovengenoemde drie categorieën van risico, beschrijft de FATF in haar RBA Guidance enkele variabelen die op de risicobeoordeling van een cliënt of transactie van invloed kunnen zijn, waaronder: het doel en de voorgenomen aard van de (zakelijke) relatie; het type, volume en de waarde van de verwachte activiteiten; de bron van de fondsen en van het vermogen; ongebruikelijk hoge niveaus van activa of ongebruikelijk grote transacties in verhouding tot wat redelijkerwijs van cliënten met een vergelijkbaar profiel kan worden verwacht (op basis waarvan deze cliënten toch als 'higher risk' kunnen kwalificeren); het niveau van de regulering en toezicht waaraan een cliënt is onderworpen en ten slotte het gebruik van tussengevoegde 'corporate vehicles' (waardonder rechtspersonen of trusts) of andere structuren, waaraan geen duidelijke commerciële reden ten grondslag ligt of die de complexiteit van de structuur doen toenemen of anderszins resulteren in een gebrek aan transparantie.[522] Indien sprake is van een 'higher risk situation' dienen trustkantoren volgens de FATF over te gaan tot het nemen van 'appropriate measures and controls to mitigate the potential money laundering risks of those customers.'[523] Volgens de FATF dienen trustkantoren hierop actie te ondernemen met betrekking tot: algemene training over methoden van witwassen en terrorismefinanciering en relevante risico's voor trustkantoren; gerichte training ter verhoging van het bewustwording van 'higher risk' cliënten en transacties; hogere niveau's van 'customer due diligence' of een verscherpt clientenonderzoek; de benodigde goedkeuring voor het aangaan van een zakelijke relatie; scherper toezicht op de aangeboden diensten om te bepalen of het risico op witwassen is toegenomen; en tot slot verhoogde niveaus van lopend toezicht en frequentie van beoordelingen van de zakelijke relatie.[524]

Application of a Risk-based Approach
In het tweede hoofdstuk van het onderdeel *'Guidance for Trust and Company Service Providers'* worden de vereisten voor cliëntonderzoek, 'customer due diligence/know your customer', en het

515 De officiële vertaling luidt: 'Other services to conceal improperly beneficial ownership from competent authorities.'
516 De officiële vertaling luidt: 'Situations where it is difficult to identify the beneficiaries of trusts. This might include situations where identification is hindered because the beneficiary of a trust is another trust or corporate vehicle, or where the trust deed does not include the names of the settlor, the beneficiaries or the class of beneficiaries.'
517 De officiële vertaling luidt: 'Commercial, private, or real property transactions or services with no apparent legitimate business, economic, tax, family governance, or legal reasons.
518 De officiële vertaling luidt: Payments received from unassociated or unknown third parties where this would not be a typical method of payment.'
519 De officiële vertaling luidt: 'The offer by customers to pay extraordinary fees for services which would not ordinarily warrant such a premium.'
520 De officiële vertaling luidt: 'Services that inherently have provided more anonymity.'
521 De officiële vertaling luidt: 'Trusts which are pensions that may be considered lower risk.'
522 Zie nader: FATF, *t.a.p.* 2008, p. 23.
523 Idem, p. 23.
524 Idem, p. 23-24.

toezicht houden op cliënten en transacties, 'monitoring of customers and Transactions', door het trustkantoor beschreven, ter implementatie van de 'risicogeoriënteerde benadering'. Beide onderdelen worden hier achtereenvolgens behandeld.

'Customer due diligence/know your customer'
Het CDD/KYC-onderzoek is bedoeld om trustkantoren in staat te stellen een redelijke overtuiging te bekomen dat het kennis heeft van de ware identiteit van haar cliënt, evenals een gepaste mate van zekerheid over de typen business en transacties die de cliënt naar waarschijnlijkheid zal ondernemen. Hiertoe dient het trustkantoor procedures in te voeren: 'A TCSP's procedures should include procedures to:

a. Identify and verify the identitiy of each customer on a timely basis.
b. Identify the beneficial owner, and take reasonable measures to verify the identity of any beneficial owner. The measures that have to be taken to verify the identity of the beneficial owner will vary depending on the risk.
c. Obtain appropriate additional information to understand the customer's circumstances and business, including the expected nature and level of transactions. Relevant customer due diligence information should be periodically updated together with its risk assessment. (…)'[525]

Hierbij doet de FATF enige aanbevelingen met betrekking tot de CDD-procedures, waarbij trustkantoren bij het aangaan van een cliëntrelatie op basis van passende risicovariabelen tot een beoordeling kunnen komen. In de eerste plaats moet hierbij volgens de FATF worden gedacht aan een 'standard level of due diligence' die op alle cliënten dient te worden toegepast. In erkende lagere risico scenario's (zoals publieke financiele instituties die aan een vergelijkbaar AML/CFT regime zijn onderworpen als dat van de FATF) kan worden gekozen voor een vereenvoudigd ('reduced') cliëntenonderzoek. In gevallen waarin cliënten een hoger risico vertegenwoordigen (zoals bij PEPs of landen op de Sanctielijsten) dient een verscherpt cliëntenonderzoek plaats te vinden.[526]
'Monitoring of customers and transactions'
De implementatie van de 'risicogeoriënteerde benadering' betekent voorts dat trustkantoren haar transacties en cliënten niet steeds op dezelfde wijze zal monitoren: 'The degree and nature of the monitoring by a TCSP will depend on the size of the TCSP, the AML/CFT risks that the institution had identified, the monitoring being used, and the type of activity under scrutiny.' De mate van toezicht wordt als gezegd afgestemd op de ingeschatte risico's bij de cliënt, de locatie van de cliënt en de betrokken transactie.[527]

'Suspicious Transaction reporting'
Het melden van verdachte transacties[528] wordt door de FATF als een kritieke factor gezien: 'The reporting of suspicious transactions is critical to a country's ability to utilise financial information to combat money laundering, terrorist financing, and other financial crimes.' Het melden van verdachte transacties is gebaseerd op Recommendation 16, die hierboven in subparagraaf 4.7.2.2 reeds ter sprake is gekomen en hieronder nader wordt uitgewerkt in subparagraaf 4.7.6.4. Zodra een transactie als verdacht is aangemerkt, moet een rapport worden opgemaakt en is de 'risicogeoriënteerde benadering' niet van toepassing: 'Where a legal or regulatory requirement mandates the reporting of a suspicious activity once the suspicion has been formed, a report must be made and, therefore, a risk based approach for the reporting of a suspicious activity under these circumstances is not applicable.'[529]

---

525 Idem, p. 24.
526 Idem, p. 24.
527 Idem, p. 25.
528 In Nederland wordt in plaats van het door de FATF genoemde systeem, waarbij verdachte ('suspicious') transacties dienen te worden gemeld, het systeem van het melden van ongebruikelijke transacties toegepast. Het begrip 'ongebruikelijke transactie' is ruimer dan het begrip 'verdachte transactie'.
529 Idem, p. 25.

'Training and awareness'
Tot slot wordt door de FATF gewezen op de verplichtingen die voortvoeien uit Recommendation 15 en 16, die inhouden dat trustkantoren hun personeel opleiden. De risicogeoriënteerde benadering betekent hier dat het trustkantoor haar trainingen kan afstemmen (frequentie, focus en programma) gericht op training en bewustwording, waarbij onder ander van belang is dat het personeel op de hoogte is van de laatste trends in AML/CFT wet- en regelgeving en intern beleid. De FATF biedt daartoe de volgende handvatten: 'A TCSP should review its own workforce and available resources and implement training programmes that provide appropriate AML/CFT information that is:

- Tailored to the appropriate staff responsibility (e.g. customer contact or operations).
- At the appropriate level of detail (e.g. frontline personnel, complicated products or customer managed products).
- At a frequency related to the risk level of the business involved.
- Tested to assess staff knowledge commensurate with the detail of information provided.

Internal Controls
Hoofsdtuk drie van het onderdeel *'Guidance for Trust and Company Service Providers'* behandelt, vanuit een risicogeoriënteerde benadering, aan welke vereisten de interne controle bij trustkantoren dient te voldoen. Tevens worden een aantal factoren genoemd die van invloed zijn op de aard en de reikwijdte van de AML/CFT controle van een trustkantoor. Volgens de FATF is hierbij van belang dat trustkantoren evenals andere DNFBs, en bovendien in tegenstelling tot hetgeen bij financiële instellingen het geval is, relatief weinig personeel hebben dat zich met interne controle kan bezighouden. Zoals hierboven in subparagraaf 4.7.2.2 bij de behandeling van Recommendation 15 in haar Interpretative Note is gespecificeerd, wordt een risicogeoriënteerde benadering gekozen met betrekking tot het type en de mate waarin uitvoering dient te worden gegeven aan de vereisten van Recommendation 15 dat op de interne controle ziet, waarbij ook de grootte van het bedrijf als één van de aanknopingspunten fungeert.

Volgens de FATF is de inbedding van een 'risico georiënteerd proces' in de interne controle een essentiële voorwaarde voor een effectieve risicogeoriënteerde benadering: 'In order to have effective risk-based approaches, the risk-based process must be embedded within the internal controls of the institutions.' Een belangrijke rol is hierbij toebedeeld aan het senior management. Zij zijn uiteindelijk verantwoordelijk voor een effectieve interne controle binnen het trustkantoor. De FATF spreekt zelfs van een 'compliance cultuur' die zij dienen te bewerkstelligen binnen het trustkantoor: 'Senior management must create a culture of compliance, ensuring the staff adheres to the TSCPs policies, procedures and processes designing to limit and control risks.'[530] Rekeninghoudend met de grootte van het trustkantoor worden enkele vereisten geformuleerd waaraan de interne controle van trustkantoren in zijn algemeenheid aan dienen te voldoen, te noemen:[531]

- Provide increased focus on a TCSP's operations (products, services, customers and geographic locations) that are more vulnerable to abuse by money launderers and other criminals.
- Provide for a regular review of the risk assessment and management processes, taking into account the environment within which the TSCP operates and the activity in its market place.
- Designate an individual or individuals at management level responsible for managing AML/CFT compliance.
- Provide for an AML/CFT compliance function and review programme.
- Ensure that adequate controls are in place before new products or services are offered.

530 Idem, p. 26.
531 Idem, p. 26-27.

- Inform senior management of compliance initiatives, identified compliance deficiencies, corrective action taken and suspicious activity reports filed.
- Provide for programme continuity despite changes in management or employee composition or structure
- Focus on meeting where appropriate, all regulatory record keeping and reporting requirements, recommendations for AML/CFT compliance and provide for timely updates in response to changes in regulations.
- Implement risk-based customer due diligence policies, procedures and processes.
- Provide for adequate controls for higher risk customers, transactions and products/services, as necessary, such as transaction limits or management approvals.
- Enable the timely identification of reportable transactions and ensure accurate filing of required reports.
- Provide for adequate supervision of employees that handle transactions, completed reports, grant exemptions, monitor for suspicious activity, or engage in any other activity that forms part of the institution's AML/CFT programme.
- Incorporate AML/CFT compliance into job descriptions and performance evaluations of appropriate personnel.
- Provide for appropriate training to be given to all relevant staff.
- For groups, to the extent possible, there should be a common control framework.

De FATF wijst hierbij op het belang van een onafhankelijke beoordeling door middel van een internal audit, op basis waarvan het senior management een onafhankelijk beeld kan vormen over de interne controle van het trustkantoor. De FATF ziet hierbij een rol weggelegd voor bijvoorbeel een internal audit department, external auditors, consultants of andere gekwalificeerde partijen die niet bij de implementatie van het AML-CFT programma van het trustkantoor betrokken zijn.[532]

4.7.6 Het sluitstuk: Mutual Evaluation of the Netherlands, het evaluatierapport van de FATF

4.7.6.1 Ten geleide

De evaluatie door de FATF is thans het sluitstuk van de in dit hoofdstuk beschreven ontwikkeling van internationale standaarden ten aanzien van trustkantoren.[533] De on-site visit in Nederland heeft plaatsgevonden van 28 juni tot 13 juli 2010. Op de plenaire vergadering van de FATF, gehouden van 23 tot en met 25 februari 2011 te Parijs, is het evaluatierapport vastgesteld. Aansluitend hierop heeft de FATF de *Executive Summary* van het rapport gepubliceerd[534] en vervolgens is het gehele evaluatierapport, voluit getiteld het *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands* uitgebracht, dat kortheidshalve aangeduid als *'Mutual Evaluation of the Netherlands'*.[535]

'Partially Compliant'

In het evaluatierapport wordt onder meer positief geoordeeld over het strafrechtelijk juridisch kader ten aanzien van witwassen, beslaglegging en ontneming van criminele gelden en het bevriezen van terroristische tegoeden. Daarnaast is het evaluatierapport echter ook kritisch ten aanzien van enkele

532 Idem, p. 27.

533 Opmerking verdient dat het feitelijke onderzoek door onderzoekers van het IMF is uitgevoerd.

534 *Mutual Evaluation Executive Summary – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism*, The Netherlands, FATF 25 februari 2011.

535 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, FATF 25 februari 2011.

specifieke onderdelen van het Nederlandse beleid ten aanzien van de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering.[536] De voornaamste punten van kritiek hebben betrekking op de wijze van strafbaarstelling van terrorismefinanciering (die zou afwijken van de wijze van strafbaarstelling in het merendeel van die de FATF-landen), de effectiviteit van de FIU-Nederland en ten slotte op tekortkomingen in de Wwft, waarbij onder meer moet worden gedacht aan elementen uit het hierin geregelde cliëntenonderzoek. In het rapport zijn ook kritische beoordelingen geplaatst over enkele bepalingen in de wetgeving betreffende trustkantoren, evenals het meldgedrag van trustkantoren ten aanzien van het melden van ongebruikelijke transacties. Op beide onderdelen scoorde Nederland in het rapport de beoordeling *'Partially Compliant'*, wat volgens de FATF betekent dat: 'The country has taken some substantive action and complies with some of the essential criteria'.[537] Deze beoordeling dwingt Nederland thans opnieuw kritisch naar haar wet- en regelgeving betreffende trustkantoren te kijken. Met betrekking tot (de wet- en regelgeving betreffende) trustkantoren vat de FATF de kritiek als volgt samen:

> 'The legal framework for TCSPs has only minor shortcomings and appears effectively implemented, but their STR[538] reporting level is low in relation to both the importance of financial flows and risks.'[539]

Bovenstaande kritiek van de FATF moet mijns inziens tevens worden gezien als de bekrachtiging van de internationale standaarden die in dit hoofdstuk centraal staan, voor een goed begrip daarvan worden de in haar evaluatierapport geformuleerde kritiekpunten in navolgende subparagrafen behandeld. Naast de kritiekpunten, gaat de FATF in op de toepasselijkheid van bepaalde internationale standaarden in relatie tot trustkantoren, hun dienstverlening en de wijze waarop aan deze internationale standaarden invulling is gegeven. Deze aanvullende beschouwingen van de FATF worden hieronder meegenomen.

4.7.6.2 Twee punten van kritiek: Customer Due Diligence en Suspicious Transactions Reporting

Zoals ook uit het bovenstaand citaat uit het FATF-evaluatierapport kan worden opgemaakt, is de belangrijkste kritiek van de FATF ten aanzien van trustkantoren te vatten in twee punten, waarop actie dient te worden ondernomen. In de eerste plaats constateert de FATF tekortkomingen in het wettelijk kader, die met name zijn gericht op de 'customer due diligence'-vereisten, de zogenaamde CDD-vereisten. In de tweede plaats is de kritiek gericht op het meldgedrag van trustkantoren. Er zouden te weinig meldingen worden gedaan in relatie tot de belangen en de risico's die met de geldstromen zijn gemoeid. Beide kritiekpunten staan in rechtstreeks verband met Recommendation 12, respectievelijk Recommendation 16 van de *40 Recommendations* van de FATF.[540]

4.7.6.3 Customer Due Diligence: Recommendation 12

In Recommendation 12 (aanhef en onder e) is als gezegd bepaald dat de vereisten van 'customer due diligence' en 'record keeping', zoals geregeld in Recommendations 5, 6 en 8 tot en met 11, op trustkantoren van toepassing zijn (zie ook hierboven subparagraaf 4.7.2.2)[541], indien zij daartoe door

---

536 Zie ook: Brief van minister van Financiën De Jager aan de Tweede Kamer, betreffende het verslag van de plenaire vergadering van de FATF van februari 2011, *Niet-dossierstuk* 2010-2011, 2011D10952, 11 maart 2011, p. 1.

537 *Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations*, FATF 2009, p. 6.

538 Suspicious Transaction Report.

539 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 11-12.

540 *FATF 40 Recommendations*, FATF oktober 2003.

541 Zie subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations', met name subonderdeel 'Customer due diligence and record keeping.

de FATF aangewezen diensten voor hun cliënt voorbereiden of verrichten.[542] Eén van deze aangewezen diensten luidt: 'providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or any other legal person or arrangement.' Terzake merkt de FATF in het evaluatierapport op: 'Note that the legal framework does not fully encompass one of the activities listed by the FATF for TCSPs (…). This activity is only envisaged by the Wtt as ancillary to another activity, not as a standalone service.'[543] De FATF doelt hier op het vereiste van 'bijkomende werkzaamheden', dat thans ten aanzien van 'domicilieverlening' wordt gesteld om als dienst in de zin van artikel 1 onderdeel d onder 2° van de Wtt te kwalificeren. 'Domicilieverlening' kwalificeert alleen als dienst indien hierbij ten minste een van de in dat onderdeel genoemde 'bijkomende werkzaamheden'[544] wordt verricht en dus niet 'zelfstandig', zoals door de FATF vereist. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2010 is beoogd dit probleem te ondervangen door de 'natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap die beroeps- of bedrijfsmatig een adres of postadres ter beschikking stelt' onder het bereik van de Wwft te brengen (artikel 1 aanhef en onder 20° Wwft), zodat ook het 'enkel en alleen ter beschikking stellen van een adres of correspondentieadres' onder toezicht is gebracht, te weten onder toezicht van de Belastingdienst Holland/Midden Unit MOT.[545] De integriteitrisico's van domicilieverlening zijn (ook indien zij in combinatie met uitsluitend receptiewerkzaamheden wordt verricht) volgens de MvT van de Wfm 2010 'zodanig beperkt dat dit toezicht uit hoofde van de Wtt niet rechtvaardigt.'[546] Domicilieverlening is hiermee weliswaar zelfstandig onder toezicht gebracht, maar niet als dienst die de FATF bij de kwalificatie als trustkantoor heeft aangewezen. De inwerkingtreding van de Wfm 2012 brengt hierin geen verandering.[547]

Het tweede punt van kritiek is dat in de CDD-bepalingen in de Wtt en de Rib Wtt weliswaar vereisten ten aanzien van de identificatie en verificatie van de identiteit van de 'uiteindelijk belanghebbende'[548]

---

542 Het gaat hierbij om dezelfde diensten als die de FATF in beeld heeft gebracht om onder het toezicht te brengen en die zij daartoe heeft beschreven in het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper*. Zij komen ook bijna woordelijk overeen. Alleen de eerstgenoemde dienst is anders weergegeven: 'acting as a formation agent of legal persons (in het *Consultation Paper* staat: 'acting as a company or partnership formation agent'); acting as (or arranging for another person to act as) a director or secretary of a company, a partner of a partnership, or a similar position in relation to other legal persons; providing a registered office; business address or accommodation, correspondence or administrative address for a company, a partnership or any other legal person or arrangement; acting as (or arranging for another person to act as) a trustee of an express trust; acting as (or arranging for another person to act as) a nominee shareholder for another person.'

543 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 226.

544 Als bijkomende werkzaamheden worden in artikel 1 onderdeel d onder 2° Wtt genoemd: i. het op privaatrechtelijk gebied geven van advies of verlenen van bijstand; 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.

545 Zie: 'Wijziging van het bestluit van de Minister van Financiën tot aanwijzing van toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme' van 15 juli 2011, nr. FM 2011/9360 M, *Stcrt.* 2011, 13552, p. 1-2.

546 *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 036, nr. 3, p. 40. Zie voor een inhoudelijke bespreking van de wijzigingen ten aanzien van de huidige definitie van 'trustkantoor' en 'dienst' (waaronder 'domicilieverlening'), die de inwerkingtreding Wfm 2010 met zich meebrengt: M.T. van der Wulp, 'Verscherping van het toezicht op trustkantoren', *TvT* 2010/3, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, p. 41 e.v.

547 Zie voor de wijzigingen van de Wtt, die de inwerkingtreding van de Wfm 2012 met zich meebrengt, onder andere *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 42 e.v.

548 De 'uiteindelijk belanghebbende' wordt in artikel 1 onderdeel c Wtt gedefinieerd als 'de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in een doelvennootschap, dan wel begunstigde is van ten minste tien procent van het vermogen van een stichting of van een trust als bedoeld in het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts (Trb. 1985, 141).' Met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2012 wordt de definitie van

(de 'ultimate beneficial owner') zijn opgenomen, maar dat deze er niet zijn met betrekking tot de identificatie en verificatie van de identiteit van de cliënt, dan wel met betrekking tot de persoon die namens de cliënt optreedt: 'There are no requirements in the Wtt and Rib Wtt to identify and verify the identity of the customer, other than the beneficial owner, nor to verify that any person purporting to act on behalf of the customer is so authorised and to identify and verify the identity of that person.'[549] Hierbij zijn met name artikel 12 en 16 van de Rib Wtt van belang.[550] In artikel 12 Rib Wtt is bepaald dat het trustkantoor de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende van een doelvennootschap kent en over gegevens beschikt aan de hand waarvan deze kwalificatie en zijn identiteit zijn vastgesteld (lid 1). Als er geen uiteindelijk belanghebbende is, dan beschikt het trustkantoor over de gegevens aan de hand waarvan dit is bepaald (lid 2). Artikel 16 Rib Wtt bepaalt dat indien het trustkantoor optreedt als trustee van een trust, het trustkantoor de identiteit kent van de insteller van de trust, evenals de uiteindelijk belanghebbende bij de trust en beschikt over gegevens aan de hand waarvan de identiteit van de insteller is bepaald, evenals welke natuurlijke persoon als belanghebbende kwalificeert (lid 1). Ook hier dient het trustkantoor, indien er geen uiteindelijk belanghebbende is, te beschikken over gegevens aan de hand waarvan dit is bepaald (lid 2). Volgens de FATF ontbreken deze bepalingen ten aanzien van de wettelijk vertegenwoordiger van de cliënt, alsmede de volmachtverkrijger. Bovendien wordt met laatstgenoemd punt van kritiek tevens gewezen op het ontbreken van een 'vereenvoudigd' en een 'verscherpt' klantenonderzoek in de Wtt en de Rib Wtt: 'The Wtt and the Rib Wtt do not provide for situations where trust offices can apply reduced or simplified due diligence measures.'[551]

Het derde punt van kritiek hangt samen met het voorlaatste kritiekpunt, dat de administratievereisten slechts terzake van een uiteindelijk belanghebbende zijn opgenomen: 'Consequently, the record-keeping requirements for trust offices in the Rib Wtt do not include information on the customer, if different from the beneficial owner, do not include elements related to business correspondence, and there is no indication of duration except for the records kept in relation to the client acceptance file.'[552] Hoewel volgens de FATF de algemene boekhoudvereisten van artikel 52 AWR en artikel 2:10 BW, waarin een bewaartermijn van zeven jaar is opgenomen (zie artikel 52 lid 4 AWR en artikel 2:10 lid 3 BW), op trustkantoren van toepassing zijn, wordt volgens de FATF hieruit niet duidelijk wanneer deze periode ingaat. Volgens de FATF dient (door middel van wat zij 'natural reading' noemt) in de bepalingen te worden ingelezen dat de bewaartermijn van zeven jaar ingaat op het moment dat de administratie tot stand is gekomen, terwijl volgens de door haar in het evaluatierapport vastgestelde criteria[553] geldt dat 'the records should be kept for five years from the date that the relationship with the customer ceases.' Hoewel de FATF middels 'natural reading' van bovenstaande bepalingen tot een aanwijzing komt met betrekking tot het ingaan van de bewaartermijn, vat zij haar kritiek op basis van

---

het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' aangepast. Onder de 'uiteindelijk belanghebbende' wordt dan verstaan, de natuurlijke persoon die: 1°. een belang houdt van 25 procent of meer van het kapitaalbelang van een doelvennootschap; 2°. 25 procent of meer van de stemrechten van de algemene vergadering van een doelvennootschap kan uitoefenen; 3°. feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in een doelvennootschap; 4°. begunstigde van 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap is; of 5°. een bijzondere zeggenschap heeft over 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap; tenzij de doelvennootschap een vennootschap is die is onderworpen aan openbaarmakingvereisten als bedoeld in richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (*PbEU* L 390) of aan voorschriften van een internationale organisatie die gelijkwaardig zijn aan die richtlijn. De aanpassing is gebaseerd op de definitie van dit begrip in de Wwft en de 'derde witwasrichtlijn.' De definities van het begrip in beide wetten worden gelijk getrokken, met dien verstande dat het bij trustkantoren gaat om de doelvennootschap en niet om de cliënt zoals in de Wwft. Zie: MvT Wfm 2012, *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 42-43.

549 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 228.

550 Zie ook artikel 15 Rib Wtt waarin bij het verkopen van rechtspersonen door het trustkantoor, verplichtingen zijn opgenomen ten aanzien van de identiteit van de koper en van de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in de koper.

551 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 229.

552 Idem, p. 230-231.

553 Zie Criterion 10.2: FATF, *t.a.p.* 2011, p. 161-162.

het bovenstaande als volgt samen: 'No indication to when the retention period should start for records of customer information (if different from the beneficial owner) and business correspondence.'[554]

4.7.6.4 Suspicious Transaction Reporting: Recommendation 16

Volgens Recommendation 16 zijn de vereisten van Recommendations 13 tot en met 15 en 21 (onder andere) van toepassing op trustkantoren (zie ook hierboven subparagraaf 4.7.2.2).[555] Indien zij de door de FATF aangewezen diensten voor hun cliënt voorbereiden of verrichten (zoals bepaald in Recommendation 12 aanhef en onder e), zijn trustkantoren verplicht 'to report suspicious transactions for a client.'[556] In dit verband zijn artikel 15 en 16 van de WWFT van toepassing[557] evenals artikel 7 en 8 van de Rib Wtt betreffende het procedurehandboek, respectievelijk de procedures inzake personeelsleden van het trustkantoor.[558] De kritiek op de wettelijke regeling richt zich hierbij op de afwezigheid van een onafhankelijke 'auditfunctie' voor de beoordeling van compliance met deze procedures: 'While the legal framework in place regarding internal controls in TCSPs is much more developed than for other DNFBPs[559], there is still the absence of a clear requirement of an independent audit function to test compliance with the procedures, policies and controls.'[560]

Bovendien is er kritiek op het meldgedrag van trustkantoren: 'the number of reports by TCSPs is very low having in mind that special financial institutions (SFI)-related flows were estimated to EUR 4.500 billion in 2007, or more than five times GDP'[561] Bij deze 'special financial institutions' (SFIs), oftewel 'bijzondere financiële instellingen' (BFIs), gaat het om de 10.000 financierings-, royalty- of houdstermaatschappijen met buitenlandse aandeelhouders, die in Nederland zijn gevestigd.[562] Het volume van de geldstromen, die jaarlijks via deze BFIs lopen, is geschat op ruim € 4.500 miljard.[563] In een brief aan de kamer schrijft de staatssecretaris van financiën echter dat: 'Uit gegevens van DNB over 2008 kan worden vastgesteld dat de bruto gesommeerde geldstroom via zogenaamde bijzondere financiële instellingen 12.300 miljard euro bedroeg.'[564] In het evaluatierapport wordt laatstgenoemd bedrag echter niet behandeld. Naast de in het evaluatierapport genoemde 4.500 miljard euro haalt de FATF ter onderbouwing van haar kritiek een citaat uit het zogenaamde 'Unger-rapport' aan, waarin wordt opgemerkt dat 'some of the experts expressed that they would not be surprised if 1 percent of SFI transactions are used for money laundering'[565] De FATF zoekt een verklaring voor het weinige

554 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 235.

555 Zie subparagraaf 4.7.2.2 'FATF 40 Recommendations', met name onderdeel 'Reporting of suspicious transactions and compliance'.

556 Nederland kent een systeem waarin 'ongebruikelijke transacties' dienen te worden gemeld, waarbij het aan de FIU is om te bepalen of daadwerkelijk sprake is van een 'verdachte transactie'.

557 Zie: artikel 1 lid 1 onder 10° Wwft.

558 Beide bepalingen zijn overigens aangepast, zie Regeling van de Nederlandsche Bank N.V. van 29 april 2009, nr. Juza/2009/00660/jc, houdende wijziging van de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (Stcrt 2009, 18). Dit lijkt door de FATF niet te worden meegenomen, aangezien zij het bij de bespreking van artikel 7 lid 1 onder a Rib Wtt heeft over de Wet MOT en de WID, terwijl in deze bepaling thans over de Wwft wordt gesproken.

559 Designated Non-Financial Businessess and Professions.

560 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 238.

561 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 239.

562 In Nederland zijn naar schatting meer dan 20.000 doelvennootschappen (rechtspersonen met buitenlandse aandeelhouders) gevestigd, waarvan ongeveer de helft wordt aangemerkt als BFI. Zie ook: M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *The Dutch Trust Industry Facts & Figures*, SEO Economic Research 2008, p. 1.

563 '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.

564 Brief staatssecretaris van Financiën van 22 december 2010, Kamervragen 2010Z18347, zie met name het antwoord op vraag 9.

565 B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busiuioc en K. Wokke, *The amounts and the effects of money laundering*, 16 februari 2006, p. 11.

melden in de genoemde tekortkomingen met betrekking tot de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende, alsook de toegang tot informatie betreffende politically exposed persons. Zo komt de FATF ten aanzien van Recommendation 16 met betrekking tot trustkantoren tot de beoordeling *'Partially Compliant'* vanwege een geconstateerd 'lack of effectiveness'.[566]

4.7.6.5 Uitleiding

Naast bovenstaande kritiekpunten, gericht op het cliëntenonderzoek en het melden van verdachte transacties ('suspicious transactions'), worden in het evaluatierapport enkele opmerkingen gemaakt met betrekking tot de toepasselijkheid van de door de FATF gestelde vereisten ten aanzien van het cliëntenonderzoek, in relatie tot de activiteiten van trustkantoren en de Nederlandse wet- en regelgeving die hierop van toepassing is. Het gaat hierbij met name om de vereisten die de FATF stelt voor het toepassen van customer due diligence, die bij trustkantoren niet van toepassing zijn, te noemen: '(i) carrying out occasional transactions above USD/EUR 15 000; (ii) carrying out occasional transactions that are wire transfers; or (iii) when there is a suspicion of ML or TF regardless of any exemption or thresholds.'[567] Terzake merkt de FATF op dat de Wtt en de Rib Wtt geen voorzieningen bevatten die aangeven wanneer CDD-maatregelen dienen te worden toegepast. Evenwel wijst de FATF op enkele bepalingen uit de Rib Wtt, in de eerste plaats te noemen artikel 18 Rib Wtt, op basis waarvan trustkantoren voor iedere doelvennootschap een cliëntacceptatiedossier dient bij te houden. Hoewel in de Wtt of de Rib Wtt geen expliciet vereiste is opgenomen om CDD-maatregelen te nemen indien het trustkantoor twijfels heeft over de waarheidsgetrouwheid of betrouwbaarheid van de identificatiegegevens van de cliënt, dienen trustkantoren niet tot dienstverlening over te gaan dan nadat aan de vereisten in artikel 12 lid 1 en 2 Rib Wtt met betrekking tot het kennen van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende is voldaan (artikel 12 lid 3 Rib Wtt), te noemen dat het trustkantoor de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende van een doelvennootschap kent en over gegevens beschikt aan de hand waarvan is bepaald wie als uiteindelijk belanghebbende kwalificeert en aan de hand waarvan de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende kan worden vastgesteld (artikel 12 lid 1 Rib Wtt) en dat het trustkantoor, indien een doelvennootschap geen uiteindelijk belanghebbende heeft, over gegevens beschikt aan de hand waarvan dit is bepaald (artikel 12 lid 2 Rib Wtt). Kennelijk is de FATF op deze fronten de mening toegedaan dat deze aandachtspunten met de genoemde bepalingen zijn ondervangen, aangezien haar kritiek hier niet op is gericht.

4.8 Slot: kernpunten in perspectief

In dit hoofdstuk is de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht ten aanzien van trustkantoren beschreven, die pas in het laatste decennium 'vaste vorm' hebben verkregen. Ter beschrijving van deze ontwikkeling zijn in dit hoofdstuk zowel de relevante internationale documenten en initiatieven behandeld die *voor* de inwerkingtreding van de Wtt in Nederland (op 1 maart 2004) tot stand zijn gekomen, als die *daarna* hun invloed op op de Nederlandse wet- en regelgeving doen gelden. Uit deze internationale instrumenten kan een aantal kernpunten worden gedestilleerd, die bepalend zijn (geweest) voor de internationale benadering van trustkantoren en de risico's die met hun dienstverlening samenhangen.

Beginpunt

Een moeilijkheid bij het duiden van de kernpunten van bovengenoemde ontwikkeling is, zoals ook in de inleiding van dit hoofdstuk ter sprake is gekomen, het bepalen van een 'beginpunt', oftewel een 'ijkpunt' vanaf welk moment op internationaal niveau is aangevangen met het specifiek naar de trustkantoren te kijken bij de vormgeving van standaarden van regulering en toezicht. Uit de eerste *IMF Staff Assessments*, die in het kader van het *OFC Assessment Program* van het IMF tot stand zijn gekomen, te weten de *Assessment Reports* van Cyprus en Gibraltar, kan worden opgemaakt dat in het kort voor laatstgenoemde rapporten verschenen 'Edwards Report' uit 1998, evenals in de KPMG-

566 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 241.

567 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 228, zie ook: p. 131-132.

rapporten uit 2000, volgens het IMF voor het eerst 'general principles' zijn vastgelegd, die door hem zijn aangewezen 'as guides to what can be considered as good pracitice in these areas.' Evenals in het Edwards Report zijn in de KPMG-rapporten essentialia van toezicht op en regulering van trustkantoren vastgelegd (in uitgangspunten voor overkoepelende wetgeving, in combinatie met specifieke gedragscodes), zoals het instellen van een toezichthouder, een algehele vergunningplicht voor trustdienstverlening evenals de bevoegdheden die de toezichthouder hiertoe dienen toe te komen, die door het onderschrijven van deze essentialia door het IMF internationaal draagvlak hebben verkregen. Met name door deze erkenning van het IMF, wordt de ontwikkeling van deze standaarden naar een internationaal niveau getild en vormt zij daarmee mijns inziens een belangrijk markeerpunt ten opzichte van eerdere inspanningen op dit terrein, zoals bijvoorbeeld de pioniersrol die Gibraltar heeft vervuld op het terrein van 'the supervision and regulation of Professional Trusteeship and Company Management Service Providers'.

De ontwikkelingsgeschiedenis in de Nederlandse literatuur
Bovenstaande ontwikkeling wordt in de Nederlandse literatuur niet beschreven. Zij pakt deze ontwikkelingsgeschiedenis op bij het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* van gelijknamige werkgroep (van het toenmalige FSF) dat, naast bovengenoemd *OFC Assessment Program* van het IMF, de aanzet heeft gegeven tot de totstandkoming van het rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* van de OESO, welke samen met het *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* van de FATF blijkens de MvT van de Wtt direct van invloed is geweest op verschillende in dit hoofdstuk genoemde onderdelen van deze wet. Daarnaast wordt het *Statement of Best Practice* betreffende trustkantoren van de OGBS genoemd, waarmee bedoeld werd te voorzien in het hiaat dat in een aantal landen bestond in de regulering en het toezicht betreffende trustkantoren. Met de beschrijving van de internationale documenten en initiatieven in dit hoofdstuk wordt beoogd de ontwikkeling van internationale standaarden inzichtelijk en bovendien overzichtelijk te maken, zodat de belangrijkste kernpunten kunnen worden geïdentificeerd.

Kernpunten
Een eerste belangrijk kernpunt is dat een gebrek aan tijdelijke informatie betreffende de belanghebbende van 'corporate vehicles' ('companies, trusts, partnerships and other vehicles with limited liability'), die in bepaalde financiele offshore centra zijn opgericht, door genoemde Working Group on Offshore Financial Centres als één van de relevante problemen werd aangewezen, met name vanuit het oogpunt van wat zij 'financiële stabiliteit' noemt. De aanbevelingen van deze werkgroep, die zowel de aanzet hebben gegeven tot het *OFC Assessment Program* van het IMF als tot het bovengenoemde OESO-rapport, zijn gericht op de implementatie van internationale standaarden door financiële offshore centra, waarmee het versterken van de stabiliteit van het mondiale financiële systeem het uitgangspunt is geweest. Voortbouwend op bovengenoemd kernpunt wijst het IMF in haar *Assessment Reports* voorts op het belang dat toezichthoudende en handhavende autoriteiten in staat dienen te zijn om essentiële informatie over in hun jurisdictie opgerichte trusts en companies te verkrijgen, hetgeen volgens het IMF impliceert dat zij over gegevens van de uiteindelijk belanghebbende dienen te kunnen beschikken. In het 'Edwards Report' is hierbij de fundamentele keuze gemaakt om niet de trust en companies zelf te reguleren, maar juist de dienstverleners aan deze entiteiten, te weten de 'trust and company service providers', aan regulering en toezicht te onderwerpen. Als gezegd vallen laatstegenoemde dienstverleners onder de Nederlandse definitie van 'trustkantoor' (artikel 1 onder a jo onder d Wtt). Deze keuze is overgenomen in de kort daarop verschenen rapporten van KPMG, evenals in de rapporten van het *OFC Assessment Program* van het IMF. Zij vormt een belangrijk kernpunt voor de internationaal toegepaste strategie om het misbruik van de entiteiten waaraan 'trust service providers' en 'company service providers' hun diensten verlenen, gezamenlijk aan te pakken, resulterend in regulering en toezicht van 'trust and company service providers'. Afhankelijk van de eigenschappen van de jurisdictie wordt aan trustkantoren de verplichting opgelegd, tot het verwerven, verifiëren en administreren van de informatie betreffende de uiteindelijk belanghebbende, zoals beschreven in de *Intermediary Option* in bovengenoemd OESO-rapport.

Kritiek van de FATF in perspectief
Sinds de inwerkingtreding van de Wtt zijn het met name de herziene en uitgebreide Recommendations van het 'FATF-framework' en de derde Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering geweest, evenals de hierop volgende FATF-rapporten *RBA Guidance for Trust and Company Service Providers* en het *Mutual Evaluation Report* waarin Nederland is geëvalueerd, waarin de ontwikkeling van deze internationale standaarden zich heeft voortgezet. Zowel de *FATF 40 Recommendations* als de 'derde witwasrichtlijn' stellen eisen ten aanzien van 'aanbieders van trust- en bedrijfsdienten', met betrekking tot klantenonderzoek, het melden van verdachte transacties en in het kader van de handhaving onder andere met betrekking tot de bedrijfsvoering, toezicht en sancties. In genoemde *RBA Guidance* heeft de FATF richtsnoeren gegeven voor de toezichthoudende autoriteiten evenals voor trustkantoren om de risicogeorienteerde benadering te implementeren, waarbij op de Recommendations van de FATF wordt teruggegrepen. In het evaluatierapport van de FATF heeft zij ten slotte twee kernpunten van kritiek geformuleerd, die in voorgaande subparagraaf (4.7.6) zijn behandeld, te noemen 'Customer Due Diligence' en 'Suspicious Transaction Reporting'. De kritiek van de FATF ten aanzien van beide onderwerpen, is terug te voeren op de eisen die hieraan in de *FATF 40 Recommendations* en de 'derde witwasrichtlijn' worden gesteld. Het rapport vormt met de bekrachtiging van deze internationale standaarden het sluitstuk van de in dit hoofdstuk beschreven internationale ontwikkeling.

V REGULERING EN TOEZICHT

V REGULERING EN TOEZICHT

'De Wet toezicht trustkantoren en de Regeling integere bedrijfsvoering zijn boven alles studiemateriaal.'
(Karel Frielink, 2004)[1]

5.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld. In dit hoofdstuk wordt in zoverre hierop voortgebouwd dat hierin de Nederlandse (financiële) wet- en regelgeving op dit terrein wordt behandeld. Uiteraard moet hier in de eerste plaats worden gedacht aan de Wtt en de op deze wet gebaseerde Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt), waarin de normstellingen in de Wtt met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren zijn uitgewerkt. Daarnaast moet worden gedacht aan de verplichtingen die op grond van andere wetten op trustkantoren van toepassing zijn, te weten de Wwft en de Sanctiewet 1977. Laatstgenoemde wetten zijn bovendien – naast de zojuist genoemde koppeling via de Wtt en de Rib Wtt – ook rechtstreeks op trustkantoren van toepassing. In dit hoofdstuk staan de normstellingen centraal die zijn vastgelegd in deze financiële wetgeving, die ook wel wordt aangeduid met de overkoepelende term 'integriteitswetgeving'[2], evenals de op deze wetgeving gebaseerde regelgeving. Zij vormen het geheel aan wet- en regelgeving waaraan trustkantoren dienen te voldoen en waarop het toezicht van DNB is gericht. Aangezien de wettelijke vormgeving van regulering en toezicht op basis van de Wtt op deze wijze met elkaar zijn verbonden, is er voor gekozen deze onderwerpen in dit hoofdstuk gezamenlijk te behandelen. Dit sluit bovendien aan op het voorgaande hoofdstuk, waarin de ontwikkeling van internationale standaarden van 'regulation and supervision' is beschreven. Deze gezamenlijke behandeling van regulering en toezicht vormt bovendien een opmaat voor het navolgende hoofdstuk, waarin de handhaving van de financiële wet- en regelgeving betreffende trustkantoren wordt behandeld.

5.2 De Wet toezicht trustkantoren

5.2.1 Ten geleide

De ondertoezichtstelling en de regulering van de Nederlandse trustsector hebben met de inwerkingtreding van de Wtt[3] op 1 maart 2004[4] hun wettelijke basis verkregen. Volgens de MvT van deze wet heeft de regulering van de trustsector tot doel 'de integriteit van het financiële stelsel' te bevorderen. In dit kader beoogt de wet een bijdrage te leveren aan het tegengaan van witwassen: 'doordat een belangrijk deel van de bestaande gedragsregels (waaronder het 'ken uw cliënt' principe) een wettelijke basis en daarmee algemene werking krijgt, levert (de Wtt) een bijdrage aan het tegengaan van witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen. Dit is van groot belang voor de goede reputatie van de nationale financiële sector.'[5] In navolgende subparagrafen

---

1 Vrij naar I. Henri Hijmans, zie: I. Henri Hijmans, 'Het Burgerlijk Wetboek en het Recht der Werkelijkheid in 1838 en heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 169-197. Zie ook de herdruk uit 1990, p. 177. K. Frielink, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2004, voorwoord bij eerste druk.

2 Zie nader voor de uitleg van dit begrip hieronder subparagraaf 5.2.2.2 'Integriteittoezicht'.

3 Wet van 17 december 2003, houdende het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren), *Stb.* 2004, 9.

4 Besluit van 7 februari 2004 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet toezicht trustkantoren, *Stb.* 2004, nr. 9.

5 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

wordt de introductie van het toezicht op trustkantoren behandeld, waarbij de uitgangspunten en de kenmerkende aspecten van de Wtt worden uitgediept.

5.2.2 Introductie van het toezicht op trustkantoren

5.2.2.1 Voorafgaand: beperkt toezicht op basis van de Wtk 1992 (oud)

Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Wtt vielen trustkantoren op zichzelf niet onder toezicht. Wel konden op grond van de toenmalige Wet toezicht kredietwezen 1992 (oud) (hierna: Wtk (oud)) de trustactiviteiten van verschillende kredietinstellingen onder het toezicht van DNB worden betrokken, hetgeen in zekere mate ook gold voor de aan banken gelieerde trustkantoren, waarbij de trustactiviteiten van de kredietinstelling in een dochtervennootschap waren ondergebracht.[6] De trustkantoren die niet aan kredietinstellingen verbonden waren vielen echter buiten het hier beschreven toezicht van DNB op basis van de Wtk 1992 (oud). In de nota worden hier als voorbeelden genoemd de financieel, fiscaal of juridisch adviseurs, die (bedrijfsmatig) trustactiviteiten verrichtten. Hetzelfde gold voor financieringsmaatschappijen. Ook zij vielen niet onder het toezicht op basis van de Wtk 1992 (oud). Zij vielen weliswaar onder de definitie van 'kredietinstelling' (artikel 1 lid 1 onder a Wtk 1992 (oud)), maar zij waren vervolgens op grond van een destijds geldende ministeriële regeling uitgezonderd van deze definitie[7] en daarmee van het toezicht van DNB op basis van deze wet.

5.2.2.2 Het actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid'

Volgens Van Gorkum en De Carpentier hebben de aanslagen van '9/11' op het World Trade Centre in New York en op het Pentagon in Washington tot een zekere versnelling geleid bij de introductie van het trusttoezicht, die destijds al een geruime tijd op de agenda heeft gestaan.[8] Kort na deze aanslagen verscheen de 'Nota Integriteit Financiële sector en terrorismebestrijding' (hierna: de 'Integriteitsnota 2001').[9] Uit de Integriteitsnota 2001 kan worden opgemaakt dat in het bijzonder de kwetsbaarheid van trustkantoren voor gebruik door criminelen, met name voor witwassen, terrorismefinanciering en fiscale ontduiking, redengevend is geweest voor ondertoezichtstelling:[10]

> 'Het feit dat trustkantoren en financieringsmaatschappijen in beginsel niet onder toezicht staan, gecombineerd met de vaak grote geldstromen waarmee deze ondernemingen te maken hebben, kan hen kwetsbaar maken voor gebruik door criminelen, met name als het gaat om witwassen van gelden, financiering van terrorisme en fiscale ontduiking. Dit is in het bijzonder het geval indien de geldstromen, al dan niet met behulp van de trustmaatschappij, van of naar off shore centers lopen. De wetgeving in deze off shore centers staat vaak het verkrijgen van adequate informatie in de weg doordat er bijvoorbeeld een strikt bankgeheim geldt,

---

6 De Wtk 1992 (oud) gaf DNB bevoegdheden om ten behoeve van het toezicht op een kredietinstelling enig onderzoek te doen naar diens activiteiten. Als voorbeeld wordt in de nota artikel 57 Wtk 1992 (oud) genoemd, op basis waarvan inlichtingen konden worden ingewonnen, daarnaast bood de verklaring van geen bezwaar de mogelijkheid om met het oog op de positie van de kredietinstelling verschillende elementen van de dochter (die trustdiensten verricht) te toetsen, zoals haar bestuurders en haar activiteiten. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 7.

7 Op basis van de inmiddels vervallen Regeling van 4 februari 1993, van de Minister van Financiën tot uitvoering van artikel 1, derde lid, van de Wet toezicht kredietwezen 1992 (*Stcrt.* 1993, 29) werd een financieringsmaatschappij van de definitie van 'kredietinstelling' van de Wtk 1992 (oud) uitgezonderd, indien ze geen gelden van het publiek aantrekt, dan wel indien de kredietuitzettingen of beleggingen vrijwel uitsluitend binnen het concern plaatsvinden en de onderneming die aan het hoofd van het concern staat voor de schulden die door de financieringsmaatschappij zijn aangegaan een onvoorwaardelijke garantie heeft gegeven. *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 7.

8 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, Toezicht op trustkantoren, Amsterdam: NIBE-SVV 2004, p. 24.

9 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2.

10 Idem, p. 8.

of doordat het off shore center onvoldoende maatregelen heeft genomen tegen het witwassen van gelden of de financiering van terrorisme. Vanwege de genoemde kwetsbaarheid voor gebruik door criminelen is in het nationaal actieplan terrorismebestrijding en veiligheid aangekondigd dat trustmaatschappijen onder toezicht worden gebracht.'

Het actieplan: integriteit van de financiële sector en terrorismebestrijding
In de inleiding van de nota wordt gewezen op het actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid'[11], dat per brief van het kabinet van 5 oktober 2001 aan de Tweede Kamer is gepresenteerd.[12] Hoofdstuk 5 van dit actieplan is gewijd aan de integriteit van de financiële sector en terrorismebestrijding. In dit hoofdstuk zijn dertien actiepunten opgenomen, die zijn gericht op het traceren van relaties tussen financieringsstromen en terroristische activiteiten. De actiepunten in het hoofdstuk zijn verdeeld onder twee pijlers, te weten de 'eerste pijler' betreffende financiële toezichtwetgeving en de handhaving daarvan (actiepunt 20 tot en met 24), waarmee een systematische ontsluiting van de financiële stromen wordt beoogd, en de 'tweede pijler' betreffende de opsporing van verdachte geldstromen (actiepunt 25 tot en met 33), waarmee wordt beoogd om de beschikbare gegevens als input te kunnen gebruiken voor de opsporing en daartoe zo effectief mogelijk financiële patronen bloot te kunnen leggen. In het laatste actiepunt (ACTIE 33, van de 'tweede pijler')[13] wordt de toezegging gedaan dat op korte termijn een nota 'Integriteit financiële sector en terrorismebestrijding' zal worden uitgebracht, die een meer specifieke uitwerking bevat van de in het actieplan genoemde actiepunten.[14] Deze toezegging heeft uiteindelijk geresulteerd in de genoemde Integriteitsnota 2001. Eén van de genoemde actiepunten (ACTIE 21, uit de 'eerste pijler')[15] betreft het onder toezicht brengen van trustkantoren, waarbij de gedachte is dat ook terroristen de mogelijkheid hebben gebruik te maken van de juridische en financiële expertise van trustkantoren.

5.2.2.3 De 'Integriteitsnota 2001'
Het belang van de Integriteitsnota 2001 is in de een eerste plaats gelegen in het feit dat zij de eerste schets van de hoofdlijnen van het toezicht op trustkantoren bevat, waarvan de belangrijkste[16] elementen in de Wtt zijn overgenomen, te weten de vergunningplicht, de antecedententoetsing en de

---

11 *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 10, p. 7-14.

12 *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 10.

13 Zie: idem, p. 13: 'ACTIE 33: over de meer specifieke uitwerking (inclusief wetgevingstrajecten, precieze fasering en vertaling naar personele versterking van verschillende betrokken instanties) zal op korte termijn een nota 'Integriteit financiële sector en terrorismebestrijding' worden uitgebracht.'

14 Zie voor de beschrijving van de voortgang met betrekking tot deze actiepunten ook: 'Eerste voortgangsrapportage met betrekking tot het actieplan Terrorismebestrijding en Veiligheid van 5 oktober 2001', dat per brief van de Minister-president, Minister van Algemene Zaken en de Ministers van Justitie, van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van Financiën en van Defensie, d.d. 26 oktober 2001, aan de Tweede Kamer is aangeboden, *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 21, p. 3-25.

15 Zie: idem, p. 12: 'ACTIE 21: onder toezicht brengen van trustkantoren.'

16 Niet alle elementen zijn overgenomen: de rapportageverplichting voor trustkantoren, op basis waarvan er zicht dient te komen op de geldstromen die door de financieringsmaatschappijen gaan, is niet in de Wtt opgenomen. Van Gorkum en De Carpentier merken terzake op dat artikel 10 lid 2 Wtt weliswaar de mogelijkheid opent voor DNB om een trustkantoor ad hoc te verzoeken een rapportage aan te leveren omtrent de bedrijfsvoering en administratieve organisatie en interne controle, maar het verschaffen van informatie over de geldstromen op het niveau van de door het trustkantoor beheerde entiteiten valt hier niet onder en past volgens hen een dergelijke rapportageverplichtingen bovendien niet bij de in de Wtt gekozen poortwachterbenadering (zie over deze benadering hieronder subparagraaf 5.2.6 'Trustkantoren als poortwachter: de *Intermediary Option*). Kort gezegd komt hun visie hier op neer dat een zodanige verplichting tot informatieverstrekking, zonder directe aanleiding (zoals bij incidentmeldingen), waarbij de toezichthouder zicht wordt verschaft op transacties of geldstromen op het niveau van de beheerde entiteiten, bij de in de Wtt gekozen poortwachterbenadering niet nodig is, aangezien bij deze benadering het toezicht op het trustkantoor is gericht. Zie nader Van Gorkum en De Carpentier, *a.w.* 2004, p. 24-25.

regels met het oog op de integere bedrijfsvoering (de wijze waarop de administratieve organisatie en de interne controle, 'AO/IC') van trustkantoren moeten zijn ingericht.

Drie uitgangspunten van de nota
In de Integriteitsnota 2001 zijn bovengenoemde pijlers van het actieplan 'Terrorismebescherming en Veiligheid', te weten de eerste pijler ('financiële toezichtwetgeving en handhaving') en de tweede pijler ('opsporing verdachte geldstromen') uitgewerkt in drie uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt betreft een systematische ontsluiting van de financiële stromen, waarin een adequate financiële toezichtwetgeving moet voorzien. Het gaat hierbij niet alleen om de bestrijding van terrorisme, maar bovendien om de doelstellingen van financieel toezicht, waaronder de bescherming van de integriteit van de financiële sector. In de nota wordt hieromtrent onder andere een versterking van het toezicht op trustkantoren bepleit. Het tweede uitgangspunt betreft een uitbreiding van wet- en regelgeving om informatie die uit financiële stromen beschikbaar is geworden op een goede manier te kunnen gebruiken voor de opsporing en vervolging van terrorisme. Tot slot worden als derde uitgangspunt voorstellen gedaan voor versterking van handhaving en uitvoering van wet- en regelgeving, waarbij onder ander moet worden gedacht aan versterking van de FIOD-ECD en het OM voor het financieel rechercheren en de versterking van de strafrechtelijke handhavingsketen.[17]

De aanvankelijke opzet: toezicht op trustmaatschappijen en financieringsmaatschappijen
De aanvankelijke opzet van de nota was een gemengde wet die het toezicht op 'trustmaatschappijen en financieringsmaatschappijen' zou beslaan. Trustkantoren treden in het merendeel van de gevallen op als bestuurder van financieringsmaatschappijen (zie nader subparagraaf 2.4.3 'Drie veel voorkomende structuren: de houdsterstructuur, de royalty structuur en de financieringsstructuur'). In de nota zijn deze financieringsmaatschappijen omschreven als 'instellingen, niet zijnde onder toezicht staande kredietinstellingen, die (…) opvorderbare gelden aantrekken en weer uitzetten.' De meest voorkomende financieringsmaatschappijen zijn de groepsmaatschappijen die binnen concernverband de financieringsvormen verzorgen en in het monetaire jargon worden aangeduid als 'bijzondere financiële instellingen' (zij zijn hierboven in hoofdstuk 2 reeds besproken in de subparagrafen 2.4.3.1 'De houdsterstructuur', 2.4.3.2 'De royaltystructuur' en 2.4.3.3 'De financieringsstructuur'). Een belangrijk deel daarvan wordt fiscaal als 'doorstroomlichamen' aangeduid, waaronder in de nota wordt verstaan 'statutair in Nederland gevestigde vennootschappen die onderdeel uitmaken van een buitenlandse groep en als doorgeefluik fungeren voor geldstromen die uit het buitenland komen en die (direct of indirect) weer naar het buitenland worden doorgesluisd'. [18] Het voorgenomen integriteitstoezicht op financieringsmaatschappijen is echter niet doorgezet, aangezien in navolging van de internationale ontwikkelingen uiteindelijk in de Wtt is gekozen voor de 'gatekeeper'-benadering (oftewel: de 'poortwachter'-benadering), behorende bij de zogenaamde 'Intermediary Option'. Bij deze optie wordt alleen het trustkantoor direct onder toezicht geplaatst, die als poortwachter eisen dient te stellen ten aanzien van haar cliënten, waaronder financieringsmaatschappijen, zie voor de beschrijving van dit systeem van toezicht door de OESO subparagraaf 4.4.2.2 'Option 2: 'Imposing an obligation on corporate service providers to maintain beneficial ownership information', de 'Intermediary Option'. De Nederlandse implementatie van dit systeem wordt nader hieronder behandeld in subparagraaf 5.2.4.5 'Trustkantoren als poortwachter: de Intermediary Option'.[19]

---

17 Zie naast de nota onder andere: 'Tweede Voortgangsrapportage met betrekking tot het actieplan Terrorismebestrijding en Veiligheid van 5 oktober 2001', *Kamerstukken II* 2001-2002, 27925, nr. 34, p. 14-15 en de 'Vierde Voortgangsrapportage met betrekking tot het actieplan Terrorismebestrijding en Veiligheid van 5 oktober 2001', *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 65, p. 15, die na de Integriteitnota 2001 zijn verschenen en waarin deze hoofdlijnen uit de nota uiteen zijn gezet.

18 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 7.

19 De eisen waaraan financieringsmaatschappijen zouden dienen te voldoen zijn hiermee op het niveau van de trustkantoren als dienstverleners aan financieringsmaatschappijen opgelegd. Zie nader Van Gorkum en De Carpentier, *a.w.* 2004, p. 24 e.v. Voor de vrijstellingsregeling van financieringsmaatschappijen verwijzen zij naar de Vrijstellingsregeling toezicht kredietwezen 1992 (oud), paragraaf 1.1. 'Doel en inhoud van de vrijstellingsregeling' (*Stcrt.* 2002, 120/pag. 12, p. 5-6) en het Advies van de Raad van State en Nader Rapport, 1. 'Reikwijdte van het wetsvoorstel', zie:

De aanvankelijke opzet van het toezicht, die zowel gericht was op de trustkantoren als op de financieringsmaatschappijen (zoals de doorstroomvennootschappen), beoogde een tweeledig doel te dienen. In de eerste plaats moest de integriteit van bestuurders, commissarissen en aandeelhouders van trustkantoren en financieringsmaatschappijen kunnen worden getoetst, zodat het onder meer mogelijk zou zijn om na te gaan of deze ondernemingen banden onderhouden met personen en organisaties die voorkomen op de verschillende lijsten met terroristen en hier tegen op te treden. De tweede doelstelling van het toezicht was gericht op de transparantie van geldstromen. Hier was de aanvankelijke gedachte in de eerste plaats dat de financieringsmaatschappijen aan de toezichthouder inzicht dienden te geven in de omvang en het soort geldstromen die de onderneming aantrekt en weer uitzet. Deze gedachte (en haar rapportageplicht voor het trustkantoor) is als gezegd met de aanvaarding van het poortwachtermodel verlaten. Voorts was de gedachte dat er regels dienden te worden gegeven voor de wijze waarop de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) van trustkantoren en financieringsmaatschappijen moesten zijn ingericht. Uiteindelijk zijn deze er slechts ten aanzien van trustkantoren gekomen. Een ander belangrijk onderdeel van het integriteittoezicht, dat in verband met de tweede doelstelling wordt genoemd, is dat de inmiddels vervallen Wet melding ongebruikelijke transacties (hierna: Wet MOT (oud)), evenals de vervallen Wet identificatie bij financiële dienstverlening (hierna Wif (oud)), ook op trustkantoren en financieringsmaatschappijen diende te worden toegepast. In de nota werd hierbij aangekondigd dat actief toezicht zal worden gehouden op de naleving van de identificatie- en meldingsplicht en bovendien dat de contractuele geheimhoudingsplicht, die trustkantoren jegens hun cliënten hebben, niet in de weg staat aan de wettelijke meldplicht dan wel het verstrekken van informatie aan de toezichthouder.[20]

Een eerste schets van de hoofdlijnen van de Wtt
Hoewel het op basis van de in de nota genoemde maatregelen niet tot één geïntegreerde wet inzake toezicht op trustmaatschappijen en financieringsmaatschappijen is gekomen, zijn als gezegd de belangrijkste elementen van de Wtt reeds in de nota geschetst. Zij worden hier besproken voor zover zij uit de nota in de Wtt zijn overgenomen. Zo wordt in de nota in de eerste plaats de opname van een algehele vergunningplicht voor het aanbieden van trustdiensten in de toezichtswet voorgeschreven: 'Ingevolge deze toezichtswet zullen trustmaatschappijen (…) moeten zijn toegelaten door de toezichthouder, willen zij hun diensten kunnen aanbieden.' In de tweede plaats moet worden gewezen op de 'uitgebreide bevoegdheden' die volgens de nota aan de toezichthouder bij het toekennen van een vergunning dienen toe te komen om antecedentenonderzoek te verrichten naar de bestuurders van trustkantoren: 'Indien de betrouwbaarheid van de (beoogde) bestuurders, beleidsbepalers, commissarissen of aandeelhouders zodanig is, dat de integriteit van het financiële stelsel zou kunnen worden aangetast, (dan) zal de trustmaatschappij (…) niet toegelaten worden en zal zij dus niet haar activiteiten kunnen uitvoeren.' Als derde element moet worden genoemd dat de toezichthouder regels dient te kunnen stellen met betrekking tot de (integere) bedrijfsvoering en de administratieve organisatie: 'Door deze eisen wordt bevorderd dat de toezichthouder de geldstromen kan controleren en wordt tegengegaan dat criminelen en terroristen gebruik maken van de diensten die trustmaatschappijen bieden.'[21]

5.2.2.4 Voortgangsrapportages actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid'
De eerste voortgangsreportage van het actieplan 'Terrorismebestrijding en Veiligheid' verscheen voordat de Integriteitnota 2001 werd uitgebracht. Na het verschijnen van deze nota, zijn nog vijf voortgangsrapportages aangeboden aan de Tweede Kamer, waarin de Kamer steeds over de voortgang van de in de eerste rapportage genoemde actiepunten is geïnformeerd. Met betrekking tot het onder toezicht brengen van trustkantoren (bovengenoemde ACTIE 21 van de eerste voortgangsrapportage)

Kamerstukken II 2002-2003, 29 041 A, p. 1-2. Tot slot wijzen Van Gorkum en De Carpentier op artikel 49 Wtt en haar toelichting in de MvT van de Wtt, waarbij de Wet identificatie bij dienstverlening 1993 (oud) zodanig wordt aangepast dat de verplichtingen uit deze wet en het toezicht daarop op het niveau van de financieringsmaatschappijen is komen te vervallen.

20 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 8.

21 Idem, p. 10.

wordt in de eerste voortgangsrapportage gerapporteerd dat hierover overleg heeft plaatsgevonden tussen het Ministerie van Financiën en DNB. Het overleg was op dat moment nog gericht op het vormgeven van een gezamenlijk toezicht op trustkantoren en bijzondere financiële instellingen. In dat kader werd gezocht naar aanpassingen van bovengenoemde ministeriële regeling op grond waarvan BFIs van de Wtk 1992 (oud) waren uitgezonderd, zodat op grond van de Wtk 1992 (oud) toezicht kon worden uitgeoefend. Daarnaast wordt in de eerste rapportage vermeld dat parallel overleg heeft plaatsgevonden tussen het Ministerie van Financiën en brancheverenigingen VIMS, die de 'grote trustkantoren' in Nederland vertegenwoordigt, zoals besproken in subparagraaf 2.3.2.1 'Grote trustkantoren en de VIMS'. Als voorstander van adequaat wettelijk toezicht zal de VIMS worden betrokken bij de uitwerking van de toezichtsystematiek.[22] In de tweede tot en met de zesde (en tevens laatste)[23] voortgangsrapportage wordt in het kader van het onder toezicht brengen van trustkantoren over vier deelacties (in de rapportage ook wel aangeduid als 'producten') gerapporteerd, te weten:[24]

> '1. sterker in het reguliere toezicht betrekken. DNB geeft binnen het lopende toezicht op kredietinstellingen bijzondere aandacht aan trustactiviteiten van dochters van deze kredietinstellingen;
> 2. aanpassing vrijstellingsregeling Wtk 1992 (oud, vdW);
> 3. onder werking MOT/Wif (oud, deze wetten zijn thans opgegaan in de Wwft, vdW) brengen (via AMvB beroepsgroepen);
> 4. separate wet waarin het toezicht op trustmaatschappijen wordt geïntroduceerd, met aandacht voor integratie met de regeling voor financieringsmaatschappijen.'

Zesde voortgangsrapportage: stand van zaken

De stand van zaken bij de zesde voortgangsrapportage luidde dat deelactie 1 en 2 'gerealiseerd' waren bevonden en dat voor deelactie 3 en 4, gold dat de Ministerraad op 11 april 2003 met betrekking tot het onder de werking van de MOT/Wif (oud) brengen van trustkantoren akkoord is gegaan en deze AMvB op 1 juni 2003 in werking zou treden (deelactie 3), respectievelijk dat het wetsvoorstel houdende toezicht op trustkantoren voor advies aan de Raad van State is gezonden (deelactie 4).[25] In het advies van de Raad van State van 21 juni 2003, wordt onder andere nader ingegaan op de reikwijdte van het wetsvoorstel, in het bijzonder voor wat betreft de integratie van de (destijds in werking zijnde) 'voorlopige regelgeving' voor integriteittoezicht op financieringsmaatschappijen (die waren vrijgesteld of ontheven van de vergunningplicht onder de Wtk 1992 (oud), zie hierboven). De Raad van State benadrukt dat in het wetsvoorstel is gekozen voor de 'poortwachterbenadering', waarbij het toezicht aangrijpt op het niveau van de trustkantoren als dienstverleners en niet op het niveau van de financieringsmaatschappijen waarover zij het beheer voeren. De consequentie voor de reikwijdte van het wetsvoorstel is dat het toezicht enerzijds wordt uitgebreid, aangezien trustkantoren niet alleen aan financieringsmaatschappijen, maar ook aan andere rechtspersonen en vennootschappen

---

22 *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 21, p. 16.

23 In de zesde voortgangsrapportage worden de eerste en tweede deelactie niet meer genoemd, aangezien zij in voortgangsrapportage vijf al als 'gerealiseerd' worden beoordeeld.

24 Zie met betrekking tot de deelacties met betrekking tot het onder toezicht brengen van trustkantoren achtereenvolgens: *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 34, p. 15 (tweede voortgangsrapportage), *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 50, p. 15 (derde voortgangsrapportage), *Kamerstukken II* 2001-2002, 27 925, nr. 65, p. 15-16 (vierde voortgangsrapportage), *Kamerstukken II* 2002-2003, 27 925, nr. 73, p. 14-15 (vijfde voortgangsrapportage) en *Kamerstukken II* 2002-2003, 27 925, nr. 96, p. 17 (zesde voortgangsrapportage).

25 *Kamerstukken II* 2002-2003, 27 925, nr. 96, p. 17. Frielink meent echter dat gelet op de argumenten die in de Integriteitsnota 2001 worden genoemd voor de invoering van het toezicht op trustkantoren, de vraag zich opdringt waarom niet een vorm van zelfstandig toezicht op financieringsmaatschappijen is ingevoerd, temeer daar deze niet noodzakelijkerwijs met behulp van een trustkantoor in hun bestuur hoeven te voorzien. Zie in dit verband: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 16, waar in dit verband bovendien wordt gewezen op: C.M. Grundmann-Van de Krol, *De Wet toezicht trustkantoren: enkele aspecten van vennootschapsrechtelijke en effectenrechtelijke aard*, voordracht gehouden op 3 december 2003 tijdens het door DNB georganiseerde seminar 'Toezicht op trustkantoren'.

diensten verlenen, zoals houdster -, royalty en onroerend goed maatschappijen. Anderzijds is sprake van inperking van het toezicht, aangezien de voorlopige regeling voor een zelfstandig toezicht op financieringsmaatschappijen volledig is komen te vervallen, zodat hiermee ook de financieringsmaatschappijen die niet door trustkantoren worden beheerd buiten het bereik van het integriteittoezicht zijn gebracht.[26]

5.2.3 Totstandkoming van de Wtt: consultatie, wetshistorie en wetstechnische informatie

5.2.3.1 Consultatie door het Ministerie van Financiën

De Wtt is tot stand gekomen op basis van uitgebreide consultatie van de markt door het Ministerie van Financiën. In de eerste plaats zijn voorconsultaties gehouden met de brancheorganisaties VIMS en de DFA, evenals met de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB). Vervolgens heeft een algemene consultatie plaatsgevonden, waarbij zijn trustkantoren en derden in de gelegenheid zijn gesteld om commentaar te leveren op de Wtt. Hierbij zijn onder andere beroepenorganisaties van advocaten, notarissen, accountants en belastingadviseurs aangeschreven. De snelle plenaire behandeling van de Wtt kan volgens Frielink worden verklaard door het gegeven dat de trustsector door deze uitgebreide consultatie reeds op de invoering van deze wet was voorbereid (er vanuit gaande dat de door de sector naar voren gebrachte wensen en suggesties in de nadere afweging en besluitvorming zijn betrokken), in combinatie met de weinige deskundigheid die op dat vlak in het parlement voorhanden zou zijn.[27]

5.2.3.2 Wetshistorie

Op 11 april 2003 heeft de ministerraad het voorstel van wet goedgekeurd. Het wetsvoorstel is bij Kabinetsmissive van 23 april 2003[28] ter overweging bij de Raad van State aanhangig gemaakt, die hierover op 21 juni 2003 zijn advies heeft uitgebracht.[29] Vervolgens is op 12 september 2003 een gewijzigd voorstel aan de Tweede Kamer aangeboden.[30] Naar aanleiding van (een conceptversie van) een publicatie van Frielink en Eering[31] zijn door de fractie van de PvdA in de Tweede Kamer op 21 oktober 2003 aan de Minister van Financiën vragen over het ontwerp van deze wet gesteld[32], die hebben geleid tot een nota naar aanleiding van het verslag[33] en een nota van wijziging.[34] Op 6 november is een nota van wijziging naar de Tweede Kamer gestuurd, die het gewijzigde voorstel op 20 november 2003 heeft aanvaard. Diezelfde dag is het voorstel aan de Eerste Kamer aangeboden. Uit het verslag van de vaste commissie van Financiën[35] blijkt dat door de leden van CDA-fractie, specifiek met betrekking tot het enkel en alleen verlenen van domicilie als zelfstandige activiteit, vragen zijn gesteld en verzoeken zijn ingediend om deze activiteit als zelfstandige dienst op te nemen (bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen diensten)[36], waarvan in de nota naar aanleiding van het verslag wordt afgezien.[37] De Eerste Kamer heeft het wetsvoorstel op 16 december 2003 aangenomen.[38] De Wtt[39] is per 1 maart 2004 in werking getreden, bij Koninklijk Besluit van 7 februari

---

26 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, A, p. 2.
27 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 17.
28 No.03.001766.
29 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, A (Advies van Raad van State en Nader Rapport).
30 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nrs. 1-3 en A.
31 C.H.M. Eering en K. Frielink, *Toezicht trustkantoren*, Ondernemingsrecht 2003/17, p. 652-658.
32 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 4, p. 2-3.
33 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 5.
34 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 6, waarin de uitzondering van artikel 2 lid 2 onder 3° Wtt ook van toepassing is indien meerdere interim-management opdrachten zijn verstrekt aan een rechtspersoon die deze opdrachten vervolgens tegelijkertijd laat uitvoeren door verschillende natuurlijke personen.
35 Samenstelling: Schuyer (D66), Ketting (VVD), Rabbinge (PvdA), Platvoet (GL), Terpstra (CDA), Van Driel (PvdA), Doek (CDA), Van Middelkoop (CU), Biermans (VVD) (plv.voorzitter), Essers (CDA, voorzitter), Van Raak (SP), Leijnse (PvdA).
36 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, B.
37 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, C.
38 *Handelingen* 2003-2004, nr. 13, p. 555.

2004.[40] Bij de behandeling van bepalingen uit de Wtt wordt in dit hoofdstuk teruggegrepen naar de wetshistorie voor zover deze voor een goed begrip van de betreffende bepaling relevant is.

5.2.3.3 Wetstechnische informatie

Sinds haar inwerkingtreding is de Wtt veelvuldig aangepast. In dit verband moet worden gewezen op de wetswijzigingen in verband met de inwerkingtreding van: de Invoerings en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht (IWft)[41] op 1 januari 2007[42], de Wwft op 1 augustus 2008[43], de Aanpassingswet Vierde tranche Awb[44] op 1 juli 2009[45], de Boetewet[46] op 1 augustus 2009[47] en de Wfm 2010[48] op 1 juli 2011. Tevens zijn thans wetsvoorstellen aanhangig, waarvan de belangrijkste zijn: de Wfm 2012[49] en het wetsvoorstel ter introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de financiële toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets[50]. In onderhavig en navolgend hoofdstuk zal waar toepasselijk de hiermee samenhangende wijzigingen in de wet- en regelgeving betreffende trustkantoren worden behandeld.

5.2.4 Integriteittoezicht

5.2.4.1 Inleiding

De Wtt is een integriteitwet.[51] In de inleidende subparagraaf (5.2.1) is reeds ter sprake gekomen dat de doelstelling van de Wtt luidt 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel door middel van regulering van de trustsector.'[52] Ook in de aanhef van het wetsvoorstel van de Wtt staat dat het 'ter bevordering van de integriteit van het financiële stelsel in Nederland, wenselijk is trustkantoren onder toezicht te plaatsen.'[53] Het toezicht op basis van deze wet wordt als 'integriteittoezicht' aangeduid, waarbij het volgens de MvT van de Wtt gaat 'om de integriteit van het trustkantoor en om de relationele integriteit, de integriteit van de klanten van het trustkantoor, in die zin dat de afnemer (uiteindelijk belanghebbende) van de diensten bekend moet zijn bij het trustkantoor.' Volgens de MvT van de Wtt zijn de doelstellingen van integriteittoezicht noch prudentieel, noch gedragstypisch van aard:

---

39 *Stb.* 2004, 9.

40 *Stb.* 2004, 58.

41 Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet (Invoerings en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht, IWft) *Stb.* 2006, 605.

42 *Stb.* 2008, 304

43 Ibid.

44 Wet van 25 juni 2009 tot aanpassing van bijzondere wetten aan de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet vierde tranche Awb). *Stb.* 2009, 265.

45 *Stb.* 2009, 266.

46 Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige ander wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving, kortweg aangeduid als 'Boetewet'). *Stb.* 2009, 327.

47 *Stb.* 2009, 328.

48 Wet van 12 mei 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige ander wetten (Wijzigingswet financiële markten 2010, Wfm 2010). *Stb.* 2011, 248.

49 Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012, Wfm 2012). Wetsvoorstel 32 781.

50 Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets. Wetsvoorstel 32 786.

51 Dat geldt eveneens voor de Wwft en de Sanctiewet 1977.

52 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3.

53 *Stb.* 2004, 9, p. 1.

> ‘Het beoogde toezicht behelst specifiek de toetsing van integriteit. Het gaat in dit wetsvoorstel niet om de soliditeit van de trustkantoren en de goede ordening van het marktproces of de bescherming van consumenten.’[54]

Bovendien heeft de regering aangegeven dat ‘het integriteittoezicht een zelfstandig traject (zal) doorlopen naast de herziening van het financiële toezichtstelsel.’[55] Hiermee is integriteittoezicht uitdrukkelijk buiten de algehele herziening van het financiële toezichtstelsel gehouden. Voor wat betreft de normering van het gedragstoezicht en het prudentieel toezicht geldt de normering op basis van de Wet op het financieel toezicht.[56] Bij genoemde herziening wordt een uitsplitsing gemaakt naar elementen die worden bezien door de gedragstoezichthouder (AFM) dan wel de prudentiële toezichthouder (DNB). De ontwikkeling van integriteittoezicht als aparte vorm van toezicht, heeft de nodige vragen opgeleverd en lijkt bovendien zelfs tot op heden voor discussie vatbaar te zijn.

Vraagtekens bij integriteittoezicht naast de tweedeling van prudentieel toezicht en gedragstoezicht
Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel bij het wetsoverleg van de vaste commissie voor Financiën wordt door de heer Heemskerk (PvdA) de vraag gesteld waarom integriteittoezicht een derde categorie (van toezicht) wordt, waarbij hij de stelling poneert dat integriteittoezicht wat hem betreft in de categorie prudentieel toezicht valt, in welk geval het onderscheid van twee typen in stand wordt gehouden. Uit het (stenografisch) verlag blijkt overigens geen onderbouwing van deze stelling.[57] In het verlengde hiervan wordt door mevrouw Van Vroonhoven-Kok (CDA) opgemerkt op dat integriteittoezicht ‘inderdaad’ los staat van het prudentieel toezicht[58], waarbij zij de vraag stelt in hoeverre de AFM met trustkantoren te maken zou kunnen krijgen. Ten aanzien van de vraag in hoeverre integriteit(toezicht) een nieuwe vorm van toezicht is, antwoordt staatssecretaris Wijn (namens de minister van Financiën Zalm) dat het volgens hem niet de bedoeling is dat integriteittoezicht een soort derde pijler wordt en dat integriteitsaspecten zowel bij prudentieel toezicht als gedragstoezicht een rol spelen.[59] Zalm heeft hierover zelf eerder gezegd: ‘Ik wil hier nogmaals benadrukken dat het in het wetsvoorstel specifiek gaat om de toetsing van integriteit. Het gaat in dit wetsvoorstel niet om de soliditeit van de trustkantoren en de goede ordening van het marktproces of de bescherming van consumenten. (…) Er is dus op dit punt geen sprake van overlap.’[60] In deze woorden is bovenstaande geciteerde passage uit de MvT van de Wtt duidelijk te herkennen. Door Zalm wordt er op gewezen dat er een aantal specifieke integriteittoezichtwetten[61] is, dat niet is gericht op de soliditeit van de onder toezicht staande bedrijven (prudentieel toezicht), maar ook niet is gericht op de goede ordening van het marktproces of de bescherming van consumenten (gedragstoezicht). Integriteittoezicht valt onder geen van beide noemers, waartoe door de minister als reden wordt aangevoerd:

> ‘Gezien de specifiek op de integriteit gerichte doelstelling valt er geen uitsplitsing naar prudentiële en gedragstypische elementen te maken. Er is daarom voor gekozen

---

54 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 5.

55 Idem, p. 5.

56 Zie uitgebreid: C.M. Grundmann-van de Krol en J.B.S. Hijink, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. Regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en bellegingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 en R.M.I. Lamp, ‘De Wet op het financieel toezicht’, in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman (red.): *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 241-272.

57 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 7, p. 4: stenografisch verslag van een wetgevingsoverleg van de vaste commissie voor Financiën van maandag 17 november 2003.

58 Daaraan wordt in het stenografisch verslag toegevoegd: ‘Wij begrijpen dat, want er zijn een heleboel integriteitswetten die heel weinig te zeggen hebben over de soliditeit van de organen.’ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 7, p. 4.

59 Idem, p. 5.

60 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 5, p. 5.

61 Hij noemt onder andere de Wet identificatie bij dienstverlening (oud) en de Wet melding ongebruikelijke transacties (oud), die thans in de Wwft zijn opgegaan, evenals de Sanctiewet 1997.

de grote herzieningsoperatie van het financiële toezichtstelsel niet onnodig te belasten met een poging tot invlechting van deze wetten.'[62]

Frielink en Van Eersel zijn echter (2010) van mening dat het toezicht op trustkantoren in de categorie gedragstoezicht valt.[63] Op dit standpunt wordt hieronder ingegaan bij de bespreking van de wettelijke verankering van integriteittoezicht in de Wtt. Eerst volgt de behandeling van integriteit als toezichtdoelstelling, zodat hierop bij de bespreking van de wettelijke verankering kan worden voortgebouwd.

5.2.4.2 Integriteit als toezichtsdoelstelling

Integriteit als toezichtsdoelstelling is (reeds vóór de inwerkingtreding van de Wtt) uitgewerkt in het wetsvoorstel van de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten[64], die op 1 december 2003 in werking is getreden.[65] Bovengenoemde 'Integriteitsnota 2001' bouwt in dit verband voort op enkele belangrijke onderdelen van de hieraan voorafgaande nota Integriteit Financiële sector van 1997.[66] Eén van de resultaten van laatstgenoemde nota is de inbedding van het thema integriteit in de uitoefening van het toezicht door financiële toezichthouders. In deze nota is vastgesteld dat integriteit als separate toezichtsdoelstelling nader dient te worden geformuleerd.[67] In dat kader is de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten geformuleerd, waarin onder andere wordt voorgesteld om de toezichthouders 'integriteitstoezicht' op financiële instellingen te laten uitoefenen.[68] In de MvT van laatstgenoemde wet wordt onder 'integriteit' verstaan:

a). de persoonlijke integriteit van bestuurders en medewerkers;
b). de organisatorische integriteit van de financiële instelling;
c). de relationele integriteit;
d). de integriteit met betrekking tot het marktgedrag van de financiële instelling.[69]

Addendum a). Persoonlijke integriteit van bestuurders en medewerkers

In de MvT staat dat financiële instellingen een zorgplicht hebben ten aanzien van de persoonlijke integriteit van hun bestuurders en medewerkers. Bij het toezicht ten aanzien van de persoonlijke integriteit worden fraude en corruptie als aandachtspunten genoemd, evenals belangenverstrengeling

---

62 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 5, p. 6.

63 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 22-23.

64 Wet van 14 november 2002 tot wijziging van de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 met het oog op het opheffen van enige verschillen tussen deze wetten en het in die wetten expliciteren van integriteit als onderwerp van toezicht, alsmede in verband met enige noodzakelijke technische aanpassingen (Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten). *Stb.* 2003, 55.

65 *Stb.* 2003, 482.

66 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 830, nrs. 1-2.

67 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2.

68 Het doel van deze wet was de (destijds geldende) financiële toezichtwetgeving op een aantal onderdelen te actualiseren en te harmoniseren. Dit naar aanleiding van de Notitie inzake samenhang en verschillen tussen de financiële toezichtswetten (de zogenaamde 'kleine röntgenfoto', *Kamerstukken II* 1995-1996, 24 843, nr. 1), de nota Integriteit Financiële sector van 1997 (de 'Integriteitsnota', *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 830, nrs. 1 en 2) en de Tussenrapportage Nota Integriteit financiële sector (*Kamerstukken II* 1997-1998, 25 830, nr. 4). Het gaat hierbij om de volgende wetten: de Wet toezicht beleggingsinstellingen (oud) (Wtb (oud)), de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (oud) (Wte 1995 (oud)); de Wet toezicht kredietwezen (oud) (Wtk 1992(oud)), de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf (oud) (Wtn (oud)) en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (oud) (Wtv 1993 (oud)). Deze wetten zijn opgegaan in de Wft.

69 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 373, nr. 3, p. 11.

van bestuur en medewerkers van de financiële instellingen, waarbij bijvoorbeeld aan nevenfuncties bij zakelijke relaties kan worden gedacht.[70]

Addendum b). Organisatorische integriteit van de financiële instelling
De organisatorische integriteit heeft volgens de MvT betrekking op de interne procedures en maatregelen op het gebied van administratieve organisatie en interne controle (OA/IC) ter bestrijding van onoorbaar gedrag.[71]

Addendum c). Relationele integriteit
De relationele integriteit heeft volgens de MvT betrekking op het marktgedrag van de financiële instelling in haar relatie tot derden, alsmede op het gedrag van derden dat de integriteit van de financiële instelling aantast. Hierbij moet volgens de MvT worden gedacht aan de toepassing van het 'ken uw klant'- principe, oftewel 'customer due diligence' en de naleving van de meldings- en identificatieplicht (thans beiden op basis van de Wwft).[72] Daarnaast worden hierbij genoemd het opvolgen van waarschuwingen ingevolge Recommendation 21 en andere relevante aanbevelingen van de FATF (zoals training en voorlichting van het personeel), evenals het naleven van de toepasselijke bepalingen uit de Sanctiewetgeving.[73]

Addendum d). Integriteit met betrekking tot het marktgedrag van financiële instellingen
Bij de integriteit met betrekking tot het marktgedrag van financiële instellingen worden in de MvT enkele voorbeelden gegeven, waaronder het voorkomen van koersmanipulatie (c.q. koersstabilisatie) rond emissies en het 'bijsturen' van koersen teneinde andere gerelateerde transacties te beïnvloeden, die buiten het kader van dit onderzoek vallen.[74]

5.2.4.3 De wettelijke verankering van integriteittoezicht in de Wtt
Bij bovenstaande uitwerking van het begrip 'integriteit' als toezichtsdoelstelling zijn steeds de 'financiële instellingen' als normadressaat aangewezen. Deze normadressaat kan uiteraard niet (zonder meer) voor het begrip 'trustkantoren' worden ingewisseld. Toch is bovenstaande opsomming en uitwerking van de verschillende vormen van integriteit mijns inziens evenzeer op trustkantoren van toepassing, juist aangezien het integriteittoezicht in de Wtt is verankerd. Frielink en Van Eersel zijn eveneens van mening dat de hierboven weergegeven opsomming en uitwerking van de verschillende vormen van integriteit op trustkantoren van toepassing zijn, maar zij zijn op dit punt echter de mening toegedaan dat het toezicht op trustkantoren in de categorie gedragstoezicht valt. In dit kader spreken zij van het *preventieve* gedragstoezicht, waar onder meer het onderzoek naar de antecedenten en deskundigheid van bijvoorbeeld bestuurders van het trustkantoor valt, evenals het toezicht op de naleving door het trustkantoor van onder andere de Wwft, alsook de verplichting om de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende vast te stellen. Daarnaast spreken zij van het *correctieve* of *repressieve* gedragstoezicht, waartoe het intrekken van de vergunning en het opleggen van bestuurlijke boetes behoren.[75]

---

70 Idem, p. 11.
71 Idem, p. 11.
72 Idem, p. 11.
73 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 6.
74 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 373, nr. 3, p. 11.
75 Met betrekking tot bovenstaande uiteenzetting van het begrip 'integriteit' in de MvT van de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten, merken zij op dat bij de totstandkoming van de Wft hierop is voortgeborduurd. Dit zou volgens hen onder meer blijken uit de vastlegging van een verplichting voor financiële ondernemingen om een adequaat beleid te voeren dat een integere uitvoering van het bedrijf waarborgt (te weten artikel 3:10 Wft en artikel 4:11 Wft). Volgens hen is het opmerkelijk dat de Wtt een dergelijke bepaling niet bevat en zal desalniettemin de uiteenzetting van de verschillende vormen van integriteit ook in relatie tot trustkantoren *mutatis mutantis* van toepassing zijn. Zie nader: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 22-23.

Verankering integriteittoezicht: de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtwetten
De wettelijke verankering van 'integriteittoezicht' in de financiële toezichtwetgeving betekent volgens de MvT van de Wet actualisering en harmonisatie financiële toezichtswetten, dat in de wet wordt bepaald dat: i). het toezicht mede de beoordeling van integere bedrijfsvoering van de onder toezicht staande instellingen omvat, ii). dat deze integere bedrijfsvoering als vergunningvoorwaarde in de financiële toezichtswetten wordt opgenomen en tot slot iii). dat de instelling permanent (dus niet alleen bij de vergunningverlening) aan deze voorwaarde dient te voldoen.[76] Deze verankering van integriteittoezicht is mijns inziens in de Wtt terug te vinden. Het eerst genoemde aspect, 'dat het toezicht mede de beoordeling van integere bedrijfsvoering omvat', blijkt uit artikel 10 Wtt, op basis waarvan (door DNB) met het oog op een integere bedrijfsvoering bij of krachtens AMvB regels worden gesteld aan trustkantoren, waaronder begrepen regels met betrekking tot de administratieve organisatie en de interne controle (AO/IC). Het als tweede genoemde aspect, 'dat deze integere bedrijfsvoering als vergunningvoorwaarde in de financiële toezichtwet wordt opgenomen', volgt uit artikel 3 lid 1 aanhef en onderdeel f Wtt in combinatie met artikel 4 onderdeel d Wtt. Op basis van eerstgenoemd artikel 3 lid 1 aanhef en onderdeel f Wtt dient het trustkantoor als één van de vereisten voor het verkrijgen van een vergunning de gegevens te overleggen met betrekking tot de voorziene bedrijfsvoering, waaronder begrepen de maatregelen (die zijn) gericht op het bevorderen en handhaven van een integere bedrijfsvoering, en de voorziene administratieve organisatie en interne controle van het trustkantoor. Op basis van artikel 4 onderdeel d Wtt verleent de toezichthouder een vergunning *tenzij* hij van oordeel is dat, gelet op hetgeen het trustkantoor ingevolge (het voornoemde) artikel 3 lid 1 onderdeel f Wtt bij de aanvraag heeft overlegd, het trustkantoor niet in staat zal zijn te voldoen aan de op grond van artikel 10 te stellen regels (betreffende de integere bedrijfsvoering). Het als derde genoemde aspect ten slotte, 'dat een instelling permanent aan deze voorwaarde (betreffende de integere bedrijfsvoering) dient te voldoen', volgt uit artikel 6 aanhef en onderdeel f Wtt, op basis waarvan de toezichthouder een vergunning kan intrekken in het geval hem informatie bekend wordt die, was zij hem bekend geweest op enig moment van het verlenen van de vergunning, ertoe zou hebben geleid dat de vergunning niet zou zijn verleend.

Integriteit als toezichtsdoelstelling
In de 'Integriteitsnota 2001' wordt bij de behandeling van integriteit als toezichtsdoelstelling verwezen naar bovengenoemd wetsvoorstel, waarin volgens de nota wordt 'geëxpliciteerd dat het toezicht mede de beoordeling van een integere bedrijfsvoering van de onder toezicht staande instellingen omvat', welke integere bedrijfsvoering 'als doorlopende vergunningvoorwaarde in de financiële toezichtwetten (zal) worden opgenomen' en tot slot dat 'De instelling niet alleen bij de vergunningverlening aan deze voorwaarde (dient) te voldoen maar permanent.' In de nota wordt vermeld dat voorzien is dat bij of krachtens AMvB door de toezichthouder regels kunnen worden voorgeschreven met betrekking tot een aantal integriteitsaspecten, waarbij in het geval van de Wtt moet worden gedacht aan de Rib Wtt die door DNB is opgesteld, in de nota wordt terzake overwogen dat:

> 'Met betrekking tot de onderscheiden aspecten van integriteit, zoals bovenstaand omschreven, wordt voorzien in een aparte grondslag in aanvulling op de bestaande grondslag voor regels met betrekking tot administratieve organisatie (AO) en interne controle (IC). De nieuwe bepaling met betrekking tot integriteitsaspecten zal complementair zijn aan de bepaling over AO/IC.'[77]

5.2.4.4 De keuze voor DNB als toezichthouder
DNB is in de Wtt aangewezen als toezichthouder. In paragraaf 3.3. van het algemeen deel van de MvT van de Wtt zijn de redenen opgenomen die voor de wetgever doorslaggevend zijn geweest om deze

[76] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 373, nr. 3, p. 12.
[77] *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 106, nr. 2, p. 6.

prudentiële toezichthouder als trusttoezichthouder aan te wijzen.[78] In de eerste plaats stelt de MvT dat het 'hier gaat om het verkrijgen van inzicht in de substantiële geldstromen die door Nederland lopen via door trustkantoren beheerde doelvennootschappen.' Daarnaast is DNB 'vanuit een andere invalshoek dan het trusttoezicht (…) al bekend met een deel van de trustkantoren en de financieringsmaatschappijen die door trustkantoren worden beheerd.'[79] Deze ervaring heeft DNB opgebouwd doordat (onder meer) financieringsmaatschappijen verplicht zijn hun transacties met niet-ingezetenen en hun financiële positie in het buitenland aan DNB te rapporteren ten behoeve van de samenstelling van de Nederlandse betalingsbalans en externe vermogenspositie. Bovendien moesten financieringsmaatschappijen zich om een vrijstelling of ontheffing te krijgen van de toepassing van de Wtk 1992 (oud) bij DNB melden, waarbij de rapportages en meldingen in veel gevallen door de beherende trustkantoren zijn gedaan. Tot slot noemt de MvT van de Wtt de ervaring die DNB heeft opgebouwd met het toezicht op trustdochters van banken als redengevend voor de keuze voor DNB als toezichthouder.[80]

Toezicht en handhaving
Het toezicht door DNB bestaat in de eerste plaats in het vooraf beoordelen of aan de vergunningvereisten wordt voldaan. Het gaat bij het toezicht op basis van de Wtt dus primair om toezicht via een vergunningensysteem. Op basis daarvan wordt vooraf beoordeeld of de bedrijfsvoering 'op papier' in orde is, waarmee de bedrijfsvoering van het trustkantoor wordt bedoeld zoals deze is vastgelegd in zijn procedurehandboek. Na de vergunningverlening aan het trustkantoor, is het (doorlopende) toezicht van DNB gericht op de naleving van de verplichtingen die uit de Wtt, de Rib Wtt, de Wwft en de Sanctiewetgeving voortvloeien, evenals op de naleving van de verplichtingen uit zijn eigen procedurehandboek. Indien het trustkantoor tekortschiet in het naleven van deze verplichtingen, kan handhavend worden opgetreden. Aan de wettelijke vormgeving van het toezicht door DNB is een aparte subparagraaf gewijd, te weten subparagraaf 5.2.5 'Toezicht op trustkantoren door DNB'. Aan de handhaving wordt als gezegd een apart hoofdstuk gewijd, te weten hoofdstuk 6.

5.2.4.5 Trustkantoren als poortwachter: de 'Intermediary Option'
In de Wtt is gekozen voor toezicht op het niveau van de dienstverlener[81], in navolging van de zogenoemde 'Intermediary Option' die wordt beschreven in het OESO-rapport *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*.[82] Aan het trustkantoor wordt hiermee de rol van poortwachter ('gatekeeper') toegekend: de informatie betreffende 'beneficial ownership and control' moet voor de autoriteiten beschikbaar zijn bij de dienstverlener (het trustkantoor).[83] De keuze voor het trustkantoor als poortwachter berust op een afweging ten aanzien van de in het OESO-rapport genoemde opties voor de Nederlandse situatie, waarbij effectiviteit en een zo beperkt mogelijke aanvullende administratieve lastendruk belangrijke randvoorwaarden zijn geweest: 'Voor Nederland

---

78 Zie ook *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 5, p. 5, waarin de minister op vragen van de PvdA-fractie betreffende de keuze om DNB als toezichthouder aan te wijzen en niet de AFM naar paragraaf 3.3 van de MvT van de Wtt verwijst.

79 *Kamerstukken II* 29 041, nr. 3, p. 5.

80 Idem, p. 5.

81 Dit uitgangspunt stamt reeds uit het 'Edwards Report' (1998) en heeft navolging gevonden in de daarop volgende KPMG-rapporten (2000). Ten aanzien van zowel het Edwards Report als de KPMG-rapporten heeft het IMF (2001) gesteld dat deze hierin richtinggevende 'principles' zijn opgenomen. In beide rapporten is als uitgangspunt genomen om trustkantoren te reguleren en niet de trusts of companies ten aanzien waarvan zij als dienstverlener optreden. Het uitgangspunt is derhalve regulering van het trustkantoor in de hoedanigheid van 'trust service provider' en 'company service provider'. Zie nader subparagrafen 4.3.2 'The Edwards Report: Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies' en subparagraaf 4.3.3 'Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda.

82 Zie nader hierboven subparagraaf 4.4.4 'Behind the Corporate Veil: drie systemen van toezicht', met name subparagraaf 4.4.2.2 'Option 2: 'Imposing an obligation on corporate service providers tot maintain beneficial ownership information', de 'Intermediary Option'.

83 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 3-4.

met een relatief grote trustsector is de tweede optie, waarbij de informatie wordt aangehouden door de poortwachter, daarom het meest doelmatig. Veel trustkantoren moeten deze informatie toch al beschikbaar hebben op basis van hun eigen gedragsregels. (…) het trustkantoor (fungeert) dan ook als poortwachter wanneer het bepaalde diensten verricht.'[84] De redenering is, dat als alle trustkantoren in Nederland bonafide zijn en zich ervan verzekeren dat zij met bonafide partijen zaken doen, alleen dat al een grote bijdrage levert aan de integriteit van het financiële stelsel.[85]

5.2.5 Toezicht op trustkantoren door DNB

Bevoegdheidsgrondslag DNB
DNB is in artikel 1 onderdeel j van de Wtt als toezichthouder aangewezen.[86] De diverse taken en toezichtbevoegdheden van de Wtt zijn door middel van attributie van bevoegdheid rechtstreeks aan DNB toegekend. Dit heeft echter geen betrekking op het stellen van algemeen verbindende voorschriften[87], welke bevoegdheid bij de Minister van Financiën berust. Wel heeft DNB krachtens delegatie[88] regels vastgesteld met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren, te weten de Rib Wtt.[89] Voor wat betreft toezicht en handhaving van de Wtt ontleent DNB haar bevoegdheden rechtstreeks aan deze wet. In de overige integriteitswetgeving is voorzien in delegatie van de bevoegdheden van de Minister van Financiën aan DNB, namelijk met betrekking tot toezicht en handhaving van de Sanctiewet 1977[90] en van de Wwft.[91]

Toezicht: vergunningensysteem en doorlopend toezicht
Het gaat bij het toezicht op basis van de Wtt als gezegd primair om toezicht via een vergunningensysteem (zie hieronder subparagraaf 5.2.5.1), op basis waarvan vooraf wordt beoordeeld of de bedrijfsvoering van het trustkantoor in orde is en of de beleidsbepalers betrouwbaar zijn. Vervolgens is het doorlopende toezicht door DNB gericht op de naleving van de verplichtingen die uit de Wtt, de Rib Wtt, de Wwft en de Sanctiewetgeving voortvloeien, evenals uit haar eigen procedurehandboek. In navolgende subparagrafen wordt het toezicht door DNB behandeld.

---

84 Idem, p. 4

85 A. Schilder, 'DNB als toezichthouder', voordracht gehouden op 3 december 2003 ter gelegenheid van het door DNB georganiseerde seminar 'Toezicht op trustkantoren'. Zie ook: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 20.

86 In de terminologie van artikel 1:1 van de Algemene Wet Bestuursrecht is DNB een zelfstandig bestuurs orgaan (ZBO), te weten een 'b-orgaan', aangezien zij 'met enig openbaar gezag' is bekleed, wat wil zeggen dat DNB bij of krachtens de wet bevoegdheden zijn toegekend voor justitiabelen bindende beslissingen (besluiten) te nemen. Zie ook K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 18.

87 Idem, p. 5.

88 Zie in dit verband het besluit van 7 februari 2004, houdende de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van regels met het oog op de integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Overdrachtsbesluit Integere bedrijfsvoering door trustkantoren). *Stb.* 2004, 57.

89 Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. van 23 februari 2004, houdende regels met het oog op de integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren). *Stcrt.* 2004, nr. 40/pag. 29, p. 1-7.

90 Zie: Aanwijzingsregeling rechtspersonen Sanctiewet 1977 (*Stcrt.* 2002, 106, pag. 17), gewijzigd bij ministeriële regeling van 27 augustus 2002 (*Stcrt.* 2002, 165). De Aanwijzingsregeling rechtspersonen Sanctiewet 1977 is laatstelijk gewijzigd in verband met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/48/EG. *Stcrt.* 2009, 20066, p. 1-3.

91 Besluit van 15 juli 2008, houdende bepalingen met betrekking tot de reikwijdte van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, het vaststellen van indicatoren en het overdragen van bevoegdheden in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme), *Stb.* 2008, 305.

5.2.5.1 Het vergunningensysteem van de Wtt

Hoofdstuk 2 van de Wtt heeft als titel 'Vergunning' en regelt achtereenvolgens de vergunningplicht, vastgelegd in de vorm van een verbodsbepaling, evenals de vrijstelling, ontheffing en de groepsvergunning (zie hieronder subparagraaf 5.2.5.1.1), de vereisten voor een vergunning (zie subparagraaf 5.2.5.1.2), het intrekken van een vergunning (zie subparagraaf 5.2.5.1.3), het door DNB gehouden register waarin de vergunninghoudende trustkantoren zijn ingeschreven (zie subparagraaf 5.2.5.1.4) en tot slot de kosten die verschuldigd zijn ter zake van de aanvraag of ontheffing, dan wel ter dekking van de kosten van het toezicht (zie subparagraaf 5.2.5.1.5).

5.2.5.1.1 De verbodsbepaling, vrijstelling, ontheffing en groepsvergunning: artikel 2 en 2a Wtt

De vergunningplicht is neergelegd in de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 wordt de reikwijdte van deze verbodsbepaling aangepast. Sinds de inwerkingtreding van de Wtt luidt deze bepaling: 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland werkzaam te zijn.' Voor de bepaling van de reikwijdte van dit verbod wordt aangeknoopt bij het 'vestigingsvereiste', zoals vastgelegd in het bestanddeel 'vanuit een vestiging in Nederland' van de verbodsbepaling. Voor de uitleg van het hierin opgenomen begrip 'vestiging' moet volgens de MvT van de Wtt worden aangesloten bij de betekenis van deze term in de artikelen 43 e.v. van het EG-verdrag. Er is derhalve sprake van een vestiging wanneer er daadwerkelijk economische activiteit wordt verricht door middel van een vaste basis. Dat betrekkelijk snel aan dit vereiste werd voldaan volgt ook uit de MvT van de Wtt, aangezien 'Ook de aanwezigheid die niet de vorm heeft van een bijkantoor of agentschap, maar enkel bestaat uit een eenvoudig bureau, beheerd door eigen personeel van de onderneming of door een zelfstandige persoon die echter gemachtigd is voor die onderneming op te treden, valt onder het begrip vestiging.'[92]

De vergunningplicht: artikel 2 lid 1 Wtt

Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is deze verbodsbepaling uitgebreid en aangescherpt, waarmee uitvoering wordt gegeven aan wat de MvT van de Wfm 2012 'de belangrijkste aanbeveling van de evaluatie' noemt (hiermee wordt het *Evaluatierapport Wtt* bedoeld)[93], zie nader hieronder. In de evaluatie is geconstateerd dat een onbekend aantal kantoren trustactiviteiten verricht in Nederland, maar niet vanuit een vestiging in Nederland. Omdat deze kantoren geen vestiging in Nederland hebben, vallen zij thans niet onder de reikwijdte van de Wtt.[94] Het gaat hier met name om wat in de kamerstukken de problematiek van de 'virtuele trustkantoren'[95] wordt genoemd, zie voor dit begrip nader subparagraaf 2.4.6.3 'Virtuele trustkantoren'. De MvT van de Wfm 2012 doelt hier op de aanbeveling op basis waarvan het Ministerie van Financiën in zijn evaluatierapport aangeeft voornemens te zijn om 'te voorzien in een aanscherping van de wettelijke definitie van trustkantoor en de verbodsbepaling zoals opgenomen in artikel 2, eerste lid Wtt met het oogmerk om het in Nederland aanbieden, bemiddelen en verlenen van trustdiensten onder de Wtt te brengen.'[96]

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

De redactie van artikel 2 lid 1 Wtt heeft gedurende het wetgevingstraject van de Wfm 2012 een tamelijk woelige ontwikkeling doorgemaakt. Over de uiteindelijke redactie van artikel 2 lid 1 Wtt heeft dan ook geruime tijd onduidelijkheid bestaan, aangezien zowel in het conceptwetsvoorstel, als in het wetsvoorstel en vervolgens in het advies van de Raad van State op basis van de lezing daarvan, steeds een andere redactie van deze bepaling opdook (zie nader hieronder voor een uiteenzetting). Het

---

92 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 10.

93 In het *Evaluatierapport Wtt* wordt in dit verband overigens gesproken van 'het voornaamste punt van zorg dat uit de evaluatie voortkomt', te weten het toepassingsbereik van de Wtt met betrekking tot de problematiek van de 'virtuele trustkantoren'. Zie onder andere: *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren*, Den Haag: Ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 7.

94 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 43.

95 M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, EITC 2009, p. 12. e.v.

96 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 7.

gewijzigde voorstel van Wfm 2012 van 1 november 2011[97] vormt thans het sluitstuk van deze ontwikkeling. Voor de hierin opgenomen redactie van het gehele artikel 2 Wtt geldt overigens, dat deze identiek is aan die van het (eerdere) wetsvoorstel.[98] Saillant detail: in het wetsvoorstel is eerstgenoemde (oorspronkelijke) redactie van het eerste artikellid opgenomen, dat deze in het gewijzigde voorstel overeind is blijven staan. De inwerkingtreding van de Wfm 2012 heeft derhalve het gehele artikel 2 Wtt gewijzigd, behalve het eerste lid. Daar staat derhalve thans nog steeds: 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder *vanuit een vestiging in Nederland* als trustkantoor werkzaam te zijn' (artikel 2 lid 1 Wtt). Volgens de MvT van de Wfm 2012 is het vestigingsvereiste echter komen te vervallen.[99]

Ter verduidelijking van deze ogenschijnlijk tegenstrijdige situatie wordt hieronder eerst de ontwikkeling van het eerste artikellid van artikel 2 Wtt uiteengezet. Vervolgens worden de uitbreidingen van deze verbodsbepaling op grond van de Wfm 2012 behandeld, te weten het verbod op het verrichten van diensten naar Nederland (het nieuwe artikel 2 lid 2 Wtt) en het verbod op het verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten (het nieuwe artikel 2 lid 3 Wtt). Hierbij wordt de vraag behandeld in hoeverre er door de discrepantie tussen de tekst van artikel 2 lid 1 Wtt en de toelichting (de MvT van de Wfm 2012) mogelijk sprake is van een fout in de tekst van het wetsvoorstel of de toelichting, welke in een later stadium voor reparatie in aanmerking komt, zoals Frielink en Van Eersel als mogelijkheid opwerpen.[100]

In het *concept* wetsvoorstel luidde artikel 2 lid 1 Wtt:

> 'Het is verboden zonder een daartoe door de toezichthouder verleende vergunning als trustkantoor werkzaam te zijn.'[101]

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

> 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder *vanuit een vestiging in Nederland* als trustkantoor werkzaam te zijn.'[102]

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

> 'Voorgesteld wordt in artikel 2, eerste lid, van de Wtt niet langer vast te houden aan het vereiste dat men werkzaam moet zijn vanuit een vestiging in Nederland en daarvoor in de plaats als criterium te hanteren dat men *in of vanuit Nederland* werkzaam is als trustkantoor. De vestigingseis komt daarmee te vervallen.'[103]

---

97 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 781, A

98 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 781, A, p. 24.

99 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 44.

100 K. Frielink en M. van Eersel, 'Wijziging van de Wet toezicht trustkantoren. Wijzigt de wijzigingswet de werkwijzen op wijze wijze?', *Tijdschrift Ondernemingsrecht* 2011, 93, p. 465-473.

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

102 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 2, p. 24: Artikel VII, onderdeel B. Hier lijkt sprake te zijn van een kennelijke verschrijving, aangezien hier de oorspronkelijke redactie van het artikellid is opgenomen en de Raad van State onder verwijzing naar dit wetsvoorstel tot een andere redactie komt. Bovendien sluit de redactie van het artikel in het wetsvoorstel niet aan bij de toelichting in de MvT van de Wfm 2012 bij dit artikel.

103 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 44.

Hierboven is zijdelings aangestipt dat Frielink en Van Eersel opmerken dat hier mogelijk sprake is van een 'fout in de wetgeving (of in de toelichting)[104], welke in een later stadium voor reparatie in aanmerking komt.' Zij voeren daartoe aan dat in het kader van de evaluatie van de Wtt is voorgesteld om de zinsnede 'vanuit een vestiging in Nederland' in de verbodsbepaling te laten vervallen en daarvoor in de plaats te hanteren 'in of vanuit Nederland', zoals volgens hen ook uit de toelichting van de Wfm 2012 (zie bovenstaande passage) valt op te maken.

Aan bovenstaande onduidelijkheid is vervolgens – zo leek het even – door de Raad van State een einde gemaakt. Hij stelt dat *'ingevolge het wetsvoorstel'*[105] (*sic!*) artikel 2 lid 1 Wtt komt te luiden:

> 'Het is verboden zonder een daartoe door de toezichthouder verleende vergunning *in of vanuit Nederland* als trustkantoor werkzaam te zijn of een dienst aan te bieden.'[106]

De lezing van artikel 2 lid 1 Wtt van de Raad van State sluit naadloos aan op het bovengenoemd artikelgewijs commentaar in de MvT van de Wfm 2012, waarin als gezegd als criterium wordt gehanteerd dat men 'in of vanuit Nederland' als trustkantoor werkzaam is, waarmee de vestigingseis komt te vervallen.[107] De Raad van State heeft evenwel kritiek op deze verbodsbepaling. Hij adviseert dan ook om de toelichting aan te vullen en het voorstel aan te passen. Terzake van bovenstaande (door hem zelf geherformuleerde) verbodsbepaling overweegt hij:

> 'Aldus is sprake van uitbreiding van de Wtt over het als trustkantoor aanbieden van diensten in Nederland zonder in Nederland gevestigd te zijn. Deze uitbreiding wordt gemotiveerd door erop te wijzen dat de Wtt thans niet alle aanbieders op de Nederlandse financiële markten bestrijkt. De voorgenomen uitbreiding van de reikwijdte van de Wtt vormt een beperking van het vrije verkeer van diensten.[108] Wil deze beperking gerechtvaardigd zijn, dan zal een beroep moeten worden gedaan op de uitzondering voor het algemeen belang, met de daarbij behorende eisen van noodzakelijkheid en evenredigheid. Daarbij is van belang dat de betreffende dienstverlening reeds valt onder het bereik van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Deze wet staat, net als de Wtt, ten dienste aan het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel. Verder merkt de Afdeling op dat in het voorstel ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de regels die in voorkomende gevallen in andere lidstaten ten aanzien van trustkantoren gelden en met het toezicht dat in die lidstaten op de aldaar gevestigde trustkantoren wordt uitgeoefend (wederzijdse erkenning).'[109]

De uiteindelijke redactie van artikel 2 lid 1 Wtt, zoals opgenomen in het gewijzigde voorstel van de Wfm 2012, is komen te luiden:

> 'Het is verboden zonder vergunning van de toezichthouder *vanuit een vestiging in Nederland* als trustkantoor werkzaam te zijn.'[110]

De slotsom is derhalve dat de uiteindelijke redactie van het artikellid onveranderd is gebleven ten opzichte van haar oorspronkelijke redactie bij de inwerkingtreding van de Wtt. Het vestigingsvereiste in artikel 2 lid 1 Wtt is overeind gebleven, terwijl in de toelichting van de Wfm 2012 wordt betoogd

---

104 Of het een fout in de wetgeving dan wel een fout in de toelichting betreft, laten zij helaas in het midden. Wel plaatsen zij de mogelijkheid dat sprake is van een fout in de toelichting tussen haakjes, zie citaat.

105 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 2, p. 24: Artikel VII, onderdeel B.

106 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 4, p. 5.

107 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 44. Zie ook het citaat hierboven.

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

109 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 4, p. 5.

110 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 781, A, p. 24.

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

Afstand van het vestigingsvereiste in de Wtt?
Mijns inziens is door de handhaving van de oorspronkelijke redactie van artikel 2 lid 1 Wtt als zodanig kennelijk geen (volledige) afstand gedaan van het vestigingsvereiste, met dien verstande dat zij door de hieronder nader te behandelen uitbreidingen van de verbodsbepaling echter wel in belangrijke is mate gerelativeerd. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 worden als gezegd twee belangrijke verbodsbepalingen aan artikel 2 Wtt toegevoegd waarin het vestigingsvereiste niet wordt toegepast, te weten het verbod op het verrichten van diensten naar Nederland (het nieuwe artikel 2 lid 2 Wtt) en het verbod op het verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten (het nieuwe artikel 2 lid 3 Wtt). In beide bepalingen is het vestigingsvereiste (van artikel 2 lid 1 Wtt) niet van toepassing. Er is derhalve geen afstand gedaan van het vestigingsvereiste, maar het is door beide uitbreidingen van de verbodsbepaling voor een belangrijk deel gerelativeerd en daarmee niet langer de enige maatstaf om te bepalen of een trustkantoor onder het bereik van de Wtt valt: als het trustkantoor niet in Nederland is gevestigd, moet worden bezien of sprake is van een situatie als bedoeld in lid 2 of lid 3 van artikel 2 Wtt om te beoordelen of het trustkantoor onder de reikwijdte van de Wtt valt. Zo bezien kan worden verdedigd dat de fout is gelegen in de toelichting, aangezien zij stelt dat in artikel 2 lid 1 Wtt afstand is gedaan van het vestigingsvereiste. Dat is uitdrukkelijk niet het geval. In lid 2 en 3 is het beginsel niet toegepast. Mijns inziens is het daarom beter te stellen dat het vestigingsvereiste in artikel 2 lid 1 Wtt onverkort van toepassing is gebleven, maar dat zij in de gevallen van artikel 2 lid 2 en 3 Wtt geen toepassing heeft gevonden.

Aanleiding tot de uitbreiding van de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt
Hierboven is de 'uitbreiding' van de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt ter sprake gekomen. Aangezien het verbod op het verrichten van diensten 'naar Nederland' (het nieuwe artikel 2 lid 2 Wtt) evenals het hieraan gekoppelde verbod op het verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten (het nieuwe artikel 2 lid 3 Wtt) zien op het verbod om deze activiteiten te verrichten zonder dat het betreffende trustkantoor over een vergunning beschikt, meen ik dat deze bepalingen een 'uitbreiding' vormen van de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt.[111] Deze uitbreiding betreft als gezegd twee situaties waarbij het vestigingsvereiste geen toepassing heeft gevonden, anders dan in artikel 2 lid 1 Wtt waar dit vereiste is gehandhaafd. Dit punt is hierboven uitvoerig behandeld en laat ik hier nu rusten. Op deze plaats wordt behandeld wat de aanleiding is geweest tot beide uitbreidingen van de verbodsbepaling.

In de MvT van de Wfm 2012 wordt over de uitbreiding van de verbodsbepaling van artikel 2 lid 1 Wtt overwogen dat

> 'de verbodsbepaling uit artikel 2 van de Wtt (wordt) uitgebreid en aangescherpt. Hiermee wordt uitvoering gegeven aan de belangrijkste aanbeveling uit de evaluatie. Er is in de evaluatie geconstateerd dat een onbekend aantal kantoren trustactiviteiten verricht in Nederland, maar niet vanuit een vestiging in Nederland. Omdat deze kantoren geen vestiging in Nederland hebben, vallen zij thans niet onder de

[111] Frielink en Van Eersel stellen dat met de Wfm 2012 twee verbodsbepalingen zijn *toegevoegd* aan artikel 2 lid 1 Wtt. K. Frielink en M. van Eersel, *t.a.p.* 2011, p. 465-473.

> reikwijdte van de Wtt. Thans worden in Nederland diensten in de zin van deze wet verleend door buitenlandse niet-vergunningplichtige kantoren. In de literatuur worden dergelijke kantoren ook wel aangeduid als 'virtuele trustkantoren'[112]. Vaak maken zij gebruik van, bijvoorbeeld, het internet om Nederlandse cliënten te werven en te bedienen. In de regel vindt de dienstverlening gedeeltelijk in Nederland plaats, bijvoorbeeld een adviseur in Nederland verstrekt een advies over een fiscale structuur om belastingheffing te ontwijken. Deze geadviseerde structuur wordt vervolgens geïmplementeerd door een buitenlands trustkantoor waarmee de hiervoor bedoelde adviseur samenwerkt of dat deel uitmaakt van dezelfde groep als die waartoe de adviseur behoort. De banden tussen de Nederlandse adviespraktijk en het buitenlandse trustkantoor zijn echter niet altijd in voldoende mate aantoonbaar voor de toezichthouder. De hier bedoelde buitenlandse trustkantoren zijn doorgaans bevoegd hun beroep of bedrijf uit te oefenen in het land waar zij hun zetel hebben en staan onder toezicht van de bevoegde autoriteiten van dat land. Voor deze kantoren gelden echter niet dezelfde (strenge) vereisten en zorgplichten waaraan de Nederlandse kantoren moeten voldoen.'[113]

In bovenstaande passage van de MvT van de Wfm 2012 wordt als voornaamste reden van de uitbreiding en aanscherping van de verbodsbepaling gewezen op de dienstverlening van de 'virtuele trustkantoren': omdat zij geen vestiging in Nederland hebben, vallen zij thans niet onder de reikwijdte van de Wtt.[114] Zoals uitgebreid in subparagraaf 2.4.6.3 is besproken bedienen deze 'virtuele trustkantoren' een ander deel van de markt dan de reguliere Nederlandse trustsector. Waar de trustkantoren van de gereguleerde Nederlandse trustsector zich primair richten op het beheer van doelvennootschappen van buitenlandse cliënten, zijn 'virtuele trustkantoren' hoofdzakelijk gericht op Nederlandse cliënten: 'Uit de wijze waarop enkele van deze kantoren adverteren, kan worden afgeleid dat zij zich richten op vermogende particulieren en ondernemingen die belasting willen ontwijken of anoniem rechtspersonen willen gebruiken.'[115] Het gaat volgens de MvT van de Wfm 2012 zodoende materieel om trustdiensten[116] die momenteel niet zijn gereguleerd vanwege het vestigingsvereiste, terwijl de risico's die de Wtt beoogt te adresseren wel aan de orde zijn.[117]

Deze bevindingen, evenals de (kennelijk) belangrijkste aanbeveling uit de Evaluatie Wtt – als gezegd: om 'te voorzien in een aanscherping van de wettelijke definitie van trustkantoor en de verbodsbepaling zoals opgenomen in artikel 2, eerste lid Wtt met het oogmerk om het in Nederland aanbieden, bemiddelen en verlenen van trustdiensten onder de Wtt te brengen'[118] – zijn de aanleiding geweest om de verbodsbepaling uit te breiden en aan te scherpen. Naast het hierboven reeds uitvoerig behandelde voorstel om in artikel 2 lid 1 Wtt niet langer aan het vestigingsvereiste vast te houden, wordt voorgesteld om 'de bevoegdheid diensten aan te bieden voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren.' Waarbij onder het aanbieden van diensten wordt begrepen: 'het in de uitoefening van beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een cliënt voor diensten waarvoor een vergunning in de zin van de Wtt is vereist.'[119]

---

112 Mr. M.T. van der Wulp – Trustkantoren in Nederland: trustdiensten en misbruik. Erasmus Instituut Toezicht & Compliance, pag. 12 e.v. (verwijzing zoals opgenomen in de hier uitgelichte passage van de MvT).

113 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 43.

114 Idem, p. 43.

115 Idem, p. 44.

116 Merk op dat hier in de MvT wordt gesproken over 'trustdiensten' in plaats van de term 'diensten' die in de Wtt wordt gebruikt. Mijns inziens is evident dat hiermee het zelfde wordt bedoeld.

117 Idem, p. 44.

118 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 24.

119 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 44.

Blijkens het nader rapport van 19 mei 2011 zijn de opmerkingen van de Raad van State (zie hierboven) ten aanzien van de voorgenomen wijzigingen van de Wtt overgenomen. Ter onderbouwing van de rechtvaardiging van de beperking van het vrije verkeer van diensten wordt gewezen op het reële risico op witwassen door de dienstverlening in Nederland van ongereguleerde trustkantoren in het buitenland:

> 'De Nederlandse integriteitgeoriënteerde trustwetgeving is uniek, mede doordat deze regels niet binnen de EU zijn geharmoniseerd. De buitenlandse trustkantoren die thans in Nederland, al dan niet via een tussenpersoon, actief zijn vallen niet noodzakelijkerwijs onder de werking van richtlijn nr. 2005/60/EG (…) (hierna: Derde Witwasrichtlijn) in de lidstaat van herkomst, omdat zij niet altijd kwalificeren als een instelling in de zin van die richtlijn. Verder zijn in de Wtt aanvullende regels gesteld ten opzichte van de Derde Witwasrichtlijn, omdat bij trustdienstverlening aanvullende risico's bestaan. Het ligt in de rede om die risico's ook af te dekken voor trustkantoren die vanuit een andere staat in Nederland diensten verrichten. De risico's gerelateerd aan dienstverlening door trustkantoren van buiten de EU, waar de Derde Witwasrichtlijn niet geldt, zijn uit de aard der zaak nog groter.'

In de Nota naar aanleiding van het verslag wordt de dienstverlening van deze trustkantoren en hiermee samenhangende de vestigingsproblematiek nog eens treffend verwoord:

> 'Thans wordt vereist dat een trustkantoor een vestiging in Nederland heeft. Dat kan eenvoudig worden omzeild door niet vanuit een vestiging te werken maar bijvoorbeeld een vertegenwoordiger naar Nederland te sturen of met een natuurlijke persoon in Nederland samen te werken. De vertegenwoordiger maakt veelal contact met de klant. Daarbij is denkbaar dat de vertegenwoordiger een structuur voorstelt aan de klant die later door een gelieerd buitenlands trustkantoor wordt opgezet. De communicatie tussen vertegenwoordiger en trustkantoor loopt dan dikwijls via internet. Het wetsvoorstel beoogt om het aanbieden van trustdiensten in Nederland onder de vergunningplicht te brengen.'[120]

Voorts wordt om de integriteit van de financiële markten in Nederland te beschermen en om witwassen te voorkomen ook voor de dienstverlening *naar Nederland* een vergunning van de Nederlandse toezichthouder verplicht gesteld (het nieuwe artikel 2 lid 2 Wtt) evenals het bemiddelen daarbij (het nieuwe artikel 2 lid 3 Wtt). Beide bepalingen worden hieronder achtereenvolgens uitgediept.

Artikel 2 lid 2 (en de samenhang met artikel 2 lid 5 tot en met lid 8) Wtt: 'naar Nederland'
In het nieuwe artikel 2 lid 2 Wtt is de verbodsbepaling met betrekking tot de dienstverlening 'naar Nederland' opgenomen, welke luidt: 'Het is een ieder met een zetel buiten Nederland verboden zonder vergunning van de toezichthouder als trustkantoor werkzaam te zijn door middel van het verrichten van diensten naar Nederland. In lid 2 wordt met het oog op het beschermen van de integriteit van de financiële markten in Nederland en het voorkomen van witwassen ook de dienstverlening naar Nederland onder de vergunningplicht gebracht, waarbij de uitzonderingsbepalingen in de nieuwe leden 5 tot en met 8 (die eveneens met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 worden ingevoerd) dienen te waarborgen dat het vrij verkeer van dienstverlening door trustkantoren onbelemmerd blijft, zolang het trustkantoor een zetel heeft in een staat waar het toezicht op trustkantoren van gelijkwaardig niveau is.[121] Op basis van lid 5 is de verbodsbepaling van lid 2 niet van toepassing op trustkantoren met een zetel in een door de Minister van Financiën aan te wijzen staat, waar toezicht op het verlenen van trustdiensten[122] wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de

---

120 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 7, p. 6-7.
121 Idem, p. 6.
122 Merk op dat hier in de Wtt wordt gesproken over 'trustdiensten' in plaats van de term 'diensten' die in deze wet wordt gebruikt. Mijns inziens wordt hiermee echter het zelfde bedoeld.

belangen die deze wet beoogd te beschermen (artikel 2 lid 5 Wtt). Met betrekking tot het aanwijzen van regels kunnen bij AMvB regels worden gesteld (artikel 2 lid 6 Wtt) en het besluit tot aanwijzing kan door de Minister worden ingetrokken (artikel 2 lid 7 Wtt). De bekendmaking van een besluit tot aanwijzing van een staat geschiedt in de Staatscourant (artikel 2 lid 8 Wtt).

Terecht wijzen Frielink en Van Eersel er op dat de hier beschreven uitbreiding van de verbodsbepaling met het verrichten van diensten 'naar Nederland' tegen de achtergrond van de dienstverlening van 'virtuele trustkantoren' moet worden bezien. De tweede (hieronder nader te bespreken) uitbreiding van de verbodsbepaling duiden zij als een verbod gericht aan eenieder, waaronder niet-trustkantoren – de zogenaamde 'trustintermediairs'. Ook dit verbod is ingegeven door de wens meer controle te krijgen op de virtuele trustkantoren.[123] Dit blijkt (onder andere) uit de hierboven uitgelichte passages van de wetsgeschiedenis van de Wfm 2012, waarin de werkwijze van virtuele trustkantoren (beknopt) is weergegeven. Onderstaande verbodsbepaling ziet dan ook op de werkzaamheden van de vertegenwoordiger die contact maakt met de (Nederlandse) cliënt en adviseert over de mogelijke structuur die later door het gelieerde virtuele trustkantoor in het buitenland wordt opgezet.

Artikel 2 lid 3 Wtt: 'het verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten'
Het nieuwe artikel 2 lid 3 Wtt luidt: 'Het is verboden werkzaamheden te verrichten gericht op het verlenen van trustdiensten door een trustkantoor met een zetel in een niet-aangewezen staat dat niet beschikt over een vergunning als bedoeld in het tweede lid.' Frielink en Van Eersel stellen terecht dat het verbod derhalve in die zin is beperkt dat het niet geldt indien de werkzaamheden zijn gericht op het verlenen van trustdiensten door een trustkantoor met een zetel in Nederland of in een aangewezen staat, dan wel door een trustkantoor met een zetel in een niet-aangewezen staat dat over een vergunning beschikt, zodat de hierboven genoemde bepalingen in artikel 2 lid 5 tot en met 8 Wtt over de mogelijkheid om staten aan te wijzen in dit verband van toepassing zijn.[124]
Het gaat bij artikel 2 lid 3 Wtt met name om het 'bemiddelen bij' en het 'aanbieden van' het verlenen van trustdiensten. Terzake van de bemiddelende rol wordt in de MvT van de Wfm 2012 opgemerkt: 'Een ander punt van aandacht is de bemiddelende rol die een trustkantoor kan spelen met name bij de verkoop van rechtspersonen. Vanwege de integriteitsrisico's die samenhangen met de bemiddelende activiteiten van trustkantoren, is het wenselijk die activiteiten onder het bereik van de Wtt te brengen zodat de trustkantoren een betere invulling kunnen geven aan hun rol van poortwachter van het financiële stelsel.'[125] Terzake van 'het aanbieden van trustdiensten' is hierboven reeds aangestipt dat in de MvT wordt voorgesteld om deze bevoegdheid – omschreven als: 'het in de uitoefening van beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een cliënt voor diensten waarvoor een vergunning in de zin van de Wtt is vereist'[126] – voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren.
In de wettekst is gekozen deze activiteiten te vatten in het bestanddeel 'verrichten van werkzaamheden gericht op het verlenen van trustdiensten.' Met Frielink en Van Eersel meen ik dat hieronder zowel het aanbieden van als het bemiddelen bij het verlenen van trustdiensten moet worden verstaan, maar dat het desalniettemin aanbeveling verdient dat hier duidelijkheid over wordt verschaft.[127] Zij wijzen in verband met het bemiddelen bij trustdienstverlening bovendien op het voorstel in de consultatietekst van de Wfm 2012[128], om het adverteren voor de dienstverlening van trustkantoren voor te behouden aan vergunninghoudende trustkantoren, welk voorstel in het uiteindelijke wetsvoorstel van de Wfm 2012 niet is teruggekeerd. Duidelijkheid op dit punt is te meer geboden aangezien bij zowel het bemiddelen als het aanbieden wordt gesproken van het (vergunninghoudende) trustkantoor, terwijl in de wettekst is gekozen voor een verbodsbepaling gericht tot 'een ieder'.

---

123 K. Frielink en M. van Eersel, *t.a.p.* 2011, p. 465-473.
124 K. Frielink en M. van Eersel, *t.a.p.* 2011, p. 465-473.
125 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 5.
126 Idem, p. 44.
127 K. Frielink en M. van Eersel, *t.a.p.* 2011, p. 465-473.
128 Zie conceptwetsvoorstel: Voorstel van wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012) Deel II, artikel XXX.

Artikel 2 lid 4 Wtt: zuiver technisch

De wijziging in het oude artikel 2 lid 2 Wtt, die met inwerkingtreding van de Wfm 2012 wordt omgenummerd tot het nieuwe lid 4, is blijkens de MvT van de Wfm 2012 zuiver technisch. Het artikellid bepaalt thans dat het eerste, tweede en derde lid niet van toepassing zijn op achtereenvolgens: a. de toezichthouder (volgens de MvT is het niet langer nodig om hier de naam van De Nederlandsche Bank N.V. voluit op te nemen, aangezien deze in artikel 1 onderdeel j Wtt reeds als toezichthouder is gedefinieerd); b. een krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersoon als bedoeld in artikel 1 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek[129]; c. een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon 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 diensten, bedoeld in artikel 1, onderdeel d, onder 1°, verleent.

Bij laatstgenoemde categorie moet volgens de MvT van de Wtt bijvoorbeeld worden gedacht aan 'interim-managers' die door ondernemingen als tijdelijk bestuurder worden ingeschakeld om een bepaald probleem op te lossen dan wel om bepaalde maatregelen door te voeren. De uitzondering geldt volgens de MvT niet indien de interim-manager ook een van de andere kwalificerende diensten uitvoert, hetgeen overigens mijns inziens reeds uit de bepaling zelf blijkt aangezien de uitzondering slechts van toepassing is 'voor zover (…) diensten, bedoeld in artikel 1 onderdeel d, onder 1° (worden) verleend.'[130] Het bestanddeel 'tijdelijke aard' van deze uitzonderingscategorie ziet blijkens de MvT van de Wtt niet zozeer op de korte duur als wel op de onbepaaldheid ervan. De interim-manager wordt volgens de MvT niet ingesteld voor een onbepaalde tijd, maar voor een bepaalde tijdsduur, dan wel tot bepaalde doelstellingen zijn gehaald. In de MvT wordt hierbij opgemerkt dat 'De intensiteit van de interim-managementopdracht (…) met zich (brengt) dat de natuurlijke persoon die deze opdracht uitvoert normaal gesproken niet nog een andere interim-managementopdracht in dezelfde periode kan vervullen.'[131] Deze laatste opmerking moet mijn inziens worden gezien als een toelichting op het bestanddeel 'tijdelijke aard'. Frielink en Van Eersel merken terzake op dat indien een interim-manager als natuurlijke persoon verschillende opdrachten tegelijk uitvoert, hij dan het risico loopt wel onder de werking van de Wtt te vallen, waarbij zij opmerken dat er in de MvT namelijk van uit wordt gegaan dat de intensiteit van de interim-opdracht meebrengt dat de natuurlijke persoon die deze opdracht uitvoert, normaal gesproken niet nog een andere interim-managementopdracht in dezelfde periode kan vervullen.[132, 133] Ik ben het met hen oneens voor zover zij hiermee suggereren dat de natuurlijke persoon die meerdere interim-management opdrachten zou uitvoeren, doch zich zou beperken tot het verrichten van diensten als bedoeld in artikel 1 onderdeel d onder 1° Wtt, zich *daarmee* aan het risico zou blootstellen alsnog onder de Wtt te vallen. Dat is mijns inziens uitdrukkelijk niet wat de MvT hier beoogt toe te lichten. Wat wel wordt bedoeld is dat het bestanddeel 'tijdelijke aard' (aangezien in de uitzonderingscategorie wordt gesproken van 'opdrachten van tijdelijke aard') betrekking heeft op de

---

129 Genoemd worden in artikel 2:1 van het Burgerlijk Wetboek: De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend (lid 1), alsmede andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen (lid 2).

130 Artikel 1 lid 2 aanhef en onderdeel d onder 1° Wtt luidt (sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2010): 'dienst: het zijn van bestuurder of vennoot van een rechtspersoon of vennootschap in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon.'

131 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 10.

132 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 40.

133 Frielink en Van Eersel wijzen daarbij bovendien op Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769 (r.o. 2.6.5), waarin wordt overwogen: 'Voor zover eiseres heeft beoogd een beroep te doen op artikel 2, tweede lid, aanhef en 3º, van de Wtt (thans artikel 2 lid 4 aanhef en onder c Wtt, vdW), waarin is opgenomen dat het eerste lid (thans eerste, tweede en derde lid, vdW) van dat artikel niet van toepassing is op een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijk persoon die beroeps- of bedrijfsmatig opdrachten van tijdelijke aard verleent, overweegt de rechtbank dat deze uitzondering blijkens de wetsgeschiedenis niet geldt als de interim-manager ook een van de andere kwalificerende diensten uitvoert, zie: *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, blz. 10. Voor zover al moet worden aangenomen dat de bestuursdiensten bij zeven vennootschappen een tijdelijk karakter hadden, kan dit niet leiden tot een gegrondverklaring van het beroep omdat er sprake is van bijkomende werkzaamheden. Daarnaast heeft eiseres ook diensten als genoemd onder 1, aanhef en d, aanhef en onder 2º verleend.

bepaalde tijdsduur dan wel de te behalen doelstellingen van de opdracht, waarbij de MvT toelicht dat gezien de intensiteit van deze interim-managementopdrachten een natuurlijke persoon doorgaans niet nog een andere opdracht van dit kaliber zal kunnen vervullen. Dat is natuurlijk iets heel anders dan dat deze natuurlijke persoon daarmee het risico zou lopen onder de Wtt te vallen. Tot slot spreekt de wettelijke uitzonderingscategorie bovendien van 'opdracht*en* van tijdelijke aard', hetgeen mijns inziens uitdrukking geeft aan de mogelijkheid meerdere interim-managementopdrachten te (doen) uitvoeren en toch onder de uitzonderingscategorie van artikel 2 lid 4 onder c Wtt te vallen.

Vrijstelling, ontheffing en de groepsvergunning ('parapluvergunning'): artikel 2a Wtt
De oude leden 3 tot en met 5 van artikel 2 Wtt, die achtereenvolgens de vrijstelling, ontheffing en de vergunning aan een groep van trustkantoren (parapluvergunning) regelen, zijn met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 in het nieuwe artikel 2a Wtt terechtgekomen. Zij zijn hierbij tevens aangepast aan de bovengenoemde nieuwe verbodsbepalingen van artikel 2 lid 2 en lid 3 Wtt.

Artikel 2a lid 1 Wtt: drie categorieën
Op basis van het nieuwe artikel 2a lid 1 Wtt kan de Minister van Financiën vrijstelling verlenen van de verbodsbepalingen van artikel 2 lid 1 tot en met 3 Wtt die hierboven reeds ter sprake zijn gekomen en achtereenvolgens kortweg betrekking hebben op de vergunningplicht (lid 1), het verrichten van diensten naar Nederland (lid 2) en het aanbieden van trustdiensten (lid 3). De Minister kan vrijstelling verlenen indien zulks naar zijn oordeel niet in strijd is met de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Aan een vrijstelling kunnen voorschriften worden verbonden en beperkingen worden gesteld (artikel 2a lid 1 Wtt).

Artikel 2a lid 1 Wtt en de Vrijstellingsregeling Wet toezicht trustkantoren
De Vrijstellingsregeling Wet toezicht trustkantoren (hierna: Vrijstellingsregeling Wtt) is op 24 april 2004 in werking getreden.[134] Op basis van het oude artikel 2 lid 3 van de Wtt (thans artikel 2a lid 1 Wtt) zijn in de Vrijstellingsregeling Wtt drie categorieën trustkantoren vrijstelling verleend van de vergunningplicht van artikel 2 lid 1 Wtt, omdat naar het oordeel van de Minister van Financiën 'reeds op een andere wijze in integriteitstoezicht is voorzien of omdat de integriteitsrisico's waar de Wtt zich specifiek op richt verwaarloosbaar zijn.'[135]

De vraag is of de Vrijstellingsregeling Wtt ook op de verbodsbepalingen van artikel 2 lid 2 en lid 3 Wtt van toepassing zijn, aangezien de vrijstellingsregeling sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2012 niet op deze nieuwe bepalingen is aangepast.[136] Mijns inziens kan op basis van bovengenoemd criterium voor vrijstelling, te weten 'dat reeds op een andere wijze in integriteitstoezicht is voorzien' niet zonder meer worden overgegaan tot toepassing van de vrijstellingsregeling op de verbodsbepalingen van artikel 2 lid 2 en lid 3 Wtt, aangezien de uitbreiding en aanscherping van deze bepalingen nu juist tot stand zijn gekomen omdat de hierin genoemde trustkantoren buiten het toezicht van de Wtt vallen en bovendien niet gezeteld zijn in een door de Minister aangewezen staat waar toezicht op het verlenen van trustdiensten wordt uitgeoefend dat in voldoende mate waarborgen biedt ten aanzien van de belangen die de Wtt beoogt te beschermen (artikel 2 lid 2 en 3 jo lid 5 Wtt).

- *Eerste categorie*

De eerste categorie trustkantoren waaraan vrijstelling kan worden verleend, zijn de trustkantoren die diensten verlenen aan doelvennootschappen die als beleggingsinstelling staan ingeschreven in het register beleggingsinstellingen. De vrijstelling wordt verleend aan trustkantoren 'voor zover deze diensten verlenen aan doelvennootschappen die als beleggingsinstelling zijn ingeschreven in het register, bedoeld in artikel 18 eerste lid van de Wet toezicht beleggingsinstellingen' (artikel 1

---

134 Vrijstellingregeling Wet toezicht trustkantoren, 22 april 2004/Nr. FM 2004-00539-M. Zie ook artikel 4 Vrijstellingsregeling Wtt: deze regeling treedt in werking met ingang van de tweede dag na de dagtekening van de Staatscourant waarin zij wordt geplaatst. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16.

135 *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1. 'Toelichting'.

136 Bovendien wordt in de Vrijstellingsregeling Wtt naar de Wet toezicht beleggingsinstellingen verwezen (hierna: Wtb), die thans is opgegaan in de Wft.

Vrijstellingsregeling Wtt). Hierbij moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat wordt verwezen naar de Wtb (oud), die in de Wft is opgegaan (hier zou thans moeten worden verwezen naar het register beleggingsinstellingen op basis van artikel 1:107 jo artikel 2:65 Wft). Indien trustkantoren diensten verlenen aan een doelvennootschap die reeds onder toezicht (op grond van de Wtb (oud)) staat, is uit hoofde van laatstgenoemde wet al in een vergelijkbaar toezicht voorzien en zijn daarmee de belangen die de Wtt beoogt te beschermen reeds afdoende afgestemd[137], zo was de gedachte. Voorwaarde hierbij is dan echter wel dat het trustkantoor uitsluitend diensten verleent aan de onder toezicht staande beleggingsinstelling. Als het trustkantoor daarnaast echter ook diensten verleent aan een niet in het (Wtb) register ingeschreven doelvennootschappen, dan valt het trustkantoor voor dat deel wel onder de Wtt-vergunningplicht.[138] Indien de trustkantoren diensten verlenen aan beleggingsinstellingen die zijn vrijgesteld[139] is ervoor gekozen om deze trustkantoren niet onder de vrijstellingsregeling te brengen, aangezien in dergelijke gevallen voor de betreffende doelvennootschappen niet is voorzien in met de Wtt vergelijkbaar integriteittoezicht.[140] Frielink en Van Eersel merken hierbij op dat impliciet wordt verwezen naar het toenmalige systeem (van voor de wetswijziging van 1 september 2005), waarbij het altijd de beleggingsinstellingen zelf waren die als vergunningplichtige onder toezicht stonden in plaats van de beheerder (in geval van een afzonderlijke beheerder).[141] Zij merken hierbij op dat de vraag of de Vrijstellingsregeling Wtt ook van toepassing is indien 'trustdiensten worden verleend aan een beleggingsinstelling waarvan de deelnemingsrechten mogen worden aangeboden zonder dat de beheerder over een vergunning hoeft te beschikken, maar die wordt beheerd door een beheerder die desondanks wel over een vergunning beschikt' gelet op de ratio van de Vrijstellingsregeling Wtt ontkennend moet worden beantwoord. Dit aangezien bij een beleggingsinstelling met een beheerder die weliswaar over een vergunning beschikt, maar deze vergunning niet nodig heeft voor het beheren van *deze* beleggingsinstelling, doorgaans wel de nodige maatregelen zullen worden getroffen met het oog op een integere bedrijfsvoering, maar daartoe geen verplichting bestaat.[142] Mijns inziens wijzen zij er terecht op dat het gezien bovengenoemde onduidelijkheden aanbeveling verdient dat de Vrijstellingsregeling op dit punt zo spoedig mogelijk wordt aangepast.

- *Tweede categorie*

De tweede categorie trustkantoren waaraan vrijstelling kan worden verleend zijn 'natuurlijke personen[143], indien deze uitsluitend[144] de dienst verlenen genoemd in artikel 1, onderdeel d, onder 1° (Wtt) aan stichtingen die uitsluitend aandelen houden voor certificaathouders' (artikel 2 Vrijstellingsregeling Wtt), te weten een 'stichting administratiekantoor'.[145] Volgens de toelichting is er

---

137 *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 1.

138 Idem.

139 De Vrijstellingsregeling verwijst hierbij naar artikel 14 Wtb (oud).

140 *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 1.

141 Zie hierover eveneens: W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 40: Van Gorkum en De Carpentier stellen terzake de vraag op welke wijze de Vrijstellingsregeling Wtt zal worden aangepast zodra de vergunningplicht onder de Wtb (oud) op het niveau van de beheerder komt te liggen en daarmee in bepaalde gevallen op het niveau van het trustkantoor, dat mogelijk als beheerder (bestuurder) van beleggingsinstellingen optreedt. Zij menen dat wellicht afhankelijk van de vraag of en op welke wijze in integriteitstoezicht op vrijgestelde beleggingsinstellingen wordt voorzien een ruimhartiger vrijstelling voor deze categorie onder de Wtt tot stand zal komen.

142 Zie nader K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 42-43.

143 De vrijstelling is beperkt tot natuurlijke personen, omdat de groep waarop de vrijstelling is gericht, zich kenmerkt door een persoonlijke verhouding tussen de opdrachtgever en de bestuurder. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 2. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 2.

144 In de toelichting wordt benadrukt dat de vrijstelling alleen geldt als de natuurlijke persoon daarnaast geen andere trustdiensten verlenen. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 2.

145 In de toelichting wordt uitgelegd dat het bestuur van een stichting administratiekantoor dat aandelen houdt voor certificaathouders veelal bestaat uit (een vertegenwoordiger van) degene die het initiatief tot certificering van de aandelen van een bepaalde vennootschap heeft genomen, in combinatie met één of meerdere 'professionele' bestuurders en dat het ook voor komt dat het bestuur van een stichting administratiekantoor uitsluitend wordt gevormd door 'professionele' bestuurders (vaak notarissen, advocaten, belastingadviseurs of accountants die op grond van hun specifieke kennis worden verzocht tot het bestuur van zo'n administratiekantoor toe te treden. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1-2.

bij stichting administratiekantoren veelal geen sprake van een 'uiteindelijk belanghebbende' in de zin van de Wtt. De stichting wordt slechts 'tussengeschoven' om de stemrechten terzake van de onderliggende aandelen te splitsen.[146] De geldstromen waarbij een dergelijk administratiekantoor is betrokken houden rechtstreeks verband met het aandeelhouderschap van de stichting. De gedachte is dat indien de administratiekantoren het houden van de aandelen voor certificaathouders als enige activiteit verrichten, de integriteitsrisico's waar de Wtt zich op richt verwaarloosbaar zijn en omdat de belangen die de Wtt beoogt te beschermen niet in het geding zijn, er grond voor vrijstelling is van de betreffende trustkantoren.[147]

- *Derde categorie*

De derde categorie waaraan vrijstelling kan worden verleend betreft 'natuurlijke personen[148], indien deze uitsluitend de dienst verlenen genoemd in artikel 1, onderdeel d, onder 1° (Wtt) aan doelvennootschappen waaraan tevens een dienst als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, onder 2°, aanhef en onder iii) (Wtt) wordt verleend door een trustkantoor met een vergunning als bedoeld in artikel 2, eerste lid (Wtt), indien laatstgenoemde dienst ten minste het voeren van de administratie van deze doelvennootschappen betreft' (artikel 3 lid 1 Vrijstellingsregeling Wtt).[149] Deze vrijstellingscategorie betreft natuurlijke personen, die zich beroeps- of bedrijfsmatig, in opdracht van derden, toeleggen op het besturen van doelvennootschappen[150], indien door hen uitsluitend bestuursdiensten worden verleend in situaties waarin andere trustkantoren de 'poortwachtersfunctie' vervullen. De gedachte is dat in die gevallen reeds afdoende is voorzien in integriteitstoezicht.[151] Als voorwaarde voor de vrijstelling geldt dat er een ander trustkantoor moet zijn dat een zodanige bemoeienis met de doelvennootschap heeft dat deze op afdoende wijze de 'poortwachtersfunctie' onder de Wtt kan vervullen. Deze voorwaarde komt tot uitdrukking in de bovengenoemde eis in artikel 3 lid 1 Vrijstellingsregeling Wtt dat dit andere trustkantoor ten minste het adres of correspondentieadres verleent en in ieder geval tevens de administratie voert, zoals vastgelegd in de bestanddelen 'waaraan tevens een dienst als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, onder 2°, aanhef en onder iii) (Wtt) wordt verleend' en 'indien laatstgenoemde dienst ten minste het voeren van de administratie van deze doelvennootschappen betreft.' In de toelichting wordt benadrukt dat de natuurlijke persoon die onder deze vrijstelling valt, er rekening mee zal moeten houden dat terzake van de doelvennootschap blijvend aan de voorwaarden voor vrijstelling wordt voldaan (bijvoorbeeld via de contractuele relatie

---

'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 2. Volgens Van Gorkum en De Carpentier kan hier bijvoorbeeld gedacht worden aan certificering van aandelen in een vennootschap in het kader van bedrijfsopvolging, waarbij de (familie)notaris wordt verzocht in het belang van de onderneming en de continuïteit bij de uitoefening van het stemrecht op de aandelen zitting te nemen in het bestuur van de stichting, tezamen met bijvoorbeeld de oud-ondernemer. De zeggenschap op de aandelen blijft zodoende uit handen van het nageslacht. W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 41.

146 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 41.

147 *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 1-2. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 2.

148 Evenals bij de vrijstelling van de tweede categorie is er voor gekozen om deze vrijstelling alleen van toepassing te laten zijn op natuurlijke personen en niet op trustkantoren in de vorm van een vennootschap of rechtspersoon, omdat de groep waarop de vrijstelling is gericht zich kenmerkt door een persoonlijke verhouding tussen de opdrachtgever en de bestuurder. Volgens de toelichting is een dergelijke verhouding bij een vennootschap of rechtspersoon minder goed denkbaar. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 2. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 3.

149 Deze vrijstelling is van overeenkomstige toepassing in gevallen waarin het trustkantoor dat de dienst als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, onder 2°, aanhef en onder iii) van de Wtt verleent een melding als bedoeld in artikel 50 lid 2 Wtt heeft gedaan, tot het moment dat op de aanvraag voor een vergunning is beslist (Artikel 3 lid 2 Vrijstellingsregeling Wtt).

150 In de toelichting wordt uitgelegd dat het bij deze categorie in de regel om voormalige adviseurs van doelvennootschappen of oud-bestuurders van trustkantoren gaat, die op persoonlijke titel bestuursdiensten voortzetten. Door hun ervaring en kennis kunnen zij volgens de toelichting een bijdrage leveren aan een goed bestuur van de doelvennootschap. *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 2. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 3.

151 *Stcrt.* 2004, 77/pag. 16, p. 2. 'Artikelsgewijze toelichting', Artikel 3.

met de opdrachtgever en met de doelvennootschap), aangezien het verbod van artikel 2 lid 1 Wtt herleeft indien niet (meer) aan de voorwaarden van de vrijstellingsbepaling wordt voldaan.[152]

Artikel 2a lid 2 Wtt: ontheffing
Op grond van artikel 2a lid 2 Wtt kan de toezichthouder op verzoek ontheffing verlenen van artikel 2 lid 1 tot en met 3, indien de specifieke situatie van een trustkantoor dat rechtvaardigt, mits zulks naar zijn oordeel niet in strijd is met de belangen die deze wet beoogt te beschermen. Aan een ontheffing kunnen voorschriften worden verbonden en beperkingen worden gesteld (artikel 2a lid 2 Wtt). Blijkens de MvT van de Wtt dient niet ruimhartig met het verlenen van de ontheffing te worden omgesprongen. Evenals ten aanzien van de hierboven behandelde vrijstelling, wordt in de MvT ten aanzien van de ontheffing en de vrijstelling overwogen dat 'bij een te ruimhartig vrijstellings- of ontheffingsbeleid de doelstelling van de wet, de bevordering van de integriteit van het financiële stelsel, in gevaar (zou) komen.'[153] Evenals bij de vrijstelling wordt in de MvT in de eerste plaats als grond genoemd 'dat de (in de toelichting beschreven) integriteitrisico's zich niet voordoen of verwaarloosbaar zijn' en als tweede grond 'dat al op andere wijze in vergelijkbaar integriteittoezicht is voorzien voor bepaalde gevallen of voor een specifieke situatie.'[154]

Artikel 2a lid 3: groepsvergunning
Op grond van artikel 2a lid 3 Wtt kan een vergunning als bedoeld in artikel 2 lid 1 tot en met 3 Wtt, onder door de toezichthouder te stellen voorschriften en beperkingen[155], aan een groep van trustkantoren worden verleend. Tenzij in de vergunning anders is bepaald, geldt de vergunning, alsmede de daaraan verbonden voorschriften of gestelde beperkingen, in gelijke zin voor alle trustkantoren die onderdeel uitmaken van de groep[156] (artikel 2a lid 3 Wtt).[157] Van Gorkum en De Carpentier wijzen op de voordelen die met deze 'voor de praktijk belangrijke handreiking' wordt geboden, te weten: het spreiden van het risico van claims over de verschillende juridische entiteiten van waaruit de dienstverlening wordt verricht, daarnaast wordt voorkomen dat alle entiteiten die binnen de groep onder de Wtt als afzonderlijke trustkantoren zouden kwalificeren een afzonderlijke vergunning dienen aan te vragen, waardoor de administratieve lasten ten opzichte van individuele vergunningen voor de groepsonderdelen worden verlicht, tot slot leidt de aanvraag van een groepsvergunning bovendien voor een kostenbesparing bij de aanvraag.[158]

---

152 Idem, Artikel 3.

153 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 10.

154 Idem, p. 10-11.

155 Volgens Frielink en Van Eersel zijn deze voorschriften alleen toegestaan wanneer die een bijdrage leveren aan het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel in Nederland. K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 39.

156 Bij de definiëring van het begrip 'groep' in artikel 1 onderdeel f Wtt, waarin is bepaald dat onder een groep wordt verstaan 'een economische eenheid waarin rechtspersonen, vennootschappen en natuurlijke personen organisatorisch zijn verbonden', is aangesloten bij artikel 2:24b van het Burgerlijk Wetboek. Een uitbreiding ten opzichte van artikel 2:24b BW is dat ook natuurlijke personen onderdeel van een groep kunnen vormen. Een aanwijzing dat een natuurlijke persoon tot een groep behoort, is blijkens de MvT van de Wtt 'dat hij zijn werkzaamheden (nagenoeg) uitsluitend voor die groep verricht of een gekwalificeerde deelneming houdt in een rechtspersoon of vennootschap die tot die groep behoort' (*Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 10. Met deze interpretatie wordt volgens Van Gorkum en De Carpentier afgeweken van de criteria die bij de bepaling van een groep van rechtspersonen en vennootschappen wordt toegepast, waarbij het begrip 'centrale leiding' voorop wordt gesteld. W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 42-43.

157 In dit verband merken zij op dat anders dan op grond van een letterlijke lezing zou kunnen worden geconcludeerd dat hierbij niet om een groep van entiteiten en personen gaat die tezamen als trustkantoor kwalificeren, maar om trustkantoren die onderdeel vormen van een groep, waartoe ook entiteiten en personen kunnen behoren die geen trustdiensten verlenen. W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 42.

158 W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *a.w.* 2004, p. 43.

5.2.5.1.2 Vereisten voor een vergunning: artikelen 3 tot en met 5 Wtt, het consultatiedocument van de Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt, de Beleidsregel deskundigheid 2011 en de introductie van de geschiktheidstoets

Artikel 3 Wtt: vereisten
Op basis van artikel 3 Wtt dient de aanvrager van de vergunning de in lid 1 van dat artikel genoemde gegevens te verstrekken[159], waaronder de identiteit en de antecedenten van de bestuurders, commissarissen en (mede)beleidsbepalers. Volgens de MvT van de Wtt is het wenselijk bekend te zijn met 'al diegenen die invloed op de bedrijfsvoering van een trustkantoor kunnen hebben of een bepaald financieel belang hebben in het trustkantoor', vanuit welk oogpunt bij een aanvraag voor een vergunning ook de identiteit en de antecedenten van degene die een gekwalificeerde deelneming houden in het trustkantoor (alsmede de omvang van deze gekwalificeerde deelneming) dienen te worden verstrekt.[160] Daarnaast dient de aanvrager van de vergunning 'gegevens met betrekking tot 'de voorziene bedrijfsvoering' te overleggen, waaronder begrepen 'de maatregelen gericht op het bevorderen en handhaven van een integere bedrijfsvoering, en de voorziene administratieve organisatie en interne controle van het trustkantoor' (artikel 3 onderdeel f Wtt). Het gaat hier om het zogeheten 'procedurehandboek' op basis van artikel 10 Wtt en de Rib Wtt, waarin het trustkantoor haar bedrijfsvoering heeft vastgelegd, zodat DNB bij het verlenen van een vergunning vooraf kan beoordelen of de bedrijfsvoering 'op papier' in orde is.

De Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht
Met de inwerkingtreding van de Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht (hierna: Invoerings- en aanpassingswet Wft)[161] op 1 januari 2007[162] is artikel 3 lid 2 Wtt aangepast aan de inwerkingtreding van de Wft. Op basis van deze bepaling dient, indien de antecedenten van de personen genoemd in artikel 3 lid 1 onderdeel a tot en met c Wtt reeds zijn beoordeeld voor de toepassing van de Wft, de aanvraag in aanvulling op de in artikel 3 lid 1 Wtt bedoelde gegevens, de datum van deze beoordeling te worden verstrekt. Daarnaast moet blijkens de MvT van de Wtt worden aangegeven door welke autoriteit de antecedentenbeoordeling heeft plaatsgevonden.[163] In de oude bepaling werd verwezen naar een aantal toezichtswetten[164], die met de inwerkingtreding van de Wft zijn ingetrokken. Met de Invoerings- en aanpassingswet Wft is er echter voor gekozen om, daar waar naar een van deze wetten wordt verwezen, een verwijzing naar de Wft op te nemen.[165] De ratio van

159 Het gaat hierbij om de volgende gegevens, te weten: a. de identiteit en de antecedenten van de bestuurders en commissarissen van het trustkantoor; b. de identiteit en de antecedenten van degenen die het beleid van het trustkantoor bepalen of mede bepalen; c. de identiteit en de antecedenten van degenen die een gekwalificeerde deelneming houden in het trustkantoor, alsmede de omvang van de desbetreffende gekwalificeerde deelneming; d. de formele en feitelijke zeggenschapsstructuur van de groep waartoe het trustkantoor behoort; e. de naam, het adres en de statutaire zetel van het trustkantoor en, indien van toepassing, de naam en het adres van zijn bijkantoren; f. de voorziene bedrijfsvoering, waaronder begrepen de maatregelen gericht op het bevorderen en handhaven van een integere bedrijfsvoering, en de voorziene administratieve organisatie en interne controle van het trustkantoor; g. overige gegevens en bescheiden die de toezichthouder nodig acht in het belang van de beoordeling van de aanvraag.

160 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 11.

161 Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet (Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht). *Stb.* 2006, 605.

162 Besluit van 11 december 2006, houdende de vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet op het financieel toezicht, twee andere wetten en diverse besluiten. Zie nader artikel 1, aanhef en onder b van dit Besluit. *Stb.* 2006, 664.

163 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 11.

164 Te weten: de Wet inzake geldtransactiekantoren, de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf en de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993.

165 *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 658, nr. 3, p. 6.

deze bepaling is gelegen in wat in de MvT van de Wtt een 'doelmatige afhandeling' wordt genoemd.[166]

Aan een vergunning kunnen blijkens artikel 3 lid 3 Wtt voorschriften worden verbonden en beperkingen worden gesteld, die volgens de MvT van de Wtt alleen zijn toegestaan 'indien dit een bijdrage levert aan het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel in Nederland', op basis waarvan volgens Frielink aangenomen mag worden dat DNB gehouden is aan te geven hoe de integriteit van het financiële stelsel daardoor naar haar oordeel wordt bevorderd, indien zij van deze bevoegdheid gebruik maakt.[167] Tot slot dient DNB binnen dertien weken na ontvangst van de aanvraag te beslissen (artikel 3 lid 4 Wtt), welke termijn pas begint te lopen nadat alle vereiste gegevens zijn verstrekt. Blijkens de MvT van de Wtt zijn bovendien artikel 4:5 en artikel 4:15 van de Awb van toepassing, op basis waarvan in het geval DNB om aanvullende informatie vraagt, de termijn wordt opgeschort tot de dag waarop de aanvraag is aangevuld of tot de dag waarop de gestelde termijn om de aanvraag aan te vullen ongebruikt is verstreken.[168]

Vergunningverlening, tenzij: artikel 4, het consultatiedocument van de Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt (conceptversie van februari 2009), de introductie van de 'geschiktheidseis' en de Beleidsregel deskundigheid 2011
Artikel 4 Wtt bepaalt dat de toezichthouder een vergunning verleent, tenzij hij van oordeel is dat een van de 'weigeringsgronden' in onderdelen a tot en met d zich voordoet, te weten dat: a). op grond van de voornemens of antecedenten van personen, bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdelen a, b of c Wtt, de betrouwbaarheid van een van deze personen niet buiten twijfel staat; b). de geschiktheid van een of meer van de personen, bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdelen a, b of c Wtt, onvoldoende is om het beroep of bedrijf van trustkantoor uit te oefenen; c). de groep waartoe het trustkantoor behoort een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur heeft die in zodanige mate ondoorzichtig is, dat deze een belemmering vormt of zou kunnen vormen voor het adequaat uitoefenen van het toezicht op het trustkantoor; en tot slot d). dat, gelet op hetgeen het trustkantoor ingevolge artikel 3 lid 1 onderdelen f en g, bij de aanvraag heeft overlegd, het trustkantoor niet in staat zal zijn te voldoen aan de op grond van artikel 10 Wtt te stellen regels.

Artikel 4 onderdeel a Wtt en de conceptversie Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt
In de eerste plaats wordt in artikel 4 aanhef en onderdeel a Wtt de situatie beschreven dat DNB, op grond van 'de voornemens of antecedenten' van de in dit onderdeel genoemde personen (de bestuurders en commissarissen van het trustkantoor en degene die een gekwalificeerde deelneming houden in het trustkantoor), van oordeel is dat de 'betrouwbaarheid' van een van deze personen 'niet buiten twijfel staat'. Toetsing van de betrouwbaarheid geschiedt thans aan de hand van de Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing (hierna ook: Br 2005)[169, 170], waarin de betrouwbaarheidstoets nader is uitgewerkt. Onder 'betrouwbaarheid' wordt in de Br 2005 verstaan 'het zich onthouden van één of meer gedragingen die naar het oordeel van de toezichthouder in de weg staan aan het vervullen van de functie van (mede)beleidsbepaler dan wel het houden van een gekwalificeerde deelneming' (artikel 1 lid 1 Br 2005). Tot deze gedragingen behoren volgens de beleidsregel in ieder geval 'gedragingen die blijk geven van het niet hebben van eigenschappen als waarheidslievendheid, verantwoordelijkheidzin, wetsgetrouwheid, openheid, oprechtheid, prudentie, onkreukbaarheid, discretie en rechtschapenheid' (artikel 1 lid 2 Br 2005). Thans ligt ter consultatie de (concept) Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing

166 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 11.
167 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 45.
168 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 11.
169 Beleidsregel inzake de betrouwbaarheidstoetsing van (kandidaat)(mede)-beleidsbepalers en houders van gekwalificeerde deelnemingen in onder toezicht staande instellingen (Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing, Br 2005). *Stcrt.* 2005, 20/pag. 22. Deze beleidsregel heeft haar voorganger vervangen, zie: *Stcrt.* 2000, 78/pag. 17. Zie ook: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 11.
170 Wijziging Beleidsregel inzake betrouwbaarheidstoetsing (kandidaat)(mede)-beleidsbepalers van en houders van gekwalificeerde deelnemingen. *Stcrt.* 2006, 20.

Wgt en Wtt (hierna ook: Br Wgt en Wtt)[171], waarmee de Br 2005 zal worden ingetrokken (artikel 8 Br Wgt en Wtt).

Concept Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt
Het concept van de Beleidsregel betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt (hierna: Br Wgt en Wtt) bevat bepalingen met betrekking tot de betrouwbaarheidstoetsing die door DNB op grond van de Wgt en de Wtt wordt uitgevoerd. De toezichtswetten waarop de Br 2005 betrekking heeft, te weten de Wet toezicht beleggingsinstellingen (Wtb), Wet toezicht effectenverkeer 1995 (Wte), Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 (Wtv), Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf (Wtn), de Wet toezicht kredietwezen 1992 (Wtk) en de Pensioen- en Spaarfondswet (Psw), zijn per 1 januari 2007 komen te vervallen, waarvoor de Wft, de Pensioenwet (Pw) en de Wet verplichte beroepspensioenregeling (Wvb) in de plaats zijn getreden.[172] Door het vervallen van genoemde toezichtswetten was de Br 2005 alleen nog maar van toepassing op de Wgt en de Wtt. Derhalve is gekozen de Br 2005 op te schonen van verwijzingen naar deze vervallen wetten en opnieuw voor de Wgt en de Wtt vast te stellen. Daarnaast wordt in de Br Wgt en Wtt beoogd om tot één uniforme betrouwbaarheidstoetsing te komen, die aansluit op de bepalingen die zijn opgenomen met betrekking tot de betrouwbaarheidstoetsing bij of krachtens de Wft, Pw en Wvb, aangezien in deze bepalingen met de inwerkingtreding van laatstgenoemde wetten tevens enkele wijzigingen zijn aangebracht. Deze uniformiteit in de betrouwbaarheidstoetsing is van belang nu met de inwerkingtreding van deze wetten het principe van éénmalige toetsing is geïntroduceerd in de financiële toezichtwetgeving: 'De betrouwbaarheid van een persoon staat buiten twijfel wanneer die eenmaal door de AFM of DNB voor de toepassing van een financiële toezichtwet is vastgesteld[173], zolang niet een wijziging in relevante feiten en omstandigheden een redelijke aanleiding geeft tot een nieuwe beoordeling (zie ook artikel 2 Br Wgt en Wtt).'[174] Van dit uitgangspunt van eenmalige toetsing wordt slechts afgeweken indien de toezichthouder aanleiding heeft te veronderstellen dat zich sinds de eerdere toetsing wijzigingen in de antecedenten hebben voorgedaan.[175]

De Br Wgt en Wtt bepaalt welke feiten en omstandigheden in aanmerking komen bij de beoordeling van betrouwbaarheid en de wijze waarop de toezichthouder hierin inzicht verkrijgt. Evenals in (artikel 2 lid 1 van) de Br 2005 stelt wordt de betrouwbaarheid van een persoon (genoemd in artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met c Wtt) vastgesteld 'op basis van diens voornemens, handelingen en antecedenten' (artikel 3 Br Wgt en Wtt). De bij die beoordeling in acht te nemen antecedenten zijn achtereenvolgens: strafrechtelijke antecedenten[176], financiële antecedenten[177],

171 Conceptversie consultatiedocument Br Wgt en Wtt van februari 2009.

172 Voor de Wft, Pw en de Wvb zijn de bepalingen met betrekking tot de betrouwbaarheidstoetsing neergelegd in respectievelijk het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo), het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr) en het Besluit uitvoering Pensioenwet en Wet verplichte beroepspensioenregeling (Bpwwvb).

173 De bepaling met betrekking tot éénmalige toetsing is opgenomen in artikel 3:9 en 4:10 Wft, artikel 105 Pw, artikel 11- Wvb en artikel 6 Besluit toezicht accountantsorganisaties.

174 Conceptversie consultatiedocument Br Wgt en Wtt, Toelichting, I. Algemeen.

175 Conceptversie consultatiedocument Br Wgt en Wtt, artikelgewijs artikel 2: als voorbeelden worden in de toelichting genoemd: indien een wijziging in de antecedenten wordt gemeld, indien in het kader van het uitvoerende toezicht concrete aanwijzingen bestaan of indien er berichten in de media zijn die de toezichthouder aanleiding geven te veronderstellen dat er wijzigingen zijn opgetreden in de antecedenten.

176 Bij strafrechtelijke antecedenten als bedoeld in artikel 4 onderdeel a, gaat het om antecedenten die zijn opgenomen in onderdelen 1 en 2 van de bijlage. In onderdeel 1 van de bijlage gaat het om antecedenten waarbij betrokkene bij onherroepelijk vonnis in Nederland of in het buitenland is veroordeeld terzake van een poging tot, voorbereiding van, doen plegen van, uitlokking van, medeplegen van, medeplichtigheid aan of plegen van misdrijven in verband met het gebruik van voorwetenschap, te weten: het in of vanuit Nederland, beschikkende over voorwetenschap, verrichten of bewerkstelligen van transacties in bepaalde effecten (artikelen 5:53 en 5:56 van de Wft); het doorgeven van voorwetenschap als bedoeld in artikelen 5:53 en 5:56 van de Wft of de nadrukkelijke aanbeveling bepaalde transacties te doen zonder daarbij de voorwetenschap door te geven (artikel 5:57 van de Wft); deelneming aan een criminele en of terroristische organisatie (artikelen 140 tot en met 140a van het

toezichtsantecedenten[178], fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten[179] en 'overige antecedenten'[180] (artikel 4 onderdeel a tot en met e Br Wgt en Wtt). In artikel 5 van de Br Wgt en Wtt is opgesomd op grond van welke gegevens en inlichtingen DNB inzicht krijgt in bovengenoemde 'voornemens, handelingen en antecedenten'. Bij de vaststelling van de betrouwbaarheid op basis van de voornemens, handelingen en antecedenten neemt DNB in aanmerking: a). het onderlinge verband tussen de aan een antecedent ten grondslag liggende gedraging(en) en de overige omstandigheden van het geval; b). de belangen die de wet beoogt te beschermen; en c). de overige belangen van het trustkantoor of de betrokkene (artikel 7 Br Wgt en Wtt). Indien echter sprake is van een veroordeling terzake van een misdrijf genoemd in onderdeel 1 van de bijlage én sinds het onherroepelijk worden

---

Wetboek van Strafrecht (Sr)); valsheid in geschrifte (artikel 225 van het Sr); opzettelijk verstrekken van onware gegevens (artikel 227a van het Sr); opzettelijk schenden van de verplichting gegevens te verstrekken (artikel 227b van het Sr); diefstal onder verzwarende omstandigheden (artikelen 311 en 312 van het Sr); verduistering (artikelen 321 tot en met 323 van het Sr); benadeling van schuldeisers of rechthebbenden (artikelen 340 tot en met 348 van het Sr); opzetheling (artikel 416 van het Sr); witwassen (artikelen 420bis tot en met 420ter van het Sr); overtreding van een bepaling uit de financiële toezichtswetgeving, als misdrijf strafbaar gesteld in artikel 2 juncto 6 van de Wet op de economische delicten en waarvoor betrokkene is veroordeeld tot een onvoorwaardelijke gevangenisstraf of een geldboete van ten minste de vierde categorie; of overtreding van een of meer in het buitenland geldende strafbepalingen, vergelijkbaar met de hierboven genoemde (onderdeel 1 van de bijlage). In onderdeel 2 van de bijlage gaat het om antecedenten waarbij de betrokkene bij vonnis in Nederland of in het buitenland is veroordeeld terzake van poging tot, voorbereiding van, doen plegen van, uitlokking van, mislukte uitlokking van, medeplegen van, medeplichtigheid aan of plegen van een aanzienlijk aantal misdrijven en enkele overtredingen van het Wetboek van Strafrecht en achtereenvolgens enkele bepalingen uit de Algemene wet inzake de rijksbelastingen (AWR), de Opiumwet, de Wet op de economische delicten, de Wet wapens en munitie, de Wegenverkeerswet 1994, evenals overtreding van buitenlandse strafbepalingen. Onder veroordelingen worden ook verstaan veroordelingen in het buitenland wegens overtreding van een of meer in het buitenland geldende strafbepalingen, die vergelijkbaar zijn met de in de bijlage genoemde. Strafrechtelijke antecedenten zijn voorts: transacties met de OvJ, (voorwaardelijk) sepot, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging en andere feiten of omstandigheden die redelijkerwijs voor de toezichthouder van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van betrokkene, zoals blijkend uit door tot de opsporing van strafbare feiten bevoegde ambtenaren opgemaakte processen-verbaal of rapporten die erop wijzen dat betrokkene betrokken is (geweest) bij een of meer van in onderdeel 1 van de bijlage genoemde strafbare feiten.

177 Bij financiële antecedenten als bedoeld in artikel 4 onderdeel b worden in onderdeel 3 van de bijlage achtereenvolgens persoonlijke financiële antecedenten, zakelijke financiële antecedenten en andere feiten of omstandigheden genoemd, die wijzen op de betrokkenheid van betrokkene bij één of meer financiële gedragingen, voor zover die redelijkerwijs voor de toezichthouder van belang kunnen zijn voor de beoordeling van diens betrouwbaarheid.

178 Bij toezichtsantecedenten als bedoeld in artikel 4 onderdeel c worden in onderdeel 4 van de bijlage achtereenvolgens toezichtsantecedenten en andere feiten of omstandigheden genoemd, die wijzen op betrokkenheid van betrokkene bij één of meer gedragingen ter zake waarvan in Nederlandse of buitenlandse financiële toezichtswetgeving regels zijn gesteld, welke gedraging of gedragingen die redelijkerwijs voor DNB van belang kunnen zijn voor de beoordeling van diens betrouwbaarheid.

179 Bij fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten als bedoeld in artikel 4 onderdeel d worden in onderdeel 5 van de bijlage achtereenvolgens persoonlijke fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten, zakelijke fiscaal bestuursrechtelijke antecedenten en andere feiten of omstandigheden genoemd, die wijzen op betrokkenheid van de betrokkene bij één of meer gedragingen op fiscaal gebied die redelijkerwijs voor DNB van belang kunnen zijn voor de beoordeling van diens betrouwbaarheid.

180 Als 'overige antecedenten' als bedoeld in artikel 4 onderdeel e, worden in onderdeel 6 van de bijlage achtereenvolgens genoemd, de gevallen waarin de inschrijving van betrokkene bij het Dutch Securities Institute door die instelling is beëindigd; betrokkene onderworpen is of onderworpen is geweest aan een procedure tot het treffen van tuchtrechtelijke, disciplinaire of andere vergelijkbare maatregelen door of vanwege een organisatie van zijn beroepsgenoten in of buiten Nederland en deze procedure jegens betrokkene tot maatregelen heeft geleid; of betrokkene betrokken is of betrokken is geweest bij enig conflict met zijn huidige dan wel een vorige werkgever aangaande de correcte vervulling van zijn functie of naleving van gedragsnormen in verband met die taakvervulling en dit conflict heeft geleid tot het opleggen van een arbeidsrechtelijke sanctie aan betrokkene (zoals bijvoorbeeld in de vorm van een waarschuwing, berisping, schorsing of ontslag).

van deze uitspraak niet meer dan acht jaar zijn verstreken, staat de betrouwbaarheid van betrokkene reeds op grond van artikel 6 Br Wgt en Wtt niet (langer) buiten twijfel. Gelet op de aard en de ernst van de misdrijven bedoeld in dit onderdeel, worden de aan het misdrijf ten grondslag liggende gedragingen op voorhand geacht onverenigbaar te zijn met de belangen die de wet beoogt te beschermen.[181] Voor de overige in de bijlage opgesomde antecedenten geldt dat het bestaan van een enkel antecedent op zichzelf nog niet maatgevend is voor het oordeel over de betrouwbaarheid van de betrokkene, zo wordt te aanzien van die gevallen in de toelichting overwogen dat de toezichthouder zich een eigen oordeel zal moeten vormen over een antecedent en dat bovendien het onderlinge verband van voornemens, handelingen en de aan het antecedent ten grondslag liggende gedraging van de betrokkene in ogenschouw dient te worden genomen:

> 'Dit betekent bijvoorbeeld dat een vrijspraak door de strafrechter of het anderszins uitblijven van een strafrechtelijke reactie niet op voorhand betekent dat er geen twijfel zou kunnen bestaan over de betrouwbaarheid van de betrokkene. Omgekeerd is het in beginsel mogelijk dat de toezichthouder tot de conclusie komt dat het bestaan van een antecedent, met uitzondering van de antecedenten genoemd in onderdeel I van de bijlage, niet lijdt tot doorslaggevende twijfel over de betrouwbaarheid van de betrokkene.'[182]

Artikel 4 onderdeel b Wtt en de introductie van de geschiktheidseis
Een volgende situatie, waarin de toezichthouder een vergunning niet zal verlenen, is het in onderdeel b beschreven geval, dat 'de deskundigheid' (per 1 juli 2012: 'de geschiktheid') van een of meer van de bestuurders, commissarissen of (mede) beleidsbepalers (de personen, bedoeld in artikel 3 onderdelen a en b) onvoldoende is om het beroep of bedrijf van trustkantoor uit te oefenen. Met de introductie van de 'geschiktheidseis'[183] in de Wtt (evenals in de Wft) per 1 juli 2012[184], wordt in bovenstaand onderdeel 'de deskundigheid' vervangen door 'de geschiktheid'.[185]

Met de introductie van de geschiktheidseis wordt beoogd aan te sluiten bij de ontwikkelingen in de maatschappij en in de praktijk, waarover hieronder nader. Het begrip 'deskundig' omvat niet alleen de kennis en ervaring waarover de hiervoor bedoelde personen dienen te beschikken, maar stelt tevens eisen aan de vaardigheden en het gedrag van deze personen.[186] Volgens de MvT van de wijzigingswet vallen deze elementen reeds onder de ruime betekenis die in de bestaande toetsingspraktijk aan het begrip 'deskundig' worden toegekend, die thans plaatsvindt op basis van onderdeel 1.2.1 ('Deskundigheid') van de Beleidsregel deskundigheid 2011.[187, 188] Alvorens de gevolgen van de

---

181 Conceptversie consultatiedocument Br Wgt en Wtt, artikelgewijs artikel 6.

182 Conceptversie consultatiedocument Br Wgt en Wtt, artikelgewijs artikel 7.

183 Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets. *Stb.* 2012, 7

184 *Stb.* 2012, 23.

185 In de oorspronkelijke bepaling van artikel 4 onderdeel b Wtt was in plaats van het woord 'geschikt', het woord 'deskundig' opgenomen. Blijkens de MvT van de Wtt zag deze bepaling op de situatie dat de bestuurders, commissarissen of (mede)beleidsbepalers van het trustkantoor niet deskundig genoeg zijn om een integere bedrijfsvoering in lijn met de Wtt te kunnen waarborgen. *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 12. Ook in artikel 11 lid 2 Wtt 'de deskundigheid' vervangen door 'de geschiktheid'. *Stb.* 2012, 7.

186 Zie ook MvT van de wet tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het financieel toezicht in verband met de bevoegdheid tot aanpassing en terugvordering van bonussen en winstdelingen van bestuurders en dagelijks beleidsbepalers en deskundigheidstoetsing van commissarissen. *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 512, nr. 3, p. 12.

187 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 786, nr. 3, p. 2.

188 Beleidsregel van De Nederlandsche Bank N.V. (DNB) en de Stichting Autoriteit Financiële Markten (AFM) inzake deskundigheid van beleidsbepalers bedoeld in de Wet op het financieel toezicht, de Pensioenwet, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet toezicht trustkantoren (Beleidsregel deskundigheid 2011). *Stcrt.* 2010, 20810.

introductie van de geschiktheidseis te behandelen, wordt op deze plaats eerst nader ingegaan op laatstgenoemde Beleidsregel deskundigheid 2001. Het doel van deze beleidsregel is te verduidelijken welke eisen DNB en de AFM stellen aan deskundigheid van beleidsbepalers van ondernemingen die onder hun toezicht vallen en welke aspecten zij bij de toetsing daarvan in aanmerking nemen, zie nader onderstaand in de behandeling in het subonderdeel 'Beleidsregel deskundigheid 2011'. Daarnaast verschaft zij inzicht in de samenwerking tussen beide toezichthouders bij de toetsing van deskundigheid.[189]

Beleidsregel deskundigheid 2011
De Beleidsregel deskundigheid 2011 heeft als gezegd tot doel het verduidelijken welke eisen DNB en de AFM stellen aan deskundigheid van beleidsbepalers van ondernemingen die onder hun toezicht vallen en welke aspecten zij bij de toetsing daarvan in aanmerking nemen, evenals het verschaffen van inzicht in de samenwerking tussen DNB en de AFM bij de toetsing van deskundigheid.[190] Hiertoe zijn in de beleidsregel drie hoofdstukken opgesteld. Hoofdstuk 1, met als titel *'Algemene bepalingen deskundigheidstoetsing beleidsbepalers'*, betreft de vereisten voor deskundigheid van beleidsbepalers en de informatie die de toezichthouder gebruikt bij de toetsing. De in dit hoofdstuk geformuleerde vereisten zijn voor iedere onderneming en beleidsbepaler van toepassing en zijn zowel voorafgaand als doorlopend van toepassing: 'Het uitgangspunt van deze beleidsregel is dat beleidsbepalers doorlopend voldoen aan de vereisten van deskundigheid en dit in hun optreden laten zien.'[191]
Hoofdstuk 2, met als titel 'Nadere bepalingen voorafgaand aan het optreden van beleidsbepalers van ondernemingen in groep B en C', bevat bepalingen voor de toetsing van deskundigheid voorafgaand aan het aantreden van een beleidsbepaler. Om een proportionele toepassing van de deskundigheidsvereisten mogelijk te maken, hebben de toezichthouders de onder toezicht staande instellingen onderverdeeld in drie groepen, namelijk Groepen A[192], B[193] en C[194], waarmee (volgens de beleidsregel) recht wordt gedaan aan de uiteenlopende activiteiten, risico's, omvang en complexiteit van de ondernemingen. Onder laatstgenoemde Groep C vallen onder andere de trustkantoren, zodat de verdere behandeling van de Beleidsregel deskundigheid 2011 zich op deze groep zal toespitsen (Hoofdstuk 3 'Slotbepalingen', bevat bepalingen over de evaluatie van de beleidsregel, de intrekking van de huidige beleidsregel deskundigheid van de AFM, de inwerkingtreding van de beleidsregel en de citeertitel en blijft hier verder buiten bespreking).

Volgens onderdeel 1.2.1 van de Beleidsregel deskundigheid 2011 bestaat 'deskundigheid' als gezegd uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag, waarbij de deskundigheid van een beleidsbepaler in ieder geval blijkt uit de opleiding werkervaring en de competenties van de beleidsbepaler en de doorlopende toepassing hiervan. In de bijlage bij de beleidsregel zijn relevante competenties opgenomen om deskundigheid aan te kunnen tonen, die specifiek bij onderdeel 1.2.1 Beleidsregel deskundigheid 2011 horen.[195] Volgens dit onderdeel zijn beleidsbepalers deskundig met betrekking tot de volgende onderwerpen:

---

189 *Stcrt.* 2010, 20810, p. 1 'Leeswijzer' – *Doelstelling*.
190 *Stcrt.* 2010, 20810, p. 1 'Leeswijzer' – *Doelstelling*.
191 Idem, p. 1 'Indeling'.
192 Groep A omvat aanbieders van beleggingsobjecten; banken; clearinginstellingen; entiteiten voor risicoacceptatie; financiële instellingen; financiële holdings; gemengde financiële holdings of verzekeringsholdings met zetel in Nederland; herverzekeraars; levensverzekeraars; marktexploitanten; pensioenfondsen; beroepspensioenfondsen; premiepensioeninstellingen, schadeverzekeraars (vergunninghoudend). Voor deze groep (A) geldt alleen hoofdstuk 1 van de beleidsregel.
193 Groep B omvat aanbieders van krediet; beleggingsondernemingen; beheerders van beleggingsinstellingen; beleggingsmaatschappijen; bewaarders. Voor deze groep gelden hoofdstuk 1 en hoofdstuk 2, onderdelen 2.1 tot en met 2.6 van de beleidsregel.
194 Groep C omvat financiële dienstverleners met uitzondering van de financiële dienstverleners in groep A en B; betaalinstellingen; elektronischgeldinstellingen; natura-uitvaart-verzekeraars; onderlinge waarborgmaatschappijen met een verklaring; trustkantoren. Voor deze groep gelden hoofdstuk 1 en hoofdstuk 2, onderdelen 2.1 tot en met 2.3, 2.7 en 2.8.
195 *Stcrt.* 2010, 20810, p. 7, 'Bijlage-Competenties in alfabetische volgorde (behorend bij onderdeel 1.2.1). Hierin worden achtereenvolgens niet limitatief de volgende competenties beschreven: authenticiteit,

A. **Bestuur, organisatie en communicatie**, waaronder het aansturen van processen, taakgebieden en medewerkers, het naleven en handhaven van algemeen aanvaarde sociale, ethische en professionele normen, waaronder het tijdig, juist en duidelijk informeren van klanten en de toezichthouder;
B. **Producten, diensten en markten waarop de onderneming actief is**, inclusief relevante wet- en regelgeving en financiële (en actuariële) aspecten;
C. **Beheerste en integere bedrijfsvoering**, waaronder de administratieve organisatie en interne controle, de waarborging van deskundigheid en vakbekwaamheid binnen een onderneming, de zorgvuldige behandeling van klanten, het risicomanagement, compliance en de uitbesteding van werkzaamheden; en
D. **Evenwichtige en consistente besluitvorming**, waarbij onder meer de belangen van klanten en andere stakeholders een centrale positie innemen.

De toetsing van deskundigheid van een beleidsbepaler geschiedt met inachtneming van de functie van een beleidsbepaler en het soort, de omvang, de complexiteit en het risicoprofiel van de onderneming (onderdeel 1.3 'Variabelen van toetsing') en, indien sprake is van een collectief, met inachtneming van de samenstelling en het functioneren van het collectief (onderdeel 1.4 'Collectief'). De deskundigheid van een beleidsbepaler wordt op twee momenten getoetst, te weten: 1. vóór het aantreden van een beleidsbepaler, te weten (onder andere)[196] bij de vergunningaanvraag of registratie, waarover hieronder nader op in wordt gegaan, en 2. na het aantreden van daarvan, te weten 'indien feiten en/of omstandigheden hiertoe redelijke aanleiding geven' (onderdeel 1.5 'Momenten van toetsing'). Voorts neemt de toezichthouder informatie en antecedenten met betrekking tot deskundigheid in aanmerking (onderdeel 1.6.1 'Informatie en antecedenten')[197], die zij weegt op basis van daartoe in de beleidsregel opgestelde factoren (onderdeel 1.7 'Weging van informatie en antecedenten').[198] Voor

---

besluitvaardigheid, communicatief vermogen, helikopterinzicht en oordeelsvorming, klant- en kwaliteitsgericht(heid), leiderschap, loyaliteit, omgevingssensitiviteit, onafhankelijkheid, onderhandelingsvaardigheid, overtuigingskracht, samenwerkingsvermogen, strategische sturing, stressbestendig(heid), verantwoordelijkheid en voorzittersvaardigheid.

196 Of bij het voornemen tot aantreden als nieuwe beleidsbepaler bij een onderneming die beschikt over een vergunning, dan wel geregistreerd is (onderdeel 1.5 'Momenten van toetsing', onderdeel a).

197 Onder 'informatie en antecedenten' als bedoeld in onderdeel 1.6.1 worden in ieder geval verstaan: a) het volledig ingevulde en ondertekende Meldingsformulier voorgenomen benoeming; b) toezichtinformatie- en antecedenten, zoals formele en informele toezichtmaatregelen c) het door een onderneming gehanteerde beleid, en de uitkomsten daarvan, voor werving en selectie en voor periodieke beoordeling van beleidsbepalers. Hieronder valt: i) het door de onderneming gedocumenteerde beleid waarin rekening is gehouden met onderdelen 1.2.1, 1.3 en 1.4 en voor pensioenfondsen en beroepspensioenfondsen onderdelen 1.2.1 aanhef, 1.2.2, 1.3 en 1.4; ii) het door de onderneming opgestelde functieprofiel voor de functie waarvoor een beleidsbepaler getoetst wordt en de (schriftelijk vastgelegde) besluitvorming over de selectie van een beleidsbepaler waarbij ook de overwegingen die tot deze uitkomst hebben geleid worden weergegeven; en iii) voor zover van toepassing, de periodieke (schriftelijk vastgelegde) beoordeling van een beleidsbepaler op basis van het functieprofiel en de uitgeoefende functie, inclusief de overwegingen die tot deze beoordeling hebben geleid; d) overige door de onderneming aan te leveren informatie voor zover dit van belang kan zijn bij de toetsing van deskundigheid van een beleidsbepaler; e) overige informatie, waaronder betrokkenheid van een beleidsbepaler bij surséance van betaling of faillissement; en f) openbare informatie (onderdeel 1.6.2 Beleidsregel deskundigheid 2011)

198 Bij de weging van de in onderdeel 1.6 genoemde informatie en antecedenten betrekt de toezichthouder de volgende factoren: a) het onderlinge verband tussen de aan informatie of een antecedent ten grondslag liggende gedraging of gedragingen en de overige omstandigheden van het geval; b) de belangen die de wet beoogt te beschermen; c) de overige belangen van een onderneming en een betrokken beleidsbepaler; d) de zwaarte van de informatie en het antecedent; e) de ouderdom van de informatie of het antecedent; f) de houding en/of motivering van een betrokken beleidsbepaler ten aanzien van de informatie of het antecedent; g) de combinatie van beschikbare informatie en antecedenten (onderdeel 1.7 Beleidsregel deskundigheid 2011).

bovengenoemde toetsing voorafgaand aan het aantreden van een beleidsbepaler (zoals bij vergunningverlening bij trustkantoren) is de deskundigheid nader uitgewerkt in Hoofdstuk 2.

Beleidsregel deskundigheid 2011 en de vergunningverlening bij trustkantoren
Hoofdstuk 2 behelst de nadere bepalingen voorafgaand aan het aantreden van beleidsbepalers van ondernemingen, waaronder trustkantoren (Groep C) en betreft derhalve ook de vergunningverlening ten aanzien van deze categorie. Bij de toetsing worden bovengenoemde onderdelen van Hoofdstuk 1 meegewogen, te weten: de variabelen van toetsing (onderdeel 1.3), collectief (onderdeel 1.4), informatie en antecedenten (onderdeel 1.6) en weging van informatie en antecedenten (onderdeel 1.7). Een beleidsbepaler van een trustkantoor wordt bij zijn aantreden geacht deskundig te zijn als bedoeld in (bovengenoemd) onderdeel 1.2.1, indien hij aantoont te beschikken over: a. bestuurlijke vaardigheden nodig voor het (dagelijks) beleid; b. leidinggevende vaardigheden in een hiërarchische verhouding; en c. uitsluitend voor beleidsbepalers van (onder andere, vdW) trustkantoren: algemene en specifieke vakinhoudelijke kennis. Waarbij geldt dat de vaardigheden en kennis dienen te zijn opgedaan in een relevante werkomgeving 'gedurende ten minste twee jaar, waarvan minimaal één jaar aaneengesloten' (onderdeel 2.7.1) en indien het trustkantoor twee of meer beleidsbepalers geeft, is voor de toetsing van de leidinggevende vaardigheden in een hiërarchische verhouding voldoende dat één van die beleidsbepalers aantoont daarover te beschikken (onderdeel 2.7.2).

Introductie van de geschiktheidseis
Met de introductie van de geschiktheidseis wordt, blijkens de MvT van de wijzigingswet, beoogd 'aan te sluiten bij de ontwikkelingen in de maatschappij en in de praktijk waarbij steeds hogere eisen worden gesteld aan de deskundigheid van de dagelijks beleidsbepalers en commissarissen van financiële ondernemingen en trustkantoren'. Redengevend voor de introductie van deze geschiktheidseis zijn de bevindingen van de Tijdelijke Commissie Parlementair Onderzoek Financieel Stelsel en de Commissie DSB Bank (hierna: de Commissie De Wit, respectievelijk de Commissie Scheltema) geweest[199], die onder meer aanleiding gaven voor een kritische evaluatie van de toetsingssystematiek van de Wft en de Wtt. In laatstgenoemd rapport wordt in dit verband gesproken over de totstandkoming van een gezamenlijke beleidsregel over deskundigheid van DNB en de AFM, gebaseerd op een breed deskundigheidsbegrip. Deskundigheid omvat kennis, vaardigheden en professioneel gedrag.[200] De bestuurders, commissarissen of (mede) beleidsbepalers dienen 'geschikt' te zijn. De elementen kennis, vaardigheden en professioneel gedrag worden ook onderschreven in de MvT van de wijzigingswet (bovendien wordt ook 'ervaring' als element genoemd): 'Onder het begrip geschikt vallen de elementen kennis, ervaring, vaardigheden en professioneel gedrag.'[201] Hiermee wordt aangesloten bij de definiëring van 'deskundigheid', zoals opgenomen in onderdeel 1.2.1 van de Beleidsregel deskundigheid 2011, waarin staat dat 'Deskundigheid bestaat uit kennis, vaardigheden en professioneel gedrag' en dat de deskundigheid in ieder geval blijkt uit 'de opleiding werkervaring en de competenties van de beleidsbepaler en de doorlopende toepassing hiervan.' Het gaat dus als gezegd bij deskundigheid niet alleen om kennis en ervaring, maar tevens om eisen aan de vaardigheden en het professionele gedrag van deze personen. De MvT van de wetswijziging wijst er in dit verband op dat er situaties denkbaar zijn, waarbij een persoon over gedegen kennis beschikt, maar zich niet professioneel gedraagt, omdat hij bijvoorbeeld slecht bereikbaar is of onvoldoende beschikbare tijd heeft vanwege veel nevenfuncties en daardoor niet in staat is zijn functie van beleidsbepaler of commissaris op een adequate wijze uit te oefenen. Volgens de MvT is in dergelijke situaties het

199 Zo wordt in de MvT van de wijzigingswet genoemd dat de Commissie Scheltema het in haar rapport wenselijk acht om bij de toetsing van de betrouwbaarheid en deskundigheid van een persoon ook de samenstelling van het beleidsbepalende of toezichthoudende orgaan, waarvan die persoon beoogt onderdeel te gaan uitmaken of reeds deel van uitmaakt, te kunnen betrekken, omdat het functioneren van individuen vaak in hoge mate wordt bepaald door krachten en tegenkrachten binnen een dergelijk orgaan. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 786, nr. 3, p. 2. Zie: Rapport van de commissie van Onderzoek DSB Bank, bijlage bij *Kamerstukken II* 2009-2010, 32 432, nr. 1, p.7 e.v., waarin wordt gesproken over de gezamenlijke beleidsregel over deskundigheid van DNB en de AFM, gebaseerd op een breed deskundigheidsbegrip (deskundigheid omvat kennis, vaardigheden en professioneel gedrag).

200 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 786, nr. 3, p. 2.

201 Idem, p. 14.

oordeel 'niet geschikt' beter op zijn plaats dan 'niet deskundig'. Ten slotte geeft het begrip 'geschikt' volgens de MvT beter weer dat de samenstelling van het beleidsbepalende of toezichthoudende orgaan, waarvan de getoetste persoon onderdeel uitmaakt of beoogt onderdeel van uit te gaan maken een element is dat de toezichthouder in aanmerking neemt bij de toetsing van die persoon. Zijn individuele kennis en vaardigheden worden dan ook altijd bezien in samenhang met de kennis en vaardigheden van de andere 'zittende' leden van het betrokken beleidsbepalende of toezichthoudende orgaan.[202]

Blijkens de MvT van de wijzigingswet is met de introductie van de geschiktheidseis (in plaats van de deskundigheidseis) geen andere of strengere invulling beoogd dan door de EU-Richtlijnen op het gebied van de financiële markten is voorgeschreven, bovendien bevatten de bepalingen hierin geen concrete invulling van de normen die op dit gebied aan de beleidsbepalers en commissarissen worden gesteld. De lidstaten dienen de eisen nader in te vullen om het toezicht op deze open norm te operationaliseren.[203] Als gezegd is er in Nederland voor gekozen om het aan de toezichthouders over te laten om aan deze open norm nadere maatstaven te verbinden, waarbij de inhoud van deze norm is ingevuld door middel van de Beleidsregel deskundigheid 2011.

Artikel 4 onderdeel c Wtt
Een derde situatie waarbij de toezichthouder geen vergunning verleent is het geval het trustkantoor behoort tot een groep waarvan de zeggenschapsstructuur niet duidelijk is en het toezicht hierdoor wordt belemmerd.[204] Indien de zeggenschapsstructuur zodanig ondoorzichtig is dat deze naar het oordeel van DNB een belemmering vormt of zou kunnen vormen voor het adequaat uitoefenen van het toezicht, wordt een vergunning niet verleend. De zeggenschapsstructuur moet in dit verband zowel wat betreft de formele kant als de feitelijke kant doorzichtig zijn. Met de formele zeggenschapsstructuur wordt volgens Frielink gedoeld op de zeggenschapsstructuur die ingevolge wettelijke en statutaire bepalingen is vormgegeven (moeder-dochterverhoudingen en verticale en horizontale deelnemingen). De feitelijke zeggenschapsstructuur ziet volgens hem op de vormgeving, zoals die in de dagelijkse praktijk wordt gehanteerd en is met name van belang bij het lokaliseren van de plaats binnen de groep van het daadwerkelijke beleids- en beslissingscentrum, het in kaart brengen van de wijze waarop de besluitvormingslijnen lopen en duidelijkheid ten aanzien van de vraag welke besluiten waar en door wie kunnen worden genomen.[205] Mijns inziens terecht baseert hij zich kennelijk op de uitleg van dit bestanddeel, zoals bij artikel 4:13 lid 1 Wft, waarin ten aanzien van beleggingsinstellingen is bepaald dat zij niet mag zijn verbonden met personen in een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur die in zodanige mate ondoorzichtig is dat deze een belemmering vormt of kan vormen voor het adequaat uitoefenen van toezicht op een beleggingsonderneming.[206]

Artikel 4 onderdeel d Wtt
Tot slot kan DNB op basis van de in artikel 4 onderdeel d Wtt beschreven situatie tot de conclusie komen dat de voorziene bedrijfsvoering of administratieve organisatie van de vergunningaanvrager zodanig is dat het trustkantoor niet in staat is te voldoen aan de regels die op grond van artikel 10 Wtt zijn gesteld.[207] Het gaat hier om de Rib Wtt, die door DNB is opgesteld. De Rib Wtt wordt nader behandeld in subparagraaf 5.3.3 'De Regeling integere bedrijfsvoering Wtt: normstelling met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren.'

Artikel 5 Wtt: wijziging van de verstrekte gegevens bij vergunningaanvraag
Een wijziging in de gegevens inzake de gegevens bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met d, te weten: een wijziging inzake de identiteit of de antecedenten van bestuursleden, commissarissen,

---

202 Idem, p. 2, zie ook: p. 14.
203 Idem, p. 3.
204 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 12.
205 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 48. Zie ook: C.M. Grundmann-van de Krol, *a.w.* 2012, p. 568-570.
206 Zie onder andere: D. Busch en C.M. Grundmann-van de Krol, *Handboek Beleggingsondernemingen*, Deventer: Kluwer 2009, p. 312 e.v.
207 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 12.

(mede)beleidsbepalers, houders van een gekwalificeerde deelneming (artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met c Wtt) of een wijziging in de (feitelijke of formele) zeggenschapsstructuur van de groep waartoe het trustkantoor behoort (artikel 3 lid 1 onderdeel d Wtt), dient vooraf aan DNB te worden gemeld (artikel 5 lid 1 Wtt). De melding dient vooraf plaats te vinden, hetgeen bij 'onverwachte gebeurtenissen' (zoals het overlijden van bovengenoemde personen) niet mogelijk zal zijn. In dit soort gevallen dient blijkens de MvT van de Wtt 'zo snel mogelijk' te worden gemeld.[208] In de MvT wordt voorts benadrukt dat de mate van betrouwbaarheid van bovengenoemde invloedrijke personen evenals de opbouw van de zeggenschapsstructuur dermate belangrijke omstandigheden vormen voor het al dan niet behouden van een vergunning, dat een wijziging op dat niveau daarom niet kan worden doorgevoerd indien DNB het voornemen daartoe (binnen zes weken)[209] heeft afgewezen.[210] Indien DNB om nadere gegevens en inlichtingen verzoekt, dan neemt de termijn van zes weken eerst aanvang na ontvangst van die gegevens of inlichtingen (artikel 5 lid 2 Wtt). In het geval zich een wijziging in de antecedenten van bovengenoemde personen voordoet, dan wel een wijziging in de gegevens bedoeld in artikel 3 onderdelen e tot en met g, te weten de gegevens met betrekking tot de naam, adres en de statutaire zetel van het trustkantoor (en indien van toepassing de naam en het adres van zijn bijkantoren), de voorziene bedrijfsvoering en de voorziene administratieve organisatie en interne controle van het trustkantoor en overige gegevens die voor de beoordeling van aanvraag volgens de toezichthouder van belang zijn geweest, dan meldt het trustkantoor deze onverwijld aan DNB (artikel 5 lid 3 Wtt).

5.2.5.1.3 Intrekken van een vergunning: artikel 6 Wtt

In artikel 6 Wtt zijn de gronden voor het intrekken van een vergunning door DNB opgenomen. Dit kan in de eerste plaats geschieden op verzoek van de houder van de vergunning (artikel 6 onderdeel a Wtt). Volgens de MvT van de Wtt zal dit in de regel het geval zijn indien het trustkantoor niet langer als zodanig vanuit Nederland werkzaam is. Nu het vestigingsvereiste in artikel 2 lid 1 Wtt vooralsnog is gehandhaafd, zal dit met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 niet anders komen te liggen (zie subparagraaf 5.2.5.1.1 'De verbodsbepaling, vrijstelling, ontheffing en groepsvergunning: artikel 2 en 2a Wtt'). Artikel 6 onderdeel d Wtt noemt in dat geval als grond dat de houder gedurende een termijn van meer dan zes maanden kennelijk niet langer werkzaamheden als trustkantoor verricht. Indien de houder van de vergunning een rechtspersoon is die wordt ontbonden of een natuurlijke persoon die is overleden, dan wel indien sprake is van faillissement van de houder, levert dit op basis van artikel 6 onderdelen c, respectievelijk b Wtt een grond op voor het intrekken van de vergunning. De gronden genoemd in onderdelen e en f van artikel 6 Wtt zien op de situatie dat de vergunninghouder niet (langer) voldoet aan de vergunningvereisten, ofwel omdat niet wordt voldaan aan de vereisten voor de administratieve organisatie/interne controle zoals vastgelegd in artikel 10 Wtt, zoals uitgewerkt in de Rib Wtt (artikel 6 onderdeel e Wtt), ofwel omdat DNB informatie heeft ontvangen die het verkrijgen van een vergunning in de weg zou hebben gestaan indien deze op het moment van vergunningverlening bekend zou zijn geweest (artikel 6 onderdeel f Wtt).[211] Met name in beide laatstgenoemde gevallen, evenals het bovengenoemde geval een trustkantoor gedurende een termijn van meer dan zes maanden kennelijk niet langer als trustkantoor werkzaam is (artikel 6 onder d), zal DNB niet tot intrekking van de vergunning mogen overgaan, alvorens het trustkantoor haar zienswijze naar voren heeft kunnen brengen.[212]

Volgens Frielink regelt de Wtt wel de gronden, maar niet de gevolgen van intrekking van de vergunning, waarbij hij evenwel opmerkt dat het evident is dat intrekking van de vergunning het verbod meebrengt om als trustkantoor actief te zijn vanuit een vestiging in Nederland (artikel 2 lid 1 Wtt). In zijn evaluatierapport *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren* heeft het Ministerie van Financiën

---

208 Niet duidelijk is wat rechtens geldt indien de wijziging in dergelijke gevallen niet vooraf kon worden gemeld, terwijl DNB vervolgens aangeeft niet met de wijziging in te stemmen. De wijziging is dan immers niet nietig of vernietigbaar op grond van het ontbreken van instemming van DNB. Zie nader voor kwestie: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 49.

209 Artikel 5 lid 2 Wtt.

210 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 12.

211 Idem, p. 12.

212 Zie nader K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 50.

terzake aanbevolen: 'te voorzien in een wettelijke overgangsregeling met bevoegdheden voor de toezichthouder die vervolgens kan zorgen dat er een adequate oplossing wordt gevonden voor cliënten van een trustkantoor wiens vergunning wordt ingetrokken of dat om een andere reden de dienstverlening beëindigt.'[213] Hoewel evident is dat het gevolg van het intrekken van een vergunning zal zijn, zoals ook door Frielink en Van Eersel terecht wordt opgemerkt, dat deze intrekking het verbod meebrengt om als trustkantoor vanuit een vestiging in Nederland actief te zijn (artikel 2 lid 1 Wtt), blijkt hieruit nog niet wat de gevolgen voor de cliënten van het trustkantoor zullen zijn.

5.2.5.1.4 Het register trustkantoren: artikel 7 Wtt

Ter wille van de transparantie houdt DNB een openbaar register waarin alle vergunninghoudende trustkantoren en trustkantoren met een ontheffing worden ingeschreven (artikel 7 lid 1 Wtt).[214] In het register worden daartoe gegevens van het trustkantoor in het register opgenomen (artikel 7 lid 2 Wtt)[215], die DNB kosteloos voor een ieder ter inzage houdt (artikel 7 lid 4 Wtt).[216] DNB draagt zorg voor de doorhaling van de inschrijving van een trustkantoor waarvoor de vergunning dan wel de ontheffing is ingetrokken (artikel 7 lid 3 Wtt). Vrijgestelde trustkantoren, die vallen onder de Vrijstellingsregeling Wtt (zie nader hierboven), worden niet in het register opgenomen.[217]

5.2.5.1.5 Vergoedingen: artikel 8 Wtt

Vanuit het oogpunt kostendekkend te zijn is het trustkantoor ter zake van de aanvraag van een vergunning of ontheffing aan de toezichthouder een bedrag verschuldigd (artikel 8 lid 1 Wtt) en dient het trustkantoor dat is ingeschreven jaarlijks de kosten verbonden aan het toezicht te voldoen (artikel 8 lid 2 Wtt). Bij ministeriële regeling worden deze bedragen vastgesteld (artikel 8 lid 4), waarbij de hoogte van deze bedragen zodanig wordt vastgesteld dat het totaal van de in rekening te brengen bedragen gezamenlijk ten hoogste gelijk is aan de kosten die de toezichthouder maakt ter zake van de behandeling van de vergunningaanvragen, de ontheffingsaanvragen en ter zake van het toezicht dat de toezichthouder uitoefent op de ingeschreven trustkantoren (artikel 8 lid 3 Wtt).

Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren

Hierboven is ter sprake gekomen dat de bedragen bij ministeriële regeling worden vastgesteld, door de Minister van Financiën. De regels hiervoor zijn vastgelegd in de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren (hierna: Regeling bekostiging Wtt).[218] Deze regeling geeft regels voor het doorberekenen van de door DNB gemaakte kosten bij de uitoefening van toezicht op grond van de Wtt aan de trustkantoren. Zij vindt haar grondslag in het hierboven genoemde artikel 8 Wtt, aangezien op grond van dat artikel bedragen in rekening kunnen worden gebracht ter vergoeding van de kosten van een tweetal onafhankelijk toerekenbare toezichthandelingen: de behandeling van een aanvraag van een

---

213 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 21.

214 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 13.

215 In het register worden ten aanzien van een trustkantoor de volgende gegevens opgenomen: a. de naam, het adres en de statutaire zetel van het trustkantoor en, indien van toepassing, de naam en het adres van zijn bijkantoren; b. de datum van inschrijving van het trustkantoor in het register; c. het nummer van inschrijving van het trustkantoor bij de Kamer van Koophandel en Fabrieken; en d. de aan de vergunning of de ontheffing verbonden voorschriften en gestelde beperkingen, tenzij de bescherming van de persoonlijke levenssfeer of van gerechtvaardigde bedrijfsbelangen zich daartegen verzet.

216 DNB heeft deze gegevens ook via haar website www.dnb.nl toegankelijk gemaakt.

217 Volgens Frielink zou het gezien de functie van het register, te weten het voor doelvennootschappen en hun achterliggers mogelijk maken om te verifiëren of zij met een trustkantoor te maken hebben dat over een vergunning of ontheffing beschikt, nuttig zijn ook vrijgestelde trustkantoren in het register te vermelden. Zie nader K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 52.

218 Regeling van de Minister van Financiën van 26 februari 2004, FM 2004-00275, houdende regels voor de bekostiging van het toezicht op grond van de Wet toezicht trustkantoren (Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren). *Stcrt.* 2004, 40/pag. 13.

vergunning en die van een ontheffing en daarnaast kunnen aan geregistreerde trustkantoren de kosten die verbonden zijn aan het reguliere toezicht in rekening worden gebracht.[219]

Gelet op artikel 6 en artikel 8 lid 2 van deze Regeling bekostiging Wtt, stelt de Minister van Financiën jaarlijks de tarieven bedoeld in beide artikelen vast, zoals laatstelijk is geschied in de Regeling vaststelling tarieven 2011 ex artikel 6 Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren[220], respectievelijk Regeling tot vaststelling voor 2011 van de maatstaven, bandbreedtes en tarieven bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren.[221]
Op basis van artikel 6 Regeling bekostiging Wtt stelt de Minister van Financiën jaarlijks voor 15 februari, op voorstel van DNB, tarieven vast van het bedrag, bedoeld in artikel 8 lid 1 van de Wtt, dat verschuldigd is ter zake van een aanvraag van een vergunning (artikel 6 lid 1 Regeling bekostiging Wtt), dan wel ter zake van de aanvraag van een ontheffing (artikel 6 lid 2 Regeling bekostiging Wtt). Bij de vaststelling van het tarief voor het bedrag, dat ter zake van de aanvraag van een vergunning is verschuldigd, wordt onderscheid gemaakt in categorieën van aanvragers op basis van het gegeven of zij deel uitmaken van een groep, en zo dit het geval is, op basis van het aantal rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen waaruit deze groep bestaat.[222] Het tarief zal hoger zijn naar gelang met de aanvrager meer entiteiten organisatorisch zijn verbonden. De achtergrond daarvan is de omstandigheid dat behandeling van een dergelijke aanvraag voor de toezichthouder verhoudingsgewijs meer werkzaamheden vergt en dus ook meer kosten meebrengt.[223, 224]
Aan het trustkantoor dat is ingeschreven in het register brengt DNB jaarlijks (met ingang van het jaar 2005) het bedrag in rekening, bedoeld in artikel 8 lid 2 Wtt, dat verschuldigd is ter dekking van de kosten aan het (reguliere) toezicht (artikel 7 lid 1 Regeling bekostiging Wtt). Als maatstaf voor het in rekening te brengen bedrag, geldt de jaarlijkse omzet en overige opbrengsten uit diensten (zoals bedoeld in artikel 1 onderdeel d Wtt) (artikel 8 lid 1 Regeling bekostiging Wtt). Op basis van deze maatstaf stelt de Minister van Financiën, op voorstel van de toezichthouder, jaarlijks voor 1 juli (met ingang van het jaar 2005) de tarieven vast. Met betrekking tot de jaarlijkse omzet en overige tarieven wordt onderscheid gemaakt in verschillende bandbreedtes, waarover een apart tarief wordt vastgesteld (artikel 8 lid 2 Regeling bekostiging Wtt).[225, 226]

---

219 Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren, p. 2, I. 'Algemeen'.

220 Regeling tot vaststelling voor 2011 van de tarieven, bedoeld in artikel 6 van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2011, 1102.

221 Regeling tot vaststelling voor 2011 van de maatstaven, bandbreedtes en tarieven bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2011, 11779.

222 Op basis van artikel 6 lid 1 Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren wordt voor ieder van de volgende categorieën van aanvragers een tarief vastgesteld, te weten a. aanvragers, niet van een groep deel uitmakend dan wel deel uitmakend van een groep welke uit minder dan drie rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen bestaat; b. aanvragers, deel uitmakend van een groep die uit meer dan twee en minder dan zes rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen bestaat; c. aanvragers, deel uitmakend van een groep die uit meer dan vijf en minder dan negen rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen bestaat; d. aanvragers, deel uitmakend van een groep die uit meer dan acht en minder dan twaalf rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen bestaat; e. aanvragers, deel uitmakend van een groep die uit meer dan elf rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen bestaat.

223 Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren, p. 4, artikelgewijs commentaar artikel 6.

224 Sinds 2009 wordt voor iedere categorie aanvragers, als bedoeld in artikel 6 lid 1 Regeling bekostiging Wtt, echter het zelfde tarief toegepast. Het tarief, bedoeld in artikel 6, eerste lid, van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren is laatstelijk vastgesteld op € 3.200 voor iedere categorie aanvragers als bedoeld in dat lid. Het tarief, bedoeld in het tweede lid van dat artikel op € 1.600. Artikel 1 Regeling vaststelling tarieven 2011 ex artikel 6 Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2011, 1102.

225 Voor ieder van de volgende bandbreedtes met betrekking tot de jaarlijkse omzet en overige opbrengsten als bedoeld in het eerste lid wordt een tarief vastgesteld: a. minder dan € 100.000; b. ten minste € 100.000 en minder dan € 200.000; c. ten minste € 200.000 en minder dan € 500.000; d. ten minste € 500.000 en minder dan € 1.000.000; e. ten minste € 1.000.000 en minder dan € 2.000.000; f. ten minste € 2.000.000 en minder dan € 5.000.000; g. ten minste € 5.000.000.

Betalingsverplichting van het trustkantoor
Binnen vier weken na dagtekening van de brief waarbij de betalingsverplichting is opgelegd dient het ingevolge artikel 8 verschuldigde bedrag te worden betaald (artikel 8 lid 5 Wtt), na het verstrijken van deze termijn is wettelijke rente verschuldigd (artikel 8 lid 6 Wtt). DNB stuurt in het geval het verschuldigde bedrag niet binnen de gestelde termijn is betaald een aanmaning, verhoogd met de rente en de kosten van de aanmaning, alsnog binnen twee weken te betalen. De aanmaning bevat tevens de aanzegging dat het bedrag zal worden ingevorderd overeenkomstig artikel 8 lid 8 Wtt (artikel 8 lid 7 Wtt), waarin terzake is geregeld dat bij gebreke van een tijdige betaling de toezichthouder het bedrag, verhoogd met de kosten van de aanmaning en van de invordering, bij dwangbevel kan invorderen. Het dwangbevel wordt op kosten van het trustkantoor bij deurwaardersexploot betekent en levert een executoriale titel op (artikel 8 lid 9 Wtt). Tegen het dwangbevel staat gedurende zes weken na de dag van betekening verzet open door dagvaarding van DNB (artikel 8 lid 10 Wtt), dit verzet schorst de tenuitvoerlegging niet, tenzij de voorlopige voorzieningenrechter in kort geding anders beslist (artikel 8 lid 11 Wtt).

5.2.5.2 Toezicht: de inlichtingen- en onderzoeksbevoegdheid van DNB
Naast het hierboven behandelde toezicht door middel van een vergunningensysteem, houdt DNB na de verlening van de vergunning aan het trustkantoor toezicht op de naleving van de integriteitswetten, waartoe haar verschillende bevoegdheden ter beschikking staan. In deze subparagraaf wordt de zogeheten inlichtingenbevoegdheid van DNB behandeld, die haar in de eerste plaats op grond van de Wtt toekomt. Artikel 9 Wtt geeft aan DNB een vergaande inlichtingenbevoegdheid, waar bovendien een medewerkingsplicht van het trustkantoor tegenover staat. Daarnaast voorziet de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 in een inlichtingenplicht jegens DNB.

5.2.5.2.1 De inlichtingenbevoegdheid en medewerkingsplicht op basis van artikel 9 Wtt
Het trustkantoor staat vanaf het moment van het verkrijgen van de vergunning onder het doorlopend toezicht van DNB, dat in zijn algemeenheid is gericht op de naleving van procedures binnen het trustkantoor als poortwachter en niet op de activiteiten van de doelvennootschappen die door het trustkantoor worden beheerd.[227]

Op basis van artikel 9 lid 1 Wtt kan DNB alle inlichtingen (doen) inwinnen 'die redelijkerwijs nodig zijn voor de uitoefening van de taken en bevoegdheden die hij op grond van deze wet heeft en teneinde na te gaan of de bij of krachtens deze wet gestelde bepalingen worden nageleefd' (artikel 9 lid 1 onderdeel d Wtt). Deze bevoegdheid is niet alleen van toepassing op de vergunninghoudende trustkantoren (artikel 9 lid 1 onderdeel a Wtt), maar tevens op de trustkantoren die van de

---

226 Het tarief, bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren, is laatstelijk voor het jaar 2011 vastgesteld op: a. € 800 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van minder dan € 100.000; b. € 1.600 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 100.000 en minder dan € 200.000; c. € 2.500 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 200.000 en minder dan € 500.000; d. € 3.600 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 500.000 en minder dan € 1.000.000; e. € 4.900 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 1.000.000 en minder dan € 2.000.000; f. € 6.400 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 2.000.000 en minder dan € 5.000.000; g. € 8.200 bij een omzet en overige opbrengsten uit diensten als bedoeld in artikel 1, onderdeel d, van de wet in 2009 van ten minste € 5.000.000 (artikel 2 lid 1 van de Regeling tot vaststelling voor 2011 van de maatstaven, bandbreedtes en tarieven bedoeld in artikel 8, tweede lid, van de Regeling bekostiging Wet toezicht trustkantoren). *Stcrt.* 2011, 11779.

227 Zie ook Van Gorkum en De Carpentier, *a.w.* 2004, p. 49.

vergunningplicht zijn vrijgesteld (artikel 9 lid 1 onderdeel b Wtt)[228] evenals trustkantoren met een ontheffing[229] en tot slot 'een ieder die met een vergunninghoudend of vrijgesteld trustkantoor in een groep is verbonden' (artikel 9 lid 1 onderdeel c Wtt), waarbij het blijkens de MvT van de Wtt gaat om de 'daarmee in een groep verbonden rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon.'[230] Voorts is blijkens de MvT 'een ieder die niet als trustkantoor is geregistreerd en die niet onder de vrijstelling valt, verplicht om op grond van dit artikel aan DNB informatie te verschaffen, indien bij haar aanleiding bestaat om te veronderstellen dat de betreffende persoon als trustkantoor werkzaam is.'[231] De in laatstgenoemde formulering vervatte verplichting heeft een dermate ruim bereik dat daaronder alle mogelijke verschijningsvormen van trustkantoren lijken te vallen, aangezien slechts vereist is dat er 'aanleiding bestaat om te veronderstellen' dat de persoon in kwestie als trustkantoor werkzaam is. Degene van wie door DNB inlichtingen worden verlangd, is verplicht deze binnen een door DNB te stellen 'redelijke termijn' te verstrekken (artikel 9 lid 2 Wtt). In de regel zal deze termijn ten minste vier weken bedragen, maar in het geval er een vermoeden bestaat dat sprake is van een ernstige overtreding kan deze op enkele dagen worden gesteld.[232] Tot slot zijn een aantal bepalingen van Titel 5.2 'Toezicht op naleving' (van Hoofdstuk 5 'Handhaving') van de Awb is van overeenkomstige toepassing ten aanzien van de personen, die door DNB zijn belast met het inwinnen van inlichtingen dan wel 'met de uitoefening van andere taken en bevoegdheden die de toezichthouder heeft op grond van het bij of krachtens deze wet bepaalde' (artikel 9 lid 3 Wtt). Laatstgenoemde categorie wordt hieronder in subparagraaf 5.2.5.3.2 besproken, de bespreking in onderhavige paragraaf is gericht op de inlichtingenplicht.

5.2.5.2.2 Toezicht op de naleving van de Wtt op grond van de Awb: legitimatieplicht uitvoerend toezichthouder, evenredigheidsbeginsel, betreden van plaatsen, vorderen van inlichtingen, medewerkingsplicht en de weigeringsgronden die de medewerkingsplicht beperken (verschoningsrecht en zwijgrecht)

Achtereenvolgens zijn de artikelen 5:12, 5:13, 5:15, 5:16, 5:17 en 5:20 van Titel 5.2 ('Toezicht op naleving') de Awb van toepassing.[233] Hierbij geldt dat in het geval een onderzoek wordt ingesteld als bedoeld in artikel 14 lid 1 Wtt bij degene die niet ingevolge deze wet onder toezicht staat, deze slechts is gehouden tot het verlenen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 9 lid 3 Wtt). Bij het hier bedoelde onderzoek kan DNB inlichtingen vragen aan of een onderzoek (doen) instellen bij ieder (vergunninghoudend) trustkantoor, waarvan redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij over gegevens of inlichtingen beschikt die van belang kunnen zijn voor de uitvoering van de wettelijke regelingen in de Wtt bedoeld. DNB verricht het onderzoek ten behoeve van een instantie die werkzaam is bij een Staat die met Nederland partij is bij een verdrag of die met Nederland valt onder eenzelfde bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie en die in die staat belast is met de uitvoering van wettelijke regelingen inzake het toezicht op die financiële markten.[234]

---

228 In artikel 9 lid 1 onderdeel b Wtt wordt in verband met de vrijstelling abusievelijk verwezen naar het oude artikel 2 lid 3 Wtt, dit moet sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2012 zijn: artikel 2a lid 1 Wtt.

229 In artikel 9 Wtt wordt kennelijk abusievelijk niet verwezen naar de bepaling waarin de ontheffing is geregeld, te weten artikel 2 lid 4 Wtt (oud), die thans is opgenomen in artikel 2a lid 2 Wtt. In de MvT van de Wtt wordt echter terzake opgemerkt dat DNB met het oog op het uitoefenen van haar toezichthoudende taak zowel bij trustkantoren met een vrijstelling als bij trustkantoren met een ontheffing inlichtingen kan inwinnen met het oog op het uitoefenen van haar toezichthoudende taak. *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 13.

230 Idem, p. 13.

231 Idem, p. 13.

232 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 53.

233 Zie voor een uitgebreid overzicht van de toezichtsbevoegdheden O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boete onderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

234 Het onderzoek strekt dan ook ter uitvoering van verdragen tot uitwisseling van gegevens of inlichtingen, dan wel ter uitvoering van bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties betreffende het toezicht op financiële markten of op natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen die op die markten werkzaam zijn (artikel 14 lid 1 Wtt).

Legitimatieplicht uitvoerend toezichthouder
Artikel 5:12 Awb verplicht de natuurlijke persoon die namens DNB het toezicht uitoefent (hierna: uitvoerend toezichthouder) bij de uitoefening van zijn taak een legitimatiebewijs bij zich te dragen, dat op verzoek dient te worden getoond.[235] Niet in achtneming van de legitimatieplicht levert een vormfout op, maar zal in het bestuursrecht niet snel tot bewijsuitsluiting leiden.[236]

Evenredigheidsbeginsel
Evenals voor DNB zelf op basis van artikel 9 lid 1 Wtt is bepaald, geldt voor de uitvoerend toezichthouder het zogenaamde 'evenredigheidsbeginsel' ten aanzien van de toepassingen van zijn bevoegdheden. Dit beginsel houdt in dat van deze bevoegdheden door de uitvoerend toezichthouder slechts gebruik mag worden gemaakt 'voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is' (artikel 5:13 Awb). Negatief geformuleerd houdt dit beginsel in ieder geval in dat de toezichthouder een bevoegdheid niet mag uitoefenen als dat voor de vervulling van zijn taak niet redelijkerwijs noodzakelijk is, waaruit voortvloeit dat de toezichthouder zijn bevoegdheid op de voor de burger minst belastende wijze dient uit te oefenen.[237] Daarnaast fungeert het artikel als formeel juridisch aanknopingspunt van zorgvuldigheidsvereisten, waarbij bijvoorbeeld kan worden gedacht aan de verplichting van de uitvoerend toezichthouder om aan de betrokkene mee te delen waarom hij van zijn bevoegdheid gebruik zal maken.[238] Het artikel geldt niet alleen voor de uitoefening van de bevoegdheden die door de Awb zijn toegekend, waaronder de hier besproken bevoegdheden van Titel 5.2, maar bovendien voor de bevoegdheden die in aanvulling daarop door de bijzondere wetgever zijn toegekend, zoals in de Wtt ten aanzien van trustkantoren.

Betreden van plaatsen
De uitvoerend toezichthouder is op basis van artikel 5:15 Awb bevoegd, met medeneming van de benodigde apparatuur, elke plaats te betreden met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner. In het verlengde van deze betredingsbevoegdheid kent het artikel aan de uitvoerend toezichthouders de bevoegdheid toe om zich (zonodig) met behulp van de sterke arm toegang te verschaffen (lid 2) en zich te laten vergezellen door daartoe door hem aangewezen personen (lid 3).
Vanuit de gedachte volledig zeker te kunnen stellen dat de toezichthouders, die zaken willen onderzoeken, de daarvoor benodigde apparatuur mogen meenemen, is de zinsnede 'met medeneming van de benodigde apparatuur opgenomen' ingevoegd.[239] Voorts dienen onder 'elke plaats' ook de bedrijfspanden en bedrijfsterreinen worden verstaan.[240] Evenals in het strafrecht impliceert de bevoegdheid tot 'betreden' niet het 'doorzoeken' van plaatsen, in die zin dat stelselmatig en gericht kan worden gezocht, waarbij willekeurig kasten, laden en andere bergruimten kunnen worden geopend. Het artikel op basis waarvan een kast en of de inventaris zelf voorwerp van onderzoek zijn (te weten artikel 5:18 Awb) is niet van toepassing, aangezien dit artikel niet is opgenomen in artikel 9 lid 3 Wtt waarin de artikelen van Titel 5.2 van de Awb zijn genoemd die van overeenkomstige toepassing zijn verklaard. Tot slot moet er op worden gewezen dat artikel 5:15 lid 1 Awb uitdrukkelijk

---

235 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 13. Zie ook *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 140.

236 Zie in dit verband ABRS 12 april 2006, AB 2006, 281, waarin werd geoordeeld dat het achterwege laten van als zodanig herkenbare politieambtenaren die optraden als toezichthouder niet tot uitsluiting van de door hen verkregen gegevens voor het bewijs behoefde te leiden. Zie met name r.o. 2.5: 'In het bestuursrechtelijke geding is het gebruik van bewijs alleen dan niet toegestaan, indien het bewijs is verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat dit gebruik onder alle omstandigheden ontoelaatbaar moet worden geacht. Daarvan is geen sprake indien het om een vormfout zoals het achterwege laten van legitimatie van als zodanig herkenbare politieambtenaren gaat, zoals hier het geval was.' Zie ook: T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:12 AWB, aant. 3.

237 T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:13 AWB, aant. 1.

238 Idem, aant. 1.

239 Deze zinsnede is overgenomen uit enkele bijzondere wetten, te nomen de Wet milieubeheer en de Vleeskeuringswet. Zie in dit verband ook het advies van de Raad van State, Nader rapport, *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, A, pt. 8.6.2.

240 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 143.

niet de bevoegdheid toekent tot het binnentreden van een woning zonder toestemming van de bewoner, dit laat onverlet dat lid 1 het wel mogelijk maakt een woning binnen te treden *met* toestemming van de bewoner.[241]

Vorderen van inlichtingen
Artikel 5:16 Awb geeft de uitvoerend toezichthouder de bevoegdheid inlichtingen te vorderen. Blijkens de MvT van de Wtt brengt dit artikel geen beperkingen in de kring van personen van wie inlichtingen kunnen worden gevorderd. Het uitgangspunt is hier dan ook dat in beginsel van een ieder inlichtingen kunnen worden gevorderd. Blijkens de MvT van de Wtt ziet artikel 9 Wtt in verband met de hieronder nader te bespreken medewerkingsplicht ook op de inzage in de specifieke cliëntenacceptatiedossiers, evenals de (desgewenst) geanonimiseerde dossiers van doelvennootschappen en de dossiers inzake een trust, dit laatste uiteraard alleen indien een trustkantoor optreedt als trustee. Genoemde dossiers worden steekproefsgewijs onderzocht. De uitvoerend toezichthouder mag inzage hebben in de dossiers en van daartoe behorende stukken kopieën maken.[242] Het belang van deze wettelijke basis is volgens de MvT van de Wtt met name gelegen in de contractuele geheimhouding tussen het trustkantoor en de cliënt ten opzichte van derden, zo wordt in de MvT onderschreven.[243] Frielink en Van Eersel wijzen er op dat trustkantoren echter ook zonder laatstgenoemde toevoeging gehouden zijn de door DNB gevraagde inlichtingen te verschaffen en medewerking te verlenen. Het trustkantoor dient er echter aan de andere kant wel op te blijven letten dat het geen inlichtingen of inzage in dossiers verschaft voor zover DNB daarom niet mag vragen, aangezien het tonen van gegevens, zonder dat daaraan een wettelijke basis (in de Wtt) ten grondslag ligt, een schending van de (contractuele) geheimhoudingsplicht oplevert.[244] Een belangrijk punt in dit verband, dat ook door Frielink en Van Eersel is genoemd, is dat de kennisneming van (geanonimiseerde) dossiers van de doelvennootschappen en inzake de trust niet verder mogen gaan dan strikt noodzakelijk om te controleren of het trustkantoor zijn verplichtingen uit hoofde van de Wtt nakomt, waaronder begrepen de verplichtingen zoals vastgelegd in de Rib Wtt.

Medewerkingsplicht
Artikel 5:20 Awb bepaalt dat een ieder verplicht is medewerking te verlenen aan de uitvoerend toezichthouder. De hierin vastgelegde medewerkingsplicht maakt het mogelijk dat toezichthouders de hun toekomende bevoegdheden daadwerkelijk kunnen effectueren en is daarmee het spiegelbeeld van de aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden.[245] Meer specifiek staat in artikel 5:20 lid 1 Awb dat 'Een ieder verplicht (is) aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.' Dat betekent derhalve dat op 'een ieder' de verplichting rust om 'binnen de door de toezichthouder gestelde redelijke termijn', 'aan de toezichthouder' alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen 'bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.'
Met het genoemde bestanddeel 'een ieder' is tot uitdrukking gebracht dat er op voorhand geen beperking is van de kring van personen die tot medewerking is verplicht.[246] De begrenzing naar subject ligt, in geval van derdenwerking bij deze bepaling, besloten in het bovengenoemde evenredigheidsbeginsel (van artikel 5:13 Awb). Evenals bij de voorgaande bevoegdheden van Titel 5.2 geldt als voorwaarde voor de medewerkingsplicht dat er sprake is van een 'toezichthouder' in de

---

241 In dat geval geldt dat de toezichthouder zich overigens altijd ook ongevraagd moet legitimeren, zie artikel 1 lid 1 Awbi. Laatstgenoemde regeling wijkt af van artikel 5:12 lid 2 Awb op grond waarvan een toezichthouder zich (pas) desgevraagd legitimeert. T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:12 AWB, aant. 6. Zie ook: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 140.

242 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 54.

243 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 14. Terzake wordt deze geheimhoudingsplicht contractueel vastgelegd met de zinsnede 'behoudens een wettelijke plicht tot openheid van zaken.'

244 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 54. Deze geheimhouding is volgens hen overigens inherent aan de contractuele relatie van trustkantoren met hun cliënten, ook wanneer zulks niet uitdrukkelijk is gestipuleerd.

245 T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:20 AWB, aant. 1.

246 Idem, aant. 2

zin van artikel 5:11 Awb.[247] Voorts is de (uitvoerend) toezichthouder steeds verplicht een 'redelijke termijn' in te stellen, waarbinnen de betrokkene aan de vordering moet voldoen. Vanuit dit oogpunt is de zinsnede 'binnen de door hem gestelde redelijke termijn' ingevoegd.[248] Met de hier bedoelde 'medewerking' wordt blijkens de MvT van de Wtt beoogd alle denkbare vormen van medewerking te omvatten. De medewerkingsplicht impliceert bijvoorbeeld een plicht tot het verstrekken van inlichtingen en tot afgifte van gevorderde gegevens en bescheiden.[249] Volgens Borman dient in dit verband zelfs aangenomen te worden dat de ruime werkingssfeer van de medewerkingsplicht ook betekent dat aan een toezichthouder desgevraagd toegang tot een computerbestand moet worden verschaft door het verstrekken van wachtwoorden of toegangscodes.[250] Blijkens de MvT van de Derde Tranche van de Awb dient ter zake van de medewerkingsplicht op de eerste vordering van de uitvoerend toezichthouder te worden voldaan, zo stelt zij: 'Aan een verzoek tot medewerking zal op eerste vordering door de betrokkene moeten worden voldaan.'[251] Tot slot heeft de medewerkingsplicht betrekking op alle in Titel 5.2 vermelde bevoegdheden en op eventuele extra bevoegdheden die in de Wtt (als bijzondere wet) zijn toegekend, hetgeen voortvloeit uit de zinsnede 'bij de uitoefening van zijn bevoegdheden' die in artikel 5:20 lid 1 Awb is opgenomen.[252] De medewerkingsplicht geldt derhalve alleen indien deze verband houdt met de uitoefening van een (wettelijk toegekende) toezichtsbevoegdheid.[253]

Weigeringsgronden die de medewerkingsplicht beperken: verschoningsrecht en zwijgrecht

Verschoningsrecht
Artikel 5:20 lid 2 Awb voorziet in de mogelijkheid om onder bepaalde omstandigheden medewerking te weigeren: 'Zij die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift verplicht zijn tot geheimhouding, kunnen het verlenen van medewerking weigeren, voor zover dit uit hun geheimhouding voortvloeit.' Blijkens de MvT van de Wtt ziet deze bepaling in de eerste plaats op het verschoningsrecht (en de geheimhoudingsplicht van artikel 2:5 Awb). Het gaat hier meer specifiek om de situatie dat juridische beroepsbeoefenaren, zoals advocaten en (kandidaat-)notarissen, doordat zij beroepsmatig 'diensten' in de zin van artikel 1 onderdeel d Wtt verlenen, worden aangemerkt als trustkantoor. In dat geval heeft het verschoningsrecht slechts betrekking op de beroepsspecifieke werkzaamheden van de advocaten en notarissen en dus niet op het verrichten van werkzaamheden in hun hoedanigheid als trustkantoor.[254]

Zwijgrecht en het nemo tenetur-beginsel
Medewerking kan voorts worden geweigerd op grond van het zwijgrecht. Dit recht is een uitwerking van het 'nemo tenetur-beginsel', omschreven als de waarborg 'to remain silent and not tot contribute to incriminating himself.'[255] In het EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 ('Funke') oordeelde het EHRM dat het zwijgrecht en het recht zichzelf niet te beschuldigen besloten liggen in het 'fair trial'-

---

247 Idem, aant. 2. Het gaat om een toezichthouder die bij of krachtens wettelijk voorschrift als zodanig is aangewezen. Zie in dat verband CBb 21 juli 2008, 288: zonder aanwijzing is er geen medewerkingsplicht, en *ABRS* 31 januari 2007, *LJN* AZ7426, *AB* 2007, 53: er moet sprake zijn van toezicht op de naleving, de medewerkingsplicht kan niet worden ingeroepen bij bijvoorbeeld de uitvoering van wettelijke voorschriften.

248 Idem, aant. 2. Zie ook het amendement-Rehwinkel: *Kamerstukken II* 1995-1996, 23 700, nr. 24.

249 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 13-14. Zie ook *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 147, waar op basis van artikel 5:20 lid 1 Awb als voorbeelden worden genoemd dat betrokkene verplicht is op vordering van de toezichthouder een kist te verplaatsen of een deur te openen. Ook het desgevraagd openen van verpakkingen kan onder de medewerkingsplicht vallen, evenals (onder omstandigheden) dat de betrokkene desgevraagd blijft staan.

250 T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:20 AWB, aant. 2

251 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 700, nr. 3, p. 147.

252 Idem, p. 147.

253 T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:20 AWB, aant. 2

254 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 14.

255 Onder andere in EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485 'Funke' is vastgelegd dat artikel 6 lid 1 EVRM deze waarborg bevat, betreffende het zogeheten 'nemo tenetur-beginsel'. Zie ook HvJEG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 3283, *NJ* 1991, 687 'Orkem'.

beginsel van artikel 6 lid 1 EVRM. Zij is een belangrijke waarborg ter verzekering van bovengenoemd beginsel dat niemand gehouden is tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen.[256] Vanaf het moment dat sprake is van een 'criminal charge' in de zin van artikel 6 EVRM en artikel 14 lid 3 IVBPR, komt de betrokken 'charged person' het zwijgrecht toe.[257] Essentieel is derhalve de vraag vanaf welk moment er sprake is van een 'criminal charge'. Volgens de jurisprudentie van de HR is hiervan sprake vanaf het moment waarop van overheidswege jegens een persoon een handeling is verricht waaraan deze persoon in redelijkheid de gevolgtrekking heeft kunnen verbinden dat tegen hem strafvervolging wordt ingesteld of een punitieve bestuursrechtelijke sanctie zal worden opgelegd.[258] Het zwijgrecht geldt, zo kan ook uit laatstgenoemd zinsnede worden opgemaakt, niet alleen in het strafrecht, maar ook bij door bestuursorganen op te leggen sancties. Dit is volgens de huidige stand van zaken in het bestuursrecht in ieder geval bij het opleggen van bestuurlijke boetes.[259] Volgens het EHRM is sprake van een 'criminal charge' wanneer 'de overheid een officiële kennisgeving aan de betrokkene richt, inhoudende dat hij een wetsovertreding heeft begaan die 'criminal' is in de zin van het EVRM, of wanneer de overheid naar aanleiding van een dergelijke overtreding handelingen verricht die de positie van de betrokkene wezenlijk beïnvloeden.'[260] Het zwijgrecht bestaat derhalve slechts bij vragen die zijn gericht op het verkrijgen van belastende informatie en dus niet bij iedere vraag die een belastende verklaring zou kunnen opleveren. Het zwijgrecht laat verplichtingen om inlichtingen te verschaffen ten behoeve van het toezicht op de naleving van voorschriften, zoals het toezicht op de naleving van de Wtt en de Rib Wtt, in het algemeen onverlet.[261]

In artikel 5:10a Awb is bepaald dat degene die wordt verhoord, met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen (lid 1) en dat aan de betrokkene voor het verhoor wordt medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden (lid 2). Gekozen voor aansluiting bij het moment dat iemand wordt verhoord 'met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie', waarmee volgens De Poorter wordt aangesloten bij het strafrecht.[262] Met de woorden 'wordt verhoord' (artikel 5:10a lid 1 Awb) wordt aangegeven dat sprake is van een 'verhoor' met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete.[263] Volgens De Poorter blijkt hieruit dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding punitief af te doen en niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. Het zwijgrecht geldt derhalve alleen bij vragen die zijn gericht op bestraffing en niet bij vragen die zijn gericht op andere bestuurstaken.

Het zwijgrecht en de cautie

Naast het zwijgrecht is de zogenoemde cautie van belang, waarbij het gaat om de uitdrukkelijke mededeling aan de vermeende overtreder dat hij op de te stellen vragen geen antwoord behoeft te geven. Met de cautieplicht wordt aangesloten bij artikel 29 lid 2 Sv. De plicht om de cautie te geven geldt indien sprake is van een verhoor. Zij geldt in ieder geval bij een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. Blijkens de MvT van de Vierde Tranche van de Awb, is de achtergrond van de cautieplicht het ervaringsgegeven, dat van een mondelinge ondervraging een zekere psychische druk om te antwoorden kan uitgaan. Met de cautie wordt beoogd te voorkomen dat de ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan

256 Zie ook artikel 5:10a Awb, waarin het zwijgrecht en de cautie zijn neergelegd, evenals T&C Awb, artikelgewijs commentaar 5:10a Awb.

257 Zie: EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485 ('Funke') en EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 ('Saunders').

258 Zie onder andere: HR 17 februari 1987, *NJ* 1987, 951 en HR 23 juni 1993, BNB 1993/271. Zie ook: EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980, 561 (Deweer) en EHRM 15 juli 1982, Publ. ECHR Ser. A, Vol. 51 (Eckle).

259 Zie uitgebreid: A. Zeeman, *Zwijgen in het bestuurlijke boeterecht. Het Awb-zwijgrecht in het licht van nemo tenetur*, Tilburg: Celsus 2012.

260 T.C. Borman 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:20 AWB, aant. 4

261 J.C.A. de Poorter en P.J.J. van Buren 2011 (*T&C AWB*), artikel 5:10a AWB, aant. 2.

262 Idem, aant. 2.

263 Zie ook: *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 702, nr. 7, p. 41.

worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd.[264] Indien een verklaring wordt verkregen zonder dat de cautie is verleend, kan een verklaring niettemin aan het bewijs bijdragen indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld, dat wil zeggen 'niet in zijn verdediging is geschaad.'[265]

De vraag of hiervan sprake is – wat hier evenwel niet het geval was – speelde in de zaak van Van Baerle Trust Company (hierna: Van Baerle).[266] Van Baerle heeft (onder andere) aangevoerd dat haar ten onrechte geen cautie is gegeven tijdens een onderzoek[267] en dat haar dientengevolge geen bestuurlijke boete mag worden opgelegd. De rechtbank constateert dat sprake is van een vormverzuim, maar ziet aanleiding om dit verzuim onder toepassing van artikel 6:22 Awb[268] te passeren, waarbij de rechtbank overweegt dat 'Uit de motivering van het primaire en het bestreden besluit volgt dat aan de boeteoplegging uitsluitend ten grondslag ligt dat DNB bij raadpleging van de cliëntenacceptatiedossiers van de doelvennootschappen [F] en [G] heeft vastgesteld dat Van Baerle haar trustwerkzaamheden voor deze doelvennootschappen is gestart alvorens zij gedocumenteerd heeft vastgesteld wie de uiteindelijk belanghebbende was.' Ten aanzien van de verklaringen die zijn afgelegd tijdens het onderzoek waarbij de cautie had moeten worden verleend, stelt de rechtbank dat zij 'derhalve geen rol hebben gespeeld bij de vaststelling dat Van Baerle artikel 12, derde lid, van de Rib heeft overtreden.'[269] Volgens de rechtbank is Van Baerle dan ook niet in haar belangen geschaad door het niet geven van de cautie.

5.2.5.3 Toezicht op de naleving van de Wwft op basis van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft

In voorgaande subparagraaf zijn bevoegdheden uit Titel 5.2 'Toezicht op naleving' Awb besproken die aan DNB ter beschikking staan ter effectuering van het toezicht op de naleving van de Wtt. Onder dit toezicht valt onder andere het toezicht op de naleving van de verplichtingen die op grond van artikel 10 Wtt aan de integere bedrijfsvoering zijn gesteld, die zoals gezegd zijn uitgewerkt in de Rib Wtt. Eén van de hierin opgenomen bepalingen betreft de (hieronder nader te behandelen)[270] voorschriften met betrekking tot het procedurehandboek, te weten artikel 7 Rib Wtt. Op grond van deze bepaling dient het trustkantoor over een handboek te beschikken dat in de eerste plaats voorziet in procedures omtrent de naleving van regels bij of krachtens de Wtt, maar evenzeer omtrent de naleving van regels bij of krachtens de Wwft en de Sanctiewet 1977 (artikel 7 onderdeel a Rib Wtt). Het toezicht op de naleving van regels bij of krachtens laatstgenoemde Wwft en de Sanctiewet 1977 wordt in deze, respectievelijk navolgende subparagraaf behandeld.[271] De verplichtingen die op grond van beide wetten aan trustkantoren worden opgelegd, worden achtereenvolgens behandeld in subparagraaf 5.3.4 'De normstelling in de Wwft ten aanzien van trustkantoren' 5.3.5 'De normstelling in de Sanctiewet 1977 ten aanzien van trustkantoren', waarin de normstelling in deze wetten ten aanzien van trustkantoren wordt uitgediept.

Toezicht op basis van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft

Naast bovengenoemde toezichtbevoegdheid van DNB gericht op de integere bedrijfsvoering (artikel 10 Wtt) met betrekking tot de in het procedurehandboek opgenomen procedures omtrent de naleving van (onder andere) de Wwft (artikel 7 onderdeel a Rib Wtt), heeft de wetgever voorzien in

---

264 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 99.

265 Zie: HR 16 november 1982, *NJ* 1983 en HR 13 september 1988, *NJ* 1989, 454.

266 Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *AWB* 09/363 BC-T2.

267 Het onderzoek had plaats in het kader van een onderzoek als bedoeld in de zin artikel 9 Wtt, naar de voortdurende overtredingen door Van Baerle, zo stelde de rechtbank vast (zie: Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *AWB* 09/363 BC-T2, r.o. 2.5.6).

268 Artikel 6:22 Awb bepaalt dat een besluit waartegen bezwaar is gemaakt of beroep is ingesteld, kan, ondanks schending van een vormvoorschrift, door het orgaan dat op het bezwaar of beroep beslist, in stand worden gelaten indien blijkt dat de belanghebbende daardoor niet zijn benadeeld.

269 Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *AWB* 09/363 BC-T2, r.o. 2.5.6.

270 Zie nader hieronder subparagraaf 5.3.3.2.1 'Procedurehandboek en organisatieschema'.

271 Subparagraaf 5.2.5.3.3 'De meldingsplicht van het trustkantoor en de informatiebevoegdheid van DNB op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977'

toezichtbevoegdheden met betrekking tot de naleving van de Wwft. Onder andere indien het trustkantoren betreft, is deze bevoegdheid toebedeeld aan DNB. In artikel 1 lid 1 onder a van het Besluit aanwijzing toezichthouders Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Bat WFt) zijn op basis van de Wwft naast trustkantoren een aantal specifieke categorieën[272] aangewezen ten aanzien waarvan DNB[273] met het toezicht op de naleving van de Wwft is belast.[274]

Evenals de overige toezichthouders (op grond van artikel 1 lid 1 onderdeel b tot en met d Bat WFt zijn aangewezen) kan DNB, waar het betreft het toezicht op de naleving van de Wwft, gebruik maken van de haar toekomende bevoegdheden. Die toezichthoudende bevoegdheden bestaan in ieder geval uit de bevoegdheden van Afdeling 5.2 'Toezicht op naleving' (artikel 24 lid 4 Wwft).[275] De meeste van deze bevoegdheden zijn reeds behandeld in subparagraaf 5.2.5.2.2 (waarin het toezicht op de naleving van de Wtt op basis van de Awb is behandeld) te weten de bepalingen van Titel 5.2 die in artikel 9 lid 3 Wtt zijn genoemd in verband met de inlichtingenplicht van het trustkantoor op basis van laatstgenoemd artikel. Niet behandeld zijn: artikel 5:14, 5:18 en 5:19 Awb, aangezien deze bevoegdheden bij het toezicht op de naleving van de Wtt op basis van artikel 9 lid 3 Wtt niet van toepassing zijn. Het gaat achtereenvolgens om beperking bij wet of besluit van de aan de toezichthouder toekomende bevoegdheden (artikel 5:14 Awb); de bevoegdheid van de toezichthouder om zaken te onderzoeken, aan opneming te onderwerpen en daarvan monsters te nemen (artikel 5:18 Awb); en de bevoegdheid van de toezichthouder vervoermiddelen te onderzoeken 'met betrekking waartoe hij een toezichthoudende taak heeft' (artikel 5:19 Awb). De bevoegdheden op basis van laatstgenoemde drie artikelen staan DNB derhalve strikt genomen niet ter beschikking bij het toezicht op de naleving van de Wtt, maar wel bij het toezicht op de naleving van de Wwft.[276] Het toezicht op de naleving van de Wwft is bij trustkantoren in het bijzonder gericht op de meldplicht bij ongebruikelijke transacties (artikel 16 lid 1 Wwft). In subparagraaf 5.3.4 worden de verplichtingen van trustkantoren in het kader van de Wwft behandeld.

5.2.5.4 Toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977 op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977

Hierboven is de inlichtingenbevoegdheid van DNB besproken, evenals de medewerkingsplicht van de onder toezicht staande trustkantoren, als spiegelbeeld van de terzake geldende bevoegdheden van de toezichthouder. In aanvulling daarop kan worden gewezen op de meldplicht van trustkantoren jegens de toezichthouder op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977, evenals de hierin opgenomen

---

272 Het gaat volgens artikel 1 lid 1 Bat WFt om de instellingen die genoemd zijn in artikel 1 lid 1 onderdeel a onder 1° tot en met 5°, 10°, 16° en 17° Wwft, te weten achtereenvolgens: kredietinstellingen, financiële ondernemingen, geldtransactiekantoren, levensverzekeraars, trustkantoren, speelcasino's en creditcardmaatschappijen.

273 De bevoegdheid wordt in artikel 1 lid 1 Bat Wft toegekend aan 'De Nederlandsche Bank N.V., de werknemers van De Nederlandsche Bank N.V. met de functie van bedrijfsanalist, toezichthouder of toezichthouder-specialist alsmede de divisiedirecteuren en de afdelingshoofden van de organisatieonderdelen van De Nederlandsche Bank N.V.'

274 Naast bovenstaande instellingen die onder het toezicht van DNB vallen, wordt het toezicht op de naleving van de Wwft in artikel 1 lid 1 Bat WFt toebedeeld aan de volgende toezichthouders die op de navolgende instellingen toezicht houden: de AFM is verantwoordelijk voor het toezicht op beleggingsondernemingen, beleggingsinstellingen en financiële dienstverleners (artikel 1 lid 1 onderdeel b Bat WFt); het BFT is verantwoordelijk voor het toezicht op advocaten, notarissen, accountants, belastingadviseurs, bedrijfseconomische adviseurs en onafhankelijke juridische adviseurs (artikel 1 lid 1 onderdeel c Bat Wft); en de Belastingdienst Holland/Midden Unit MOT is verantwoordelijk voor het toezicht op makelaars en handelaars in grote waarde (artikel 1 lid 1 onderdeel d Bat WFt).

275 P.T.C. van Kampen, 'De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme', in: *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 173 e.v.

276 Uit de toelichting op artikel 9 Wtt wordt aangegeven dat een aantal bepalingen van Afdeling 5.2 van de Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard, maar wordt niet toegelicht waarom de bevoegdheden op basis van artikel 5:14, 5:18 en 5:19 Awb niet van toepassing zijn. *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 13.

informatiebevoegdheid van DNB jegens het trustkantoor.[277] Deze regeling is op 1 oktober 2005 in werking getreden[278] en de uitgangspunten van de regeling worden sindsdien op trustkantoren toegepast, hoewel de regeling bij aanvang formeel nog niet op trustkantoren van toepassing was.[279, 280]

Toezicht op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977
De kern van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 is dat de instellingen waarop deze regeling van toepassing is zelf de nodige maatregelen treffen in de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) om de naleving van de Sanctieregelgeving te waarborgen. Vanuit dit oogpunt hebben de AFM en DNB nadere regels opgesteld voor het toezicht op de naleving van de zogenoemde Sanctieregelgeving, op basis waarvan financiële instellingen en als gezegd ook trustkantoren hun administratie dienen te controleren op namen van personen en organisaties die op (internationale) sanctielijsten staan vermeld en waarvan zij de tegoeden dienen te bevriezen.[281] In dit kader hebben zij op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 een meldplicht evenals een bewaarplicht, waarbij tegenover laatstgenoemde plicht een informatiebevoegdheid aan DNB is toegekend. Deze verplichtingen van het trustkantoor worden als gezegd in subparagraaf 5.3.5 uitgediept. Deze bevoegdheden doen echter niet af aan de bevoegdheden van Afdeling 5.2 'Toezicht op naleving' die DNB op basis van de Sanctiewet 1977 heeft ten aanzien van trustkantoren (artikel 10 lid 2 jo lid 3 Sanctiewet 1977). De bevoegdheden van Afdeling 5.2 zijn in voorgaande subparagrafen reeds uitvoerig behandeld.

5.3 Verplichtingen van trustkantoren

5.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de verplichtingen van de trustkantoren behandeld, die zijn vastgelegd in de Wtt en in de Rib Wtt (met betrekking tot de bedrijfsvoering). Voor een belangrijk deel zijn deze verplichtingen reeds behandeld in de voorgaande subparagrafen van subparagraaf 5.2.5. Naast bovengenoemde categorie verplichtingen zijn er mijns inziens nog drie categorieën verplichtingen in de Wtt en de Rib Wtt te onderscheiden, namelijk: verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, verplichtingen in het kader van een door DNB gegeven aanwijzing en verplichtingen in het kader van uitwisseling van gegevens of inlichtingen.

Opbouw
Uit systematisch oogpunt is er voor gekozen om in onderhavige paragraaf alle verplichtingen van trustkantoren te bespreken. Dat betekent dat ook de verplichtingen die reeds in de voorgaande paragraaf reeds zijn behandeld in het kader van de uitvoering van het toezicht door DNB ook in onderhavige paragraaf worden meegenomen. Om overlap te voorkomen is er hier echter voor gekozen om bij deze verplichtingen te volstaan met een beperkte herhaling in de zin van een korte verwijzing. Voor de uitwerking van de norm zelf wordt daarbij derhalve verwezen naar voorgaande subparagraaf waarin deze is uitgewerkt.

---

277 Regeling van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank NV van 28 september 2005, houdende regels ten behoeve van de naleving door financiële instellingen van de bij of krachtens de Sanctiewet 1977 gestelde regels met betrekking tot het financieel verkeer (Regeling toezicht Sanctiewet 1977). *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21.

278 Zie artikel 7 Regeling toezicht Sanctiewet 1977.

279 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 1.2 Reikwijdte.

280 *Circulaire trusttoezicht*, DNB 23 december 2005, p. 2, waarin DNB stelt dat ofschoon de Regeling toezicht Sanctiewet 1977, in afwachting van technische wetsaanpassing terzake, formeel nog niet geldt voor trustkantoren, DNB bij het toezicht op trustkantoren sinds 1 oktober 2005 al de uitgangspunten van deze regeling hanteert.

281 *Persbericht*, DNB 3 oktober 2005, Nr. 2005/149.

5.3.2 De normstelling in de Wtt

Normstellingen: vier categorieën verplichtingen
De verplichtingen die in de Wtt aan trustkantoren worden opgelegd kunnen, zoals hierboven reeds opgemerkt, worden opgedeeld in vier categorieën. In de eerste plaats zijn er de bovengenoemde verplichtingen van trustkantoren in het kader van het door DNB uitgevoerde toezicht; deze worden behandeld in subparagraaf 5.3.2.1 'Verplichtingen in het kader van de uitoefening van het toezicht door DNB'. In de tweede plaats zijn er de verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en de administratieve organisatie en interne controle, deze worden besproken in subparagraaf 5.3.2.2 'Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC'. Benadrukt moet worden dat laatstgenoemde categorie de rapportage van deze verplichtingen betreft en dat de verplichtingen omtrent de bedrijfsvoering en de administratieve organisatie en interne controle zelf worden uitgewerkt in subparagraaf 5.3.3 'De Regeling integere bedrijfsvoering Wtt: normstelling met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren'. Als derde categorie zijn er de verplichtingen van het trustkantoor naar aanleiding van handhavend optreden door DNB, te weten in het geval DNB een aanwijzing aan het trustkantoor heeft gegeven. Deze verplichtingen worden besproken in subparagraaf 5.3.2.3 'Verplichtingen in het kader van een door DNB gegeven aanwijzing'. Tot slot zijn er de verplichtingen van het trustkantoor met betrekking tot de uitwisseling van gegevens of inlichtingen, deze worden behandeld in subparagraaf 5.3.2.4 'Verplichtingen in het kader van uitwisseling van gegevens of inlichtingen'. De normstelling in de hier besproken verplichtingen van trustkantoren is in de Wtt en de Rib Wtt uitgewerkt in de verbodsbepalingen en gebodsbepalingen die hierin zijn opgenomen.

Handhaving
Tegen het niet naleven van deze verbods- en gebodsbepalingen kan zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden opgetreden. Zo kan door de toezichthouder op basis van artikel 20 Wtt een last onder dwangsom of op basis van artikel 21 Wtt een bestuurlijke boete worden opgelegd, ter zake van overtreding van de in beide artikelen genoemde voorschriften. Sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2012 (per 1 juli 2012) gaat het hierbij om de voorschriften gesteld bij of krachtens: artikel 2 lid 1 tot en met lid 3 Wtt, artikel 2a lid 1 tot en met lid 3 Wtt, artikel 3 lid 3 Wtt, artikel 5 Wtt, artikel 9 lid 2 en lid 3, voor zover het betreft het voorschrift van artikel 5:20 Awb (te weten de medewerkingsplicht) en het voorschrift inzage te verlenen in zakelijke gegevens en bescheiden, artikel 10 Wtt, artikel 11 Wtt, artikel 14 lid 2 Wtt, artikel 16 lid 2 Wtt, artikel 24 lid 1 Wtt en artikel 25 lid 4 Wtt.[282] Ten aanzien van (het grootste deel van) deze bepalingen kan echter ook strafrechtelijk worden opgetreden, aangezien overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens bovengenoemde bepalingen op grond van artikel 1 onder 2° WED een 'economisch delict' oplevert.[283] Voor deze economische delicten geldt dat zij misdrijven zijn voor zover zij opzettelijk worden begaan en 'voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen' (artikel 2 lid 1 WED). Deze 'duale' handhaving staat als gezegd centraal in Hoofdstuk 6 'Duale handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector'.

5.3.2.1 Verplichtingen in het kader van de uitoefening van het toezicht door DNB
Onder de eerste categorie verplichtingen van trustkantoren in de Wtt, vallen de verplichtingen in het kader van de uitoefening van het toezicht door DNB. Deze verplichtingen zijn hierboven reeds

---

282 Zie nader paragraaf 5.4 'Bestuursrechtelijke handhaving van de Wtt en de Rib Wtt', waarin ook bestuursrechtelijke handhavingsinstrumenten als het geven van een aanwijzing (artikel 11 Wtt) openbaar maken van bepaalde feiten ('naming and shaming') in afwijking van de geheimhoudingsverplichting (artikel 31 Wtt).

283 In artikel 1 onder 2° WED wordt thans wordt nog verwezen naar de oude artikelen: artikelen 2 lid 1 en lid 3 tot en met lid 5, artikel 3 lid 3, artikel 5, artikel 9 lid 2 en lid 3, voor zover het betreft het voorschrift van artikel 5:20 Awb en het voorschrift inzage te verlenen in zakelijke gegevens en bescheiden, artikel 10, artikel 11, artikel 14 lid 2 en artikel 16 lid 2 Wtt. Het is mijns inziens evident dat deze opsomming abusievelijk niet is meegenomen in de wijzigingen die verband houden met de inwerkingtreding van de Wfm 2012.

besproken in subparagraaf 5.2.5 'Toezicht op trustkantoren door DNB'. In deze subparagraaf zijn de verbods- en gebodsbepalingen in het kader van de uitoefening van het toezicht door DNB reeds behandeld. Uit oogpunt van volledigheid wordt op deze plaats kort herhaald om welke verplichtingen het gaat. In de eerste plaats betreft het de verbodsbepalingen in verband met de vergunningplicht van artikel 2 lid 1 tot en met 3 Wtt en de gebodsbepalingen van artikel 2a lid 1 tot en met lid 3 Wtt, in verband met de naleving van aan een vrijstelling, ontheffing of groepsvergunning verbonden voorschriften en gestelde beperkingen. Daarnaast is het trustkantoor op basis van artikel 3 lid 3 Wtt gehouden de aan een vergunning verbonden voorschriften en gestelde beperkingen na te leven. Artikel 5 Wtt behelst de verplichtingen van het trustkantoor in verband met wijziging van gegevens en antecedenten, die kort gezegd neerkomen op de gebodsbepaling van de meldplicht aan de toezichthouder voorafgaand aan een wijziging van de gegevens betreffende de identiteit van bestuurders, commissarissen, (mede)beleidsbepalers en houders van een gekwalificeerde deelneming in het trustkantoor (artikel 5 lid 1 Wtt), de verbodsbepaling om een wijziging door te voeren indien DNB het voornemen daartoe afwijst (artikel 5 lid 2 Wtt), en de gebodsbepaling om het onverwijld schriftelijk aan de toezichthouder te melden indien zich een wijziging voordoet in de antecedenten van bovengenoemde personen (artikel 5 lid 3 Wtt). Tot slot kan worden gewezen op de medewerkingsplicht en de inlichtingenplicht, waaraan het trustkantoor op grond van artikel 9 lid 2 en lid 3 Wtt jo. artikel 5:20 Awb is gehouden.

5.3.2.2 Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC

De tweede categorie verplichtingen van trustkantoren, zijn de verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en de administratieve organisatie en de interne controle. De in dit kader te bespreken verplichtingen zijn opgenomen in artikel 10 Wtt en (voor wat betreft de genoemde verplichtingen in artikel 10 lid 1 Wtt) uitgewerkt in de Rib Wtt, te weten in de 'algemene voorschriften' alsmede in de 'specifieke voorschriften' met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren. Deze voorschriften worden nader uitgewerkt in subparagraaf 5.3.3. 'De Regeling integere bedrijfsvoering Wtt: normstelling met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren'. In onderhavige subparagraaf worden de verplichtingen van het hieraan ten grondslag liggende artikel 10 Wtt behandeld. Aangevangen wordt met de bespreking van de normstelling van het tweede lid van artikel 10 Wtt, welke gebodsbepaling luidt:

> *Een trustkantoor is verplicht binnen een door de toezichthouder te stellen redelijke termijn aan de toezichthouder desgevraagd een rapportage te zenden omtrent zijn bedrijfsvoering en administratieve organisatie en interne controle, waarbij de toezichthouder de wijze waarop de rapportage geschiedt bepaalt, evenals de periode waarop de rapportage betrekking heeft (artikel 10 lid 2 Wtt)*

Bovenstaande bepaling grijpt terug op het eerste lid van artikel 10 Wtt, op grond waarvan (in samenhang met artikel 1 van het Overdrachtsbesluit integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren)[284] DNB met het oog op een integere bedrijfsvoering van trustkantoren regels heeft opgesteld, die als gezegd zijn uitgewerkt in de Rib Wtt. In artikel 10 lid 1 Wtt is bepaald waaraan deze regels over de 'integere bedrijfsvoering', waaronder begrepen de administratieve organisatie (met inbegrip van de financiële administratie) en interne controle, dienen te voldoen. In hun algemeenheid schrijven deze regels voor dat de administratieve organisatie van het trustkantoor zodanig moet zijn ingericht, dat bepaalde informatie over de cliënt van het trustkantoor beschikbaar is, die dient opgenomen te worden in het cliëntenacceptatiedossier. Artikel 10 Wtt geeft daarmee inhoudelijk als wettelijke basis aan welke informatie het trustkantoor verplicht is aan te houden.[285]

---

284 Besluit van 7 februari 2004, houdende de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van regels met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Overdrachtsbesluit integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren). *Stb.* 2004, 57.

285 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 14.

Identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende
In de eerste plaats dient het trustkantoor de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende te kennen, dan wel te beschikken over informatie dat er geen uiteindelijk belanghebbende is (artikel 10 lid 1 onderdeel a Wtt). In het geval er geen uiteindelijk belanghebbende is dient de informatie waaruit deze constatering blijkt te worden opgenomen in het cliëntenacceptatiedossier. In de MvT van de Wtt wordt bovendien benadrukt dat constructies, waarbij het trustkantoor onder bepaalde omstandigheden aan een andere persoon kan verzoeken om de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende te geven ten behoeve van het toezicht, niet voldoen.[286] Deze verplichting is nader uitgewerkt in artikel 12 Rib Wtt, zie nader hieronder in subparagraaf 5.3.3.2.4 'Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende'.

Herkomst en bestemming van de gelden van de doelvennootschap
In de tweede plaats dient het trustkantoor kennis te hebben van de herkomst en de bestemming van de gelden van de doelvennootschap (artikel 10 lid 1 onderdeel b Wtt). Teneinde een goed beeld te krijgen van de rol die de doelvennootschap speelt in de concernstructuur, wordt het trustkantoor verplicht inzicht te hebben in de herkomst en de bestemming van de gelden van de doelvennootschap.[287] Deze verplichting is nader uitgewerkt in artikel 13 Rib Wtt, zie nader subparagraaf 5.3.3.2.5 'Kennis van herkomst van vermogen en van herkomst en bestemming van middelen van de doelvennootschap', waarbij tevens enkele onduidelijkheden met betrekking tot de reikwijdte van deze verplichting worden behandeld, zie nader over de knelpunten in de Wtt en de Rib Wtt, subparagraaf 5.3.3.2.4 'Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende'.

Relevante delen van de structuur en de groep waartoe de doelvennootschap behoort
In de derde plaats dient het trustkantoor kennis te hebben van de relevante delen van de structuur en de groep waartoe de doelvennootschap behoort (artikel 10 lid 1 onderdeel c Wtt). Ten aanzien van de reikwijdte van deze verplichting wordt in de MvT van de Wtt opgemerkt dat indien het om een grote multinationale onderneming gaat, het kan zijn dat een deel van de wereldwijde concernstructuur niet relevant is voor het Nederlandse toezicht. In het geval een uiteindelijk belanghebbende van de structuur kan worden aangewezen, zijn volgens de MvT in ieder geval relevant: de rechtspersonen of vennootschappen die zich in de concernstructuur tussen deze uiteindelijk belanghebbende en de doelvennootschap bevinden.[288] Deze verplichting is nader uitgewerkt in artikel 14 Rib Wtt, waarin tevens de navolgende verplichting voor het trustkantoor (artikel 10 lid 1 onderdeel d Wtt) is uitgewerkt. Voor beide zie nader subparagraaf 5.3.3.2.6 'Structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort en doel waarmee deze structuur is opgezet'.

Doel van de structuur
In de vierde plaats dient het trustkantoor kennis te hebben van het doel waarmee bovengenoemde structuur (bedoeld in artikel 1 onderdeel c Wtt) is opgezet (artikel 10 lid 1onderdeel d Wtt). De reden waarom voor de bestaande vormgeving van de structuur is gekozen dient bekend te zijn en kan volgens de MvT bovendien een beeld verschaffen van de functie van de doelvennootschap binnen de structuur.[289] Evenals voorgaande verplichting is deze verplichting uitgewerkt in artikel 14 Rib Wtt, zie voorgaande alinea.

Politiek prominente personen
In de vijfde plaats zijn verplichtingen met betrekking tot zogenaamde 'politiek prominente personen' ingevoegd[290] die met ingang van 1 augustus 2008, tegelijk met de Wwft, in werking zijn getreden.[291]

---

286 Idem, p. 14-15.
287 Idem, p. 15.
288 Idem, p. 15.
289 Idem, p. 15.
290 Wet van 15 juli 2008, houdende wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties ter uitvoering van richtlijn nr. 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (*PbEU* L 309) en ter uitvoering van richtlijn nr. 2006/70 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 1

Vanuit consistentie overwegingen is er voor gekozen om de verplichtingen omtrent politiek prominente personen ook in de Wtt op te nemen, aangezien de algemene identificatieverplichtingen voor trustkantoren al in de Wtt zijn opgenomen.[292] Het trustkantoor wordt in de eerste plaats verplicht over een op risico gebaseerd beleid te beschikken, om te bepalen of de uiteindelijk belanghebbende een politiek prominente persoon is (artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 1° Wtt). De 'risico georiënteerde benadering' is afkomstig van de 'derde witwasrichtlijn'[293], waarmee de mogelijkheid tot differentiatie in het cliëntenonderzoek wordt geïntroduceerd. Dat wil zeggen dat de intensiteit van de toepassing van het cliëntenonderzoek kan worden aangepast naar gelang het risico dat een bepaald type cliënt, relatie of transactie oplevert in verband met witwassen of financieren van terrorisme. De 'risico georiënteerde benadering' houdt in dat bij dienstverlening aan politiek prominente personen en andere gevallen waarin er een verhoogd risico op witwassen of terrorismefinanciering bestaat, een verscherpt cliëntenonderzoek dient plaats te vinden en voorts dat bij dienstverlening, die op dit terrein minder risico's oplevert, kan worden volstaan met een vereenvoudigd regime van maatregelen.[294] Voorts dient het trustkantoor de beslissing tot het aangaan van een relatie met een politiek prominent persoon te laten nemen of laten goedkeuren door personen die daartoe door het trustkantoor gemachtigd zijn (artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 2° Wtt), adequate maatregelen te treffen om de bron van het vermogen vast te stellen die bij de zakelijke relatie worden gebruikt (artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 3° Wtt) en doorlopende controle uit te oefenen op de zakelijke relatie (artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 1° Wtt). Laatstgenoemde drie verplichtingen vloeien voor uit artikel 13 lid 4 onder b van bovengenoemde Richtlijn, respectievelijk artikel 13 lid 4 onder c en artikel onder d van de Richtlijn, zie nader subparagraaf 4.7.4 'De Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering' met betrekking tot het verscherpt cliëntenonderzoek. De in artikel 10 lid 1 onderdeel e 1° tot en met 4° Wtt genoemde verplichtingen met betrekking tot politiek prominente personen zijn woordelijk overgenomen in artikel 15a Rib Wtt die sinds 19 mei 2009 in werking is getreden.[295] Laatstgenoemde bepaling wordt hieronder behandeld in subparagraaf 5.3.3.2.8 'Politiek prominente personen'.

Het verkopen van rechtspersonen
In de zesde plaats dient het trustkantoor bij de verkoop van rechtspersonen de identiteit van de koper en de houders van een gekwalificeerde deelneming in de koper te kennen (artikel 10 lid 1 onderdeel f Wtt). De MvT van de Wtt licht dat laatste toe door te stellen dat indien het trustkantoor ook een van de andere trustdiensten verleent aan de (groep van de) koper, de identiteit van de koper of van de houder van de gekwalificeerde deelneming in de koper dezelfde kan zijn als de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende. Bovengenoemde verplichting is uitgewerkt in artikel 15 Rib Wtt en wordt behandeld in subparagraaf 5.3.3.2.7 'Het verkopen van rechtspersonen'.

Het optreden als trustee
In de zevende plaats dient het trustkantoor als het als trustee optreedt naast de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende ook de identiteit te kennen van de insteller van de trust (artikel 10 lid 1 onderdeel g Wtt). Deze verplichting is uitgewerkt in artikel 16 Rib Wtt en wordt behandeld in subparagraaf 5.3.3.2.9 'Het optreden als trustee'.

---

augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigde klantenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten (*PbEU* L 214). *Stb.* 2008, 302.

291 *Stb.* 2008, 304.

292 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 237, nr. 3, p. 28.

293 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 309/15).

294 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 237, nr. 3, p. 28.

295 Zie Regeling van de Nederlandsche Bank N.V. van 29 april 2009, nr. Juza/2009/00660/jc, houdende wijziging van de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2009, 90.

De eerste twee gebodsbepalingen van artikel 10 lid 1 Wtt
Tot slot zijn aan het trustkantoor twee gebodsbepalingen gericht, die hieronder zijn opgenomen. In de eerste plaats wordt het aan het trustkantoor verboden om diensten te verlenen indien niet wordt voldaan aan bovengenoemde verplichting dat het trustkantoor de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende kent, dan wel beschikt over informatie waaruit blijkt dat er geen uiteindelijk belanghebbende is (artikel 10 lid 1 onderdeel a Wtt). In de tweede plaats wordt door het trustkantoor dat optreedt als verkoper van rechtspersonen verboden geen dienst verleend indien niet wordt voldaan aan de verplichting dat het trustkantoor de identiteit kent van de koper en de houders van een gekwalificeerde deelneming in de koper (artikel 10 lid 1 onderdeel f Wtt). Met betrekking tot de *overige* door het trustkantoor te verzamelen informatie (ingevolge de onderdelen b tot en met e en g) kan DNB een termijn stellen waarbinnen deze informatie in het cliëntdossier aanwezig dient te zijn. Indien niet kan worden voldaan aan de in dit artikel gestelde vereisten, kan het trustkantoor blijkens de MvT van de Wtt met 'andersoortige informatie' volstaan met het aannemelijk maken dat effectief aan de vereisten is voldaan.[296] De gebodsbepalingen die in artikel 10 Wtt ten aanzien van het trustkantoor zijn opgenomen, zijn als volgt opgesteld:

> *Door het trustkantoor wordt geen dienst verleend, indien niet wordt voldaan aan de verplichting van artikel 10 lid 1 onder a Wtt, die inhoudt dat het trustkantoor de identiteit kent van de uiteindelijk belanghebbende of over de informatie beschikt waaruit blijkt dat er geen uiteindelijk belanghebbende is (artikel 10 lid 1 onderdeel h jo onderdeel a Wtt)*
>
> *Door het trustkantoor wordt geen dienst verleend, indien niet wordt voldaan aan de verplichting van artikel 10 lid 1 onder f Wtt, die inhoudt dat het trustkantoor de identiteit kent van de koper en de houders van een gekwalificeerde deelneming in de koper, indien door het trustkantoor de dienst van het verkopen van rechtspersonen (als bedoeld in artikel 1 onderdeel d onder 3˚Wtt) wordt verleend (artikel 10 lid 1 onderdeel h jo onderdeel f Wtt)*

5.3.2.3 Verplichtingen in het kader van een door DNB gegeven aanwijzing
De derde categorie verplichtingen van trustkantoren hangt samen met een handhavingsmiddel van DNB, te weten het geven van een aanwijzing (artikel 11 Wtt).[297] Deze mogelijkheid is in het leven geroepen zodat niet onmiddellijk hoeft te worden overgegaan tot intrekking van de vergunning van het trustkantoor indien niet wordt voldaan aan de eisen van artikel 10 Wtt.[298] Het geven van een aanwijzing is derhalve een minder ingrijpend middel. Het trustkantoor is echter wel gehouden de aanwijzing om 'ten aanzien van met name aan te geven onderwerpen een bepaalde gedragslijn te volgen' en deze op te volgen binnen een door DNB te stellen termijn. Dat geldt evenzeer voor de bevoegde organen van het trustkantoor waaraan de aanwijzing kan zijn gegeven. De gebodsbepaling in verband met de het geven van een aanwijzing in artikel 11 lid 1 Wtt, luidt derhalve:

> *Het trustkantoor dan wel de bevoegde organen aan wie de aanwijzing is gegeven, volgt dan wel volgen deze op binnen een door de toezichthouder te stellen termijn (artikel 11 lid 1 Wtt)*

DNB kan een aanwijzing geven indien niet is voldaan aan de verplichtingen van artikel 5 lid 1 of lid 3 Wtt, of indien zich een 'omstandigheid' voordoet als bedoeld in artikel 6 onderdeel e Wtt. Deze verplichtingen houden voor wat betreft artikel 5 lid 1 Wtt in dat *vooraf* aan DNB een wijziging dient te worden gemeld inzake de identiteit of de antecedenten van bestuursleden, commissarissen,

---

296 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 3, p. 15.

297 Zie uitgebreid: A.B. Blomberg en L.J.J. Rogier, 'De plaats van de aanwijzing bij de handhaving van de Wet op het financieel toezicht', in: R.Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 67-83.

298 Idem, p. 15.

(mede)beleidsbepalers en houders van een gekwalificeerde deelneming (artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met c Wtt) of een wijziging inzake de (feitelijke of formele) zeggenschapsstructuur van de groep waartoe het trustkantoor behoort (artikel 3 lid 1 onderdeel d Wtt). Op basis van artikel 5 lid 3 Wtt is bepaald dat het *onverwijld* aan DNB dient te worden gemeld in het geval zich een wijziging in de antecedenten van bovengenoemde personen voordoet (genoemd in artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met c Wtt), dan wel in de gegevens met betrekking tot de naam, adres en de statutaire zetel van het trustkantoor (en indien van toepassing de naam en het adres van zijn bijkantoren), de voorziene bedrijfsvoering en de voorziene administratieve organisatie en interne controle van het trustkantoor en overige gegevens die voor de beoordeling van aanvraag volgens de toezichthouder van belang zijn geweest (artikel 3 onderdeel e tot en met f Wtt). Tot slot ziet de bovengenoemde omstandigheid bedoeld in artikel 6 onderdeel e Wtt op het geval de houder in gebreke blijft om te voldoen aan de verplichtingen, hem bij of krachtens deze wet opgelegd (6 onderdeel e Wtt).

Artikel 11 lid 2 Wtt: de Wfm 2012 en de introductie van de geschiktheidstoets
Per 1 juli 2012 wordt artikel 11 lid 2 Wtt gewijzigd vanwege de inwerkingtreding van de Wfm 2012 en voorts door de introductie van de geschiktheidseis.[299] Voor laatstgenoemde wijziging werd in artikel 11 lid 2 Wtt bepaald dat DNB een aanwijzing kon geven die inhield dat de bovengenoemde personen (bestuursleden, commissarissen, (mede)beleidsbepalers en houders van een gekwalificeerde deelneming, als bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdelen a tot en met c Wtt) het beleid van een trustkantoor niet meer konden bepalen of mede bepalen. Deze aanwijzing werd gegeven in het geval de deskundigheid of betrouwbaarheid van deze personen niet langer buiten twijfel stond. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 en de hierop volgende introductie van de geschiktheidseis, is ten aanzien van bovengenoemde personen bepaald dat indien de 'geschiktheid' niet langer buiten twijfel staat of de deskundigheid niet langer voldoende is, DNB aan het trustkantoor een aanwijzing kan geven met betrekking tot de bestuursleden, commissarissen, (mede)beleidsbepalers (als bedoeld in artikel 3 onderdelen a en b Wtt) dat deze personen het beleid niet meer kunnen bepalen of mede bepalen (artikel 11 lid 2 onderdeel a Wtt). Voorts wordt in de nieuwe regeling ten aanzien van de (mede)beleidsbepalers en houders van een gekwalificeerde deelneming (als bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdeel c Wtt) bepaald dat DNB een aanwijzing kan geven om binnen een door DNB gestelde redelijke termijn ten aanzien van een in de aanwijzingsbeschikking een bepaalde gedragslijn te volgen (artikel 11 lid 2 onderdeel b Wtt). Onder het begrip 'geschikt' vallen als besproken de elementen kennis, ervaring, vaardigheden en professioneel gedrag.[300] Zie met betrekking tot de introductie van de geschiktheidseis, hierboven: subparagraaf 5.2.5.2.1.2 'Vereisten voor een vergunning: artikelen 3 tot en met 5 Wtt, onder het kopje 'Artikel 4 onderdeel b Wtt en de introductie van de geschiktheidseis'.

5.3.2.4 Verplichtingen in het kader van uitwisseling van gegevens of inlichtingen
De vierde categorie van verplichtingen van trustkantoren hangt samen met de bepalingen inzake de uitwisseling van gegevens of inlichtingen, die zijn vermeld in het vierde hoofdstuk van de Wtt, met als titel 'Bepalingen inzake uitwisseling van gegevens of inlichtingen'. Het gaat achtereenvolgens om de inlichtingenplicht van artikel 14 lid 2 Wtt en de medewerkingsplicht op basis van artikel 14 lid 2 Wtt. Beide gebodsbepalingen zijn op trustkantoren van toepassing.

De gebodsbepaling in verband met de inlichtingenplicht van artikel 14 luidt:

> *Degene aan wie gegevens of inlichtingen als bedoeld in artikel 14 lid 1 Wtt worden gevraagd, verstrekt deze gegevens of inlichtingen binnen een door de toezichthouder te stellen termijn (artikel 14 lid 2 Wtt)*

---

299 Zoals hierboven reeds ter sprake is gekomen treden de Wfm 2012 en de wijzigingswet (Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheidstoets en de betrouwbaarheidstoets) beide op 1 juli 2012 in werking.

300 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 786, nr. 3, p. 14.

De in artikel 14 lid 1 Wtt bedoelde 'gegevens of inlichtingen' worden door DNB verworven ten behoeve van een instantie, die werkzaam is in een Staat die met Nederland partij is bij een verdrag of die met Nederland valt onder eenzelfde bindend besluit van een volkenrechtelijke organisatie en die in die Staat is belast met de uitvoering van wettelijke regelingen inzake het toezicht op financiële markten. DNB verwerft deze 'gegevens of inlichtingen' ter uitvoering van verdragen tot uitwisseling van gegevens of inlichtingen dan wel ter uitvoering van bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties met betrekking tot toezicht op financiële markten of op natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen die op die markten werkzaam zijn. Zij worden door DNB verkregen door inlichtingen te vragen of een onderzoek in te (doen) stellen bij ieder ingeschreven trustkantoor dat ingevolge de Wtt onder zijn toezicht valt, dan wel bij een ieder waarvan redelijkerwijs kan worden vermoed dat hij over inlichtingen of gegevens beschikt die van belang kunnen zijn voor de uitvoering van de wettelijke regelingen als hierboven genoemd (artikel 14 lid 1 Wtt). Het hier bedoelde verzoek om inlichtingen of in te stellen onderzoek kan derhalve naast trustkantoren ook tot natuurlijke personen worden gericht, waarbij het criterium is dat 'redelijkerwijs kan worden vermoed' dat deze over inlichtingen beschikt die 'van belang kunnen zijn voor de uitvoering van de wettelijke regelingen als hiervoor bedoeld' (artikel 14 lid 2 Wtt). Op basis van artikel 16 lid 1 Wtt kan DNB toestaan dat een functionaris van een buitenlandse instantie (als bedoeld in artikel 14 lid 1 Wtt) deelneemt aan de uitvoering van het (in artikel 14 lid 1 Wtt genoemde) verzoek. Degene bij wie dit verzoek is ingesteld – dit kan als gezegd een trustkantoor zijn – is verplicht hieraan mee te werken (artikel 16 lid 2 Wtt). In het kader van de hier te behandelen verplichtingen voor trustkantoren, levert de in artikel 16 lid 2 Wtt vastgelegde medewerkingsplicht voor trustkantoren de volgende gebodsbepaling op:

> *Degene bij wie een onderzoek als bedoeld in artikel 14 lid 1 Wtt wordt ingesteld verleent aan de buitenlandse instantie als bedoeld in artikel 16 lid 1 Wtt alle medewerking die nodig is voor een goede uitvoering van dat onderzoek (artikel 16 lid 2 Wtt)*

Indien degene bij wie het onderzoek wordt ingesteld *niet* onder toezicht staat, bepaalt artikel 16 lid 2 Wtt echter dat deze slechts gehouden is tot het verlenen van inzage in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 16 lid 2 Wtt). Deze plicht strekt beduidend minder ver dan 'het verlenen van alle medewerking die nodig is voor een goede uitvoering van dat onderzoek', zoals op basis van laatstgenoemd artikellid op trustkantoren van toepassing is.

5.3.3 De Regeling integere bedrijfsvoering Wtt: normstelling met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren

DNB heeft als gezegd[301] op grond van artikel 10 lid 1 Wtt en artikel 1 van het Overdrachtsbesluit integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren[302] de bevoegdheid aan trustkantoren bindende regels op te leggen, met het oog op een integere bedrijfsvoering, waaronder begrepen de administratieve organisatie en interne controle (AO/IC). Op basis van deze bevoegdheid heeft DNB de Rib Wtt opgesteld. Bij de behandeling van de verplichtingen van trustkantoren in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering (in bovenstaande subparagraaf 5.3.2.2), is reeds ter sprake gekomen ten aanzien van welke onderdelen DNB de bevoegdheid heeft deze bindende regels op te stellen. Achtereenvolgens zijn in dit kader (kortweg) de navolgende verplichtingen van trustkantoren genoemd, die inhouden dat: het trustkantoor de identiteit kent van de uiteindelijk belanghebbende, dan

---

301 Zie ook hierboven subparagraaf 5.3.2.2 'Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC'.

302 Besluit van 7 februari 2004, houdende de overdracht van de bevoegdheid tot het stellen van regels met het oog op een integere bedrijfsvoering door trustkantoren (Overdrachtsbesluit integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren). Stb. 2004, 57. Artikel 1 van het Overdrachtsbesluit luidt: 'De toezichthouder is bevoegd om met het oog op een integere bedrijfsvoering aan trustkantoren regels te stellen als bedoeld in artikel 10, eerste lid, van de Wet toezicht trustkantoren.'

wel over informatie beschikt waaruit blijkt dat er geen uiteindelijk belanghebbende is (artikel 10 lid 1 onderdeel a Wtt); het trustkantoor kennis heeft van de herkomst en de bestemming van de gelden van de doelvennootschap (artikel 10 lid 1 onderdeel b Wtt); het trustkantoor kennis heeft van de relevante delen van de structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort (artikel 10 lid 1 onderdeel c Wtt); het trustkantoor kennis heeft van het doel waarmee de structuur (in artikel 10 lid 1 onderdeel c Wtt bedoeld) is opgezet (artikel 10 lid 1 onderdeel d Wtt); het trustkantoor kortweg de benodigde (identificatie)verplichtingen ten aanzien van 'politiek prominente personen' heeft ingevoerd (artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 1° tot en met 4° Wtt); het trustkantoor de identiteit kent van de koper en van de houders van een gekwalificeerde deelneming in de koper, indien het optreedt als verkoper van rechtspersonen (als bedoeld in artikel 1 onderdeel d onder 3° Wtt) (artikel 10 lid 1 onderdeel f Wtt); het trustkantoor de identiteit kent van de insteller van de trust in de zin van het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, indien het trustkantoor optreedt als trustee (artikel 10 lid 1 onderdeel g Wtt) en tot slot de verplichting dat door het trustkantoor geen dienst wordt verleend indien niet aan bovengenoemde vereisten in artikel 10 lid 1 onderdelen a of f Wtt wordt voldaan.

Rib Wtt: uitwerking en handhaving van de normstelling van artikel 10 lid 1 Wtt
De normstelling in bovenstaande verplichtingen is uitgewerkt in de Rib Wtt. In deze regeling wordt een kader geschetst voor een integere bedrijfsvoering en wordt een aantal specifieke eisen gesteld, die zijn toegespitst op de diensten die een trustkantoor verleent en de specifieke risico's die hieraan zijn verbonden. Het bestuur van het trustkantoor is vervolgens voor de integere bedrijfsvoering verantwoordelijk, waartoe zij procedures, regels en normen dient op te stellen en bovendien dient te zorgen voor de inbedding daarvan in het volledige bedrijfsproces en de controle op de realisatie en naleving daarvan.[303] Onder 'integere bedrijfsvoering' wordt in de Rib Wtt verstaan 'een zodanige sturing van de organisatie van het trustkantoor en inrichting van processen van en met betrekking tot het trustkantoor dat integriteitsrisico's worden beheerst' (artikel 2 onderdeel c Rib Wtt). Het 'integriteitsrisico', dat beheerst dient te worden, wordt 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' (artikel 2 onderdeel d Rib Wtt). Bij de invulling van dit begrip is blijkens de toelichting van de Rib Wtt aangesloten bij de naleving van wettelijke verplichtingen, zodat een concrete en toetsbare norm is gesteld. De hier bedoelde 'aantasting van de reputatie van het trustkantoor of van de financiële markten' door een onvoldoende naleving van deze verplichtingen, is niet beperkt tot het handelen van het trustkantoor zelf, maar omvat ook gedragingen van personeelsleden van het trustkantoor, de doelvennootschappen en van derden die deze reputatie schaden.[304]

De handhaving van de in de Rib Wtt uitgewerkte verplichtingen kan, evenals bij de handhaving van de hierboven behandelde verplichtingen van trustkantoren die in de Wtt zijn opgenomen, zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijke geschieden. De toezichthouder kan een last onder dwangsom (artikel 20 Wtt) of een bestuurlijke boete (artikel 21 Wtt) opleggen ter zake van overtreding van de voorschriften gesteld bij of krachtens artikel 10 Wtt, waarop de Rib Wtt is gebaseerd. Tegen een overtreding van de Rib Wtt kan eveneens strafrechtelijk worden opgetreden, aangezien volgens artikel 1 onder 2° WED overtreding van de voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel 10 Wtt een 'economisch delict' oplevert en de Rib Wtt als een voorschrift moet worden aangemerkt dat bij of krachtens artikel 10 Wtt is gesteld. Naast de uitwerking van bovengenoemde verplichtingen die in artikel 10 lid 1 Wtt zijn genoemd, worden in de Rib Wtt nog enkele gebods- en verbodsbepalingen genoemd. De verplichtingen worden achtereenvolgens behandeld in subparagraaf 5.3.3.2 'Algemene voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren' en 5.3.3.3 'Specifieke voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren', waar toepasselijk zal worden verwezen naar de genoemde bepalingen van artikel 10 lid 1 Wtt.

---

303 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p.4, Algemene toelichting, 'Integere bedrijfsvoering'.
304 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p.4, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 1 en 2.

5.3.3.1 Algemene voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren

In hoofdstuk 2 van de Rib Wtt zijn de algemene voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren opgenomen. Zij geven regels met betrekking tot de taken en verantwoordelijkheden van het trustkantoor, alsmede met betrekking tot vermogensscheiding, die inhoudt dat het trustkantoor zorg dient te dragen voor een volledige (fysieke) scheiding tussen vermogensbestanddelen die aan verschillende cliënten of doelvennootschappen toebehoren. Dat geldt evenzeer ten aanzien van de eigen vermogensbestanddelen van het trustkantoor.[305] Genoemde bepalingen zijn ondergebracht in twee onderdelen, te weten het onderdeel 'Taken en verantwoordelijkheden voor het bestuur' (subparagraaf 5.3.3.1.1) en het onderdeel 'Vermogensscheiding' (subparagraaf 5.3.3.1.1). Beide onderdelen worden hieronder in gelijknamige subparagrafen behandeld.

5.3.3.1.1 Taken en verantwoordelijkheden voor het bestuur

De algemene regels met betrekking tot de taken en verantwoordelijkheden van het bestuur van een trustkantoor zijn gegeven in artikel 3 tot en met 5 van de Rib Wtt, in de afdeling 'Taken en verantwoordelijkheden voor het bestuur'. Artikel 3 aanhef en onderdeel a Rib Wtt vormt de basis van de integere bedrijfsvoering, waarbij de verantwoordelijkheid hiervoor wordt gelegd bij het bestuur van het trustkantoor. De gebodsbepaling van artikel 3 aanhef en onderdeel a Rib Wtt luidt:

> *Het bestuur is belast met de dagelijkse leiding over de activiteiten van het trustkantoor en draagt zorg voor: een integere bedrijfsvoering (artikel 3 aanhef en onder a Rib Wtt)*

Op deze wijze wordt de zorgplicht van de instelling toegerekend aan het bestuur. Het bestuur dient de risico's die door het trustkantoor worden gelopen vast te stellen en maatregelen te stellen ter beheersing van deze risico's. Het gaat hierbij onder meer om het risico dat het trustkantoor (ongewild of onwetend) wordt gebruikt voor activiteiten die de reputatie van het trustkantoor en (daarmee) de reputatie van de integriteit van de gehele financiële sector aantasten, zoals het witwassen van geld, financiering van terrorisme, handel met voorwetenschap of benadeling van derden. Bovendien dient het bestuur concrete en duidelijke normen ten aanzien van de cliënten van het trustkantoor te stellen, dit laatste ter waarborging van een integere bedrijfsvoering bij de acceptatie van cliënten en bij de voortzetting van dienstverlening.[306]

> *Het bestuur is belast met de dagelijkse leiding over de activiteiten van het trustkantoor en draagt zorg voor: de naleving van hetgeen in deze regeling is bepaald (artikel 3 aanhef en onder b Rib Wtt)*

Voorts is in deze afdeling een gebodsbepaling opgenomen op grond waarvan het bestuur maatregelen dient te treffen ter beheersing van bovengenoemde risico's:

> *Het bestuur treft maatregelen ter bewustwording, bevordering en handhaving van integer handelen binnen de organisatie van het trustkantoor (artikel 4 Rib Wtt)*

Tot slot wordt in deze afdeling een gebodsbepaling opgenomen die voor een belangrijk deel in andere bepalingen van de Rib Wtt is uitgewerkt, maar waarin de verantwoordelijkheid voor de uitvoering daarvan bij het bestuur wordt gelegd:

> *Het bestuur draagt zorg voor een deugdelijke administratie (artikel 5 Rib Wtt)*

---

305 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 6.

306 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 4-5, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 3, 4 en 5.

5.3.3.1.2 Vermogensscheiding

Het tweede onderdeel van hoofdstuk 2 betreffende de algemene voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering, bestaat uit één artikel, te weten artikel 6 Rib Wtt. Hierin is als gezegd vastgelegd dat een trustkantoor zorg draagt voor volledige (fysieke) scheiding tussen de vermogensbestanddelen die aan verschillende cliënten of doelvennootschappen toebehoren. Blijkens de toelichting geldt dit evenzeer ten aanzien van het eigen vermogen van het trustkantoor; ook eigen vermogensbestanddelen van een trustkantoor mogen niet vermengd worden met vermogen van cliënten of doelvennootschappen.[307] Het bovenstaande is vastgelegd in de gebodsbepaling van artikel 6 Rib Wtt, die luidt:

> *Het trustkantoor treft met betrekking tot gelden of geldswaarden van doelvennootschappen of derden die door het trustkantoor worden beheerd, maatregelen om de rechten van die doelvennootschappen of derden te beschermen (artikel 6 Rib Wtt)*

In de toelichting wordt uitgelegd dat bovenstaande bepaling geen voorschriften beoogt te stellen met betrekking tot de tekeningsbevoegdheid ten aanzien van bankrekeningen van doelvennootschappen evenals met betrekking tot de mogelijkheid gelden in 'escrow' te geven aan het trustkantoor, mits bij dergelijke faciliteiten voor afdoende scheiding met vermogensbestanddelen van het trustkantoor wordt zorggedragen.[308]

5.3.3.2 Specifieke voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering van trustkantoren

In hoofdstuk 3 van de Rib Wtt zijn de specifieke voorschriften met betrekking tot de bedrijfsvoering opgenomen. Deze voorschriften zien op specifieke onderwerpen, die in het hoofdstuk achtereenvolgens in de navolgende onderdelen zijn opgenomen, te weten in de onderdelen: 'Procedurehandboek en organisatieschema' (artikel 7 Rib Wtt); 'Procedures inzake personeelsleden' (artikel 8 Rib Wtt); 'Beoordeling van externe personeelsleden en het verstrekken van inlichtingen over (voormalige) personeelsleden' (artikel 9 en 10 Rib Wtt); 'Procedures inzake incidenten' (artikel 11 Rib Wtt); 'Vaststelling van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende' (artikel 12 Rib Wtt); 'Kennis van herkomst van vermogen en bestemming van middelen van de doelvennootschap' (artikel 13 Rib Wtt); 'Structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort en doel waarmee deze structuur is opgezet' (artikel 14 Rib Wtt); 'Het verkopen van rechtspersonen' (artikel 15 Rib Wtt); 'Optreden als trustee' (artikel 16 Rib Wtt); 'Gegevens met betrekking tot het trustkantoor' (artikel 17 Rib Wtt) en 'Cliëntenacceptatiedossiers' (artikel 18 Rib Wtt). De in bovenstaande onderdelen opgenomen specifieke voorschriften ten aanzien van de bedrijfsvoering van trustkantoren zijn de uitwerking van de verplichtingen die in subparagraaf 5.3.2.2 'Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC' reeds ter sprake zijn gekomen bij de behandeling van artikel 10 lid 1 Wtt. Derhalve wordt bij onderstaande bespreking steeds terugverwezen naar het onderdeel van artikel 10 lid 1 Wtt waarvan de te behandelen voorschriften een uitwerking zijn.

5.3.3.2.1 Procedurehandboek en organisatieschema

Een van de vereisten voor het verkrijgen van een vergunning is dat het trustkantoor de door haar 'voorziene bedrijfsvoering, waaronder begrepen de maatregelen gericht op het bevorderen en handhaven van een integere bedrijfsvoering, en de voorziene administratieve organisatie en interne controle' (artikel 3 lid 1 onderdeel f Wtt), oftewel een zogeheten 'procedurehandboek', overlegt. DNB zal met betrekking tot dit vereiste alleen een vergunning verlenen, indien hij van oordeel is dat, gelet op hetgeen het trustkantoor terzake bij de aanvraag heeft overlegd, zij in staat zal zijn te voldoen aan de op grond van artikel 10 Wtt te stellen regels (artikel 4 onderdeel d Wtt).

---

307 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 6.

308 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 6.

Voorschriften met betrekking tot het procedurehandboek
In artikel 7 Rib Wtt zijn deze voorschriften met betrekking tot het 'procedurehandboek' beschreven, waaronder in de Rib Wtt wordt verstaan 'de schriftelijke vastlegging van uitgangspunten ter beheersing van integriteitsrisico's uitgewerkt in organisatorische en administratieve procedures en maatregelen' (artikel 1 onderdeel h Rib Wtt). Het trustkantoor dient over een actueel procedurehandboek te beschikken, dat in ieder geval voorziet in de navolgende onderwerpen. In de eerste plaats: procedures omtrent de naleving van de bij of krachtens de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977 gestelde regels (artikel 7 lid 1 onderdeel a Rib Wtt).[309] In de tweede plaats dient het procedurehandboek te voorzien in een zodanige vastlegging van taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden van bestuur en personeelsleden dat functiescheiding aanwezig is tussen de functies met een uitvoerend en controlerend karakter (artikel 7 lid 1 onderdeel b Rib Wtt). Anders dan de hieronder te bespreken onderdelen c tot en met e van artikel 7 lid 1 Rib Wtt, zijn de voorschriften van onderdelen a en b Rib Wtt niet nader uitgewerkt in de Rib Wtt. De gedachte is dat het wettelijk kader, genoemd in artikel 7 lid 1 onderdeel a Rib Wtt reeds afdoende houvast biedt voor de uitwerking in een procedurehandboek. Hoewel in artikel 7 lid 1 onderdeel b Rib Wtt een dergelijk kader ontbreekt, wordt ook ten aanzien van de vastlegging in dit onderdeel in de toelichting gezegd dat deze geen nadere specificatie in de regeling zou behoeven. Volledigheidshalve wordt hierbij echter wel aangetekend dat het met betrekking tot onderdeel b in de praktijk in bepaalde gevallen echter wel mogelijk is dat controlerende taken binnen het trustkantoor worden uitgevoerd door een personeelslid dat ook uitvoerende taken binnen het trustkantoor heeft, in welk geval er een duidelijke scheiding dient te zijn tussen de dossiers waarbij uitvoerende of controlerende taken worden verricht. Voorts kan de beperkte omvang van een trustkantoor aan een scheiding tussen de uitvoerende en controlerende taken in de weg staan, in welke gevallen een zodanige oplossing dient te worden gezocht dat niettemin in een (materiële) scheiding tussen uitvoerende en controlerende taken wordt voorzien. Hierbij kan volgens de toelichting worden gedacht aan samenwerking tussen trustkantoren waarbij controlerende taken worden uitbesteed of aan intensieve betrokkenheid van een externe accountant bij controlerende taken.[310] Niet alle vereisten die aan het procedurehandboek in artikel 7 lid 1 Rib worden gesteld, zijn in het artikel zelf uitgewerkt.

De overige voorschriften, genoemd in artikel 7 lid 1 onderdelen c tot en met e Rib Wtt, zijn nader uitgewerkt in nadere bepalingen in de regeling. Ingevolge artikel 7 lid 1 onderdeel c Rib Wtt dient het procedurehandboek te voorzien in procedures met betrekking tot de omgang met eisen aan personeelsleden in een integriteitsgevoelige functie. De gedachte achter de nadere uitwerking van dit onderdeel in artikel 8 van de Rib Wtt is dat de invulling van deze procedures slechts in beperkte mate afhankelijk is van de organisatie van het trustkantoor. Op basis van dezelfde redenering is er eveneens voor gekozen om het vereiste van onderdeel d, te weten dat het procedurehandboek voorziet in procedures met betrekking tot incidenten (artikel 7 lid 1 onderdeel d Rib Wtt), uit te werken in artikel 11 Rib Wtt.[311] Tot slot dient het procedurehandboek op grond van onderdeel e te voorzien in procedures met betrekking tot de interne controle op basis waarvan kan worden vastgesteld dat het trustkantoor zijn activiteiten uitvoert in overeenstemming met het in de Wtt en de Rib Wtt bepaalde en met hetgeen in het procedurehandboek met betrekking tot (bovengenoemde) onderdelen a tot en met d is vastgelegd (artikel 7 lid 1 onderdeel e Rib Wtt). Volgens de toelichting kunnen deze procedures met betrekking tot de interne controle van het trustkantoor 'gemakshalve en ter besparing van administratieve lasten' in het procedurehandboek worden vastgelegd.[312] Wat daar ook van zij, duidelijk zal zijn dat het trustkantoor bovenal op grond van het bovenstaande verplicht is deze procedures in het procedurehandboek vast te leggen. Het trustkantoor draagt er vervolgens zorg voor, dat het procedurehandboek binnen de organisatie bekend is en wordt nageleefd (artikel 7 lid 2 Rib Wtt).

---

309 Artikel 7 onderdeel a Rib Wtt is aangepast met de inwerkingtreding van de Regeling van de Nederlandsche Bank N.V. van 29 april, nr. Juza/2009/00660/jc, houdende wijziging van de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren. *Stcrt.* 2009, 90, p. 1.

310 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 7, 8, 9, 10 en 11.

311 Idem, p. 5.

312 Idem, p. 5.

5.3.3.2.2 Procedures inzake personeelsleden

Personeelsleden in een integriteitsgevoelige functie
Het vereiste in artikel 7 lid 1 onderdeel c Rib Wtt, dat het procedurehandboek dient te voorzien in procedures met betrekking tot de omgang met en eisen aan personeelsleden in een 'integriteitsgevoelige functie', is uitgewerkt in artikel 8 Rib Wtt. In laatstgenoemd artikel is bepaald dat deze procedures de betrouwbaarheid dienen te waarborgen van een personeelslid dat het trustkantoor voornemens is in een integriteitsgevoelige functie te benoemen of te benoemen in een integriteitsgevoelige functie van een hoger niveau. Het trustkantoor dient zelf 'objectieve, kenbare criteria' te hanteren om een functie als zodanig te kwalificeren (artikel 8 lid 3 Rib Wtt). De in bovengenoemd artikel 7 lid 1 onderdeel c Rib Wtt bedoelde procedures verplichten het trustkantoor volgens artikel 8 lid 1 Rib Wtt ten minste tot: a. het controleren van de identiteit van de betrokkene; b. het controleren van de door betrokkene verstrekte gegevens en referenties op juistheid en volledigheid; c. het maken van een onderbouwde inschatting van de betrouwbaarheid van betrokkene en een beoordeling daarvan in relatie tot het bekleden van een integriteitsgevoelige functie op een gegeven niveau (artikel 8 lid 1 Rib Wtt). Dat aan deze vereisten wordt voldaan dient bovendien te blijken uit de administratie van het trustkantoor, die zodanig moet worden gevoerd dat uit het dossier van een in een integriteitsgevoelige functie benoemd personeelslid blijkt dat aan deze vereisten is voldaan (artikel 8 lid 2 Rib Wtt).

Beoordeling van externe personeelsleden en het verstrekken van inlichtingen over (voormalige) personeelsleden
In artikelen 9 en 10 Rib Wtt zijn bepalingen opgenomen terzake van de beoordeling van externe personeelsleden (artikel 9 Rib Wtt), respectievelijk het verstrekken van inlichtingen over (voormalige) personeelsleden (artikel 10 Rib Wtt). Artikelen 9 en 10 Rib Wtt sluiten in hoofdlijnen aan op artikel 4 respectievelijk artikel 5 van de Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars.[313] Op basis van artikel 9 lid 1 Rib Wtt is het trustkantoor verantwoordelijk voor de beoordeling van de betrouwbaarheid van degene die zich jegens het trustkantoor verbindt om anders dan op grond van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden in een integriteitsgevoelige functie te verrichten. Deze beoordeling van de betrouwbaarheid kan het trustkantoor overlaten aan de werkgever van de betrokkene, indien is voldaan aan de voorwaarden dat: a. het trustkantoor inzicht heeft in de administratieve en organisatorische procedures en maatregelen van de betrokken werkgever en heeft vastgesteld dat deze geen afbreuk doen aan de eigen administratieve en organisatorische procedures en maatregelen; en b. het trustkantoor zich door middel van contractuele voorwaarden het recht voorbehoudt dat door of namens het trustkantoor een onderzoek wordt ingesteld naar de mate van naleving van de gedelegeerde werkzaamheden (artikel 9 lid 2 Rib Wtt). Onder alle omstandigheden controleert het trustkantoor zelf de identiteit van de betrokkene als bedoeld in artikel 9 lid 1 Rib Wtt (artikel 9 lid 3 Rib Wtt). Artikel 9 Rib Wtt sluit als gezegd aan bij artikel 4 van genoemde Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars. In de toelichting van laatstgenoemd artikel wordt onderschreven dat de toetsing van externe personeelsleden waarvan de instelling voornemens is deze werkzaam te laten zijn in een integriteitsgevoelige functie door de instelling kan worden overgelaten aan de echte werkgever van de medewerker, maar dat dit gebonden is aan strikte voorwaarden, die overeenkomen met genoemde voorwaarden van artikel 9 lid 2 Rib Wtt. Bij de voorwaarde in artikel 4 lid 2 onderdeel b van de Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars (welke als gezegd het equivalent vormt van artikel 9 lid 2 onderdeel b Rib Wtt), inhoudende dat de instelling zich het recht voorbehoudt dat door of namens de instelling een onderzoek wordt ingesteld naar hoe de andere partij invulling geeft aan de beoordeling,

---

313 Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. en de Pensioen- & Verzekeringskamer ingevolge de artikelen 22a en 30ca Wet toezicht kredietwezen 1992, de artikelen 70a en 98a Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993 en artikel 31a Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf in verband met artikel 3, derde lid, en artikel 7 van het Besluit van 10 oktober 2003 (Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars), Stb. 2003, 396, met betrekking tot integriteitsgevoelige functies. *Stcrt.* 2003, 248/pag. 58.

kan de toezichthouder volgens de toelichting onder omstandigheden en in goed overleg een rol spelen.[314]
Artikel 10 Rib Wtt betreft het verstrekken van inlichtingen over (voormalige) personeelsleden. Artikel 10 lid 1 Rib Wtt regelt dat het trustkantoor, waaraan ten behoeve van een andere financiële instelling inlichtingen worden gevraagd omtrent de betrouwbaarheid van betrokkene, indien daartoe aanleiding bestaat schriftelijk verklaart dat hij geen aanleiding heeft om aan de betrouwbaarheid van betrokkene te twijfelen, dan wel schriftelijk inlichtingen verstrekt zodat de verzoekende financiële instelling zich voor de beoordeling van de betrouwbaarheid een juist en zo volledig mogelijk beeld kan vormen (artikel 10 lid 1 Rib Wtt). In de toelichting van het equivalent van laatstgenoemd artikel, te weten artikel 5 van de Regeling integriteitsgevoelige functies kredietinstellingen en verzekeraars, wordt opgemerkt dat het bepaalde in dit artikel meer in algemene zin het doen van uitingen over de betrokken persoon bevat, zonder dat er een concreet verzoek om inlichtingen van een mogelijke nieuwe werkgever voorligt.[315] Frielink en Van Eersel merken terzake van artikel 10 lid 1 Rib Wtt op dat er derhalve voor het trustkantoor een verplichting bestaat tot het verstrekken van inlichtingen, waarbij zij de vraag opwerpen of artikel 10 Wtt daarvoor wel een genoegzame grondslag biedt.[316] Tot slot is het trustkantoor onverminderd het bovenstaande verplicht zich te onthouden van het doen van uitspraken of het afgeven van verklaringen aangaande de betrouwbaarheid van een (voormalig) personeelslid, indien het weet of redelijkerwijs kan vermoeden dat daarmee een onjuist beeld van betrokkene wordt gegeven (artikel 10 lid 2 Rib Wtt).

5.3.3.2.3 Procedures inzake incidenten

Het vereiste in artikel 7 lid 1 onderdeel d Rib Wtt, te weten dat het procedurehandboek dient te voorzien in procedures met betrekking tot de omgang met incidenten, is uitgewerkt in artikel 11 Rib Wtt. Onder 'incidenten' moet hierbij worden verstaan 'een voorval dat een ernstig gevaar vormt voor een integere bedrijfsvoering van het trustkantoor, waaronder wordt begrepen een handelen of nalaten van de personen genoemd in artikel 3, eerste lid, onderdelen a, b en c, van de wet (te weten bestuursleden, commissarissen, (mede)beleidsbepalers, houders van een gekwalificeerde deelneming), van een personeelslid van het trustkantoor, van een derde of van een doelvennootschap' (artikel 2 onderdeel f Rib Wtt).

De uitwerking van de voorgeschreven procedures met betrekking tot de omgang met incidenten in artikel 11 Rib Wtt sluit in hoofdlijnen aan op de artikelen 2, 4 en 5 Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud)[317], die per 1 januari 2007 is ingetrokken.[318] Laatstgenoemde regeling spitste zich toe op drie concrete punten, die volgens de toelichting op deze regeling minimaal benodigd zijn voor een adequate omgang met incidenten. Deze punten zijn thans terug te vinden in de Rib Wtt, te weten: de administratieve vastlegging van incidenten (artikel 11 lid 1 Rib Wtt), de wijze van afhandeling van incidenten (artikel 11 lid 1 Wtt) en de informatieverstrekking over incidenten aan de toezichthouder (artikel 11 lid 3 Wtt). De procedures en maatregelen op basis daarvan zouden volgens de toelichting bovendien moeten bijdragen aan een integriteitsbewuste bedrijfscultuur en geïntegreerd dienen te zijn in de bedrijfsprocessen.[319]

---

314 *Stcrt.* 2003, 248/pag. 58, p. 4, Artikelsgewijze toelichting, artikel 4.

315 *Stcrt.* 2003, 248/pag. 58, p. 4, Artikelsgewijze toelichting, artikel 5.

316 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 76.

317 Regeling van De Nederlandsche Bank N.V. en de Pensioen- & Verzekeringskamer ingevolge de artikelen 22a en 30ca Wet toezicht kredietwezen 1992, de artikelen 70a en 98a Wet toezicht verzekeringsbedrijf1993 en artikel 31a Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf in verband met artikel 3, derde lid, en artikel 7 van het Besluit van 10 oktober 2003 (Besluit integere bedrijfsvoering kredietinstellingen en verzekeraars), Stb. 2003, 396, met betrekking tot de omgang met incidenten die een ernstig gevaar vormen voor een integere bedrijfsvoering. *Stcrt*. 2003, 248/pag. 60.

318 Zie: Wet van 20 november 2006, houdende invoering van de Wet op het financieel toezicht en aanpassing van overige wetten aan die wet (Invoerings- en aanpassingswet Wet op het financieel toezicht). *Stb.* 2006, 605. Zie voor datum inwerkingtreding: *Stb.* 2006, 664.

319 *Stcrt*. 2003, 248/pag. 60, p. 3, Artikelgewijze toelichting, Artikel 2.

De eerste twee genoemde punten staan vermeld in de procedures van artikel 11 lid 1 Rib Wtt. Op basis van dit artikellid leggen de procedures inzake incidenten 'ten minste de wijze van afhandeling vast en verplichten tot een administratieve vastlegging van incidenten' (artikel 11 lid 1 Rib Wtt). Ter uitvoering van laatstgenoemde vastlegging behoren volgens de toelichting van de Rib Wtt tenminste de navolgende gegevens worden vastgelegd: de kenmerken van het incident, gegevens over degene die het incident heeft of degenen die het incident hebben bewerkstelligd, en de maatregelen die naar aanleiding van het incident zijn genomen.[320] Hiermee is aangesloten bij artikel 3 van de Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud). Blijkens de toelichting op laatstgenoemd artikel is de regeling van de administratieve vastlegging in de eerste plaats een instrument ten behoeve van de onderneming zelf en geeft deze regeling aan wat de onderneming minimaal moet vastleggen. Volgens de toelichting zal de toezichthouder voorts de administratieve vastlegging weliswaar in het kader van het lopende toezicht kunnen inzien op grond van zijn inlichtingen- en inzagerecht, maar zal dit toezicht er vooral op gericht zijn te verifiëren of de instelling (op deze plaats dienst 'het trustkantoor' te worden ingelezen, vdW) op de juiste manier met onderhavige verplichting omgaat.[321]
Daarnaast is het trustkantoor verplicht naar aanleiding van een incident passende maatregelen te nemen (artikel 11 lid 2 Rib Wtt). Met deze bepaling is aangesloten bij artikel 4 van de Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud). Naar aanleiding van een incident zijn volgens de toelichting bij laatstgenoemd artikel 'gepaste maatregelen' nodig, aangezien er hierdoor een ernstig gevaar voor de integere bedrijfsvoering is ontstaan. Deze maatregelen dienen erop gericht te zijn dat de integere bedrijfsvoering ongehinderd voortgang heeft. Volgens de toelichting is het in het kader van deze regeling met name van belang dat die maatregelen passend zijn, het optredende risico beheersen, normbevestigend zijn en de negatieve interne en externe effecten van het incident beperken. Dit houdt enerzijds een bevordering van een integere bedrijfsvoering in en anderzijds een beperking van de reputatieschade. Tot slot dienen zij normbevestigend te zijn: 'de betrokkenen moet duidelijk zijn dat normovertredingen niet worden getolereerd.'[322]
In navolging van het als derde genoemde punt, te weten met betrekking tot de informatieverstrekking over incidenten aan de toezichthouder, dient het trustkantoor DNB onverwijld over het incident te informeren in het geval dat: a. aangifte van een incident bij justitiële autoriteiten zal plaatsvinden of is gedaan; b. het voortbestaan van het trustkantoor wordt bedreigd of zou kunnen worden bedreigd; c. sprake is van een ernstige tekortkoming in de opzet en werking van de maatregelen ter bevordering of handhaving van een integere bedrijfsvoering door het trustkantoor; d. mede gelet op verwachte publiciteit rekening gehouden behoort te worden met een ernstige mate van reputatieschade aan het trustkantoor; en tot slot indien e. de ernst, omvang of de overige omstandigheden van het incident in aanmerking genomen, DNB in verband met haar toezichtstaak redelijkerwijs geïnformeerd behoort te worden (artikel 11 lid 3 Rib Wtt). In de toelichting van de Rib Wtt wordt benadrukt dat onder 'aangifte van een incident bij justitiële autoriteiten' (artikel 11 lid 3 onder a Rib Wtt) niet wordt verstaan een melding van een ongebruikelijke transactie (thans in de zin van de Wwft).[323] Voorts is hierbij aangesloten bij artikel 5 lid 1 van de Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud), waarin eveneens ten aanzien van bovengenoemde gevallen de verplichting is opgenomen dat de toezichthouder onverwijld over het incident geïnformeerd diende te worden. Volgens de toelichting houdt deze informatieplicht in dat de instelling (het trustkantoor, MTvdW) op eigen initiatief onverwijld de toezichthouder informeert omtrent opgetreden incidenten.[324]

Terecht merken Frielink en Van Eersel op dat in de Rib Wtt niet wordt voorgeschreven *wat* aan DNB gemeld moet worden, met andere woorden: niet aangegeven wordt welke informatie met betrekking tot het incident aan DNB moet worden overgelegd. Volgens hen mag aangenomen worden dat zodanige informatie moet worden verstrekt dat DNB zich een redelijk beeld kan vormen van de aard, omvang en gevolgen van het incident en zou het trustkantoor er verstandig aan doen tevens te melden welke maatregelen ter redressering en voorkoming van herhaling zijn genomen of worden

320 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelgewijze toelichting, Artikel 7, 8, 9, 10 en 11.
321 *Stcrt*. 2003, 248/pag. 60, p. 3, Artikelgewijze toelichting, Artikel 3.
322 *Stcrt*. 2003, 248/pag. 60, p. 3, Artikelgewijze toelichting, Artikel 4.
323 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 5, Artikelgewijze toelichting, Artikel 7, 8, 9, 10 en 11.
324 *Stcrt*. 2003, 248/pag. 60, p. 3, Artikelgewijze toelichting, Artikel 4.

voorbereid.[325] Bovengenoemde Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud) voorzag echter wel in een bepaling waarin werd aangegeven welke informatie ten minste aan de toezichthouder ter hand gesteld diende te worden, deze bepaling is echter niet overgenomen in de Rib Wtt.[326]

5.3.3.2.4 Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende

Hierboven zijn (in subparagraaf 5.3.2.2) de verplichtingen van trustkantoren besproken, die in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC in artikel 10 lid 1 Wtt zijn opgenomen. De in dit artikellid opgenomen verplichtingen zijn als gezegd in de Rib Wtt uitgewerkt. In onderhavige en de navolgende subparagrafen worden zij achtereenvolgens behandeld.

Het trustkantoor kent de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende

De eerste verplichting in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC luidt dat het trustkantoor de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende kent, dan wel over informatie beschikt waaruit blijkt dat er geen uiteindelijk belanghebbende is (artikel 10 lid 1 onderdeel a Wtt). Deze normstelling is uitgewerkt in de gebodsbepaling van artikel 12 Rib Wtt. Bekendheid met de identiteit vormt volgens de toelichting op dit artikel één van de belangrijkste eisen die aan trustkantoren worden gesteld en waarvoor het trustkantoor verantwoordelijk blijft, ongeacht op welke wijze en door wie een cliënt wordt geïntroduceerd.[327] Deze normstelling in artikel 12 Rib Wtt behelst in de eerste plaats de verplichting dat het trustkantoor de identiteit kent van de uiteindelijk belanghebbende van de doelvennootschap en beschikt over gegevens aan de hand waarvan is bepaald wie als uiteindelijk belanghebbende kwalificeert en aan de hand waarvan de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende is vastgesteld (artikel 12 lid 1 Rib Wtt). In de jurisprudentie is bepaald dat de hier bedoelde kennis omtrent de identiteit waarover het trustkantoor dient te beschikken gedocumenteerd dient te zijn. In de zaak van Van Baerle is terzake bepaald dat '(h)et (…) niet in de rede (ligt) dat juist waar gesproken wordt van regels met betrekking tot de administratieve organisatie – met inbegrip van de financiële administratie – en de interne controle, de te stellen regels slechts zouden zien op de verplichting van het trustkantoor de nodige kennis te vergaren omtrent onder meer de identiteit van de belanghebbende en de structuur en de middelen van de doelvennootschap, zonder die kennis op enigerlei wijze te documenteren.'[328] Hoewel deze documentatieplicht niet met zoveel woorden in artikel 10 Wtt en artikel 12 Rib Wtt is vastgelegd, wordt in deze zaak overwogen dat 'Zinvol toezicht op trustkantoren als beoogd door de wetgever (…) immers slechts mogelijk (kan) zijn indien DNB daadwerkelijk kan controleren of en op welke wijze trustkantoren invulling geven aan de hen toebedeelde poortwachtersfunctie.'[329] Frielink en Van Eersel wijzen bovendien op de omkering van de bewijslast die, terzake van het aantonen dat het trustkantoor aan zijn verplichtingen heeft voldaan, kennelijk om deze reden wordt aangenomen: 'Nu op Van Baerle de verplichting rustte om de nodige informatie te verzamelen, te controleren en vast te leggen en gereed te houden (in de cliëntacceptatiedossiers) voor DNB, rustte op Van Baerle aldus de bewijslast om aan tonen dat zij heeft voldaan aan de verplichtingen die uit hoofde van de Rib op haar rusten. Aan die bewijslast heeft zij niet voldaan.'[330]

Identificatie in twee fases: kwalificatie en verificatie

Blijkens de toelichting op artikel 12 Rib Wtt geschiedt de identificatie in twee fases. De eerste fase betreft de 'kwalificatie' (vaststelling) van de uiteindelijk belanghebbende (UBO). In deze fase wordt vastgesteld wie als uiteindelijk belanghebbende moet worden aangemerkt, oftewel: wie kwalificeert

---

325 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 77.

326 Op grond van artikel 5 lid 2 Regeling incidenten kredietinstellingen en verzekeraars (oud) diende de informatie omtrent incidenten ten minste te betreffen: a. de feiten en omstandigheden van het incident; b. informatie over de functie, hoedanigheid en positie van degenen of degenen die het incident heeft of hebben bewerkstelligd.

327 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 12.

328 Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *JOR* 2010/131 m.nt. Frielink en Van Eersel, r.o. 2.4.3.

329 Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *JOR* 2010/131 m.nt. Frielink en Van Eersel, r.o. 2.4.3.

330 Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *JOR* 2010/131 m.nt. Frielink en Van Eersel, r.o. 2.4.9. Zie ook: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 78.

als UBO? In herinnering: sinds de inwerkingtreding van de Wfm 2012 gaat het hierbij om de natuurlijke persoon die 1. een belang houdt van 25% of meer van het kapitaalbelang van een doelvennootschap; 2. 25 % of meer van de stemrechten van de algemene vergadering van de doelvennootschap kan uitoefenen, 3. feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in een doelvennootschap; 4. begunstigde van 25 % of meer van het vermogen van een doelvennootschap is; of 5. een bijzondere zeggenschap heeft over 25 % of meer van het vermogen van de doelvennootschap[331] (artikel 1 onderdeel c Wtt), waarmee het voorheen gestelde vereiste van het hebben van een gekwalificeerde deelneming in de doelvennootschap, dan wel het 10 %-vereiste ten aanzien van het zijn van begunstigde van het vermogen van een stichting of trust, is komen te vervallen. Om te bepalen wie als uiteindelijk belanghebbende kwalificeert dient het trustkantoor de benodigde gegevens te verzamelen. [332] De tweede fase betreft de verificatie van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende. In deze fase wordt de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende geverifieerd aan de hand van de documentatie van het trustkantoor. In de toelichting wordt beschreven dat (in een situatie waarin geen verificatie 'in persoon' geschiedt) gebruik kan worden gemaakt van een gelegaliseerde en duidelijke kopie van een paspoort en dat de gegevens worden opgenomen in het cliëntenacceptatiedossier als bedoeld in artikel 18 Wtt (zie nader voor de bespreking van het cliëntenacceptatiedossier, hieronder 5.3.3.2.11 'Het cliëntacceptatiedossier').[333]

Het uitgangspunt bij de kwalificatie en de verificatie van de uiteindelijk belanghebbende is dat het trustkantoor op basis van een eigen inschatting de mogelijke integriteitsrisico's die aan zijn cliënt zijn verbonden beheersbaar acht. In de toelichting op artikel 12 Rib Wtt worden enkele voorbeelden genoemd van uitzonderlijke situaties die in de praktijk denkbaar zijn, waarbij de vaststelling en/of verificatie van de uiteindelijk belanghebbende op onoverkomelijke problemen stuit. Genoemd wordt het geval waarin een investeringsfonds dat onder plaatselijk toezicht staat dat vergelijkbaar is of verder gaat dan het Nederlandse toezicht op financiële instellingen en categorisch weigert informatie omtrent de achterliggers te verschaffen. Ook wordt het geval genoemd dat een uiteindelijk belanghebbende zelf wegens een levensbedreigende situatie een reden hebben om geen medewerking te verlenen aan vaststelling en/of verificatie van zijn identiteit. Het trustkantoor hoeft bij deze uitzonderlijke situaties de dienstverlening bij voorbaat niet uit te sluiten, maar in deze gevallen mag blijkens de toelichting 'grote zorgvuldigheid en terughoudendheid van het trustkantoor worden verwacht, hetgeen ook uit het cliëntacceptatiedossier dient te kunnen worden afgeleid.'[334]

Knelpunten bij de uitvoering van artikel 12 lid 1 Rib Wtt

Nagelmaker en Roelofs wijzen in bovengenoemde eerste fase van kwalificatie van de UBO op de nodige knelpunten in de praktijk. In de eerste plaats gaat het hierbij om de gevallen waarin geen UBO kan worden aangewezen. Niet duidelijk is wat er gebeurt indien het trustkantoor en DNB daarover van mening verschillen. Volgens Nagelmaker en Roelofs biedt het in de toelichting geformuleerde uitgangspunt, dat het trustkantoor 'op basis van een eigen inschatting mogelijke integriteitsrisico's die aan een cliënt zijn verbonden beheersbaar acht', hierbij enig houvast.[335] Volgens Nagelmaker en Roelofs zou hieruit namelijk afgeleid mogen worden dat, zolang het beleid van het trustkantoor bij de vaststelling van de UBO maar duidelijk is en goed is vastgelegd hoe men tot de conclusie is gekomen en welke procedure men daarop toepast, de mening van het trustkantoor in deze gevallen de doorslag

---

331 Tenzij de doelvennootschap een vennootschap is die is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten als bedoeld in Richtlijn 2004/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004 betreffende de transparantievereisten die gelden voor informatie over uitgevende instellingen waarvan effecten tot de handel op een gereglementeerde markt zijn toegelaten en tot wijziging van Richtlijn 2001/34/EG (*PbEU* L 390) of aan voorschriften van een internationale organisatie die gelijkwaardig zijn aan die richtlijn (artikel 1 onderdeel c onder 5° Wtt).

332 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 12.

333 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 12. Hierbij wordt bovendien er op gewezen dat een duidelijke kopie van een paspoort, waarbij een medewerker van een buitenlandse vestiging van het trustkantoor of een advocaat of notaris dit kopie certificeert (zoals in de praktijk gangbaar) ook voldoet.

334 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 12.

335 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 12.

dient te geven. Daartoe voeren zij aan dat DNB volgens hen immers in principe niet in feitelijkheden kan treden, maar slechts kan toetsen of het trustkantoor een beleid heeft, of dit beleid de integriteit kan waarborgen en of dit beleid wordt toegepast. Ook zijn er volgens hen situaties denkbaar waarbij de UBO weliswaar theoretisch kan worden vastgesteld, maar de zoektocht zeer belastend is en uitkomsten van weinig nut zullen zijn. Als voorbeeld wordt door hen onder andere gewezen op een doelvennootschap, die wordt gehouden door een investeringsfonds. In zo'n situatie is het volgens hen wellicht mogelijk een partij aan te wijzen die meer dan 10% (thans 25%, artikel 1 onderdeel c Wtt) in de doelvennootschap houdt. Dit kan zelfs een natuurlijke persoon zijn, die daardoor als UBO kwalificeert. Nagelmaker en Roelofs stellen hierbij echter de vraag of dit ook van belang is om deze UBO vast te stellen, aangezien het investeringsfonds al onder toezicht staat en de UBO geen feitelijke directe controle kan uitoefenen over de doelvennootschap. Volgens hen valt daarmee de grond weg onder het nut en de noodzaak vast te stellen of die UBO er is en hoe deze aan zijn vermogen is gekomen.[336]

Het laatstgenoemde bezwaar kan mijns inziens echter grotendeels worden gerelativeerd, doordat het door hen genoemde percentage van 10% met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 thans op 25% is gesteld (artikel 1 onderdeel c Wtt). Deze aanpassing van het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' (zoals hierboven opgenomen) is gebaseerd op de definitie van dit begrip in de Wwft en de 'derde witwasrichtlijn'[337], in die zin dat de definities van dit begrip in beide wetten zijn rechtgetrokken (met dien verstande dat het bij de Wtt om de doelvennootschap gaat en niet om de cliënt, zoals in artikel 1 onderdeel f Wwft). In lijn met artikel 3 lid 6 onder a van de 'derde witwasrichtlijn' is in de definitie tevens het element van 'feitelijke zeggenschap' opgenomen (artikel 1 onderdeel c onder 3° Wtt, zie ook hierboven). Voorts wordt in overeenstemming met de derde witwasrichtlijn als gezegd de grenswaarde van 25% aangehouden, voor wat betreft het aanmerken van een natuurlijke persoon als uiteindelijk belanghebbende. Naast de bovengenoemde redenen wordt in de MvT van de Wfm 2012 als redengevend voor de introductie van de grenswaarde van 25% genoemd dat in het *Evaluatierapport Wtt*[338] aan de orde is gekomen dat het wenselijk is een natuurlijke persoon als uiteindelijk belanghebbende aan te merken als hij: ten minste 25% kapitaalbelang heeft, 25% van de stemrechten houdt, begunstigde is van ten minste 25% van het vermogen of een bijzondere zeggenschap heeft over 25% of meer van het vermogen.[339]

Indien de doelvennootschap geen uiteindelijk belanghebbende heeft
De tweede verplichting die in artikel 12 Rib Wtt is opgenomen, ziet op het geval de doelvennootschap geen uiteindelijk belanghebbende heeft. In dat geval dient het trustkantoor te beschikken over gegevens aan de hand waarvan dit is bepaald (artikel 12 lid 2 Wtt Rib). Als voorbeeld wordt in de toelichting gewezen op het geval de aandeelhouder een beursgenoteerde entiteit is. In dat geval zal geen uiteindelijk belanghebbende kunnen worden vastgesteld. De gegevens waaruit dit blijkt en de hieraan verbonden conclusie dienen eveneens te worden vastgelegd in het cliëntenacceptatiedossier.[340]

Verbod op dienstverlening indien niet aan bovengenoemde voorwaarden is voldaan
Tot slot bepaalt artikel 12 lid 3 Rib Wtt dat geen diensten worden verleend indien niet aan bovengenoemde verplichtingen is voldaan. Dit is eveneens bepaald in artikel 10 lid 1 onderdeel h Wtt. Bij de bepaling van artikel 12 lid 3 Rib Wtt is van belang wanneer er daadwerkelijk sprake is van het

---

336 Hetzelfde geldt volgens hen in situaties waarin de doelvennootschap wordt gehouden door een aandeelhouder die beursgenoteerd is of dermate groot dat niet valt te veronderstellen dat vaststelling van de UBO en de herkomst van diens vermogen enige toegevoegde waarde heeft, waarbij moet worden gedacht aan Bill Gates en Microsoft. Zie nader: A.G.M. Nagelmaker en S.J. Roelofs, 'Knelpunten bij de uitvoering van de Wet toezicht trustkantoren', *FR* 2005 – 10, p. 290.

337 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 309/15).

338 Zie in dit verband: *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën, 26 april 2010, p. 21.

339 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 43.

340 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 12.

verlenen van diensten als bedoeld in artikel 1 onderdeel d Wtt. Volgens de toelichting zullen trustkantoren in bepaalde gevallen voorbereidingen treffen voor de beoogde dienstverlening, terwijl aan de vereisten van artikel 12 Rib Wtt nog niet is voldaan. 'Vaak zullen deze voorbereidingen nog niet kwalificeren als 'dienst' in de zin van de wet, zodat dergelijke voorbereidingen zondermeer kunnen geschieden.'[341] Volgens de toelichting zijn er echter uitzonderlijke gevallen denkbaar, waarin een trustkantoor (onverminderd verplichtingen ingevolge de Wwft) na afweging van verschillende belangen de dienstverlening aanvangen *voordat* de identiteit is geverifieerd. Voorwaarden hierbij zijn echter wel dat de uiteindelijk belanghebbende (daadwerkelijk) bekend dient te zijn bij het trustkantoor en dat deze bekendheid met schriftelijke bescheiden is onderbouwd. Voorts dient het trustkantoor er in een dergelijk geval zorg voor te dragen dat de verificatie van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende met spoed zal plaatsvinden.[342] Laatstgenoemde situatie ziet kort samengevat op het geval de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende vaststaat, maar het trustkantoor in urgente gevallen al diensten verricht voordat de verificatie heeft plaatsgevonden.

5.3.3.2.5 Kennis van herkomst van vermogen en van herkomst en bestemming van middelen van de doelvennootschap

De tweede verplichting in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, luidt dat het trustkantoor kennis heeft van de herkomst en bestemming van de gelden van de doelvennootschap (artikel 10 lid 1 onderdeel b Wtt). Deze normstelling is uitgewerkt in de gebodsbepaling van artikel 13 van de Rib Wtt, op basis waarvan het trustkantoor wordt verplicht dat het bij het verlenen van de dienst aan een doelvennootschap kennis heeft van de herkomst van het *vermogen* van de doelvennootschap en dat het de gegevens omtrent het onderzoek naar de herkomst van het vermogen vastlegt (artikel 13 lid 1 Rib Wtt, mijn cursivering vdW). Voorts dient het trustkantoor te beschikken over gegevens die ten grondslag liggen aan de herkomst en bestemming van middelen van de doelvennootschap en dient het te beoordelen of hieraan integriteitsrisico's zijn verbonden (artikel 13 lid 2 Rib Wtt, mijn cursivering). In bovengenoemde bepalingen is terzake van het wettelijke begrip 'gelden' een onderscheid gemaakt tussen 'vermogen' (artikel 13 lid 1 Rib Wtt) en 'middelen' (artikel 13 lid 2 Rib Wtt) van de doelvennootschap. Het onderscheid is hierin gelegen dat het eerste lid betrekking heeft op de herkomst van het vermogen van de doelvennootschap en daarmee op 'de wijze waarop de cliënt van het trustkantoor (in het algemeen de uiteindelijk belanghebbende) zijn vermogen heeft verworven', terwijl het tweede lid ziet op 'de in- en uitgaande geldstromen op het niveau van de doelvennootschap' evenals 'op rechten en plichten die de doelvennootschap verkrijgt of op zich neemt.'[343]

Kennis van de herkomst van het vermogen van de cliënt

De verplichting van artikel 13 lid 1 Rib Wtt ziet als gezegd op de kennis van de herkomst van het vermogen en houdt daarmee in dat het trustkantoor kennis moet hebben van de wijze waarop de cliënt van het trustkantoor zijn vermogen heeft verworven. Blijkens de toelichting brengt deze verplichting met zich mee dat van het trustkantoor een bepaalde inspanning wordt verwacht: 'Er dient een inspanning te worden verricht om de wijze waarop de cliënt zijn vermogen heeft verworven na te gaan. In de regel zullen hierbij gerichte vragen worden gesteld' en 'De verkregen informatie zal vervolgens worden vastgelegd en waar redelijkerwijs mogelijk op aantoonbare wijze worden gecontroleerd aan de hand van openbare bronnen (internet).'[344] Van het trustkantoor wordt volgens de toelichting verlangd dat zij bij de vaststelling van de herkomst van het vermogen een 'actieve houding' aanneemt: 'Het trustkantoor zal op basis van een eigen inschatting de mogelijke integriteitsrisico's terzake van de herkomst van het vermogen beheersbaar moeten achten.'[345] Tot slot

---

341 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 12.
342 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 12.
343 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.
344 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.
345 In dit verband wordt in de toelichting bovendien gewezen op de bijzondere aandacht die dient uit te gaan naar bedrijven met aandeelhouders op basis van toonderstukken ('bearer shares'). *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

dient het trustkantoor volgens de toelichting de informatie omtrent de herkomst van het vermogen periodiek te controleren en waar nodig aan te vullen met het oog op wijzigingen. De uitkomsten van de hier beschreven inspanning dienen in het cliëntenacceptatiedossier te worden vastgelegd (artikel 18 Wtt).[346]

Kennis van de herkomst en bestemming van de middelen van de doelvennootschap
De verplichting van artikel 13 lid 2 Rib Wtt speelt als gezegd op het niveau van de doelvennootschap. Het trustkantoor dient over gegevens te beschikken met betrekking tot de in- en uitgaande geldstromen van de doelvennootschap, evenals de rechten en plichten die deze verkrijgt of op zich neemt. Volgens de toelichting is hierbij van belang dat het trustkantoor er zorg voor draagt dat deze stukken in beginsel altijd op het kantoor aanwezig zijn, waartoe in de toelichting het volgende uitgangspunt wordt geformuleerd: 'Als uitgangspunt kan worden gehanteerd dat een accountant op basis van de aanwezige stukken in staat dient te zijn de geldstromen of rechten en plichten zoals in de administratie (de jaarrekening) van de doelvennootschap zijn vermeld te controleren.'[347] De verplichting met betrekking tot de documentatie is in die zin beperkt dat zij volgens de toelichting 'in het algemeen beperkt (kan) blijven tot de relatie van de doelvennootschap met de wederpartij bij de betreffende geldstromen of verbintenissen.'[348] In uitzonderlijke situaties kan het voorkomen dat de administratie van een doelvennootschap zich niet bij het trustkantoor bevindt, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de voorgeschreven kennis van het trustkantoor omtrent de doelvennootschap.[349] Het trustkantoor is in een dergelijk uitzonderlijk geval gehouden er zorg voor te dragen dat de administratie op eerste verzoek van DNB beschikbaar kan worden gesteld aan het trustkantoor, mocht bij wijze van steekproef aan de hand van deze administratie verantwoording moeten worden afgelegd over de beheersing van integriteitsrisico's.[350]

Naast bovengenoemde verplichtingen van het trustkantoor met betrekking tot het beschikken over gegevens betreffende de herkomst en bestemming van de middelen van de doelvennootschap, is het trustkantoor gehouden integriteitsrisico's te onderzoeken die aan de herkomst of bestemming van middelen zijn verbonden ('monitoring').[351] Het trustkantoor zou hierbij volgens de toelichting gebruik kunnen maken van een risicoprofiel, waarbij van te voren wordt vastgesteld welke vorm en omvang van herkomst en bestemming van middelen als gebruikelijk worden aangemerkt en waarbij een verandering in het risicoprofiel, op basis van indicatoren als de cliënt, zijn achtergrond en gedrag, evenals zijn transacties, indicaties kunnen geven voor verandering in het risicoprofiel, hetgeen op zijn beurt aanleiding kan zijn tot het doen van nader onderzoek door het trustkantoor. Het trustkantoor is verplicht te controleren of sprake is van ongebruikelijke/verdachte patronen of activiteiten, waarbij in de toelichting in het bijzonder als aandachtspunten worden genoemd: de vraag of de transacties een economisch of commercieel doel dienen, evenals de vraag of het gaat om bedragen die (niet) in verhouding staan tot de normale/verwachte business van cliënten. Indien door het trustkantoor op grond van bovenbeschreven proces van 'monitoring' wordt geconstateerd dat het aan een cliënt verbonden integriteitsrisico, afwijkt van het integriteitsrisico zoals vastgelegd ten tijde van de acceptatie, dan zal deze constatering in het algemeen in het cliëntenacceptatiedossier moeten worden vastgelegd. Dit geldt in de regel overigens voor alle gegevens als bedoeld in artikel 13 lid 2 Rib Wtt.[352]

---

346 In het bijzonder wordt hierbij in de toelichting gewezen op het geval waarin additioneel vermogen aan de doelvennootschap wordt verschaft. *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelsgewijze toelichting, Artikel 13.

347 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

348 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

349 In de toelichting wordt als voorbeeld genoemd het geval dat het trustkantoor slechts optreedt als bestuurder van een vennootschap die in Nederland kantoor houdt (alwaar de administratie zich bevindt). *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

350 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

351 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

352 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13.

Knelpunten bij de uitvoering van artikel 13 Rib Wtt
Als gezegd dient het trustkantoor op basis van artikel 13 lid 1 Rib Wtt kennis te hebben van de herkomst van het vermogen van de doelvennootschap en daarmee van de wijze waarop de UBO (als cliënt van het trustkantoor) zijn vermogen heeft verworven. Het vaststellen van de herkomst van het vermogen van de doelvennootschap in directe zin zal doorgaans geen problemen opleveren, aangezien de doelvennootschap zelf doorgaans aan zijn vermogen komt door storting van kapitaal, het verkrijgen van leningen of inkomsten uit deelnemingen. Nagelmaker en Roelofs wijzen er in dit verband echter op dat daarmee echter nog niet is vastgesteld dat de UBO als 'uiteindelijke bron' op een rechtmatige wijze aan zijn vermogen is gekomen.[353] Volgens hen is het in dit verband de vraag (of)[354] hoe en wanneer het trustkantoor de herkomst van het vermogen van de UBO moet vaststellen, waarbij de 'wijze van vaststelling' en het 'tijdstip waarop' door hen worden aangewezen als knelpunten van de Wtt en de Rib Wtt.
Met betrekking tot de wijze van vaststelling van de herkomst van het vermogen van de UBO dienen trustkantoren zelf maatregelen te nemen en een eigen beleid te ontwikkelen, dat vervolgens door DNB zal worden getoetst. Bij de vaststelling van de herkomst van het vermogen van de UBO maakt het trustkantoor gebruik van (objectieve) officiële of gedeponeerde stukken en (subjectieve) verklaringen, waarbij de mate waarin het trustkantoor de verstrekte gegevens en documenten toetst of onderbouwt volgens Nagelmaker en Roelofs kan worden bepaald aan de hand door de coherentie van deze gegevens en de waarschijnlijkheid van deze gegevens gezien de activiteiten van de UBO, diens groep en de doelvennootschap. Het 'knelpunt' zit hem hierin dat uit artikel 13 lid 1 Rib Wtt niet kan worden opgemaakt hoever deze inspanning in de verschillende praktijksituaties precies reikt.[355]
Het volgende knelpunt betreft de vraag met betrekking tot het 'tijdstip waarop' dient te worden vastgesteld, oftewel: wanneer dient de herkomst van het vermogen te worden vastgesteld. Deze vraag wordt weliswaar in de Wtt en de Rib Wtt beantwoord, namelijk: op basis van 'continue toetsing', hetgeen betekent dat bij de aanvang van de dienstverlening, maar ook gedurende het bestaan van de doelvennootschap de herkomst van het vermogen vastgesteld dient te worden. Volgens Nagelmaker en Roelofs is dat bij de vaststelling van de herkomst van het vermogen op het niveau van de UBO een onredelijke eis. Volgens hen kan het op het niveau van de UBO uitermate belastend zo niet onmogelijk zijn om voortdurend vast te stellen, hoe de UBO of de groep aan haar vermogen komt. Complicerende factoren zijn volgens hen dat veel informatie in de praktijk moeilijk te verkrijgen is, bijvoorbeeld vanwege de begrenzing van informatie uitwisseling door beperkingen in buitenlandse wetgeving of door het risico op schade aan de persoonlijke veiligheid van de cliënt. Daarnaast kan het vertrekken van informatie strijdig zijn met insider trading regels.[356]

5.3.3.2.6 Structuur van de groep waartoe de doelvenootschap behoort en doel waarmee deze structuur is opgezet

De derde verplichting in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, luidt dat het trustkantoor kennis heeft van de relevante delen van de structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort (artikel 10 lid 1 onderdeel c Wtt). De vierde verplichting in dit kader luidt

---

353 A.G.M. Nagelmaker en S.J. Roelofs, *t.a.p.* 2005, p. 291.

354 Hoewel in de toelichting op artikel 13 Rib Wtt de vraag of het trustkantoor de herkomst van het vermogen van de UBO bevestigend beantwoordt, aangezien expliciet is opgenomen dat de verplichting van het trustkantoor op grond van artikel 13 lid 1 Rib Wtt 'ziet op de herkomst van het 'vermogen' van de doelvennootschap en daarmee op de wijze waarop de cliënt van het trustkantoor (in het algemeen de uiteindelijk belanghebbende) zijn vermogen heeft verworven' (*Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 6, Artikelgewijze toelichting, Artikel 13), menen Nagelmaker en Roelofs dat het (naast bovengenoemde vragen) de vraag is of het trustkantoor de herkomst van het vermogen van de UBO (zou) moet(en) vaststellen. Zij nader: A.G.M. Nagelmaker en S.J. Roelofs, *t.a.p.* 2005, p. 291-292.

355 Nagelmaker en Roelofs pleiten in dit verband voor het toepassen van wat zij aanduiden als het 'proportionaliteitsbeginsel': er moet sprake zijn van evenwicht tussen de inspanning die geleverd moet worden en het daarmee gepaard gaande ongemak voor trustkantoren en het nut en de werkelijke noodzaak.

356 A.G.M. Nagelmaker en S.J. Roelofs, *t.a.p.* 2005, p. 292.

dat het trustkantoor kennis heeft van het doel waarmee bovengenoemde structuur (in artikel 10 lid 1 onderdeel c Wtt) is opgezet (artikel 10 lid 1 onderdeel d Wtt). Beide normstellingen zijn uitgewerkt in de gebodsbepaling van artikel 14 Rib Wtt op basis waarvan aan het trustkantoor de verplichting wordt opgelegd dat het kennis heeft van de relevante delen van de structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort en het doel waarmee de structuur is opgezet en beschikt over de gegevens waaruit deze relevante delen en het doel van de structuur blijken (artikel 14 Rib Wtt). Volgens de toelichting houdt deze verplichting in dat de kennis van het trustkantoor met betrekking tot de structuur waarvan de doelvennootschap deel uitmaakt beperkt kan blijven tot het voor de doelvennootschap relevante deel van de structuur. Dat betekent dat in sommige gevallen de gehele structuur relevant kan worden geacht, terwijl in andere gevallen met kennis van een klein deel van de structuur kan worden volstaan.[357] Het is op grond van het bovenstaande derhalve primair aan het trustkantoor om te bepalen welk deel van de structuur relevant wordt geacht. In de regel zal het trustkantoor er voor kiezen om zo veel mogelijk informatie over de structuur te verlangen, zodat door middel van gerichte vragen een zo goed mogelijk inzicht in de structuur kan worden verworven.[358]

Naast de kennis over de relevante delen van de structuur, dient het trustkantoor zich op de hoogte te stellen van het doel waarmee de structuur is opgezet. In ieder geval dient hierbij aandacht te worden besteed aan de functie van de Nederlandse doelvennootschap binnen de structuur en de beweegredenen om van een Nederlandse doelvennootschap gebruik te maken. Volgens de toelichting dient het trustkantoor periodiek te controleren of er zich wijzigingen met betrekking tot de structuur hebben voorgedaan, waartoe een natuurlijk moment voor een dergelijke controle bijvoorbeeld de jaarlijkse opstelling van de jaarrekening zou kunnen zijn.[359] Frielink en Van Eersel stellen dat het trustkantoor deze gegevens zal moeten betrekken bij de vraag of integriteitsrisico's zich voordoen en wijzen er op dat het ondanks het verzamelen van de bovengenoemde gegevens vaak niet of nauwelijks mogelijk zal zijn om (op voorhand) dergelijke risico's (volledig) te onderkennen. DNB zal volgens hen ten aanzien van het subjectieve beoordelingselement, in de beoordeling van integriteitsrisico's door het trustkantoor, dan ook slechts marginaal toetsen of het trustkantoor de Wtt en de Rib Wtt heeft nageleefd. Het betreft dan de vraag of een redelijk handelend en redelijk bekwaam trustkantoor tot dezelfde inschatting had kunnen komen.

5.3.3.2.7 Politiek prominente personen

In de vijfde plaats zijn in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC de verplichtingen met betrekking tot de 'politiek prominente personen' ingevoegd (artikel 10 lid 1 onderdeel e Wtt).[360] De gebodsbepalingen in artikel 10 lid 1 onderdeel e onder 1° tot en met 4° Wtt zijn woordelijk overgenomen in artikel 15a onderdeel a tot en met d Rib Wtt. De toelichting op laatstgenoemd artikel is dan ook tamelijk summier: 'de verplichtingen die voortvloeien uit dit artikel spreken voor zich', zo staat in de toelichting te lezen.[361] Op grond van artikel 7 lid 1 onderdeel a Rib Wtt zal het trustkantoor volgens de toelichting procedures moeten opstellen, waarin wordt vastgelegd hoe met deze verplichtingen wordt omgegaan. Deze procedures kunnen voorts worden verwerkt in

---

357 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 14.

358 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 84.

359 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 14.

360 Vanuit systematisch oogpunt is mijns inziens opmerkelijk dat deze verplichtingen zijn opgenomen in artikel 10 lid 1 onderdeel e Wtt te weten vóór de verplichtingen van het trustkantoor dat optreedt als verkoper van rechtspersonen, zoals opgenomen in artikel 10 lid 1 onderdeel f Wtt, terwijl de uitwerking van beide normstellingen in de Rib Wtt juist in omgekeerde volgorde is opgenomen: artikel 15 Rib Wtt behandelt de gebodsbepaling met betrekking tot het verkopen van rechtspersonen, pas daarna volgen de verplichtingen met betrekking tot 'politiek prominente personen' in artikel 15a Rib Wtt. Het had vanuit systematisch oogpunt van logischer geweest om in de Wtt en de Rib Wtt dezelfde volgorde aan te houden.

361 *Stcrt.* 2009, 90, p. 2, Artikelgewijs, onderdeel B. In het algemene deel van de toelichting staat dat ter voldoening aan het bepaalde in de 'derde witwasrichtlijn' is overgegaan tot de opname van het begrip 'politiek prominente personen' in de Wtt. Zie: *Stcrt.* 2009, 90, p. 2, Algemeen.

bestaande (cliëntacceptatie) procedures.[362] Aangezien de gebodsbepaling van artikel 10 lid 1 onder e Wtt in artikel 15a Rib Wtt is overgenomen en niet nader is uitgewerkt, wordt voor de inhoud van deze normstelling (ter voorkoming van doublures) verwezen naar de behandeling van deze verplichtingen in subparagraaf 5.3.2.2 'Verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC', onderdeel 'Politiek prominente personen', waarin deze reeds zijn behandeld.

5.3.3.2.8 Het verkopen van rechtspersonen

De zesde verplichting in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, heeft specifiek betrekking op het trustkantoor dat de dienst verleent als bedoeld in artikel 1 onderdeel d onder 3° Wtt, oftewel: het verkopen van rechtspersonen. Indien het trustkantoor deze dienst verleent is het trustkantoor verplicht de identiteit te kennen van de koper en van de houders van een gekwalificeerde deelneming in de koper (artikel 10 lid 1 onderdeel f Wtt). Deze normstelling is uitgewerkt in de gebodsbepaling van artikel 15 Rib Wtt. Op basis van laatstgenoemd artikel dient het trustkantoor bij het verkopen van rechtspersonen de identiteit te kennen van de koper en van de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in de koper. Ook dient het trustkantoor te beschikken over gegevens aan de hand waarvan is bepaald welke natuurlijke persoon een gekwalificeerde deelneming houdt in de koper en aan de hand waarvan de identiteit van deze natuurlijke persoon en de koper is vastgesteld (artikel 15 lid 1 Rib Wtt).

Met het bestanddeel 'natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt' wordt, met het begrip 'gekwalificeerde deelneming' van artikel 1 onderdeel g Wtt, aangesloten bij de oude definitie van uiteindelijk belanghebbende van artikel 1 onderdeel c Wtt. De 'gekwalificeerde deelneming' genoemd in artikel 1 onderdeel g gaat immers uit van een belang van 10%, terwijl deze grenswaarde van 10% met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 in de definitie van 'uiteindelijk belanghebbende' van artikel 1 onderdeel c naar 25% is gebracht.[363] Van de aansluiting tussen beide begrippen is derhalve geen sprake meer. Volgens de toelichting is voor het begrip 'gekwalificeerde deelneming' gekozen omdat bij de verkoop van rechtspersonen (artikel 1 onderdeel d onder 3° Wtt) het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' niet van toepassing is.[364] Indien bij het verkopen van rechtspersonen geen natuurlijke persoon een gekwalificeerde deelneming houdt in de koper, dient het trustkantoor te beschikken over gegevens aan de hand waarvan dit is bepaald (artikel 15 lid 2 Rib Wtt).

Het artikel is specifiek gericht op gevallen waarbij een trustkantoor het verkopen van rechtspersonen als afzonderlijke dienst verricht.[365] Volgens de toelichting behoeft deze vorm van dienstverlening de nodige aandacht, aangezien een rechtspersoon binnen korte tijd kan worden opgericht (waardoor bedoelde dienst van het verkopen van rechtspersonen vaak niet nodig is). Er dient daarom bij de verkoop van rechtspersonen zorgvuldig onderzoek door het trustkantoor te worden gedaan of aan de betreffende verkoop integriteitsrisico's zijn verbonden.[366] Daarnaast dient het trustkantoor kennis te hebben van de herkomst van het vermogen van de koper en legt het de gegevens omtrent het onderzoek naar de herkomst van het vermogen vast (artikel 15 lid 3 Rib Wtt).

Zolang niet aan de vereisten van artikel 15 lid 1 en lid 2 Rib Wtt is voldaan, sluit het trustkantoor geen overeenkomst ter zake van het verkopen van rechtspersonen (artikel 15 lid 4 Rib Wtt). Het is hierdoor niet toegestaan dat het trustkantoor zich op voorhand (onvoorwaardelijk) verbindt met betrekking tot het verkopen van rechtspersonen. Blijkens de toelichting is het echter wel mogelijk dat het

---

362 *Stcrt.* 2009, 90, p. 2, Artikelgewijs, onderdeel B.

363 Zie nader hierboven bij de bespreking in subparagraaf 5.3.3.2.4 'Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende'.

364 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 15.

365 Volgens de toelichting is artikel 15 Rib Wtt dan ook niet zozeer gericht op het verkopen van rechtspersonen in het kader van bestaande dienstverlening aan een cliënt, waarbij de vorengaande artikelen het trustkantoor in hoofdlijnen reeds verplichten tot de nodige kennis terzake van de koper. *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 15.

366 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 15.

trustkantoor in bepaalde omstandigheden onder opschortende voorwaarden terzake een dergelijke overeenkomst kan sluiten.[367]

5.3.3.2.9 Optreden als trustee

De zevende verplichting in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, ziet op de gevallen waarin het trustkantoor als trustee optreedt. Op grond van artikel 10 lid 1 onderdeel g Wtt dient het trustkantoor in dat geval de identiteit te kennen van de insteller van de trust. Deze normstelling is uitgewerkt in de gebodsbepaling in artikel 16 Rib Wtt. Op basis van dit artikel dient het trustkantoor dat als trustee van een trust optreedt, de identiteit te kennen van de insteller van de trust en van de uiteindelijk belanghebbende bij de trust en dient het over gegevens te beschikken aan de hand waarvan is bepaald wie de insteller is en welke natuurlijke persoon als uiteindelijk belanghebbende kwalificeert. Ook dient het trustkantoor te beschikken over gegevens aan de hand waarvan de identiteit van de insteller en van de uiteindelijk belanghebbende is vastgesteld (artikel 16 lid 1 Rib Wtt). Indien er geen uiteindelijk belanghebbende is, beschikt het trustkantoor over gegevens aan de hand waarvan dit is bepaald (artikel 16 lid 2 Rib Wtt). Het kan bij de rechtsfiguur van de trust bovendien voorkomen dat de begunstigde nog niet is geboren, in welk geval de uiteindelijk belanghebbende niet zal kunnen worden geïdentificeerd.[368]

5.3.3.2.10 Gegevens met betrekking tot het trustkantoor

Naast bovengenoemde verplichtingen in het kader van de rapportage omtrent de bedrijfsvoering en AO/IC, die zijn terug te voeren op de in artikel 10 lid 1 Wtt genoemde onderdelen, zijn in de Rib Wtt nog enkele specifieke gebodsbepalingen uitgewerkt met betrekking tot de bedrijfsvoering van het trustkantoor, waarbij op bovenstaande verplichtingen wordt teruggegrepen. Het gaat hierbij in de eerste plaats om de verplichting ten aanzien van de gegevens met betrekking tot het trustkantoor die in onderhavige paragraaf kort wordt behandeld. In de tweede plaats gaat het om de verplichtingen met betrekking tot de cliëntenacceptatiedossiers, die in navolgende paragraaf worden behandeld.

Op grond van artikel 17 Rib Wtt dient het trustkantoor een aantal gegevens met betrekking tot de organisatie van het trustkantoor op een overzichtelijke wijze voor DNB beschikbaar te houden.[369] In de toelichting wordt benadrukt dat niet alle genoemde gegevens in artikel 17 Rib Wtt relevant zijn indien het trustkantoor bijvoorbeeld in de vorm van een eenmanszaak wordt gedreven.[370]

5.3.3.2.11 Het cliëntacceptatiedossier

Eén van de belangrijkste verplichtingen in de Rib Wtt is het maken van een analyse van de integriteitsrisico's met betrekking tot cliënten. Zowel vóór de acceptatie van cliënten als gedurende de gehele dienstverlening aan hen, dient het trustkantoor de integriteitsrisico's te analyseren. In bovenstaande subparagrafen zijn de minimale vereisten behandeld waarop het onderzoek op grond van de Rib Wtt moet zijn gericht. Alle informatie die tijdens het onderzoek naar boven komt, evenals de

---

367 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 15.

368 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 16.

369 Het gaat hierbij om de volgende gegevens: a. een actueel uittreksel van de inschrijving van het trustkantoor in het handelsregister van de Kamers van Koophandel en Fabrieken en een actueel overzicht van (mede) beleidsbepalers van het trustkantoor met vermelding van volledige naam, adres en woonplaats; b. een actueel overzicht van houders van een gekwalificeerde deelneming in het trustkantoor, met vermelding van volledige naam, adres en woonplaats; c. een afschrift van de statuten van het trustkantoor; d. een actueel overzicht van de formele en feitelijke zeggenschapsstructuur en zeggenschapsverhoudingen van het trustkantoor en van de groep waartoe het trustkantoor behoort; e. een structuuroverzicht van de groep waartoe het trustkantoor behoort; f. het procedurehandboek en organisatieschema; g. de vastlegging ingevolge artikel 11, eerste lid; h. de vastgestelde jaarrekeningen over de afgelopen drie boekjaren dan wel de voorlopige jaarcijfers indien een jaarrekening nog niet is vastgesteld (artikel 17 Rib Wtt).

370 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 17.

resultaten van de risicoanalyse die ten aanzien van de onderzoeksinformatie is uitgevoerd, moet zijn terug te vinden in het cliëntenacceptatiedossier.[371] DNB kan op deze wijze toezicht houden op de naleving door het trustkantoor van het cliëntenacceptatiebeleid.

In artikel 18 Rib Wtt zijn specifieke voorschriften met betrekking tot het cliëntenacceptatiedossier opgenomen. Het trustkantoor dient voor iedere doelvennootschap en ter zake van iedere verkoop van een rechtspersoon, evenals bij iedere trust waarbij het trustkantoor als trustee optreedt, over een cliëntenacceptatiedossier te beschikken (artikel 18 lid 1 Rib Wtt) Het cliëntenacceptatiedossier dient op grond van dit artikellid tenminste de volgende bescheiden te bevatten:

a. de schriftelijke overeenkomsten tussen het trustkantoor en de doelvennootschap (1);
andere overeenkomsten die het trustkantoor heeft gesloten terzake van de door het trustkantoor geleverde diensten waarop het cliëntacceptatiedossier ziet (2);
b. een overzicht van de door het trustkantoor geleverde diensten waarop het cliëntacceptatiedossier ziet (3);
de gegevens genoemd in de artikelen 12, 13, eerste lid, 14, 15 en 16 Rib Wtt (4).[372]

De verplichtingen van het trustkantoor in verband met de hierboven in artikel 18 lid 1 onderdeel b Wtt (addendum 4) genoemde gegevens, te weten de gegevens in de artikelen 12, 13 lid 1, 14, 15 en 16 Rib Wtt, zijn hierboven reeds uitvoerig behandeld. Kort samengevat gaat het hier om de gegevens met betrekking tot de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende (artikel 12 Rib Wtt), die als gezegd gekwalificeerd en vervolgens geïdentificeerd dient te worden. Voorts gaat het om de gegevens met betrekking tot de herkomst van het vermogen en van de herkomst en de bestemming van de middelen van de doelvennootschap (artikel 13 Rib Wtt) en de gegevens met betrekking tot de structuur van de groep waartoe de doelvennootschap behoort en het doel waarmee deze structuur is opgezet (artikel 14 Rib Wtt). Tot slot zien artikel 15 en 16 Rib Wtt op twee specifieke gevallen, namelijk waarin het trustkantoor als verkoper van rechtspersonen optreedt, respectievelijk als trustee. Het gaat hierbij om de gegevens betreffende de identiteit van de koper en van de natuurlijke persoon die in de koper een gekwalificeerde deelneming houdt (artikel 15 Rib Wtt), respectievelijk de identiteit van de insteller van de trust en de uiteindelijk belanghebbende bij de trust (artikel 16 Rib Wtt).

Het trustkantoor dient het cliëntenacceptatiedossier voor DNB beschikbaar te houden (artikel 18 lid 2 Rib Wtt) en bewaart deze tot een periode van ten minste vijf jaar na de beëindiging van het dienstverlening (artikel 18 lid 3 Rib Wtt). Deze cliëntenacceptatiedossiers dienen permanent op het trustkantoor in Nederland aanwezig te zijn. Indien het trustkantoor meerdere vestigingen in Nederland heeft zullen de dossiers volgens de toelichting in de regel op het hoofdkantoor aanwezig zijn, maar kunnen deze dossiers ook in de vestiging worden bewaard van waaruit de cliënt hoofdzakelijk wordt bediend.[373]

5.3.4 De normstelling in de Wwft ten aanzien van trustkantoren

In deze subparagraaf worden de verplichtingen van de trustkantoren behandeld, die zijn vastgelegd in de op 1 augustus 2008 in werking getreden[374] Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van

---

371 R-J.P. Lugard, 'Analyse van integriteitrisico's bij cliëntacceptatie in de trustbranche; Een constante monitoring van cliënten in de trustbranche', *FR* 2006 – 7/8, p. 188.

372 De verdeling in vier categorieën is ontleend aan het bovengenoemd artikel van Lugard. Zie: R-J.P. Lugard, *t.a.p.* 2006, p. 191, met dien verstande dat artikel 15 en 16 Rib Wtt in zijn bijdrage niet worden besproken.

373 *Stcrt.* 2004, 40/pag. 29, p. 7, Artikelgewijze toelichting, Artikel 18.

374 Besluit van 15 juli 2008 tot inwerkingtreding van wijziging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties ter uitvoering van richtlijn nr. 2005/60/EG van het

terrorisme (hierna ook: Wwft).[375] Zoals de titel van deze wet reeds aangeeft beoogt zij witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen, hieronder worden de verplichtingen besproken die deze wet in dit kader aan haar normadressaten oplegt, waarbij wordt ingegaan op de vraag in hoeverre deze verplichtingen op trustkantoren van toepassing zijn. Zoals in subparagraaf 5.2.5.3 'Toezicht op de naleving van de Wft op basis van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft' reeds aan de orde is gekomen, is DNB verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de Wwft ten aanzien van trustkantoren en staan haar daartoe de bevoegdheden ter beschikking zoals neergelegd in Afdeling 5.2 van de Awb.

Handhaving
Tegen het niet naleven van de verbods- en gebodsbepalingen van de Wwft kan zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk worden opgetreden. DNB kan voor (dezelfde) overtredingen van de Wwft een last onder dwangsom (artikel 26 Wwft) of een bestuurlijke boete (artikel 27 Wwft) opleggen.[376] Ten aanzien van (het overgrote deel) van deze bepalingen kan echter ook strafrechtelijk worden opgetreden, aangezien iedere overtreding van deze voorschriften op grond van artikel 1 onder 2° WED eveneens een 'economisch delict' oplevert.[377] Voor deze economische delicten geldt dat zij misdrijven zijn voor zover zij opzettelijk worden begaan en 'voor zover deze economische delicten geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen' (artikel 2 lid 1 WED). Daarnaast is hierbij van belang dat in de Wwft, in navolging van de Derde Witwasrichtlijn waarvan het de implementatie vormt, de zogenaamde 'risicogeoriënteerde benadering' (bij het cliëntenonderzoek)[378] het uitgangspunt is: 'bij dienstverlening die minder risico's oplevert (…), kan onder omstandigheden worden volstaan met een vereenvoudigd regime van maatregelen.[379] Voorts is evenals in de financiële toezichtswetgeving een zogenaamde 'principle based' approach als uitgangspunt genomen: de wet schrijft niet voor *hoe* de onder toezicht staande instellingen en personen een en ander moeten bereiken, maar alleen *wat* door hen moet worden bereikt.[380] Voor trustkantoren houdt dit in dat bij elke cliënt (op basis van de Wtt) en de met deze cliënt verband houdende transacties dient te worden beoordeeld of er een risico is dat deze klant betrokken raakt/is bij witwassen en/of het financieren van terrorisme en zo ja hoe groot dat risico is. Afhankelijk van de aard van de relatie en het risico dat daarin besloten ligt, zal op basis van de 'risicogeoriënteerde benadering' doorlopend controle op de relatie moeten worden uitgevoerd om te kunnen beoordelen of het risico met betrekking tot witwaspraktijken en het financieren van terrorisme nog steeds hetzelfde is en blijft. Van Kampen wijst in dit verband terecht op de grote druk die de Wwft hiermee op haar normadressaten legt, aangezien het niet naleven daarvan (ook) strafrechtelijk kan worden gesanctioneerd door middel van de WED: 'Daarmee is het (reputatie)risico voor de

---

Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (*PbEU* L 309) en ter uitvoering van richtlijn nr. 2006/70 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 1 augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigde klantenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten (*PbEU* L 214) en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. *Stb.* 2008, 304.

375 Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme). *Stb.* 2008, 303.

376 In beide artikelen (26 en 27 Wwft) gaat het om overtreding van de artikelen van de Wwft: artikel 2, 3 lid 1 tot en met lid 3 en lid 7, artikel 4 lid 1, lid 2 tweede volzin, lid 3 tweede volzin en lid 4, artikel 5 lid 1 en lid 3, artikel 6 lid 2, artikel 7 lid 2, artikel 8 en artikel 10 lid 2, artikelen 11 en 16, artikel 17 lid 2, artikel 23 lid 1 en 2, artikel 33, 34 en 35 Wwft.

377 Het gaat hier om overtreding van de voorschriften gesteld bij of krachtens artikelen 2, 3 lid 1, artikel 4 lid 1, artikel 5 lid 1 en lid 3, artikel 8, artikel 16, artikel 17 lid 2, artikel 23 lid 1 en lid 2, artikel 33 en artikel 34 Wwft.

378 De bepalingen betreffende het cliëntenonderzoek in de Wwft zijn niet van toepassing op trustkantoren, zie nader hieronder in subparagraaf 5.3.4.1 'De toepasselijkheid van de Wwft ten aanzien van trustkantoren'.

379 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 237, nr. 3, p. 2.

380 Idem, p. 3-4.

instellingen die onder het bereik van de Wwft vallen, enorm.'[381] Het hier genoemde zogeheten duale handhavingsstelsel, zoals dat met betrekking tot de voorgangers van de Wwft (de Wid en de Wet MOT) is ingevoerd[382], wordt in hoofdstuk 6 behandeld.

5.3.4.1 Afbakening: de toepasselijkheid van de Wwft ten aanzien van trustkantoren

De Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme beoogt als gezegd witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen. De Wwft doet dat – in de eerste plaats – door van haar normadressaten te verlangen dat in (vrijwel) alle gevallen de (beoogde) cliënt wordt geïdentificeerd en diens identiteit wordt geverifieerd en voorts dat ook (in het geval van andere dan natuurlijke personen) de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende (UBO) dient te worden geïdentificeerd en geverifieerd. Het resultaat van die identificatie/verificatie moet vervolgens worden vastgelegd en gedurende vijf jaren worden bewaard. Daarnaast eist de Wwft – in de tweede plaats – dat in deze wet als 'ongebruikelijke transacties' aangewezen transacties door de normadressaten worden gemeld aan het daartoe ingestelde meldpunt, te weten de Financial Intelligence Unit Nederland (FIU-Nederland), zodat (desgewenst) een onderzoek kan worden ingesteld.[383] Dat laatste indien de FIU deze transacties als 'verdachte transacties' heeft aangemerkt. Ook de gegevens met betrekking tot de melding dienen vijf jaren te worden bewaard. In bovengenoemde eisen van de Wwft aan haar normadressaten zijn duidelijk de voorgangers van deze wet te herkennen, namelijk in de eerste plaats de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid), die met name in de bepalingen van Hoofdstuk 2 van de Wwft 'Bepalingen betreffende cliëntenonderzoek' is terug te vinden, en in de tweede plaats de Wet Melding Ongebruikelijke Transacties (Wet MOT), die correspondeert met de bepalingen van Hoofdstuk 3 van de Wwft 'Bepalingen betreffende het melden van ongebruikelijke transacties'.[384] Deze onderverdeling in de bepalingen van de Wwft biedt een handvat om inzichtelijk te maken welk deel van de Wwft op trustkantoren van toepassing is: de bepalingen betreffende het cliëntenonderzoek in hoofdstuk 2 (corresponderend met de oude WID-bepalingen) zijn *niet* van toepassing op trustkantoren, zo volgt uit artikel 3 lid 5 Wwft. Volgens de toelichting op dit artikellid werd met de cliëntbepalingen in de Wtt reeds voldaan aan de verplichtingen die op basis van de Derde Witwasrichtlijn op dit terrein zijn gesteld, terzake wordt in de MvT van de Wwft opgemerkt:

> 'Een trustkantoor valt reeds onder toezicht ingevolge de Wtt. De Wtt legt voor de trustkantoren gelijksoortige identificatievereisten op als gegeven in dit wetsvoorstel. Hiermee is reeds voldaan aan de verplichtingen van de derde witwasrichtlijn. De Wtt bevat echter geen verplichting om ongebruikelijke transacties te melden. Om

---

381 P.T.C. van Kampen, *a.w.* 2011, p. 143.

382 Wet van 2 februari 2006 tot wijziging van de Wet MOT en de Wid. *Stb.* 2006, 187.

383 P.T.C. van Kampen, *a.w.* 2011, p. 143.

384 Bij de totstandkoming van de Wwft heeft het Ministerie van Financiën twee wetsvoorstellen opgesteld in het kader van de wijziging van de WID en de Wet MOT. Het eerste wetsvoorstel, door het Ministerie aangeduid als 'implementatievoorstel', strekte tot wijziging van de WID en de Wet MOT ter implementatie van Richtlijn 2005/60/EG en Richtlijn 2006/70/EG. Eerstgenoemde richtlijn is de 'Derde Witwasrichtlijn', die strekt tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (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, *PbEG* L 309/15). Richtlijn 2006/70/EG strekt tot vaststelling van de uitvoeringsmaatregelen van de 'Derde Witwasrichtlijn' voor wat betreft de technische aspecten van de definitie van politiek prominente personen, de technische criteria voor vereenvoudigde klantenprocedures en ten slotte de vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten (Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie van 1 augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor eenvoudige klantprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten, *PbEG* L 214/29). Het tweede wetsvoorstel, door het Ministerie aangeduid als het 'integratievoorstel', strekte tot samenvoeging van de WID en de Wet MOT, waarmee werd beoogd de inzichtelijkheid en de consistentie van de Nederlandse witwaswetgeving te verbeteren. Het wetsvoorstel trekt de WID en de Wet MOT in en integreert de bepalingen uit deze wetten tot één wet: de Wwft.

reden van wetssystematiek is ervoor gekozen om de meldingsplicht van trustkantoren op te nemen in het onderhavige wetsvoorstel.'[385]

Bovenstaand citaat laat over de bedoeling van de wetgever weinig aan duidelijkheid te wensen over: slechts de bepalingen in de Wwft betreffende het melden van ongebruikelijke transacties (Hoofdstuk 3 Wwft) zijn op trustkantoren van toepassing. De identificatievereisten van de Wwft zijn niet van toepassing, immers met betrekking tot de identificatievereisten bevat de Wtt reeds 'gelijksoortige' identificatievereisten. Toch zijn het echter de verschillen tussen de identificatievereisten van de Wtt en die van de Wwft geweest, die volgens het *Evaluatierapport Wtt* van het Ministerie van Financiën voor onduidelijkheid hebben gezorgd, met negatieve consequenties voor de praktijk als gevolg. Hierbij wordt slechts het volgens het Evaluatierapport meest opvallende verschil behandeld, te weten de definitie van de uiteindelijk belanghebbende (UBO). Op basis van de Wtt wordt de UBO gedefinieerd als een natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in een doelvennootschap dan wel begunstigde is van ten minste 10% van het vermogen van een stichting of van een trust (artikel 1 onderdeel c Wtt). In de Wwft kwalificeert een natuurlijke persoon pas als UBO indien hij begunstigde is van ten minste 25% van het vermogen van de stichting of trust (artikel 1 onderdeel f onder 2° Wwft).[386] De onduidelijkheid speelde in de praktijk volgens het Evaluatierapport Wtt met name waar de trustsector met cliënten in contact wordt gebracht via Nederlandse belastingadviseurs of accountants. In veel gevallen is gebleken dat de UBO zijn belastingadviseur of accountant als contactpersoon beschouwt en dat deze de contacten met het trustkantoor voor zijn rekening neemt. In een later stadium volgt dan alsnog direct contact tussen het trustkantoor en de UBO. In de kern is het probleem dat de adviseurs bij de cliëntacceptatie niet gebonden zijn geweest aan de strengere vereisten van de Wtt, maar aan de Wwft: de UBO die op basis van het 10% criterium van de Wtt moet worden onderzocht, kunnen met toepassing van het 25% criterium van de Wwft buiten beeld blijven. Dit maakt het voor trustkantoren problematisch om te vertrouwen op het eerder door de adviseurs verrichte onderzoek naar de UBO's die in de (beoogde) internationale structuur (waarvan de Nederlandse doelvennootschap onderdeel uit zal moeten gaan maken) voorkomen, aangezien in dat eerdere onderzoek de Wwft-definitie is gehanteerd. Het Ministerie van Financiën heeft in het *Evaluatierapport Wtt* dan ook het voornemen geuit 'te voorzien in een synchronisatie van de definities van gelijkluidende begrippen in de Wtt en de Wwft', waarbij 'Alle definities uit de Wtt zouden moeten worden herzien in het licht van de Wwft, maar ook in het licht van de FATF aanbevelingen.'[387] Teruggrijpend op het voorbeeld uit het Evaluatierapport moet worden opgemerkt dat het in de Wtt genoemde percentage met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 bijgesteld naar 25% (zoals hierboven in subparagraaf 5.3.3.2.4 'Vaststelling van de identiteit betreffende de uiteindelijk belanghebbende' reeds is besproken).

In het bovenstaande is vastgesteld dat aan het trustkantoor als normadressaat van de Wwft verplichtingen worden opgelegd met betrekking tot de naleving van de meldplicht bij 'ongebruikelijke transacties' (Hoofdstuk 3 Wwft), evenals de bewaarplicht ten aanzien van de gegevens die bij een melding moeten worden verstrekt (Paragraaf 5.2 'Gegevens met betrekking tot een ongebruikelijke transactie'). De meldplicht en de hieraan gekoppelde bewaarplicht worden in navolgende subparagrafen behandeld.

5.3.4.2 De meldplicht bij ongebruikelijke transacties

De meldplicht bij 'ongebruikelijke transacties' is opgenomen in artikel 16 Wwft. Het eerste artikellid daarvan bepaalt dat een instelling verplicht is een verrichte of voorgenomen ongebruikelijke transactie, binnen veertien dagen nadat het ongebruikelijke karakter van de transactie bekend is geworden, te melden aan het meldpunt. In de Wwft wordt met het meldpunt bedoeld het Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (artikel 1 onderdeel q jo artikel 12 lid 1 Wwft). Dit meldpunt is op 1 januari 2006 gefuseerd met het Bureau ter politiële ondersteuning van de Landelijk Officier van

385 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 238, nr. 3, p. 19.
386 *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 28.
387 Idem, p. 30.

Justitie inzake de Wet MOT (BLOM) tot de FIU Nederland[388], die hierboven reeds ter sprake is gekomen. Op grond van artikel 17 Wwft heeft het meldpunt de bevoegdheid nadere gegevens of inlichtingen te vragen bij de instelling die een melding heeft gedaan, alsmede bij de instelling die is betrokken bij een transactie waarover het meldpunt gegevens heeft verzameld, om te kunnen beoordelen of het meldpunt verzamelde gegevens zou moeten verstrekken onder meer aan opsporingsinstanties krachtens de Wwft of de Wet politiegegevens (zie in dit verband artikel 13 onder b Wwft)

5.3.4.2.1 De 'ongebruikelijke transactie'

Of een verrichte of voorgenomen transactie als 'ongebruikelijke transactie' in de zin van de Wwft dient te worden aangemerkt, moet thans[389] worden vastgesteld aan de hand van de 'Bijlage Indicatorenlijst' van het Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (UB Wwft).[390, 391] In de 'Bijlage Indicatorenlijst' is één subjectieve indicator opgenomen (die geldt voor alle meldingsplichtigen) en meerdere objectieve indicatoren (die gelden per vastgestelde categorie van meldingsplichtige instellingen). De *subjectieve indicator* (I) luidt 'Vermoedelijke witwastransacties of terrorismefinanciering', volgens de bijlage gaat het om 'Transacties waarbij de meldingsplichtige aanleiding heeft om te veronderstellen dat ze verband kunnen houden met witwassen of financiering van terrorisme.' Indien het trustkantoor aanleiding heeft om te veronderstellen dat een transactie verband kan houden met witwassen of financiering van terrorisme, dan dient het trustkantoor deze transactie op basis van deze Subjectieve Indicator I als 'ongebruikelijke transactie' aan te merken en is hij derhalve verplicht deze transactie te melden. Bij de indicatorenlijst wordt tevens opgemerkt dat het 'in de rede (ligt) dat transacties die in verband met witwassen aan politie of Openbaar Ministerie worden gemeld, ook aan het Meldpunt moeten worden gemeld; er is immers een vermoeden van witwassen.'[392] De *objectieve indicator* die (onder andere)[393] op trustkantoren van toepassing is (IIF) heeft als titel (en is derhalve gericht op) 'Contante transacties': 'Transacties van € 15.000 euro of meer betaald aan of door tussenkomst van de beroepsbeoefenaar in contanten, met cheques aan toonder of soortgelijke betaalmiddelen', dienen op grond van deze Objectieve Indicator IIF als ongebruikelijk te worden aangemerkt.

5.3.4.2.2 De beoordelingsmarge van het trustkantoor

Met name ten aanzien van eerstgenoemde subjectieve indicator geldt dat van het trustkantoor wordt verlangd dat hij op basis van kennis en ervaring zelf een inschatting maakt. Frielink en Van Eersel

---

388 De FIU Nederland is ondergebracht bij het Korps landelijke politie diensten (KLPD). Zie ook: www.om.nl. Gekozen is voor een zogeheten 'administratief meldpunt' in tegenstelling tot een 'politieel meldpunt' (dat organisatorisch onder opsporingsinstanties valt) of een 'juridisch meldpunt' (dat organisatorisch onder vervolgingsinstanties valt). De hieraan ten grondslag liggende gedachte is het beschermen van de privacy van degenen die voorwerp van de melding zijn, evenals het zoveel mogelijk waarborgen van de belangen van de meldingplichtigen. Aan de opsporings- en vervolgingsinstanties worden alleen gegevens verstrekt die betrekking hebben op *verdachte* transacties en derhalve van belang zijn voor het opsporen van misdrijven en de vervolging op basis daarvan. Zie ook: K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 104.

389 De nieuwe regeling van de indicatoren, zoals opgenomen in het Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, is sinds de inwerkingtreding van laatstgenoemd besluit op 1 augustus 2008 van kracht. *Stb.* 2008, 304.

390 Besluit van 15 juli 2008, houdende bepalingen met betrekking tot de reikwijdte van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, het vaststellen van indicatoren en het overdragen van bevoegdheden in het kader van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Uitvoeringsbesluit Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme). *Stb.* 2008, 305.

391 Artikel 15 Wwft.

392 Zie: UB Wwft, Bijlage Indicatorenlijst, 'Procedurele aspecten rondom een melding'.

393 Daarnaast worden genoemd: onafhankelijke juridische adviseurs, advocaten, notarissen, belastingadviseurs, externe accountants, bedrijfseconomische adviseurs, bemiddelaars in onroerende zaken (Subjectieve Indicator IIF).

merken terzake op dat dit voor het trustkantoor tot de volgende 'onzekerheid' (en risico's) kan leiden: indien door het trustkantoor wordt gemeld zonder dat (achteraf) sprake blijkt te zijn van een ongebruikelijke transactie, dan zal hij haar geheimhoudingsplicht schenden met het risico dat hij aansprakelijk zal worden gesteld. Anderzijds: indien (achteraf) wel sprake blijkt te zijn van een ongebruikelijke transactie, terwijl het trustkantoor geen melding daarvan heeft gemaakt, levert dit een schending van de meldplicht van artikel 16 Wwft op, hetgeen op grond van artikel 1 onder 2° WED een economisch delict oplevert (zie ook in de inleidende subparagraaf 5.4.3 hierboven) met mogelijk een strafrechtelijke sanctie tot gevolg. Volgens hen mag dan ook aangenomen worden dat een trustkantoor ter zake van deze indicator een ruime beoordelingsmarge heeft, zodat niet aanstonds voor aansprakelijkheid respectievelijk een strafrechtelijke sanctie hoeft te worden gevreesd wanneer achteraf blijkt dat het trustkantoor een onjuiste inschatting heeft gemaakt.[394]
Volgens Frielink en Van Eersel zijn in dit verband artikel 19 en 20 Wwft van belang. Op basis van eerstgenoemd artikel kunnen gegevens of inlichtingen die aan het meldpunt zijn verstrekt niet dienen 'als grondslag voor of ten behoeve van een opsporingsonderzoek of een vervolging wegens verdenking van, of als bewijs ter zake van een tenlastelegging wegens witwassen of financieren van terrorisme door de instelling die deze gegevens of inlichtingen heeft verstrekt' (artikel 19 lid 1 Wwft). Deze bepaling beoogt volgens de MvT van de Wwft een vrijwaring te bieden tegen strafrechtelijke vervolging terzake van witwassen of financiering van terrorisme, in de zin dat gegevens of inlichtingen die de instelling bij een melding verstrekt, niet kunnen worden gebruikt ten behoeve van een opsporingsonderzoek of strafrechtelijke vervolging van de instelling terzake van witwassen of financiering van terrorisme.[395] Voorts geldt dat indien deze gegevens zijn verstrekt 'in de redelijke veronderstelling' dat uitvoering wordt gegeven aan de meldplicht, deze gegevens niet als grondslag kunnen dienen voor een opsporingsonderzoek of vervolging, noch voor het bewijs ter zake van overtreding van artikel 272 Sr[396] door de instelling die deze gegevens of inlichtingen heeft verstrekt (artikel 19 lid 2 Wwft).[397] In de MvT wordt terzake toegelicht dat deze vrijwaring in het bijzonder betrekking heeft op advocaten en notarissen (niet genoemd worden: trustkantoren) die op grond van hun ambt een plicht tot geheimhouding hebben, waarbij schending van deze plicht onder omstandigheden een strafbaar feit (artikel 272 Sr) oplevert. Het gaat hier met name om het uitzonderlijke geval waarin melding achteraf niet behoefde plaats te vinden. [398]Tot slot bepaalt artikel 20 Wwft dat de instelling die op de voet van artikel 16 Wwft tot een melding is overgegaan niet aansprakelijk is voor de schade die een derde dientengevolge lijdt, 'tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan.' Met deze bepaling wordt beoogd meldplichtige instellingen te vrijwaren van civielrechtelijke aansprakelijkheid, waaronder actie op grond van wanprestatie (indien de instelling heeft besloten een transactie niet uit te voeren en deze te melden), evenals een actie op grond van onrechtmatige daad (in verband met de eventuele schade die is ontstaan ten gevolge van een melding door de instelling). In het bestanddeel 'tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat gelet op alle feiten en omstandigheden in redelijkheid niet tot melding had mogen worden overgegaan' ligt evenwel de voorwaarde besloten dat de instelling voldoende zorgvuldigheid betracht bij het naleven van de

394 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 104.

395 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 238, nr. 3, p. 29.

396 Artikel 272 luidt: Lid 1. Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie. Lid 2. Indien dit misdrijf tegen een bepaald persoon gepleegd is, wordt het slechts vervolgd op diens klacht.

397 Ten aanzien van beide bepalingen wordt in lid 3 van artikel 19 Wwft bepaald dat zij van overeenkomstige toepassing zijn ten aanzien van personen die werkzaam zijn voor een instelling die gegevens of inlichtingen verstrekt als in deze bepalingen omschreven en die daaraan hebben meegewerkt (artikel 19 lid 3 Wwft).

398 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 238, nr. 3, p. 29-30.

meldingsplicht.[399] De meldplicht prevaleert evenwel boven de gebruikelijke contractuele geheimhoudingsplicht.[400]

5.3.4.2.3 Het tipping off-verbod

Het trustkantoor is tot slot gehouden tot geheimhouding van haar melding (evenals haar voornemen daartoe), dit wordt het zogenaamde 'tipping off-verbod' genoemd. Artikel 23 lid 1 Wwft bepaalt dat een instelling die informatie heeft verstrekt (op basis van de meldingsplicht van artikel 16 Wwft, dan wel op verzoek van het meldpunt op basis van artikel 17 Wwft) gehouden is tot geheimhouding hiervan, alsmede van het gegeven dat deze melding of verstrekking aanleiding kan geven tot nader onderzoek. Zelfs indien de cliënt er naar vraagt, mag het trustkantoor hierover niet meer vertellen dan dat het op deze vraag geen antwoord mag geven.[401] Een en ander 'behoudens voor zover uit deze wet de noodzaak tot bekendmaking voortvloeit' (artikel 23 lid 1 Wwft). Hierbij moet volgens de MvT worden gedacht aan bestaande waarschuwingssystemen tussen instellingen, zoals het interbancaire waarschuwingssysteem, die een bijdrage kunnen leveren aan het voorkomen van witwassen.[402] Het tipping off-verbod geldt ook met betrekking tot gegevens of inlichtingen die de instelling van het meldpunt verkrijgt op basis van artikel 13c Wwft (artikel 23 lid 2 Wwft), waarmee wordt beoogd elke mogelijke verstrekking van deze gegevens uit te sluiten.[403]

5.3.4.3 Bewaarplicht gegevens melding ongebruikelijke transacties

Naast de hierboven beschreven meldplicht (van artikel 16 Wwft) is de meldingsplichtige gehouden tot naleving van de hieraan gekoppelde bewaarplicht, die is geregeld in artikel 34 Wwft. In dit artikel is bepaald dat een instelling de gegevens, bedoeld in artikel 16 lid 2 Wwft[404], op een toegankelijke wijze bewaart gedurende vijf jaar na het tijdstip van het doen van de melding.

5.3.4.4 Kritiek van de FATF op het meldgedrag van trustkantoren[405]

De FATF heeft kritiek op het meldgedrag van trustkantoren, zo stelde zij in haar Mutual Evaluation Report: 'the number of reports by TCSPs is very low having in mind that special financial institutions (SFI)-related flows were estimated to EUR 4.500 billion in 2007, or more than five times GDP.'[406] Bij

---

399 Idem, p. 30.

400 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 106. Zie onder andere: J. Italianer, 'De (civielrechtelijke aansprakelijkheid voor meldingen ingevolge de Wet MOT, in R.P.J.L. Tjittes en M.A. Blom (red.), *Bank & Aansprakelijkheid* , Serie recht en praktijk, deel 95, Deventer 1996, p. 131-141.

401 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 106. Zie ook: R. van der Hoeven en M.J.C. Visser, 'Praktische gevolgen van de invoering van identificatie- en meldingsplicht', *Advocatenblad* 2003/14, p. 609.

402 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 238, nr. 3, p. 31.

403 Idem, p. 31.

404 De instelling dient de volgende gegevens te verstrekken: a. de identiteit van de cliënt en, voor zover mogelijk, de identiteit van degene ten behoeve van wie de transactie wordt uitgevoerd; b. de aard en het nummer van het identiteitsbewijs van de cliënt; c. de aard, het tijdstip en de plaats van de transactie; d. de omvang en de bestemming en herkomst van de gelden, effecten, edele metalen of andere waarden die bij een transactie betrokken zijn; e. de omstandigheden op grond waarvan de transactie als ongebruikelijk wordt aangemerkt; f. een omschrijving van de desbetreffende zaken van grote waarde bij een transactie boven de € 15 000; g. aanvullende, bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen, gegevens (artikel 16 lid 2 Wwft).

405 Subparagraaf 5.3.4.4 is grotendeels ontleend aan een gezamenlijke publicatie met Jan van Koningsveld. De in deze subparagraaf vermeldde beschouwingen en berekeningen zijn ontleend aan de onderzoeksbevindingen in het kader van het promotieonderzoek naar misbruik van buitenlandse rechtspersonen, door Van Koningsveld. Zie: M.T. van der Wulp en J. van Koningsveld, 'Partially Compliant' De FATF-evaluatie 2011 en de Nederlandse trustsector, *Sanctierecht & Compliance*, p. 23-24.

406 *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*, 25 februari 2011, p. 239.

deze 'special financial institutions' (SFIs, oftewel 'bijzondere financiële instellingen': BFIs), gaat het om de circa 10.000 financierings-, royalty- of houdstermaatschappijen met buitenlandse aandeelhouders, die in Nederland zijn gevestigd.[407] Het volume van de geldstromen die jaarlijks via deze BFIs lopen, is geschat op ruim € 4.500 miljard.[408, 409] In een recente brief aan de kamer schrijft de staatssecretaris van financiën het volgende: 'Uit gegevens van DNB over 2008 kan worden vastgesteld dat de bruto gesommeerde geldstroom via zogenaamde bijzondere financiële instellingen 12.300 miljard euro bedroeg.'[410] In het evaluatierapport wordt laatstgenoemd bedrag niet behandeld.[411] Naast de genoemde 4.500 miljard euro haalt de FATF ter onderbouwing van haar kritiek een citaat uit het zogenaamde 'Unger-rapport' aan, waarin wordt opgemerkt dat 'some of the experts expressed that they would not be surprised if 1 percent of SFI transactions are used for money laundering.'[412] De FATF meent dat een verklaring voor het weinige melden moet worden gezocht in de gesignaleerde problemen betreffende de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende, alsook met betrekking tot de toegang tot informatie betreffende politically exposed persons. Zo komt de FATF ten aanzien van Recommendation 16 met betrekking tot trustkantoren tot de beoordeling *'Partially Compliant'* vanwege een geconstateerd 'lack of effectiveness.'[413]

---

407 In Nederland zijn naar schatting meer dan 20.000 doelvennootschappen (rechtspersonen met buitenlandse aandeelhouders) gevestigd, waarvan ongeveer de helft wordt aangemerkt als BFI. Zie ook: M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Giffen, P. Risseeuw en F.A.G. den Butter, *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures*, SEO 2008, p. 1.

408 '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.

409 In 2001 heeft DNB dit bedrag geschat op ongeveer 800 tot 4.500 miljard euro per jaar. De grondslag van deze berekening berust op een schatting van DNB op basis van informatie uit de betalingbalans. Zie *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 1. Over de omvang van deze geldstroom heeft de PvdA-fractie Kamervragen gesteld. Onder meer is gevraagd of er zicht is op de herkomst en bestemming van deze gelden en wat de toegevoegde waarde van dit wetsvoorstel is voor de bestrijding van witwassen. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 4, p. 2. De minister antwoordde dat de schatting moet worden bijgesteld naar 800 miljard euro en dat deze cijfers gebaseerd zijn op informatie van de betalingsbalans over 2001. Niet vermeld is hoe dit bedrag is opgebouwd. Vragen over de herkomst en bestemming van de gelden, zo deelde de minister mee, konden niet worden beantwoord omdat een en ander veel tijd zou vergen, terwijl de informatie beperkt zou zijn tot de volgende schakel in de structuur. En die behoefde niet noodzakelijkerwijs het eindpunt te zijn. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 041, nr. 5, p. 2.

410 Brief staatssecretaris van Financiën van 22 december 2010, Kamervragen 2010Z18347, met name vraag 9. Dit betreft een antwoord op Kamervragen over het Nederlandse fiscale stelsel voor multinationals. Volgens de staatssecretaris levert de trustsector een substantiële toegevoegde waarde voor de Nederlandse economie, met een geschatte toegevoegde waarde van 1,5 miljard per jaar. Hiervan is ongeveer € 1 miljard afkomstig uit belastingen en € 0,5 miljard voor de financiële dienstverleners. Daarnaast levert het nog werkgelegenheid op.

411 Niet uit het oog moet worden verloren dat er als gezegd circa 10.000 BFIs in Nederland zijn gevestigd, waarover het genoemde bedrag zou moeten lopen. De vraag is hier van belang of deze geldstroom ook daadwerkelijk over de Nederlandse bankrekeningen van deze BFIs loopt en daarmee de genoemde grote risico's oplevert op het gebied van belastingontduiking, witwassen en integriteit, met als mogelijk gevolg aansprakelijkheidsclaims en reputatieschade bij financiële instellingen en dienstverleners. Om hierover meer duidelijkheid te verkrijgen dient, bij het bepalen van de daadwerkelijke geldstromen die over de bankrekeningen van de door Nederlandse trustkantoren beheerde BFIs lopen, een aantal zaken in acht genomen te worden. In de eerste plaats is het mogelijk en ook zeer waarschijnlijk dat een aantal BFIs ook bankrekeningen heeft die buiten Nederland worden aangehouden. In de tweede plaats is het mogelijk dat het niet alleen om een girale geldstroom gaat, maar ook om contante verplichtingen die alleen administratief worden verwerkt, waarbij bijvoorbeeld moet worden gedacht aan deelnemingen of leningen, waarbij rentebetalingen die door contractspartijen niet daadwerkelijk worden betaald, maar door de BFI worden bijgeboekt bij de hoofdsom. Tot slot betreft de omvang van de geldstroom alleen de BFIs en niet de geldstromen door andere vennootschappen.

412 B. Unger, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busuioic en K. Wokke, *The amounts and the effects of money laundering*, 16 februari 2006, p. 11.

413 FATF, *t.a.p.* 2011, p. 239-241.

In onderstaande tabel is een overzicht weergegeven van het aantal meldingen van trustkantoren in de periode 2005 tot en met 2009.[414]

Ongebruikelijke (OT) en verdachte transacties (VT) trustkantoren: periode 2005-2009.

Jaar	**O.T.**		**V.T.**	
	Aantal	Bedrag €	Aantal	Bedrag €
2005	7	n.b.	4	43.626.800[415]
2006	5	n.b.	1	25.000
2007	3	15.006.000	4	18.232.500
2008	4	2.970.000	0	0
2009	5	1.097.000	1	300
Totaal	24		10	

Bron: FATF 2011, p. 238 en Jaaroverzichten FIU. [416]

Uit bovenstaande tabel is volgens Van Koningsveld op te maken dat er in vijf jaar totaal 24 ongebruikelijke transacties door trustkantoren zijn gemeld. Van deze 24 meldingen zijn er door het FIU in totaal 10 als verdachte transacties aangemerkt. Hij benadrukt dat het niet bekend is hoeveel van deze meldingen daadwerkelijk hebben bijgedragen aan een veroordeling voor witwassen. Ten aanzien van het jaar 2008 kan volgens hem het volgende worden vastgesteld. Volgens cijfers van DNB is er in totaal circa 12.300 miljard euro 'door de trustsector' gevloeid. Het totaal aantal transacties waarom het gaat is echter niet bekend. Door de trustsector (152 instellingen) zijn er in 2008 een totaal van 4 ongebruikelijke transacties gemeld, met een totaalbedrag van € 2.970.000,--, waarvan er door het FIU geen enkele transactie als 'verdachte transactie' is gekwalificeerd. Hieruit zou kunnen worden afgeleid (zoals het IMF doet)[417] dat kwantitatief gezien het aantal ongebruikelijke transacties gering is. De conclusie van het Mutual Evaluation Report dat trustkantoren te weinig ongebruikelijke transacties zouden hebben gemeld lijkt op het eerste gezicht begrijpelijk, maar is volgens Van Koningsveld weinig cijfermatig en feitelijk onderbouwd. Bovendien moet volgens hem niet uit het oog worden verloren dat het melden geen doel op zich is, maar een middel om het primaire doel, namelijk het effectiever bestrijden van witwassen, te verbeteren. Om dit laatste te kunnen beoordelen is volgens hem de ontwikkeling van objectieve en meetbare parameters onontbeerlijk, waarbij bijvoorbeeld moet worden gedacht aan het aantal veroordelingen voor witwassen, het aantal vervolgingen, het aantal meldingen of het bedrag aan ontnomen misdaadgeld.[418]

5.3.5 De normstellingen op basis van de Sanctiewet 1997 ten aanzien van trustkantoren

In deze subparagraaf worden de verplichtingen van de trustkantoren behandeld, die zijn vastgelegd op basis van de Sanctiewet 1977. Zoals in subparagraaf 5.2.5.4 'Toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977 op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977' aan de orde is gekomen, hebben de AFM en DNB regels opgesteld voor het toezicht op en de naleving van de verplichtingen op basis van de 'Sanctieregelgeving', waaronder dient te worden verstaan: de Sanctiewet 1977 en de op grond daarvan vastgestelde regelingen en besluiten met betrekking tot het financieel verkeer (artikel 1 onderdeel c Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Hiertoe is als gezegd de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 opgesteld, waarin een meldplicht is opgenomen, evenals een bewaarplicht met betrekking tot informatie die door DNB kan worden gevraagd. De kern van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 is dat de instellingen waarop de regeling van toepassing is zelf de nodige maatregelen treffen in de

414 De jaarcijfers van 2010 zijn nog niet openbaar gemaakt.

415 Hierbij dient opgemerkt te worden dat volgens een respondent het totale bedrag vrijwel geheel betrekking heeft op een grote transactie.

416 In de jaaroverzichten worden er geen bedragen vermeld van ongebruikelijke transacties alleen van verdachte transacties

417 Opmerking verdient dat het feitelijke onderzoek is uitgevoerd door onderzoekers van het IMF in opdracht van de FATF.

418 M.T. van der Wulp en J. van Koningsveld, *t.a.p.* 2011, p. 23.

administratieve organisatie en interne controle (AO/IC) om de naleving van de Sanctieregelgeving te waarborgen. Van laatstgenoemde Sanctieregelgeving wordt eerst een overzicht gegeven, waarna bovengenoemde verplichtingen van het trustkantoor worden behandeld.

5.3.5.1 Sanctieregelgeving: de Sanctiewet 1977 en de op grond daarvan vastgestelde regelingen en besluiten met betrekking tot het financieel verkeer

De Sanctieregelgeving behelst als gezegd de Sanctiewet 1977 evenals de op grond daarvan vastgelegde regelingen en besluiten met betrekking tot het financieel verkeer. Hierboven kwam tevens reeds ter sprake dat DNB op grond van de Sanctiewet 1977 belast is met het toezicht op trustkantoren 'ten aanzien van de naleving van het bij of krachtens de Sanctiewet gestelde met betrekking tot het economisch verkeer' (artikel 10 aanhef en onderdeel h Sanctiewet 1977), waartoe DNB op de bevoegdheden op basis van de bepalingen van Afdeling 5.2 Awb ter beschikking staan (artikel 10 lid 3 Sanctiewet 1977). Daarnaast is de Minister van Financiën bevoegd om regels te stellen voor de bedrijfsvoering met betrekking tot de administratieve organisatie en de interne controle (artikel 10b lid 1 Sanctiewet 1977) evenals omtrent het verstrekken van gegevens door deze instellingen (artikel 10b lid 2 Sanctiewet 1977). Laatstgenoemde regels zijn als gezegd uitgewerkt in de Regeling toezicht Sanctiewet 1977, die in navolgende subparagrafen wordt besproken aangezien hierin belangrijke verplichtingen aan trustkantoren worden opgelegd. Als gezegd dient de administratie niet alleen op grond van de Wtt en de Rib, maar ook op grond van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 te voorzien in een adequate controle op het naleven van de Sanctieregelgeving. In onderhavige paragraaf wordt behandeld welke verplichtingen in de Sanctieregelgeving – de Sanctiewet 1977 en de op grond daarvan vastgelegde regelingen en besluiten – met betrekking tot het financieel verkeer ten aanzien van trustkantoren worden opgelegd.

Sanctiewet 1977

De Sanctiewet 1977 biedt een basis voor de implementatie van internationale sancties in Nederland.[419] Artikel 2 Sanctiewet 1977 geeft daartoe aan op welke wijze dergelijke sancties in Nederland worden geïmplementeerd. Zij luidt: 'Ter voldoening aan verdragen, besluiten of aanbevelingen van organen van volkenrechtelijke organisaties, dan wel aan internationale afspraken, met betrekking tot de handhaving of het herstel van de internationale vrede en veiligheid of de bevordering van de internationale rechtsorde dan wel de bestrijding van terrorisme, kunnen bij algemene maatregel van bestuur ten aanzien van de in de artikelen 3 en 4 bedoelde onderwerpen regels worden vastgesteld' (lid 1) en 'Indien de te stellen regels uitsluitend strekken ter uitvoering van verplichtingen die voortvloeien uit verdragen of uit bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties kan Onze Minister deze vaststellen' (lid 2). Uit deze bepaling volgt dat indien er sprake is van een zogenaamd 'verplicht sanctieregime'[420], de implementatie in Nederland plaatsvindt door middel van een ministeriële

---

419 Zie met name: M.K. Bulterman, *Financiële sancties. De totstandkoming en implementatie van financiële VN-sancties en hun gevolgen voor financiële instellingen*, Amsterdam: NIBE-SVV 2003, hoofdstuk 4, waarin het Nederlandse wettelijk kader voor de uitvoering van internationale sancties wordt beschreven, waarbij wordt ingegaan op de totstandkoming en ontwikkeling van de huidige 'nieuwe' Sanctiewet 1977. Nederland kent sinds 1935 een sanctiewet om internationale sancties ten uitvoer te leggen. Naar aanleiding van tekortkomingen daarvan die in de jaren zestig bij de uitvoering van VN-sancties tegen Rhodesië aan het licht zijn gekomen, is besloten tot het opstellen van de Sanctiewet 1977. Deze wet is sinds haar inwerkingtreding overigens een (aanzienlijk) aantal malen gewijzigd, waaronder wijzigingen in verband met tekortkomingen bij haar praktische implementatie: *Stb.* 1980, 93; *Stb.* 1997, 510; *Stb.* 2000, 196; *Stb.* 2000, 496. Zie over deze tekortkomingen met name M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 25.

420 M.K. Bulterman, *a.w.* 2000, p. 26. Als 'verplichte regimes' in de zin van artikel 2 lid 2 Sanctiewet 1977 worden in de wetsgeschiedenis genoemd: de bindende besluiten van de Veiligheidsraad en de daarop gebaseerde Europese verordeningen. Bulterman wijst er in dit verband op dat door Elderson overtuigend is bepleit dat artikel 2 lid 2 Sanctiewet 1977 alleen zou mogen worden gebruikt indien de VN-resolutie geen beleidsruimte laat aan de lidstaten. Hij heeft derhalve kritische kanttekeningen bij de implementatie van VN-resolutie 1373(2001), aangezien dat bij die resolutie niet het geval is: het is aan lidstaten om te bepalen welke personen of organisaties als terrorist in de zin van de resolutie zijn te beschouwen. Zie: F. Elderson 'Regelgeving op het terrein van financiële sancties en de nasleep van de

regeling ('sanctieregeling'). Internationale sancties (evenals wijzigingen in het internationale sanctieregime) kunnen zo snel (via de sanctieregeling) en eenvoudig in Nederland ten uitvoer worden gelegd (aangezien de sanctieregeling niet behoeft te worden gevolgd door een algemene maatregel van bestuur). In de praktijk worden veelal ook de uitvoeringsmaatregelen ten behoeve van eenzijdige EU-sancties op artikel 2 lid 2 Sanctiewet 1977 gebaseerd.[421]

Sanctiemaatregelen
In artikel 3 Sanctiewet 1977 wordt expliciet aangegeven dat het bij de regeling van het soort maatregelen, dat onderwerp kan zijn van een sanctiemaatregel of een sanctiebesluit, om een *niet limitatieve* opsomming gaat: 'De in artikel 2 bedoelde regels kunnen betreffen het goederen- en diensten- en financieel verkeer, de scheepvaart, de luchtvaart, het wegverkeer, de post en de telecommunicatie *en al hetgeen overigens is vereist ter voldoening aan de verdragen, besluiten, aanbevelingen dan wel internationale afspraken*, bedoeld in artikel 2' (artikel 3 lid 1 Sanctiewet 1977, mijn cursivering vdW). Met de gecursiveerde zinsnede beoogde de wetgever de implementatie van nog niet voorziene sanctieverplichtingen op basis van de Sanctiewet 1977 mogelijk te maken.[422] Aanvankelijk voorzag artikel 3 Sanctiewet 1977 slechts in de mogelijkheid dat sancties konden worden genomen met betrekking tot staten en gebieden.[423] Door verdere aanpassing van de Sanctiewet 1977 kunnen (sinds 7 juni 2002)[424] ook ten aanzien van personen of groepen van personen sanctiemaatregelen worden genomen.[425] Op diezelfde dag is door middel van de Sanctieregeling terrorisme 2002 overtreding van de Europese sanctieverordening strafbaar gesteld,[426] waarna de Sanctieregeling terrorisme 2002 II, de Sanctieregeling terrorisme 2007 en de Sanctieregeling terrorisme 2007 II zijn gevolgd.[427] Het grootste deel van de sanctieregelgeving ziet op de verplichting van het bevriezen van financiële middelen die toebehoren aan (rechts)personen en entiteiten die in de Sanctieregelgeving zijn genoemd, evenals het voorkomen van het ter beschikking stellen van financiële middelen aan die (rechts)personen en entiteiten, te weten zogenaamde 'freeze-lijsten' (gebundeld in de nader te bespreken electronic-Combined Targeted Financial Sanctions List'). Daarnaast bestaat er Sanctieregelgeving die ziet op andere dan voorgaande normen, namelijk het

---

terroristische aanslagen van 11 september 2011: een overzicht van de stand van zaken een maand na dato', *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht* 2001, p. 279. Zie ook over VN-resolutie 1373(2001): M.T. van der Wulp, *t.a.p.* 2008, p. 218 e.v.

421 Hierdoor is de implementatie van internationale sancties in Nederland enigszins gewijzigd ten opzichte van het 'oude regime' (van voor de inwerkingtreding van de wetswijziging van april 2000), waaronder internationale sanctiemaatregelen ook ten uitvoer werden gelegd door middel van een ministeriële regeling. De werkingsduur daarvan was echter beperkt tot uiterlijk tien maanden. Om het sanctieregime in stand te houden diende derhalve voor de afloop van die termijn een AMvB tot stand te worden gebracht. Dit 'oude regime' is thans nog steeds van kracht bij 'onverplichte regimes' (waarin er geen verplichting is voor Nederland om bepaalde sanctiemaatregelen te nemen). M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 27.

422 M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 27. Zie in dit verband: *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 872, nr. 3, p. 1.

423 Thans geldt de navolgende sanctieregelingen, waarop in dit verband kan worden gewezen: Sanctieregeling Afghanistan 2011, Sanctieregeling Belarus 2006, Sanctieregeling Birma 2008, Sanctieregeling Congo 2005, Sanctieregeling Egypte 2011, Sanctieregeling Eritrea 2011, Sanctieregeling Guinee 2010, Sanctieregeling Irak 2004, Sanctieregeling Irak 2004 II, Sanctieregeling Iran 2010, Sanctieregeling Joegoslavië 2001, Sanctieregeling Libanon en Syrië 2007, Sanctieregelgeving Liberia 2004, Sanctieregeling Liberia 2004 II, Sanctieregeling Libië 2011, Sanctieregeling Noord-Korea 2007, Sanctieregeling Somalië 2003, Sanctieregeling Sudan 2005, Sanctieregeling Syrië 2011, Sanctieregeling Tunesië 2011 en Sanctieregeling Zimbabwe 2004.

424 *Stb.* 2002, 270.

425 Wet van 16 mei 2002 tot wijziging van de Sanctiewet 1977 met het oog op de implementatie van internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen. *Stb.* 2002, 270.

426 M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 29.

427 Zie ook: M.T. van der Wulp, *t.a.p.* 2008, p. 226 e.v.

stellen van een verbod om financieringsmiddelen of financiële bijstand te verlenen aan onder meer de verkoop van wapens.[428, 429]
Ten aanzien van het bovenstaande geldt dat de specifieke sanctieregimes in Nederland daadwerkelijk worden geëffectueerd door middel van hierboven genoemde sanctieregelingen en sanctiebesluiten, die met name van belang zijn voor de strafbaarstelling van overtreding van het sanctieregime. Het sanctieregime zelf wordt ingesteld in de Europese sanctieverordening, zo ook bij de tenuitvoerlegging van financiële sancties in Nederland.[430] In geval van financiële sancties wordt bovendien van de mogelijkheid gebruik gemaakt om door Nederlandse regelgeving financiële sancties in te voeren, waarbij wordt vooruitgelopen op besluiten die op Europees niveau zullen volgen. Bulterman onderkent dat deze mogelijkheid om, in afwachting van deze Europese regelgeving op nationaal niveau spoedeisende maatregelen te nemen, vanuit het oogpunt van de effectiviteit van financiële sancties een goede zaak is, maar wijst er evenwel op dat dit 'samenspel' van Europese en nationale regelgeving in de praktijk tot een weinig overzichtelijk rechtsregime leidt.[431] Thans zal bovengenoemde electronic-Combined Targeted Financial Sanctions List' uitkomst bieden, aangezien daarin alle namen van (rechts)personen en entiteiten zijn gebundeld die in de Sanctieregelgeving worden genoemd.

Concreet dient het trustkantoor de financiële middelen van (rechts)personen en entiteiten die voorkomen op de 'electronic-Combined Targeted Financial Sanctions List' (hierna ook: e-CTFSL)[432] te bevriezen, alsook handelsembargo's in de gaten te houden; op de hoogte te zijn van landen die zijn vermeld op de zogenoemde Non-Cooperative Countries and Territories-lijst of waartegen een financiële sanctie loopt. Evenals Lugard wijst Stijnen er in dit verband op dat deze controle geregeld zal moeten plaatshebben, hetgeen volgens hen kan worden gerealiseerd door periodiek de websites van de Europese Commissie, de FATF, de OESO, de VN, het ministerie van Economische Zaken en de nationale toezichthouders te raadplegen.[433]

5.3.5.2 De meldplicht

In het geval een trustkantoor constateert dat de identiteit van een 'relatie' overeenkomt met een (rechts)persoon of entiteit als bedoeld in de Sanctieregelgeving, dient zij dit onverwijld aan DNB te melden en dient zij hierbij tevens de gegevens van de identiteit van de relatie aan de toezichthouder te overleggen (artikel 3 Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Als 'relatie' wordt hierbij aangemerkt: 'een

---

428 Als voorbeeld kan worden gewezen op sanctiemaatregel tegen de Democratische Republiek Congo, zie verordening 1727/2003, *PbEG* 2003, L 152. Zie ook bovengenoemde Sanctieregeling Congo 2005.

429 *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 4.2 Doelstelling van de Sanctieregelgeving.

430 Zie nader M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 33: In het geval van VN-sancties wordt eerst op Europees niveau een gemeenschappelijk standpunt aangenomen. De hierin opgenomen financiële sanctiemaatregelen worden uitgevoerd door een sanctieregeling op basis van artikel 60 EG-Verdrag. In een sanctieregeling op basis van de Sanctiewet 1977 wordt vervolgens overtreding van de bepalingen uit de sanctieverordening strafbaar gesteld. Zie ook: R.-J. Lugard, 'Sanctieregelgeving. De Sanctiewet 1977 en de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 in het algemeen en in het bijzonder voor trustkantoren', TvCo 2006/4, p. 100 e.v.

431 M.K. Bulterman, *a.w.* 2003, p. 33-34. Volgens Bulterman wijst er op dat hier de oplossing lijkt te zijn gevonden in de Europese sanctieverordening van 27 mei 2002 (Verordening 881/2002, *PbEG* 2002, L 139/9). In de bijlage bij deze verordening staan zoals gebruikelijk de namen vermeld van de personen die doelwit zijn van de in de verordening opgenomen financiële sancties. Nu de Commissie gemachtigd is om deze bijlage te wijzigen of aan te vullen op basis van besluiten van de Veiligheidsraad of het sanctiecomité van de Verenigde Naties, betekent dit dat wijzigingen in het VN-sanctieregime eenvoudig kunnen worden doorgevoerd: slechts de bijlage behoeft te worden gewijzigd (er behoeft niet meer een nieuwe verordening op basis van artikel 60 EG-verdrag te worden aangenomen). Volgens Bulterman betekent dit dat er minder noodzaak zal zijn vooruitlopend op de Europese regelegeving nationale maatregelen te treffen ter effectuering van wijzigingen in het VN-sanctieregime.

432 Ook wel aangeduid als de 'electronic-Consolidated Targeted Financial Sanctions List' ofwel de Europese Databank.

433 R.-J. Lugard, *t.a.p.* 2006, p. 104-105. Zie ook: R. Stijnen, 'Compliance en de poortwachterfunctie van trustkantoren', in: *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 174.

ieder die betrokken is bij een financiële dienst of transactie' (artikel 1 onderdeel b Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Het gaat bij de term 'identiteit' om de namen en eventuele overige identificerende gegevens, zoals de geboortedatum of woonplaats, van die (rechts)personen en entiteiten. Het doel van deze financiële sanctiemaatregelen is te voorkomen dat de genoemde personen of organisaties direct of indirect over financiële middelen kunnen beschikken. Alle namen van deze (rechts)personen en entiteiten op wie de sanctieregelgeving van toepassing is, zijn opgenomen in de bovengenoemde 'electronic-Combined Targeted Financial Sanctions List' (e-CTFSL), die is gepubliceerd op de website van de Europese Commissie.[434]

Met het verstrekken van gegevens (als bedoeld in artikel 3 Regeling toezicht Sanctiewet 1977) wordt minimaal bedoeld het overleggen van gegevens over de identiteit van de relatie, een opgave van de omvang van het bevroren saldo, een opgave van het nummer van de geld-, effecten- of beleggersrekening alsmede, voor zover van toepassing een korte beschrijving van de precieze aard van de relatie, een opgave van naam, adres en telefoon/faxnummer van de contactpersoon binnen de instelling. Tevens dient te worden aangegeven op basis van welke sanctieregeling is gehandeld. Voor het verstrekken van de gegevens dient thans gebruik te worden gemaakt van een Meldformat, dat te vinden is op de websites van AFM en DNB.[435]

5.3.5.3 De bewaarplicht en de het verstrekken van informatie aan DNB

Het trustkantoor dient voorts de gegevens betreffende de meldingen, evenals de gegevens van rekeningen van en transactie met de bij de meldingen betrokken relaties, te bewaren tot vijf jaar nadat bovengenoemde Sanctieregelgeving, waarin de desbetreffende (rechts)persoon of entiteit is genoemd, niet meer van kracht is of buiten werking is gesteld (artikel 4 Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Tot slot stelt het trustkantoor desgevraagd gegevens aan DNB ter beschikking met betrekking tot de uitvoering van deze regeling (artikel 5 Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Eerstgenoemd artikel strekt ertoe te waarborgen dat relevante informatie over de gemelde relatie beschikbaar blijft bij een instelling. Naast de gegevens van de melding dienen derhalve ook de rekening- en transactiegegevens betreffende die relatie bewaard blijven. Daarnaast is het van belang dat, zodra een instelling financiële middelen heeft bevroren, de instelling de onderliggende Sanctieregeling (en eventueel Europese Verordening) beziet op mogelijke uitzonderingen. In het algemeen dienen de financiële middelen bevroren te blijven totdat de betreffende Sanctieregeling (c.q. verordening) wordt gewijzigd en de verplichting om te bevriezen ophoudt te bestaan.[436]
DNB kan informatie opvragen bij een trustkantoor betreffende de naleving van deze regeling (artikel 5 Regeling toezicht Sanctiewet 1977). Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 10b lid 2 Sanctiewet 1977 en doet niet af aan de bevoegdheden die zijn toegekend uit hoofde van Titel 5:2 Awb. Dit houdt bijvoorbeeld in dat DNB te allen tijde bij een trustkantoor kan informeren naar bevroren financiële middelen en transacties die hebben plaatsgevonden. Zowel gedurende de van kracht zijnde Sanctieregelgeving als daarna kunnen dergelijke verzoeken gedaan worden. Een trustkantoor dient derhalve in staat te zijn informatie over de bevroren financiële middelen, inclusief transactiegegevens, te kunnen verstrekken aan DNB tot vijf jaar nadat een Sanctieregeling niet meer van kracht is of buiten werking is gesteld.[437]

5.3.5.4 AO/IC-maatregelen

De kern van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 is als gezegd dat het trustkantoor dient te waarborgen dat zij op het gebied van de administratieve organisatie en interne controle maatregelen heeft getroffen ter naleving van de Sanctieregelgeving, die ten minste dienen te zien op een adequate controle van de administratie op het identificeren van relaties die overeenkomen met (rechts)personen en entiteiten als bedoeld in genoemde Sanctieregelgeving, dit laatste met het oog op het bevriezen van

---

434 Persbericht, DNB 3 oktober 2005, Nr. 2005/149.
435 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', artikelgewijs commentaar artikel 3.
436 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', artikelgewijs commentaar artikel 4.
437 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', artikelgewijs commentaar artikel 5.

financiële middelen van die relatie of het voorkomen van het ter beschikking stellen van financiële middelen of diensten aan die relatie (artikel 2 Regeling toezicht Sanctiewet 1977). In de toelichting op de regeling worden vier aspecten genoemd, die als uitgangspunt dienen bij de vaststelling van AO/IC-maatregelen en hieronder kort worden besproken, te weten: i. de doelstelling van de Sanctieregelgeving; ii. de principle-based benadering; iii. de 'relatie'; en iv. het uitgangspunt van het tijdig handelen.

De doelstelling van de Sanctieregelgeving
Het uitgangspunt moet voor trustkantoren in de eerste plaats zijn dat zij in lijn met de doelstellingen van de Sanctieregelgeving handelen. Dat is tevens de 'principle based' normstelling die aan de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 ten grondslag ligt, zie nader hieronder. In de toelichting wordt verduidelijkt dat de nationale Sanctieregelgeving veelal is vastgelegd ter strafbaarstelling van een norm, die is neergelegd in een Europese verordening. Het is derhalve van belang om de specifieke normen en doelstellingen van deze verordening voor ogen te houden, aangezien zij per verordening kunnen verschillen. Als leidraad dient volgens de toelichting het volgende basisonderscheid te worden gemaakt. Enerzijds is (het grootste deel van) de Sanctieregelgeving gericht op de verplichting van het bevriezen van financiële middelen die toebehoren aan (rechts)personen en entiteiten, evenals het voorkomen van het ter beschikking stellen van financiële middelen aan die (rechts)personen en entiteiten, waarvan de namen als gezegd gebundeld zijn in de e-CTFSL (zie hierboven). Voor de naleving van de diverse sanctiemaatregelen met laatstgenoemde doelstellingen kunnen dezelfde AO/IC-maatregelen worden getroffen. Anderzijds zijn er sanctiemaatregelen die juist niet zien op het bovengenoemde bevriezen van financiële middelen, maar op het instellen van een verbod om financieringsmiddelen of financiële bijstand te verlenen voor onder meer de verkoop van wapens, waarbij het trustkantoor dus zal moeten voorkomen dat ze meewerkt aan transacties die zulks tot doel hebben. Volgens de toelichting dienen met betrekking tot de naleving van de diverse sanctiemaatregelen en de verplichtingen die hieruit voortvloeien, waarschijnlijk andere AO/IC-maatregelen getroffen te worden, waarbij kan worden gedacht aan extra due deligence op transacties naar het betreffende land waartegen de sanctiemaatregelen zijn gericht.[438]

Een 'principle based' normstelling
In de tweede plaats dienen de AO/IC maatregelen er toe te leiden dat een trustkantoor in staat is haar administratie zodanig te controleren dat zij kort gezegd de financiële middelen van de in de Sanctieregelgeving genoemde (rechts)personen en entiteiten kan detecteren en bevriezen en de toezichthouder daarover onverwijld kan informeren. Hierbij is gekozen voor een 'principle based' normstelling. Het trustkantoor dient zelf te bepalen op welke wijze zij die controle uitvoert en wat daarvoor nodig is, waaraan het trustkantoor derhalve een 'risicogeoriënteerde' invulling kan geven. Dit betekent dat het trustkantoor een eigen risico inschatting dient te maken op basis waarvan zij maatregelen treft ter uitvoering van deze regeling en waarbij ze zich telkens er van dient te vergewissen dat het risico minimaal is dat bij een financiële dienst of transactie financiële middelen naar een van de (rechts)personen en entiteiten gaan die in de Sanctieregelgeving worden genoemd.[439] Het toezicht van DNB is beperkt tot de beoordeling van de genomen AO/IC-maatregelen ter uitvoering van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 vanuit een principle based-benadering.

De term 'relatie'
Het derde aandachtspunt is de term 'relatie', waarmee onder meer worden bedoeld: de cliënten van een instelling (of een trustkantoor) de begunstigden van een transactie of product, de uiteindelijk belanghebbende van financiële middelen, correspondentbanken en de wederpartij bij een financiële transactie of product, waarbij er rekening mee gehouden dient te worden dat ook gemachtigden toegang kunnen hebben tot rekeningen en/of financiële middelen. Derhalve is in de regeling ervoor gekozen om het begrip 'relatie' te definiëren als 'een ieder die betrokken is bij een financiële dienst of een financiële transactie' (artikel 1 onderdeel b Regeling toezicht Sanctiewet 1977), aangezien het

438 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 4.2 Doelstelling van de Sanctieregelgeving.
439 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 4.3 Principle en risk based.

treffen van AO/IC-maatregelen ook op dit punt dient aan te sluiten bij de doelstellingen van de Sanctieregelgeving.[440]

Het uitgangspunt van 'tijdig handelen'
Tot slot wordt er op gewezen dat de effectiviteit van de Sanctieregelgeving sterk afhankelijk is van het tijdig handelen zodra zich een wijziging heeft voorgedaan in de Sanctieregelgeving, aangezien diegene die zijn naam in de Sanctieregelgeving genoemd ziet zal proberen om zijn financiële middelen zo spoedig mogelijk veilig te stellen alvorens deze kunnen worden bevroren. Dit betekent dat van een trustkantoor wordt verwacht dat zij bij het treffen van AO/IC-maatregelen aandacht besteedt aan een tijdige controle van de administratie, zodat het trustkantoor tijdig op de hoogte kan geraken van wijzigingen in de Sanctieregelgeving. Wat het trustkantoor als tijdig handelen beschouwt, dient zij zelf te bepalen, gezien de diensten en producten die ze aanbiedt en gezien de categorie cliënten met wie ze zaken doet.[441]

Nadere uitwerking in de leidraad van het Ministerie van Financiën
In aanvulling op bovenstaande uitgangspunten kan met name worden gewezen op de behandeling van de sanctiemaatregelen in de *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en Sanctiewet* van het Ministerie van Financiën. In de navolgende subparagrafen wordt deze leidraad besproken vanwege de uitgebreide informatie die zij verschaft over de sanctiemaatregelen.

5.3.6 Twee leidraden met betrekking tot de Wwft en de Sanctiewet 1977

5.3.6.1 Inleiding en aanleiding
Ten aanzien van de wettelijke verplichtingen van trustkantoren op basis van de Wwft en de Sanctiewet 1977 zijn recent twee leidraden verschenen, waarin aan de onder deze wetten vallende instellingen een handreiking wordt gegeven voor wat betreft de wijze waarop zij deze verplichtingen in de praktijk kunnen uitleggen en toepassen. De eerste leidraad die hier moet worden genoemd is de *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en Sanctiewet*, die het Ministerie van Financiën op 21 februari 2011 heeft gepubliceerd.[442] De evaluatie in 2010 door het IMF, zoals gepubliceerd in het evaluatierapport *Mutual Evaluation of the Netherlands* van het FATF (zie subparagraaf 4.7.6), is de directe aanleiding geweest voor de totstandkoming van de leidraad. Hierin is onder meer aanbevolen om de private sector te voorzien van een nadere leidraad bij de uitvoering van haar (wettelijke) taken op het terrein van witwasbestrijding en de bestrijding van terrorismefinanciering, waarin de leidraad beoogt te voorzien. In aanvulling op deze leidraad heeft DNB vervolgens op 6 april 2011 voor de onder haar toezicht vallende instellingen de zogeheten *DNB Leidraad WWFT en SW* (kortheidshalve: DNB-leidraad)[443] gepubliceerd. Voor beide leidraden geldt dat zij geen juridisch bindende documenten zijn, maar dat zij een handreiking zijn voor de uitleg en de toepassing van bovengenoemde wettelijke verplichtingen.[444]

5.3.6.2 Leidraad van het Ministerie van Financiën
De *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en Sanctiewet* moet overeenkomstig haar naam en doelstellingen worden gezien als een *algemene* leidraad die, naast de hieronder te behandelen *specifieke* DNB-leidraad, een algemene toelichting van de wettelijke

---

440 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 4.4 De term relatie.
441 Zie in dit verband: *Stcrt.* 2005, 188/pag. 21, 'Toelichting', 4.5 Tijdig handelen.
442 *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en Sanctiewet (SW)*, Ministerie van Financiën 21 februari 2011.
443 *DNB Leidraad WWFT en SW; Voorkoming misbruik financiële stelsel voor witwassen en financieren van terrorisme en beheersing van integriteitrisico's*, DNB 6 april 2011.
444 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2011, p. 1 en DNB, *t.a.p.* 2011, p. 2.

verplichtingen op grond van de Wwft en de Sanctiewet 1977 behelst.[445] Ten aanzien van de specifieke instellingen (waaronder: trustkantoren) wordt het inzicht in de relevante wet- en regelgeving volgens het Ministerie van Financiën nader toegelicht in de DNB-leidraad. Ook de voorbeelden van de risico georiënteerde benadering zouden volgens het Ministerie daarin zijn uitgewerkt.[446] Om een herhaling van zetten te voorkomen wordt bij de behandeling van de leidraden de nadruk gelegd op de DNB-leidraad. Op de leidraad van het Ministerie wordt hieronder evenwel teruggegrepen bij de bespreking van de Sanctieregelgeving, aangezien in de DNB-leidraad slechts in aanvulling hierop (beknopt) het toezicht door DNB en de meldprocedure wordt beschreven.

5.3.6.3 Leidraad van DNB

De *DNB Leidraad WWFT en SW* dient (zoals hierboven gezegd) als een aanvulling op de leidraad van het Ministerie van Financiën te worden gezien. Hoewel het Ministerie in de laatstgenoemde leidraad heeft (toe)gezegd dat in de specifieke leidraad van de betrokken toezichthouder nadere toelichting is opgenomen met betrekking tot de wet en regelgeving voor anti-witwasmaatregelen en het tegengaan van terrorismefinanciering, geldt dit niet (in dezelfde mate) voor de trustkantoren. In de DNB-leidraad wordt terzake overwogen dat 'In deze leidraad de Wtt niet in detail (zal) worden behandeld. Wel zal bij de behandeling van bepaalde onderwerpen (al dan niet in voetnoten) verwezen worden naar de Wtt of de (Rib Wtt).'[447] Niettemin bevat de DNB-leidraad belangrijke handreikingen voor de invulling van bepaalde verplichtingen die (ook) ten aanzien van trustkantoren gelden, waarbij bovendien in sommige gevallen bovendien een vingerwijzing is opgenomen naar internationale documenten, waarin volgens DNB 'aanvullende informatie en guidance' is te vinden voor wat betreft de uitwerking van bepaalde verplichtingen. De belangrijkste punten uit de DNB-leidraad worden hieronder behandeld.

De risico georiënteerde benadering als uitgangspunt

De risico georiënteerde benadering[448] vormt bij de hieronder te behandelen verplichtingen op basis van de Wwft (en de Wtt) het uitgangspunt. Deze benadering houdt volgens de DNB-leidraad in dat instellingen wel alle maatregelen toepassen die de wet voorschrijft, maar de intensiteit daarvan afstemmen op de risico's die bepaalde cliënten, producten en diensten, alsmede de combinatie cliënt-product met zich meebrengen. Hierbij geldt: hoe hoger de risico's, des te meer inspanningen de instelling verricht om die risico's te mitigeren.[449]

CDD

De Wwft schrijft haar normadressaten voor een cliëntenonderzoek te verrichten alvorens een zakelijke relatie aan te gaan of een transactie uit te voeren. Zoals in subparagraaf 5.3.4.1 'Afbakening: de toepasselijkheid van de Wwft ten aanzien van trustkantoren' reeds ter sprake is gekomen, gelden ten aanzien van trustkantoren slechts de bepalingen met betrekking tot het melden van ongebruikelijke transacties (Hoofdstuk 3 Wwft). Hierbij is tevens ter sprake gekomen dat de Wtt voor de trustkantoren gelijksoortige verplichtingen oplegt als in de Wwft. In dit kader wijst de DNB-leidraad op de beheersing van integriteitrisico's en Customer Due Diligence (CDD), waarbij laatstgenoemde CDD-normen relevant worden geacht voor zowel de integere bedrijfsvoering als geheel, als meer specifiek voor het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering. De DNB-leidraad beschouwt CDD als

---

445 De doelstellingen van de leidraad zijn: het geven van inzicht in de relevante wet en regelgeving voor anti-witwasmaatregelen en het tegengaan van terrorismefinanciering; het geven van een beschrijving van de wijze waarop de verplichtingen uit de relevante wet en regelgeving in de praktijk toegepast kunnen worden; en het geven van voorbeelden van een risico georiënteerde benadering, in het bijzonder type cliënten, transacties en dienstverlening die een hoger risico op witwassen of terrorismefinanciering met zich meebrengen. Idem, p. 3.

446 Ibid.

447 DNB, *t.a.p.* 2011, p. 2.

448 Voor wat betreft de opzet van een risico gebaseerde benadering ('risk-based approach, RBA) wijst DNB op diverse guidance documenten van de FATF, waaronder de *RBA guidance for Trust and Companies Service Providers*, FATF 17 juni 2008. Zie ook subparagraaf 4.7.5 'De FATF over TCSPs en de Risk Based Approach Guidance.'

449 Idem, p. 3.

een essentieel element van risicomanagement: CDD leidt tot het beheersen van de integriteitrisico's die dienstverlening aan cliënten met zich meebrengt. Volgens de DNB-leidraad is in internationaal verband 'aanvullende informatie en guidance' te vinden in een aantal in de leidraad aangewezen internationale documenten[450], waarvan het rapport *Customer Due Diligence for Banks* van oktober 2001 en de *General guide to account opening and customer identification* van februari 2003 de belangrijkste zijn. Beide documenten zijn afkomstig van het Basel Committee on Banking Supervision (BCBS). In het eerstgenoemde rapport wordt een belangrijke aanzet voor CDD gegeven door de hierin opgenomen standaarden van CDD. Het rapport beziet de bedreiging, die uit kan gaan van het zaken doen met een cliënt waarover men onvoldoende informatie heeft, vanuit het (bredere) perspectief van 'integriteit'. Het gaat dan om risico's in relatie tot de cliënt, zoals reputatie-, operationeel, juridisch en concentratierisico, die kunnen leiden tot aanzienlijke schade voor de instellingen. Waarbij de volgende risicogroepen worden onderscheiden: 1. Reputatierisico: het risico dat door nadelige publiciteit kan ontstaan; 2. Operationeel risico: het risico van schade als gevolg van het feit dat niet volgens procedures wordt gehandeld; 3. Juridisch risico: het risico van rechtszaken, strafvervolging en de daarmee gepaard gaande boetes, schadevergoedingen en sancties die een bedreiging kunnen vormen voor de continuïteit van de bedrijfsvoering; en 4. Concentratierisico: het risico dat teveel zaken wordt gedaan met onderling verbonden partijen. In het tweede document van februari 2003 wordt nader ingegaan op de gegevens die in dit kader moeten worden verzameld en beoordeeld. De DNB-leidraad sluit het onderwerp af door te stellen dat het management van een instelling in het kader van de beheersing van integriteitrisico's ingevolge de relevante toezichtwetgeving (voor trustkantoren: de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977) beleid zal formuleren om te bepalen binnen welke kaders de instelling zal opereren. Hierin wordt volgens de leidraad aandacht besteed aan aspecten van risicomanagement, compliance, interne controle en opleidingen en een analyse van de integriteitrisico's uitgevoerd. Teneinde de geïdentificeerde risico's te mitigeren dient de instelling beheersmaatregelen te treffen die procedures omvatten tot: de identificatie en verificatie van de identiteit van cliënten; de acceptatie van cliënten; en de monitoring van cliënten, rekeningen en transacties.[451]

Integere bedrijfsvoering

Artikel 2 onderdeel c van de Rib Wtt[452] verstaat onder een 'integere bedrijfsvoering': 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.[453] Meer algemeen gaat het er volgens de leidraad hierbij om dat instellingen voorkomen dat zij betrokken raken bij handelingen die tegen de wet ingaan en/of handelingen die maatschappelijk onbetamelijk zijn en dat zij een integere uitoefening van het bedrijf waarborgen. Ten aanzien van personen die het dagelijkse beleid van de instelling bepalen, wordt overwogen dat zij sturing geven aan de bedrijfsactiviteiten door doelstellingen te formuleren, strategische keuzes te maken en vervolgens daaruit beleidsuitgangspunten af te leiden. Integriteitsrisico's dienen te worden onderkend en meegewogen in de uiteindelijke doelstellingen en strategieën, waarbij documentatie en communicatie van strategie, beleid en procedures volgens de leidraad belangrijk zijn voor het daadwerkelijk ten uitvoer leggen daarvan. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan 'mission statements', 'business principles' of strategische beschouwingen. De personen die het dagelijkse beleid bepalen geven volgens de leidraad ook sturing aan de opzet en uitvoering van en het toezicht op het integriteitbeheersingskader en zijn verantwoordelijk voor de daarbij te maken strategische keuzen en beslissingen. Het management is volgens de leidraad voorts

450 Naast het rapport *Customer Due Diligence for Banks*, BCBS oktober 2001 en de *General guide to account opening and customer identification*, BCBS februari 2003, worden genoemd: *Consolidated KYC Risk Management*, BCBS oktober 2004; *Anti-Money Laundering Guidance Notes for Insurance Supervisors and Insurance Entities*, IAIS januari 2002; en het *Guidance paper on AML en CFT*, IAIS oktober 2004. Idem, p. 4.

451 Idem, p. 3-4.

452 De verwijzing op pagina 4 van de DNB-leidraad klopt niet: abusievelijk wordt daar verwezen naar artikel 2 onderdeel c Wtt, dit moet zijn artikel 2 onderdeel c *Rib* Wtt.

453 Onder 'integriteitsrisico' dient op basis van artikel 2 onderdeel d Rib Wtt te worden verstaan: 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-, of strafrechtelijke verplichtingen.

‘actief betrokken’ bij het analyseren en onderkennen van integriteitsrisico’s en treft ‘adequate integriteitbeheersmaatregelen’. Volgens de leidraad is het hierbij van belang dat de leden van het management die bij de besluitvorming zijn betrokken beschikken over ‘voldoende autoriteit en bevoegdheden’ beschikken om noodzakelijke beslissingen te kunnen nemen en door te (laten) voeren. Meer concreet worden in de DNB-leidraad verschillende instrumenten genoemd die kunnen worden gebruikt om integriteitbeleid, procedures en maatregelen te kunnen communiceren, te weten: handboeken, richtlijnen, organisatieschema’s, procesbeschrijvingen, functie- en taakomschrijvingen, workshops of e-learning. Tevens wordt hierbij benadrukt dat medewerkers dienen te worden getraind en gescreend om een adequaat niveau van kennis en integriteit te bewerkstelligen. De personen die het beleid bepalen dienen zich een oordeel te vormen over de vraag of het integriteitbeheersingskader toereikend is opgezet en daadwerkelijk goed werkt. Dit oordeel kan volgens de DNB-leidraad mede worden gevormd op basis van de bevindingen van onafhankelijk intern toezicht, zoals de compliance functie, de risicobeheerfunctie en de interne auditfunctie. De controlewerkzaamheden die op grond van het intern toezicht worden uitgeoefend worden onafhankelijk van de uitvoering en op systematische wijze uitgevoerd. De reikwijdte van het intern toezicht omvat volgens de leidraad alle (buitenlandse) bedrijfsonderdelen en alle hiërarchische lagen van de instelling. De bevindingen die naar aanleiding van intern toezicht door de compliance functie, de risicobeheerfunctie en de interne auditfunctie zijn gerapporteerd aan het management, zijn van groot belang voor de evaluatie en bijstelling van doelstellingen, strategie en het integriteitbeheersingskader.[454]

Integere bedrijfscultuur

Volgens de DNB-leidraad zijn een integere bedrijfscultuur en integer gedrag essentieel voor de effectiviteit van de integriteitbeheersmaatregelen. DNB beschrijft ‘integer gedrag’ als een professionele individuele verantwoordelijkheid waarbij iemand zich bewust is van en zorgvuldig rekening houdt met rechten, belangen en wensen van andere belanghebbenden, een open en transparante houding heeft, en bereid is om verantwoordelijkheid te nemen en verantwoording af te leggen over genomen beslissingen en acties.[455] Een integere cultuur doelt volgens DNB op een sfeer en klimaat waarin een onderneming zich ook in ruimere zin gedraagt of handelt op een manier die uitlegbaar en te verantwoorden is, te weten een cultuur waarin deze professionele, individuele verantwoordelijkheid gestimuleerd en beloond wordt, en waarbij niet alleen de tekst van de wet wordt nageleefd, maar ook de geest van de wet. De 7 Elementen die hierbij leidend zijn, zijn volgens DNB: evenwichtig handelen, consistent handelen, bespreekbaarheid, voorbeeldgedrag, uitvoerbaarheid, handhaving en transparantie.[456] Volgens de DNB-leidraad vervult het management in de integere bedrijfscultuur een voorbeeldfunctie. Het is hierbij van belang een cultuur te creëren waarin integer handelen wordt bevorderd, hetgeen volgens de leidraad bijvoorbeeld kan worden gerealiseerd door: het neerleggen van principiële keuzes en gewenst gedrag, zoals de omgang met cliënten, in interne gedragscodes; het bespreken van dilemma’s, bijvoorbeeld met betrekking tot de acceptatie van cliënten, in specifieke gremia onder leiding van het management; het formuleren van richtlijnen in de taken en verantwoordelijkheden van het management bijvoorbeeld met betrekking tot het houden van toezicht op de naleving van gedragscodes, procedures en richtlijnen, het vertonen van voorbeeldgedrag en het adequaat reageren op ongewenst handelen door personeelsleden en het sanctioneren ervan; het bespreken van integriteitaspecten, gedrag en ‘resultaten’ in beoordeling- en functioneringsgesprekken van het management en personeel.[457]

Risicoclassificatie

Volgens de DNB-leidraad schrijft het raamwerk van de Wwft en de Wtt voor dat de normadressaten, op basis van het onderscheid in aard en omvang van het risico, cliënten indelen in risicocategorieën. Deze risicocategorieën variëren van laag tot hoog risico en de indeling dient op basis van objectieve en kenbare indicatoren te geschieden. De ‘risico gebaseerde benadering’ betekent dat de procedures van

454 DNB, *t.a.p.* 2011, p. 2.

455 In de leidraad wordt in dit verband gewezen op: ‘De 7 Elementen van een Integere Cultuur. Beleidsvisie en aanpak gedrag en cultuur bij financiële ondernemingen 2010-2014’, DNB november 2009, p. 1.

456 Ibid.

457 DNB, *t.a.p.* 2011, p. 6.

cliëntidentificatie, -verificatie en -acceptatie en de monitoring zijn gebaseerd op de risicocategorieën waarin de cliënten zijn ingedeeld. De indeling van cliënten in risicocategorieën geschiedt daarbij aan de hand van geïdentificeerde indicatoren (om de potentiële risico's te bepalen). Bij het opstellen van een risicoprofiel wordt een aantal kenmerken van de cliënt in aanmerking genomen, waarbij volgens de leidraad kan worden gedacht aan de achtergrond van de cliënt, ingezetenschap, of inkomstenbron. Ook de producten die een cliënt afneemt, kunnen ingedeeld worden naar risico. Zo hebben bepaalde leaseproducten, levensverzekeringen met een lage jaarlijkse of lage eenmalige premie, consumentenkredieten of spaarproducten een inherent lager risico vanwege de lange termijn waarop voordelen kunnen worden gerealiseerd. Andere producten kunnen vanwege de complexiteit of ondoorzichtigheid juist een hoger risico opleveren, zoals: back-to-back leningen, handelsfinanciering en transacties in vastgoed. Een aandachtspunt bij het opstellen van het risicoprofiel en het monitoren van de relatie is volgens de leidraad de combinatie van cliënt en product: uiteindelijk heeft een instelling inzicht in de rationaliteit en realiteit van de transacties en producten voor die cliënt. De in de praktijk meest gehanteerde risicocriteria zijn: land of geografisch risico[458], cliëntrisico[459] en product/dienstrisico[460], waarbij het gewicht dat aan elk van deze criteria wordt gegeven om het overall risico op witwassen en terrorismefinanciering te bepalen, per instelling kan verschillen. Volgens de leidraad maken instellingen dus ook eigen afwegingen met betrekking tot de weging van de

---

458 Er is volgens de DNB-leidraad geen wettelijke definitie die bepaalt wanneer een specifiek 'land of geografische regio' een hoger integriteitrisico vertegenwoordigt, maar er zijn volgens de leidraad wel factoren die kunnen bepalen dat een hoger risico aanwezig is, te weten: Landen of geografische gebieden die onderworpen zijn aan sancties, embargo's of soortgelijke maatregelen, vastgesteld door bijvoorbeeld de Verenigde Naties, de Europese Unie of de Verenigde Staten; Landen of geografische gebieden die door betrouwbare bronnen (bijvoorbeeld de FATF, het IMF of de Wereld Bank) zijn geïdentificeerd als landen of gebieden die in onvoldoende mate een systeem ter voorkoming van witwassen en/of terrorismefinanciering hebben opgezet. Verwezen naar het zogenoemde ICRG-proces (International Co-operation Review Group) van de FATF. Na elke FATF vergadering (in februari, juni en oktober) worden door de FATF lijsten met landen gepubliceerd, waarover de FATF haar bezorgdheid uitspreekt voor wat betreft het hebben van een voldoende systeem ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering. Deze lijsten worden op de website van de FATF gepubliceerd (http://www.fatf-gafi.org) en DNB geeft op haar website aandacht aan elke update van deze lijsten (http://www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-197639.html); Landen of geografische gebieden die door betrouwbare bronnen zijn geïdentificeerd als financiers van of anderszins ondersteunend voor terroristische activiteiten; en tot slot landen of geografische gebieden die door betrouwbare bronnen zijn geïdentificeerd als hebbende een hoog niveau van corruptie of andere criminele activiteiten. Idem, p. 7.

459 Volgens de DNB-leidraad zal een instelling op eigen criteria vaststellen of een cliënt een hoger risico met zich meebrengt. Voorbeelden van cliënten die een hoger risico met zich meebrengen zijn volgens de leidraad: cliënten die hun zakelijke relatie of transacties in ongebruikelijke omstandigheden (laten) uitvoeren, zoals een onverklaarbaar geografische afstand tussen de instelling en de locatie van de cliënt, frequente en onverklaarbare overstap naar een andere instelling en frequente en onverklaarbare schuiven met tegoeden tussen rekeningen in verschillende geografische locaties; cliënten waarbij de structuur en kenmerken van de entiteit of relatie het moeilijk maakt om de daadwerkelijke eigenaar of controlerende belangen te identificeren; 'cash intensive businesses', zoals geldtransactiekantoren, bureaux de change, gokhallen et cetera; liefdadigheidsinstellingen en andere 'non-profit' instellingen (met name in grensoverschrijdende situaties), die niet onderworpen zijn aan een vorm van monitoring of toezicht; 'Gatekeepers' zoals accountants, advocaten of andere beroepsbeoefenaars die rekeningen aanhouden of handelen namens cliënten en waarbij de instelling vertrouwt op de 'gatekeeper'; gebruik van tussenpersonen die niet (in voldoende mate) zijn onderworpen aan maatregelen ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering of niet onder toezicht staan; en cliënten die zijn aan te merken als politiek prominente personen (Politically Exposed Persons, PEP's). Idem, p. 7.

460 Volgens de DNB-leidraad kan bij de bepaling van 'product/dienstrisico' aandacht worden besteed aan de volgende factoren: Diensten die door internationaal erkende en betrouwbare bronnen zijn genoemd als een hoger risico dienst, zoals internationale correspondent banking diensten en (internationale) private banking activiteiten; Diensten betreffende handel en levering van bankbiljetten en edelmetalen; Diensten die inherent anonimiteit bevorderen of zeer gemakkelijk grensoverschrijdend kunnen worden verleend, zoals online banking diensten, 'stored value cards', 'private investment companies' en trusts; en nieuwe of vernieuwende producten of diensten die niet direct door de instelling zelf worden aangeboden, maar via de kanalen van de instelling. Idem, p. 7-8.

risicocriteria.[461] In de leidraad worden als handreiking voorbeelden gegeven van risicogroepen en de indeling van cliënten daarin. Als voorbeelden van de risicocategorie 'laag risico' worden genoemd: standaarddiensten voor particulieren (spaarrekeningen, salarisrekening etc.); standaarddiensten voor commerciële relaties van kleine omvang (rekening courant faciliteiten etc.); levensverzekeringen met een laag bedrag aan jaarlijkse premie of een lage eenmalig premie (zie ook artikel 7 lid 1 onderdeel a Wwft); en pensioenverzekeringen (zie ook artikel 7 lid 1 onderdeel b Wwft). Als voorbeelden van de categorie 'normaal risico' worden genoemd: rekeningen en routinematige internationale (documentaire) betalingen voor middelgrote en grote ondernemingen; routinematige en standaard producten en diensten met betrekking tot private banking; correspondentbankrekeningen voor banken onderhevig aan gelijkwaardige wetgeving als de Wwft. Tot slot worden als voorbeelden van de 'hoog risico'-categorie genoemd: complex gestructureerde financieringstransacties of zekerhedenconstructies aan particulieren; PEP's of cliënten die transacties verrichten waar PEP's bij betrokken zijn; bankproducten en dienstverlening die naar hun aard vatbaar zijn voor onoorbaar gebruik (bijvoorbeeld back-to-back leningen, grote constante stortingen, zakelijke vastgoedactiviteiten); cliënten met transacties van/naar gesanctioneerde landen (waaronder handelssancties), free trade zones, offshore centra, tax havens, landen waarvoor de FATF in het kader van het zogenoemde ICRG-proces waarschuwt; cliënten met frequente, niet routinematige, complexe treasury en private banking producten en diensten; niet-routinematig, grensoverschrijdend betalingsverkeer door niet-cliënten; correspondentbankrekeningen met banken uit jurisdicties met zwakke wetgeving op het gebied van bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering.[462] Daarnaast worden in de leidraad de verplichtingen van bepaalde type cliënten genoemd, die een hoger witwasrisico vormen vanwege de hoge mate van inkomend chartaal geld en het feit dat de herkomst daarvan minder transparant is dan de herkomst van giraal geld (zoals coffeeshops of exploitanten van relaxbedrijven), deze vallen echter buiten het kader van dit onderzoek.[463] Tot slot noemt DNB vastgoed als een van de speerpunten binnen het integriteittoezicht, omdat een zakelijke vastgoedactiviteit naar haar aard een hoger risico op fraude en witwassen met zich meebrengt. Het hogere risico is met name gelegen in de relatief hoge waarde van vastgoedobjecten, de vaak ondoorzichtige prijsvorming en de complexiteit van de transacties.[464] In haar beleidsregel 'Integriteitbeleid ten aanzien van zakelijke vastgoedactiviteiten' geeft DNB aan dat instellingen in hun wettelijke vereiste integriteitbeleid en de daarop gebaseerde procedures en maatregelen (waaronder een gedegen uitvoering van CDD) rekening moeten houden met verhoogde integriteitrisico's die verbonden zijn aan zakelijke vastgoedactiviteiten, waartoe tevens handvatten worden geboden om het integriteitbeleid op dit onderwerp in te vullen.[465]

Onacceptabel risico

In de DNB-leidraad worden enkele voorbeelden gegeven van mogelijk onacceptabele risico's, waarbij de instelling de cliënt niet zal accepteren, dan wel de bestaande relatie zal beëindigen. Als voorbeelden worden genoemd: problemen bij het verifiëren van de identiteit van de cliënt; cliënten die anoniem wensen te blijven dan wel fictieve identiteitsgegevens verstrekken; shellbanks (banken die geen fysieke aanwezigheid hebben in het land waar ze gevestigd zijn en een vergunning hebben); naam van de cliënt komt overeen met een naam op freezelist van de EU; cliënten waarvan blijkt dat, op basis van nadere informatie uit bijvoorbeeld EVA, VIS of anderszins, dat de combinatie van cliënt met de producten die deze wil afnemen onacceptabele risico's met zich meebrengt; cliënten die geen of onvoldoende informatie willen verstrekken over (dan wel ontoereikende documentatie ter verificatie daarvan kunnen overleggen) de aard en achtergrond van de cliënt, in het bijzonder de herkomst van het vermogen; organisatiestructuur van de cliënt blijkt na onderzoek complex, niet transparant of ondoorzichtig, gelet op de activiteiten van de cliënt, zonder dat hier een logische, bedrijfseconomische

---

461 Idem, p. 6.

462 Idem, p. 8.

463 Zie nader: idem, p. 8-9.

464 In dit verband wordt in de DNB-leidraad op de volgende aanvullende informatie gewezen, te weten: *Money Laundering and Terrorist Financing through the real estate sector*, FATF 29 juni 2007; *Rapportage project vastgoed*, Financieel Expertise Centrum 31 juli 2008; en *Red flags Misbruik Vastgoed-actualisering 2010*, Financieel Expertise Centrum 21 juni 2010.

465 Zie: 'Beleidsregel Integriteitbeleid ten aanzien van zakelijke vastgoedactiviteiten', *Stcrt.* 2011, 2641.

verklaring aan ten grondslag ligt; professionele tegenpartijen die niet over de vereiste vergunningen beschikken, zogenaamde illegale financiële ondernemingen.[466]

UBO
In de DNB-leidraad zijn enkele paragrafen met betrekking tot het cliëntenonderzoek gewijd aan onderwerpen die met name voor de trustsector van belang zijn. In de eerste plaats met betrekking tot de uiteindelijk belanghebbende (UBO). In het geval dat de cliënt een juridische entiteit is, zoals een rechtspersoon, stichting of trust, identificeert de instelling de UBO. Het cliëntenonderzoek naar de UBO is een wettelijke eis omdat criminelen vaak gebruik zouden maken van constructies waarin (buitenlandse) rechtspersonen een rol spelen als een middel om de criminele herkomst van gelden te verbergen. Aan deze wettelijke eis kan voldaan worden door de cliënt opgave te laten doen van wie de uiteindelijke belanghebbende is. Daarnaast neemt de instelling op risicogebaseerde en adequate maatregelen om de identiteit te verifiëren. Deze verificatiemaatregelen dienen de instelling in staat te stellen om voldoende informatie te verkrijgen teneinde de identiteit te verifiëren en overtuigd te zijn dat zij weet wie de uiteindelijke belanghebbende is. Dit betekent volgens de leidraad niet dat de instelling een keuze heeft in het al dan niet verifiëren van de identiteit van de UBO, afhankelijk van het risico: de identiteit wordt geverifieerd maar *de wijze waarop dat gebeurt*, is risicogebaseerd (mijn cursivering, vdW).[467, 468]

Doel en aard zakelijke relatie
Een tweede relevant onderwerp dat in de leidraad met betrekking tot het cliëntonderzoek door trustkantoren wordt behandeld is het inwinnen van informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie, op basis waarvan een trustkantoor in staat zal zijn eventuele risico's in te schatten die de dienstverlening aan de cliënt oplevert. Bij de beoordeling van de achtergrond, (bedrijfs)activiteiten en de branche van de potentiële cliënt kunnen één of (eerder) meer van de volgende (niet limitatieve) aspecten worden betrokken: de reden waarom de cliënt de zakelijke relatie wil aangaan; de aard van de relatie tussen eventuele gemachtigde(n) en de cliënt. Indien er geen logische relatie bestaat (zoals bij familie van een natuurlijk persoon of een werknemer bij een rechtspersoon) is dit wellicht te definiëren als een hoger risico; de aard van de (bedrijfs)activiteiten; het met elkaar overeenstemmen van postadres met woon- of vestigingsadres; de achtergrond van personen die invloed kunnen uitoefenen in de vennootschap of op het management; de structuur van de organisatie waarvan de cliënt deel uitmaakt; duidelijkheid over de herkomst van het vermogen van de cliënt en/of de gelden die via de rekening van de cliënt lopen; de wijze waarop de cliënt financiële producten gebruikt of zal gaan gebruiken; een beoordeling van hetgeen de cliënt aankondigt ten aanzien van het gebruik van financiële producten en of deze producten passen bij de aard van de bedrijfsactiviteiten en de branche waarin de cliënt opereert; de mogelijkheid dat een eerdere relatie eenzijdig is opgezegd door een andere instelling; de keuze van het filiaal van de instelling in een bepaalde gemeente of deel van het land, afgezet tegen de aard van het bedrijf en eventueel de vestigingsplaats van de cliënt; redenen om te veronderstellen dat de cliënt pogingen doet zijn identiteit te verhullen door zich achter anderen te verschuilen; transacties naar, via, of vanuit het buitenland, waaronder landen die op een FATF lijst staan; hetgeen door de cliënt wordt voorgesteld is niet plausibel of 'te mooi om waar te zijn'; de reputatie van de cliënt of mogelijke negatieve publiciteit over de cliënt; het zich voordoen van ongebruikelijke/verdachte transacties op de risicogebieden, zoals witwassen, fiscaliteit, terrorismefinanciering, benadeling van derden.[469]

---

466 DNB, *t.a.p.* 2011, p. 9-10.

467 De identiteit van de UBO dient te worden geverifieerd aan de hand van onafhankelijke, betrouwbare documenten. Instellingen kunnen daartoe volgens de leidraad gebruik maken van openbare registers en andere openbare bronnen; de cliënt om relevante gegevens of documenten vragen; of deze informatie op andere wijze te verzamelen.

468 DNB, *t.a.p.* 2011, p. 14-15.

469 Idem, p. 15.

Herkomst vermogen
Een derde belangrijk onderwerp is het uitgangspunt dat het trustkantoor bij het aangaan van een relatie met een cliënt de herkomst van het vermogen kent. De verplichtingen voor trustkantoren met betrekking tot de kennis van de herkomst van vermogen en van herkomst en bestemming van middelen van de doelvennootschap zijn hierboven reeds behandeld in (de gelijknamige) subparagraaf 5.3.3.2.5. De DNB-leidraad voegt daar (vanuit de trustsector bezien) aan toe dat in het geval dat de gelden afkomstig zijn van een gereguleerde instelling, dat nog niet hoeft te betekenen dat het trustkantoor zelf geen onderzoek hoeft uit te voeren. Om de plausibiliteit van de legale herkomst van het vermogen vast te stellen, dient het trustkantoor bepaalde indicatoren te hebben geïdentificeerd op basis waarvan de diepgang van het onderzoek wordt bepaald.[470]

Monitoring
In de DNB-leidraad wordt voorts aandacht besteed aan 'monitoring'. Ten tijde van het cliëntacceptatieproces wordt een risicoprofiel en verwacht transactiepatroon op van de cliënt opgesteld. Gedurende de duur van de relatie is het van belang dat de instelling periodiek toetst of de cliënt nog steeds aan het risicoprofiel voldoet en het transactiepatroon overeenkomstig de verwachtingen is, waarbij het trustkantoor de frequentie en intensiteit van reviews kan afstemmen op de risicoclassificatie van de cliënt (zoals hierboven beschreven bij de bespreking van de risicogeoriënteerde benadering). Naast de periodieke actualisatie van de cliëntgegevens, dient ook de rekening en de transacties van cliënten te worden gemonitord. Hiermee wordt inzicht verkregen en gehouden in de aard en achtergrond van de cliënten en hun financieel gedrag. De controle heeft volgens de leidraad onder andere tot doel te detecteren of er een afwijkend transactiepatroon plaatsvindt en of zich mogelijk situaties voordoen die een verhoogd risico met zich meebrengen. Hiermee wordt systematisch gecontroleerd of sprake is van ongebruikelijke of verdachte patronen of activiteiten.[471] In de leidraad wordt ingegaan op: monitoring bij money transfers (het uitvoeren van zogenaamde transactieanalyses); enkele methoden van monitoring, monitoring bij hoogrisico jurisdicties en de beoordeling en vastlegging bij monitoring.
Bij het uitvoeren van 'transactieanalyses' gaat het kort gezegd om het monitoren van de transacties van cliënten. Voor money transfers geldt dat met name de samenhang tussen bepaalde transacties wordt onderzocht om ongebruikelijke transacties (met een georganiseerd karakter) te kunnen signaleren. Afhankelijk van het aantal transacties en de gesignaleerde risico's, doen instellingen die money transfers verrichten, aanvullend onderzoek. Hierbij kan onder meer gedacht worden aan: analyses op specifieke gebieden en/of landen (corridoronderzoeken); transacties op adressen van Nederlandse klanten (op bestaan controleren en meervoudig gebruik); transacties juist onder de objectieve meldgrens (het zogenaamde 'smurfen'); en analyses per locatie (afzetpunt).[472]
Voorts worden enkele methoden van monitoring besproken, die voor wat betreft de intensiteit (frequentie en diepgang) kunnen worden afgestemd op de hoogte van het risico en bovendien kunnen worden gecombineerd. De volgende methoden van monitoring worden in de leidraad beschreven. In de eerste plaats worden *spot-checks* genoemd, waarbij het gaat om gerichte controles op rekeningen en transacties van bijvoorbeeld bepaalde cliëntengroepen, dan wel rekeningen en transacties die eerder op basis van meldingen aan FIU-NL of anderszins als verhoogd risico zijn aangemerkt. In de tweede plaats noemt de leidraad *handmatige monitoring*, welke methode uitgaat van het principe dat de accountmanager zijn cliënten en hun financieel gedrag kent. Afwijkingen van het gedrag van de cliënt zullen onmiddellijk bekend worden bij de accountmanager. Een effectieve en realistische 'span of control' alsmede deskundigheid en vaardigheid van de personen die de controle uitvoeren, is volgens de leidraad bij deze vorm van monitoring essentieel. Een derde methode is monitoring door *periodieke*

---

470 Idem, p. 16.

471 Zo zal van transacties worden beoordeeld of deze voor de cliënt gebruikelijk zijn. Voorbeelden van aandachtspunten zijn: dienen de transacties een economisch of commercieel doel, gaat het om uitzonderlijk grote bedragen, betreft het stortingen of opnames die niet in verhouding zijn tot de normale/verwachte business van de cliënt, is het rekening- en transactieverloop in verhouding met de activiteiten van de cliënt, zijn er transacties van en naar landen met een verhoogd risico. Het monitoren van de relatie met de cliënt en de transacties van de cliënt kan worden afgestemd op het soort relatie. Per sector en per product kan dit verschillend zijn. Idem, p. 23-24.

472 Idem, p. 23-24.

managementoverzichten/rapportages. Van deze manier van monitoring wordt gebruik gemaakt in geval van redelijk overzichtelijke en beheersbare aantallen cliënten en transacties. Het gaat hierbij om een dagelijkse, wekelijkse of maandelijkse uitdraai van omzet, saldo, overschrijdingen grensbedragen, in rekening gebrachte provisies en dergelijke, die een indicatie kunnen geven van welke rekeningen nader onderzoek vereisen. In de vierde plaats wordt *monitoring aan de hand van harde indicatoren* genoemd. Van deze methode wordt gebruik gemaakt bij het doen van een eerste filtering op basis van omzet, maximumsaldo, transactiebedragen, landen van bestemming of herkomst, risicobranches en dergelijke. Tot slot wordt *intelligente transactiemonitoring* genoemd. Hierbij wordt vaak gebruik gemaakt van profilering van elke rekening of cliënt. Het profiel kan bestaan uit de omzet, de hoogte van transactiebedragen, tegenrekeningen, de frequentie waarmee transacties plaatsvinden, omschrijving en dergelijke. Volgens de leidraad kan elke profielbouwsteen een eigen gewicht worden gegeven. Elke nieuwe transactie wordt getoetst tegen het profiel, waarbij de transactie die het meest afwijkt van het profiel het hoogste risicogetal krijgt. In alle gevallen van transacties die boven een gekozen risicogetal uitkomen, wordt nader onderzoek ingesteld. Pas dan kan worden vastgesteld of een transactie als verdacht of ongebruikelijk dient te worden aangemerkt.[473, 474]
Voorts wordt in de DNB-leidraad aandacht besteed aan monitoring bij hoogrisico jurisdicties: het onderhouden van zakelijke relaties met ingezetene van door de FATF aangewezen jurisdicties, die tekortkomingen hebben in hun systeem ter bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering, of het uitvoeren van transacties van of naar deze jurisdicties kan een hoger risico op witwassen en terrorismefinanciering met zich meebrengen, hetgeen zou kunnen leiden tot verscherpte maatregelen. DNB verwijst naar de lijsten van de FATF op haar website.[475]
Tot slot worden in de leidraad enige overweging gewijd aan de beoordeling en vastlegging bij monitoring. Indien transacties worden aangetroffen die buiten het verwachte patroon vallen of die geen economisch of juridisch doel hebben, zal worden onderzocht wat de achtergrond en doel van de transactie was. De bevindingen zullen in het cliëntendossier worden vastgelegd. Indien een transactie aanleiding geeft om te vermoeden dat deze verband houdt met witwassen of terrorismefinanciering zal de transactie gemeld worden aan FIU-NL. De overwegingen en besluitvorming om een transactie wel of niet te melden worden hierbij vastgelegd.[476]

Sanctieregelgeving
Hierboven is reeds aangestipt dat voor wat betreft de bespreking van de sanctieregelgeving zou worden teruggegrepen op de *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en Sanctiewet* van het Ministerie van Financiën, aangezien in de DNB-leidraad slechts in aanvulling hierop het toezicht van DNB op de naleving van de Sanctiewet 1977 en de meldprocedure is beschreven. Het toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977 op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 is hierboven in subparagraaf 5.2.5.4 reeds besproken. De Regeling toezicht Sanctiewet 1977 omvat onder meer een meldingsplicht voor het geval de identiteit van een relatie[477]

473 DNB wijst in dit verband op het *Monitoring Screening and Searching Wolfsberg Statement* van the Wolfsberg Group 2009.

474 Idem, p. 24.

475 Daarnaast wordt in de leidraad gewezen op de *Mutual Evaluation Reports* van de FATF of van een zogeheten FATF-Style Regional Body (FSRB). FSRB's zijn: Asia/Pacific Group on Money Laundering (APG), Caribbean Financial Action Task Force (CFATF), Eurasian Group (EAG), Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group (ESAAMLG), Council of Europe Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering measures and the Financing of Terrorism (MONEYVAL), Financial Action Task Force on Money Laundering in South America (GAFISUD), Inter Governmental Action Group against Money Laundering in West Africa (GIABA) and the Middle East and North Africa Financial Action Task Force (MENAFATF). Aanvullende informatie is volgens de leidraad te vinden op: http://www.fatfgafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236992_1_1_1_1_1,00.html (FATF), http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_33745_30578809_1_1_1_1,00.html (OESO), en http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml (VN). Idem, p. 25.

476 Ibid.

477 Onder relatie wordt in de DNB-leidraad verstaan: een ieder die betrokken is bij een financiële dienst of een financiële transactie, zoals; cliënten; begunstigden van een product (bijvoorbeeld bij een uitkering op een leveringsverzekering) of (internationale) overboeking van gelden; uiteindelijk belanghebbende

overeenkomt met die van een (rechts)persoon of entiteit als bedoeld in de sanctieregelgeving. Het gaat er kortgezegd om dat instellingen zijn in staat moeten zijn hun administratie zodanig te controleren dat de in de sanctieregelgeving genoemde (rechts)personen en entiteiten (en hun financiële middelen) kunnen worden opgemerkt. De financiële middelen moeten direct bevroren kunnen worden en/of voorkomen moet worden dat financiële middelen en/of diensten aan deze (rechts)personen en entiteiten ter beschikking worden gesteld. Als de instelling constateert dat de identiteit van een relatie overeenkomt met een (rechts)persoon of entiteit als bedoeld in de sanctieregelgeving (zogenaamde 'hit'), dient de instelling dit direct aan de toezichthouder te melden.
Ter ondersteuning van de beoordeling of er sprake is van een zogenaamde 'hit' hebben AFM en DNB een meldprocedure opgesteld, die in de DNB-leidraad als volgt wordt beschreven. Als de identiteit van een relatie overeenkomt met die van een (rechts)persoon of entiteit genoemd in de sanctieregelgeving, moet dit worden gemeld aan de toezichthouder. Het moet dan gaan om overeenkomsten tussen namen en overige te identificeren gegevens (zoals geboortedatum en woonplaats). De volgende gegevens dienen volgens de leidraad te worden gemeld: identiteitsgegevens als bedoeld in de WWFT, de omvang van het bevroren saldo, het rekeningnummer, de aard van de relatie, naam- en adresgegevens van de contactpersoon binnen de instelling en de toepasselijke sanctieregeling. Er bestaat een door AFM en DNB opgesteld meldformat dat voor de melding moet worden gebruikt en ingevuld naar de betreffende toezichthouder moet worden verstuurd. De tegoeden moeten bevroren blijven totdat de betreffende sanctieregeling gewijzigd wordt en de verplichting om te bevriezen ophoudt te bestaan (of anderszins tegenbericht van de toezichthouder wordt ontvangen). DNB hanteert de lijn dat er naar aanleiding van een melding van een bevroren tegoed alleen bericht aan de meldende instelling wordt verstuurd indien het tegoed vrijgegeven kan worden. Indien niets wordt vernomen van DNB, dan dient er van uit te worden gegaan dat het tegoed als een daadwerkelijke 'hit' moet worden beschouwd en dat het tot nader bericht bevroren dient te blijven. Gemelde gegevens moeten worden bewaard tot 5 jaar nadat de betreffende sanctieregeling niet meer van kracht is of buiten werking is gesteld.[478]

Sanctieregelgeving (2): Leidraad van het Ministerie van Financiën
In de *Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en* Sanctiewet wordt uitgebreid ingegaan op de sanctiemaatregelen. In het voorgaande is dit onderwerp reeds meerdere malen aangestipt. In de leidraad wordt hieronder verstaan: politieke instrumenten in het buitenlands- en veiligheidsbeleid van de Verenigde Naties en de Europese Unie. Het zijn volgens de leidraad dwingende, niet-militaire, instrumenten die worden ingezet als reactie op schendingen van het internationale recht of van mensenrechten door regimes die rechtsstatelijke en democratische beginselen niet eerbiedigen, in een poging een kentering teweeg te brengen. Zij vervullen daarnaast een rol in de bestrijding van terrorisme. Daartegen gerichte sancties zijn vooral gericht tegen individuen en niet-statelijke entiteiten. Sanctieregelingen kunnen voortkomen uit verordeningen, gemeenschappelijke standpunten of aanwijzingen van volkenrechtelijke organisaties.[479]
Een aantal onderdelen die in de leidraad worden behandeld zijn hierboven reeds uitvoerig aan de orde geweest, zodat zij hier achter wege kunnen worden gelaten. Zo is in subparagraaf 5.2.5.4 'Toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977 op basis van de Regeling toezicht Sanctiewet 1977' (de uitgangspunten van) het toezicht van DNB op de naleving van de Sanctiewet 1977 reeds behandeld en is in subparagraaf 5.3.5 'De normstellingen op basis van de Sanctiewet 1977 ten aanzien van trustkantoren' reeds uitgebreid ingegaan op de verplichtingen van trustkantoren op basis van de Sanctiewet 1977. Naast een uitgebreide beschrijving van deze onderwerpen, biedt de leidraad ook enkele praktische handreikingen voor de naleving van de internationale regelgeving en EU-verordeningen. In deze verordeningen – die directe werking hebben in het Nederlandse rechtsstelsel –

---

bij financiële middelen; correspondentbanken; wederpartij bij een financiële transactie/product (bijvoorbeeld bij uitkering van een schadeverzekering; gemachtigden; betrokkene(n) bij een financiële transactie waarbij een doelvennootschap van een trustkantoor partij is. Idem, p. 30.

478 Ibid.

479 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2011, p. 11: de Veiligheidsraad van de VN heeft de hoogste macht in het uitvaardigen van sancties, die zijn opgenomen in VN-resoluties. De EU legt in principe de VN-resoluties zo snel mogelijk ten uitvoer door middel van EU-verordeningen, maar kan (eveneens door middel van EU-verordeningen) ook zelfstandig sancties opleggen. Tot slot kunnen individuele landen ook sancties instellen.

zijn (zoals eerder aangestipt) de volgende financiële sancties te onderscheiden: 1. een gebod tot het bevriezen van tegoeden; 2. een verbod om rechtstreeks dan wel middellijk middelen ter beschikking te stellen aan deze personen of organisaties; en 3. een verbod of restricties op het verlenen van financiële diensten. In de leidraad worden belangrijke hulpmiddelen voor de naleving van deze verplichtingen genoemd. In de eerste plaats wordt gewezen op de electronic Combined Targeted Financial Sanctions List, de zogenoemde 'EU-freeze list' (die ook hierboven in subparagraaf 5.3.4.2 'De meldplicht' ter sprake is gekomen), op basis waarvan het gebod tot het bevriezen van tegoeden van bepaalde personen en entiteiten (waaronder vermeende terroristen en terreurorganisaties) kan worden nageleefd. Deze geconsolideerde lijst is (thans) te vinden op de in de leidraad genoemde website (zie navolgende voetnoot).[480] Op deze website is bovendien een overzicht van recente wijzigingen op deze lijst te vinden. Ten aanzien van het verbod of de restrictie op het verlenen van financiële diensten dat is gericht tegen bepaalde landen of gebieden wordt voor een actueel overzicht van alle internationale sanctieregelingen verwezen naar de (in navolgende voetnoot opgenomen) website.[481] Ook wordt gewezen op de door de EU geformuleerde 'best practices' ten aanzien van de implementatie van sanctiemaatregelen[482] en op de mogelijkheid dat (wanneer de sanctiemaatregelen niet direct uit de inhoud van de verordeningen kunnen worden opgemaakt) de competente autoriteit ook speciale guidance kan opstellen. Tot slot wordt gewezen op de VN-terrorismelijst. Het gaat hierbij om een op basis van resolutie 1267 opgestelde lijst waarop van terroristische activiteiten verdachte personen en entiteiten staan die gelieerd zijn aan Al Qa'ida.[483, 484]

5.4 Ter afsluiting

In dit hoofdstuk is een overzicht gegeven van de financiële wet- en regelgeving op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. Een centrale rol is hierbij toebedeeld aan de Wtt en de op deze wet gebaseerde Rib Wtt; de Wtt vormt immers de wettelijke grondslag voor het toezicht op en de regulering van de trustsector in Nederland, waarbij de normstellingen in deze wet met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren haar uitwerking heeft gevonden in de Rib Wtt. De twee andere belangrijke wetten die in dit hoofdstuk zijn uitgediept – de Wwft en de Sanctiewet 1977 – zijn zowel op basis van de Wtt en de Rib Wtt, als rechtstreeks op trustkantoren van toepassing. Naast haar bevoegdheden tot naleving van de in genoemde wet- en regelgeving vastgelegde verplichtingen op basis van de Wtt, zijn in dit hoofdstuk de bevoegdheden besproken die haar rechtstreeks op basis van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft, respectievelijk de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 ter beschikking staan. Deze bevoegdheden doen niet af aan de bevoegdheden die DNB op basis van Afdeling 5.2 'Toezicht op naleving' van de Awb ter beschikking staan.

Vanwege haar centrale rol in de ontwikkeling van de in financiële wet- en regelgeving vervatte normstellingen ten aanzien van trustkantoren, is er in dit hoofdstuk voor gekozen om de inwerkingtreding van de Wtt en de hiermee samenhangende introductie van regulering en toezicht betreffende de Nederlandse trustsector als aanvangspunt te nemen. Voorts is ook ten aanzien van de Wwft en de Sanctiewet de op basis van deze wetten vastgestelde normstelling uitgediept, voor zover zij van toepassing zijn op trustkantoren. Dat het zeer specialistische terrein van 'trustwetgeving' in Nederland geen rustig bezit is, blijkt uit de veelvuldige aanpassing van deze wetgeving. Zo kan in dit verband bij de aanpassing van de Wtt worden gewezen op de inwerkingtreding van de IWft, de Wwft, de Aanpassingswet vierde tranche Awb, de Boetewet, de Wfm 2010 en tot slot de Wfm 2012. Op basis van deze wetten is de Wtt (soms ingrijpend) gewijzigd. In die zin is het dan ook onvermijdelijk dat de beschrijving in dit hoofdstuk een momentopname zal zijn, die bovendien vermoedelijk snel gedateerd zal zijn. De vastlegging in dit hoofdstuk is echter een onmisbaar handvat om de

480 Zie: http://ec.europa.eu/comm/external_relatons/cfsp/sanctions/list/consol-list.htm.
481 Zie: http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index.htm.
482 Zie: http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/08/st08/st08666re01.nl08pdf.
483 Zie: http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatelist.pdf.
484 Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2011, p. 11-12.

verplichtingen van trustkantoren op basis van de behandelde integriteitwetgeving te kunnen doorgronden.

VI DUALE HANDHAVING VAN DE FINANCIËLE WETGEVING TER REGULERING VAN DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

VI DUALE HANDHAVING VAN DE FINANCIËLE WETGEVING TER REGULERING VAN DE NEDERLANDSE TRUSTSECTOR

> ‘Ten aanzien van de omstandigheid dat [de trustkantoren] zich van meet af aan zeer coöperatief hebben opgesteld in het onderzoek wijst het College er op dat zij (...) in elk geval in de toezichtsfase verplicht waren aan DNB inlichtingen te verstrekken. Wat betreft de hierop volgende opsporingsfase valt niet in te zien dat DNB vanwege de door [de trustkantoren] verleende medewerking gehouden was van boeteoplegging af te zien. Ten slotte heeft evenmin relevante betekenis de mededeling van een medewerker van het onderzoeksteam van DNB tegen [de trustkantoren] dat een coöperatieve houding van invloed zou zijn in de handhaving, reeds omdat hierin geen onvoorwaardelijke toezegging ligt besloten dat geen boete zal worden opgelegd.’[1]

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector behandeld. In het voorgaande hoofdstuk is aangestipt dat de handhaving van de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977 zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan geschieden. Deze situatie in de wetgeving, waarbij er voor is gekozen om het sanctioneren van een gedraging zowel door middel van een bestuursrechtelijke sanctie (met name de bestuurlijke boete), als door middel van een strafrechtelijke sanctie mogelijk te maken, wordt in de literatuur en de kamerstukken ‘dubbele handhaving’ genoemd – ook wel met ‘duale handhaving’ aangeduid. Indien in de benaming de nadruk op de dubbele bestraffing wordt gelegd, wordt van ‘parallelliteit’ gesproken, aangezien men ten aanzien van dezelfde feitelijke constellatie in verschillende handhavingsstelsels kan worden aangesproken met bestraffende sancties.[2] Op zichzelf is duale handhaving niet uitzonderlijk, zo stelt ook Hartmann in zijn oratie.[3] Hierin beschrijft hij op welke wijze het bestuursrecht en het strafrecht als handhavingsstelsels de afgelopen decennia nadrukkelijk verder naar elkaar toe zijn gegroeid. Volgens Hartmann is deze ontwikkeling met name te verklaren doordat binnen het bestuursrecht het fenomeen van de bestuurlijke boete enorm in omvang is toegenomen. Zij heeft inmiddels haar intrede gedaan in bijna alle deelgebieden van het bestuursrecht.[4] ‘Het bestraffende karakter van de bestuurlijke boete

---

1 CBb 1 september 2011, *LJN* BS7874.

2 A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011, p. 36-37.

3 A.R. Hartmann, *a.w.* 2011, p. 8. Ter toelichting stelt hij dat het vaak voorkomt dat hetzelfde rechtssubject terzake van dezelfde feiten, zowel in een strafrechtelijke procedure is betrokken als in een bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure. Alleen weten we daar vaak niet van. Voor een overzicht wijst hij op het thema nummer ‘Samenloop van sancties’ in het Nederlands Juristenblad, 1992 nr. 42, in het bijzonder bij G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L Roording, ‘Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein’, p. 1335-1344 en P.J.J. van Buuren, ‘Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling’, p. 1345-1352.

4 In zijn oratie wijst Hartmann er in dit verband op dat de bijlage bij de MvT van het voorontwerp van de Vierde Tranche Awb in 1999 het overzicht nog uit ruim 20 wetten met een bestuurlijke boete bestond en dat het overzicht bij het wetsvoorstel van de Vierde Tranche Awb van vijf jaar later vierenvijftig wetten met een bestuurlijke boete bestrijkt. Zie: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, Bijlage 2, p. 168-169. Inmiddels is de bestuurlijke boete in meer dan 80 wettelijke regelingen opgenomen. Zie: A.R. Hartmann, *a.w.* 2011, p. 21: zie reeds de duiding door M.J. Sluijs, De bestuurlijke boete: naar nieuwe grenzen, Bestuurswetenschappen 1991, p. 420-434 en F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?*, oratie VU, Zwolle 1994.

maakt dat het traditionele onderscheid tussen bestuursrecht en strafrecht de afgelopen decennia is verdwenen. In beide rechtsgebieden wordt immers gestraft.'[5]

Afbakening: de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wet- en regelgeving
In de navolgende subparagrafen wordt de vraag behandeld betreffende de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wet- en regelgeving ten aanzien van trustkantoren. Het gaat hier als gezegd in de eerste plaats en in het bijzonder om de handhaving van de Wtt en de op deze wet gebaseerde regelgeving, zoals de Rib Wtt. Daarnaast gaat het om handhaving van de Wwft en de Sanctiewet 1977, aangezien als gezegd ten aanzien van deze wetten eveneens zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving mogelijk is. Het uitgangspunt bij de handhaving van laatstgenoemde twee wetten verschilt echter in die zin van het primaat van bestuursrechtelijke handhaving van de Wtt (zie nader subparagraaf 6.2.1 'Ten geleide: het primaat van bestuursrechtelijke handhaving'), dat bij de handhaving van de Wwft niet het bestuursrecht, maar juist het strafrecht het uitgangspunt is bij de handhaving van deze wet.[6] Strafrechtelijke handhaving is tevens bij de handhaving van de Sanctiewet 1977 van oudsher het uitgangspunt. Sinds de wetswijziging van 7 juni 2002[7] hebben financiële instellingen echter evenzeer rekening te houden met de gevolgen van het bestuurlijke toezicht op de naleving van de Sanctiewet 1977.[8] De nadruk wordt hierbij gelegd op het bestuursrecht.[9] Niet uit het oog moet worden verloren dat onder de verplichtingen in de Wtt en de op deze wet gebaseerde Rib Wtt (waarin de normstellingen in de Wtt met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren zijn uitgewerkt) ook de verplichtingen op basis van de Wwft en de Sanctiewet 1977 zijn gebracht. Met andere woorden: de op trustkantoren van toepassing zijnde verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 kunnen middels de Wtt worden gehandhaafd.

6.2 Ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht, bezien vanuit het perspectief van de wetgeving betreffende trustkantoren

6.2.1 Ten geleide: het primaat van bestuursrechtelijke handhaving

De handhaving van financiële wet- en regelgeving in het algemeen heeft de laatste tien jaar een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt. Deze ontwikkeling kan worden beschreven als een vergaande uitbreiding van de punitieve mogelijkheden op grond van het bestuursrecht, waarbij de strafrechtelijke handhaving daarentegen wordt beperkt tot een klein deel van de overtredingen.[10] De aandacht voor de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële toezichtwetgeving in de Nederlandse literatuur is hierbij tot op heden voornamelijk uitgegaan naar de handhaving van de Wft.[11] Deze wet

---

5 A.R. Hartmann, *a.w.* 2011, p. 21.

6 P.T.C. van Kampen, 'De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme', in: *Bijzonder strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 169. Zie ook: *Kamerstukken II* 2004-2005, 29 990, nr. 3, p. 8.

7 Wet van 16 mei 2002 tot wijziging van de Sanctiewet 1977 met het oog op de implementatie van internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen. *Stb.* 2002, 270.

8 M.K. Bulterman, *Financiële sancties. De totstandkoming en implementatie van financiële VN-sancties en hun gevolgen voor financiële instellingen*, Amsterdam: NIBE-SVV 2003, p. 47.

9 *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 251, nr. 3, p. 4.

10 R.M.I. Lamp, 'De Wet op het financieel toezicht', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 247. Lamp wijst in dit verband onder andere op M.F.S. ter Heide en A. de Lange, 'Een integer financieel verkeer kan niet zonder een strafrechtelijke bescherming', *Strafblad* 2009, p. 515-530, waarin de auteurs zich uitspreken tegen het primaat van het bestuursrecht bij bestraffing van overtredingen van het financieel recht, met name in het licht van de recente financiële crisis.

11 Zie naast bovengenoemde publicatie van Lamp in dit verband met name: J.T.C. Leliveld, 'Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft', *FR* 2009 – 5/6, p. 218 – 223; D.R. Doorenbos en C.A. Doets, 'Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – Maximum overdrive', *Ondernemingsrecht* 2008, p. 507-514 en D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: *Onderneming en*

wordt gezien als de belangrijkste wet op het terrein van toezicht op de financiële sector en heeft hierdoor een centrale rol in het financieel recht.[12] Op grond van de Wft is bij overtreding van veel bepalingen van deze wet zowel bestuursrechtelijke als strafrechtelijke handhaving mogelijk. Evenals in de overige financiële toezichtswetten, is er in deze wet voor gekozen om de bestuursrechtelijke handhaving als uitgangspunt te nemen. In de MvT wordt terzake opgemerkt:

> 'Evenals in de bestaande financiële toezichtwetten het geval is, is ook in het voorstel (…) gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving als uitgangspunt. (…) Bestuursrechtelijke handhaving kan een goed alternatief bieden, mits aan de eisen van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden volgen, wordt voldaan. Op deze wijze wordt bewerkstelligd dat primair het met toezicht op de naleving belaste bestuursorgaan bevoegd is om handhavingsmaatregelen – eventueel van punitieve aard – op te leggen, hetgeen vanuit een oogpunt van effectiviteit de voorkeur verdient. De met handhaving belaste toezichthouders zijn op die manier niet afhankelijk van het al dan niet instellen van een strafrechtelijke vervolging door het Openbaar Ministerie, maar kunnen overtreding van de bij of krachtens het wetsvoorstel gestelde regels zelf sanctioneren. Bestuursrechtelijke handhaving staat derhalve voorop, strafrechtelijke handhaving is daarnaast mogelijk voor specifieke overtredingen, waarvan wenselijk is dat zij tevens worden aangemerkt als economisch delict in de zin van de Wet op de economische delicten.'[13]

Het hierboven genoemde primaat van bestuursrechtelijke handhaving sluit volgens de MvT van de Wft aan bij de toelichting op aanwijzing 11 lid 2 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, welke luidt: 'Een keuze voor het strafrecht valt in het algemeen slechts te rechtvaardigen indien aannemelijk wordt gemaakt dat bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen tekort schieten.'[14] Strafrechtelijke handhaving blijft, zoals hierboven aangegeven, mogelijk voor specifieke overtredingen waarvan het 'wenselijk' is dat zij tevens worden aangemerkt als economisch delict in de zin van de WED.[15] De wetgever heeft de keuze of in een concreet geval bestuursrechtelijk of strafrechtelijk dient te worden gehandhaafd, aan de toezichthoudende en opsporingsbevoegde instanties gelaten.[16] Volgens Hartmann beoogt de wetgever de interferenties, die zich in de praktijk voordoen door de samenloop van beide stelsels, te voorkomen door onder andere aanwijzingen en convenanten op te stellen waarin wordt beschreven welke instantie bevoegd is in welk geval en onder welke voorwaarden. Uitgewerkt in diverse bepalingen, richtlijnen en convenanten wordt getracht tussen de diverse publieke instanties (voornamelijk toezichthouders en het Openbaar Ministerie) een verdeling van de zaken te maken aan de hand van diverse besliscriteria.[17]

Handhaving vanuit het perspectief van de Wtt

In de literatuur zijn de (recente) ontwikkelingen die relevant zijn voor de handhaving van financieel recht en de vraag betreffende de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wet- en regelgeving voornamelijk besproken vanuit het perspectief van de Wft, die in het financieel recht als

---

Financieel Toezicht, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566. Zie voor de bespreking ten aanzien van de handhaving van financiële wetten die in de Wft zijn opgegaan: A.R. Hartmann, 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?, *NJB* 21 mei 2004, p. 1068-1073.

12 R.M.I. Lamp, *a.w.* 2011, p. 241. Zie nader over de verhouding Wtt – Wft paragraaf 5.2.4.1.

13 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 708, nr. 3, p. 18.

14 Idem, p. 18

15 Het gaat hier voor het grootste gedeelte om de delicten onder artikel 1 onder 2° WED, waarvoor geldt dat deze economische delicten misdrijven zijn, voor zover zij opzettelijk zijn begaan. Voor zover zij geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen (artikel 2 lid 1 WED). Een beperkt aantal valt onder artikel 1 onder 3° WED. Zij worden altijd aangemerkt als een misdrijf (artikel 2 lid 3 WED).

16 R.M.I. Lamp, *a.w.* 2011, p. 249. Zie ook: A.R. Hartmann, *t.a.p.* 2004, p. 1068-1073.

17 A.R. Hartmann, *a.w.* 2011, p. 36. In dit verband wijst hij onder andere op het voor deze studie relevante Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, *Stcrt.* 2009, 9.

gezegd een centrale plaats inneemt. In navolgende paragrafen worden deze ontwikkelingen belicht vanuit het perspectief van de Wtt. Behandeld wordt wat de ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht hebben betekend voor de keuze voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wtt.

6.2.2 Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete

Op 1 januari 2000 is de Wet tot Invoering van de Last onder Dwangsom en de Bestuurlijke boete (hierna: Wet IDBB)[18] in werking getreden.[19] De invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete bij acht financiële wetten (waarvan de meeste thans zijn opgenomen in de Wft) betekende een aanzienlijke uitbreiding van het bestuursrechtelijk handhavingarsenaal van DNB en de AFM. Tot 1 januari 2000, dus voordat de Wet IDBB in werking was getreden, waren de mogelijkheden voor de financiële toezichthouders om handhavend op te treden beperkt tot het geven van een aanwijzing, het opleggen van beperkingen en het verbinden van voorschriften aan een vergunning, die in bepaalde (zeer ernstige gevallen) kon worden ingetrokken.[20] Door deze beperkte mogelijkheden was strafrechtelijke handhaving destijds de enige reële mogelijkheid om sanctionerend op te treden.[21] Het bestuurlijk handhavingarsenaal was bovendien onevenwichtig en vertoonde diverse lacunes, waardoor de handhaving weinig effectief en efficiënt verliep. Door deze problemen kwam verhoudingsgewijs een zwaar accent op de strafrechtelijke handhaving te liggen.[22] De wetgever signaleerde echter dat de strafrechtelijke procedure in het kader van de handhaving relatief zwaar, tijdrovend en kostbaar was.[23]

Als een reactie hierop werd de Wet IDBB ingevoerd. Met de invoering van deze wet werd beoogd voor beide problemen een oplossing te bieden, enerzijds een passend handhavingsinstrument en anderzijds een ontlasting van de relatief zware, tijdrovende en kostbare handhavingsketen.[24] Met de introductie van de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, als additioneel middel bij de handhaving van de regels uit de financiële wetgeving, werd effectieve handhaving van deze regels beoogd. Bovendien zou de handhaving verder kunnen worden versterkt door de mogelijkheid te scheppen dat de opgelegde boeten en dwangsommen kunnen worden gepubliceerd, waardoor een flexibele en gedoseerde inzet van bestuurlijke handhavingsbevoegdheden mogen zou worden gemaakt en de overbelasting van het strafrechtelijk apparaat zou worden tegengegaan.[25] Aan het strafrecht werd in de MvT van de Wet IDBB een nog slechts aanvullende functie toebedeeld – als *ultimum remedium:*

---

18 Wet van 28 oktober 1999, houdende opneming in de Wet toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht natura-uitvaartverzekeringsbedrijf, de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, de Wet inzake wisselkantoren, de Wet melding zeggenschap in ter beurze genoteerde vennootschappen 1996 en de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, van bepalingen betreffende handhaving door middel van een dwangsom of een bestuurlijke boete en van bepalingen betreffende de rechtsgang. *Stb.* 1999, 506

19 *Stb.* 1999, 588.

20 Zie in dit verband onder andere: R.M.I. Lamp, *a.w.* 2011, p. 247. Zie ook: A.R. Hartmann, *t.a.p.* 2004, p. 1068-1069; D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en verzekeringswetgeving* (dissertatie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992, p. 197 e.v.

21 R.M.I. Lamp, *a.w.* 2011, p. 247.

22 A.R. Hartmann, *t.a.p.* 2004, p. 1068-1069. Zie ook: MvT van de Wet IDBB: *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 821, nr. 3, p. 3, waarin wordt onderschreven dat aangezien het (destijds) niet mogelijk was een dwangsom of bestuurlijke boete op te leggen, veelal een zwaar accent bij het strafrecht en de strafrechtelijke sancties kwam te liggen.

23 Zie in dit verband (onder andere) de MvT van de Wet IDBB: *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 821, nr. 3, p. 3-4, waar bovendien wordt verwezen naar het kabinetstandpunt inzake bestuurlijke boeten van 1 juli 1994. *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48.

24 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 3.

25 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 821, nr. 3, p. 4.

> ‘Het strafrecht kan (…) overigens voor bepaalde overtredingen wel een belangrijke aanvullende en ondersteunende functie blijven vervullen als ultimum remedium. In dit verband is het van belang dat te zijner tijd goede afspraken worden gemaakt met de strafrechtelijke autoriteiten over de afstemming van het (vervolgings)beleid.’[26]

De Wet IDBB beoogde met de invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete een accentverschuiving te verwezenlijken van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving. Middels deze wet is beoogd de toezichthouders beter toe te rusten bij de uitvoering van de bepalingen in de financiële wetgeving en de handhaving van de desbetreffende regels. De introductie van het bestuursrechtelijk handhavingsinstrumentarium wordt door de MvT van de Wet IDBB nadrukkelijk in het handhavingsbeleid van de overheid geplaatst, zoals neergelegd in (bovengenoemd) kabinetstandpunt van 1 juli 1994 inzake bestuurlijke boeten.[27] Kern van dit beleid is dat de financiële toezichthouders, belast met de uitvoering van bepalingen in de financiële wetgeving, primair verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de desbetreffende regels. De hieraan ten grondslag liggende gedachte is dat bij de financiële toezichthouders bij uitstek de deskundigheid en ervaring aanwezig zijn voor een effectieve en ook efficiënte handhaving.[28]

Evaluatie van de Wet IDBB

De Wet IDBB is in 2004 geëvalueerd.[29] Onderwerp van de evaluatie was in de eerste plaats de vraag of de handhaving van de financiële wetgeving is verbeterd als gevolg van de door deze wet geïntroduceerde handhavingsinstrumenten, en in de tweede plaats of deze verbetering ook gepaard is gegaan met een accentverschuiving van een strafrechtelijke naar een bestuursrechtelijke handhaving.[30] De minister stelt dat naar het oordeel van de financiële toezichthouders en de partners in de strafrechtelijke handhavingsketen (het OM en de Belastingdienst/FIOD-ECD) de Wet IDBB daadwerkelijk heeft bijgedragen aan een verbeterde handhaving van de financiële wetgeving. Deze verbetering zou het duidelijkst waarneembaar zijn met betrekking tot de handhaving van de nakoming van bepalingen die toezicht op informatie- en rapportageverplichtingen, die bovendien essentieel zijn voor een deugdelijk toezicht en voor de nakoming van bepaalde (internationale) verplichtingen. Door het ontbreken van een passend sanctie-instrumentarium waren de toezichthouders niet alleen niet in staat om overtreders te sanctioneren, maar konden zij evenmin de nakoming van rapportageverplichtingen afdwingen. Met name als gevolg van de introductie van de last onder dwangsom is in deze situatie verandering gekomen. De introductie van de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom stelt de toezichthouder in staat om meer en beter te handhaven.[31] Een volgende belangrijke conclusie van de evaluatie in dit verband, is dat de toezichthouder door de introductie van het bestuursrechtelijke sanctie-instrumentarium beter in staat wordt gesteld om op te treden tegen niet onder toezicht staande instellingen. Toezichthouders kunnen nu zelf optreden tegen deze overtreders door het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, terwijl voor het sanctioneren van deze overtreders voorheen slechts de strafrechtelijke weg open stond.[32]

In de tweede plaats was de doelstelling van de introductie van een bestuursrechtelijk sanctie-instrumentarium het ontlasten van het strafrechtelijke apparaat. Ondanks de bredere inzet van het bestuursrechtelijke sanctie-instrumentarium wijst de minister er op dat het aantal aangiften van de toezichthouders bij het OM van overtredingen van de financiële toezichtwetgeving niet is afgenomen. Toch wordt gesproken van een ‘relatieve’ ontlasting van het strafrechtelijke apparaat: ‘Een duidelijke ontlasting van de strafrechtelijke keten, in absolute getallen, is dan wel niet geconstateerd, relatief

---

26 Idem, p. 4.

27 *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48.

28 Evaluatie van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 2.

29 Evaluatie van de Wet tot invoering van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1.

30 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 3.

31 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 4. Zie ook: F. de Vries, ‘Het bestuurlijke sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving. Blijft er nog iets te wensen over voor de financiële toezichthouder?’, *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht en Strafrecht* 2004 – 5, p. 152.

32 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 6. Zie ook: F. de Vries, *t.a.p.* 2004, p. 152.

gezien heeft deze wel plaats gehad. Voor deze, nu bestuurlijk afgedane zaken, was in het verleden een strafrechtelijke reactie mogelijk geweest.' Aldus wordt gesteld dat er ten aanzien van de handhaving van deze categorie bepalingen wel een accentverschuiving heeft plaatsgehad, echter zonder een afname van de druk op de strafrechtelijke keten.[33] Met betrekking tot de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële toezichtswetgeving, dient volgens de evaluatie ook na de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete de strafrechtelijke weg open te blijven staan voor die gevallen waarin 'de rechtsorde in ernstige mate wordt geschokt' en waarbij het genoten voordeel dient te worden teruggehaald:

> 'De strafrechtelijke procedure is ook na het introduceren van de nieuwe handhavingsinstrumenten nadrukkelijk open blijven staan; in het bijzonder voor die gevallen waarin de rechtsorde in ernstige mate wordt geschokt en voor die gevallen waarbij het genoten voordeel bij de overtreding zal worden teruggehaald.'[34]

De minister concludeerde op grond van de evaluatie dat de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële toezichtwetgeving heeft bijgedragen aan de snelheid en efficiëntie van de handhaving van deze wetten.[35] Evenwel identificeerde de minster ook een aantal punten waarop het sanctie instrumentarium in de financiële toezichtswetgeving verder kon worden verbeterd. De preventieve werking van het sanctie-instrumentarium zou vergroot kunnen worden door de boetes te verhogen die kunnen worden opgelegd. In algemene zin stelde de minister de vraag of het bestaande boetestelsel wel voldoende vrijheid geeft aan de toezichthouders om passende boetes op te leggen bij overtreding van normen uit de financiële toezichtswetten, maar achtte het nog te vroeg voor fundamentele wijzigingen in het systeem én de tarifering. De minister heeft de Twee Kamer toegezegd een aantal aspecten te verdiepen, waaronder een drietal onderwerpen, die worden uitgewerkt om het sanctiestelsel te verbeteren, te weten: de hoogte van de boetebedragen, verhoging van de boete voor veelplegers en individuele boetes voor bestuurders.[36] De door de minister gedane toezeggingen resulteerde in de *Nota Boetestelsel in financiële wetgeving*[37], waarvan de inhoud is vertaald in de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving.[38, 39] Beide onderwerpen worden in navolgende paragrafen behandeld.

6.2.3 De 'Boetenota': de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving

6.2.3.1 Ten geleide

In de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving (hierna: de 'Boetenota') wordt een integrale wijziging in financiële wetgeving gepresenteerd, waarvan de inhoud als gezegd is vastgelegd in de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (kortheidshalve aangeduid als: de 'Boetewet'), die hieronder wordt behandeld in subparagraaf 6.2.5 'De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving'. Zoals reeds ter sprake is gekomen, is naar aanleiding van de uitkomsten van overleg over de evaluatie van de Wet IDBB met de Tweede Kamer, toegezegd dat samen met de toezichthouders DNB en de AFM een drietal onderwerpen zullen worden bezien, te weten: de hoogte van de boetebedragen, verhoging van de boete voor veelplegers en individuele boetes voor bestuurders.[40] Bovendien is toegezegd een integraal standpunt uit te zullen brengen over het

---

33 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 4. Zie ook: F. de Vries, *t.a.p.* 2004, p. 152-153.

34 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 1, p. 2.

35 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, 'Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving; flexibel, afschrikwekkend én effectief?, *FR* 2009 – 5/6, p. 210.

36 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 370, nr. 2, p. 7. Zie ook: *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 2.

37 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2.

38 Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving). *Stb.* 2009, 327.

39 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 210.

40 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 2.

boetestelsel op het gebied van financiële wetgeving, waarbij ook wordt ingegaan op de wettelijke inbedding ervan en de waarborgen voor zorgvuldig handelen door de toezichthouder, welk standpunt in de Boetenota is verwoord.[41]

In de Boetenota wordt geconstateerd dat er een veelheid aan financiële wetten bestaat, waarin boete- en dwangsombepalingen zijn opgenomen. In dit verband wordt op de eerste plaats gewezen op de (op 1 januari 2000 in werking getreden) Wet IDBB, die de financiële toezichthouders de bevoegdheid hebben gegeven om, bij overtredingen van verschillende financiële toezichtswetten, boetes en dwangsommen als handhavingsinstrument te kiezen, zie nader hierboven subparagraaf 6.2.2 'Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete'. Daarnaast wordt er (onder andere) op gewezen dat ook voor overtredingen van diverse integriteitswetten boetes en dwangsommen kunnen worden opgelegd, waaronder de Wtt en de Sanctiewet 1977. Tot deze terreinen van wetgeving strekt de nota zich uit en worden terzake uitgangspunten geformuleerd voor de handhaving, die hieronder eerst ter sprake komen.

6.2.3.2 Uitgangspunten van de Boetenota bij bestuurlijke beboeting in de financiële sector

In de Boetenota is een aantal uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot bestuurlijke beboeting in de financiële sector. Zo dienen bestuurlijke boetes in de eerste plaats in zoveel mogelijk gevallen een evenredig antwoord op een overtreding te kunnen bieden, waarmee wordt beoogd effectieve handhaving van de bepalingen in financiële wetgeving mogelijk te maken. Volgens de nota moet derhalve van de boete een preventieve werking uitgaan richting de (potentiële) overtreder, voorts dienen de boetes proportioneel (en niet te laag) te zijn en moeten zij tot slot daadwerkelijk kunnen worden geïnd. In de tweede plaats is aansluiting gezocht bij de Vierde tranche van de Awb, ook voor wat betreft de eisen van zorgvuldigheid (rechtsgelijkheid en rechtsbescherming), zie nader hieronder subparagraaf 6.2.5 'De Vierde tranche', en is de functiescheiding bij toezichthouders verscherpt.[42]

Volgens de nota dient de hoogte van de boete 'zowel aan te sluiten bij de ernst en aard van de overtreding en de draagkracht van de overtreder, als ook bij de overige omstandigheden van het geval, zoals de verwijtbaarheid, recidive, wederrechtelijk verkregen voordeel en de schade voor benadeelden', waarbij evenzeer rekening dient te worden gehouden met de (financiële) gevolgen van de boete oplegging, waaronder de levensvatbaarheid van de onderneming. Voorts dient het boetestelsel aan te sluiten bij de specifieke aard van het domein van het financiële toezicht, waarbij wordt gekeken naar het overige beschikbare handhavingsinstrumentarium, de aard van de overtredingen en de soort overtreders die aan de orde zijn. Vanuit het oogpunt van evenwichtigheid van het boetestelsel ten opzichte van andere (nationale en internationale) toezicht- en handhavingsmogelijkheden, wordt het argument van het creëren van een 'level playing field' genoemd: 'Uit het oogpunt van een gelijk speelveld en het bevorderen van het Nederlandse vestigingsklimaat moet het boetebeleid van de financiële toezichthouders (…) niet teveel uit de pas lopen met het beleid dat financiële toezichthouders in andere landen hanteren.'[43]

In de nota is gekeken naar consistentie in het boetebeleid van financiële toezichthouders voor soortgelijke overtredingen. De nota geeft er hier de voorkeur aan dat het boetestelsel voor de financiële sector – binnen de grenzen van de algemene bestuursrechtelijke bepalingen – een 'op maat gesneden stelsel' wordt, waarmee wordt bedoeld dat behalve de algemene bepalingen van het bestuursrecht, de verschillende boetestelsels van de toezichthouders overeenkomsten zullen kennen, maar dat de specifieke bepalingen voor de eigen sector behouden blijven, zodat naadloos wordt

---

41 De achterliggende reden van die toezegging is dat tijdens de behandeling van de Wet financiële dienstverlening (Wfd) in de Kamer op 14 en 16 september 2004, is gesproken over de wens om in de Wfd over te gaan tot een andere boetesystematiek, waarbij hogere boetes zouden kunnen worden opgelegd. Hierbij is aangegeven dat het evenwel niet wenselijk zou zijn om slechts voor één wet een boetestelsel te wijzigen. *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 2. Zie ook: Behandeling wetsvoorstel Wet financiële dienstverlening: *Handelingen II* 2003-2004, 29 507, nr. 98 en 100.

42 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 5.

43 Idem, p. 5.

aangesloten op de specifieke aard van het domein. Het laatste uitgangspunt is doelmatigheid. Het systeem moet zo eenvoudig en inzichtelijk mogelijk worden vormgegeven.[44]

6.2.3.3 De hoogte van de boetebedragen: opties voor een ander boetestelsel

Het hierboven als eerst genoemde aandachtspunt van de nota is de hoogte van de bestuurlijke boetes die kunnen worden opgelegd. Deze zouden volgens de nota laag zijn in vergelijking tot die in enkele omringende landen (België, Duitsland, Frankrijk, Ierland, Zweden). In de nota worden een aantal onvolkomenheden van het (oude) boetestelsel besproken. Het eerste kritiekpunt is dat het in de financiële wetten vastgelegde maximumbedrag van € 900.000 in de praktijk niet kan worden opgelegd. Zo kan bijvoorbeeld in de praktijk maximaal een boete van € 348.500 worden opgelegd bij overtreding van de Wtt. Dit werd veroorzaakt doordat op basis van het (oude) boetestelsel een wettelijk bepaald bedrag voor de bestuurlijke boete vermenigvuldigd werd aan de hand van de draagkracht van de overtreder, waarbij zelfs bij de maximale vermenigvuldiging het wettelijk nominaal maximum niet werd benaderd, zie hierover nader hieronder subparagrafen 6.2.6.2 'Het boetestelsel van vóór de inwerkingtreding van de Boetewet' en 6.2.6.3 'Het door de Boetewet gewijzigde boetestelsel'.

Naast de hoogte van de boetebedragen, wordt in de nota gewezen op een aantal beperkingen van de (oude) vaste boetesystematiek, met haar vaste boetebedragen in combinatie met de in de bijlage van de betreffende wetgeving genoemde boetefactoren. In de eerste plaats is het nadeel van een vaste boetesystematiek dat de boetes 'niet altijd goed aansluiten bij alle omstandigheden die bij de overtreding aan de orde zijn' en dat in het huidige financiële toezicht bijvoorbeeld weinig tot geen rekening kan worden gehouden met zaken als de mate van verwijtbaarheid, recidive of het door de overtreding behaalde wederrechtelijk verkregen voordeel.[45] Boetes kunnen hierdoor te laag uitvallen, waardoor zij niet een afdoende afschrikkend effect hebben indien met het continueren van de overtreding voor de overtreders voordeel kan worden behaald. In dit verband wordt erop gewezen dat een vaste boetesystematiek het voor de 'calculerende overtreder' gemakkelijk maakt om vooraf uit te rekenen of de boete bij ontdekking opweegt tegen de baten. In de tweede plaats wordt erop gewezen dat in de (oude) boetesystematiek voor sommige overtredingen wel en voor andere geen onderscheid wordt gemaakt naar draagkracht, hetgeen in de praktijk bijvoorbeeld betekent dat het opereren zonder vergunning met een relatief lichte boete wordt bestraft (€ 87.125), terwijl potentieel veel schade hierdoor kan worden veroorzaakt.[46]

In de Boetenota worden drie opties beschreven voor het omgaan met de systematiek van boetes in de financiële wetgeving. De eerstgenoemde optie is de bestaande systematiek te handhaven, met aanpassing (verhoging) van de boetebedragen: *Optie 1. Aanpassen van de bedragen in het huidige systeem met vaste boetes*. De optie die als tweede wordt genoemd betreft het over gaan op een flexibele boetetechniek voor de financiële wetgeving: *Optie 2. Overgaan op een systeem met flexibele boetes (maximumboetes)*. De bevoegdheid tot het vaststellen van de hoogte van de boete (mits onder het wettelijke maximum) komt hierbij toe aan de toezichthouder, die hierbij rekening houdt met de ernst van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van de overtreder en overige omstandigheden waaronder het feit is gepleegd. Tot slot wordt de optie van een combinatie van een vaste en een flexibele boetesystematiek genoemd: *Optie 3. Overgaan op een combinatie van een vaste boetesystematiek met een flexibel stelsel.* Bij dit gecombineerde systeem geldt voor een bepaalde categorie van 'lichte' overtredingen de vaste boetesystematiek – met eventueel aangepaste bedragen. De flexibele boetesystematiek met een hoger maximumbedrag geldt voor de 'zwaardere' overtredingen.[47]

In de nota is voor de laatstgenoemde Optie 3 de voorkeur uitgesproken.[48] Voor de uitwerking van Optie 3 in de Boetewet, wordt verwezen naar subparagraaf 6.2.6.3 'Het door de Boetewet gewijzigde boetestelsel'. In de nota wordt kort ingegaan op de redenen om voor deze optie te kiezen. Zo zouden

---

44 Idem, p. 6.
45 Idem, p. 7.
46 Idem, p. 7
47 Zie uitgebreid: idem, p. 9.
48 Idem, p. 10.

de sterke punten van het vaste systeem (eenvoud, rechtszekerheid) hierdoor kunnen worden gecombineerd met de sterke punten van een flexibel systeem (proportionele boetes), waardoor een evenwicht zou kunnen worden geboden tussen de efficiëntie van het stelsel en de evenredigheid van de op te leggen boetes. De gedachte is dat de kwaliteit van de handhaving wordt verbeterd, doordat bij 'zwaardere' overtredingen rekening kan worden gehouden met 'alle omstandigheden van het geval', waarbij op basis van het toepasselijke flexibele stelsel rekening houdend met deze omstandigheden een 'gemotiveerde, gedegen en genuanceerde boete' kan worden bepaald. Voor de 'lichtere' overtredingen (of standaardovertredingen) biedt het toepasselijk vaste stelsel volgens de nota het voordeel van efficiëntie, duidelijkheid en zekerheid. Zowel voor de toezichthouder als de betrokken partijen.[49]

6.2.3.4 Betere aanpak van recidive

Als tweede aandachtspunt wordt de verhoging van de boete voor veelplegers genoemd, oftewel een betere aanpak van recidive. Het (oude) boetesysteem van vaste boetebedragen waarin de toezichthouder alleen door gebruikmaking van zijn matigingsbevoegdheid kan variëren en gebonden is aan de verschillende categorieën waarin de overtredingen zijn ingedeeld, zou niet voldoen. Voor de overtredingen waarvoor (in de nieuwe boetesystematiek) de flexibele boetesystematiek gaat gelden ('zwaardere' overtredingen), dient de boetehoogte te kunnen worden afgestemd op de omstandigheden van het geval, waardoor het gegeven dat de overtreder meermalen dezelfde overtreding heeft begaan, of een 'veelpleger' is van niet noodzakelijkerwijs dezelfde overtredingen, als een verzwarende omstandigheid in de afweging kan worden meegenomen. Voor de overtredingen waarvoor vaste boetes gelden ('lichtere' overtredingen), zal eveneens rekening worden gehouden met recidive. Hiertoe dient in de wetgeving een specifieke bepaling te worden opgenomen, die een verhoging van de vaste boete oplevert als de overtreder reeds eerder is bestraft voor een soortgelijke overtreding of als de overtreder binnen een bepaalde periode meerdere overtredingen heeft gepleegd.[50] Dit punt is met de inwerkingtreding van Boetewet opgepakt. Zo is bijvoorbeeld in artikel 22 lid 1 Wtt de volgende bepaling opgenomen: 'indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding, wordt het bedrag van de bestuurlijke boete (…) voor een afzonderlijke overtreding verdubbeld (artikel 22 lid 1 Wtt).

6.2.3.5 Bestuurlijke beboeting van individuele personen

Het als derde genoemde aandachtspunt betreft de individuele boetes voor bestuurders: de bestuurlijke boetes voor overtredingen door instellingen waarop de financiële toezichtswetten van toepassing zijn, konden voornamelijk worden opgelegd aan de instelling zelf. Dit probleem is opgepakt met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb, op basis waarvan bestuurlijke boetes ook kunnen worden opgelegd aan hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, zo vloeit voort uit artikel 5:1 Awb. Lid 3 van dit artikel bepaalt dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en dat artikel 51 lid 2 en 3 Sr van toepassing is.[51] Dit betekent dat sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb (op 1 juli 2009)[52] de financiële toezichthouders de bevoegdheid hebben verkregen om ook aan individuele personen een bestuurlijke boete op te leggen, die opdracht hebben

---

49 Idem, p. 9.

50 Idem, p. 13.

51 Artikel 51 Sr luidt (in zijn geheel): lid 1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke en rechtspersonen; lid 2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken: 1°. Tegen die rechtspersoon, dan wel 2°. Tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel 3°. Tegen de onder 1° en 2° genoemde tezamen; lid 3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.

52 *Stb.* 2009, 266.

gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.[53] Zie nader hieronder subparagraaf 6.2.5 'De Vierde tranche' waarin deze uitbreiding wordt behandeld.

Beboeting van individuele personen onder het oude boetestelsel
Slechts in sommige gevallen was onder het oude boetestelsel (ook) al bestuurlijke beboeting van natuurlijke personen mogelijk. Het gaat daarbij om overtreding van normen die rechtstreeks tot de persoon van de beleidsbepaler of aan 'een ieder' zijn gericht. De bepalingen in de Wtt die tot 'een ieder' zijn gericht, zijn (destijds) opgesomd in de inmiddels vervallen Bijlage van de Wtt, die met de inwerkingtreding van het Boetebesluit Wft is komen te vervallen (zie hierover nader hieronder subparagraaf 6.2.6.2 'Het boetestelsel van vóór de inwerkingtreding van de Boetewet'). In de nota worden in dit verband overtredingen genoemd die worden gepleegd door zogenaamde 'illegale instellingen', dat wil zeggen instellingen die opereren zonder vergunning, vrijstelling of registratie, waarvoor in de praktijk geldt dat (in verband met de regel dat een boete mede wordt opgelegd aan 'de overtreder') een bestuurlijke boete moet worden opgelegd aan de individuele personen die het als leidinggevende of als bestuurder in hun macht hebben de overtreding te beëindigen of de rechtmatige toestand te herstellen.[54]

6.2.3.6 Uitleiding: accentverschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving
In de Boetenota wordt opgemerkt dat met de invoering van de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving is beoogd de bestuursrechtelijke handhaving te verbeteren en een accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving.[55] Bij de bespreking van de evaluatie van de Wet IDBB (zie hierboven in subparagraaf 6.2.2 'Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete, onder het kopje 'Evaluatie van de Wet IDBB') is onder andere gebleken dat deze doelstellingen bereikt zouden zijn. In de nota wordt op de verhouding van bestuursrechtelijke ten opzichte van strafrechtelijke handhaving, nauwelijks ingegaan. Summier komt deze verhouding aan de orde, waarbij wordt geraakt aan de problematiek van de keuze voor een sanctiestelsel in het geval tegen overtredingen van financiële wetgeving zowel via het bestuursrecht als via het strafrecht kan worden opgetreden:

> 'Aangezien overtredingen van financiële wetgeving in sommige gevallen eveneens strafbaar zijn gesteld in de Wet op de Economische Delicten (WED) blijft de mogelijkheid tot strafrechtelijke afdoening bestaan. In gevallen waarbij normen worden overtreden die elementaire belangen betreffen en de rechtsorde ernstig is geschokt, kan het nodig zijn om een gevangenisstraf op te leggen of andere strafrechtelijke dwangmiddelen te gebruiken'[56]

6.2.4 Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel

6.2.4.1 Ten geleide
Uit de parlementaire geschiedenis bij de Boetewet (zie nader hieronder subparagraaf 6.2.6 'De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving') bleek tot zeer recent niet van een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wetgeving. Deze keuze is meermalen in meer conceptuele zin aan de orde gesteld.[57] In de eerste plaats kan worden gewezen op de notitie *'De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor'*, die in onderstaande subparagraaf wordt behandeld. Daarnaast kan worden gewezen op de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*, die in de hierop volgende subparagraaf wordt behandeld.

---

53 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 14.
54 Idem, p. 14.
55 Idem, p. 4.
56 Idem, p. 4.
57 J.T.C. Leliveld, 'Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft', *FR* 2009 – 5/6, p. 219.

6.2.4.2 *De notitie 'De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor'*

Ter illustratie van het bovenstaande wijst Leliveld op de notitie over de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor[58], waarin de minister van Justitie de Tweede Kamer in 2005 informeerde over de verhouding tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Ten aanzien van deze verhouding wordt in deze notitie aangegeven dat de volgende 'globale uitgangspunten' worden gehanteerd:

- Strafrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een 'opsporingsfase' met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft.

- Bestuursrecht komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen zware straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking.

Volledigheidshalve moet hier worden opgemerkt dat de bespreking in de notitie – van de modaliteiten die de wetgever ter beschikking staan bij de keuze tussen de diverse sanctiestelsels en de criteria die daarbij een rol kunnen spelen – niet beperkt is gebleven tot het bestuursrecht en het strafrecht, maar dat daarbij ook het privaatrecht is betrokken. De gedachte die hieraan ten grondslag heeft gelegen is dat de keuze voor hetzij bestuurs- en strafrecht doorgaans nog voorafgegaan behoort te worden door een keuze tussen publiekrecht in het algemeen en privaatrecht.[59] Deze voorafgaande afweging tussen het publiekrecht en het privaatrecht valt echter buiten het kader van het onderzoek naar handhaving van de financiële wetgeving en meer specifiek de handhaving van de Wtt.[60] Tot slot wordt aan bovengenoemde indicatoren de keuze voor het tuchtrecht toegevoegd, die eveneens in het kader van de handhaving van de Wtt buiten bespreking zal blijven.[61]

Aan bovengenoemde globale uitgangspunten is in de notitie invulling gegeven in de vorm van 'indicatoren' ofwel 'aanwijzingen', waarin bovengenoemde uitgangspunten zijn uitgewerkt. Deze indicatoren zijn verdeeld over vijf paragrafen die aan vijf thema's zijn gekoppeld, te weten: *Paragraaf 1 – Privaatrecht of publiekrecht* (indicator 1 tot en met 4); *Paragraaf 2 – De gewenste sancties* (indicator 5 tot en met 8); *Paragraaf 3 – De ernst van de normovertreding* (indicator 9 tot en met 11); *Paragraaf 4 – De behoefte aan bevoegdheden* (indicator 12 tot en met 14); en *Paragraaf 5 – De inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering* (indicator 15 en 16). In een concreet geval moeten de indicatoren volgens de notitie steeds alle worden langsgelopen en in onderling verband worden

---

58 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 849, nr. 30, p. 2 e.v.

59 Idem, p. 2. Zie ook de nota 'Bruikbare rechtsorde', *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 279, nr. 9 en het rapport 'Vreemde ogen', *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 279, nr. 30, waarin de mogelijkheden van privaatrechtelijke handhaving nader worden verkend.

60 Het volledige overzicht van de globale uitgangspunten bij de keuze voor een sanctiestelsel omvat vijf uitgangspunten, waarbij voorafgaand aan de bovengenoemde twee uitgangspunten ten aanzien van de toepassing van het strafrecht en het bestuursrecht, nog twee uitgangspunten worden genoemd voor de toepassing van het privaatrecht, respectievelijk het bestuursrecht, te weten: 'Normen waarvan de handhaving in concrete gevallen kan of moet worden overgelaten aan het initiatief van de (rechts)persoon wiens belang door de concrete normovertreding is geschonden, komen in aanmerking voor privaatrechtelijke rechtshandhaving.' Met betrekking tot de toepassing van het publiekrecht is het volgende uitgangspunt opgenomen: 'Normen waarvan de handhaving in concrete gevallen niet kan worden overgelaten aan het initiatief van de (rechts)persoon wiens belang is geschonden, komen in aanmerking voor publiekrechtelijke rechtshandhaving: strafrecht of bestuursrecht.' Idem, p. 4.

61 Voor de toepassing van het tuchtrecht wordt het volgende uitgangspunt gegeven: 'Handhaving door middel van het tuchtrecht (…) kan in aanmerking komen indien de handhaving van de norm primair in het belang van de betrokken beroepsgroep is en er overigens geen zwaarwegend belang is dat noopt tot straf- of bestuursrechtelijke handhaving.' Idem, p. 4.

beschouwd, al was het maar omdat de indicatoren in een specifiek geval in verschillende richtingen kunnen wijzen.[62] In verband met de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving zijn met name de indicatoren van paragraaf 2 tot en met 5 van belang, die hieronder integraal worden behandeld.

De gewenste sancties
Het eerste thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is, betreft de gewenste sanctie(s). Het thema is uitgewerkt in vier indicatoren. De eerste twee indicatoren, te weten de wenselijkheid om overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf (indicator 5), respectievelijk de wenselijkheid van het opleggen van (nieuwe) punitieve sancties (indicator 6), wijzen naar de keuze voor het strafrecht. Dat geldt evenzeer voor de laatste indicator, die ziet op de situatie waarin 'geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen' met de overtreding van de norm gepaard is gegaan (indicator 8). De derde indicator betreft de wenselijkheid van het opleggen van 'reparatoire sancties' (indicator 7), hetgeen aanwijzing vormt voor de toepassing van het bestuursrecht. In het onderstaande worden de indicatoren uitgewerkt.

Indicator 5 stelt: 'Indien het wenselijk is, overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf of maatregel, komt slechts het strafrecht in aanmerking.' Volgens indicator 5 hangt de wenselijkheid van dergelijke strafbedreiging van vele factoren af 'waaronder de maatschappelijke opvattingen over de ernst van de overtreding, de afschrikwekkende werking die van zo'n bedreiging uit kan gaan en dergelijke.'[63] Indicator 6 voegt hier aan toe: 'Indien nieuwe (al of niet alternatieve) punitieve sancties gewenst zijn, komt primair regeling in het strafrecht in aanmerking'[64], overigens zonder aan te geven welke factoren hier bij de wenselijkheid van belang zijn. Indicator 7 geeft een aanwijzing voor de toepassing van het bestuursrecht. 'Indien nieuwe reparatoire sancties gewenst zijn, komt primair regeling in het bestuursrecht in aanmerking', zo stelt indicator 7. Als uitzondering geldt hierbij het geval sprake is van 'een zodanige verwevenheid met het strafrecht dat regeling daar thuishoort', waarbij volgens de notitie moet worden gedacht aan de schadevergoedingsmaatregel en de maatregel van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, die beide van reparatoire aard zijn, maar dermate zijn verweven met het strafrecht dat daarbij aangesloten dient te worden.[65] Indicator 8 noemt als indicatie voor de toepassing van het strafrecht 'Indien overtreding van de publiekrechtelijk te handhaven norm feitelijk steeds gepaard gaat met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen.' Daarbij kan volgens de notitie van belang zijn dat in het strafrecht, evenals in het privaatrecht maar anders dan in het bestuursrecht, een uitgekristalliseerde regeling van schadevergoeding voorhanden is.[66]

De ernst van de normovertreding
Het tweede thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is betreft de ernst van de normovertreding. Dit thema is uitgewerkt in drie indicatoren, die achtereenvolgens wijzen op 'ernstige normovertredingen' en de 'behoefte aan de mogelijkheid van openbare berechting' als indicator voor de toepassing van het strafrecht (indicator 9 respectievelijk indicator 10), evenals op enige contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale bestuursorganen (indicator 11) in verband met de ernst van de normovertreding, waarbij enige eisen worden gesteld indien in deze gevallen wordt gekozen voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke rechtshandhaving. In het onderstaande worden de indicatoren uitgewerkt.

Volgens indicator 9 zal bij 'ernstige normovertredingen' eerder strafrechtelijke dan bestuursrechtelijke handhaving in aanmerking komen. Dit is volgens de notitie een sterk gevoelsmatig bepaald maar

---

62 Idem, p. 4.
63 Idem, p. 6.
64 Idem, p. 6.
65 Idem, p. 6.
66 Idem, p. 6.

daarom niet minder belangrijk criterium 'dat eraan appelleert dat men bij bepaalde normschendingen met 'Justitie' in aanraking kan komen'. De ernst van de normovertreding kan volgens indicator 9 ten eerste te maken hebben met 'de aard van het feit' (zo zal niemand pleiten voor bestuurlijke afdoening van levensdelicten), maar het kan ook gaan om 'geconstateerde recidive' of om 'de intentie waarmee een normovertreding plaatsvindt.' Volgens indicator 9 is het denkbaar dat de wetgever een nieuwe of aangescherpte norm als fundamentele waarde wil inscherpen en met het oog daarop kiest voor strafrechtelijke sanctionering, waarbij moet worden gedacht aan de introductie van discriminatiebepalingen en de strafrechtelijke normering van rijden onder invloed.[67] Indicator 10 geeft als aanwijzing dat 'naarmate meer behoefte bestaat aan de mogelijkheid van openbare berechting' het strafrecht des te eerder in aanmerking komt. Het gaat hierbij volgens de notitie om een openbare berechting in de zin van een openbare behandeling van de zaak waarbij niet een bestuursbesluit ter beoordeling van de rechter staat, maar waarbij de (rechts)persoon aan wie een overtreding wordt verweten, door de rechter wordt beoordeeld en zonodig 'berecht'. Bij strafrechtelijke handhaving bestaat in beginsel immers voor de met handhaving belaste organen steeds de mogelijkheid om de zaak aan de strafrechter voor te leggen, terwijl bij bestuursrechtelijke handhaving door middel van bestuurlijke boetes de zaak slechts bij de rechter komt indien de betrokkene daartoe het initiatief neemt nadat aan hem, in een doorgaans besloten procedure, door een bestuursorgaan een boete is opgelegd, zo vermeldt indicator 10.[68] Indicator 11 behelst als gezegd contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door centrale bestuursorganen en vormt daarmee het sluitstuk van de indicatoren die verband houden met de ernst van de normovertreding. Indicator 11 noemt als contra-indicaties voor de toepassing van bestuursrechtelijke handhaving: 'Indien plaatselijke verschillen in de handhaving ongewenst zijn, indien het ongewenst is dat de normsteller ook optreedt als normhandhaver of indien de plaatselijke situatie niet relevant is voor de handhaving.' Indien in deze gevallen reden bestaat om te kiezen voor bestuursrechtelijke handhaving, dan zal deze volgens de notitie dienen te geschieden door een landelijke functionerend orgaan. Wordt daarentegen voor strafrechtelijke handhaving gekozen, dan kan daarbij de plaatselijke situatie natuurlijk wel worden meegewogen en zelfs decentrale bestuursorganen worden ingesteld, maar dient volgens de notitie door de rol van het OM verzekerd te zijn dat geen onaanvaardbare verschillen in handhavingsniveau gaan ontstaan.[69]

De behoefte aan bevoegdheden

Het derde thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is betreft de behoefte aan bevoegdheden. Dit thema is uitgewerkt in drie indicatoren, waarbij het in de eerste plaats gaat om de noodzaak om 'ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden' te gebruiken om te komen tot waarheidsvinding en oplegging van een sanctie (indicator 12). Als contra-indicatie voor een bestuursrechtelijke sanctie wordt uitgewerkt het geval dat in de praktijk te verwachten valt dat oplegging van een sanctie 'eigenlijk alleen kan worden geëffectueerd met gebruikmaking van strafrechtelijke middelen' (indicator 13). Tot slot worden in het kader van de behoefte aan bevoegdheden aanwijzingen gegeven met betrekking tot de vraag wanneer de bestuurlijke boete in aanmerking komt (indicator 13). In het onderstaande worden de indicatoren uitgewerkt.

Indicator 12 stelt dat toepassing van het strafrecht geïndiceerd is indien 'ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden' nodig kunnen zijn om te komen tot waarheidsvinding en de oplegging van een sanctie. Voorts dient in ieder geval voor strafrecht te worden gekozen indien nieuw te introduceren bevoegdheden nodig zijn, waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt. Genoemd worden 'de voorlopige hechtenis, doorzoeking in een woning, aftappen of opnemen van communicatie en dergelijke.' De beoordeling van de inzet en toepassing van ingrijpende dwangmiddelen moet volgens de notitie (mede in verband met een rationele verdeling van de beoordeling van recht vragen) door die rechter geschieden die daartoe het best geëquipeerd is: de strafrechter. In dat geval is volgens indicator 12 ook het functionele toezicht door de (hulp)officier van

67 Idem, p. 7.
68 Idem, p. 7.
69 Idem, p. 7.

justitie verzekerd.[70] Indicator 13 geeft een contra-indicatie voor oplegging van een bestuurlijke sanctie: 'Indien in de praktijk te verwachten valt dat de oplegging van een sanctie eigenlijk alleen kan worden geëffectueerd met gebruikmaking van strafrechtelijke middelen, is dat een contra-indicatie voor een bestuurlijke sanctie.' Ter toelichting wordt in de notitie genoemd dat indien bijvoorbeeld verwacht kan worden dat politie en justitie vaak ingeschakeld moeten worden omdat met artikel 184 Sr (niet opvolgen ambtelijk gegeven bevel) gedreigd moet worden, het efficiënter is om ook de norm zelf strafrechtelijk te sanctioneren. Op grond van indicator 14 komt een bestuurlijke boete in aanmerking indien: 'voor de vaststelling van de feiten, met inbegrip van de identiteit van de pleger van het feit, en voor de oplegging van de sanctie geen ingrijpende bevoegdheden (zie daarover indicator 12) nodig zijn en bovendien verwacht mag worden dat in de praktijk (i.v.m. de te verwachten massaliteit of op andere gronden) doorgaans geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden.[71]

De inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering

Het vierde en laatste thema dat bij de keuze tussen toepassing van bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhaving van belang is betreft de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Dit thema is uitgewerkt in twee indicatoren (indicator 15 en 16), die op elkaar voortbouwen in die zin dat in de eerstgenoemde indicator (indicator 15) in hoofdlijnen twee modaliteiten zijn opgenomen, met betrekking tot de situatie waarin het wenselijk is geacht een bestuursorgaan een bijzondere betrokkenheid bij de publiekrechtelijke handhaving te geven. In indicator 16 wordt de in voorgaande indicator genoemde modaliteit waarin voor het strafrecht wordt gekozen nader uitgewerkt in een aantal modaliteiten, zodat indicator 16 in die zin deels een uitwerking vormt van indicator 15. In het onderstaande worden de indicatoren uitgewerkt.

Indicator 15 formuleert als gezegd twee modaliteiten, die betrekking hebben op de situatie waarin het met het oog op de bij een bestuursorgaan 'voorhanden deskundigheid of de daar aanwezige menskracht wenselijk is het bestuursorgaan een bijzondere betrokkenheid bij de publiekrechtelijke handhaving te geven.' In hoofdlijn bestaan hierbij volgens indicator 15 twee modaliteiten, ten eerste: 'Indien betrokkenheid van het OM niet nodig is en er ook overigens geen indicaties voor toepassing van het strafrecht zijn, kan gekozen worden voor bestuursrechtelijke handhaving' en ten tweede 'indien toepassing van het strafrecht in de rede ligt, bestaat een aantal modaliteiten, opgenomen onder indicator 16, waarbij het steeds de voorkeur verdient afspraken te maken met het OM.' Laatstgenoemde modaliteit is uitgewerkt in indicator 16. In onderdeel a van deze indicator is bepaald dat: 'Indien er aanleiding is om het OM in concrete aangelegenheden bij de (buitengerechtelijke) afdoening te betrekken of indien er geen redenen bestaan om aan het betrokken bestuursorgaan een (beperkte) beleidsruimte te geven, ligt het voor de hand om de bij het bestuursorgaan werkzame ambtenaren op de voet van artikel 142 van het Wetboek van Strafvordering een aanwijzing als buitengewoon opsporingsambtenaar te verlenen.' In onderdeel b wordt bepaald dat: 'Indien toezicht door het OM op de buitengerechtelijke afdoening *wel* geïndiceerd is, maar het tegelijkertijd wenselijk is dat aan het bestuursorgaan een beperkte beleidsruimte wordt toegedeeld, kan aan het bestuursorgaan bij algemene maatregel van bestuur de bevoegdheid worden toegekend tot het uitvaardigen van een strafbeschikking in de daarbij aangegeven categorieën van strafbare feiten.' Tot slot wordt in onderdeel c uitgewerkt dat: 'Indien toezicht door het OM op buitengerechtelijke afdoening niet geïndiceerd is, kan het bestuursorgaan een zelfstandige wettelijke bevoegdheid worden toegekend tot het opleggen van een strafbeschikking in de daarbij aangewezen categorieën van strafbare feiten.' Terzake zijn onder meer de navolgende factoren van belang: de kwaliteitswaarborgen die in de inrichting en het functioneren van het bestuursorgaan besloten liggen, de verbondenheid van de aan het bestuursorgaan toe te delen strafbare feiten met andere vormen van criminaliteit, de normering van de buitengerechtelijke afdoening en de mate waarin het OM aan de kwaliteit van de buitengerechtelijke afdoening door het bestuursorgaan zou kunnen bijdragen.[72]

---

70 Idem, p. 7-8.
71 Idem, p. 8.
72 Idem, p. 8-9.

Tussenstand: concluderend en samenvattend
Concluderend en samenvattend is op grond van bovenstaande globale uitgangspunten uit de notitie betreffende 'de keuze tussen sanctiestelsels en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor' (die onder bovenbeschreven thema's zijn uitgewerkt), het volgende beeld ontstaan bij de keuze van een sanctiestelsel. Op grond van het thema van 'de gewenste sanctie' wijzen achtereenvolgens de wenselijkheid om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf (indicator 5), de wenselijkheid van punitieve sancties (indicator 6), en de omstandigheid dat overtreding van de publiekrechtelijk te handhaven norm feitelijk met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen gepaard gaat (indicator 8) in de richting van strafrechtelijke handhaving. De wenselijkheid van reparatoire sancties (indicator 7) wijst daarentegen naar toepassing van het bestuursrecht. Op grond van het thema 'de ernst van de normovertreding' wijzen ernstige normovertredingen (indicator 9) en de behoefte aan de mogelijkheid van openbare berechting (indicator 10) naar toepassing van strafrechtelijke handhaving. Op basis van (in indicator 11) genoemde contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale overheden kan voor strafrechtelijke handhaving worden gekozen. Ingeval wordt gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, dient de handhaving te geschieden door een landelijk functionerend orgaan. Het thema 'de behoefte aan bevoegdheden' leert dat toepassing van het strafrecht geïndiceerd is indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig zijn, met name bij die toepassing van die bevoegdheden waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt (indicator 12). Daarnaast is het strafrecht aangewezen indien sprake is van de contra-indicatie voor het gebruik van een bestuurlijke sanctie die inhoudt dat in de praktijk te verwachten valt dat oplegging van een sanctie alleen geëffectueerd kan worden met een strafrechtelijke sanctie (indicator 13). Indien geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn voor de vaststelling van de feiten én verwacht mag worden dat geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden, zijn dit indicatoren voor toepassing van bestuursrechtelijke handhaving in de zin van een bestuurlijke boete (indicator 14). Tot slot is uit het thema van 'de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering' te concluderen dat de bij een bestuursorgaan voorhanden zijnde deskundigheid of aanwezige menskracht, indien betrokkenheid van het OM niet nodig is en er overigens geen indicaties voor toepassing van het strafrecht zijn, een indicatie voor de toepassing van bestuursrechtelijke rechtshandhaving opleveren (indicator 15). Voor het strafrecht zijn drie modaliteiten van toepassing (eveneens indicator 15), die verband houden met de mate van betrokkenheid van het OM bij de (buitengerechtelijke) afdoening en de beleidsruimte van het betrokken bestuursorgaan (indicator 16). Uit bovenstaande samenvatting op basis van de hierboven uitgebreid behandelde globale uitgangspunten voor de keuze van een sanctiestelsel, kan mijns inziens worden opgemaakt dat de gebruikte bewoordingen bij de indicatoren betrekkelijk veel ruimte open laten voor interpretatie. Dat begint al bij de eerstgenoemde indicator (indicator 5), op basis waarvan het strafrecht in aanmerking komt indien 'het wenselijk is' om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende straf of maatregel. De in de indicator opgenomen uitwerking van de hier bedoelde 'wenselijkheid' maakt het niet duidelijker: 'of een dergelijke strafbedreiging wenselijk is, hangt van vele factoren af, waaronder de maatschappelijke opvattingen over de ernst van de overtreding, de afschrikwekkende werking die van zo'n bedreiging kan uitgaan en dergelijke.' Met dergelijke open formuleringen zou in een concreet geval voor de toepassing van beide sanctiestelsels wat te zeggen zijn. Dit laat onverlet dat deze indicatoren voor de toepassing in de wetgevingspraktijk nuttig zijn geweest. Gemerkt werd dat deze indicatoren – doordat zij elk afzonderlijk gewogen konden worden – zich leenden voor doelredeneringen, zo stellen Boer en Kok. Reden om met een nieuwe kabinetsnota te komen waarin meer richting werd gegeven.[73]

6.2.4.3 Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel
In het najaar van 2008 zond de minister van Justitie de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* aan de Tweede Kamer. 'Het kabinet, in het bijzonder de minister van Justitie, wordt bij de totstandkoming van wetgeving nadrukkelijk aangesproken op de criteria die

[73] P. Boer en D. Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties, Een toelichtende beschouwing bij de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel', *NJB* 2009, 11, p. 671-676.

gelden bij de keuze voor een sanctiestelsel: wanneer wordt het strafrecht ingezet en wanneer het bestuursrecht met de bestuurlijke boete?', zo wordt in de kabinetsnota ter inleiding opgeworpen.[74] In in dit verband wordt in de nota gewezen op eerdere posities die hierover door de regering zijn ingenomen[75], evenals de in voorgaande subparagraaf behandelde notitie *De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor*[76], waarin volgens de nota indicatoren zijn opgenomen die 'bruikbare aanknopingspunten bieden waarvan bij veel wetgeving al gebruik is gemaakt en die thans nog nader wordt uitgewerkt.'[77] Deze indicatoren zouden derhalve bruikbare aanknopingspunten bieden voor de richting van de handhaving die in de kabinetsnota nader worden uitgewerkt.[78] Tegen de achtergrond van de opkomst van de handhaving door middel van de bestuurlijke boete, beoogt de nota nader in te gaan op de omstandigheden waaronder een keuze voor de bestuurlijke boete is aangewezen en op de plaats die de bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving in den brede innemen.

Het uitgangspunt: effectiviteit van de handhaving
Als uitgangspunt voor het afwegingskader in de kabinetsnota wordt 'effectiviteit' van de handhaving genomen. Het gaat bij het bereiken van 'effectiviteit' volgens de nota om de samenhang tussen twee elementen. Ten eerste betreft het de wijze waarop deskundigheid en capaciteit kunnen worden verzorgd ten behoeve van het toezicht op de naleving van rechtsregels en vervolgens het sanctionerend optreden wanneer van overtreding blijkt. Ten tweede gaat het om het incasseren van een opgelegde geldboete en – wanneer de burger of het bedrijf zich verzet tegen de hem opgelegde sanctie – het behandelen van beroeps- en bezwaarschriften en het voor de rechter behandelen van zaken.[79] Hierbij wordt opgemerkt dat het kader, dat in de nota wordt ontwikkeld, niet als dogmatisch moet worden gezien in de zin dat een bepaalde uitkomst zou kunnen dwingen tot een keuze tussen de handhavingsstelsels, ook indien dit bijvoorbeeld ten koste zou gaan van de effectiviteit van het toezicht. 'Naast de effectiviteit in de zin van deskundigheid en capaciteit ten behoeve van toezicht en sanctionerend optreden, is ook van belang de effectiviteit met betrekking tot bevordering van de samenleving. Soms zal een strafrechtelijke sanctie effectiever zijn, soms een bestuurlijke (boete).'[80]

Introductie van een onderscheidend criterium: 'besloten context' en 'open context'
Als uitgangspunt voor de keuze voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke handhaving wordt in de kabinetsnota het onderscheid geïntroduceerd tussen 'specifieke rechtsbetrekkingen' (een 'besloten context') en 'algemene rechtsbetrekkingen' (een 'open context'). In de 'besloten context' bestaat een voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering, dit betekent dat 'een brede verantwoordelijkheid voor de handhaving van het betrokken bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast' als uitgangspunt wordt genomen.[81] Voor de handhaving van regels in de 'open context' is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt, met een dominante rol van de politie, buitengewoon opsporingsambtenaren en het OM (en de strafrechter).[82] Alvorens het bij de nota behorende gedachteschema bij de keuze voor een sanctiestelsel te behandelen, worden hieronder beide rechtsbetrekkingen uitgewerkt.

Specifieke rechtsbetrekkingen: de 'besloten context'
Kenmerkend voor een besloten context is volgens de kabinetsnota: 'a) het bestaan van een gespecialiseerd bestuursorgaan dat met de uitvoering van zekere wetten is belast, en uit dien hoofde te maken heeft met een afgebakende doelgroep; b) dat tussen dat orgaan en de doelgroep verbindingen

---

74 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 VI, nr. 69, p. 2.
75 Criteria voor de keuze tussen strafrecht en bestuursrecht zijn volgens de kabinetsnota bijvoorbeeld te vinden in *Kamerstukken II* 1999-2000, 26 800, VI, nr. 67. p. 8 en 11, *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 279, nr. 9, p. 24.
76 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29849, nr. 30.
77 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 VI, nr. 69, p. 2.
78 J.T.C. Leliveld, *t.a.p.* 2009, p. 220.
79 *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 VI, nr. 69, p. 2.
80 Idem, p. 3.
81 Idem, p. 6.
82 Idem, p. 8-9.

zijn (vaak is er communicatie tussen beide) ter uitvoering van de wet of ten behoeve van het toezicht op de naleving van wettelijke bepalingen.' Indien niet aan beide voorwaarden wordt voldaan, is sprake van een 'open context': een niet of niet duidelijk afgebakende doelgroep en het ontbreken van rechtstreekse verbindingen, zie nader hieronder.[83] Het gaat bij de 'gesloten context' volgens de nota om rechtsbetrekkingen[84] die niet zelden als 'specifiek' zijn aan te duiden: er is in het kader van de uitvoering van de wet een rechtstreekse verbinding tussen een overheidsorgaan en de burger of het bedrijf.[85] Binnen deze 'besloten context' heeft de overheid tot taak gericht toezicht te houden op de naleving van de wet door burgers en bedrijven 'die kennen uit dien hoofde het desbetreffende bestuursorgaan, net zoals dat bestuursorgaan zijn doelgroep kent.'[86] De overheid kan met het hier genoemde 'gerichte toezicht' volgens de nota optreden tegen schendingen van de regels, door de normadressaat aan te spreken, een waarschuwing te geven of door met reparatoire sancties (zoals de last onder dwangsom en de last onder bestuursdwang) een einde te maken aan de regelovertreding. De idee van een 'besloten context' is dat deze min of meer als afgezonderd geheel kan worden gezien, waarbinnen men met elkaar van doen heeft in de regulerende zin.[87] Zoals hierboven reeds ter sprake kwam, bestaat in deze 'gesloten context' volgens de kabinetsnota een voorkeur voor bestuurlijke sanctionering:

> 'Dat wil zeggen dat als uitgangspunt wordt genomen de idee van een brede verantwoordelijkheid voor de handhaving van het betrokken bestuursorgaan dat met de uitvoering van de wet is belast. De bestuurlijke boete is hier functioneel en kan de andere (bestuursrechtelijke) handhavingsinstrumenten kracht bijzetten in het tot uitdrukking brengen van de afkeuring van de regelovertreding en daarmee verdere overtreding ontmoedigen. Bovendien biedt de bestuurlijke boete soms snellere en eenvoudigere mogelijkheden dan reparatoire sancties.'

De voorkeur voor bestuursrechtelijke sanctionering in een besloten context geldt volgens de nota zeker indien sprake is van 'betrekkelijk lichte feiten die met niet al te zware sancties (geldboetes) worden afgedaan.'[88] Volgens de nota kan dit echter ook gelden indien hoge boetes noodzakelijk zijn om de naleving van regels door bijvoorbeeld grote bedrijven te stimuleren. Een bestuurlijke boetebevoegdheid is dan verantwoord indien het bestuursorgaan dat de boete oplegt 'een grote mate van professionaliteit bezit waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven voldoende verzorgd zijn.'[89] Als harde grens wordt in de nota het criterium gehanteerd dat 'indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn' – aangezien vrijheidsbeneming gelet op de Grondwet en het EVRM uitsluitend door de rechter is op te leggen – dient het strafrecht toepassing te krijgen. In de nota wordt het voorgaande (in algemene zin) verwoord als volgt:

> 'Wat algemener geformuleerd is het strafrecht aangewezen als vergaande inbreuken op burgerlijke vrijheden aan de orde zijn, dan wel toepassing van ingrijpende

---

83 Idem, p. 6.

84 In dit verband wordt in de kabinetsnota gewezen op de veelheid aan rechtsbetrekkingen tussen overheidsinstanties enerzijds en burgers en bedrijven anderzijds, die door de enorme toename van wetten en regels (aangeduid als 'beleidsinstrumentele wetgeving' of 'ordeningsrecht') met de opbouw van de verzorgingsstaat tot stand zijn gekomen. Deze ontwikkeling gaat volgens de kabinetsnota terug tot na de Tweede Wereldoorlog, waarna de behoefte aan ordening van het maatschappelijke leven volgens de nota sterk is toegenomen. Idem, p. 6.

85 Idem, p. 6.

86 Idem, p. 6.

87 Idem, p. 8.

88 Idem, p. 7. In de kabinetsnota wordt terzake opgemerkt dat deze lijn al in het kabinetsstandpunt van 1994 is uitgezet naar aanleiding van het genoemde advies van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, zie: *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48.

89 Idem, p. 7.

onderzoeksbevoegdheden zoals het afluisteren van vertrouwelijke communicatie en infiltratie'[90]

Een grens voor bestuursrechtelijke handhaving met het strafrecht wordt daarmee gevonden in 'de ernst en de aard van de wetsovertreding.' Volgens de nota is met het criterium van 'de ernst en de aard van de wetsovertreding' vastgesteld dat morele afkeuring met strafrechtelijke handhaving niet achterwege kan blijven indien de overtreding een zodanige inbreuk maakt op de belangen van burgers en bedrijven of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van sectoren binnen de samenleving. Het voorgaande vormt volgens de nota een reden om het strafrecht toe te passen, ook indien sprake is van bovengenoemde 'specifieke rechtsbetrekkingen'. Naast het hier genoemde handhavingsargument noemt de nota het argument van rechtsbescherming; de toepassing van ingrijpende bevoegdheden, die nodig zijn om voor de opheldering van ernstiger criminaliteit, dienen te zijn omgeven met strafvorderlijke waarborgen.[91]

Randvoorwaarden bestuursrechtelijke handhaving in de 'gesloten context'
Een belangrijk vereiste voor de keuze voor bestuursrechtelijke handhaving wordt gesteld aan de 'professionaliteit in de handhaving en de sanctionering.' In dit kader worden in de nota de volgende eisen gesteld aan de professionaliteit van het betrokken bestuursorgaan: '(i)ntroductie van een bestuurlijke boete vereist dat het bestuursorgaan dat met deze vorm van handhaving belast wordt de beschikking heeft over voldoende functionarissen met voldoende deskundigheid – zowel op het gebied van de te handhaven wetten als op het gebied van het handhavingsproces – om deze taak uit te voeren. Ook vereist deze keuze dat bezwaar- en beroepschriften kunnen worden afgehandeld en dat er zo nodig incassomogelijkheden zijn.'[92] Indien aan de vereiste professionaliteit in de handhaving en de sanctionering niet kan worden voldaan, dient voor toepassing van strafrechtelijke handhaving te worden gekozen (zie ook het 'Gedachteschema' hieronder).
Naast bovengenoemde randvoorwaarde van professionaliteit, kan er een 'dwingende bijzondere reden' aanwezig zijn op grond waarvan voor de toepassing van het strafrecht dient te worden gekozen. De nota noemt hier drie bijzondere dwingende redenen, te weten rechtseenheid, internationale eisen en verwevenheid met (georganiseerde) misdaad. De eerstgenoemde dwingende bijzondere reden is de noodzaak van rechtseenheid. Volgens de nota kan de noodzaak van rechtseenheid vorderen dat in een (deels) besloten context toch een eenduidig regiem van strafrechtelijke sanctionering de voorkeur verdient. Hierbij moet worden gedacht aan de handhaving van milieuwetgeving die de gemeenten in medebewind verzorgen. De eis van rechtseenheid geldt volgens de nota echter lang niet altijd, met name waar het gaat om eigen regelgeving van decentrale bestuursorganen. Als tweede dwingende bijzondere reden wordt in de nota gewezen op internationale eisen, die zich tegen toepassing van bestuursrechtelijke rechtshandhaving verzetten. In dit geval kan meespelen dat het aangewezen is dat de boete op grond van de Wet wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging ook in een andere EU-lidstaat ten uitvoer moet kunnen worden gelegd. Zelfs EU-regelgeving kan dwingen te kiezen voor strafrechtelijke sanctionering die in voorkomende gevallen kan worden vormgegeven door een bestuurlijke strafbeschikking. Tot slot wordt het probleem van de verwevenheid met (georganiseerde) misdaad genoemd. Hoewel bestuurlijke sanctionering in de 'besloten context' is aangewezen, kan dat volgens de nota lastiger zijn wanneer er sprake is van een zodanige verwevenheid van de in het geding zijnde overtredingen met zwaardere en dus strafrechtelijk te handhaven delicten, dat een splitsing van handhavingsregiems bepaald ongewenst is.[93]

Algemene rechtsbetrekkingen: de 'open context'
Indien niet aan beide voorwaarden van de 'besloten context' wordt voldaan, is volgens de kabinetsnota sprake van een 'open context'. Hierboven is reeds genoemd dat in dat geval sprake is van 'een niet of niet duidelijk afgebakende doelgroep' en van 'het ontbreken van rechtstreekse verbindingen'.[94] Bij de

---

90 Idem, p. 7.
91 Idem, p. 7.
92 Idem, p. 7.
93 Idem, p. 8.
94 Idem, p. 6.

‘open context’ gaat het volgens de nota om normen waarbij er geen speciaal met de uitvoering van wetgeving belast gespecialiseerd overheidsorgaan is (dat bijvoorbeeld vergunningen afgeeft), noch dat sprake is van een reguliere communicatie tussen burger of bedrijf en een overheidsdienst in verband met de uitvoering van de geldende regels. Er is dan ook geen ‘vooraf gekende relatie tussen het bestuursorgaan en de burger of het bedrijf.’ Het gaat bij de ‘open context’ om ‘algemene rechtsbetrekkingen’; de overtredingen van de algemene regels worden vanuit een algemene toezichthoudende taak gesignaleerd door politie, buitengewone opsporingsambtenaren of andere met handhaving belaste opsporingsambtenaren. Tussen overheid en burger/bedrijf gelden hierbij ‘algemene rechtsbetrekkingen’, een specifieke relatie ontbreekt. In deze algemene rechtsbetrekkingen is transparantie in het optreden van de overheid volgens de kabinetsnota nodig.[95] Zoals hierboven reeds ter sprake is gekomen wordt in de kabinetsnota bij deze algemene rechtsbetrekkingen en de handhaving van regels in de ‘open context’ strafrechtelijke handhaving als uitgangspunt genomen:

> ‘Voor de handhaving van regels in de open context is strafrechtelijke handhaving het uitgangspunt, met een dominante rol van de politie, buitengewoon opsporingsambtenaren en het openbaar ministerie (en de strafrechter).’[96]

Het ontbreken van een specifieke relatie tussen overheid en burger of bedrijf brengt volgens de nota mee dat de burger of het bedrijf in de ‘open context’ op het moment van de normovertreding nog een onbekende is. Er zullen derhalve zonodig zwaardere dwangmiddelen worden gebruikt om de identiteit van de regelovertreder vast te stellen of om te bepalen wie binnen het bedrijf verantwoordelijk moet worden gesteld. Dit betekent volgens de nota dat extra eisen aan zowel de professionaliteit en bevoegdheden van de ambtenaren moeten worden gesteld, om met het oog op de rechtswaarborgen van de burger op te treden, alsook dat extra eisen worden gesteld aan de professionele organisatie van de handhaving.[97]

Randvoorwaarden strafrechtelijke rechtshandhaving in de ‘open context’

Hoewel het strafrecht in de ‘open context’ volgens de kabinetsnota het uitgangspunt is, worden in de nota uitzonderingen beschreven waarin toch voor bestuursrechtelijke handhaving wordt gekozen. In de eerste plaats worden er twee uitzonderingen genoemd, waarbij in de ‘open context’ toch ruimte bestaat voor de bestuurlijke boete. Het gaat hier volgens de nota in de eerste plaats om het mededingingsrecht, aangezien op dit terrein lang niet altijd specifieke rechtsbetrekkingen bestaan tussen de overtreder en de NMa als handhavende instantie, die als hooggespecialiseerd orgaan marktregulerend optreedt en ter handhaving onder meer beschikt over de bevoegdheid tot het opleggen van bestuurlijke boetes.[98] In de tweede plaats wordt gewezen op de Wet bestuurlijke boete overlast in openbare ruimte, waarin is voorzien in de mogelijkheid voor gemeenten om een bestuurlijke boete op te leggen bij overtreding een overlastbepaling uit de APV.[99] Het moet hierbij gaan om lichte overtredingen, waarbij de noodzaak tot (landelijke) eenheid in overheidsoptreden zich niet of minder sterk doet gelden, waarbij ook het ontbreken van een vooraf gekende relatie ‘gelet op de lokale omstandigheden of de aard van de overtreding’ geen probleem behoeft te zijn.[100] Zie ook het hieronder opgenomen ‘Gedachteschema’, het moet gaan om ‘lichte feiten/sancties’, waarbij er geen ‘dwingende reden tot verzorgen van rechtseenheid’ aanwezig moet zijn. Een zekere terughoudendheid in het opstellen van dwingende regelgeving voor decentrale overheden en de uitvoering daarvan, is gezien het bovenstaande echter gepast.

---

95 Idem, p. 8.
96 Idem, p. 8-9.
97 Idem, p. 9.
98 Idem, p. 9.
99 Idem, p. 9.
100 Idem, p. 9.

Gedachteschema
In het navolgende schema is op hoofdlijnen weergegeven hoe de gedachtegang bij de keuze voor een sanctiestelsel kan lopen.[101] Op basis van bovengenoemde beslispunten en randvoorwaarden wordt in het schema in hoofdlijnen een keuzemodel weergegeven. Samenvattend wordt het volgende stappenplan doorlopen. In de eerste plaats speelt de vraag of het om een 'besloten context', dan wel een 'open context' gaat. Indien niet aan de vereisten van een 'gesloten context' wordt voldaan is sprake van een 'open context'. Het gedachteschema introduceert hier de optie van een situatie die zij als 'gemengd' aanduidt, waarbij de vraag moet worden beantwoord of feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, in welk geval sprake is van een 'besloten context'. Heeft de feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen 'ongericht' toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een 'open context'.
Het uitgangspunt bij een 'besloten context' is *bestuursrechtelijke handhaving*, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats moet worden getoetst aan de professionaliteit in handhaving/sanctionering door het betrokken bestuursorgaan. Als deze onvoldoende wordt bevonden, dient alsnog voor het strafrecht te worden gekozen. In de tweede plaats kan er een dwingende bijzondere reden aanwezig zijn, op basis van de noodzaak van rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met (georganiseerde) misdaad. In dat geval dient alsnog voor een strafrechtelijke sanctie te worden gekozen, die eventueel de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking kan hebben.[102] Uitgangspunt bij de bestuurlijke strafbeschikking is volgens de nota dat het bestuursorgaan (die de strafrechtelijke boete oplegt) volledig verantwoordelijk is voor het niveau, de aard, de kwaliteit en de inzet van toezicht en de oplegging van sancties.[103] Voorts kan de noodzaak van de inzet van zware sancties tot gevolg hebben dat toch voor het strafrecht dient te worden gekozen, tenzij het betrokken bestuursorgaan voldoet aan de eisen van een hoogwaardige/gespecialiseerde handhavingsdienst, er geen vrijheidsbenemende sancties nodig zijn en er tot slot geen zware dwangmiddelen aan de orde zijn. Indien laatstgenoemde drie situaties zich niet voordoen, wordt op basis van het Gedachteschema voor de toepassing van bestuursrechtelijke handhaving gekozen.
Indien sprake is van een 'open context' is *strafrechtelijke handhaving* het uitgangspunt, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan, dan wel indien sprake is van de genoemde uitzonderingen (overtreding van het mededingingsrecht en van overlastbepalingen uit de APV). Indien sprake is van lichte feiten of sancties, moet echter nagegaan worden of dwingende redenen van rechtseenheid zich tegen bestuursrechtelijke handhaving verzetten. Zo dit het geval is, dient volgens het Gedachteschema te worden gekozen voor een strafrechtelijke sanctie, waarbij eveneens de mogelijkheid van een bestuurlijke strafbeschikking open staat. Het Gedachteschema wijst voor het geval er een 'dwingende reden tot verzorgen (van) rechtseenheid' is op een 'open keuze' ten aanzien van de handhaving; beide zijn mogelijk. Indien het geen lichte feiten of sancties betreft, dient voor het strafrecht te worden gekozen.

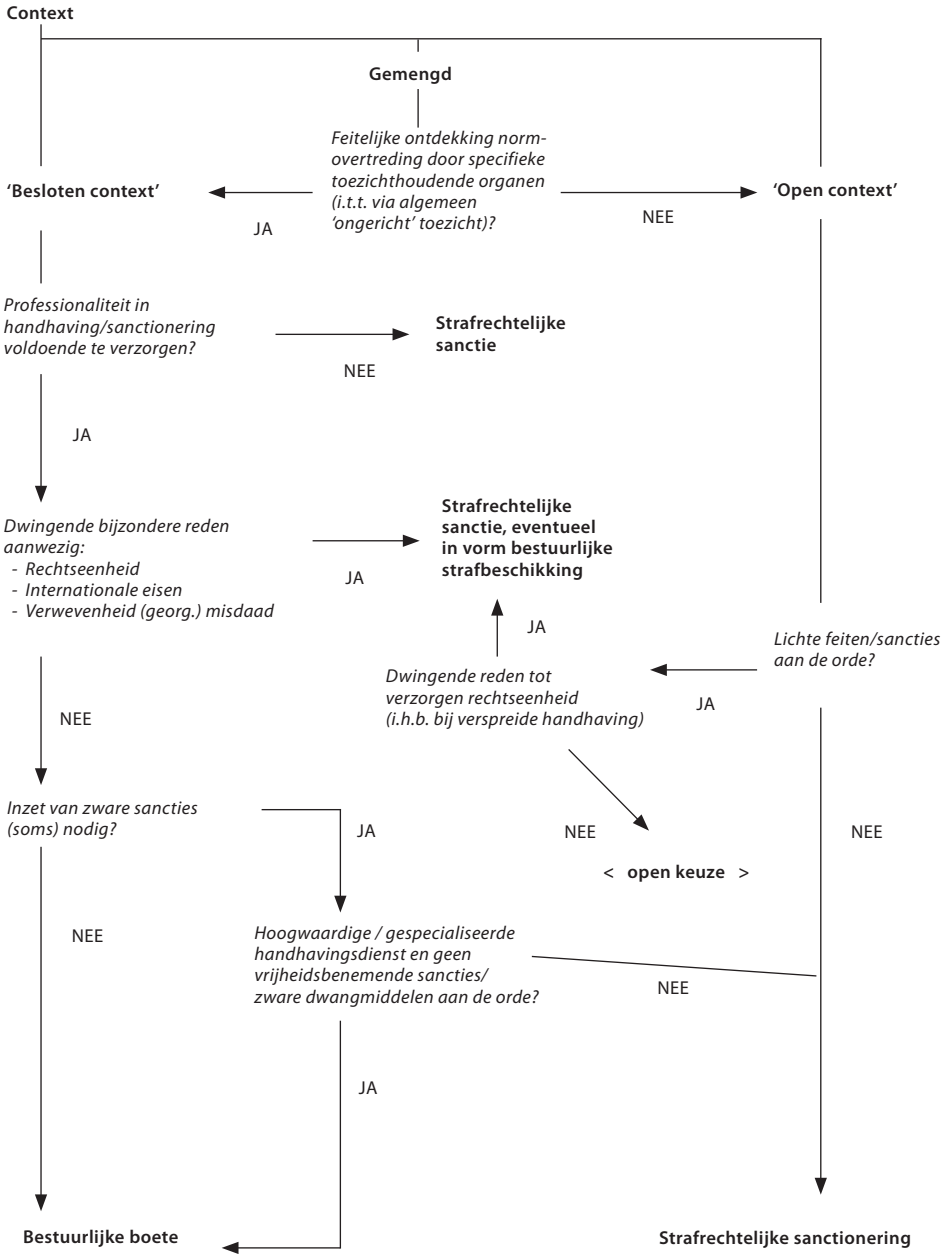
---

101 Idem, p. 16.

102 De bestuurlijke strafbeschikking is een vorm van strafrechtelijke handhaving. Als uitgangspunt in de nota wordt de bestuurlijke strafbeschikking genomen, waarbij een bestuursorgaan bevoegd is een strafrechtelijke boete op te leggen. Het College van procureurs-generaal stelt hierbij richtlijnen vast met het oog op de bewaking van de juridische kwaliteit daarvan (artikel 257ba Sv). In het geval van de bestuurlijke strafbeschikking legt het bestuursorgaan een strafrechtelijke boete op en indien de burger of het bedrijf daartegen in verzet komt, wordt dit behandeld door het OM en kan de zaak als een gangbare strafzaak worden voorgelegd aan de strafrechter. Hier ligt een belangrijk verschil met de bestuurlijke boete, waarbij het een vorm van bestuursrechtelijke handhaving betreft en het OM en de strafrechter buiten beeld blijven. Zie nader: idem, p. 10.

103 Idem, p. 10.

Het Gedachteschema van de Kabinetsnota
In het navolgende schema is op hoofdlijnen weergegeven hoe de gedachtegang bij de keuze voor een sanctiestelsel kan lopen.[104]



104 Idem, p. 16.

6.2.4.4 Uitleiding: aansluiting bij de Kabinetsnota in de Boetewet

In de Boetewet is als gezegd aansluiting gezocht bij de Kabinetsnota[105] en de hierin geformuleerde uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, waarin de effectiviteit van de handhaving centraal staat bij de keuze voor een punitief sanctiestelsel.[106] De Boetewet zelf wordt hieronder nader behandeld in subparagraaf 6.2.6 'De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving'. In de Memorie van Antwoord bij de Boetewet wordt benadrukt dat de uitgangspunten van de Kabinetsnota op het wetsvoorstel zijn toegepast.[107] Handhaving van wetgeving moet voldoen aan de eisen van doeltreffendheid, doelmatigheid en rechtmatigheid, evenals aan hiermee samenhangende eisen van onafhankelijkheid, deskundigheid en rechtsgelijkheid.[108] Daarbij is het in de Kabinetsnota gehanteerde onderscheid tussen de 'besloten context' en de 'open context' leidend.

Aansluiting bij de Kabinetsnota bij de gesloten context ten aanzien van (onder andere) trustkantoren

Onder de doelgroepen bij de Boetewet worden naast trustkantoren ook financiële instellingen, pensioenuitvoerders, accountantsorganisaties en geldtransactiekantoren genoemd. Benadrukt wordt dat slechts enkele normen een rol spelen buiten de 'besloten context' (denk hierbij aan tabel 2 van de inmiddels vervallen Bijlage bij de Wtt). Ten aanzien van DNB en de AFM wordt opgemerkt dat zij veel en vaak intensief contact hebben met de onder toezicht gestelde instellingen en organisaties, welk contact aanvangt met de vergunningaanvraag en ook na de verlening van die vergunning nog intensief blijft wanneer de trustkantoren na vergunningverlening onder doorlopend toezicht staan. In de MvA wordt benadrukt dat de regering, gelet op het bestaan van een duidelijke besloten context, van mening is dat in de financiële sector (waarin kennelijk de trustsector wordt meegenomen) een bestuursrechtelijk sanctiestelsel het meest voor de hand ligt. Daarnaast wordt de specialistische deskundigheid van de toezichthouders als redengevend aangemerkt. De regering merkt de financiële toezichtswetgeving aan als een hoog specialistisch rechtsgebied. Met hun specialistische kennis van de relevante wet- en regelgeving zouden de toezichthouders goed geëquipeerd zijn om handhavend op te treden en gebruik te maken van de kennis die aanwezig is binnen hun organisatie, zodat zij op die wijze doeltreffend en doelmatig overtredingen kunnen sanctioneren. Van de bestuurlijke boete wordt verwacht dat zij de andere bestuurlijke handhavingsinstrumenten, die de toezichthouder ter beschikking staan, zal versterken.[109] Ook hier wordt aangeknoopt bij de Kabinetsnota indien met het opleggen van een bestuurlijke boete hoge bedragen zijn gemoeid. Volgens de nota is dit alleen verantwoord indien het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit, waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor de rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven zijn verzorgd. Het zal niet verbazen dat DNB (evenals de AFM) aan deze criteria voldoen. Bovendien wordt aangesloten bij de in de nota genoemde grens, waarbij binnen de *gesloten* context het strafrecht toch toepassing moet krijgen:

> 'de Kabinetsnota (noemt) als grens dat indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn, strafrecht toepassing moet krijgen. Als de overtreding een zodanige aanzienlijke inbreuk op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving, vormt dit een reden – ook binnen de besloten context – het strafrecht toe te passen.'[110]

---

105 Zie: *Kamerstukken I* 2008-2009, 31 700 VI, nr. D: waarin de Minister van Justitie de Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel aanbiedt aan de Eerste Kamer.

106 *Kamerstukken I* 2008-2009, 31 458, C.

107 Idem, p. 2.

108 Idem, p. 1.

109 Idem, p. 2.

110 Idem, p. 2.

6.2.5 De Vierde tranche

6.2.5.1 Ten geleide

Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche[111], evenals (op slechts enkele onderdelen na)[112] de Aanpassingswet Vierde tranche Awb[113], gelijktijdig in werking getreden.[114] Aangezien de totstandkoming van de Awb in 'tranches' tot stand wordt gebracht, spreekt men bij de Awb ook wel van 'aanbouwwetgeving'.[115] De Vierde tranche regelt een drietal onderwerpen in de Awb, te weten: bestuurlijke geldschulden (titel 4.4 Awb), bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete (titels 5.1 en 5.4 Awb) en attributie (afdeling 10.1.3 Awb). Aangezien deze onderwerpen op diverse plaatsen in andere bijzondere wetgeving zijn geregeld, strekt de Aanpassingswet Vierde tranche Awb tot aanpassing van deze wetten.[116]

Eén van de bijzondere wetten, die door de Aanpassingswet Vierde tranche Awb is aangepast, is de Wtt. De titel van Hoofdstuk 7 van de Wtt is aangepast en luidt thans 'Last onder dwangsom en bestuurlijke boete'.[117] In Hoofdstuk 7 wordt in artikel 22 lid 1 en 2 Wtt het begrip 'boete' vervangen voor 'bestuurlijke boete' en zijn een aanzienlijk aantal bepalingen komen te vervallen (artikel 20 lid 2, artikel 21 lid 2, artikelen 23 tot en met 25, artikel 26 lid 2 en artikel 27 tot en met 30 Wtt).[118] Voor deze vervallen bepalingen geldt voor het merendeel dat de inhoud daarvan thans in het nieuwe Hoofdstuk 5 (met als titel 'Handhaving') van de Awb zijn geregeld. Na de inwerkingtreding van de Vierde tranche behoeft de Wtt in beginsel nog maar drie aspecten te regelen, te weten: de aanwijzing van het bestuursorgaan dat bevoegd is tot het opleggen van de bestuurlijke boete, de omschrijving van de beboetbare gedragingen en de hoogte van de op te leggen boete.[119]

6.2.5.2 De inwerkingtreding van de Vierde tranche en de handhaving van de Wtt

Bij de bespreking van de Vierde tranche en de handhaving van de Wtt is met name het hierboven als tweede genoemde onderwerp van de Vierde tranche, te weten: 'bestuurlijke handhaving, in het bijzonder de bestuurlijke boete' van belang. Als gezegd is in de Vierde tranche aangesloten bij het – hierboven in de Boetenota reeds behandelde – uitgangspunt van beboeting van individuele personen

---

111 Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene Wet bestuursrecht). *Stb.* 2009, 264.

112 Uitgezonderd van inwerkingtreding op 1 juli 2009 waren: 1. Hoofdstuk 10, artikelen 1, onderdelen A tot en met E, en 2. hoofdstuk 10, artikel 18, onderdeel B, voor zover het betreft de wijziging van artikel 18b van de Aanpassingswet vierde tranche Awb. Genoemde onderdelen vallen buiten de reikwijdte van dit onderzoek en blijven derhalve buiten bespreking.

113 Wet van 25 juni 2009 tot aanpassing van bijzondere wetten aan de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet vierde tranche Awb). *Stb.* 2009, 265.

114 Besluit van 25 juni 2009 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht en de Aanpassingswet vierde tranche Awb. *Stb.* 2009, 266.

115 De eerste en de tweede tranche zijn in werking getreden op 1 januari 1994, de derde tranche op 1 januari 1998. Zie nader over de uiteenzetting van de Awb als aanbouwwet: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 3 e.v. Zie ook: M. Bakker M.G.J. Maas-Cooymans, H.F. Th. Pennarts, J. Langeveld, C.N. van der Sluis, *Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (bestuurlijke handhaving); Praktische handreiking, parlementaire geschiedenis en strafrechtelijke jurisprudentie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 23 e.v.

116 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 1. De noodzaak tot deze aanpassing vloeit voort uit de doelstellingen van de Awb, die reeds in de MvT bij de eerste tranche van de Awb zijn vastgelegd, te weten: het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving; het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving; het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben voorgedaan; en het treffen van voorzieningen ten aanzien van onderwerpen die zich naar hun aard niet voor regeling in de bijzondere wet lenen. Zie: *Kamerstukken II* 1988-1989, 21 221, nr. 3, p. 4.

117 Daarvoor luidde zij 'Dwangsom en bestuurlijke boete'.

118 *Stb.* 2009, 265, p. 36-37.

119 De MvT van de Vierde tranche Awb noemt als vierde aspect: 'in een voorkomend geval de keuze tussen de lichte of de zware procedure'. Dit aspect is bij de handhaving van de Wtt niet van toepassing.

die als bestuurder zijn verbonden aan een financiële instelling.[120] Dit betekent dat sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche de (financiële) toezichthouders de bevoegdheid hebben verkregen om ook aan individuele personen een bestuurlijke boete op te leggen, indien zij opdracht hebben gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.[121] De wetgever heeft met de Vierde tranche derhalve strafrechtelijke begrippen en beginselen het bestuursrecht binnengehaald.

Hoofdstuk 5 ('Handhaving') van de Awb is als gezegd met de inwerkingtreding van de Vierde tranche aangevuld met twee titels, te weten: titel 5.1('Algemene bepalingen'), houdende enkele algemene bepalingen inzake handhaving, en titel 5.4 ('Bestuurlijke boete'), waarin de bestuurlijke boete wordt geregeld. Duidelijk zal zijn dat genoemde wetswijzigingen op basis van de Vierde tranche, evenals de bijbehorende Aanpassingswet Vierde tranche Awb, voor de handhavingsmogelijkheden ten aanzien van een breed scala van wetgeving ingrijpende gevolgen heeft gehad. Dat geldt evenzeer ten aanzien van de handhaving van de Wtt, waarbij met name moet worden gedacht aan de vormgeving van de aansprakelijkheid van bestuurders van trustkantoren, evenals aan de bepalingen betreffende de bestuurlijke boete. Bij onderstaande bespreking van Hoofdstuk 5 Awb staan beide onderwerpen centraal.

Titel 5.1 'Algemene bepalingen' bevat een beperkt aantal algemene bepalingen over bestuurlijke handhaving, te weten: definitiebepalingen, bepalingen over de eisen waaraan sanctiebeschikkingen moeten voldoen, over de opbrengst en invordering van financiële sancties, het legaliteitsbeginsel en samenloop van sancties. Deze bepalingen gelden ten aanzien van de drie bestuurlijke sancties van de Awb, te weten: de last onder bestuursdwang (Afdeling 5.3.1), de last onder dwangsom (Afdeling 5.3.2) en de bestuurlijke boete (Titel 5.4). Van deze sancties hebben de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom het karakter van reparatoire of herstelsancties, beide afdelingen zijn dan ook ondergebracht in Titel 5.3 'Herstelsancties'. Alleen de bestuurlijke boete is een bestraffende of punitieve sanctie.[122] Het uitgangspunt is derhalve geweest om beginselen die slechts (onverkort) gelden voor bestraffende sancties in Titel 5.4 'Bestuurlijke boete' vast te leggen, waarbij moet worden gedacht aan het beginsel 'geen straf zonder schuld' en het beginsel van evenredigheid tussen de ernst van de gedraging en de zwaarte van de sanctie.[123]

6.2.5.3 Titel 5.1 'Algemene bepalingen'

6.2.5.3.1 De opdrachtgever en de feitelijk leidinggever

Ten aanzien van de beboeting van rechtspersonen, opdrachtgevers en feitelijk leidinggevers heeft het wetsvoorstel van de Vierde tranche Awb tijdens de behandeling in de Tweede Kamer een

---

120 Evenals enkele andere aanpassingen die in de Boetenota zijn aangekondigd, zoals de verstevigde mate van rechtsbescherming die wordt bereikt door een strenge functiescheiding bij de toezichthouders. Zie subparagraaf 6.2.3 'De 'Boetenota': de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving', meer specifiek: subparagraaf 6.2.3.5 'Bestuurlijke beboeting van individuele personen' waarin dit uitgangspunt van de Boetenota is behandeld.

121 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 125, nr. 2, p. 14. Zie uitgebreid over de handhaving in het straf- en bestuursrecht: R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011, p. 517-707.

122 Blijkens de MvT van de Vierde tranche Awb vallen bestuurlijke sancties uiteen in twee soorten, die tot dusver altijd zijn aangeduid als reparatoire, respectievelijk punitieve sancties. De Vierde tranche Awb introduceert voor het begrip reparatoire sanctie de Nederlandse term 'herstelsanctie'. Punitieve sancties worden in het wetsvoorstel aangeduid als bestraffende sancties. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 75. Herstelsancties zijn gericht op het beëindigen of ongedaan maken van de overtreding of de gevolgen daarvan, dan wel het voorkomen van herhaling, bestraffende sancties zijn gericht op het bestraffen van de dader. Het kenmerk van bestraffende sancties is dat zij worden opgelegd met het oogmerk om de overtreder leed toe te voegen. Zie nader: Idem, p. 83-84.

123 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 76-77.

opmerkelijke ontwikkeling doorgemaakt.[124] Bij het aanbieden van het wetsvoorstel werd in het voorgestelde artikel 5.0.1 Awb een directe koppeling geïntroduceerd tussen de bestuurlijke beboeting en hun behandeling in het strafrecht, aangezien lid 3 van dat artikel luidde: 'Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.'[125] Over de betekenis van deze verwijzing naar artikel 51 Sr ontstond in de plenaire behandeling discussie, die zich concentreerde op de vraag of met deze schakelbepaling werd beoogd om de positie van overheidslichamen voor de bestuurlijke boete gelijk te stellen aan hun positie in het strafrecht.[126] Bij de derde nota van wijziging bleek de verwijzing naar artikel 51 Sr te zijn vervallen, aangezien hierin werd voorgesteld dat lid 3 zou komen te luiden: 'Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen'[127] Hiermee is beoogd aan de bestuursrechter meer ruimte te geven voor afwijking van de strafrechtelijke rechtspraak over strafbaarheid van overheidslichamen onder artikel 51 Sr.[128] In de Aanpassingswet Vierde tranche Awb is de verwijzing naar artikel 51 Sr echter wederom in lid 3 opgenomen.[129] Artikel 5:1 lid 3 Awb luidt thans: 'Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.'[130]

Artikel 51 Sr is op grond van artikel 5:1 lid 3 Awb definitief van overeenkomstige toepassing verklaard bij het opleggen van bestuurlijke sancties. In de eerste plaats bepaalt de inhoud van het overtreden voorschrift of een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, aangezien er onderscheid kan worden gemaakt in voorschriften die zich naar hun aard uitsluitend tot natuurlijke personen richten, dan wel uitsluitend tot rechtspersonen. Er zijn ook voorschriften die zich zowel tot natuurlijke als rechtspersonen richten. Zie ook nader hieronder over de vraag aan wie de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd. Indien een gedraging door een rechtspersoon kan worden gepleegd (er is dan sprake van 'functioneel daderschap'), kan de bestuurlijke sanctie op basis van dit artikellid ook aan die rechtspersoon worden opgelegd. Vervolgens kan de bestuurlijke sanctie worden opgelegd aan degene die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.[131]

---

124 Zie ook: R. Stijnen, *a.w.* 2011, p. 542-550. M.W.C. Feteris, *Aan wie kan een bestuurlijke boete worden opgelegd?*, Geschriften voor de Vereniging voor de Belastingwetenschap no, 233, Deventer: Kluwer 2007, p. 18 e.v.

125 Bij het aanbieden van het wetsvoorstel luide het volledige artikel 5.0.1 Awb: lid 1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift; lid 2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt; en lid 3 luidde zoals opgenomen in de hoofdtekst.

126 M.W.C. Feteris, *a.w.* 2007, p. 19.

127 *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 702, nr. 13.

128 Zie: *Handelingen II*, 27 juni 2007, 86, p. 4717. Ten aanzien van de verwijzing naar artikel 51 Sr wordt door de Minister van Justitie overwogen: 'artikel 5.0.1, lid 3 (…) zoals het nu in het wetsvoorstel is opgenomen, suggereert een een op een volgen van de strafrechtelijke jurisprudentie op dit punt. Door een eigen tekst te gebruiken, is er reden, maar ook ruimte voor de bestuursrechter om dit op de eigen merites te beoordelen. Dat lijkt mij goede, verstandige en doelmatige wetgeving. De bestuursrechter zal dan later voor de vraag komen te staan, hoe ver de ontwikkelingen ook nog moeten doorwerken in het strafrechtelijke domein. De wetgever wordt op deze manier bovendien niet opgezadeld met de schier onmogelijke taak om via bijzondere bepalingen eventuele problemen voor te zijn.

129 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3., p. 26.

130 Feteris e.a. benadrukken dat het vervallen van de verwijzing naar artikel 51 Sr tot gevolg zou hebben dat de personele werkingssfeer van de bestuurlijke boetebepalingen in aanzienlijke mate zou worden beperkt, aangezien daarmee de mogelijkheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan de opdrachtgever of feitelijk leidinggever zou komen te vervallen (en er bovendien in de Awb geen omschrijving zou staan van het begrip rechtspersoon). Het valt volgens hen dan ook te betwijfelen of de wetgever dat zou hebben bedoeld door in te stemmen met deze vlak voor de plenaire stemming geformuleerde wijziging, aangezien in de wetsgeschiedenis geen spoor zou zijn te ontdekken dat men bij dit effect van de derde nota van wijziging heeft stilgestaan. Feteris e.a., *a.w.* 2007, p. 19.

131 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 26-27. Een andere waarborg van artikel 5:1 lid 3 Awb die aldaar wordt genoemd, is dat bestuurlijke sancties kunnen worden opgelegd aan de in artikel 51 lid 3 Sr genoemde entiteiten die geen rechtspersoon in civielrechtelijke zin zijn (zoals onder meer de maatschap en de vennootschap onder firma). Dit is voor het bestuursrecht van groot belang, aangezien veel

Het tweede lid van artikel 5:1 Awb regelt het begrip 'overtreder'. Dat is 'degene die de overtreding pleegt of medepleegt' (artikel 5:1 lid 2 Awb). Bij de vraag aan wie in geval van een overtreding een bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd, zijn (volgens de MvT van de Vierde tranche) drie juridische vragen van belang, te weten a). tot wie richt de overtreden norm zich (de problematiek van de normadressaat)?; b) aan wie kan de gedraging zoals deze feitelijk heeft plaatsgevonden worden toegerekend (de problematiek van het daderschap)?; en c) kan de sanctie uitsluitend worden opgelegd aan de overtreder of ook aan anderen? Met betrekking tot de problematiek van de normadressaat (Addendum a), is zoals hierboven ter sprake is gekomen, in de eerste plaats van belang tot wie het overtreden voorschrift zich richt: slechts degene tot wie een voorschrift zich richt, kan dit voorschrift overtreden. Dit is volgens de toelichting onder andere van belang aangezien veel bestuursrechtelijke bepalingen zich richten tot degene die een bepaalde kwaliteit bezit, zoals bijvoorbeeld die van vergunninghouder.[132] Bij de problematiek betreffende het daderschap (Addendum b) wordt aangesloten bij het strafrecht: uitgangspunt is dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene (of degenen) die de gedraging pleegt of medeplegen. Dat kan degene zijn die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult, maar evenzeer de functionele dader. Hiermee wordt volgens de MvT aangesloten bij het IJzerdraad-arrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378): vereist is dan enerzijds dat de fysieke handelingen die het delict opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen (het criterium van 'beschikken') en anderzijds dat de functionele dader deze heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden (het criterium van 'aanvaarden'), waarbij van dit laatste in beginsel reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. De hier genoemde 'IJzerdraadcriteria' (bestaande uit het aanvaardingscriterium en het beschikkingscriterium) hebben weliswaar in het verleden een belangrijke rol gespeeld bij de toerekening van de gedraging[133], thans wordt hun rol beperkter uitgelegd. Te verdedigen valt echter wel dat deze criteria nog steeds relevant zijn als het gaat om eenvoudige rechtspersonen, die qua omvang en bedrijfsvoering niet wezenlijk verschillen van de door natuurlijke personen gedreven ondernemingen.[134, 135] Ten slotte speelt de vraag aan wie de sanctie kan worden opgelegd (Addendum

---

bestuursrechtelijke voorschriften zich tot ondernemingen of instellingen richten en de rechtsvorm van de onderneming of instelling volgens de MvT niet van invloed behoort te zijn op de mogelijkheid om een bestuurlijke sanctie op te leggen. Idem, p. 27.

132 Zie nader: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 78.

133 Zie: HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 80 en HR 14 januari 1992, *NJ* 1992, 413.

134 A.M. van Woensel en S.S. Arendse 2010 (*T&C Sr*), artikel 51 Sr, aant. 6. Zie ook: J. de Hullu, *Materieel strafrecht; Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, paragraaf 1.5. Van Elst bepleit in dit verband onderscheid te maken tussen economische en niet-economische delicten, zie: R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M Cleiren, Th. A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red), Jurisprudentie Strafrecht Select 2008, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, hoofdstuk 20. Zie ook A.M. van Woensel en S.S. Arendse 2010 (*T&C Sr*), artikel 47 Sr, aantekening 10: voorwaarden voor functioneel daderschap. Hier wordt betoogd dat de IJzerdraadcriteria omstreden zijn (verwezen wordt in dit verband naar: G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap', *DD* 1992, p. 128-154; H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *DD* 2001, p. 1088-1114). In de jurisprudentie van de Hoge Raad wordt er niet (meer) naar verwezen. HR 24 mei 2005, *NJ* 2005, 434 suggereert dat thans andere criteria doorslaggevend zijn. In die zaak oordeelde de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid dat verdachte eigenares was van het schip van waaruit olie werd geloosd, niet meebracht dat zij dader van het feit was. Daarbij merkte de Hoge Raad op dat het hof niets had vastgesteld omtrent de rechtsverhouding tussen verdachte en schipper/bemanning noch omtrent de vraag in wiens bedrijfsvoering en voor wie de exploitatie van het schip plaatsvond. Evenmin is duidelijk of de IJzerdraadcriteria ook van toepassing zijn op andere dan economische delicten, bijvoorbeeld de klassieke misdrijven uit het Wetboek van Strafrecht. In de praktijk zou die kwestie weinig relevant zijn, omdat door de ruime opvatting van medeplegen amper behoefte zou bestaan aan het gebruik van functioneel daderschap bij dergelijke delicten.

135 Gewezen wordt voorts op HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 605, waarin wordt aangesloten bij het aan het civiele recht ontleende daderschapscriterium, op grond waarvan wordt bezien of een betreffende handeling in het maatschappelijk verkeer voor een handeling van de rechtspersoon heeft te gelden, evenals een bestuursrechtelijke variant van HR 19 januari 2001, AB 2002, 382, waarin één van drie economisch en bestuurlijk nauw verweven BV's als overtreder werd aangemerkt, hoewel overtreden

c). Een bestuurlijke boete kan gezien haar bestraffende karakter uitsluitend aan de overtreder worden opgelegd, bij de last onder bestuursdwang ligt het accent echter op de overtreding en niet op de overtreder.[136] Hieronder wordt nader ingegaan op het functioneel daderschap, dat hierboven bij de problematiek van het daderschap (Addendum b) ter sprake is gekomen.

De criteria voor het functionele daderschap zijn geherformuleerd in het zogeheten 'Drijfmest-arrest' van HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328. In het arrest kan op basis van de wetgeschiedenis van artikel 51 Sr[137] een rechtspersoon als dader van een strafbaar feit worden aangemerkt indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend.[138] Het antwoord op de vraag wanneer een (verboden) gedraging in redelijkheid aan een rechtspersoon kan worden toegerekend, is volgens het arrest afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waartoe mede behoort de aard van de (verboden) gedraging. In het arrest wordt onderkend dat dit oordeel in de weg staat aan de formulering van een algemeen criterium, aangezien de HR overweegt dat 'een algemene regel zich bezwaarlijk (laat) formuleren.'[139] Toch biedt het arrest enig houvast, waar de HR overweegt dat een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht 'in de sfeer van de rechtspersoon', waarvan sprake zou kunnen zijn indien zich een of meer van de navolgende omstandigheden voordoen:

'- het gaat om een handelen of nalaten van iemand die hetzij uit hoofde van een dienstbetrekking hetzij uit anderen hoofde werkzaam is ten behoeve van de rechtspersoon,
- de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon,
- de gedraging is de rechtspersoon dienstig geweest in het door hem uitgeoefende bedrijf,
- de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig of vergelijkbaar gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Onder bedoeld aanvaarden is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kon worden gevergd met het oog op de voorkoming van de gedraging.'[140, 141]

De koppeling die met de inwerkingtreding van de Vierde tranche is gemaakt met artikel 51 Sr betekent een directe doorwerking van de strafrechtelijke jurisprudentie op dit terrein in het bestuursrecht.[142] In bijzondere wetgeving is soms een bepaling opgenomen die sterk lijkt op artikel 51 Sr. Aangezien artikel 5:1 lid 3 Awb van overeenkomstige toepassing is verklaard, zijn dergelijke bepalingen echter komen te vervallen.[143] In Titel 5.1 'Algemene bepalingen' zijn voorts nog meer strafrechtelijke begrippen en beginselen het bestuursrecht binnengehaald, die hieronder worden benoemd.

---

vergunning formeel op naam stond van één van de andere BV's. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 78-79.

136 Zie nader: Idem, p. 80 e.v.

137 *Kamerstukken II* 1975-1976, 13 655, nr. 3, p. 8 en nr. 5, p. 2.

138 HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328, r.o. 3.3.

139 Idem, r.o. 3.4

140 Idem, r.o. 3.4.

141 Bovenstaande niet-limitatieve opsomming heeft slechts betrekking op de vraag of een gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend.

142 Vgl. M.W.C. Feteris, *a.w.* 2007, p. 23.

143 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 27. In de MvT van de Aanpassingswet vierde tranche Awb wordt terzake gewezen op artikel 33 a Arbeidsomstandighedenwet 1998, die op basis van de aanpassingswet is komen te vervallen. Artikel 33 a Arbeidsomstandighedenwet luidde: Lid 1. Beboetbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen; Lid 2. Indien een beboetbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de boete worden opgelegd aan: 1°. de rechtspersoon, of 2°. degene die opdracht heeft gegeven tot de gedraging waardoor de verplichtingen die voortvloeien uit deze wet of de daarop berustende bepalingen niet zijn nageleefd alsmede tegen hem die feitelijke leiding heeft gegeven aan die gedraging, of 3°. de onder 1° en 2° genoemde tezamen; Lid

'Algemene bepalingen' (vervolg): de introductie van strafrechtelijke begrippen en beginselen
In aansluiting op het bovenstaande zijn met de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb strafrechtelijke begrippen en beginselen in Titel 5.1 opgenomen. De belangrijkste worden hieronder kort behandeld.

6.2.5.3.2 Legaliteitsbeginsel
Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel 'nullen crimen sine praevia lege criminali, nulla poena sine praevia lege poenali', ofwel: 'geen strafbaar feit en geen straf zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling' (zoals gecodificeerd in artikel 16 Grondwet en artikel 1 Sr)[144], geldt op basis van artikel 5:4 Awb ook voor bestuurlijke sancties, zie met name lid 2: 'Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven' (artikel 5:4 lid 2 Awb). Voor bestraffende sancties volgde zulks reeds uit artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR, voor herstelsancties is zulks met de opneming van artikel 5:4 lid 2 Awb in Titel 5.1 vastgelegd.[145] Uit het legaliteitsbeginsel volgt volgens de toelichting voorts (ook) dat een voorschrift dat door bestuurlijke sancties wordt gehandhaafd, voldoende duidelijk, voorzienbaar en kenbaar moet zijn.[146] Dit wordt ook wel het 'lex certa-beginsel' genoemd.[147] Artikel 5:4 lid 1 is voorts van belang voor de bevoegdheid tot het opleggen van sancties; dit artikellid luidt 'De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend', waarmee wordt aangegeven dat de bijzondere bepalingen die deze bevoegdheid regelen gehandhaafd moeten blijven. Volgens de MvT van de Aanpassingswet vierde tranche is het hierbij voorts van belang eenheid en overeenstemming te realiseren tussen de verschillende bijzondere wetten, vanuit welk oogpunt het wenselijk zou zijn een model te hanteren dat de bevoegdheid en de bijbehorende sanctie in de bijzondere wet regelt.[148]

6.2.5.3.3 Rechtvaardigingsgrond
In aansluiting op de strafuitsluitingsgronden die in artikelen 39 e.v. Sr zijn geregeld, zijn met de inwerkingtreding van de Vierde tranche rechtvaardigingsgronden[149] en schulduitsluitingsgronden[150] opgenomen. Aangezien rechtvaardigingsgronden voor alle bestuurlijke sancties van belang zijn en schulduitsluitingsgronden daarentegen slechts op bestuurlijke boeten van toepassing zijn, is ervoor gekozen opname van de rechtvaardigingsgronden in Titel 5.1 en de schulduitsluitingsgronden in Titel 5.4 (met als titel 'Bestuurlijke boete). De gedachte is dat voor het opleggen van een herstelsanctie immers niet is vereist dat de overtreder iets te verwijten valt.[151] De schulduitsluitingsgronden worden

---

3. Voor de toepassing van het eerste en tweede lid wordt met een rechtspersoon gelijkgesteld: 1°. de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, 2°. de maatschap, 3°. de rederij en 4°. het doelvermogen.

144 Artikel 16 Grondwet en artikel 1 Sr luiden: 'Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.'

145 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 85.

146 Idem, p. 86.

147 Zie onder andere EHRM 25 mei 1993, Publ. ECRM, Ser. A, Vol. 260 (Kokkanis/Griekenland) en EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, 49 (G./Frankrijk) waarin het 'lex certa beginsel' uit artikel 7 EVRM wordt afgeleid, evenals voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak die in de MvT worden aangewezen omdat de bestuurlijke boete werd vernietigd omdat het overschreven voorschrift niet voldoende duidelijk was: Rb. 's-Gravenhage 23 december 1998, JB 1999, 57 en ABRS 20 november 2002, AB 2003, 173.

148 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 28. Als voorbeeld wordt artikel 10d lid 1 Sanctiewet 1977 genoemd, welke luidt: Onze Minister van Financiën kan een bestuurlijke boete opleggen ter zake van overtreding van regels, gesteld krachtens artikel 10b.

149 Indien zich een rechtvaardigingsgrond voordoet, wordt de wederrechtelijkheid van de gedraging weggenomen. Het feit is niet strafbaar en derhalve kan er niemand voor worden gestraft.

150 Schulduitsluitingsgronden zien daarentegen op de schuld van de individuele dader; de dader die zich op een schulduitsluitingsgrond kan beroepen, kan niet worden gestraft (maar daarmee is niets gezegd over de strafbaarheid van eventuele mededaders, zo wordt in de MvT van de Vierde tranche Awb opgemerkt, zie: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 86).

151 Idem, p. 86.

hieronder nader behandeld bij de bespreking van Titel 5.4 ('Bestuurlijke boete'). Er is niet voor gekozen om de 'catalogus' van klassieke rechtvaardigingsgronden (overmacht, noodweer, handelen ter uitvoering van een bevoegd gegeven ambtelijk gegeven bevel) in het bestuursrecht op te nemen. In artikel 5:5 is de rechtvaardigingsgrond als volgt geformuleerd: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke sanctie op voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestond.' Aan deze keuze liggen een aantal redenen ten grondslag. In de eerste plaats missen sommige klassieke rechtvaardigingsgronden voor het bestuursrecht praktische betekenis omdat zij moeilijk voorstelbaar zijn: genoemd wordt bijvoorbeeld het geval waarin de pleger van een met een bestuurlijke boete gesanctioneerde overtreding zich op noodweer zou kunnen beroepen. Een tweede reden is dat de strafrechtspraktijk heeft geleerd dat het wettelijk benoemen van strafuitsluitingsgronden slechts in beperkte mate zou bijdragen aan de rechtszekerheid. Met de huidige redactie van de bepaling in artikel 5:5 Awb wordt erkend dat er omstandigheden zijn waaronder een gedraging niet wederrechtelijk is en wordt ook het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden overgenomen. Het is voorts aan het bestuur en uiteindelijk aan de rechter om het begrip 'rechtvaardigingsgrond' voor het bestuursrecht in te vullen, waarbij het niet wenselijk is indien bestuur en rechter onnodig gebonden zouden zijn aan een bepaalde onderverdeling van deze rechtvaardigingsgronden.[152]

6.2.5.3.4 Cumulatie van herstelsancties

Artikel 5:6 Awb regelt de mogelijkheid van cumulatie van herstelsancties – hetgeen zich voordoet indien op overtreding van één bepaald voorschrift meer dan één sanctie is gesteld – waarbij de vraag rijst in hoeverre deze sancties gelijktijdig kunnen worden toegepast. In de toelichting wordt benadrukt dat dit vraagstuk moet worden onderscheiden van de toepassing van het 'ne bis in idem'-beginsel, dat hieronder bij de bespreking van Titel 5.4 wordt behandeld. Artikel 5:6 Awb verbiedt slechts cumulatie van twee of meer herstelsancties, dat wil zeggen: voor één overtreding kan niet *gelijktijdig* zowel een last onder bestuursdwang als een last onder dwangsom worden opgelegd. Aangezien beide sancties wel *na elkaar* kunnen worden opgelegd, geldt het 'ne bis in idem' beginsel voor herstelsancties dus niet. Cumulatie van twee of meer bestraffende sancties is in het strafrecht overigens heel gewoon.[153]

6.2.5.3.5 Samenloop

Het vraagstuk van de samenloop betreft de situatie indien door één bepaald feitelijk handelen twee of meer voorschriften worden overtreden. In het strafrecht wordt in deze gevallen onderscheid gemaakt tussen meerdaadse samenloop en eendaadse samenloop. Indien een gedraging ('fysieke handeling') meer overtredingen oplevert, die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en die verschillende belangen dienen is sprake van meerdaadse samenloop (vgl. artikel 57 lid 1 Sr). Van eendaadse samenloop is in het strafrecht kortgezegd sprake indien door één gedraging twee of meer voorschriften worden overtreden die naar hun strekking zodanig samenhangen dat in wezen slechts één overtreding plaatsvindt (vgl. artikel 55 lid 1 Sr). Uit oogpunt van eenvoud is ervoor gekozen in het bestuursrecht geen afzonderlijke regeling van eendaadse samenloop te treffen: eendaadse samenloop zou in de praktijk – ook in de strafrechtspraktijk – maar zelden voorkomen. Volgens de toelichting ligt het overigens in de rede dat de bestuursrechter bij de vraag of sprake is van eendaadse samenloop, aansluiting zal zoeken bij de rechtspraak van de HR bij artikel 55 lid 1 Sr. Wel is ervoor gekozen om een regeling te treffen voor meerdaadse samenloop, hetgeen volgens de toelichting veruit de meest voorkomende vorm van samenloop is. Artikel 5:8 luidt: 'Indien twee of meer voorschriften zijn overtreden, kan voor de overtreding van elk afzonderlijk voorschrift een bestuurlijke sanctie worden opgelegd.' Aangesloten wordt bij artikel 57 lid 2 Sr: in overeenstemming met de regeling in het strafrecht, kunnen geldboeten cumuleren. Het strafrecht stelt slechts grenzen aan de cumulatie van vrijheidsstraffen. Indien voor twee of meer samenhangende overtredingen verschillende bestuursorganen bevoegd zijn, kan ingeval van meerdaadse samenloop ieder bestuursorgaan dus in beginsel zelfstandig een bestuurlijke sanctie opleggen. Dit laat echter onverlet dat ook bij meerdaadse

152 Idem, p. 87.

153 Denk aan de opleggen van een vrijheidsstraf in combinatie met een geldboete. Idem, p. 88.

samenloop het totaal van de opgelegd sancties in overeenstemming moet zijn met het evenredigheidsbeginsel.[154]

6.2.5.3.6 Zwijgrecht

In het strafrecht geldt het zwijgrecht voor degene die als verdachte wordt gehoord (artikel 29 Sv). Artikel 14 lid 3 onderdeel g IVBPR bepaalt dat niemand gehouden is tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen, dit wordt het 'nemo tenetur'-beginsel genoemd. Het EHRM oordeelde in het arrest EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485 (Funke) dat het zwijgrecht en het recht zichzelf niet te beschuldigen in artikel 6 lid 1 EVRM besloten liggen. In HvJEG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 3283, NJ 1991, 687 (Orkem) heeft ook het Hof van Justitie van de EG dit recht erkend. Het zwijgrecht geldt zowel in het strafrecht als bij door bestuursorganen op te leggen bestraffende sancties.[155] Zij is opgenomen in artikel 5:10a lid 1 Awb, welke luidt: 'Degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, is niet verplicht ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen', op deze formulering wordt hieronder (afsluitend) ingegaan. Tegenover dit zwijgrecht staat dat in de bestuurlijke wetgeving vaak de plicht tot het verschaffen van inlichtingen en het verlenen van medewerking, zie ook hierboven in subparagraaf 5.2.5.2.1 'De inlichtingenbevoegdheid en medewerkingsplicht op basis van artikel 9 Wtt' (waarin de inlichtingenbevoegdheid van DNB en de medewerkingsplicht van trustkantoren wordt behandeld). Hierbij speelt de vraag wanneer de inlichtingenplicht ophoudt en het zwijgrecht begint. Allereerst is hierbij van belang dat het 'nemo tenetur'-beginsel volgens het EHRM niet inhoudt dat iemand op geen enkele wijze kan worden gedwongen aan zijn eigen veroordeling mee te werken[156], zo volgt uit het arrest EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders).

Beslissend voor het antwoord op de vraag vanaf welk tijdstip het zwijgrecht komt te gelden is het moment waarop kan worden gesproken van een zogeheten 'criminal charge'.[157] Hiervan is sprake vanaf het tijdstip waarop de overtreder 'uit handelingen van het bestuursorgaan redelijkerwijs kan afleiden dat hem een boete zal worden opgelegd'[158] – vanaf dat tijdstip is hij derhalve niet meer verplicht ten behoeve van de boeteoplegging enige verklaring over de overtreding af te leggen.[159] Volgens het EHRM is sprake van een 'criminal charge' wanneer de overheid een officiële kennisgeving aan de betrokkene richt, inhoudende dat hij een wetsovertreding heeft begaan die criminal is in de zin van het EVRM, of wanneer de overheid naar aanleiding van een dergelijke overtreding handelingen verricht die de positie van de betrokkene wezenlijk beïnvloeden. Het zwijgrecht bestaat derhalve niet bij iedere vraag die belastende informatie zou kunnen opleveren, maar slechts bij vragen die daarop zijn gericht.[160]

Gekozen is voor de formulering dat aan een persoon het zwijgrecht toekomt zodra hij 'wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie'[161] (artikel 5:10a lid 1 Awb, zie ook

---

154 Idem, 90-91. Zie nader in verband met het evenredigheidsbeginsel met name p. 91-92.

155 Idem, p. 94.

156 Ook het Nederlandse recht kent geen onvoorwaardelijk beginsel dat iemand op generlei wijze kan worden verplicht tot medewerking aan het verkrijgen van mogelijk belastend bewijsmateriaal, zie: HR 26 oktober 1993, *NJ* 1993, 629.

157 Dit kan worden afgeleid uit bovengenoemde arresten Funke en Saunders.

158 Deze zinsnede is ontleend aan de rechtspraak van de HR over de vraag wanneer sprake is van een criminal charge, zie: HR 17 februari 1987, *NJ* 1987, 951; HR 23 juni 1993, BNB 1993/271. Deze uitspraken zijn in lijn met de uitspraken van het EVRM hierover, zie: EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980, 561 (Deweer) en EHRM 15 juli 1982, Publ. ECHR Ser. A. Vol. 51 (Eckle).

159 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 95.

160 Idem, p. 95.

161 In het voorontwerp luidde de formulering aanvankelijk dat het zwijgrecht toekwam aan 'degene die aan een handeling van het bestuursorgaan redelijkerwijs de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem een bestuurlijke sanctie, niet zijnde een herstelsanctie zal worden opgelegd.' Onder andere de Raad van State heeft kritiek geuit op deze formulering en suggereerde daarbij dat naast de cautie een andere jegens betrokkene verrichte handeling vanwege de overheid bepalend te laten zijn voor het moment waarop aan hem het zwijgrecht toekomt, namelijk: 'een handeling waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hij wordt ondervraagd terzake van een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete kan leiden.' Zie: *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 363, A, p. 4. In de

hierboven). Met deze formulering wordt in de eerste plaats beoogd duidelijk te maken dat het gaat om situaties waarin het bestuursorgaan serieus overweegt om de overtreding 'punitief' af te doen en niet (langer) om (alleen) een herstelsanctie op te leggen. Gekozen is voor de terminologie 'wordt verhoord' (en niet: 'wordt ondervraagd'), waarmee voor aansluiting bij het strafrecht (en het fiscale recht) is gekozen. In de toelichting wordt terzake overwogen dat de gekozen terminologie 'onderstreept (…) dat het recht om te zwijgen geldt bij vragen die gericht zijn op bestraffing, niet bij vragen die (tevens) gericht zijn op andere bestuurstaken. Dit is van belang voor de afbakening tussen het zwijgrecht en bestuursrechtelijke inlichtingenplichten.'[162] Voorts gaat het er om dat naar objectieve omstandigheden door een redelijk waarnemer kan worden vastgesteld dat sprake is van 'verhoor' met het oog op de oplegging van een bestuurlijke boete: 'het bestuursorgaan (kan) niet zomaar 'straffeloos' de toezichtsfase (…) uitrekken teneinde de vermoedelijke overtreder bepaalde waarborgen te onthouden.'[163] Benadrukt wordt dat het zwijgrecht slechts betrekking heeft op het afleggen van verklaringen over de overtreding waarvan iemand wordt beschuldigd; de verplichtingen om inlichtingen te verschaffen ten behoeve van de uitvoering of het toezicht op de naleving vallen daar buiten. Tot slot dient nog enige aandacht te worden besteed aan het beslissende criterium. Op basis van welke omstandigheden kan volgens het EVRM toch gebruik worden gemaakt van verklaringen, die voorafgaand aan de 'criminal charge' op grond van een plicht tot informatieverstrekking zijn afgelegd? Een mondelinge of schriftelijke verklaring die onder dwang is verkregen op het moment dat er nog geen sprake was van een 'criminal charge' mag niet worden gebruikt. Dit gebruik is echter wel toegestaan indien het gaat om informatie die 'onafhankelijk van de wil van de betrokkene'[164] bestaat, waarbij onder andere moet worden gedacht aan een boekenonderzoek, huisbezoek of huiszoeking.[165]

---

kern genomen overwoog de Raad van State dat de jurisprudentie van het EHRM op dit punt nog niet uitgekristalliseerd zou zijn. Evenwel zijn de adviezen van de Raad van State niet gevolgd, waarbij een belangrijk argument was dat de gebruikte formulering in een aantal wetten voorkwam en het onwenselijk zou zijn om in verschillende wetten verschillende formuleringen te gebruiken. De invoering van de Vierde tranche Awb werd aangegrepen als geschikt kader om deze kwestie voor de gehele bestuurlijke wetgeving te herzien. De door de Raad van State in het bovengenoemde advies voorgestelde formulering werd in het licht van artikel 6 EVRM te ruim bevonden: 'Als reeds voldoende zou zijn dat de ondervraging betrekking heeft op een overtreding die tot het opleggen van een bestuurlijke boete *kan* leiden, zou het zwijgrecht ook reeds bestaan in een fase waarin nog niet gekozen is tussen het optreden met een herstelsanctie of met een bestraffende sanctie en zelfs wanneer al is gekozen voor een herstelsanctie. Dat gaat veel verder dan het strafrecht en zou de handhaving te zeer belemmeren.' *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 96.

162 Idem, p. 96.

163 Idem, p. 97.

164 Zie voor de uitleg van dit bestanddeel met name EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 (Saunders) en EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354 (JB vs Zwitserland). In het arrest Saunders heeft het EHRM bepaald dat het bij het zwijgrecht en het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren onder meer gaat om de bescherming van verdachte tegen ongeoorloofde dwangtoepassing door de autoriteiten. In het bijzonder veronderstelt het recht om geen bewijs tegen zichzelf te hoeven leveren dat de vervolging niet gebaseerd wordt op bewijsmateriaal, dat 'tegen de wil van de verdachte is verkregen door dwang of drukuitoefening', waarmee dit recht de verbinding legt met artikel 6 lid 2 EVRM: 'The Court recalls that, although not specifically mentioned in Article 6 of the Convention, the right to silence and the right not to incriminate oneself, are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure under Article 6. Their rationale lies, inter alia, in the protection of the accused against improper compulsion by the authorities thereby contributing to the avoidance of miscarriages of justice and to the fulfilment of the aims of Article 6 (…). The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 § 2 of the Convention.' Het recht heeft echter vooral betrekking op het respecteren van de wil van de verdachte om te zwijgen, het strekt zich echter niet uit tot materiaal dat onder dwang van de verdachte is verkregen, maar *onafhankelijk* van de wil van de verdachte bestaat: 'The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has

6.2.5.3.7 Cautie

In het verlengde van bovengenoemd zwijgrecht is evenzeer de zogenoemde 'cautie' – letterlijk: waarschuwing – van belang. De cautie betreft een uitdrukkelijke mededeling aan de overtreder, dat hij op te stellen vragen geen antwoord hoeft te geven: 'Voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden', zo bepaalt artikel 29 lid 2 Sv. Hoewel een verplichting tot het geven van de cautie niet rechtstreeks uit de mensenrechtenverdragen kan worden afgeleid, is het (ook volgens de toelichting op de Vierde tranche) desalniettemin van belang dat de betrokkene door het bestuursorgaan op zijn zwijgrecht wordt gewezen. Evenals in het strafrecht wordt in het bestuursrecht namelijk onderkend dat het kan voorkomen dat de overtreder zich in directe confrontatie (met het bestuursorgaan) zal verplicht kunnen voelen om te antwoorden, terwijl hij daartoe juridisch niet gehouden is. Vanuit dit ervaringsgegeven wordt, om een tegenwicht te bieden aan deze psychische druk (die van een verhoor kan uitgaan) om antwoord te geven, met de cautie beoogd te voorkomen dat de ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan worden gezegd dat deze in vrijheid zijn afgelegd.

Evenals in het strafrecht wordt in het bestuursrecht het belang onderkend een tegenwicht te bieden aan de druk die de overtreder kan ondervinden bij directe confrontatie met het bestuursorgaan, waarbij de overtreder zich verplicht zou kunnen voelen om te antwoorden, terwijl hij daartoe juridisch niet is gehouden. Indien sprake is van een verhoor dient dan ook de cautie te worden gegeven. Onder andere in artikel 5:10a lid 2 Awb wordt hierin voorzien: 'Voor het verhoor wordt de verdachte medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden.' In de toelichting wordt het verhoor gedefinieerd als '(e)en mondelinge ondervraging met het oog op een bestraffende sanctie.' Essentieel hierbij is dat sprake is van een 'directe confrontatie' met de ondervrager. Aangenomen wordt dat bovengenoemde psychische druk om te antwoorden niet zal spelen bij schriftelijke vragen, zodat bij schriftelijke vragen in de regel geen sprake van verhoor zal zijn en derhalve geen cautie behoeft te worden gegeven. Slechts indien door bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag een zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor, kan volgens de toelichting ook bij schriftelijke vragen sprake zijn van een verhoor en dient derhalve de cautie te worden gegeven.[166]
Met betrekking tot de gevolgen van het verzuim van het verlenen van de cautie voor het gebruik voor het bewijs van een vervolgens afgelegde verklaring, wordt blijkens de toelichting bij de strafrechtelijke jurisprudentie op dat terrein aangeknoopt. Volgens de strafrechtelijke jurisprudentie met betrekking tot de gevolgen van het ontbreken van de cautie kan een dergelijke verklaring niettemin aan het bewijs bijdragen, indien de overtreder door het ontbreken van de cautie niet is benadeeld. Voor de beantwoording van de vraag of de overtreder door het ontbreken van de cautie is benadeeld is bijvoorbeeld van belang of de verhoren met betrekking tot soortgelijke feiten wel door de cautie vooraf zijn gegaan.[167] Voorts kan de omstandigheid dat de overtreder werd bijgestaan tijdens

---

an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing.' In het arrest JB vs Zwitserland ging het om een procedure wegens vermeende belastingontduiking, waarbij de Zwitserse fiscale autoriteiten van klager op straffe van boeten een verklaring vorderde over de herkomst van geïnvesteerde bedragen die hij in zijn aangiften verzwegen had, alsmede afgifte van alle documenten over die investering waarover hij beschikte. Er was volgens het EHRM sprake van een 'criminal charge' aangezien vanaf het begin duidelijk was dat een boete wegens belastingontduiking in het verschiet lag. Het opleggen van een boete wegens het niet voldoen aan de inlichtingenplicht acht het EHRM in strijd met het 'nemo tenetur'-beginsel, waarbij het Hof erop wijst dat in dit geval geen sprake was van bewijsmateriaal dat 'onafhankelijk van de wil' van J.B. bestond. In de visie van het Hof gaat het in deze zaak niet om materiaal dat bestond geheel buiten de betrokkene, dat zonder dwang en zonder miskenning van de wil kan worden verkregen. Bijzondere omstandigheden waarop hier de nadruk werd gelegd, waren dat J.B. rekening moest houden met de mogelijkheid dat gevraagde documenten zouden worden gebruikt voor het opleggen van een boete wegens belastingontduiking, alsmede dat er maar liefst vier keer een forse geldboete was opgelegd wegens het niet verschaffen van deze informatie.

165 T.N.M.B. Spronken 2011 (*T&C Sv*), artikel 29 Sv, aantekening 1. Zie ook: Melai, suppl, 147, aant. 8.3 bij artikel 29 Sv en EHRM 20 oktober 1997, Appl. No 20225/92, *NJ* 1998, 758 (Serves vs. Frankrijk).

166 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 99.

167 HR 16 november 1982, *NJ* 1983, 283 m.nt. A.C. 't Hart.

het verhoor eveneens van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de overtreder door het ontbreken van de cautie is benadeeld.[168]

Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet vierde tranche zijn de in bijzondere wetgeving opgenomen bepalingen die het zwijgrecht en de cautieplicht bij bestuurlijke sancties regelen komen te vervallen.[169] In de Wtt kan hier als voorbeeld worden gewezen op artikel 23 Wtt(oud), welke luidde: 'Degene jegens wie door de toezichthouder een handeling is verricht waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat hem wegens een overtreding een boete zal worden opgelegd, is niet verplicht ter zake daarvan. Hij wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.' Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb is deze bepaling komen te vervallen.[170] De meeste wetswijzigingen in de Wtt die door voorlaatstgenoemde aanpassingswet zijn ingevoerd, hangen echter samen met de hieronder te bespreken bepalingen betreffende de bestuurlijke boete.

6.2.5.4 Titel 5.4 'Bestuurlijke boete'

Met de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb is naast de hierboven behandelde algemene regeling voor bestuurlijke sancties (Titel 5.1 'Algemene bepalingen') een meer specifieke regeling voor de bestuurlijke boete opgenomen (Titel 5.4 'Bestuurlijke boete'). Met de invoering van laatstgenoemde titel zijn soortgelijke regelingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen.[171] In de inleidende subparagraaf 6.2.5.1 'Ten geleide' is reeds ter sprake gekomen dat de Wtt één van de bijzondere wetten is die door de Aanpassingswet Vierde tranche Awb is aangepast, waarbij onder andere een aanzienlijk aantal bepalingen is komen te vervallen.[172] Bij de bespreking van de strafrechtelijke begrippen en beginselen – die met de inwerkingtreding van de Vierde tranche als gezegd het bestuursrecht zijn binnengehaald – wordt indien toepasselijk verwezen naar de oude bepalingen van de Wtt, waarin de betreffende bepaling geregeld is geweest. Voordat deze strafrechtelijke begrippen en beginselen in Titel 5.4 kunnen worden besproken, moet op deze plaats eerst worden ingegaan op de opname van het begrip bestuurlijke boete.

6.2.5.4.1 Begripsbepaling: bestuurlijke boete

In artikel 5:40 lid 1 Awb is het begrip 'bestuurlijke boete' gedefinieerd als 'de bestraffende sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom' (artikel 5:40 lid 1 Awb). Zij kan worden opgelegd bij een 'overtreding', waarmee in het bestuursrecht een 'verboden gedraging' wordt bedoeld, oftewel 'een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift' (artikel 5:1 lid 1 Awb).[173] Zij betreft als gezegd een sanctie met een punitief

---

168 HR 13 september 1988, *NJ* 1989, 454, *LJN* AC3189.

169 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 29. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 27b lid 1 Werkeloosheidswet, welk artikellid luidt: Lid 1. Indien het Uitvoeringsinstituut werknemers-verzekeringen jegens de werknemer een handeling verricht waaraan deze in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat aan hem wegens een bepaalde gedraging een boete zal worden opgelegd, is de werknemer niet langer verplicht terzake van die gedraging enige verklaring af te leggen, voor zover het betreft de boeteoplegging. De werknemer wordt hiervan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd.

170 *Stb.* 2009, 265, p. 36.

171 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 33.

172 In herinnering: in subparagraaf 6.2.5.1 is er op gewezen dat de titel van Hoofdstuk 7 van de Wtt thans luidt 'Last onder dwangsom en bestuurlijke boete' en in dit hoofdstuk in artikel 22 lid 1 en 2 Wtt het begrip 'boete' is vervangen door 'bestuurlijke boete' en zijn een aanzienlijk aantal bepalingen komen te vervallen, te weten: artikel 20 lid 2, artikel 21 lid 2, artikelen 23 tot en met 25, artikel 26 lid 2 en artikel 27 tot en met 30 Wtt.

173 Bij de behandeling van het wetsvoorstel van de Vierde tranche Awb bestond aanvankelijk onduidelijkheid over de verhouding van het begrip 'overtreding' in de Awb ten aanzien van het begrip 'misdrijven' uit het strafrecht. Zie onder andere: *Handelingen II* 2006-2007, nr. 77, p. 77-4065, waar dhr. Wolfsen (PvdA) opmerkt 'In artikel 5.0.1 (thans artikel 5:1 Awb, vdW) staat dat onder overtredingen worden verstaan gedragingen in strijd met de wet. Heb ik goed begrepen dat dit ook kan

karakter, waarmee zij zich onderscheidt van de bestuurlijke dwangsom, die immers strekt tot het voorkomen, beëindigen of ongedaan maken van een onrechtmatige situatie. De bestuurlijke boete is door haar afschrikkende werking daarentegen slechts (hooguit) *indirect* gericht op het voorkomen van verdere overtredingen. Het gaat bij de bestuurlijke boete echter niet om intrekking of wijziging (vermindering) van een door de overheid verleende financiële aanspraak (uitkering of subsidie) wegens niet naleving van de daaraan verbonden voorschriften (artikel 5:40 lid 2 Awb).[174]
Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche is de in bijzondere wetgeving gehanteerde term 'boete' in overeenstemming gebracht met de terminologie van Titel 5.4. Bepalingen in (bijzondere) wetgeving waarin de term bestuurlijke boete werd gedefinieerd zijn vervallen[175] en de term 'boete' werd vervangen door 'bestuurlijke boete', zoals gezegd kan in dit verband ook worden gewezen op artikel 22 lid 1 en lid 2 Wtt. Hieronder in subparagraaf 6.3.4 'Bestuurlijke boete' wordt het opleggen van de bestuurlijke boete ter handhaving van de Wtt behandeld. Onderstaand volgt de bespreking van de introductie van strafrechtelijke begrippen en beginselen in Titel 5.4.

6.2.5.4.2 Schulduitsluitingsgrond

Het eerste strafrechtelijke beginsel dat in Titel 5.4 ook voor bestuurlijke boeten is gecodificeerd is het beginsel 'geen straf zonder schuld'; artikel 5:41 Awb luidt 'Het bestuursorgaan legt geen boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.' Zoals hierboven bij de behandeling van rechtvaardigingsgronden in Titel 5.1 reeds ter sprake is gekomen, is gekozen om de schulduitsluitingsgrond in Titel 5.4 op te nemen en niet in Titel 5.1, aangezien voor het opleggen van een herstelsanctie niet vereist is dat de overtreder iets te verwijten valt. Net als bij strafrechtelijke overtredingen is schuld in de zin van verwijtbaarheid bij bestuursrechtelijk gesanctioneerde overtredingen doorgaans geen bestanddeel van het delict. In het bestuursrecht betekent dit dat het bestuursorgaan de verwijtbaarheid niet behoeft te bewijzen, maar dat deze verondersteld mag worden indien het daderschap vaststaat. Dit laat echter onverlet – in de toelichting wordt terzake gewezen op de klassieker HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681 ('Melk en water') – dat ook in deze gevallen het beginsel 'geen straf zonder schuld' geldt.
Met de codificatie van het beginsel 'geen straf zonder schuld' in artikel 5:41 Awb, wordt de mogelijkheid geïntroduceerd van een beroep op de ongeschreven schulduitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' evenals een beroep op de klassieke schulduitsluitingsgronden uit het strafrecht (ontoerekeningsvatbaarheid, noodweerexces, overmacht en handelen ter uitvoering van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel). Volgens de MvT van de Vierde tranche zullen in de praktijk met name de laatste twee (overmacht en handelen ter uitvoering van een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel) van toepassing zijn. Evenals bij de bespreking van de rechtvaardigingsgronden aan de orde is gekomen is er bij de schulduitsluitingsgronden niet voor gekozen om in de Awb een catalogus van geschreven schulduitsluitingsgronden op te nemen.[176] Volgens de MvT is de regeling bovendien in overeenstemming met de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM.[177] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving die regelen dat

---

duiden op misdrijven? Ik doel op overtredingen die in het bestuursrecht overtreding worden genoemd maar die in het strafrecht een misdrijf zijn. Graag op dat vlak een verduidelijking.'

174 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 133-134. Zie ook: R. Stijnen, *a.w.* 2011, p. 557-568.

175 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 33. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 77g onderdeel b Elektriciteitswet 1998 (oud), waarin de 'bestuurlijke boete' werd gedefinieerd als 'sanctie, inhoudende een onvoorwaardelijke verplichting tot betaling van een geldsom, die is gericht op bestraffing van de overtreder.'

176 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 134-135.

177 Hierbij wordt erop gewezen dat 'schuld' moet worden opgevat in de zin van daderschap (en niet in de zin van verwijtbaarheid): als daderschap vaststaat, mag schuld in de zin van verwijtbaarheid worden verondersteld, mits tegenbewijs mogelijk is, zo volgt volgens de toelichting (onder andere) uit EHRM 7 oktober 1988, Publ. ECHR Ser. A, Vol 141-A, *NJ* 1991, 351 (Salabiaku); EHRM 25 september 1992, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 207, *NJ* 1995, 593 (Pham Hoang). Idem, p. 134-135.

het bestuursorgaan geen bestuurlijke boete oplegt voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten, komen te vervallen.[178]

6.2.5.4.3 Overlijden overtreder

Evenals in het strafrecht (artikel 69 Sr) is in artikel 5:42 Awb bepaald dat geen boete meer kan worden opgelegd indien de overtreder is overleden. In dit verband is met name artikel 5:42 lid 1 Awb van belang, welke luidt: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien de overtreder is overleden.' Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving, die regelen dat geen boete wordt opgelegd indien de overtreder is overleden, komen te vervallen.[179]

6.2.5.4.4 Ne bis in idem

Het 'ne bis in idem'-beginsel uit het strafrecht, dat inhoudt dat niemand ten tweede male kan worden vervolgd indien de rechter reeds onherroepelijk uitspraak heeft gedaan over hetzelfde feit (artikel 68 Sr), is met de inwerkingtreding van de Vierde tranche vastgelegd in artikel 5:43 Awb met betrekking tot bestuurlijke boeten: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien aan de overtreder wegens *dezelfde overtreding* reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een kennisgeving als bedoeld in artikel 5:50, tweede lid, aanhef en onderdeel a, is bekendgemaakt' (artikel 5:43 Awb) en in artikel 5:44 Awb voor wat betreft de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties: 'Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op indien tegen de overtreder wegens *dezelfde gedraging* een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, dan wel een strafbeschikking is uitgevaardigd' (artikel 5:44 lid 1 Awb, mijn cursiveringen vdW).

Het 'ne bis in idem'-beginsel is neergelegd in artikel 4 van het Zevende Protocol bij het EVRM (dat door Nederland niet is geratificeerd), dat bepaalt dat 'Niemand opnieuw (wordt) berecht of gestraft in een strafrechtelijke procedure binnen de rechtsmacht van dezelfde Staat voor een strafbaar feit waarvoor hij reeds onherroepelijk is vrijgesproken of veroordeeld overeenkomstig de wet en het strafprocesrecht van die Staat', en eveneens in artikel 14 lid 7 IVBPR, dat bepaalt dat 'Niemand opnieuw mag worden berecht of gestraft voor een overtreding waarvoor hij reeds onherroepelijk is veroordeeld of vrijgesproken'. Nederland heeft hierbij echter het voorbehoud heeft gemaakt dat geen verdergaande verplichtingen worden aanvaard dan reeds uit artikel 68 Sr voortvloeien.[180] Niettemin wordt volgens de toelichting algemeen aangenomen dat ook in het bestuursrecht behoort te gelden dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor dezelfde overtreding. Dit standpunt zou reeds zijn ingenomen in het CTW-advies.[181]

'Hetzelfde feit'

Het beginsel houdt in dat niemand tweemaal mag worden gestraft voor *dezelfde* overtreding, oftewel 'hetzelfde feit'. Cruciaal hierbij is volgens de MvT van de Vierde tranche of een handeling die in strijd komt met twee of meer voorschriften moet worden opgevat als één overtreding, dan wel kan worden uitgelegd in twee of meer overtredingen. In het eerste geval, waarin de handeling als één overtreding moet worden opgevat, kan wegens die overtreding slechts eenmaal een sanctie worden opgelegd. Ook indien aan die sanctie slechts één van de geschonden voorschriften ten grondslag ligt is een tweede

178 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 34. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 32 lid 4 Infectieziektewet (oud), welke luidde 'De burgemeester legt geen boete op indien de betrokken persoon aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.'

179 Idem, p. 34. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 67i lid 1 Awr, welke luidde: 'Geen boete wordt opgelegd aan de belastingplichtige of de inhoudingsplichtige die is overleden.'

180 Volgens de MvT van de Vierde tranche wordt dit voorbehoud in de jurisprudentie ruim uitgelegd, waarbij wordt verwezen naar een overzicht dat is opgenomen in P.M. van Russen Groen, *Rechtsbescherming in het bestuursstrafrecht*, (disseratie EUR), Deventer: Gouda Quint 1998, p. 294 e.v.

181 Zie voor het kabinetsstandpunt naar aanleiding van het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten': *Kamerstukken II* 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48, p. 2 e.v.

sanctie wegens schending van het andere voorschrift niet meer mogelijk. In het tweede geval, waarin de handeling als twee of meer handelingen moet worden opgevat, kan voor iedere overtreding een afzonderlijke sanctie worden opgelegd.[182] De stand van de jurisprudentie inzake artikel 68 Sr, bij de beoordeling of sprake is van 'hetzelfde feit', is op het moment van inwerkingtreding van de Vierde tranche (blijkens de MvT)[183] dat hiervan sprake is indien 'blijkt van een zodanig verband met betrekking tot de gelijktijdigheid van de gedragingen en de wezenlijke samenhang in het handelen en de schuld van de dader, dat de strekking met zich meebrengt dat zij in de zin van deze bepaling als hetzelfde feit zijn aan te merken.'[184] Volgens de toelichting ligt het in de rede dat bij deze strafrechtelijke jurisprudentie in het bestuursrecht aansluiting wordt gezocht voor de uitleg van het begrip 'dezelfde overtreding' (artikel 5:43 Awb).[185]
Thans wordt het arrest van de HR van 1 februari 2011, NJ 2011, 394 (LJN BM9102) als uitgangspunt genomen. Bij de beoordeling of sprake is van 'hetzelfde feit', dient in dit arrest volgens de HR te worden gekeken naar zowel de juridische aard van de feiten, als de gedragingen van de verdachte. De HR overweegt hierover het volgende: 'Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van 'hetzelfde feit', dient de rechter in de situatie waarop artikel 68 Sr (en/of artikel 313 Sv, MTvdW) ziet de in beide tenlasteleggingen omschreven verwijten (…) te vergelijken. Bij de toetsing dienen de volgende gegevens als relevante vergelijkingsfactoren te worden betrokken:

> (A) De juridische aard van de feiten.
> Indien de tenlastegelegde feiten niet onder dezelfde delictsomschrijving vallen, kan de mate van verschil tussen de strafbare feiten van belang zijn, in het bijzonder wat betreft
> (i) de rechtsgoederen ter bescherming waarvan de onderscheidene delicts-omschrijvingen strekken, en
> (ii) de strafmaxima die op de onderscheiden feiten zijn gesteld, in welke strafmaxima onder meer tot uitdrukking komt de aard van het verwijt en de kwalificatie als misdrijf dan wel overtreding.
> (B) De gedraging van de verdachte.
> Indien de tenlasteleggingen respectievelijk de tenlastelegging en de vordering tot wijziging daarvan niet dezelfde gedraging beschrijven, kan de mate van verschil tussen de gedragingen van belang zijn, zowel wat betreft de aard en de kennelijke strekking van de gedragingen als wat betreft de tijd waarop, de plaats waar en de omstandigheden waaronder zij zijn verricht.'[186]

Volgens de HR verdient hierbij opmerking dat 'reeds uit de bewoordingen van het begrip 'hetzelfde feit' voortvloeit dat de beantwoording van de vraag wat daaronder moet worden verstaan, mede wordt bepaald door de omstandigheden van het geval. Vuistregel is nochtans dat een aanzienlijk verschil in de juridische aard van de feiten en/of in de gedragingen tot de slotsom kan leiden dat geen sprake is

---

182 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 136.
183 Idem, p. 136.
184 Genoemd worden: HR 21 november 1961, *NJ* 1962, 89 en HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320. Volgens de toelichting levert het in deze arresten genoemde criterium zowel een feitelijke als een juridische dimensie. Overtreding van twee voorschriften levert pas één feit op als de overtredingen niet alleen feitelijk nauw samenhangen, maar ook kan worden gezegd dat de dader van beide overtredingen een verwijt van dezelfde strekking kan worden gemaakt, dat wil zeggen: als de overtreden voorschriften soortgelijke belangen beschermen. In dit verband wordt bijvoorbeeld gewezen op HR 8 april 1975, *NJ* 1975, 296, waarin aan het tweede vereiste niet was voldaan, waarbij het een persoon betrof die dronken achter het stuur werd aangetroffen op een autoloze zondag tijdens de eerste oliecrisis. De strekking van beide voorschriften die hier waren overtreden (het toenmalige artikel 26 Wegenverkeerswet en artikel 1 van de toenmalige Beschikking verbruiksbeperking motorbrandstoffen tijdens het weekeinde) was zodanig verschillend, dat de verdachte twee verschillende feiten had gepleegd en derhalve voor elk van beide afzonderlijk kon worden vervolgd. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 136.
185 Idem, p. 136 e.v.
186 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 56, *LJN* BM9102, r.o. 2.9.1.

van ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr.’[187] Bovenstaande overwegingen maken dat het arrest van 1 februari 2011 – in plaats van de vooral[188] op het feitencomplex gerichte jurisprudentie van het EHRM en het Hof van Justitie[189] – als uitgangspunt wordt genomen in de (hierop volgende) jurisprudentie betreffende de maatstaf voor de toepassing van artikel 68 Sr met betrekking tot ‘hetzelfde feit’.[190] De bespreking over ‘hetzelfde feit’ heeft volgens de HR overigens (rechtstreeks) betrekking op de toepassing van artikelen 5:43 en 5:44 Awb, aangezien in onderhavig arrest wordt overwogen dat, gelet op de wetgeschiedenis van beide artikelen, moet worden aangenomen dat beide bepalingen (waarin wordt gesproken over ‘dezelfde overtreding’, respectievelijk ‘dezelfde gedraging’, zie ook hierboven mijn cursiveringen) doelen op ‘hetzelfde feit’ in de zin van artikel 68 Sr.[191]

Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving, die regelen dat niet tweemaal voor dezelfde overtreding een boete mag worden opgelegd, komen te vervallen.[192] Ter voorkoming dat iemand voor de tweede maal in een sanctie procedure wordt betrokken voor dezelfde overtreding, is bepaald dat ook geen bestuurlijke boete meer mag worden opgelegd als het bestuursorgaan heeft besloten dat het voor de overtreding geen bestuurlijke

---

187 Idem, r.o. 2.9.2.

188 Zie (onder andere): idem, r.o. 2.8. De HR merkt hier op dat de (in de navolgende voetnoot opgenomen) criteria die in de Europese rechtspraak worden gehanteerd (‘onlosmakelijk met elkaar verbonden’ onderscheidenlijk ‘facts which are substantially the same’), niet als louter feitelijk kunnen worden aangemerkt, en dat de HR van oordeel is dat in de Nederlandse rechtspraak destijds op goede gronden afstand is genomen van een louter feitelijk criterium, omdat het aanleggen van zo’n maatstaf kan leiden tot onaanvaardbare uitkomsten (vgl. bijv. HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1659 e.v.).

189 Zie: idem, r.o. 2.6.1 e.v. waarin (onder andere) de relevante Europese rechtspraak wordt besproken, te weten HvJEG 9 maart 2006, C-436/04 (Van Esbroeck), waarin is beslist ‘dat artikel 54 SUO aldus moet worden uitgelegd dat het relevante criterium voor de toepassing van dit artikel de gelijkheid van de materiële feiten is, begrepen als het bestaan van een geheel van feiten die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, ongeacht de juridische kwalificatie van deze feiten of het beschermde rechtsbelang’, evenals EHRM 10 februari 2009, appl. No. 14939/03, *NJ* 2010/36 (Zolokutin tegen Nederland), waarin het EHRM zijn rechtspraak met betrekking tot artikel 4 lid 1 van het Zevende Protocol bij het EVRM als volgt verwoord: ‘70. The body of case-law that has been accumulated throughout the history of application of Article 4 of Protocol No. 7 by the Court demonstrates the existence of several approaches to the question whether the offences for which an applicant was prosecuted were the same. (...) 78. The Court considers that the existence of a variety of approaches to ascertaining whether the offence for which an applicant has been prosecuted is indeed the same as the one of which he or she was already finally convicted or acquitted engenders legal uncertainty incompatible with a fundamental right, namely the right not to be prosecuted twice for the same offence. It is against this background that the Court is now called upon to provide a harmonised interpretation of the notion of the ‘same offence’ - the idem element of the non bis in idem principle - for the purposes of Article 4 of Protocol No. 7. While it is in the interests of legal certainty, foreseeability and equality before the law that the Court should not depart, without good reason, from precedents laid down in previous cases, a failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would risk rendering it a bar to reform or improvement (see Vilho Eskelinen and Others v. Finland [GC], no. 63235/00, § 56, ECHR 2007 (...). 80. The Court considers that the use of the word ‘offence’ in the text of Article 4 of Protocol No. 7 cannot justify adhering to a more restrictive approach. It reiterates that the Convention must be interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. 81. The Court further notes that the approach which emphasises the legal characterisation of the two offences is too restrictive on the rights of the individual, for if the Court limits itself to finding that the person was prosecuted for offences having a different legal classification it risks undermining the guarantee enshrined in Article 4 of Protocol No. 7 rather than rendering it practical and effective as required by the Convention (...). 82. Accordingly, the Court takes the view that Article 4 of Protocol No. 7 must be understood as prohibiting the prosecution or trial of a second "offence" in so far as it arises from identical facts or facts which are substantially the same.’

190 Zie onder andere: Rb. ’s-Gravenhage 23 september 2010, *LJN* BP5534; HR 15 maart 2011, *LJN* BP7544; HR 24 mei 2011, *LJN* BP4399; en Rb. Rotterdam 20 oktober 2011, *LJN* BU1355.

191 HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 56, *LJN* BM9102, r.o. 2.5.

192 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 34-35. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 78 lid 3 Spoorwegnet, welke luidde: ‘Onze Minister legt geen bestuurlijke boete op, indien aan de overtreder wegens dezelfde gedraging reeds eerder een bestuurlijke boete is opgelegd.’

boete zal opleggen en dit in een kennisgeving aan de overtreder heeft bekendgemaakt (artikel 5:43 jo. 5:50 onder a Awb). Hiertoe zijn met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen die regelen dat geen bestuurlijke boete meer mag worden opgelegd als het bestuursorgaan een kennisgeving bekend heeft gemaakt aan de overtreder dat geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd.[193]

'Nemo debet bis vexari' en 'una via'

Hierboven is reeds ter sprake is gekomen dat het 'ne bis in idem'-beginsel eveneens in artikel 5:44 Awb is vastgelegd. Dit met het oog op de verhouding tussen bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties: als voor een overtreding aan iemand reeds een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, kan hem voor dezelfde overtreding niet ook nog eens een bestuurlijke boete worden opgelegd, en omgekeerd.[194]
In de toelichting op artikel 5:44 Awb wordt gewezen op het belang hiervan, in het licht van het voorkomen dat iemand nodeloos tweemaal in een sanctieprocedure wordt betrokken – 'nemo debet bis vexari' – evenals in verband met het 'una via'-beginsel, op basis waarvan de keuze voor een van beide wegen op een gegeven moment definitief dient te zijn: het kan niet zo zijn, dat als de ene weg uiteindelijk niet tot het opleggen van een sanctie leidt, de overheid het dan zonder meer nog eens langs de andere weg kan proberen.[195]
Het OM en het bestuursorgaan zullen met elkaar in overleg moeten treden over de vraag of de overtreding strafrechtelijk dan wel bestuursrechtelijk zal worden afgedaan. Dit aangezien de bestuursrechtelijke weg definitief zal zijn afgesloten indien: de OvJ besluit een strafvervolging in te stellen (vanaf het moment dat het onderzoek ter terechtzitting is begonnen is de bestuursrechtelijke weg definitief afgesloten, een eventuele vrijspraak, ontslag van alle rechtsvervolging of niet ontvankelijkheid van het OM doet de bevoegdheid tot het opleggen van een boete dus niet herleven), of indien de OvJ een transactie aanbiedt en de overtreder deze opgelegde sanctie aanvaardt. Dit laatste tenzij de OvJ (anders dan wegens aanvaarding van het transactievoorstel) nog voor de aanvang van het onderzoek ter terechtzitting afziet van strafvervolging. Vanwege bovengenoemd overleg tussen het OM en het bestuursorgaan, is in artikel 5:44 lid 2 Awb vastgelegd dat 'Indien de gedraging tevens een strafbaar feit is, wordt zij aan de officier van justitie voorgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift is bepaald, dan wel met het openbaar ministerie is overeengekomen, dat daarvan wordt afgezien.'
Het uitgangspunt is derhalve dat het bestuursorgaan (dat bij overtredingen waarvoor bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd in de praktijk veelal als eerste op de hoogte is van de overtreding) in beginsel gehouden is de overtreding aan de OvJ voor te leggen. Het artikellid bepaald dat van het voorleggen van de overtreding aan het OM kan worden afgezien in de gevallen waarvoor zulks tussen het bestuur en het OM is overeengekomen. Vanuit het oogpunt van doelmatigheid, evenals consistentie van beleid, zijn in de praktijk (van de grote aantallen overtredingen) criteria geformuleerd voor de keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening, die plegen te worden neergelegd in een convenant en/of in vervolgingsrichtlijnen voor het OM. Ten aanzien van trustkantoren kan hier in het bijzonder worden gewezen op het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties, dat hieronder in de gelijknamige subparagraaf 6.2.7 wordt uitgediept. Ook wordt de mogelijkheid dat de wetgever hiertoe uitgangspunten formuleert opengelaten: 'Daarnaast is rekening gehouden met de mogelijkheid dat de wetgever zelf criteria voor de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht formuleert.'[196]
Het sluitstuk van de regeling is vastgelegd in artikel 5:44 lid 3 Awb: 'Voor een gedraging die aan de officier van justitie moet worden voorgelegd, legt het bestuursorgaan slechts een bestuurlijke boete op indien: a. de officier van justitie aan het bestuursorgaan heeft medegedeeld ten aanzien van de

---

193 Idem, p. 35. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 74 jo 80 lid 4 Wet kinderopvang, welke luidde 'Het college van burgemeester en wethouders legt geen bestuurlijke boete op indien (…), dan wel een kennisgeving als bedoeld in artikel 80, vierde lid, is gedaan' (artikel 74), respectievelijk 'Indien het college van burgemeester en wethouders (…) beslist dat voor de overtreding geen bestuurlijke zal worden opgelegd, (…) wordt dit schriftelijk medegedeeld (artikel 80 lid 4).

194 HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 289. *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 136.

195 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 138, waar in dit verband wordt gewezen op L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una-via beginsel* (dissertatie EUR), Arnhem 1992. Zie ook: R. Stijnen, *a.w.* 2011, p. 648-658.

196 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 138.

overtreder van strafvervolging af te zien, of b. het bestuursorgaan niet binnen dertien weken een reactie van de officier van justitie heeft ontvangen.' De bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen herleeft indien het OM niet binnen dertien weken reageert, dan wel indien het OM aan het bestuursorgaan mededeelt van strafvervolging af te zien. In het geval het OM niet vervolgt, omdat de overtreding naar zijn oordeel niet kan worden bewezen of omdat deze gerechtvaardigd is, zal het bestuursorgaan volgens de toelichting niet snel overgaan tot het opleggen van een boete. Volgens de toelichting is dit echter niet uitgesloten: 'het feit dat de wetgever aan het bestuursorgaan de bevoegdheid heeft toegekend om een bestuurlijke boete op te leggen, brengt met zich dat het bestuursorgaan zelf verantwoordelijk is voor de uitoefening van deze bevoegdheid, en derhalve ook bij de beoordeling van aspecten als bewijsbaarheid en wederrechtelijkheid niet gebonden is aan het oordeel van het OM.'[197]

Spiegelbeeldig aan de hier besproken bevoegdheid van artikel 5:44 Awb, om een bestuurlijke boete op te leggen indien een strafrechtelijke sanctie mogelijk is of had kunnen worden opgelegd, is de bevoegdheid op basis van artikel 243 lid 2 Sv, welke luidt: 'Indien terzake van het feit aan de verdachte een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel een mededeling als bedoeld in artikel 5:50, tweede lid, onderdeel a van de Algemene wet bestuursrecht is verzonden, heeft dit dezelfde rechtsgevolgen als een kennisgeving van niet verdere vervolging, met dien verstande dat artikel 245a niet van toepassing is.' Zoals geen bestuurlijke boete meer behoort te kunnen worden opgelegd indien tegen de overtreder voor dezelfde overtreding een strafvervolging is ingesteld of een transactie is overeengekomen, dan wel daarvan definitief af is gezien, zo behoort ook geen strafvervolging meer mogelijk te zijn als voor hetzelfde feit een bestuurlijke boete is opgelegd, dan wel daar definitief vanaf is gezien. Gekozen is voor de variant waarbij aan het opleggen van een bestuurlijke boete dezelfde rechtsgevolgen worden verbonden als aan een kennisgeving van niet verdere vervolging door het OM zelf. Op de gelijkstelling met de kennisgeving van niet verdere vervolging is een uitzondering gemaakt voor artikel 245a Sv, dat betekening van de kennisgeving eist. Voor het bestuursrecht voert die eis volgens de toelichting echter te ver.[198]

Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen, die regelen dat geen bestuurlijke boete mag worden opgelegd indien: voor deze overtreding reeds: strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting is begonnen, een strafrechtelijke sanctie is opgelegd, een transactie is overeengekomen, dan wel een strafbeschikking is opgelegd, evenals bepalingen die het omgekeerde regelen.[199] Dat geldt eveneens voor bepalingen die regelen dat de bevoegdheid wordt opgeschort indien de overtreding aan de OvJ is voorgelegd.[200]

6.2.5.4.5 Overige vormen van aansluiting bij het strafrecht: verval bevoegdheid bestraffen, artikel 1 lid 2 Sr en verval bestuurlijke boete bij bevel vervolging met toepassing van artikel 12i Sv

Naast de hierboven behandelde belangrijke strafrechtelijke begrippen en beginselen wordt in Titel 5.4 op enkele onderdelen aangeknoopt bij de strafrechtelijke equivalenten van bepaalde bepalingen. Zo is bij de regeling van het verval van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete in artikel 5:45 Awb aansluiting gezocht bij de bestaande verjaringstermijnen uit het strafrecht: voor de lichte procedure is gekozen voor een termijn van twee jaar, dit kwam destijds overeen met de

---

197 Idem, p. 138-139.

198 Idem, p. 154.

199 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 35-36. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 44a lid 6 onderdeel a Drank- en Horecawet, welke luidde: 'De bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt, indien ter zake van de overtreding op grond waarvan de boete kan worden opgelegd: a. tegenover de overtreder een strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel het recht tot strafvervolging is vervallen ingevolge artikel 74 of 74c van het Wetboek van Strafrecht.'

200 Idem, p. 36. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 27d lid 1 Werkeloosheidswet, welke luidde: 'Een boete wordt niet opgelegd zolang de gedraging wordt onderzocht door het openbaar ministerie.'

verjaringstermijn voor strafrechtelijke overtredingen (thans is deze termijn in het strafrecht op drie jaren gesteld).[201] Voor de zware procedure is gekozen voor een termijn van vijf jaar, een termijn die thans geldt voor bestuurlijke boeten op grond van onder andere fiscale wetgeving. In aansluiting met artikel 70 Sr is bepaald dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete door tijdsverloop vervalt (aldus ook laatstgenoemde artikelen van de Awr).[202] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen, waarin een vervaltermijn is opgenomen voor de bevoegdheid tot opleggen van een bestuurlijke boete.[203] In de Wtt kan terzake worden gewezen op artikel 29 lid 1 Wtt (oud), welke luidde 'De bevoegdheid een boete op te leggen vervalt drie jaren na de dag waarop de overtreding is begaan', die met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet vierde tranche is komen te vervallen.[204]
Voorts wordt in artikel 5:46 Awb, dat betrekking heeft op de hoogte van de op te leggen bestuurlijke boeten, in lid 4 van dat artikel bepaald dat artikel 1 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing is, welk artikellid luidt: 'Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstige bepalingen toegepast.' In dit verband bepaalt artikel 15 lid 1 derde volzin IVBPR: 'Indien, na het begaan van het strafbare feit de wet mocht voorzien in de oplegging van een lichtere straf, dient de overtreder daarvan te profiteren', waarbij in de authentieke Engelse tekst de terminologie 'criminal offence' (ter aanduiding van 'strafbaar feit') wordt gehanteerd. In de toelichting wordt terzake opgemerkt dat, hoewel deze terminologie wellicht iets beperkter moeten worden uitgelegd dan de woorden 'criminal charge', in die zin dat lichte overtredingen er wellicht buiten vallen, toch moet worden aangenomen ook aan het begrip 'criminal offence' een autonome, materiële uitleg moet worden gegeven, wat volgens de toelichting zeggen wil dat niet beslissend is of het feit naar nationaal recht als strafbaar feit wordt gekwalificeerd. Dit betekent volgens de toelichting voorts dat in ieder geval bij zwaardere bestuurlijke boeten sprake is van een 'criminal offence' en dat daarmee de regel van bovengenoemd artikel 15 lid 1 derde volzin IVBPR geldt, evenals artikel 2 lid 2 van Vo. (EG) 2988/95, Pb 1995 L 312, welke luidt: 'Ingeval van latere wijziging van de bepalingen van een Gemeenschapsbesluit waarin administratieve sancties zijn vastgesteld, worden de minder strenge bepalingen met terugwerkende kracht toegepast.' Indien de wetgever besluit de (maximale) boete voor een bepaalde overtreding te verlagen, dan geldt deze verlaging ook voor overtredingen die voor de inwerkingtreding van de verlaging hebben plaatsgevonden[205], waarmee wordt aangesloten bij artikel 1 lid 2 Sr en artikel 15 lid 1 IVBPR: bij 'verandering van wetgeving' dient voor de verdachte de meest gunstige bepalingen te worden toegepast.[206] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn, anders dan ten aanzien van artikel 5:46 lid 1 tot en met lid 3 Awb, voor lid 4 geen bepalingen in bijzondere wetgeving aangewezen, die met de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb dienen te vervallen.[207]
Ten slotte voorziet artikel 5:47 Awb in het geval een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, tevens een strafbaar feit is, waarbij het kan voorkomen dat een derde zich op basis van artikel 12i Sv tot het Hof wendt met de klacht wegens niet (verdere) vervolging van de overtreder voor datzelfde feit, welke klacht in wezen gericht is op de keuze om de overtreding bestuursrechtelijk

---

201 Sinds de inwerkingtreding van de Wet van 7 juli 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten, kortweg: de Wet OM-afdoening (*Stb*. 2006, 330) op 1 februari 2008 (*Stb*. 2008, 4), luidt 'artikel 70 lid 1 aanhef en onder 1° Sr: het recht tot strafvordering vervalt door verjaring (…) in *drie* jaren voor alle overtredingen' (mijn cursivering, vdW).

202 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 139-140.

203 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 36-37. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 27e lid 2 Werkeloosheidswet, welke luidde: 'Een boete wordt in elk geval niet opgelegd na verloop van vijf jaren nadat de desbetreffende gedraging heeft plaatsgevonden.'

204 *Stb.* 2009, 265, p. 37.

205 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 144.

206 Idem, p. 144. In de MvT wordt toegelicht dat het bij artikel 1 lid 2 Sr niet alleen gaat om wijzigingen in de aard of hoogte van de sanctie, maar ook om wijzigingen in het overtreden voorschrift. In het laatstgenoemde geval is in de jurisprudentie bepaald dat artikel 1 lid 2 Sr slechts toepassing vindt indien de wijziging berust op gewijzigd inzicht van de wetgever over de strafwaardigheid van het feit, zie onder andere HR 10 oktober 1989, *NJ* 1989, 455.

207 Zie voor artikel 5:46 lid 1 tot en met lid 3 Awb: *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 37-38.

af te doen. Artikel 5:47 Awb luidt terzake: 'Een bestuurlijke boete die is opgelegd wegens een gedraging die tevens een strafbaar feit is, vervalt indien het gerechtshof met toepassing van artikel 12 i van het Wetboek van Strafvordering de vervolging van de overtreder voor dat feit beveelt.' Dat betekent volgens de toelichting dat het recht op strafvervolging, dat door de bestuurlijke boete in beginsel was vervallen, door het bevel van het gerechtshof weer herleeft. Dit laat overigens onverlet dat ook in deze situatie dubbele bestraffing moet worden voorkomen, hetgeen in artikel 5:47 Awb tot uitdrukking is gebracht door hierin op te nemen dat het bevel tot vervolging van het gerechtshof van rechtswege tot gevolg heeft, dat een reeds opgelegde bestuurlijke boete vervalt. Dit geldt evenzeer indien deze bestuurlijke boete reeds onherroepelijk is geworden.[208] Blijkens de MvT van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb noopte artikel 5:47 Awb niet tot wijziging van bijzondere wetgeving.[209]

6.2.5.5 De procedure betreffende de bestuurlijke boete en de gevolgen voor de Wtt

In Afdeling 5.4.2 ('De procedure') zijn de procedures met betrekking tot de bestuurlijke boete geregeld. Het gaat hierbij om een zogenaamde 'lichte procedure': een eenvoudige procedure voor de lichte boeten, en om een 'zware procedure': een meer uitvoerige procedure voor zwaardere boeten. De lichte procedure is geregeld in de eerste vijf artikelen van de Afdeling (artikelen 5:48 tot en met 5:52 Awb). Voor de zware procedure is in artikel 5:53 Awb geregeld welke elementen (aan de lichte procedure) worden toegevoegd indien de zware procedure van toepassing is. Tot slot bevat artikel 5:54 Awb de schakelbepaling waarin is geregeld dat titel 5.4 van overeenkomstige toepassing is op andere bestraffende sancties, voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald.[210] Hieronder worden beide procedures behandeld, waarbij wordt ingegaan op de wijzigingen die de artikelen van Afdeling 5.4.2 Awb met zich meebrengen voor de Wtt.

6.2.5.5.1 De 'lichte procedure'

De 'lichte procedure' is geregeld in de artikel 5:48 tot en met 5:52 Awb. In deze artikelen is achtereenvolgens geregeld de verplichting tot het opstellen van een rapport evenals de inhoud daarvan (artikel 5:48 Awb), het inzagerecht (artikel 5:49 Awb), het naar voren brengen van de zienswijze door de overtreder (artikel 5:50 Awb), de beslistermijn van het bestuursorgaan na dagtekening van het rapport (artikel 5:51 Awb), evenals de inhoud van de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete (artikel 5:52).

Rapport: niet verplicht bij de 'lichte procedure'

Het opstellen van een rapport voor een gedraging waarvoor een bestuurlijke boete wordt opgelegd is niet altijd noodzakelijk. Artikel 5:48 lid 1 Awb luidt derhalve: 'Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder *kunnen* van de overtreding een rapport opmaken' (mijn cursivering, MTvdW). Er is voor gekozen om het opstellen daarvan alleen dan verplicht te stellen indien een zwaardere boete wordt opgelegd, zo volgt uit artikel 5:53 lid 2 Awb. Zie nader hieronder in subparagraaf 6.2.5.5.2 over de 'zware procedure'. Het rapport kan desalniettemin nuttig zijn voor de bewijsvoering en toetsing door de rechter, alsook om te voldoen aan de eis dat de betrokkene zo snel mogelijk wordt geïnformeerd over de tegen hem gerezen verdenking (6 lid 3 sub a EVRM). Voorts zou het verplicht opmaken van een rapport bij overtredingen van meer administratieve aard (te laat

---

208 Idem, p. 145.

209 In de oorspronkelijke redactie van artikel 5:47 Awb van het wetsvoorstel van de Vierde tranche (*Stb.* 2009, 264, p. 16), bestond dit artikel uit twee volzinnen, waarvan de tweede volzin luidde 'Artikel 74b, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing'. Als gevolg van de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is artikel 74b Sr echter komen te vervallen. De tweede volzin beoogde zeker te stellen dat na het opleggen van een bestuurlijke boete het recht op strafvordering herleeft als het gerechtshof naar aanleiding van een klacht op grond van artikel 12 Sv een bevel tot vervolging geeft. Aangezien hierin reeds wordt voorzien in de aanvulling van artikel 243 Sv (zie hierboven bij de bespreking van laatstgenoemd artikel), is de tweede volzin van artikel 5:47 Awb is komen te vervallen. *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 49.

210 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 38-39.

aangifte doen of andere gegevens verstrekken) volgens de toelichting tot onnodige lasten leiden en onder andere niet stroken met artikel 3:2 Awb om het bestuursorgaan bij het nemen van de boetebeschikking te beperken in zijn informatiebronnen.[211] Indien van de overtreding een rapport wordt opgemaakt dient het rapport gedagtekend te zijn en achtereenvolgens te vermelden: de naam van de overtreder; de overtreding alsmede het overtreden voorschrift; en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd (artikel 5:48 lid 2). Wat de overtreder betreft kan zo nodig worden volstaan met een functionele aanduiding van de overtreder, aangezien in dit stadium nog niet altijd over de volledige gegevens zal kunnen worden beschikt. Dit speelt met name indien de overtreder een rechtspersoon is: over gegevens als de rechtsvorm, statutaire zetel en precieze verantwoordelijke voor de overtreding zal niet altijd direct kunnen worden beschikt.[212]

Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin het opmaken van een rapport naar aanleiding van een overtreding verplicht wordt gesteld[213], evenals bepalingen waarin wordt opgesomd welke gegevens in het rapport naar aanleiding van een overtreding moeten worden opgenomen.[214] Artikelen 24 Wtt(oud) is hiermee komen te vervallen. Lid 1 van artikel 24 Wtt (oud) luidde: 'Indien de toezichthouder voornemens is een boete op te leggen, geeft hij de betrokkene daarvan kennis onder vermelding van de gronden waarop het voornemen rust.' Met betrekking tot het hierin opgenomen vereiste van vermelding van 'de gronden waarop het voornemen om een boete op te leggen berust' wordt in de toelichting opgemerkt (ten aanzien van artikel 67k Awr (oud)) dat zij overeenkomt met (bovengenoemde) verplichting om een omschrijving van de overtreding in het rapport op te nemen.[215] Bepalingen waarin wordt vastgesteld dat andere dan de in artikel 5:53 Awb bedoelde gegevens in het rapport moeten worden opgenomen, blijven waar nodig bestaan.[216] Bepalingen waarin wordt geregeld op welk tijdstip het rapport van de overtreding uiterlijk aan de overtreder wordt toegezonden of uitgereikt, vervallen.[217] Tot slot vervallen bepalingen in bijzondere wetgeving waarin is geregeld dat een proces-verbaal van een overtreding in de plaats kan treden van een rapport[218], aangezien dit thans wordt geregeld in het vierde lid van artikel 5:48 Awb, welke luidt: 'Indien van de overtreding een proces-verbaal als bedoeld in artikel 152 van het Wetboek van Strafvordering is opgemaakt, treedt dit voor de toepassing van deze afdeling in de plaats van het rapport.'

---

211 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 147.

212 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 137.

213 Als voorbeeld wordt genoemd artikel 36 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet 1998 (oud), welke luidde: 'Indien de toezichthouder vaststelt dat een beboetbaar feit is gepleegd, maakt hij zo spoedig mogelijk daarvan een rapport op'.

214 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 39. 'Als voorbeeld wordt genoemd artikel 37 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet 1998 (oud) welke luidde: 'In de beschikking wordt in ieder geval vermeld: a. de hoogte van de bestuurlijke boete; b. het beboetbaar feit terzake waarvan de boete verschuldigd is; c. de bij het beboetbaar feit betrokken personen; d. degene die voor de naleving van de wet en de daarop berustende bepalingen aansprakelijk is; e. de termijn of de termijnen waarbinnen de boete moet worden betaald.'

215 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 137.

216 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 40. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 18.16p lid 2 onder d Wet milieubeheer, welke luidt: ' Het rapport is gedagtekend en vermeldt: (…) d. in geval van overtreding van het bepaalde bij artikel 13.37, eerste lid: het voornemen de naam van de overtreder op te nemen in het overzicht, bedoeld in artikel 18.16p, eerste lid. Het gaat hierbij om de punitieve sanctie van 'naming and shaming', die de Awb niet kent. In de Wtt is deze sanctie geregeld in artikel 31 e.v. Wtt, die niet zoals in de Wet milieubeheer in het rapport behoeven te worden vermeld.

217 Idem, p. 40. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 81 lid 3 Spoorwegnet (oud), welke luidde: 'Een afschrift van het rapport wordt uiterlijk bij de bekendmaking van de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete aan de overtreder toegezonden of uitgereikt.'

218 Idem, p. 41. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 63 lid 4 Meststoffenwet, welke luidt: 'Indien van de overtreding een proces-verbaal als bedoeld in artikel 152 van het Wetboek van Strafrecht is opgemaakt, treedt dit voor de toepassing van deze afdeling in plaats van het rapport.'

Inzagerecht en taalhulp
Het inzagerecht is geregeld in artikel 5:49 Awb, waarvan het eerste lid erin voorziet dat de overtreder op zijn verzoek ter voorbereiding van zijn verdediging inzage kan krijgen in zijn dossier. Lid 1 luidt terzake: 'Het bestuursorgaan stelt de overtreder desgevraagd in de gelegenheid de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe, berust, in te zien en daarvan afschriften te vervaardigen.' Volgens de toelichting moet onder het dossier worden verstaan: alle stukken die relevant zijn voor de besluitvorming over de bestuurlijke boete, waaronder in ieder geval alle stukken vallen die moeten dienen tot onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van de bestuurlijke boete, maar ook alle stukken die informatie bevatten die ten voordele van de overtreder strekken.[219] Het tweede lid van artikel 5:49 Awb regelt de zogenaamde 'taalhulp' die voortvloeit uit artikel 6 lid 3 onderdelen a en e EVRM: het bestuursorgaan draagt er zoveel mogelijk zorg voor dat gegevens aan de overtreder worden medegedeeld in een voor deze begrijpelijke taal 'voor zover blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt' (artikel 5:49 lid 2 Awb).[220] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin het inzagerecht is geregeld, dat geldt evenzeer voor de bepalingen waarin het recht is geregeld op mededeling in een voor de overtreder begrijpelijke taal ingeval een bestuurlijke boete wordt opgelegd.[221]

Hoorplicht en tolk
In aanvulling op bovengenoemd lid 2 van artikel 5:49 Awb geeft artikel 5:50 Awb een aantal bijzondere regels voor het geval de overtreder door het bestuursorgaan in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen. Voor de lichte procedure is Afdeling 4.1.2 Awb van toepassing. Aangezien de bestuurlijke boete een financiële beschikking is in de zin van artikel 4:12 Awb, vloeit uit dat artikel voort dat in de lichte procedure geen hoorplicht geldt. Het bestuursorgaan blijft in de lichte procedure uiteraard wel *bevoegd* om de overtreder te horen. Indien de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen geeft artikel 5:50 Awb een aantal bijzondere regels, die verband houden met het bestraffende karakter van de boete[222], te weten dat het rapport eerst bij de uitnodiging daartoe aan de overtreder wordt toegezonden of uitgereikt (artikel 5:50 lid 1 onder a Awb), de betrokkene weet dan waartegen hij zich moet verweren, en voorts dat het bestuursorgaan zorgt voor bijstand door een tolk, indien blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt (artikel 5:50 lid 1 onder b Awb). Laatstgenoemde verplichting vloeit voort uit artikel 6 EVRM, zoals hierboven reeds ter sprake is gekomen. Volgens de toelichting dient het bestuursorgaan, indien de overtreder daarom vraagt of anderszins blijkt dat hij de Nederlandse taal onvoldoende begrijpt, zo nodig zorg te dragen voor een tolk, waarbij het bestanddeel 'zo nodig' dusdanig dient te worden

---

219 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 147. Gewezen wordt in dit verband op EHRM 16 december 1992, Publ. ECHR Ser. A. Vol 247 (Edwards). Er wordt op gewezen dat indien het bestuursorgaan meent ten aanzien van enige stuk tot geheimhouding verplicht te zijn, dit stuk onder omstandigheden buiten het dossier kan worden gelaten, hetgeen dan weer tot gevolg heeft dat het stuk ook niet meer ter motivering van de kan worden gebruikt, aangezien een bestraffende sanctie niet kan worden gebaseerd op stukken waartegen de overtreder zich niet kan verweren. Dit recht op inzage geldt ook in de bezwaarfase en derogeert in zoverre aan artikel 7:4 lid 6 Awb. Zie in dit verband bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 26 november 2002, AB 2003, 385.

220 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 147-148. Het EVRM heeft beide bepalingen in hun onderlinge samenhang zo uitgelegd dat de overtreder recht heeft op mondelinge vertolking en schriftelijke vertaling telkens wanneer, maar ook alleen wanneer en voorzover, dit nodig is om een adequate verdediging te kunnen voeren. Gewezen wordt in dit verband op EHRM 28 november 1978, Ser. A, Vol. 29 (Luedicke, Belkacem en Koç) en EHRM 19 december 1989, Ser. A, Vol. 168 (Kamasinki).

221 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 41. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 18.16h Wet milieubeheer (oud), welke luidde: 'Lid 1. Het bestuur van de emissieautoriteit stelt de overtreder desgevraagd in de gelegenheid de gegevens waarop het opleggen van de bestuurlijke boete, dan wel het voornemen daartoe, berust, in te zien. Het bestuur van de emissieautoriteit stelt op verzoek afschriften daarvan beschikbaar. Lid 2. Indien blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt, draagt de emissieautoriteit er zoveel mogelijk zorg voor dat deze gegevens aan de overtreder worden medegedeeld in een voor hem begrijpelijke taal.'

222 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 149.

gekwalificeerd dat wordt gewaarborgd dat het bestuursorgaan en de overtreder met elkaar kunnen communiceren.[223] Het tweede lid van artikel 5:50 Awb houdt verband met het gegeven dat na het opmaken van een rapport niet in alle gevallen een boetebeschikking zal volgen. Twee situaties zijn hierbij mogelijk: in de eerste plaats kan het bestuursorgaan beslissen dat voor de overtreding geen bestuurlijke boete zal worden opgelegd (artikel 5:50 lid 2 sub a Awb), in de tweede plaats kan het bestuursorgaan beslissen dat de overtreding alsnog aan de OvJ zal worden voorgelegd (artikel 5:50 lid 2 sub b Awb). Van beide beslissingen dient de overtreder schriftelijk in kennis te worden gesteld.[224]
Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin een hoorplicht is opgenomen in geval een bestuurlijke boete wordt opgelegd[225], evenals waarin in dat geval het recht op een tolk wordt geregeld.[226] Voor de Wtt hebben deze wijzigingen geen gevolgen gehad.

Beslistermijn
In artikel 5:51 Awb is de beslistermijn bij het opleggen van bestuurlijke boeten geregeld. Voor de aanvang van deze termijn wordt aangeknoopt bij het rapport, lid 1 van het artikel luidt derhalve 'Indien van de overtreding een rapport is opgemaakt, beslist het bestuursorgaan omtrent het opleggen van een bestuurlijke boete binnen dertien weken na de dagtekening van het rapport.' Bij de lichte procedure is een rapport als gezegd niet verplicht. In die gevallen waarin er geen rapport is, is er geen beslistermijn geregeld, omdat het niet mogelijk is daarvoor een eenvoudig vast te stellen beginpunt aan te wijzen. Volgens de MvT moet in dit geval worden bedacht dat het uit artikel 6 lid 1 EVRM voortvloeiende vereiste van afdoening binnen een redelijke termijn onverkort geldt. De beslistermijn van dertien weken vangt aan op het moment waarop van de overtreding een rapport is opgemaakt.[227] De termijn wordt opgeschort zodra de gedraging (op grond van artikel 5:44 lid 2 Awb) aan het OM wordt voorgelegd, tot op de dag waarop het bestuursorgaan ingevolge artikel 5:44 lid 3 Awb (zie voor beide artikelleden nader hierboven subparagraaf 6.2.5.4.4 'Ne bis in idem'). Lid 2 van artikel 5:51 Awb luidt ter zake: 'De beslistermijn wordt opgeschort met ingang van de dag waarop de gedraging aan het openbaar ministerie is voorgelegd, tot de dag waarop het bestuursorgaan weer bevoegd wordt een bestuurlijke boete op te leggen.' Het OM heeft eveneens dertien weken om te beslissen, waardoor de totale beslistermijn ten hoogste zesentwintig weken (een half jaar) bedraagt.[228] Opgemerkt wordt dat het hier om een termijn van orde gaat. Dat betekent dat overschrijding van deze beslistermijn niet tot gevolg zal hebben dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt. De vervaltermijnen zijn opgenomen in artikel 5:45 Awb en bedragen, afhankelijk van de toegepaste lichte of zware procedure, twee respectievelijk vijf jaar.[229] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin de beslistermijn voor het opleggen van een bestuurlijke boete wordt geregeld.[230] Voor de Wtt hebben deze wijzigingen geen gevolgen gehad.

---

223 Idem, p. 149.
224 Idem, p. 149.
225 Als voorbeeld wordt genoemd artikel 17b lid 4 Algemene Kinderbijslagwet (oud), welke luidde: 'In afwijking van afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht stelt de Sociale verzekeringsbank de verzekerde, dan wel de betrokken persoon in de gelegenheid om naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen voordat de boete wordt opgelegd.'
226 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 42. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 15.9 lid 2 Telecommunicatiewet (oud), welke luidde: 'Indien de belanghebbende zijn zienswijze mondeling naar voren brengt, draagt Onze Minister, het college, onderscheidenlijk de raad van bestuur van de mededingingsautoriteit, er op verzoek van de belanghebbende die de Nederlandse taal onvoldoende begrijpt, zorg voor dat een tolk wordt benoemd die de belanghebbende bij het horen kan bijstaan, tenzij redelijkerwijs kan worden aangenomen dat daaraan geen behoefte bestaat.'
227 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 150.
228 Idem, p. 150.
229 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 43.
230 Idem, p. 43. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 60ai lid 1 Gaswet (oud), welke luidde: 'De raad van bestuur van de mededingingsautoriteit beslist omtrent het opleggen van de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete binnen dertien weken na de dagtekening van het rapport.'

Eisen beschikking tot oplegging bestuurlijke boete
De boetebeschikking dient in de eerste plaats te voldoen aan de vereisten die artikel 5:9 Awb aan bestuurlijke sanctiebeschikkingen in het algemeen stelt (in Afdeling 5.1), namelijk dat de beschikking van een bestuurlijke sanctie vermeldt: de overtreding alsmede het overtreden voorschrift; en zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd' (artikel 5:9 aanhef en onder a en b Awb). Specifiek voor de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete stelt artikel 5:52 Awb nog enkele aanvullende eisen, te weten: de naam van de overtreder en het bedrag van de boete (artikel 5:52 aanhef en onder a en b Awb). Van belang is dat de beschikking uitdrukkelijk de naam van de overtreder dient te vermelden, aangezien de rechtszekerheid eist dat ondubbelzinnig vaststaat wie de boete moet betalen.[231] Aangezien de oplegging van een boete tevens een bestuursrechtelijke geldschuld creëert dient de beschikking tevens te voldoen aan de in artikel 4:86 lid 2 Awb genoemde vereisten, die aan bovengenoemde kunnen worden toegevoegd. Op basis van artikel 4:86 lid 2 aanhef en onder a en b Awb dient de beschikking in ieder geval te vermelden: de te betalen geldsom en de termijn waarbinnen de betaling moet plaatsvinden.[232] Tot slot volgt uit artikel 3:46 Awb dat de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete moet berusten op een deugdelijke motivering.[233] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin wordt geregeld wat de beschikking tot oplegging van de bestuurlijke boete moet vermelden.[234] Artikel 25 Wtt (oud) is hiermee komen te vervallen. Lid 2 van laatstgenoemd artikel luidde: 'De beschikking vermeldt in ieder geval: a. het feit ter zake waarvan de boete wordt opgelegd, alsmede het overtreden voorschrift; b. het bedrag van de boete en de gegevens op basis waarvan dit bedrag is bepaald; en c. de termijn, bedoeld in artikel 27, eerste lid, waarbinnen de boete moet worden bepaald.' Indien in de bijzondere wet echter om specifieke redenen extra eisen zijn opgenomen waarvan het niet wenselijk is dat die vervallen, dan blijven deze ongewijzigd.[235]

6.2.5.5.2 De 'zware procedure'
De 'zware procedure' is hierboven reeds enkele malen ter sprake gekomen. Artikel 5:53 Awb geeft enkele voorschriften die aan de (bovenbeschreven) procedure worden toegevoegd voor de oplegging van zware boeten. Volgens dit artikel ligt de grens tussen de lichte en de zware procedure 'tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald'[236] bij overtredingen waarvoor een bestuurlijke boete van EUR

---

231 Gewezen wordt in dit verband op ABRS 28 augustus 2002, *LJN* AE6927, waarin in strijd met artikel 18 van de Wet inburgering nieuwkomers was nagelaten in het boetebesluit aan te geven welke overtreding op welke plaats en op welk tijdstip was begaan. Het was de appellanten echter volkomen duidelijk terzake van welke feiten de boete was opgelegd, derhalve leidden voornoemde gebreken dan ook niet tot een vernietiging van het besluit.

232 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 150. Zie ook: *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 43.

233 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 43.

234 Idem, p. 43. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 44f lid 2 Drank- en Horecawet (oud), welke luidde: 'De beschikking vermeldt in ieder geval: a. de hoogte van de boete en de termijn waarbinnen ze moet worden betaald; b. de overtreding ter zake waarvan zij is gegeven, onder verwijzing naar het desbetreffende wettelijke voorschrift en de omschrijving in de bijlage; c. de in artikel 44e, tweede lid, onderdelen b en c, bedoelde gegevens.'

235 Idem, p. 44.

236 Bij wettelijk voorschrift kan een ander bedrag worden bepaald. Dat kan een andere financiële grens zijn: als voorbeeld wordt in de MvT van de Vierde tranche Awb genoemd dat in de sfeer van het markttoezicht de grens van wat aks een lichte boete wordt eervaren aanzienlijk hoger zal liggen dan € 340, maar ook kan het een kwalitatief criterium zijn, zoals het fiscale onderscheid tussen verzuimen en vergrijpen. Zie: *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 151. De onderliggende reden is dat de door de overtreder ervaren zwaarte van de boete afhangt van de bijzondere wet waarbij deze wordt opgelegd. Aan de andere kant wordt er in de MvT van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb op gewezen dat (bijvoorbeeld) in het kader van de sociale zekerheidswetten de financiële grens van wat als een zware boete wordt ervaren, aanzienlijk lager zal liggen, in welke gevallen de toepassing van de zwaardere procedure dan ook sneller geïndiceerd zal zijn dan in (bovengenoemd voorbeeld van) de sfeer van het markttoezicht. Hierbij wordt wel uitgesproken dat het de voorkeur verdient op bepaalde

340[237] kan worden opgelegd (artikel 5:53 lid 1 Awb). De zware procedure verschilt op drie elementen van de lichte procedure. In de zware procedure: i. is het opmaken van een rapport of een proces verbaal verplicht (artikel 5:53 lid 2 Awb), ii. geldt altijd een hoorplicht (artikel 5:53 lid 3 Awb) en iii. moet worden voldaan aan de functie scheiding tussen degene die de overtreding constateert en degene die beslist omtrent het opleggen van een boete (vormgegeven als het mandaatverbod neergelegd in artikel 10:3 Awb).[238]

Eerste element: rapport of proces-verbaal verplicht
Het eerste element van de zware procedure is dat van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal moet worden opgemaakt, zo volgt uit artikel 5:53 lid 2 Awb. Degene die een overtreding constateert dient deze constatering op schrift te stellen voordat daarvoor een boete kan worden opgelegd, waardoor een extra waarborg wordt ingebouwd die erop gericht is dat duidelijk is waarvan de overtreder wordt beschuldigd, zie nader hierboven in subparagraaf 6.2.5.5.1 over de 'lichte procedure'. In het vervolg van de procedure vormt het rapport volgens de MvT van de Vierde tranche de 'buitengrens': de verdere procedure kan uitsluitend betrekking hebben op overtredingen waarvan een rapport of proces verbaal is opgemaakt, maar hoeft geenszins betrekking te hebben op alle overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt.[239] In voorgaande subparagraaf kwam bij de behandeling van artikel 5:48 Awb al aan de orde dat het opmaken van een rapport bij een lichtere boete niet verplicht is. De Aanpassingswet Vierde tranche Awb heeft hierbij als gezegd bepaald dat alle bepalingen waarin het opmaken van een rapport of proces-verbaal naar aanleiding van een overtreding verplicht wordt gesteld komen te vervallen. Het gevolg is dat het voor lichte boetes optioneel wordt om conform artikel 5:48 Awb een rapport te maken en voor zwaardere boetes verplicht ingevolge artikel 5:53 lid 2 Awb. Laatstgenoemd artikellid brengt geen wijzigingen mee in bijzondere wetgeving.[240]

Tweede element: hoorplicht bij zware boeten
Het tweede element bij de zware procedure is dat de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld om zich tegen de tegen hem ingebrachte beschuldigingen te verweren voordat een bestuurlijke boete wordt opgelegd. Voorgeschreven is derhalve dat de overtreder in alle gevallen in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze (schriftelijk of mondeling, artikel 4:9 Awb) naar voren te brengen. In subparagraaf 6.2.5.5.1 over de 'lichte procedure' is reeds ingegaan op het belang dat hij hierbij tijdig op de hoogte dient te worden gebracht van de tegen hem ingebrachte beschuldiging (artikel 5:50 lid 1 onder a Awb) evenals de bijstand door een tolk (artikel 5:50 lid 1 onder b Awb) en het inzagerecht (artikel 5:49 Awb). Tot slot kan hij zich door een raadsman laten bijstaan (artikel 2:1 Awb).[241] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin is geregeld dat de overtreder in afwijking van Afdeling 4.1.2 in de gelegenheid wordt gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen.[242]
Derde element: functiescheiding
Het derde element is de eis van functiescheiding tussen degene die de overtreding constateert en degene die beslist omtrent het opleggen van de boete. Deze eis is vormgegeven als een mandaatverbod

---

beleidsterreinen een zekere uniformiteit te bereiken in de bedragen waarvoor de lichte en de zware procedure gelden. Zie: *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 44.

237 Deze grens van € 340 was ontleend aan het boetemaximum van de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (WAHV, ook wel de 'Wet Mulder' genaamd). Zie nader onder andere *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 150-151.

238 Idem, p. 151.

239 Zie nader: idem, p. 151.

240 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 45.

241 Idem, p. 151-152.

242 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 45. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 80 lid 2 Wet kinderopvang (oud), welke luidde: 'In afwijking van afdeling 4.1.2 van de Algemene wet bestuursrecht stelt het college van burgemeester en wethouders de overtreder in de gelegenheid om naar keuze schriftelijk of mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen voordat de boete wordt opgelegd. Het college van burgemeester en wethouders zorgt voor bijstand door een tolk, indien blijkt dat de verdediging van de overtreder dit redelijkerwijs vergt.'

en daarom om wettechnische redenen neergelegd in artikel 10:3 Awb. In het vierde lid van dit artikel is voor de zware procedure (van artikel 5:53 Awb) de regel neergelegd dat degene die de overtreding constateert, niet tevens in mandaat kan worden belast met de boeteoplegging. Anders dan in het strafrecht, werd bij het opleggen van bestuurlijke sancties de scheiding tussen de verschillende taken en bevoegdheden, voor wat betreft de constatering van de overtreding en de oplegging van de bestuurlijke boete, minder duidelijk aanwezig geacht. Vaak is het bestuursorgaan dat een bestuurlijke boete kan opleggen tevens verantwoordelijk voor het toezicht op de naleving van de voorschriften.[243] Reeds in het CTW-advies 'Handhaving door bestuurlijke boeten' is terzake feitelijke distantie tussen betrokkenheid bij het constateren van het feit en de boeteoplegging noodzakelijk geacht. Omdat in het bestuursrecht toezicht en sanctiebevoegdheden veelal worden uitgeoefend door een en hetzelfde bestuursorgaan, achtte de CTW 'een feitelijke distantie tussen betrokkenheid bij het constateren van het feit en de boeteoplegging' gewenst.[244, 245] Door het Kabinet is dit uitgangspunt onderschreven, maar er is hierbij voor gekozen om dit niet in een algemene regeling vast te leggen, aangezien de mate waarin deze 'feitelijke distantie' kan worden gerealiseerd per geval sterk kan verschillen.[246] Genomen uitgangspunt hierbij is de gedachte dat een scheiding tussen deze activiteiten binnen de organisatie zelf wordt gerealiseerd, of waarborgen worden geboden voor een onafhankelijke positie bij de boeteoplegging.[247] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb zijn bepalingen in bijzondere wetgeving komen te vervallen waarin een scheiding tussen constatering van de overtreding en de beslissing tot oplegging van een bestuurlijke boete is opgenomen.[248] Artikel 30 Wtt (oud) is hiermee komen te vervallen, welke luidde: 'De werkzaamheden in verband met het opleggen van een dwangsom of van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.'

6.2.5.5.3 Schakelbepaling: van toepassing verklaring Titel 5.4 Awb

Tot slot wordt in artikel 5:53 Awb een 'schakelbepaling' opgenomen. Naast de bestuurlijke boete zijn er in de Awb thans nog geen andere bestraffende bestuurlijke sancties opgenomen. Indien echter op een later tijdstip blijkt dat bepaalde (financiële) sancties zoveel verwantschap met de bestuurlijke boete vertonen, dat de bepalingen van Titel 5.4 daarvoor geschikt zouden zijn, dan biedt de van toepassing verklaring van artikel 5:53 Awb hiervoor een aanknopingspunt: 'Deze titel is van overeenkomstige toepassing op andere bestraffende sancties, voor zover dit bij wettelijk voorschrift is bepaald', om Titel 5.4 op eenvoudige wijze ook op die sancties van toepassing te doen zijn.[249]

---

243 Idem, p. 153.

244 *Advies CTW 94/1, Handhaving door bestuurlijke boeten*, Den Haag: 12 januari 1994, p. 49-50.

245 In de literatuur wordt ook wel gesproken van het 'alles-in-één-hand-maar-met-functiescheiding' stelsel. Zie: CBb 30 augustus 2011, *LJN* BR6737 in het kader van de functiescheiding in artikel 54a Mw en 'De uitspraak Fortis/AFM of de ingebakken schizofrenie van de bestuurlijke boete', in: *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2006, nr. 4, mei 2006, p. 88-93. Hierin wordt overigens de nodige kritiek geuit op het 'alles-in-één-hand' stelsel. In dit verband wordt gewezen op een belangwekkende uitspraak van het CBb van 9 februari 2006, *LJN* AV2682; *AB* 2006, 292; *JE* 2006, 115; *JOR* 2006, 73, waarin de rechtsregel is geformuleerd voor de toepassing van de functiescheidingeis ten aanzien van het bestuur (i.c. van de Ste). Objectieve en onbevooroordeelde besluitvorming is volgens het CBb niet gewaarborgd 'indien en voorzover individuele leden van de raad van bestuur zodanig intensief bij het onderzoek betrokken zijn geweest dat niet kan worden uitgesloten dat deze betrokkenheid het betreffende lid of die leden van de raad van bestuur zou kunnen belemmeren in het onderkennen van alternatieve duidingen van lacunes in het feitensubstraat.' Volgens het CBb is sprake van voldoende afstand: 'indien de bemoeienis betreft het geven van een opdracht tot het doen van onderzoek, het geven van algemene aanwijzingen en het verifiëren van de naleving van deze aanwijzingen en de voortgang van het onderzoek' (r.o. 4.3).

246 *Kamerstukken* 1993-1994, 23400 VI, nr. 48, p. 12-13.

247 Idem, p. 153-154.

248 *Kamerstukken II* 2006-2007, 31 124, nr. 3, p. 46. Als voorbeeld wordt genoemd artikel 44a lid 5 Drank- en Horecawet (oud), welke luidde: 'De werkzaamheden in verband met de uitvoering van het eerste lid worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het in artikel 44e bedoelde rapport en het daaraan voorafgaande onderzoek.'

249 *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 702, nr. 3, p. 152.

6.2.6 De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving

6.2.6.1 Ten geleide

De meest recente ontwikkeling die relevant is voor de handhaving van financieel recht is de inwerkingtreding van de Wet wijziging financiële wetgeving (hierna: de 'Boetewet')[250], op 1 augustus 2009.[251] De Boetewet richt zich met name op de bestuurlijke boete, waarbij o.a. de boeteniveaus fors worden verhoogd en thans hogere boetes kunnen worden opgelegd dan op grond van de WED mogelijk is.[252] De systematiek van de bestuurlijke boete, die op grond van financiële wetgeving kan worden opgelegd, is op een aantal onderdelen ingrijpend gewijzigd, waarmee wordt beoogd de financiële toezichthouders te laten beschikken over een sanctie-instrumentarium dat voldoende afschrikwekkend is voor overtreders én voldoende flexibel is om recht te doen aan de variëteit in overtredingen en overtreders in de financiële sector.[253] De wet strekt tot wijziging en harmonisering van de boetestelsels in enkele financiële toezichtswetten en aanverwante wetten, waaronder (naast de veelbesproken Wft) ook de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977. Deze integrale wijziging van de in de financiële wetgeving opgenomen boetestelsels is reeds aangekondigd in de hierboven besproken 'Boetenota'. Hierin zijn de drie toezeggingen aan de Tweede Kamer uitgewerkt die hierboven bij de bespreking van de 'Boetenota' aan de orde zijn gekomen, te weten de hoogte van de bestuurlijke boetes, zwaardere straffen voor veelplegers (recidive) en de individuele bestuurlijke boetes voor bestuurders van financiële instellingen, zie nader subparagraaf 5.6.3 'De 'Boetenota': de Nota Boetestelsel in financiële wetgeving'.[254]

6.2.6.2 Het boetestelsel van vóór de inwerkingtreding van de Boetewet

Met de introductie van de bestuurlijke boete in de financiële toezichtswetgeving, die als gezegd samenhangt met de inwerkingtreding van de Wet IDBB (zie nader subparagraaf 5.6.2 'Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete'), is gekozen voor een systeem van vaste bestuurlijke boetes. Dit betekent dat de precieze hoogte van de boete in beginsel uit de wet volgt. In de betreffende financiële toezichtswet staat de maximale hoogte van de boete vermeld, vervolgens staat de wijze waarop deze moet worden berekend beschreven in een bijlage of in een algemene maatregel van bestuur op grond van afzonderlijke toezichtswetten.[255] In het geval van de Wtt was de systematiek van de berekening van de boete beschreven in een bijlage, die bij deze wet was opgenomen. Met de inwerkingtreding van de Boetewet is deze komen te vervallen.[256]

De werking van het boetestelsel van vóór de inwerkingtreding van de Boetewet wordt (evenals overigens het nieuwe, door de Boetewet gewijzigde boetestelsel) beschreven door Sluiter, De Vries en Kraaijeveld, die hierbij de Wft en het bijbehorende besluit[257] als uitgangspunt nemen.[258] Bij de bespreking van het 'oude' boetestelsel wordt in het kader van deze studie uiteraard de Wtt als uitgangspunt genomen. De werking daarvan kan dan als volgt worden weergegeven:

- De bepalingen die bij overtreding kunnen worden beboet, zijn opgenomen in de Wtt, te weten in artikel 22 Wtt.
- De bepalingen zijn ondergebracht onder vijf tariefnummers, waaraan steeds een vast boetebedrag is gekoppeld (artikel 1 van de Bijlage (oud)). De boetebedragen van de

---

250 Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving). *Stb.* 2009, 327.

251 *Stb.* 2009, 328.

252 R.M.I. Lamp, *a.w.* 2011, p. 249. Zie ook: *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 458, nr. 3, p. 5-6.

253 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 210.

254 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 458, nr. 3, p. 1.

255 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 211.

256 Deze systematiek is thans opgenomen in artikel 22 Wtt, waarover meer hieronder bij de behandeling van de boetesystematiek zoals ingevoerd met de inwerkingtreding van de Boetewet.

257 In de hier genoemde bijdrage van Sluiter, De Vries en Kraaijeveld worden de bedragen die gelden op grond van het Besluit boetes Wft (*Stb.* 2006, 517) als uitgangspunt genomen.

258 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 211-212.

in de Bijlage (oud) van de Wtt gehanteerde tarieven lopen uiteen van € 453 (tariefnummer 1) tot € 87.125 (tariefnummer 5). Zie nader in onderstaand overzicht:

Tariefnummer:	Bedrag (vast tarief):
1.	€ 453
2.	€ 907
3.	€ 5 445
4.	€ 21 781
5.	€ 87 125

De tariefnummers corresponderen met de overtredingen, genoemd in tabel 1 en 2 van de Bijlage (oud). In tabel 1 zijn die bepalingen opgesomd die zich richten tot trustkantoren. In tabel 2 zijn die bepalingen opgesomd die zich in beginsel tot een ieder richten.

TABEL 1	
Overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel:	Tariefnummer:
3, derde lid	3
5	2
9, tweede lid	3
9, derde lid3	3
10	3
11	3
14, tweede lid	3
16, tweede lid	3

TABEL 2	
Overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens artikel:	Tariefnummer:
2, eerste lid	5
2, derde lid	3
2, vierde lid	3
2, vijfde lid	3
9, tweede lid	3
9, derde lid4	3
11	3
14, tweede lid	3
16, tweede lid	3

- Het boetebedrag wordt vastgesteld door het bedrag corresponderend met tarief waarin de overtreden bepaling is opgenomen, te vermenigvuldigen met een factor tussen de 0,5 en 4 (artikel 2 lid 2 van de Bijlage (oud)). De factor wordt vastgesteld op basis van de omzet van het trustkantoor (artikel 2 lid 1 van de Bijlage (oud)).[259]
- De maximale boete[260] die op grond van de Wtt kon worden opgelegd bedroeg op basis van artikel 22 Wtt (oud) ten hoogste € 900.000.[261] Op basis van bovenstaande

[259] De categorie indeling op basis van de (vervallen) bijlage als bedoeld in artikel 22 Wtt is als volgt: Categorie I: trustkantoren met een omzet van minder dan € 45.400: factor 0,5; Categorie II: trustkantoren met een omzet van ten minste € 45.400 maar minder dan € 90.800: factor 1; Categorie III: trustkantoren met een omzet van ten minste € 90.800 maar minder dan € 226.900: factor 2; Categorie IV: trustkantoren met een omzet van ten minste € 226.900 maar minder dan € 453.800: factor 3; en Categorie V: trustkantoren met een omzet van ten minste € 453.800: factor 4.

[260] Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet vierde tranche Awb is het begrip 'boete' in het eerste en tweede lid van artikel 22 Wtt telkens vervangen door 'bestuurlijke boete'. Zie *Stb.* 2009, 265, p. 36.

[261] Dit bedrag is met de inwerkingtreding van de Boetewet gesteld op € 4.000.000, zie: *Stb.* 2009, 327, p. 9 en zie nader hieronder.

systematiek kon in de praktijk echter maximaal een boete van € 348.500 worden opgelegd.
- In de Wtt is bepaald dat de toezichthouder het bedrag lager kan stellen indien het bedrag van de boete in een bepaald geval op grond van bijzondere omstandigheden onevenredig hoog is (artikel 22 lid 4 Wtt (oud)).[262]

De toepassing van laatstgenoemde bevoegdheid, op basis waarvan de toezichthouder het bedrag lager kan stellen, wordt in de MvT van de Wtt, anders dan bij de Wft, niet nader toegelicht. Uit de wetgeschiedenis van de Wft blijkt echter dat deze bevoegdheid alleen bij uitzondering en in buitengewoon individueel geval dient te worden gebruikt. Alleen in uitzonderingsgevallen en wanneer de belanghebbende er een beroep op doet, mocht aanvankelijk van deze hardheidsclausule gebruik worden gemaakt.[263] Op basis van jurisprudentie is hierin echter verandering gekomen: het bestuursorgaan is steeds gehouden van zijn matigingsbevoegdheid gebruik te maken zodra sprake is van onevenredigheid tussen de hoogte van de boete enerzijds en de ernst en verwijtbaarheid van de overtreding anderzijds[264], dat geldt ook voor gevallen waarin door de belanghebbende geen uitdrukkelijk beroep is gedaan op deze mogelijkheid.[265] Hiermee is de boetesystematiek in belangrijke mate gerelativeerd. In de praktijk van DNB leidt de afweging tussen de hoogte van de boete, de ernst van de overtreding, de verwijtbaarheid en de draagkracht van de overtreder met regelmaat tot een aanpassing van het boetebedrag.[266]

6.2.6.3 Het door de Boetewet gewijzigde boetestelsel

De Boetewet introduceert een combinatie van een vaste en een flexibele boetesystematiek. Voor zwaardere overtredingen geldt hierbij een flexibele systematiek, waardoor bestuurlijke boetes kunnen worden opgelegd die proportioneel zijn in relatie tot de ernst van de overtreding en de overige omstandigheden van het geval. Hiermee wordt beoogd bij te dragen aan de preventieve werking van de bestuurlijke boete. Voor de minst ernstige misdrijven blijft echter een vaste boetesystematiek gelden, zodat de voordelen van eenvoud en efficiëntie van het huidige systeem behouden blijven.[267] Bij de bespreking van het door de Boetewet gewijzigde boetestelsel wordt ook hier de Wtt als uitgangspunt genomen. De regeling ziet er als volgt uit:

- De bepalingen die bij overtreding kunnen worden beboet, zijn opgenomen in de Wtt, te weten in artikel 22 Wtt (evenals hierboven).
- De bepalingen zijn ondergebracht in drie categorieën afhankelijk van de zwaarte van de overtreding. Aan elke categorie is een basisbedrag, een maximumbedrag en een minimumbedrag gekoppeld. De bedragen zijn als volgt.

Categorie	Basisbedrag	Minimumbedrag	Maximumbedrag
1	€ 10 000,–	€ 0,–	€ 10 000,–
2	€ 500 000,–	€ 0,–	€ 1 000 000,–
3	€ 2 000 000,–	€ 0,–	€ 4 000 000,–

262 Zie voor de bespreking van de werking van het 'oude' boetestelsel I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 211, waarin ook een voorbeeld wordt gegeven aan de hand waarvan een indruk kan worden verkregen van de werking van deze systematiek in de praktijk.

263 *Kamerstukken II* 1997-1998, 25 821, nr. 3, p. 8-9.

264 Zin in dit verband bijvoorbeeld: CBb 29 april 2004, JOR 2004/173 m.nt. C.M. Grundmann-van de Krol en CBb 7 juni 2007, JOR 2007/185, m.nt. H. Peters.

265 I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 212.

266 Idem, p. 212.

267 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 458, nr. 3, p. 2.

Bij algemene maatregel van bestuur zijn richtsnoeren opgenomen voor het bepalen van de hoogte van de boete. Op grond van artikel 16 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bb Wft)[268] is overtreding van een voorschrift, gesteld in de hierna te noemen artikelen van de Wtt als volgt beboetbaar:[269]

Artikel	Boetecategorie
2, eerste lid	3
2, derde lid	2
2, vierde lid	2
2, vijfde lid	2
3, derde lid	2
5	1
9, tweede lid	2
9, derde lid	2
10	2
11	2
14, tweede lid	2
16, tweede lid	2

Hiertoe zijn in artikel 2 Bb Wft de volgende richtsnoeren opgenomen:

1. De toezichthouder stelt een bestuurlijke boete in de tweede of derde categorie vast op het basisbedrag (artikel 2 lid 1 Bb Wft).
2. De toezichthouder verlaagt of verhoogt het basisbedrag met ten hoogste 50 procent indien de ernst of duur van de overtreding een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt (artikel 2 lid 2 Bb Wft).
3. De toezichthouder verlaagt of verhoogt het basisbedrag met ten hoogste 50 procent indien de mate van verwijtbaarheid van de overtreder een dergelijke verlaging of verhoging rechtvaardigt (artikel 2 lid 3 Bb Wft).
4. De bestuurlijke boete met toepassing (van bovengenoemde richtsnoeren) van artikel 2 Bb Wft wordt verdubbeld indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zaken van eenzelfde overtreding (artikel 3 Bb Wft).
5. Voor alle categorieën is bepaald dat de toezichthouder bij het vaststellen van een bestuurlijke boete rekening moet houden met de draagkracht van de overtreder (artikel 4 lid 1 Bb Wft) en dat bij onvoldoende draagkracht de boete kan worden verlaagd met maximaal 100 procent (artikel 4 lid 2 Bb Wft).

- Het bedrag van de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding bedraagt ten hoogste € 4.000.000 (artikel 22 lid 1 Wtt). Dat maximum kan worden overschreden in de volgende gevallen:

1. Indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sedert het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder terzake van eenzelfde overtreding, wordt het bedrag van de bestuurlijke boete verdubbeld (artikel 22 lid 1 Wtt).

---

268 Besluit van 11 juni 2009, houdende regels voor het vaststellen van de op grond van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten op te leggen bestuurlijke boetes (Besluit bestuurlijke boetes financiële sector). *Stb.* 2009, 329.

269 De hier genoemde artikelnummers corresponderen niet met de omnummering in verband met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 per 1 juli 2012.

2. Indien de overtreder door de overtreding voordeel heeft verkregen dat groter is dan € 2.000.000, kan de toezichthouder de hoogte van de bestuurlijke boete vaststellen op ten hoogste twee keer het bedrag van het voordeel dat de overtreder door de overtreding heeft verkregen (artikel 22 lid 3 Wtt). In dit geval wordt de hoogte van de boete dus niet vastgesteld met een categorieaanwijzing.[270]

6.2.7 Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties

6.2.7.1 Ten geleide

Per 1 januari 2009 is een nieuw Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (hierna: Convenant)[271] van kracht.[272] Het Convenant betreft de afstemming over de keuze tussen de oplegging van bestuurlijke of strafrechtelijke sancties bij bepaalde overtredingen van de financiële toezichtwetgeving – waaronder de Wtt en de Wwft[273] – ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van die sancties. De bevoegdheid van een toezichthouder (DNB, de AFM of de Minister van Financiën) om een bestuurlijke sanctie in de zin van het convenant op te leggen (te weten een bestuurlijke boete of het ter openbare kennis brengen van feiten, artikel 1 onderdeel a Convenant, hierna: bestuurlijke sanctie), vervalt indien ter zake van de overtreding strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel indien het recht tot strafvervolging is vervallen ingevolge artikel 74 Sr – zo wordt in de voorafgaande overwegingen van het Convenant overwogen. Voorts wordt onder meer overwogen dat het recht tot strafvervolging in een aantal gevallen vervalt indien ter zake van een overtreding een bestuurlijke sanctie is opgelegd.[274] Met het oog hierop is het volgens het Convenant wenselijk om de beslissingen omtrent genoemde afdoening van te voren af te stemmen en daartoe tijdig in overleg te treden.[275] Daartoe is in het Convenant het zogeheten 'Tripartiete overleg' (tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder en de Belastingdienst/FIOD-ECD) geregeld, evenals de afstemming over de wijze van afdoening tijdens het Tripartiete overleg, zie nader hieronder over artikel 5, respectievelijk artikel 4 van het Convenant.

6.2.7.2 Informatieverstrekking ter afstemming over de wijze van afdoening

Ten behoeve van bovengenoemde afstemming over de wijze van afdoening, legt het Convenant aan het OM en de Belastingdienst/FIOD-ECD de verplichting op die inhoudt dat: indien en zodra zij met feiten, omstandigheden of gedragingen bekend zijn die duiden op een overtreding van de financiële toezichtwetgeving, zij de betreffende toezichthouder daarover informeren, tenzij 'zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen zich tegen de verstrekking verzetten' (artikel 2 Convenant). Anderzijds geldt voor de toezichthouder dat indien en zodra hij voornemens is terzake van een overtreding van financiële toezichtwetgeving een bestuurlijke sanctie op te leggen hij het OM, namens deze het Functioneel Parket, met het oog op de afstemming over de wijze van afdoening, informeert

---

270 Zie voor de bespreking van de werking van het boetestelsel op basis van de Boetewet: I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, *t.a.p.* 2009, p. 212-213, waarin ook een voorbeeld wordt gegeven aan de hand waarvan een indruk kan worden verkregen van de werking van deze systematiek in de praktijk.

271 Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties. *Stcrt.* 2009, 9.

272 Het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties (*Stcrt.* 6 juli 2004, nr. 126/p. 13), betreffende afstemming over de keuze tussen oplegging van bestuurlijke boeten, het ter openbare kennis brengen van feiten of strafrechtelijke afdoening bij bepaalde overtredingen van de financiële wetgeving, wordt ingetrokken (artikel 6 Convenant).

273 Daarnaast worden genoemd: de Pensioenwet, de Wet financiële betrekkingen buitenland 1994, de Wet handhaving consumentenbescherming, de Wet inzake geldtransactiekantoren, de Wft, de Wet toezicht accountantsorganisaties, de Wet verplichte beroepspensioenregeling en voor zover van toepassing de op deze wetten gebaseerde regelgeving (artikel 1 onderdeel b Convenant).

274 *Stcrt.* 2009, 9, p. 1.

275 Idem, p. 1.

wanneer het een overtreding betreft van een verbodsbepaling (artikel 3 lid 1 onderdeel 1 Convenant).[276] Indien het een overtreding van een ander dan laatstgenoemd voorschrift betreft, dan informeert de toezichthouder in het geval: a. sprake is van samenloop van een overtreding met één of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat; b. sprake is van herhaling van een overtreding (recidive); of c. naar het oordeel van de toezichthouder sprake is van een overtreding waarbij de specifieke omstandigheden van het geval – beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en in relatie tot de bescherming van het publiek – aanleiding geven tot het informeren van het Openbaar Ministerie, namens deze het Functioneel Parket (artikel 3 lid 2 Convenant).

6.2.7.3 Tripartiete overleg: afstemming over de wijze van afdoening

Artikel 4 van het Convenant betreft de afstemming over de wijze van afdoening. Indien de toezichthouder dan wel het OM is geïnformeerd (overeenkomstig hierboven beschreven artikelen 2, respectievelijk artikel 3 van het Convenant), dient afstemming met de andere partij te hebben plaatsgevonden alvorens kan worden overgegaan tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie voor de desbetreffende overtreding (artikel 4 lid 1 Convenant), respectievelijk tot opsporing of vervolging daarvan (artikel 4 lid 2 Convenant). Kennelijk wordt als richtlijn een termijn van zes weken gehanteerd, aangezien de afstemming 'zo veel mogelijk' dient plaats te vinden binnen zes weken nadat de informatie aan de betrokken partij is verstrekt (artikel 4 lid 3 Convenant). Genoemde afstemming vindt als gezegd plaats tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder en de Belastingdienst/FIOD-ECD in een zogeheten 'Tripartiete overleg', dan wel 'wanneer de situatie dat naar het oordeel van partijen vereist' daarbuiten op *ad hoc* basis tussen betrokken partijen (artikel 5 lid 1 Convenant). Tot slot informeert de partij die de afdoening ter hand heeft genomen de andere partij omtrent het verloop van het opleggen van de sanctie.

6.2.7.4 Uitleiding

Zoals ook reeds uit de titel van het Convenant is op te maken strekt hij slechts tot *voorkoming* van ongeoorloofde samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties. Niet inzichtelijk wordt in welk geval voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke sancties zou moeten worden gekozen. Wel wordt duidelijk dat, ter voorkoming van genoemde ongeoorloofde samenloop, in het tripartiete overleg 'afstemming' tussen de betrokken toezichthouder, het Functioneel Parket en de Belastingdienst/FIOD-ECD dient plaats te vinden. Ten behoeve van deze afstemming in het tripartiete overleg, dienen partijen elkaar te informeren indien aan hen feiten, omstandigheden of gedragingen bekend zijn die duiden op een overtreding van financiële wetgeving. Saillant detail is dat bij deze verplichting tot informatieverstrekking (bij geconstateerde overtreding van de financiële toezichtswetgeving) ten aanzien van het OM het voorbehoud wordt gemaakt dat hij de toezichthouder *niet* behoeft te informeren indien 'zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen zich tegen verstrekking verzetten', terwijl een vergelijkbaar voorbehoud niet ten aanzien van de toezichthouder geldt. De toezichthouder is indien het een overtreding van een verbodsbepaling betreft zonder uitzondering gehouden het OM te informeren. Slechts bij andere dan laatstgenoemde overtredingen, biedt het Convenant drie (bovengenoemde) beperkingen, aangezien de toezichthouder dan slechts gehouden is indien sprake is van 'samenloop van een overtreding met één of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat' (artikel 3 lid 2 onderdeel a Convenant), dan wel 'herhaling van een overtreding (recidive)' (artikel 3 lid 2 onderdeel b Convenant) of 'naar het oordeel van de toezichthouder' sprake is van 'een overtreding waarbij specifieke omstandigheden van het geval' aanleiding geven voor het informeren van het OM (artikel 3 lid 2 onderdeel c Convenant). Ter verduidelijking van genoemde 'specifieke omstandigheden van het geval' wordt in laatstgenoemd onderdeel c uiteengezet dat deze door de toezichthouder worden 'beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de

[276] Dat geldt evenzeer indien het een overtreding betreft van artikel 5:59 lid 1 of lid 5 Wft (artikel 3 lid 1 onderdeel b Convenant). Deze bepaling valt echter buiten het kader van dit onderzoek en wordt derhalve niet verder behandeld.

schade en in relatie tot de bescherming van het publiek.' Met andere woorden: indien geen sprake is van (bovengenoemde) 'samenloop' of van recidive en voorts de toezichthouder van oordeel is dat er geen 'specifieke omstandigheden van het geval' zijn die aanleiding zouden geven om het OM te informeren, er op basis van het Convenant geen verplichting voor de toezichthouder is het OM te informeren. In dat geval zal de overtreding door de toezichthouder (zonder afstemming over de afdoening) bestuursrechtelijk worden afgedaan. In het Convenant wordt niet duidelijk wat wordt verstaan onder 'zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen' die zich verzetten tegen het verstrekken van informatie door het OM aan de toezichthouder, in welk geval de overtreding (zonder afstemming) strafrechtelijk wordt afgedaan. Tot slot biedt het Convenant – evenals overigens haar voorganger, te weten het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties[277] – geen inzicht in de uitgangspunten die in het tripartiete overleg worden gehanteerd bij de keuze voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening.

6.3 Bestuursrechtelijke handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren

6.3.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de *bestuursrechtelijke* handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren centraal. In de navolgende wordt de *strafrechtelijke* handhaving van deze wetgeving behandeld (te weten paragraaf 6.4 'Strafrechtelijke handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren'). In hoofdstuk 5 'Regulering en toezicht' zijn de verplichtingen uiteengezet waaraan trustkantoren op basis van (Nederlandse) wet- en regelgeving dienen te voldoen. Zoals in dat hoofdstuk uitvoerig is behandeld, zijn naast de normstellingen ten aanzien van trustkantoren in de Wtt en de (op deze wet gebaseerde) Rib Wtt, ook normstellingen aan te wijzen in de Wwft en de Sanctiewet 1977 die op trustkantoren van toepassing zijn. Hoewel het toezicht van DNB op de naleving van de verplichtingen in laatstgenoemde wetten ook 'rechtstreeks' kan plaatsvinden op grond van het Aanwijzingsbesluit toezichthouders Wwft (subparagraaf 5.2.5.3), respectievelijk de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 (subparagraaf 5.2.5.4), evenals op grond van de bevoegdheden in Afdeling 5.2 Awb 'Toezicht op de naleving', staan de in de Wtt opgenomen handhavingsinstrumenten bij de handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren centraal. In navolgende subparagrafen worden zij achtereenvolgens behandeld, te weten het geven van een aanwijzing (subparagraaf 6.3.2), het opleggen van een dwangsom (subparagraaf 6.3.3) of een bestuurlijke boete (subparagraaf 6.3.4) en het ter openbare kennis brengen van bepaalde feiten, ook wel aangeduid als naming and shaming (subparagraaf 6.3.5).

6.3.2 Aanwijzing

Het eerste handhavingsinstrument dat in de Wtt wordt behandeld is het geven van een 'aanwijzing' (artikel 11 Wtt). In de eerste plaats creëert dit artikel de mogelijkheid om in de vorm van een aanwijzing maatregelen te nemen indien niet is voldaan aan de vereisten van artikel 5 lid 1 of lid 3 Wtt – waarin de meldplicht van het trustkantoor is geregeld in geval van wijziging van de bij een vergunningaanvraag verstrekte gegevens (zie nader subparagraaf 5.2.5.1.2) – of indien niet is voldaan aan de vereisten van artikel 6 onderdeel e Wtt – waarin is bepaald dat de toezichthouder een vergunning kan intrekken 'in geval de houder in gebreke blijft om te voldoen aan de verplichtingen, hem bij of krachtens deze wet opgelegd' (zie nader subparagraaf 5.2.5.1.3). Zodoende behoeft in deze gevallen (waarin niet is voldaan aan de eisen van artikel 10 Wtt) niet onmiddellijk te worden overgegaan tot intrekking van de vergunning van het trustkantoor, aangezien: 'Het intrekken van de vergunning onder omstandigheden een te ingrijpend middel (zou) zijn.'[278] DNB kan in genoemde gevallen een aanwijzing geven 'om ten aanzien van met name aan te geven onderwerpen een bepaalde

277 *Stcrt.* 6 juli 2004, nr. 126/p. 13.
278 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 15.

gedragslijn te volgen.' Het trustkantoor dan wel de bevoegde organen aan wie de aanwijzing is gegeven dienen deze aanwijzing dan wel binnen een door de toezichthouder te stellen redelijke termijn op te volgen (artikel 11 lid 1 Wtt). Deze bepaling laat volgens de MvT echter de mogelijkheid om de vergunning in te trekken zonder voorgaande aanwijzing onverlet 'indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven.'[279] Het intrekken van een vergunning blijft zodoende een 'ultimum remedium'.[280]

In de tweede plaats creëert artikel 11 Wtt de mogelijkheid om een aanwijzing te geven indien van navolgende personen de betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat, of de deskundigheid niet langer voldoende is. Het gaat hierbij om de in artikel 3 lid 1 onderdelen a, b of c Wtt bedoelde personen, te weten bestuurders, commissarissen, (mede)beleidsbepalers van het trustkantoor en houders van een gekwalificeerde deelneming daarin, voor zover zij via een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur het beleid bepalen of mede bepalen van het trustkantoor (artikel 11 lid 2 Wtt). Op basis van dit artikellid kan DNB met betrekking tot de personen bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdelen a en b Wtt (de bestuurders, commissarissen, beleidsbepalers en medebeleidsbepalers van het trustkantoor) een aanwijzing geven 'dat deze personen het beleid van het trustkantoor niet meer kunnen bepalen of mede bepalen' (artikel 11 lid 2 onderdeel a Wtt). Ten aanzien van de personen bedoeld in artikel 3 lid 1 onderdeel c Wtt (de houders van een gekwalificeerde deelneming in het trustkantoor) kan DNB een aanwijzing geven 'om binnen een door de toezichthouder gestelde redelijke termijn ten aanzien van in de aanwijzingsbeschikking aan te geven punten een bepaalde gedragslijn te volgen.' Dit artikellid is met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 gewijzigd. De huidige redactie strekt ertoe dat naast het trustkantoor de houder van een gekwalificeerde deelneming adressaat kan zijn van een aanwijzing van de toezichthouder. Zoals ook in de MvT van de Wfm 2012 wordt toegelicht kan met deze nieuwe bepaling worden bewerkstelligd dat rechtstreeks aan de gekwalificeerde deelneming een aanwijzing kan worden gegeven indien zijn deskundigheid niet langer voldoende is of zijn betrouwbaarheid niet langer buiten twijfel staat (waarbij het volgens de MvT in de rede ligt dat DNB een afschrift van de aanwijzing aan het trustkantoor doet toekomen).[281] Onder de oude redactie kon ten aanzien van laatstgenoemde personen slechts de aanwijzing worden gegeven dat deze personen het beleid van het trustkantoor niet langer kunnen (mede) bepalen.[282] Tot slot wordt met de introductie van de geschiktheidseis wordt in het bovenstaande het begrip 'de deskundigheid' vervangen door 'de geschiktheid', zie nader subparagraaf 5.2.5.1.2 'Vereisten voor een vergunning: artikelen 3 tot en met 5 Wtt, de Beleidsregel Betrouwbaarheidstoetsing Wgt en Wtt, de Beleidsregel deskundigheid 2011 en de introductie van de geschiktheidstoets.'[283]

Aanwijzing illegaal trustkantoor

Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is aan de Wtt een nieuw hoofdstuk toegevoegd, te weten hoofdstuk 7A 'Aanwijzing illegaal trustkantoor en aanstelling curator'. Reeds in de titel van dit hoofdstuk wordt de (nieuwe) uitbreiding van het handhavingsinstrument van de aanwijzing genoemd. Door deze uitbreiding kan DNB, naast de reeds bestaande (hierboven behandelde) bevoegdheden om aanwijzingen aan vergunninghoudende trustkantoren te geven, ook aan 'illegale trustkantoren' een aanwijzing geven.[284] DNB verkrijgt hiermee de bevoegdheid om een aanwijzing te geven aan een ieder die werkzaam is als trustkantoor, maar niet beschikt over een vergunning als bedoeld in artikel 2

---

279 Idem, p. 16.

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

281 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 44-45.

282 De redactie van artikel 11 lid 2 Wtt (oud) luidt: 'Indien de deskundigheid of betrouwbaarheid van de in artikel 3, eerste lid, onderdelen a, b of c bedoelde personen, voor zover zij via een formele of feitelijke zeggenschapsstructuur het beleid bepalen of mede bepalen van het trustkantoor, niet langer buiten twijfel staat, kan de toezichthouder de aanwijzing geven dat deze personen het beleid van het trustkantoor niet meer kunnen bepalen of mede bepalen.'

283 Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet financiële markten BES en de Wet toezicht trustkantoren in verband met de introductie van de geschiktheidseis en de versterking van de samenwerking tussen de toezichthouders in het kader van de geschiktheids en betrouwbaarheidstoets. *Stb.* 2012, 7.

284 K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 58.

lid 1 Wtt.[285] Deze bevoegdheid van het geven van een aanwijzing aan een illegaal trustkantoor is geregeld in artikel 24 Wtt (nieuw). Dit artikel bepaalt dat de toezichthouder in dat geval bevoegd is een aanwijzing te geven 'die is gericht op het beëindigen van de desbetreffende werkzaamheden' (lid 1). Alvorens deze aanwijzing te geven, wordt de betrokkene in gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen (lid 3). Indien de aanwijzing wordt gegeven, dient zij te vermelden: a. de werkzaamheden die in strijd met het verbod van artikel 2 lid 1 Wtt zijn verleend; b. (indien van toepassing) een aanduiding van de plaats en het tijdstip waarop of de periode waarin in strijd met laatstgenoemd verbod is gehandeld; c. de wijze waarop de dienstverlening dient te worden afgebouwd en beëindigd; en d. de termijn waarin het handelen in strijd met het bedoelde verbod moet zijn beëindigd (lid 2). Zo kan DNB optreden zonder direct over te hoeven gaan op zwaardere sancties, zoals de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete. Bij de keuze voor een handhavingsinstrument in geval van overtreding van artikel 2 lid 1 Wtt door een illegaal trustkantoor – tussen het (lichtere) instrument van de aanwijzing aan een illegaal trustkantoor en het (zwaardere) instrument van het opleggen van de last onder dwangsom of de bestuurlijke boete – zal DNB volgens de Wfm 2012 gewicht toe kennen aan de vraag of de overtreding van de Wtt met opzet plaatsvindt:

> 'Het is aan de toezichthouder om steeds per geval te bekijken of een aanwijzing het juiste middel is om op te treden tegen een onderneming of natuurlijke persoon die zonder vergunning werkzaam is als trustkantoor dan wel dat een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete het aangewezen middel is. In de regel zal een dergelijke aanwijzing in de rede liggen waar overtreding van de Wtt niet met opzet gebeurd.'[286]

Achtergrond van de uitbreiding van de aanwijzingsbevoegdheid is dat in de praktijk is gebleken dat accountants en belastingadviseurs vaak onbewust als trustkantoor werkzaam zijn, zo staat in de MvT Wfm 2012.[287] Hetzelfde kan worden gezegd van advocatenkantoren. Met name trustdiensten als 'het zijn van bestuurder' (zie hierover nader subparagraaf 1.2.2.4.1) en het verlenen van 'domicilie' met 'bijkomende werkzaamheden' (zie hierover nader subparagraaf 1.2.2.4.2) zouden, zowel door advocaten als door accountants of belastingadviseurs, nog wel eens als 'bijproduct' van hun eigenlijke dienstverlening worden verleend.[288] In subparagraaf 2.4.6.2 is het verschijnsel van de 'illegale trustkantoren' nader behandeld. In laatstgenoemde subparagraaf is evenzeer aandacht besteed aan het *Evaluatierapport Wtt* van het Ministerie van Financiën, waarin ten aanzien van de door DNB gesignaleerde illegale trustkantoren een onderscheid wordt gemaakt tussen 'bonafide dienstverleners' en trustkantoren die willens en wetens trustdiensten aanbieden zonder vergunning. Het Ministerie van Financiën stelt dat het bij eerstgenoemde categorie ('bonafide dienstverleners') gaat om dienstverleners die vanuit een bestaande praktijk trustdiensten aanbieden aan hun cliënten zonder zich voldoende te realiseren dat dit een vergunningplichtige dienst is. Met betrekking tot deze categorie is in de evaluatie naar voren gekomen dat DNB geen aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van hen had en bij ontdekking derhalve vaak gehouden was tot het nemen van een zwaardere formele toezichtmaatregel.[289] Aangezien ten aanzien van deze 'bonafide dienstverleners' het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete een te zwaar middel zou zijn, doet het Ministerie van Financiën de aanbeveling:[290]

> '**te voorzien** in een uitbreiding van het toezichtinstrumentarium van DNB met een aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van illegale instellingen. Het is gebleken dat een groot aantal beroepsgroepen structureel of incidenteel trustdiensten verlenen in

285 *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 781, nr. 3, p. 45.
286 Idem, p. 45.
287 Idem, p. 45.
288 J. de Rooij, 'Over trustdiensten en vergunningen ervoor', *Advocatenblad* 7 maart 2008, p. 118-119. Zie ook M.T. van der Wulp, 'Verscherping van het toezicht op trustkantoren', *TvT* 2010/3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 44.
289 *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren, Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Den Haag: Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 24.
290 Idem, p. 24, zie ook p. 31.

> aanvulling op de diensten die zij aanbieden uit hoofde van hun primaire dienstverlening. In veel gevallen zijn die partijen zich niet bewust van het feit dat zij handelen in strijd met de verbodsbepaling in de Wtt. Indien er sprake is van een geringe overtreding en/of sprake is van geringe verwijtbaarheid, dan wel indien de overtreder zijn overtreding met grote voortvarendheid zelfstandig beëindigt, moet DNB de mogelijkheid hebben om middels een aanwijzing een oplossing te vinden voor de ontstane situatie zonder dat er direct een punitieve sanctie (bestuurlijke boetes) of reparatieve sanctie (last onder dwangsom) hoeft te worden opgelegd.'

6.3.3. Dwangsom

DNB is op basis van artikel 20 Wtt bevoegd een last onder dwangsom op te leggen terzake overtreding van dezelfde voorschriften als genoemd in artikel 21 Wtt, op basis waarvan DNB bevoegd is tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 zijn in beide artikelen enkele verwijzingen aangepast, waaronder de verwijzingen naar de (twee) nieuwe artikelen van het in de voorgaande paragraaf genoemde nieuwe hoofdstuk 7A (te weten artikel 24 en 25 Wtt).[291] Laatstgenoemde wetswijziging heeft verder dan ook geen ingrijpende veranderingen gebracht voor beide handhavingsinstrumenten. DNB is bevoegd een last onder dwangsom (of een bestuurlijke boete) op te leggen ter zake van overtreding van de voorschriften, gesteld bij of krachtens de artikelen 2 lid 1 tot en met lid 3, artikel 2a lid 1 tot en met 3, artikel 3 lid 3, artikel 5, artikel 9 lid 2 en lid 3, voor zover het betreft het voorschrift van artikel 5:20 Awb en het voorschrift inzage te verlenen in zakelijke gegevens en bescheiden, artikel 10, artikel 11, artikel 14 lid 2, artikel 16 lid 2, artikel 24 lid 1 en artikel 25 lid 4 Wtt. DNB is in geval van overtreding van voorschriften, gesteld bij of krachtens bovenstaande bepalingen, bevoegd tussen beide handhavingsinstrumenten te kiezen, waarbij volgens de MvT van de Wtt geldt dat: 'De keuze van het meest effectieve handhavingsinstrument afhankelijk (is) van de aard van de bepaling die is overtreden, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder deze is begaan.' De keuze voor de bestuurlijke boete wordt hieronder in subparagraaf 6.3.4 'Bestuurlijke boete' behandeld. De keuze voor de last onder dwangsom wordt in de MvT van de Wtt als volgt gemotiveerd:[292]

> 'Bij de dwangsom geeft DNB aan de overtreder van een bepaalde norm een last die ertoe strekt de overtreding ongedaan te maken of voortzetting van de overtreding te voorkomen. Dit instrument is bij uitstek geschikt voor doorlopende overtredingen die op het moment van constatering nog plaatsvinden en voor overtredingen waarvan de gevolgen door het trustkantoor ongedaan gemaakt kunnen worden.'

Het handhavingsinstrument van de last onder dwangsom is blijkens het bovenstaande bij uitstek geschikt voor doorlopende overtredingen die op het moment van constatering nog plaatsvinden en waarvan de gevolgen door het trustkantoor ongedaan gemaakt kunnen worden. Geen criterium bij de toepassing van dit handhavingsinstrument is verwijtbaarheid of de mate waarin de overtreder zich van het begaan van de overtreding bewust is geweest, zo volgt volgens Frielink en Van Eersel uit de jurisprudentie op dit punt. Als voorbeeld wijzen zij op Rb Rotterdam 27 april 2009 in het geding tussen 'Uw Ondernemingshuis Nieuwegein/Houten e.o.' (en [A] als feitelijk leidinggevende) en DNB, waarin DNB boetes en dwangsommen heeft opgelegd wegens het zonder vergunning verrichten van trustactiviteiten. Overwogen wordt dat BNB bevoegd was tot oplegging van een last onder dwangsom aangezien de overtreding ten tijde van de primaire lastoplegging nog niet was beëindigd. Ten aanzien van het gewicht dat bij het opleggen van een last onder dwangsom aan het criterium van de verwijtbaarheid dient te worden toegekend, overweegt de rechtbank dat 'De stelling van eisers dat zij niet bewust de Wtt hebben overtreden hier niet aan (kan) afdoen. Verwijtbaarheid vormt geen criterium voor de oplegging van een herstel gerichte last.'[293] Evenwel dient overigens een keuze te

---

291 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 781, A, p. 25-26. De Wfm 2012 moet las gezegd nog in werking treden.

292 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 17.

293 Rb. Rotterdam 29 april 2009, *LJN* BI2846, *AWB* 08/1756 BC-T2.

worden gemaakt tussen beide handhavingsinstrumenten (bestuurlijke boete en last onder dwangsom), zo wordt overwogen in Rb Rotterdam 21 maart 2003 in het geding tussen Nidera Handelscompagnie en DNB dat 'Gelet op het gestelde in artikel 5:32, vierde lid, van de Awb, waarin onder meer is bepaald dat een bestuursorgaan de dwangsom vaststelt op een bedrag ineens dan wel op een bedrag per tijdseenheid, (…) de rechtbank de door verweerder hier gehanteerde wijze van het opleggen van een dwangsom in strijd met de wet (acht), nu geen keuze is gemaakt maar beide mogelijkheden voor het opleggen van de dwangsom te dezen zijn toegepast. Op grond hiervan komt het bestreden besluit eveneens voor vernietiging in aanmerking.'[294]

6.3.4 Bestuurlijke boete

DNB is op basis van artikel 21 Wtt bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen. In voorgaande subparagraaf is reeds aan de orde geweest dat het handhavingsinstrument van de bestuurlijke boete kan worden opgelegd terzake van de overtreding van dezelfde bepalingen als genoemd bij de bevoegdheid van het opleggen van een last onder dwangsom (artikel 20 Wtt).[295] De keuze voor de bestuurlijke boete wordt in de MvT van de Wtt als volgt gemotiveerd:[296]

> 'De bestuurlijke boete heeft een zuiver repressief karakter en is meer geschikt voor overtredingen met een niet-doorlopend karakter en voor overtredingen die in het verleden hebben plaatsgehad.'

Met de inwerkingtreding van de Aanpassingswet Vierde tranche Awb[297] op 1 juli 2009[298] en hierop volgend de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (ook wel: 'Boetewet')[299] op 1 augustus 2009[300], zijn ook de bepalingen in de Wtt met betrekking tot de (bestuurlijke) boete ingrijpend herzien. Beide wetten, evenals de gevolgen voor de bepalingen in de Wtt betreffende het handhavingsinstrument van de (bestuurlijke) boete, zijn hierboven uitgebreid behandeld. Zie in de eerste plaats subparagraaf 6.2.5 'De Vierde tranche', in het bijzonder subparagraaf 6.2.5.4 over Titel 5.4 'Bestuurlijke boete'. Sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb worden de procedurele voorschriften in het kader van het opleggen van de bestuurlijke boete en de rechtsbescherming tegen boetebeschikkingen geregeld in de Awb.[301] De toezichthouders hebben sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche de bevoegdheid om ook aan individuele personen een bestuurlijke boete op te leggen, indien zij opdracht hebben gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven.[302] Met de Vierde tranche zijn daarmee strafrechtelijke begrippen en beginselen het bestuursrecht binnengehaald. Daarnaast heeft de Boetewet de bepalingen betreffende de bestuurlijke boete in de Wtt aanzienlijk gewijzigd, zie subparagraaf 6.2.6 'De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving' en in het bijzonder subparagraaf 6.2.6.3 'Het door de boetewet gewijzigde boetestelsel'. De Boetewet richt zich voornamelijk op de bestuurlijke boete door onder andere de boeteniveaus fors te verhogen. Tot slot is naast bovengenoemde wetgeving het in subparagraaf 6.2.7 'Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties' behandelde Convenant van toepassing.

---

294 Rb. Rotterdam 21 maart 2003, *LJN* AF8553, *JOR* 2003,146 (Nidera Handelscompagnie vs DNB) K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 59.

295 *Kamerstukken I* 2011-2012, 32 781, A, p. 25-26.

296 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 17.

297 Wet van 25 juni 2009 tot aanpassing van bijzondere wetten aan de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet vierde tranche Awb). *Stb.* 2009, 265.

298 *Stb*. 2009, 266.

299 Wet van 18 juli 2009 tot wijziging van de in de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten opgenomen regels met betrekking tot de uitoefening van de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete (Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving). Stb. 2009, 327.

300 *Stb.* 2009, 328.

301 Zie ook K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 61.

302 *Kamerstukken II* 2004-2005, 30125, nr. 2, p 14.

6.3.5 Openbaarmaking van overtredingen

Het vierde handhavingsinstrument is het ter openbare kennis brengen van feiten die onder de geheimhoudingsplicht (van artikel 12 Wtt) vallen (artikel 31 Wtt). Dit handhavingsinstrument wordt derhalve ook wel aangeduid als 'naming and shaming': ten einde de naleving van de Wtt te bevorderen kunnen overtreders van deze wet publiekelijk aan de schandpaal worden genageld. Aan dit handhavingsinstrument is een apart hoofdstuk gewijd, te weten hoofdstuk 8 'Openbaarmaking van overtredingen'. Evenals het bovengenoemde handhavinginstrument van de bestuurlijke boete gaat het om een handhavingsinstrument met een sanctionerend karakter, dat voorts (net als de bestuurlijke boete) onder het bereik van het Convenant valt (zie nader subparagraaf 6.2.7). De bevoegdheid van DNB om – in afwijking van bovengenoemde geheimhoudingsplicht en teneinde naleving van de Wtt te bevorderen – bepaalde feiten ter openbare kennis te brengen, heeft op basis van artikel 31 Wtt betrekking op de volgende feiten: a. zijn weigering om een aangevraagde vergunning of ontheffing te verlenen, wanneer deze weigering niet meer in beroep kan worden getroffen en de aanvrager handelt als was hem de vergunning of ontheffing verleend; b. het feit dat een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon waarop naar zijn oordeel het verbod, bedoeld in artikel 2 lid 1 Wtt van toepassing is, niet over een vergunning beschikt; c. het feit dat een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon die beschikt over een vergunning, zich niet houdt aan de voorschriften of de beperkingen die aan die vergunning zijn verbonden of zijn gesteld; d. het feit dat een rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon waarop een vrijstelling als bedoeld in artikel 2a lid 1 Wtt[303] of een ontheffing als bedoeld in artikel 2a lid 2 Wtt[304] 2 lid 4 Wtt van toepassing is, zich niet houdt aan de voorschriften of de beperkingen die aan die vrijstelling of ontheffing zijn verbonden of gesteld; en e. het feit dat een trustkantoor de aanwijzing op grond van artikel 11 niet heeft opgevolgd. Afgezien van enkele wijzigingen (zie laatste twee voetnoten) die vanwege de vernummering van de artikelleden betreffende de vrijstelling en de ontheffing op basis van de Wfm 2012 dienen plaats te vinden, is de regeling van dit handhavinginstrument ongewijzigd gebleven.

Gezien het sanctionerende karakter van het handhavingsinstrument zijn in hoofdstuk 8 van de Wtt enkele bepalingen toegevoegd ter bescherming van degene wiens handelen of nalaten openbaar wordt gemaakt.[305] Zo is bijvoorbeeld degene aan wie door DNB een handeling is verricht 'waaraan hij in redelijkheid de gevolgtrekking kan verbinden dat de toezichthouder zijn handelen of nalaten op grond van artikel 31 (Wtt) ter openbare kennis zal brengen' niet verplicht ter zake daarvan enige verklaring af te leggen en wordt hij daarvan in kennis gesteld alvorens hem mondeling om informatie wordt gevraagd (artikel 32 Wtt). Voorts geeft de toezichthouder, indien hij voornemens is een feit ter openbare kennis te brengen, de betrokkene daarvan kennis onder vermelding van de gronden waarop het voornemen berust (artikel 33 lid 1 Wtt).[306] Voorts moet worden benadrukt dat het bij het handhavingsinstrument van het openbaar maken van overtredingen gaat om vertrouwelijke gegevens of inlichtingen over afzonderlijke trustkantoren die DNB op grond van de bepalingen in de Wtt of met gebruikmaking van bepaalde toezichtbevoegdheden heeft verkregen, zodat bij publicatie van deze gegevens wordt afgeweken van de geheimhoudingsbepaling en derhalve procedurele waarborgen in acht dienen te worden genomen. Het handhavingsinstrument ziet uitdrukkelijk niet op overtredingen die in de markt bekend zijn of indien het anderszins openbare informatie betreft (door publicatie in de Staatscourant, dagbladen, via internet of openbare registers etc.).[307] Tot slot is van belang dat de bevoegdheid om een feit ter openbare kennis te brengen vervalt indien ter zake van het feit strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel

---

303 In artikel 31 onderdeel d Wtt wordt kennelijk abusievelijk nog verwezen naar artikel 2 lid 3 Wtt (oud), dat met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is vernummerd naar artikel 2a lid 1 Wtt.

304 Ook wordt nog verwezen naar artikel 2 lid 4 Wtt (oud), dat met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 is vernummerd naar artikel 2a lid 2 Wtt.

305 *Kamerstukken II* 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 18.

306 Voor een integrale behandeling van alle bepalingen van hoofdstuk 8 Wtt 'Openbaarmaking van overtredingen', zie K. Frielink en M. van Eersel, *a.w.* 2010, p. 63-65.

307 Idem, p. 18.

het recht tot strafvordering is vervallen ingevolge artikel 74 Sr (artikel 37 lid 1 Wtt). Anderzijds vervalt het recht tot strafvervolging met betrekking tot een feit als bedoeld in artikel 31 Wtt, indien DNB dit feit reeds ter openbare kennis heeft gebracht (artikel 37 lid 2 Wtt).

6.4 Strafrechtelijke handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren

6.4.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de *strafrechtelijke* handhaving van financiële wetgeving ten aanzien van trustkantoren centraal. Op verschillende plaatsen in deze dissertatie is ter sprake gekomen dat de handhaving van de voorschriften, gesteld bij of krachtens de bepalingen van de Wtt genoemd in artikel 20 Wtt (last onder dwangsom) en 21 Wtt (bestuurlijke boete), op basis van artikel 1 onderdeel 2° WED mogelijk is. Anders dan bij de Wtt heeft zich bij de *Wft* met de inwerkingtreding van de Boetewet – naast de reeds besproken wijziging in het boetestelsel – echter min of meer in stilte een wijziging voltrokken ten aanzien van de bepalingen van de Wft die in artikel 1 onderdeel 2° WED worden genoemd. Een groot deel van deze bepalingen is geschrapt als gevolg van een zogenaamde 'stofkamoperatie' waarin de strafbaarstelling van alle voorschriften van de Wft opnieuw is geïnventariseerd en gecategoriseerd.[308] Lamp merkt terzake op dat door (enerzijds) een behoorlijk aantal bepalingen uit de WED te laten vervallen en (anderzijds) de hoogte van de maximaal op te leggen bestuurlijke boete aanzienlijk te verhogen, het bestuurlijke sanctiearsenaal door de nieuwe regelgeving aanzienlijk verder is uitgebreid ten opzichte van het strafrechtelijke, waardoor het uitgangspunt van bestuursrechtelijke handhaving verder wordt uitgebreid.[309] Een dergelijke 'stofkamoperatie' heeft ten aanzien van de Wtt *niet* plaatsgevonden. Dat wil zeggen dat de verhouding tussen de in artikel 20 Wtt en artikel 21 Wtt genoemde bepalingen en die in artikel 1 onderdeel 2° WED worden genoemd, ongewijzigd is gebleven.[310]

Materieelrechtelijk systeem van de Wet op de economische delicten
De Wet op de economische delicten (WED) vormt het kader voor de strafrechtelijke handhaving van de Wtt. Hierboven is reeds aangestipt dat op basis van artikel 1 onder 2° WED de overtreding van de voorschriften genoemd in artikel 20 en 21 Wtt als 'economisch delict' worden aangemerkt. Artikel 2 WED maakt duidelijk in welke gevallen deze overtredingen misdrijven zijn en in welke gevallen zij als overtredingen worden aangemerkt: voor zover bovengenoemde economische delicten opzettelijk zijn begaan, zijn zij misdrijven. In recente jurisprudentie[311] is bevestigd dat het hierbij gaat om 'kleurloos opzet': de dader van een economisch delict is strafbaar indien hij willens en wetens heeft gehandeld of nagelaten zoals in de strafbepalingen omschreven.[312, 313] Voor zover zij geen misdrijven zijn, zijn zij overtredingen (artikel 2 lid 1 WED). Aansluitend bepaalt artikel 6 WED welke

---

308 Zie *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 458, nr. 3, p. 8-9 waar in dit kader het volgende wordt overwogen: 'Met dit (voorstel) wordt de strafbaarstelling van overtredingen uit de Wet op het financieel toezicht in de Wet op de economische delicten (Wed) aangepast. In beginsel worden alle overtredingen die zijn ingedeeld in de hoogste categorie (3) opgenomen in de Wed. Daarnaast worden diverse soorten overtredingen uit categorie 2 ook opgenomen in de Wed. Het gaat daarbij onder andere om overtredingen die de consument of de afnemers van financiële producten benadelen, het schenden van een zware medewerkingplicht en het niet naleven van boekhoudkundige voorschriften of statutaire verplichtingen. Deze indeling is het gevolg van een stofkamoperatie waarin de strafbaarstelling van alle voorschriften van de Wft opnieuw is geïnventariseerd en gecategoriseerd. Voorschriften die voorheen wel strafbaar waren, maar nu op basis van indeling naar de aard van overtreding niet meer in de Wed zullen zijn opgenomen, zijn op basis van een individuele afweging geschrapt.'

309 R.M.I. Lamp, *t.a.p.* 2011, p. 250.

310 Met dien verstande dat met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 kennelijk abusievelijk achterwegen is gelaten om artikel 1 onderdeel 2° WED aan te passen op de wijzigingen van de Wtt.

311 Zie: HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 m.nt. YB en HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210.

312 Zie ook: HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 en 315.

313 A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 2 WED, aant. 2.

hoofdstraffen (geldboete, vrijheidsstraf en taakstraf) op deze misdrijven en overtredingen zijn gesteld. Artikel 7 en 8 WED regelen de bijkomende straffen respectievelijke de maatregelen die in het geval van economische delicten kunnen worden opgelegd.

6.4.2 Hoofdstraffen

6.4.2.1 Geldboete

Praktisch gesproken is van de hoofdstraffen de geldboete bij economische delicten verreweg het belangrijkst.[314] In geval van een overtreding (voor wat betreft bovengenoemde bepalingen van de Wtt) kan een geldboete van de vierde categorie (€ 19.500,00) worden opgelegd (artikel 6 lid 1 onder 4° WED). In geval van een misdrijf voor zover het betreft de overtreding van de genoemde bepalingen in de Wtt bepaalt artikel 6 lid 1 onder 1° WED dat een geldboete van de vijfde categorie (€ 78.000,00) kan worden opgelegd. Hierop worden twee aanvulleningen gemaakt. In de eerste plaats bepaalt artikel 6 lid 1 WED dat een geldboete van de naast hogere categorie (de zesde categorie: € 780.000,00) kan worden opgelegd, indien: de waarde van de goederen waarmee (of met betrekking tot welke) het economisch delict is begaan, of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan een vierde van het maximum van de geldboete welke kan worden opgelegd. Keulen merkt ter zake op dat de waarde van de goeden hierbij moet worden gerelateerd aan het bewezen verklaarde en gekwalificeerde feit.[315] Daarnaast kan een geldboete tot ten hoogste de naast hogere categorie worden opgelegd bij de veroordeling van een rechtspersoon, indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat (artikel 23 lid 7 Sr). Beide aanvullingen kunnen cumuleren, zo is uitdrukkelijk gesteld in de MvT van de Wet Vermogenssancties.[316] Bij de zwaarste misdrijven is een dubbele sprong naar een hogere categorie echter niet mogelijk: er is namelijk slechts één boetecategorie boven de vijfde. Met het maximum van de zesde categorie is het 'boeteplafond' bereikt.[317]

6.4.2.2 Vrijheidsstraf

Voorts noemt artikel 6 WED de vrijheidsstraf, te weten de gevangenisstraf (van ten hoogste zes jaar in geval van een misdrijf, artikel 6 lid 1 onder 1° WED) en de hechtenis (van ten hoogste zes maanden in geval van een overtreding, artikel 6 lid 1 onder 4° WED). Aangezien de WED omtrent vrijheidsstraffen geen bijzondere bepalingen bevat, zijn op dit terrein de regelingen van het Wetboek van Strafrecht van toepassing (gelet op artikel 91 Sr). Volgens Keulen brengt dit onder andere met zich mee dat ook bij economische delicten het opleggen van voorwaardelijke vrijheidsstraffen onder de voorwaarden van de artikelen 14a e.v. Sr mogelijk is[318] Voorts verdient volgens Keulen ook de mogelijkheid de verdachte als bijzondere voorwaarde te verplichten tot storting van een waarborgsom bijzondere aandacht.[319]

6.4.2.3 Taakstraf

Ten slotte hoort ook de mogelijkheid tot het opleggen van een taakstraf tot het sanctiearsenaal van de WED. Onder andere in het bovengenoemde geval het economisch delict een misdrijf betreft (artikel 6

---

314 B.F Keulen, 'De wet op de economische delicten', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht, Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, p. 124.

315 B.F. Keulen, a.w. 2011, p. 124.

316 *Kamerstukken II* 1977-1978, 15 012, nr. 3, p. 58.

317 Zie ook: A. Mulder en D.R. Doorenbosch, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 81 e.v.

318 B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 171.

319 Zie over de praktische toepassing van de wettelijke regeling van de waarborgsom het belangwekkende proefschrift: A.R. Houweling, *Op borgsom vrij. Schorsing van de voorlopige hechtenis en rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde onder zekerheidstelling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

lid 1 onder 1° WED) evenals indien het gaat om een overtreding (artikel 6 lid 1 onder 4° WED) kan een taakstraf worden opgelegd. De taakstraf heeft pas relatief laat zijn weg naar de WED gevonden. Zo oordeelde de Hoge Raad in 2001 dat artikel 5 WED er niet aan in de weg stond ook in zaken betreffende economische delicten een taakstraf op te leggen[320] en heeft de wetgever (desalniettemin) later (in 2005) alsnog voorzien in een expliciete vermelding van deze mogelijkheid.[321] Qua gewicht dient de taakstraf binnen het wettelijk systeem tussen de vrijheidsstraf en de geldboete te worden geplaatst (artikel 9 lid 1 Sr).[322]

6.4.3 Bijkomende straffen

Naast bovengenoemde hoofdstraffen kent de WED bijkomende straffen (artikel 7 WED) en maatregelen (artikel 8 WED, zie ook navolgende subparagraaf 6.4.4 'Maatregelen'), die hier voor zover relevant bezien vanuit de handhaving van de Wtt worden aangestipt. Ten aanzien van deze bijkomende straffen merkt Keulen op dat zij – anders dan de hierboven besproken hoofdstraffen in de WED – afwijken van het die in het commune strafrecht. Deze afwijkingen kunnen volgens Keulen ruwweg in twee soorten worden verdeeld. In de eerste plaats wordt aan de bijkomende straffen die (tevens) in het Sr voorkomen in de WED een ruimere toepassing gegeven. In de tweede plaats kent de WED bijkomende straffen die in het commune strafrecht in het geheel niet voorkomen.[323] De eerste bijkomende straf die in artikel 7 onder a WED wordt genoemd is de 'ontzetting van rechten', genoemd in artikel 28 lid 1, onder 1° (het bekleden van ambten of bepaalde ambten), 2° (het dienen bij de gewapende macht), 4° (het zijn van raadsman of gerechtelijk bewindvoerder en 5° (de uitoefening van bepaalde beroepen) van het Sr, voor een tijd, de duur der vrijheidsstraf ten minste zes maanden en ten hoogste zes jaren te boven gaande, of , in geval van veroordeling tot geldboete als enige hoofdstraf, voor een tijd van ten minste zes maanden en ten hoogste zes jaren. Hartmann merkt op dat met name de laatstgenoemde variant (onder 5°, de uitoefening van bepaalde beroepen) op het terrein van de economische wetgeving de meest relevante zal zijn: zij kan een gevolg hebben dat is te vergelijken met de stilleging van de onderneming en is in zoverre te beschouwen als een bedrijfsstraf. Zij wordt evenwel weinig toegepast.[324] Een volgende bijkomende straf is gehele of gedeeltelijke 'stilleging van de onderneming' van de veroordeelde, welke bijkomende straf voor de tijd van ten hoogste een jaar kan worden opgelegd (artikel 7 onder c WED). Volgens de MvT is deze bijkomende straf bij uitstek geschikt voor toepassing op delinquenten, die de mening schijnen te zijn toegedaan, dat overtreding van economische voorschriften eigenlijk niet abnormaal is en dat betrapping daarop behoort tot het gewone bedrijfsrisico, hetgeen zij in hun calculaties (kunnen) verdisconteren.[325] De derde en vierde bijkomende straf betreft de 'verbeurdverklaring van voorwerpen genoemd in artikel 33a Sr' in artikel 7 WED onder d en onder e, waarbij laatstgenoemde variant als enige (van de twee) afwijkt van de regeling in het commune strafrecht. Dit aangezien zij een wezenlijke verruiming behelst van de mogelijkheid tot verbeurdverklaring.[326] Voorts biedt artikel 7 onder f WED de mogelijkheid van (gehele of gedeeltelijke) 'ontzetting van bepaalde rechten' die aan een onderneming van overheidswege zijn toegekend, voor ten hoogste twee jaren. Bij de oplegging van deze bijkomende straf kan er onder meer aan worden gedacht dat de veroordeelde voor een tijd van ten hoogste twee jaar geen gebruik meer mag maken van een aan hem verleende vergunning (of ontheffing). Evenwel moet hierbij worden opgemerkt dat de strafrechter niet bij machte is de vergunning of ontheffing in te

---

320 Zie: HR 13 november 2001, *NJ* 2002, m.nt. PMe.

321 Dat geschiedde bij de Wet van 7 april 2005 (*Stb.* 2005, 194), die op 1 juli 2005 in werking is getreden.

322 A. Mulder en D.R. Doorenbosch, *a.w.* 2008, p. 96.

323 B.F. Keulen, *a.w.* 1995, p. 175-176.

324 A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 7 WED, aant. 2. Als voorbeelden noemt hij: Hof 's-Hertogenbosch 23 december 2003, *LJN* AO1770 en idem 23 april 2004, *LJN* AO8570. Niettemin is recent de Wet van 12 juni 2009, *Stb.* 2009, 245 aangenomen, waarin de mogelijkheden voor de strafrechter tot het opleggen van een beroepsverbod zijn verruimd bij misdrijven tegen de openbare orde en een aantal financieel economische misdrijven. Ibid.

325 *Kamerstukken II* 1947-1948, 603, nr. 3, p. 13. Zie nader: A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 7 WED, aant. 3.

326 Zie nader: A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 7 WED, aant. 4.

trekken, aangezien daartoe slechts het orgaan dat de vergunning (of ontheffing) heeft verleend bevoegd is.[327] Tot slot kan de rechter in alle zaken betreffende economische delicten die in een veroordeling uitmonden 'openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak' gelasten, hetgeen in artikel 7 onder g WED als bijkomende straf is geregeld. Van deze variant van 'naming and shaming' kan voor de betrokken onderneming zeer belastend zijn, maar kan tegelijkertijd concurrenten een zekere genoegdoening verschaffen die passend is in geval de delinquent zich schuldig maakte aan marktbederf.[328]

6.4.4 Maatregelen

De maatregelen die op grond van artikel 8 WED kunnen worden opgelegd, zijn in de eerste plaats de maatregelen zoals genoemd in Titel IIA van Boek I Sr (artikel 8 onder a WED), waarbij het voor zover hier relevant (onder andere) gaat om de maatregelen van onttrekking aan het verkeer van in beslag genomen voorwerpen, ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. Voorts kan onderbewindstelling van de onderneming van de veroordeelde worden opgelegd, welke maatregel er met name toe strekt al te zorgeloze ondernemers in het gareel te dwingen. In de praktijk blijkt zij evenwel zelden te worden toegepast.[329] Tot slot kan worden gewezen op de maatregel van 'reparatio in integrum', oftewel: het opleggen van de verplichting tot verrichting van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, tenietdoening van hetgeen wederrechtelijk is verricht en verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander (artikel 8 onder c WED). Tenzij de rechter anders bepaald zijn de kosten daarbij voor de veroordeelde.[330]

6.5 Slot

In het bovenstaande is een uiteenzetting gegeven van de duale handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector, waarbij de bestuursrechtelijke handhaving het uitgangspunt vormt. Sterker nog: van strafrechtelijke handhaving van de Wtt is tot op heden geen sprake geweest. Niettemin wordt bij de handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van de trustsector aan het strafrecht een functie toebedeeld. Aan de hand van de in dit hoofdstuk beschreven ontwikkelingen in de financiële toezichtwetgeving is op te maken dat het aanvankelijk gaat om een 'aanvullende functie', een *ultimum remedium*. Gedacht werd in het bijzonder aan die gevallen waarin de rechtsorde in ernstige mate zou zijn geschokt (subparagraaf 6.2.2 'Wet tot Invoering Last onder Dwangsom en Bestuurlijke Boete'). De keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële toezichtwetgeving is meerdere malen in conceptuele zin aan de orde gesteld. Strafrechtelijke handhaving zou volgens één van de 'globale uitgangspunten' genoemd in de notitie *De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor* in ieder geval in aanmerking komen indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een 'opsporingsfase' met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geeft.[331] De ruimte die de hierbij gebruikte indicatoren openlieten voor de toepassing van het strafrechtelijke, dan wel het bestuursrechtelijke sanctiestelsel zijn redengevend geweest om met een nieuwe kabinetsnota te komen, waarin meer richting werd gegeven, te weten de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*. Een belangrijk onderscheidend criterium dat in de kabinetsnota wordt geïntroduceerd is onderscheidend

---

327 In voorkomend geval blijft de veroordeelde derhalve in bezit van een vergunning (of ontheffing), maar wanneer hij daarvan in weerwil van de opgelegde bijkomende straf (van artikel 7 onder f WED) gebruik van zou maken, begaat hij het economisch misdrijf van artikel 33 WED. Zie nader: A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 7 WED, aant. 5.

328 A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 7 WED, aant. 6.

329 A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 8 WED, aant. 1 en 2.

330 Indien de veroordeelde weigert aan de door de rechter opgelegde verplichting te voldoen, maakt zich opnieuw schuldig aan een economisch delict. A.R. Hartmann 2010 (*T&C Sr*), art. 8 WED, aant. 3. Zie ook: HR 10 januari 1995, M en R 1995, nr. 92.

331 *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 849, nr. 30, p. 2 e.v.

criterium van de ‘besloten context’ en de ‘open context’, waarbij *als uitgangspunt* geldt dat in de besloten context de voorkeur voor het bestuursrecht wordt uitgesproken en in de open context de voorkeur voor het strafrecht. Vanuit dit uitgangspunt bezien zal bij de handhaving van de Wtt enerzijds het bestuursrecht de voorkeur verdienen voor zover het betreft de handhaving van deze wet ten aanzien van de besloten context van de gereguleerde trustsector en anderzijds juist het strafrecht voor zover het betreft de trustkantoren die buiten deze besloten context opereren, te weten de illegale en de virtuele trustkantoren.

VII SLOTBESCHOUWING

VII SLOTBESCHOUWING

7.1 Strafrechtelijke handhaving van integriteitwetgeving betreffende trustkantoren

Hoewel op basis van de Wet op de Economische Delicte de mogelijkheid wordt geboden om de (op 1 maart 2004 in werking getreden) Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt) *strafrechtelijk* te handhaven, moet worden geconstateerd dat er tot op heden geen jurisprudentie is (gepubliceerd), waaruit kan worden opgemaakt dat daadwerkelijk van deze handhavingsmogelijkheid gebruik is gemaakt. Over de strafrechtelijke handhaving van de Wtt, evenals van de op deze wet gebaseerde Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt), is dan ook weinig bekend. Hetzelfde kan worden gezegd over de strafrechtelijke handhaving bij trustkantoren van de twee andere integriteitswetten – die op zichzelf, maar ook op basis van normstellingen in (artikel 10 van) de Wtt die in de Rib Wtt zijn uitgewerkt op hen van toepassing zijn – te weten de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de Sanctiewet 1977. Hoewel bij de handhaving van de hier genoemde financiële wet- en regelgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector is voorzien in de mogelijkheid van 'duale handhaving', lijkt het er op (nogmaals: op basis van de *gepubliceerde* jurisprudentie) dat van de geboden mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving vooralsnog géén gebruik wordt gemaakt. Althans, niet zodanig dat dit tot *strafrechtelijke* jurisprudentie heeft geleid. Bestuursrechtelijke handhaving vormt dan ook zonder enige twijfel het uitgangspunt. De vraag is echter of en zo ja in welke gevallen strafrechtelijke handhaving thans toch nog een (zinvoller) alternatief zou kunnen bieden. Een andere mogelijkheid zou zijn om de mogelijkheid van strafrechtelijke handhaving – aangezien hiervan toch geen gebruik wordt gemaakt – te schrappen.

7.2 Misbruik van trustkantoren

Op welke wijze speelt het misbruik van Nederlandse trustkantoren zich in de praktijk af? Er is thans zonder meer een gebrek aan kennis over de wijze waarop (en de mate waarin) Nederlandse trustkantoren en de door hen beheerde doelvennootschappen worden misbruikt voor witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude) en terrorismefinanciering. De eerste onderzoeksvraag naar de wijze waarop het misbruik van Nederlandse trustkantoren zich in de praktijk afspeelt kan dan ook slechts worden behandeld aan de hand van incidentele gevallen, te weten de betrokkenheid van Nederlandse trustkantoren bij de grote fraudezaken als die van Enron en Parmalat, de strafrechtelijke vervolging van het bij Polyvesta Trust Management gevestigde Trafigura Beheer B.V., de strafrechtelijke vervolging van medewerkers van het Amsterdamse trustkantoor First Alliance Trust en de betrokkenheid van een Nederlands trustkantoor (en twee trustkantoren te Curaçao) in de zaak Paarlberg. Alleen van laatstgenoemde strafzaak is een uitspraak – evenals het requisitoir en de pleitnotitie – publiekelijk beschikbaar geworden. In deze zaak merkte de Rechtbank merkte op dat de betrokken 'op zich overigens legale' structuren (waarbij wordt gewerkt met in belastingparadijzen gevestigde vennootschappen, die niet of nauwelijks verplichtingen kennen met betrekking tot het voeren van een administratie en een boekhouding, evenals overigens Zwitserse coderekeningen) maximale mogelijkheden bieden om activiteiten en gegevens te verhullen met betrekking tot onder meer feitelijke zeggenschap, vermogen en geldstromen. Het afgelopen decennium zijn enkele belangrijke internationale rapporten op het terrein van misbruik van trustkantoren verschenen, te weten *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (FATF, 2006), het rapport *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (FATF, 2010) en tot slot *The Puppet Masters* (StAR, 2011). In deze rapporten zijn misbruiktypologieën beschreven, die in het opvolgende rapport steeds verder zijn uitgediept. Het is echter zeer de vraag of deze misbruiktypologieën adequate 'tools' zijn om misbruik van trustkantoren te herkennen. De misbruiktypologieën die in het eerstgenoemde zijn rapport geïdentificeerd, te weten: Typology 1: 'multi-jurisdictional structures of corporate entities and trusts'; Typology 2: 'specialised financial intermediaries/professionals'; Typology 3: 'nominees'; en Typology 4 'shell companies' hebben als nadeel dat zij (in min of meerdere mate) ook bij volkomen legale structuren terug te vinden zijn. In de volkomen legale (fiscale)structuren waarbij Nederlandse trustkantoren de in Nederland

gevestigde doelvennootschap beheren zal immers veelal sprake kunnen zijn companies en trusts die over verschillende jurisdicties zijn verspreid. Voorts zal ook het gebruik van gespecialiseerde professionals en tussenpersonen, evenals nominees en shell companies goed mogelijk zijn bij (volkomen) legale structuren. De strafzaak tegen Paarlberg laat zelf zien dat structuren, waarmee volgens de Rechtbank zou zijn witgewassen, door diezelfde Rechtbank als 'op zich (…) legale structuren' worden aangemerkt. Niettemin blijft overeind dat de mate van anonimiteit als kritieke factor van misbruik moet worden gezien. Deze kritieke factor loopt als een rode draad door de genoemde misbruikrapporten. In het laatstgenoemde rapport wordt niet alleen voortgebouwd op de eerder genoemde (uitgebreide) misbruiktypologieën, tevens wordt het belang onderkend om een 'neus' te ontwikkelen voor 'inappropriate complexity'. Daarnaast wordt een oproep gedaan om een internationaal platform te ontwikkelen om kennis uit te wisselen over de verschillende typen corporate vehicles en structuren, teneinde deze te kunnen doorgronden.

7.3 De Nederlandse wet- en regelgeving is 'partially compliant'

In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd? In deze dissertatie is primair beoogd dat deel van de ontwikkelingsgeschiedenis van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren te behandelen, dat thans in de Nederlandse literatuur onderbelicht is gebleven, te weten het 'beginpunt' en het (huidige) 'sluitstuk' van deze ontwikkeling. De *IMF Staff Assessments* van het OFC Assessment Program, evenals de rapporten van UK Home Office en KPMG, die gezamenlijk het beginpunt van de ontwikkeling van deze internationale standaarden vormen, zijn uitvoerig behandeld en laat ik nu rusten. In de tweede plaats is behandeld in hoeverre de Nederlandse wet- en regelgeving op dit terrein voldoet aan de huidige internationale standaarden. Ten tijde van het ter perse gaan van deze dissertatie zal de aandacht met name zijn gericht op het voldoen aan de door de FATF opgelegde standaarden, zoals recent bekrachtigd in het evaluatierapport *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands*. In het rapport zijn als gezegd kritische kanttekeningen geplaatst over enkele bepalingen in de wetgeving betreffende trustkantoren, evenals het meldgedrag van trustkantoren ten aanzien van het melden van ongebruikelijke transacties. Op beide onderdelen scoorde Nederland in het rapport als beoordeling 'Partially Compliant', wat volgens de FATF betekent dat: 'The country has taken some substantive action and complies with some of the essential criteria.' In hoofdstuk 4 zijn de door de FATF geconstateerde tekortkomingen uitgebreid behandeld. Ook is ingegaan op de mijns inziens geringe onderbouwing van het verwijt aan de trustkantoren met betrekking tot het meldgedrag bij ongebruikelijke transacties. De kritiek van de FATF op het terrein van de wet- en regelgeving met betrekking tot 'Customer Due Diligence' en 'Suspicious Transaction Reporting' kan niet echt een verassing zijn geweest, aangezien zij is terug te voeren op de eisen die hieraan in de FATF 40 Recommendations en de 'derde witwasrichtlijn' worden gesteld.

7.4 Duale handhaving

Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand? De uitgangspunten die in de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* zijn beschreven geven thans de enige richtsnoeren bij de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt, aangezien het Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties op geen enkele wijze inzicht geeft op welke wijze deze keuze bij de handhaving van de Wtt tot stand komt. Om tot een keuze voor een sanctiestelsel te komen dient volgens de Kabinetsnota in de eerste plaats te worden bezien of sprake is van een 'besloten context' (bestuursrechtelijke handhaving), dan wel een 'open context' (strafrechtelijke handhaving). Indien sprake is van een 'gemengde context' kan deze, in het geval de feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, worden aangemerkt als 'besloten context'. Heeft feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen 'ongericht' toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een 'open context', alsook indien niet aan de vereisten van een

‘besloten context’ wordt voldaan. Het hier gehanteerde onderscheid zou mijns inziens kunnen worden doorgevoerd in de wijze waarop de Wtt ten aanzien van ‘illegale trustkantoren’ en ‘virtuele trustkantoren’ kan worden gehandhaafd. Beide categorieën plaatsen zich door hun dienstverlening immers bewust buiten de gereguleerde ‘besloten context’. De bevoegdheden die DNB ter beschikking staan om tegen deze trustkantoren op te treden schieten bovendien tekort. Voorts voldoet DNB zonder meer aan de bij een ‘besloten context’ vereiste professionaliteit in handhaving en sanctionering, die ten aanzien van de toezichthouder wordt gesteld. Dwingende bijzondere redenen als rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met georganiseerde misdaad zouden volgens de Kabinetsnota alsnog in de richting van strafrechtelijke handhaving kunnen wijzen, alsook de inzet van zware sancties. Als het echter gaat om geconstateerde strafbare feiten die samenhangen met het misbruik van trustkantoren die men met de Wtt tracht te voorkomen, zal men aan bovenstaand gedachtenschema niet eens toekomen, omdat het dan gaat om (commune) strafbare feiten (zoals witwassen). Bij de handhaving van de Wtt zal mogelijk de inzet van zware sancties nodig kunnen zijn. Zolang het echter slechts tekortkomingen met betrekking tot de bedrijfsvoering van het trustkantoor zijn, kan dit niet voldoende grond vormen voor de behoefte aan vrijheidsbenemende sancties of zware dwangmiddelen die in de richting van strafrechtelijke sanctionering zouden wijzen.

SAMENVATTING

Hoofdstuk 1 Inleiding
In hoofdstuk 1 is de (directe) *aanleiding* tot het onderzoek behandeld. Op 1 maart 2004 is de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) in werking getreden. Sinds de inwerkingtreding van deze wet is het 'vanuit een vestiging in Nederland' werkzaam zijn als trustkantoor een vergunningplichtige activiteit en staat het trustkantoor (nadat de vergunning is verleend) onder toezicht van De Nederlandsche Bank (DNB), die in deze wet als toezichthouder is aangewezen. Met de inwerkingtreding van de Wtt heeft een belangrijk deel van de (op dat moment reeds bestaande) gedragsregels binnen de trustsector een wettelijke basis verkregen.

Trustkantoren zijn op grond van de Wtt verplicht zich te vergewissen van de identiteit en de intenties van hun cliënten. Dit betekent dat het trustkantoor zijn cliënt moet kennen en onderzoek moet doen naar de herkomst van het vermogen, evenals de herkomst en de bestemming van de (door het trustkantoor beheerde) rechtspersoon of vennootschap van de cliënt, het doel van (de relevante delen van) de concernstructuur waar de beheerde entiteit deel van uitmaakt en ten slotte onderzoek naar wie de 'uiteindelijk belanghebbende' is – ofwel: de 'ultimate beneficial owner', de 'ubo'. Deze actieve en onderzoekende rol die trustkantoren in de Wtt is toebedeeld wordt aangeduid als de rol van 'poortwachter'. Het geheel van de (wettelijke) verplichtingen wordt de 'poortwachterfunctie' genoemd: trustkantoren dienen iedere nieuwe cliënt nauwkeurig te onderzoeken, alvorens zij de cliënt toegang verlenen tot de Nederlandse financiële markten. Ook nadat toegang is verleend, wordt van het trustkantoor verwacht dat het de cliënt doorlopend zal monitoren. Hiermee is gekozen voor 'toezicht op het niveau van de dienstverlener' (volledigheidshalve: *niet* op het niveau van de door het trustkantoor beheerde doelvennootschap). Het toezicht van DNB is hierbij gericht op het trustkantoor en niet op de door het trustkantoor beheerde doelvennootschap.

Op basis van de Wtt staan DNB ingrijpende bevoegdheden ter beschikking. Naast genoemde vergunningplicht, waarbij DNB over bevoegdheden beschikt om antecedentenonderzoek naar bestuurders van trustkantoren te verrichten en hen (thans) op betrouwbaarheid te toetsen, kan DNB regels stellen met het oog op een integere bedrijfsvoering, zoals is geschied in de Regeling integere bedrijfsvoering Wet toezicht trustkantoren (Rib Wtt). Voorts heeft DNB een vergaande inlichtingenbevoegdheid, waarbij onder andere aan het trustkantoor inlichtingen kunnen worden gevraagd, dat vervolgens op basis van een inlichtingenplicht gehouden is binnen een door DNB vast te stellen redelijke termijn deze inlichtingen te verstrekken. Deze inlichtingenbevoegdheid geldt ook ten aanzien van de cliëntacceptatiedossiers en kan bovendien steekproefsgewijs worden genomen in (geanonimiseerde) cliëntdossiers van de door het trustkantoor beheerde rechtspersonen of vennootschappen.

Het primaat van bestuursrechtelijke handhaving van de Wtt
Naast bovengenoemde bevoegdheden kan DNB handhavend optreden: de Wtt kent het voor toezichtwetgeving gebruikelijke bestuursrechtelijke handhavingsarsenaal, te weten de dwangsom en de bestuurlijke boete, alsook de aanwijzingsbevoegdheid en het ter openbare kennis brengen van bepaalde feiten ('naming and shaming'). Op basis van artikel 1 onder 2 van de Wet op de Economische Delicten (hierna: WED) wordt ter zake van de overtreding van dezelfde voorschriften als genoemd in artikel 20 en 21 Wtt, op basis waarvan een dwangsom respectievelijk een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, de mogelijkheid geboden om de Wtt *strafrechtelijk* te handhaven. Uitgaande van de (gepubliceerde) jurisprudentie kan worden geconstateerd dat van deze mogelijkheid niet (of nauwelijks) gebruik wordt gemaakt.

Eerste probleemstelling
In verband met laatstgenoemde constatering is van belang dat de Wtt – die tot doelstelling heeft door middel van regulering van de trustsector 'de integriteit van het financiële stelsel te bevorderen' – (met haar doelstelling) een bijdrage beoogt te leveren aan het tegengaan van witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude). Er is thans echter zonder meer een gebrek aan kennis over de wijze waarop (evenals overigens de mate waarin) Nederlandse trustkantoren en de

door hen beheerde doelvennootschappen daadwerkelijk voor bovengenoemde activiteiten worden misbruikt. Een beargumenteerde keuze tussen beide handhavingssystemen kan mijns inziens slechts zinvol tot stand komen op basis van inzicht in het misbruik dat met de Wtt wordt beoogd tegen te gaan. De eerste probleemstelling van het onderzoek luidt derhalve: 'Op welke wijze speelt het misbruik van Nederlandse trustkantoren zich in de praktijk af?'

Tweede probleemstelling
Ten tijde van de totstandkoming van de Wtt ontbrak het aan Europese regels op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. Bij de vormgeving van de Wtt is volgens de MvT van deze wet 'rekening gehouden' met 'de stand van zaken van de discussie in de OESO en de FATF' over het tegengaan van witwassen en financiering van terroristische misdrijven. In dit verband wordt in de MvT aangekondigd dat zowel gedurende het wetgevingstraject als daarna de internationale ontwikkelingen op dit terrein zullen worden gevolgd. De tweede probleemstelling behelst de vraag in hoeverre de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren thans voldoet aan de internationale standaarden, nu deze zich in het afgelopen decennium steeds verder hebben ontwikkeld. Bovendien moet worden opgemerkt dat de ontwikkeling van deze standaarden in de literatuur thans slechts ten dele is beschreven. De tweede probleemstelling in dit onderzoek luidt derhalve: 'In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd?'

Derde probleemstelling
Hierboven is aangestipt dat de handhaving van de Wtt zowel strafrechtelijk als bestuursrechtelijk kan geschieden. Deze situatie in de wetgeving, waarbij er voor is gekozen om het sanctioneren van een gedraging zowel door middel van een bestuurlijke sanctie (met name de bestuurlijke boete), als door middel van een strafrechtelijke sanctie mogelijk te maken, wordt in de literatuur en de kamerstukken aangeduid als 'dubbele handhaving', ook wel 'duale handhaving' genoemd. Als gezegd is evenzeer sprake van duale handhaving bij de Wwft en de Sanctiewet 1977. Deze wetten zijn op zichzelf, maar ook op basis van normstellingen in (artikel 10 van) de Wtt die in de Rib Wtt zijn uitgewerkt, op trustkantoren van toepassing. Met andere woorden: de verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 kunnen middels de Wtt worden gehandhaafd. Het uitgangspunt bij de handhaving van beide laatstgenoemde wetten verschilt echter van die bij de handhaving van de Wtt. Bij de handhaving van de Wwft is niet het bestuursrecht, maar juist het strafrecht het uitgangspunt. Ook bij de handhaving van de Sanctiewet 1977 is strafrechtelijke handhaving van oudsher het uitgangspunt. Hierin is verandering gebracht sinds de wetswijziging van 7 juni 2002, met het oog op de internationale verplichtingen gericht op de bestrijding van terrorisme en uitbreiding van het toezicht op de naleving van financiële sanctiemaatregelen. Sinds deze wetswijziging hebben de normadressaten van de Sanctiewet 1977 evenzeer rekening te houden met de gevolgen van het bestuurlijke toezicht op de naleving van deze wet. De nadruk wordt hierbij gelegd op het bestuursrecht. Indien de verplichtingen van de Wwft en de Sanctiewet 1977 middels de Wtt worden gehandhaafd, is bestuursrechtelijke handhaving als gezegd het uitgangspunt. Als gezegd lijkt van strafrechtelijke handhaving van de Wtt tot op heden geen sprake te zijn. Het belang van inzicht in de wijze waarop hierbij de keuze voor een sanctiestelsel tot stand komt, laat zich hierdoor te meer gevoelen. De derde probleemstelling luidt dan ook: 'Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand?'

Hoofdstuk 2 De Nederlandse trustsector
In het tweede hoofdstuk wordt de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening uitgediept. Deze verdiepingsslag strekt ter inleiding op de behandeling van de eerste probleemstelling (in hoofdstuk 3), waarbij het misbruik van de dienstverlening van (Nederlandse) trustkantoren centraal staat. Voor een goed begrip is aangevangen met een behandeling van de geschiedenis en het ontstaan van de Nederlandse trustsector. Het gaat hierbij om een onderwerp waarover in de Nederlandse literatuur weinig is geschreven en waarover bovendien verschillend wordt gedacht. In oude dissertaties over de rechtsfiguur van de (Anglo-Amerikaanse) 'trust' in verhouding tot het Nederlandse recht wordt (onder andere) het instituut van de trustee bij obligatieleningen behandeld, waarbij (in één van deze dissertaties, te weten die van Booy) enkele alinea's zijn gewijd aan de dienstverlening van trustkantoren, die omstreeks 1890 in Nederland een aanvang zou hebben genomen. De andere

(leidende) visie op het ontstaan van de Nederlandse trustsector beziet het ontstaansmoment vanuit het perspectief van de (huidige) dienstverlening. Het gaat derhalve niet om de vraag vanaf welk moment er activiteiten in Nederland onder de noemer van 'trustkantoor' hebben plaatsgevonden, maar om de vraag vanaf welk moment deze trustkantoren diensten zijn gaan verrichten die (thans) tot de dienstverlening van de 'moderne' Nederlandse trustsector worden gerekend. Volgens de Stichting Economisch Onderzoek (SEO) en het Ministerie van Financiën is de ontwikkeling van de trustsector in Nederland in de vroege jaren tachtig van de vorige eeuw begonnen door haar betrekkingen met de (voormalige) Nederlandse Antillen en met het eiland Curaçao in het bijzonder. Lugard heeft er in dit verband op gewezen dat de geboorte van de trustbranche zoals wij die nu kennen al voor de Tweede Wereldoorlog op Curaçao heeft plaatsgevonden: de oorlogsdreiging deed verschillende statutair in Nederland gevestigde internationale bedrijven besluiten hun zetel naar de Nederlandse Antillen te verplaatsen. Sinds de Tweede Wereldoorlog voerde de Nederlands Antilliaanse overheid officieel beleid om een gunstig belastingklimaat te creëren voor het oprichten en vestigen van ondernemingen.

Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat

De opkomst en het succes van de Nederlandse trustsector wordt eveneens verklaard vanuit het (Nederlandse) gunstige vestigingsklimaat. De aantrekkelijkheid van Nederland als vestigingsland is voor het belangrijkste deel gelegen in het concurrerende *fiscale* vestigingsklimaat. De bekendste factoren die hieraan hebben bijgedragen, zijn het omvangrijke Nederlandse belastingverdragennetwerk, de deelnemingsvrijstelling, de rulingpraktijk en het ontbreken van bronbelasting op rente en royalty's. In de literatuur wordt dit 'internationaal concurrerende vestigingsklimaat' van Nederland als de basis van de Nederlandse trustsector gezien. In dit vestigingsklimaat heeft zich sinds de vroege jaren tachtig een omvangrijke en professionele trustsector kunnen ontwikkelen. Om van dit vestigingsklimaat gebruik te kunnen maken, worden in veel internationale structuren één of meer Nederlandse rechtspersonen of vennootschappen tussengevoegd. Trustkantoren zijn betrokken bij het opzetten en onderhouden van deze structuren en het voeren van beheer over de Nederlandse vestigingen binnen deze internationale concernstructuur. Laatstgenoemde dienstverlening is bovendien relevant om ervoor te zorgen dat aan de vereisten van een 'reële aanwezigheid' – oftewel: 'substance' – wordt voldaan. In het kwalitatief empirisch onderzoek gepubliceerd in het EITC-rapport (2009) is naar voren gekomen dat de bij Nederlandse trustkantoren gevestigde houdstervennootschappen, royaltyvennootschappen en financieringsmaatschappijen aan hieronder te noemen vereisten van 'substance' dienen te voldoen (het gaat hier om vennootschappen in de meest voorkomende fiscale structuren, te weten: de houdsterstructuur, de royalty structuur en de financieringsstructuur). Bij de benodigde 'substance' gaat het om de volgende vereisten, die in de bijlage van het Besluit van 11 augustus 2004 (nr. IFZ2004/126M) zijn opgenomen, te weten: 1. Ten minste de helft van het totaal aantal statutaire en beslissingsbevoegde bestuursleden woont of is feitelijk gevestigd in Nederland; 2. De in Nederland wonende of gevestigde bestuursleden beschikken over de benodigde professionele kennis om hun taken naar behoren uit te voeren. Tot de taken van het (gezamenlijke) bestuur behoren minimaal de besluitvorming - op basis van de eigen verantwoordelijkheid van de rechtspersoon en binnen het kader van normale concernbemoeienis - over door de rechtspersoon te sluiten transacties, alsmede het zorgdragen voor een goede afhandeling van de afgesloten transacties. De rechtspersoon beschikt over gekwalificeerd personeel (eigen dan wel van derden) ter adequate uitvoering en registratie van de door de rechtspersoon af te sluiten transacties; 3. De (belangrijke) bestuursbesluiten dienen in Nederland te worden genomen; 4. De (hoofd)bankrekening van de rechtspersoon wordt in Nederland aangehouden; 5. De boekhouding wordt in Nederland gevoerd; 6. De rechtspersoon heeft – in elk geval tot het toetsmoment – op correcte wijze aan al zijn aangifteverplichtingen voldaan. Dit kan gaan om vennootschapsbelasting (Vpb), loonbelasting (LB), omzetbelasting (OB), etc.; 7. Het vestigingsadres van de rechtspersoon is in Nederland. De rechtspersoon wordt, naar beste weten van de vennootschap, niet (tevens) in een ander land als fiscaal inwoner beschouwd; 8. De rechtspersoon heeft minimaal een bij de door de rechtspersoon verrichte functies (waarbij rekening wordt gehouden met de gebruikte activa en de gelopen risico's) passend eigen vermogen. De door DNB omschreven 'basisdienstverlening' van trustkantoren (te weten 'het beheer van vennootschappen die om verschillende redenen (waaronder fiscale) in Nederland zijn gevestigd, in opdracht van buitenlandse aandeelhouders van deze vennootschappen') evenals de door SEO aangewezen 'basis trustdiensten' (te weten:

domicilieverlening, managementdiensten en administratieve diensten), zijn mijns inziens dan ook in essentie gericht op het uitvoeren van (bovengenoemde) vereisten waaraan moet zijn voldaan voor een 'reële aanwezigheid' ('substance') van de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij ('doelvennootschap'). Deze visie is overgenomen in het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* van het Ministerie van Financiën. Hiermee is overigens niet gezegd dat de dienstverlening van trustkantoren in de praktijk niet meer zou kunnen omvatten dan het ervoor zorgen dat door de in Nederland gevestigde vennootschap of houdstermaatschappij aan de vereisten van 'substance' wordt voldaan. In dit verband moet worden gewezen op het omvangrijke aanbod van diensten, waarbij veelal een hoge mate van specialisatie is vereist.

Een randverschijnsel: trustkantoren die het toezicht ontwijken
Naast de hierboven behandelde gereguleerde Nederlandse trustsector is bij onderzoek van DNB en door mij verricht onderzoek (gepubliceerd door het EITC) een groep trustkantoren in beeld gekomen die bewust het toezicht van DNB ontwijkt. Het gaat hierbij om een klein gedeelte van de door DNB ontdekte 'illegale trustkantoren' en (een nog onbekend aantal) 'virtuele trustkantoren', die als gezegd in het EITC-rapport voor het eerst zijn beschreven. Begin 2007 is uit onderzoek van DNB en signalen uit de markt gebleken dat er vanuit Nederland trustkantoren actief waren die niet over de vereiste vergunning beschikten en dus als 'illegaal trustkantoor' werden aangemerkt. DNB ontdekte dat advocaten, accountants en belastingadviseurs in sommige gevallen naast de eigenlijke werkzaamheden ook trustdiensten verrichten, waarbij het voornamelijk gaat om 'het optreden als bestuurder' en 'het verlenen van domicilie'. Het merendeel van deze 'illegale trustkantoren' heeft te kennen gegeven zich niet bewust te zijn geweest dat zij met hun bijkomende dienstverlening in overtreding waren en is 'welwillend' ten aanzien van DNB. Een klein gedeelte van deze groep 'illegale trustkantoren' verleent geen of weinig medewerking en probeert relevante informatie voor DNB achter te houden. Dit 'toezicht-ontwijkende gedrag' is eveneens waar te nemen bij de 'virtuele trustkantoren'. De dienstverlening van laatstgenoemde trustkantoren bevindt zich in een schemergebied. Net als 'illegale trustkantoren' die het toezicht ontwijken, verrichten 'virtuele trustkantoren' zonder vergunning van DNB trustdiensten aan Nederlandse cliënten. Het verschil is echter gelegen in de wijze waarop de dienstverlening wordt aangeboden. 'Virtuele trustkantoren' doen het naar buiten toe voorkomen of zij slechts vanuit een buitenlandse vestiging werkzaam zijn en dus niet vanuit een vestiging in Nederland hun diensten verlenen. Hiermee wordt ingespeeld op het 'vestigingsvereiste' van de Wtt: zolang geen sprake is van een 'vestiging' van het kantoor in Nederland, valt het trustkantoor niet onder de vergunningplicht (artikel 2 lid 1 Wtt) en kan het trustkantoor derhalve het toezicht ontwijken.

Hoofdstuk 3 Misbruik van trustkantoren
In het tweede hoofdstuk is de Nederlandse trustsector en haar dienstverlening behandeld. Tevens is ingegaan op het randverschijnsel van de trustkantoren die buiten het kader van de gereguleerde trustsector opereren, te weten de 'illegale trustkantoren' en 'virtuele trustkantoren'. Aansluitend wordt in hoofdstuk 3 de eerste probleemstelling behandeld, te weten: *'Op welke wijze kan misbruik worden gemaakt van (de dienstverlening van) trustkantoren?'* Volgens de *Nota Integriteit Financiële Sector en Terrorismebestrijding* moet onder misbruik van trustkantoren worden verstaan: het witwassen van gelden, de financiering van terrorisme en fiscale fraude. In de MvT van de Wtt wordt in dit verband gewezen op (het tegengaan van) het witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden verkregen uit corruptie of fiscale fraude) via in Nederland gevestigde rechtspersonen en vennootschappen.

Misbruik van trustkantoren: stand van de internationale kennis op dit terrein
Het afgelopen decennium is de kennis van 'misuse of trust and company service providers' op internationaal niveau aanzienlijk toegenomen. Aan de hand van de FATF-rapporten *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (FATF, 2006) en *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (FATF, 2010) en het recenter verschenen rapport *The Puppet Masters* (StAR, 2011) wordt de stand van de internationale kennis op het terrein van misbruik van trustkantoren beschreven aan de hand van misbruiktypologieën, alsook enkele 'red flags' en indicatoren van misbruik. De rapporten laten een duidelijke ontwikkeling van de kennis van misbruik zien. De vier typologieën die in het eerste rapport zijn beschreven, zijn in het tweede rapport

uitgebreid tot zeven typologieën, die in dit rapport nader zijn uitgewerkt en tevens onderverdeeld in drie subcategorieën. Uit het derde rapport spreekt bovendien de gevoelde behoefte om de ratio achter de complexe structuren te kunnen doorgronden.

Misbruik van Nederlandse trustkantoren: behandeling aan de hand van incidentele gevallen
De stand van de kennis van misbruik van Nederlandse trustkantoren loopt achter op die van de internationale kennis op dit terrein. In de weinige (Nederlandse) literatuur waarin aandacht wordt besteed aan misbruik van Nederlandse trustkantoren, wordt geconstateerd dat er geen gegevens voorhanden zijn over de vraag of trustkantoren actief betrokken zijn bij genoemde activiteiten (witwassen, terrorismefinanciering en fiscale fraude), zodat de behandeling van dit onderwerp slechts kan plaatsvinden aan de hand van incidentele gevallen. In dit kader zijn de volgende cases behandeld: het boekhoudschandaal van Enron en die bij Parmalat, de strafrechtelijke vervolging van Trafigura Beheer B.V., de strafrechtelijke vervolging van medewerkers van trustkantoor First Alliance Trust (hierna ook: FAT) en de vervolging van Jan Dirk Paarlberg. Bij deze strafzaken is steeds gebruik gemaakt van de dienstverlening van trustkantoren. Vooropgesteld moet worden dat daarmee nog niets is gezegd over de verwijtbaarheid van de betrokken trustkantoren en dat in geen van de genoemde gevallen sprake is geweest van veroordeling van het betrokken trustkantoor.

Hoofdstuk 4 Ontwikkeling van internationale standaarden van 'regulation and supervision of TCPS'
In hoofdstuk 4 is de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld. Met dit hoofdstuk is beoogd te komen tot de beantwoording van de tweede probleemstelling: *'In welke mate heeft de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren geïmplementeerd?'* Hiertoe zijn eerst de belangrijkste internationale initiatieven en documenten behandeld, die de aanzet hebben gegeven tot de ontwikkeling van internationale standaarden op dit terrein. Voorts zijn de belangrijkste internationale instrumenten besproken, die thans op de ontwikkeling van deze standaarden van invloed zijn. Het doel van het hoofdstuk is derhalve tweeledig: in de eerste plaats is het doel kernpunten aan te wijzen, die van invloed zijn geweest op de totstandkoming en de vormgeving van regulering en trusttoezicht in Nederland, dat (voor het belangrijkste deel) in de Wtt zijn basis heeft verkregen. In de tweede plaats is het doel kernpunten te identificeren, die *sinds* de introductie van het trusttoezicht in Nederland bepalend zijn geweest voor de internationale benadering van trustkantoren en de risico's die met hun dienstverlening samenhangen en van invloed zijn op de Nederlandse wet- en regelgeving betreffende trustkantoren.

Een onderbelicht onderwerp in de Nederlandse literatuur
De ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren blijkt in de Nederlandse literatuur thans zeer ten dele te zijn beschreven. Veelal wordt slechts gewezen op publicaties van de OESO en de FATF, die eveneens in de MvT van de Wtt zijn genoemd, te weten *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OESO, 2001) en *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* (FATF, 2002). Zij zijn direct van invloed geweest op de vormgeving van deze wet, met name voor wat betreft de positionering van het trusttoezicht in het overheidsbeleid, de door de FATF in beeld gebrachte diensten voor het onder toezicht plaatsen daarvan en de toezichtmodellen die door de OESO worden genoemd om een gebruiker van de structuur van rechtspersonen uit de anonimiteit te kunnen halen. Frielink heeft daarnaast nog gewezen op het *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*, op basis waarvan het (toenmalige) Financial Stability Forum (het FSF, thans het Financial Stability Board, FSB) aan de OESO heeft verzocht om met aanbevelingen op dit terrein te komen. Van Gorkum en De Carpentier noemen als belangrijkste publicatie in dit verband tevens de *Statement of Best Practice*, die is opgesteld door de Trust and Company Service Providers Working Group van de Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS), waarmee werd bedoeld te voorzien in het hiaat dat in een aantal landen bestond in de regulering en het toezicht betreffende trustkantoren. Het overzicht in de wijze waarop deze internationale standaarden van regulering en toezicht tot ontwikkeling zijn gekomen – evenals hoe bovengenoemde internationale documenten zich ten opzichte van elkaar verhouden – lijkt echter te ontbreken.

Beginpunt: het OFC program van het IMF en de rapporten van UK Home Office en KPMG
Uit het bovenstaande kan worden opgemaakt dat de ontwikkelingsgeschiedenis in de literatuur thans wordt opgepakt bij het bovengenoemde *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* van de gelijknamige werkgroep (van het toenmalige FSF), dat de aanzet heeft gegeven tot de totstandkoming van genoemde rapporten van de OESO en de FATF. Een moeilijkheid bij het duiden van de kernpunten in de ontwikkelingsgeschiedenis is het bepalen van een 'beginpunt', oftewel een 'ijkpunt', vanaf welk moment op internationaal niveau is aangevangen met het specifiek naar de trustkantoren kijken bij de vormgeving van standaarden van regulering en toezicht. In het onderzoek is naar voren gekomen dat uit de eerste *IMF Staff Assessments*, die in het kader van het *OFC Assessment Program* van het IMF tot stand zijn gekomen, kan worden opgemaakt dat in het kort voor deze rapporten verschenen 'Edwards Report' uit 1998, evenals in de KPMG-rapporten uit 2000, volgens het IMF voor het eerst 'general principles' zijn vastgelegd, die door hem zijn aangewezen 'as guides to what can be considered as good practices in these areas.' In het 'Edwards Report' van UK Home Office en in de KPMG rapporten zijn de essentialia van regulering en toezicht betreffende trustkantoren vastgelegd (in uitgangspunten voor overkoepelende wetgeving, in combinatie met specifieke gedragscodes). Het gaat hier om essentialia van trusttoezicht als: het instellen van een toezichthouder, een algehele vergunningplicht voor trustdienstverlening, evenals de bevoegdheden die de toezichthouder hiertoe dienen toe te komen. Ook de keuze voor toezicht op het niveau van de dienstverlener, de 'trust and company service provider' (in plaats van toezicht op de door het trustkantoor beheerde trust of company), vindt haar oorsprong in genoemde rapporten van UK Home Office en KPMG. Doordat het IMF deze heeft onderschreven, hebben deze essentialia internationaal draagvlak verkregen.

Ontwikkeling van internationale standaarden sinds de inwerkingtreding van de Wtt
In hoofdstuk 4 is, naast bovengenoemde internationale instrumenten die in Nederland tot de introductie van het trusttoezicht hebben geleid, ook de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht behandeld, zoals deze *na* de inwerkingtreding van de Wtt heeft plaatsgevonden. De belangrijkste instrumenten zijn achtereenvolgens: de (herziene) *FATF 40 Recommendations*, de *FATF IX Special Recommendations*, het rapport *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In Respect of Trust and Company Service Providers* (OGBS), de Europese richtlijn inzake witwassen en terrorismefinanciering (2005), de *Risk Based Approach Guidance for Trust and Companies Service Providers* (FATF, 2007) en het recent gepubliceerde *Mutual Evaluation Report – Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands* (FATF, 2011), dat thans het sluitstuk vormt van de ontwikkeling van internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren. In laatstgenoemd evaluatierapport heeft zij ten slotte twee kernpunten van kritiek geformuleerd, met betrekking tot 'Customer Due Diligence' en 'Suspicious Transaction Reporting'. De kritiek van de FATF ten aanzien van beide onderwerpen is terug te voeren op de eisen die hieraan in de *FATF 40 Recommendations* en de 'derde witwasrichtlijn' worden gesteld. Het rapport vormt met de bekrachtiging van deze internationale standaarden het sluitstuk van de in dit hoofdstuk beschreven internationale ontwikkeling.

Hoofdstuk 5 Regulering en toezicht
In hoofdstuk 5 is de Nederlandse (financiële) wet- en regelgeving op het terrein van regulering en toezicht betreffende trustkantoren behandeld. In de eerste plaats gaat het hierbij om de Wtt en de op deze wet gebaseerde Regeling integere bedrijfsvoering Wtt (Rib Wtt), waarin de normstellingen in de Wtt met betrekking tot de integere bedrijfsvoering van trustkantoren zijn uitgewerkt. Daarnaast zijn de verplichtingen behandeld die op grond van andere wetten op trustkantoren van toepassing zijn, te weten de Wet ter voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering en de Sanctiewet 1977. Beide laatstgenoemde wetten zijn bovendien – naast de zojuist genoemde koppeling via de Wtt en de Rib Wtt – ook rechtstreeks op trustkantoren van toepassing. De in deze financiële wetgeving vastgelegde normstellingen zijn in hoofdstuk 5 uitgewerkt. Deze 'integriteitswetgeving' vormt het geheel aan wet- en regelgeving waaraan trustkantoren dienen te voldoen en waarop het toezicht van DNB is gericht. In het hoofdstuk wordt de huidige stand van de bevoegdheden beschreven die DNB ter beschikking staan in de uitoefening van het toezicht op trustkantoren. Daar tegenover worden de verplichtingen van trustkantoren op basis van de op hen van toepassing zijn de wet- en regelgeving beschreven.

Hoofdstuk 6 Duale handhaving van de financiële wetgeving ter regulering van trustkantoren
In hoofdstuk 6 wordt de 'duale handhaving' van de financiële wetgeving ter regulering van de Nederlandse trustsector behandeld. Meer specifiek wordt in dit hoofdstuk de vraag behandeld met betrekking tot de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van financiële wet- en regelgeving die geldt ten aanzien van trustkantoren. Hiermee wordt beoogd te komen tot de beantwoording van de derde probleemstelling, welke luidt: *'Op welke wijze komt de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt tot stand?'* De discussie met betrekking tot de (recente) ontwikkelingen die relevant zijn voor de handhaving van financieel recht en de vraag betreffende de keuze voor een sanctiestelsel hierbij is voornamelijk gevoerd vanuit het perspectief van de Wft, die in het financieel recht een centrale plaats inneemt. In hoofdstuk 6 wordt de Wtt als uitgangspunt genomen. Behandeld is wat de ontwikkelingen in de handhaving van financieel recht hebben betekend voor de keuze voor een sanctiestelsel voor overtreding van de Wtt. De eerste relevante ontwikkeling in dit kader is de op 1 januari 2000 in werking getreden Wet tot Invoering van de Last onder Dwangsom en de Bestuurlijke boete (de Wet IDBB). Voordat deze wet in werking was getreden, waren de mogelijkheden voor financiële toezichthouders om handhavend op te treden beperkt tot het geven van een aanwijzing, het opleggen van beperkingen en het verbinden van voorschriften aan een vergunning, die in bepaalde (zeer ernstige gevallen) kon worden ingetrokken. Door deze beperkte mogelijkheden was strafrechtelijke handhaving destijds de enige reële mogelijkheid om sanctionerend op te treden. Door de inwerkingtreding van de Wet IDBB is de mogelijkheid geïntroduceerd tot het opleggen van een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom, als additioneel middel bij de handhaving van regels uit de financiële wetgeving. Aan het strafrecht werd hierbij nog slechts een 'aanvullende en ondersteunende' functie toebedeeld – als *ultimum remedium*. Volgens de evaluatie van deze wet dient ook na de introductie van de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete de strafrechtelijke weg open te staan voor die gevallen waarin 'de rechtsorde in ernstige mate wordt geschokt' en 'waarbij het genoten voordeel bij de overtreding zal worden teruggehaald.' In het evaluatierapport is door de minister toegezegd ter verbetering van het sanctiestelsel een drietal onderwerpen te verdiepen, te weten: de hoogte van de boetebedragen, verhoging van de boete voor veelplegers en individuele boetes voor bestuurders. Deze toezeggingen resulteerden in de *Nota Boetestelsel in financiële wetgeving* (de 'Boetenota'), waarin een integrale wijziging in de financiële wetgeving wordt gepresenteerd. De inhoud van de Boetenota is vertaald in de Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving (de 'Boetewet'). Op basis van bovengenoemde drie onderwerpen is in de Boetenota een aantal uitgangspunten geformuleerd met betrekking tot bestuurlijke beboeting in de financiële sector (die in hoofdstuk 6 zijn beschreven). Uit drie opties voor het omgaan met de systematiek van boetes in de financiële wetgeving wordt gekozen voor de optie welke luidt 'Overgaan op een combinatie van een vaste boetesystematiek met een flexibel stelsel.' De gedachte is dat de kwaliteit van handhaving wordt verbeterd, doordat bij 'zwaardere' overtredingen rekening kan worden gehouden met 'alle omstandigheden van het geval', waarbij op basis van het toepasselijke flexibele stelsel rekening houdend met deze omstandigheden een 'gemotiveerde, gedegen en genuanceerde boete' kan worden bepaald. Voor de 'lichtere' overtredingen biedt het toepasselijke vaste stelsel volgens de nota het voordeel van efficiëntie en zekerheid (zowel voor de toezichthouder als voor betrokken partijen). Ten aanzien van het tweede aandachtspunt (de verhoging van de boete voor veelplegers) diende in de wetgeving specifieke bepalingen te worden opgenomen, die een verhoging van de vaste boete opleveren als de overtreder reeds eerder is bestraft voor een soortgelijke overtreding of als de overtreder binnen een bepaalde periode meerdere overtredingen heeft gepleegd. Met de inwerkingtreding van de Boetewet is de Wtt op dit punt aangepast, met name in de recidivebepaling van artikel 22 lid 1 Wtt. Het aandachtspunt van de mogelijkheid van individuele boetes voor bestuurders is opgepakt met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Awb. Op basis daarvan kunnen bestuurlijke boetes ook worden opgelegd aan hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, zo vloeit voort uit artikel 5:1 Awb. Lid 3 van laatstgenoemd artikel bepaalt dat overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en dat artikel 51 lid 2 en 3 Sr van toepassing is. Dit betekent dat sinds de inwerkingtreding van de Vierde tranche Awb (op 1 juni 2009) de financiële toezichthouders de bevoegdheid hebben verkregen om ook een bestuurlijke boete op te leggen aan individuele personen, die opdracht hebben gegeven tot de overtreding of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. De wetgever heeft met de Vierde tranche derhalve strafrechtelijke begrippen en

beginselen het bestuursrecht binnengehaald (die in hoofdstuk 6 uitgebreid zijn behandeld). Met het bovenstaande is onmiskenbaar een accentverschuiving naar bestuursrechtelijke handhaving waarneembaar: in de Boetenota wordt opgemerkt dat met de invoering van de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving is beoogd de bestuurlijke handhaving te verbeteren en een accentverschuiving te bewerkstelligen van strafrechtelijke naar bestuursrechtelijke handhaving. Op de verhouding van bestuursrechtelijke ten opzichte van strafrechtelijke handhaving wordt in de nota nauwelijks ingegaan. Er wordt slechts op gewezen dat de mogelijkheid tot strafrechtelijke afdoening blijft bestaan aangezien overtredingen van financiële wetgeving in 'sommige gevallen' (zoals het geval is bij de Wtt) eveneens strafbaar zijn gesteld in de WED. Volgens de nota kan het in gevallen waarbij 'normen worden overtreden die elementaire belangen betreffen' en waarbij 'de rechtsorde ernstig is geschokt' nodig zijn om 'een gevangenisstraf op te leggen of andere strafrechtelijke dwangmiddelen te gebruiken.'

Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel
Een conceptueel kader bij de keuze voor een sanctiestelsel is (pas) aan de orde gesteld in de notitie *'De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor'* en de hierop volgende *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel*.

'De keuze tussen een sanctiestelsel en de betekenis van het Wetsvoorstel OM-afdoening daarvoor'
In eerstgenoemde notitie worden de navolgende 'globale uitgangspunten' gehanteerd. *Strafrecht* komt in ieder geval in aanmerking indien de aard van het strafbare feit, de ernst van de overtreding, de samenhang met andere strafbare feiten of de behoefte aan een 'opsporingsfase' met bijbehorende dwangmiddelen en de opsporingsbevoegdheden daartoe aanleiding geven. *Bestuursrecht* komt in ieder geval in aanmerking indien de overtreding eenvoudig is vast te stellen, er geen behoefte is aan een opsporingsfase met bijbehorende dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden en er geen straffen nodig zijn, ook niet ter afschrikking. Aan bovengenoemde globale uitgangspunten is in de notitie invulling gegeven in de vorm van 'indicatoren' ofwel 'aanwijzingen', waarin deze uitgangspunten zijn uitgewerkt. Deze indicatoren zijn onderverdeeld in de volgende thema's: de gewenste sancties, de ernst van de overtreding, de behoefte aan bevoegdheden en de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering. Concluderend en samenvattend is op grond van bovenstaande globale uitgangspunten uit de notitie het volgende beeld ontstaan bij de keuze van een sanctiestelsel. Op grond van het thema van *'de gewenste sanctie'* wijzen achtereenvolgens de wenselijkheid om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende of vrijheidsbeperkende straf (indicator 5), de wenselijkheid van punitieve sancties (indicator 6), en de omstandigheid dat overtreding van de publiekrechtelijk te handhaven norm feitelijk met geweldstoepassing of het toebrengen van schade aan individuele personen gepaard gaat (indicator 8) in de richting van strafrechtelijke handhaving. De wenselijkheid van reparatoire sancties (indicator 7) wijst daarentegen naar toepassing van het bestuursrecht. Op grond van het thema *'de ernst van de normovertreding'* wijzen ernstige normovertredingen (indicator 9) en de behoefte aan de mogelijkheid van openbare berechting (indicator 10) naar toepassing van strafrechtelijke handhaving. Op basis van (in indicator 11) genoemde contra-indicaties voor bestuursrechtelijke handhaving door decentrale overheden kan voor strafrechtelijke handhaving worden gekozen. Ingeval wordt gekozen voor bestuursrechtelijke handhaving, dient de handhaving te geschieden door een landelijk functionerend orgaan. Het thema *'de behoefte aan bevoegdheden'* leert dat toepassing van het strafrecht geïndiceerd is indien ingrijpende dwangmiddelen of opsporingsbevoegdheden nodig zijn, met name bij die toepassing van die bevoegdheden waarbij ingrijpende inbreuken op grondrechten worden gemaakt (indicator 12). Daarnaast is het strafrecht aangewezen indien sprake is van de contra-indicatie voor het gebruik van een bestuurlijke sanctie die inhoudt dat in de praktijk te verwachten valt dat oplegging van een sanctie alleen geëffectueerd kan worden met een strafrechtelijke sanctie (indicator 13). Indien geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn voor de vaststelling van de feiten én verwacht mag worden dat geen rechterlijk oordeel zal worden ingeroepen over de sanctie en de toegepaste bevoegdheden, zijn dit indicatoren voor toepassing van bestuursrechtelijke handhaving in de zin van een bestuurlijke boete (indicator 14). Tot slot is uit het thema van *'de inzet van een bestuursorgaan bij de sanctionering'* te concluderen dat de bij een bestuursorgaan voorhanden zijnde deskundigheid of aanwezige menskracht, indien betrokkenheid van het OM niet nodig is en er overigens geen indicaties voor toepassing van het strafrecht zijn, een indicatie voor de toepassing van bestuursrechtelijke rechtshandhaving opleveren (indicator 15). Voor

het strafrecht zijn drie modaliteiten van toepassing (eveneens indicator 15), die verband houden met de mate van betrokkenheid van het OM bij de (buitengerechtelijke) afdoening en de beleidsruimte van het betrokken bestuursorgaan (indicator 16). Uit bovenstaande samenvatting op basis van de hierboven uitgebreid behandelde globale uitgangspunten voor de keuze van een sanctiestelsel kan mijns inziens worden opgemaakt dat de gebruikte bewoordingen bij de indicatoren betrekkelijk veel ruimte open laten voor interpretatie. Dat begint al bij de eerstgenoemde indicator (indicator 5), op basis waarvan het strafrecht in aanmerking komt indien 'het wenselijk is' om de overtreding van de norm te bedreigen met een vrijheidsbenemende straf of maatregel. De in de indicator opgenomen uitwerking van de hier bedoelde 'wenselijkheid' maakt het niet duidelijker: 'of een dergelijke strafbedreiging wenselijk is, hangt van vele factoren af, waaronder de maatschappelijke opvattingen over de ernst van de overtreding, de afschrikwekkende werking die van zo'n bedreiging kan uitgaan en dergelijke.' Met dergelijke open formuleringen zou in een concreet geval voor de toepassing van beide sanctiestelsels wat te zeggen zijn. Dit laat onverlet dat deze indicatoren voor de toepassing in de wetgevingspraktijk nuttig zijn geweest. Gemerkt werd dat deze indicatoren – doordat zij elk afzonderlijk gewogen konden worden – zich leenden voor doelredeneringen, zo stellen Boer en Kok. Reden om met een nieuwe kabinetsnota te komen waarin meer richting werd gegeven.

Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel

In het najaar van 2008 zond de minister van Justitie de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* aan de Tweede Kamer. Tegen de achtergrond van de opkomst van de handhaving door middel van de bestuurlijke boete beoogt de nota nader in te gaan op de omstandigheden waaronder een keuze voor de bestuurlijke boete is aangewezen en op de plaats die de bestuursrechtelijke handhaving en strafrechtelijke handhaving in den brede innemen. In de Kabinetsnota is een gedachtenschema opgenomen, waarin op hoofdlijnen is weergegeven hoe de gedachtegang bij de keuze voor een sanctiestelsel kan lopen. Samenvattend wordt het volgende stappenplan doorlopen. In de eerste plaats speelt de vraag of het om een 'besloten context', dan wel een 'open context' gaat. Indien niet aan de vereisten van een 'gesloten context' wordt voldaan, is sprake van een 'open context'. Het gedachtenschema introduceert hier de optie van een situatie die zij als 'gemengd' aanduidt, waarbij de vraag moet worden beantwoord of feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, in welk geval sprake is van een 'besloten context'. Heeft de feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen 'ongericht' toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een 'open context'. Het uitgangspunt bij een 'besloten context' is *bestuursrechtelijke handhaving*, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan. In de eerste plaats moet worden getoetst aan de professionaliteit in handhaving/sanctionering door het betrokken bestuursorgaan. Als deze onvoldoende wordt bevonden, dient alsnog voor het strafrecht te worden gekozen. In de tweede plaats kan er een dwingende bijzondere reden aanwezig zijn, op basis van de noodzaak van rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met (georganiseerde) misdaad. In dat geval dient alsnog voor een strafrechtelijke sanctie te worden gekozen, die eventueel de vorm van een bestuurlijke strafbeschikking kan hebben. Uitgangspunt bij de bestuurlijke strafbeschikking is volgens de nota dat het bestuursorgaan (die de strafrechtelijke boete oplegt) volledig verantwoordelijk is voor het niveau, de aard, de kwaliteit en de inzet van toezicht en de oplegging van sancties. Voorts kan de noodzaak van de inzet van zware sancties tot gevolg hebben dat toch voor het strafrecht dient te worden gekozen, tenzij het betrokken bestuursorgaan voldoet aan de eisen van een hoogwaardige/gespecialiseerde handhavingsdienst, er geen vrijheidsbenemende sancties nodig zijn en er tot slot geen zware dwangmiddelen aan de orde zijn. Indien laatstgenoemde drie situaties zich niet voordoen, wordt op basis van het gedachtenschema voor de toepassing van bestuursrechtelijke handhaving gekozen. Indien sprake is van een 'open context' is *strafrechtelijke handhaving* het uitgangspunt, tenzij niet aan de hierboven besproken randvoorwaarden wordt voldaan, dan wel indien sprake is van de genoemde uitzonderingen (overtreding van het mededingingsrecht en van overlastbepalingen uit de APV). Indien sprake is van lichte feiten of sancties moet echter nagegaan worden of dwingende redenen van rechtseenheid zich tegen bestuursrechtelijke handhaving verzetten. Zo dit het geval is, dient volgens het Gedachtenschema te worden gekozen voor een strafrechtelijke sanctie, waarbij eveneens de mogelijkheid van een bestuurlijke strafbeschikking open staat. Het Gedachtenschema wijst voor het geval er een 'dwingende reden tot verzorgen (van) rechtseenheid' is op een 'open keuze' ten aanzien

van de handhaving; beide zijn mogelijk. Indien het geen lichte feiten of sancties betreft, dient voor het strafrecht te worden gekozen.

Aansluiting in de Boetewet bij de Kabinetsnota
In de Boetewet is als gezegd aansluiting gezocht bij de Kabinetsnota en de hierin geformuleerde uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel, waarin de effectiviteit van de handhaving centraal staat bij de keuze voor een punitief sanctiestelsel. In de Memorie van Antwoord bij de Boetewet wordt benadrukt dat de uitgangspunten van de Kabinetsnota op het wetsvoorstel zijn toegepast. Handhaving van wetgeving moet voldoen aan de eisen van doeltreffendheid, doelmatigheid en rechtmatigheid, evenals aan hiermee samenhangende eisen van onafhankelijkheid, deskundigheid en rechtsgelijkheid. Daarbij is het hierboven beschreven in de Kabinetsnota gehanteerde onderscheid tussen de 'besloten context' en de 'open context' leidend.

Aansluiting Kabinetsnota bij de gesloten context ten aanzien van (onder andere) trustkantoren
Onder de doelgroepen bij de Boetewet worden naast trustkantoren ook financiële instellingen, pensioenuitvoerders, accountantsorganisaties en geldtransactiekantoren genoemd. Benadrukt wordt dat slechts enkele normen een rol spelen buiten de 'besloten context' (hierbij kan worden gedacht aan tabel 2 van de inmiddels vervallen Bijlage bij de Wtt). Ten aanzien van DNB en de AFM wordt opgemerkt dat zij veel en vaak intensief contact hebben met de onder toezicht gestelde instellingen en organisaties, welk contact aanvangt met de vergunningaanvraag en ook na de verlening van die vergunning nog intensief blijft wanneer de trustkantoren na vergunningverlening onder doorlopend toezicht staan. In de MvA wordt benadrukt dat de regering, gelet op het bestaan van een duidelijke besloten context, van mening is dat in de financiële sector (waarin kennelijk de trustsector wordt meegenomen) een bestuursrechtelijk sanctiestelsel het meest voor de hand ligt. Daarnaast wordt de specialistische deskundigheid van de toezichthouders als redengevend aangemerkt. De regering merkt de financiële toezichtswetgeving aan als een hoog specialistisch rechtsgebied. Met hun specialistische kennis van de relevante wet- en regelgeving zouden de toezichthouders goed geëquipeerd zijn om handhavend op te treden en gebruik te maken van de kennis die aanwezig is binnen hun organisatie, zodat zij op die wijze doeltreffend en doelmatig overtredingen kunnen sanctioneren. Van de bestuurlijke boete wordt verwacht dat zij de andere bestuurlijke handhavingsinstrumenten, die de toezichthouder ter beschikking staan, zal versterken. Ook hier wordt aangeknoopt bij de Kabinetsnota indien met het opleggen van een bestuurlijke boete hoge bedragen zijn gemoeid. Volgens de nota is dit alleen verantwoord indien het bestuursorgaan een grote mate van professionaliteit bezit, waarmee de kwaliteit, de afstandelijkheid en de aandacht voor de rechtswaarborgen voor burgers en bedrijven zijn verzorgd. Het zal niet verbazen dat DNB (evenals de AFM) aan deze criteria voldoen. Bovendien wordt aangesloten bij de in de nota genoemde grens, waarbij binnen de *gesloten* context het strafrecht toch toepassing moet krijgen: 'de Kabinetsnota (noemt) als grens dat indien vanwege de ernst van de overtreding een vrijheidsstraf mogelijk moet zijn, strafrecht toepassing moet krijgen. Als de overtreding een zodanige aanzienlijke inbreuk op de belangen van burgers en bedrijven, of een forse bedreiging vormt voor het integere functioneren van (sectoren) binnen de samenleving, vormt dit een reden – ook binnen de besloten context – het strafrecht toe te passen.'

De 'Boetewet': Wet wijziging boetestelsel financiële wetgeving
De meest recente ontwikkeling die relevant is voor de handhaving van financieel recht is de inwerkingtreding van de Wet wijziging financiële wetgeving (hierna: de 'Boetewet') op 1 augustus 2009. De Boetewet richt zich met name op de bestuurlijke boete, waarbij de boeteniveaus fors worden verhoogd en thans hogere boetes kunnen worden opgelegd dan op grond van de WED mogelijk is. De systematiek van de bestuurlijke boete, die op grond van financiële wetgeving kan worden opgelegd, is op een aantal onderdelen ingrijpend gewijzigd, waarmee wordt beoogd de financiële toezichthouders te laten beschikken over een sanctie-instrumentarium dat voldoende afschrikwekkend is voor overtreders én voldoende flexibel is om recht te doen aan de variëteit in overtredingen en overtreders in de financiële sector. De wet strekt tot wijziging en harmonisering van de boetestelsels in enkele financiële toezichtswetten en aanverwante wetten, waaronder de Wtt, de Wwft en de Sanctiewet 1977. Deze integrale wijziging van de in de financiële wetgeving opgenomen boetestelsels is reeds aangekondigd in de hierboven besproken 'Boetenota', waarin de drie toezeggingen aan de Tweede

Kamer zijn uitgewerkt die hierboven bij de bespreking van de 'Boetenota' aan de orde zijn gekomen, te weten de hoogte van de bestuurlijke boetes, zwaardere straffen voor veelplegers (recidive) en de individuele bestuurlijke boetes voor bestuurders van financiële instellingen.

Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties
Per 1 januari 2009 is een nieuw Convenant ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van bestuurlijke en strafrechtelijke sancties (hierna: Convenant) van kracht. Het Convenant betreft de afstemming over de keuze tussen de oplegging van bestuurlijke of strafrechtelijke sancties bij bepaalde overtredingen van financiële toezichtwetgeving – waaronder de Wtt en de Wwft – ter voorkoming van ongeoorloofde samenloop van die sancties. De bevoegdheid van een toezichthouder om een bestuurlijke sanctie op te leggen vervalt indien ter zake van de overtreding strafvervolging is ingesteld en het onderzoek ter terechtzitting een aanvang heeft genomen, dan wel indien het recht tot strafvervolging is vervallen ingevolge artikel 74 Sr. Omgekeerd vervalt het recht tot strafvervolging indien ter zake van een overtreding een bestuurlijke sanctie is opgelegd. Volgens het Convenant is het met het oog hierop wenselijk om de beslissingen omtrent genoemde afdoening van te voren af te stemmen en daartoe tijdig in overleg te treden. In het Convenant is daartoe het zogeheten 'Tripartiete overleg' (tussen het Functioneel Parket, de betrokken toezichthouder en de Belastingdienst/FIOD-ECD) geregeld., evenals de afstemming over de wijze van afdoening tijdens het Tripartiete overleg. Het Convenant strekt slechts tot *voorkoming* van ongeoorloofde samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties (zoals ook reeds uit de titel van het Convenant is op te maken). Niet inzichtelijk wordt in welk geval voor bestuursrechtelijke dan wel strafrechtelijke sancties zou moeten worden gekozen. Wel wordt duidelijk dat, ter voorkoming van genoemde ongeoorloofde samenloop, in het tripartiete overleg 'afstemming' tussen de betrokken toezichthouder, het Functioneel Parket en de Belastingdienst/FIOD-ECD dient plaats te vinden. Ten behoeve van deze afstemming in het tripartiete overleg dienen partijen elkaar te informeren indien aan hen feiten, omstandigheden of gedragingen bekend zijn die duiden op een overtreding van financiële wetgeving. Saillant detail is dat bij deze verplichting tot informatieverstrekking (bij geconstateerde overtreding van de financiële toezichtswetgeving) ten aanzien van het OM het voorbehoud wordt gemaakt dat hij de toezichthouder *niet* behoeft te informeren indien 'zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen zich tegen verstrekking verzetten', terwijl een vergelijkbaar voorbehoud niet ten aanzien van de toezichthouder geldt. De toezichthouder is indien het een overtreding van een verbodsbepaling betreft zonder uitzondering gehouden het OM te informeren. Slechts bij andere dan laatstgenoemde overtredingen biedt het Convenant drie (bovengenoemde) beperkingen, aangezien de toezichthouder dan slechts gehouden is indien sprake is van 'samenloop van een overtreding met één of meer afzonderlijke gedragingen waarvoor uitsluitend strafrechtelijke afdoening openstaat' (artikel 3 lid 2 onderdeel a Convenant), dan wel 'herhaling van een overtreding (recidive)' (artikel 3 lid 2 onderdeel b Convenant) of 'naar het oordeel van de toezichthouder' sprake is van 'een overtreding waarbij specifieke omstandigheden van het geval' aanleiding geven voor het informeren van het OM (artikel 3 lid 2 onderdeel c Convenant). Ter verduidelijking van genoemde 'specifieke omstandigheden van het geval' wordt in laatstgenoemd onderdeel c uiteengezet dat deze door de toezichthouder worden 'beoordeeld in het licht van de ernst van de overtreding, de mate van opzet en verwijtbaarheid, de omvang van de schade en in relatie tot de bescherming van het publiek.' Met andere woorden: indien geen sprake is van (bovengenoemde) 'samenloop' of van recidive en voorts de toezichthouder van oordeel is dat er geen 'specifieke omstandigheden van het geval' zijn die aanleiding zouden geven om het OM te informeren, er op basis van het Convenant geen verplichting voor de toezichthouder is het OM te informeren. In dat geval zal de overtreding door de toezichthouder (zonder afstemming over de afdoening) bestuursrechtelijk worden afgedaan. In het Convenant wordt niet duidelijk wat wordt verstaan onder 'zwaarwegende strafvorderlijke of privacybelangen' die zich verzetten tegen het verstrekken van informatie door het OM aan de toezichthouder, in welk geval de overtreding (zonder afstemming) strafrechtelijk wordt afgedaan. Tot slot biedt het Convenant – evenals overigens haar voorganger, te weten het Convenant bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties – geen inzicht in de uitgangspunten die in het tripartiete overleg worden gehanteerd bij de keuze voor bestuursrechtelijke of strafrechtelijke afdoening.

Hoewel op basis van de WED de mogelijkheid wordt geboden om de (op 1 maart 2004 in werking getreden) Wet toezicht trustkantoren (hierna: Wtt) *strafrechtelijk* te handhaven, moet worden geconstateerd dat er tot op heden geen jurisprudentie is (gepubliceerd), waaruit kan worden opgemaakt dat daadwerkelijk van deze handhavingsmogelijkheid gebruik is gemaakt. In de eerste plaats is hierbij van belang dat er thans zonder meer een gebrek aan kennis is over de wijze waarop (en de mate waarin) Nederlandse trustkantoren en de door hen beheerde doelvennootschappen worden misbruikt voor witwassen van misdaadgelden (waaronder begrepen gelden uit corruptie of fiscale fraude) en terrorismefinanciering. Uit de zeer weinige jurisprudentie die hierover is gepubliceerd kan niettemin worden opgemaakt dat het mogelijk is dat op zich legale structuren – waarbij wordt gewerkt met in belastingparadijzen gevestigde vennootschappen, die niet of nauwelijks verplichtingen kennen met betrekking tot het voeren van een administratie en een boekhouding (evenals overigens Zwitserse coderekeningen) – maximale mogelijkheden bieden om activiteiten en gegevens te verhullen met betrekking tot onder meer feitelijke zeggenschap, vermogen en geldstromen. In de behandelde internationale rapporten van de FATF en de StAR zijn misbruiktypologieën beschreven, die in het opvolgende rapport steeds verder zijn uitgediept. Het is echter zeer de vraag of deze misbruiktypologieën adequate 'tools' zijn om misbruik van trustkantoren te herkennen. In het laatst verschenen rapport (van de StAR) wordt naast deze typologieën ook het belang onderschreven van het ontwikkelen van een 'neus' voor 'inappropriate complexity', evenals het ontwikkelen van een internationaal platform voor kennisuitwisseling over de verschillende typen corporate vehicles en structuren. De kritiek van de FATF met betrekking tot de in Nederland geldende wet- en regelgeving ten aanzien van trustkantoren richt zich met name op 'Customer Due Diligence' en 'Suspicious Transaction Reporting' en is terug te voeren op de eisen die hieraan in haar 40 Recommendations en de 'derde witwasrichtlijn' zijn gesteld. Om tot een keuze voor een sanctiestelsel te komen, bieden de uitgangspunten die in de *Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel* zijn beschreven thans de enige richtsnoeren, aangezien door het Convenant op geen enkele wijze inzicht wordt gegeven in de wijze waarop deze keuze bij de handhaving van de Wtt tot stand komt. Volgens de Kabinetsnota dient in de eerste plaats te worden bezien of sprake is van een 'besloten context' (bestuursrechtelijke handhaving), dan wel een 'open context' (strafrechtelijke handhaving). Indien sprake is van een 'gemengde context' kan deze, in het geval de feitelijke ontdekking van de normovertreding door specifieke toezichthoudende organen heeft plaatsgevonden, worden aangemerkt als 'besloten context'. Heeft feitelijke ontdekking daarentegen via algemeen 'ongericht' toezicht plaatsgevonden, dan is sprake van een 'open context', alsook indien niet aan de vereisten van een 'besloten context' wordt voldaan. Het hier gehanteerde onderscheid zou mijns inziens kunnen worden doorgevoerd in de wijze waarop de Wtt ten aanzien van 'illegale trustkantoren' en 'virtuele trustkantoren' kan worden gehandhaafd. Beide categorieën plaatsen zich door hun dienstverlening immers bewust buiten de gereguleerde 'besloten context'. De bevoegdheden die DNB ter beschikking staan om tegen deze trustkantoren op te treden, schieten bovendien tekort. Voorts voldoet DNB zonder meer aan de bij een 'besloten context' vereiste professionaliteit in handhaving en sanctionering, die ten aanzien van de toezichthouder wordt gesteld. Dwingende bijzondere redenen als rechtseenheid, internationale eisen of verwevenheid met georganiseerde misdaad zouden volgens de Kabinetsnota alsnog in de richting van strafrechtelijke handhaving kunnen wijzen, alsook de inzet van zware sancties. Als het echter gaat om geconstateerde strafbare feiten die samenhangen met het misbruik van trustkantoren die men met de Wtt tracht te voorkomen, zal men aan bovenstaand gedachtenschema niet eens toekomen, omdat het dan gaat om (commune) strafbare feiten (zoals witwassen). Bij de handhaving van de Wtt zal mogelijk de inzet van zware sancties nodig kunnen zijn. Zolang het echter slechts tekortkomingen met betrekking tot de bedrijfsvoering van het trustkantoor zijn, kan dit niet voldoende grond vormen voor de behoefte aan vrijheidsbenemende sancties of zware dwangmiddelen die in de richting van strafrechtelijke sanctionering zouden wijzen.

SUMMARY

Chapter 1 Introduction
Chapter 1 considers the (immediate) *incentive* for this study. On March 1, 2004 the Act on the Supervision of Trust Offices (Wtt) took effect. Since the Act's introduction "working from an establishment in the Netherlands" as a trust office (Trust and Company Service Provider, TCSP) requires a license. Trust offices (once they have acquired a license) are supervised by De Nederlandsche Bank (DNB), which has been appointed supervisory authority by the Act. With the Wtt's entry into force an important part of the rules of conduct (already in place) in the trust industry has gained a legal basis.

Under the Wtt trust offices are required to verify the identities and intentions of their clients. This means that trust offices must know their clients and investigate the origin of their capital, as well as the origin and purpose of their clients' legal entity or corporation (administered by the trust office), the object of the (relevant) elements of the group structure of which the administered entity forms part. Finally, trust offices should know who the ultimate beneficial owner or ubo is. This active and investigative role assigned to trust offices by the Wtt is called the gatekeeper's role. Similarly, the aggregate of (legal) obligations is called the gatekeeper's function: Trust offices must carefully investigate every new client before granting access to the Dutch financial markets. Even after access has been granted trust offices are expected to monitor their clients continuously. This means that the legislator has opted for "supervision at the service provider's level" (for the record: and *not* at the level of the target company administered by the trust office). The DNB's supervision is directed at the trust office and not on the target company it administers.

The Wtt grants the DNB far-reaching powers. Its licensing obligation gives the DNB the power to research the background of directors of trust offices and to test their trustworthiness. In addition, the DNB has the power to set rules for the honest conduct of business as contained in the Regulation on Sound Operational Management under the Trust Offices (Supervision) Act ("Rib Wtt"). The DNB further has sweeping powers to request information, from trust offices, among others. Trust offices are then under the obligation to provide such information within a reasonable term set by the DNB. This power to request information applies also to client acceptance files and can also be exercised randomly in (anonymized) client files of the legal entities or corporations administered by the trust office.

The Primacy of Administrative Law Enforcement of the Wtt
Besides the above powers and rights DNB can act as enforcer: the Wtt provides for the administrative enforcement range commonly used in regulatory legislation, namely penalties and administrative fines as well as the authority to issue a designation order and the disclosure of certain facts ("naming and shaming"). Article 1.2 of the Economic Offenses Act ("WED") imposes a penalty or administrative fine upon breach of the same regulations as contained in Articles 20 and 21 Wtt. This Article offers the possibility to enforce the Wtt *under criminal law.* (Published) Case law shows that (little or) no use is made of this possibility.

First Problem Statement
In this connection it is essential that (with its objective) the Wtt – which aims at "promoting the integrity of the financial system" by regulating the trust industry – envisages to contribute to combating the laundering of the proceeds of crime (including corruption and tax fraud). At present, however, there is unarguably a lack of knowledge of the way (and the extent) in which Dutch trust offices and the target companies they administer are actually misused for the above activities. In my opinion a substantiated and meaningful choice between the two enforcement systems is possible only with an understanding of the misuse that the Wtt envisages to fight. The first problem statement of the study therefore reads: "How can Dutch trust offices be misused in practice".

Second Problem Statement
At the time of drafting of the Wtt there were no European rules on the regulation and supervision of trust offices. The Wtt's design "considered", or so the Explanatory Memorandum claimed, "the status

of the discussions in FATF/OECD" about anti-money laundering and terrorist financing. The Explanatory Memorandum announced that international developments in this area would be followed both during and after the legislative procedure. The second problem statement concerns the question to what extent current Dutch laws and regulations comply with international standards, which over the past decade have evolved increasingly. Moreover, it should be noted that the literature describes only part of the development of those standards. The second problem statement therefore reads: 'To what extent did the Dutch legislator implement international standards of regulation and supervision of trust offices?'

Third Problem Statement
As indicated earlier, the Wtt can be enforced under criminal as well as administrative law. Literature and parliamentary documents refer to this possibility in legislation to sanction actions both under administrative law (administrative fine in particular) and under criminal law as "double" or "dual" enforcement. Both the Money Laundering and Terrorist Financing (Prevention) Act ("Wwft") and the Sanctions Act 1977 provide for such dual enforcement. These acts apply to trust offices individually but also to standards contained in (Article 10 of) the Wtt that are detailed in the Rib Wtt. In other words: the obligations of the Wwft and the Sanctions Act 1977 can be enforced through the Wtt. However, the basic principle of enforcement of the last two acts differs from that of the Wtt.
The basic principle of enforcement of the Wwft is criminal rather than administrative law. Of old the enforcement of the Sanctions Act 1977 is also based on criminal law. This changed with the amendment of June 7, 2002, inspired by international obligations directed at the fighting of terrorism and the increased monitoring of compliance with financial sanction regulations. Since the amendment the addressees of the Sanctions Act 1977 have to equally consider the consequences of administrative monitoring of compliance with this act. Emphasis lies on administrative law. If the obligations of the Wwft and the Sanctions Act 1977 are enforced through the Wtt the basis is indeed administrative law. As mentioned earlier, it appears that so far the Wtt is not enforced under criminal law. This illustrates even more clearly the importance of understanding how the choice in favor of a sanctions system is made. Consequently, the third problem statement reads: "How is the choice made in favor of a sanction system in the enforcement of the Wtt?'

Chapter 2 The Dutch Trust Industry
The second chapter explores the Dutch trust industry and its services in greater depth, as an introduction to the treatment of the first problem statement (Chapter 3), which focuses on the misuse of the services of (Dutch) trust offices. To ensure a proper understanding this chapter first describes the history and origin of the Dutch trust industry. A subject that has received little notice in the Dutch literature and one on which opinions diverge to boot. Old doctoral dissertations about the legal concept of the (Anglo-American) "trust" compared to Dutch law discussed (among other things) the institution of the trustee in bond loans. One of those dissertations (Booy) devoted several paragraphs to the services provided by trust offices, which supposedly commenced in the Netherlands around 1890. The other (prevailing) view of the origin of the Dutch trust industry favors the perspective of the (present) services. The question at issue, therefore, is not from what point on activities were developed in the Netherlands under the heading "trust office", but from what point on those trust offices began providing services that (today) are part and parcel of the services of the "modern" Dutch trust industry. SEO Economic Research ("SEO") and the Ministry of Finance believe the development of the trust industry in the Netherlands took off in the early eighties of the past century because of the country's relations with the (former) Netherlands Antilles and Curacao in particular. In this context Lugard pointed out that Curacao before World War II stood at the cradle of the trust industry as we know it today. The war threat made several international companies domiciled in the Netherlands decide to relocate to the Netherlands Antilles. Since World War II the Netherlands Antilles authorities have pursued a policy of creating a favorable tax climate for the incorporation and establishment of companies.

The Dutch Tax Business Climate
The emergence and success of the Dutch trust industry is explained also by the (Dutch) favorable business climate. The appeal of the Netherlands as a country of residence largely lies in the

competitive business climate *tax-wise.* The primary contributing factors are the expansive Dutch tax treaty network, the holding exemption, the ruling practice and the absence of withholding tax on interest and royalties. The literature considers this "international competitive business climate" of the Netherlands to lay at the basis of the Dutch trust industry. In the early eighties an extensive and professional trust industry flourished in this climate. To benefit from this business climate one or several Dutch legal entities and companies are inserted in many international structures. Trust offices are involved in setting up and maintaining those structures and administering Dutch offices within this international group structure. This is a service necessary to comply with the requirements of substantial presence. The empirical study published in the EITC report (2009) revealed that holding companies, royalty companies and financing companies established with trust offices in the Netherlands must meet the requirements of substance below (these are companies in the most common tax structures, i.e.: the holding structure, the royalty structure and the financing structure). The required substantial presence must fulfill the criteria contained in the Decree of August 11, 2004 (no. IFZ2004/126M). They are: 1. At least half of the total number of official directors with decision-making power lives or has its registered office in the Netherlands; 2. The directors living or having their registered offices in the Netherlands have the professional knowledge necessary to properly execute their duties. The duties of the (joint) board include at least the decision-making – based on the legal entity's responsibility and within the framework of regular group involvement – about transactions to be made by the legal entity, and the proper finalizing of those transactions. The legal entity has qualified staff (of its own or of third parties) to adequately execute and register the transactions made by the legal entity. 3. (Major) executive resolutions must be passed in the Netherlands; 4. The legal entity's (principal) bank account is kept in the Netherlands; 5. Records are kept in the Netherlands; 6. The legal entity has fulfilled all its filing obligations – at any rate until the time of assessment - in respect of corporation tax (Vpb), payroll tax (LB), turnover tax (OB), et cetera. 7. The legal entity has its place of business in the Netherlands. To the company's knowledge the legal entity is not considered a tax resident in another country (as well). 8. The legal entity has an equity capital that at least matches the responsibilities of the legal entity (taking account of the assets used and the risks to which it is exposed). In my view, therefore, the basic service provided by trust offices as defined by the DNB (namely "the management of legal entities on behalf of foreign shareholders of those companies that are domiciled in the Netherlands for different reasons – including fiscal -") as well as the "basic trust services" designated by the SO (namely: domiciliation, management services, administrative services) are aimed essentially at implementing the (above) requirements that must be met for a "substantial presence" of the company or holding company ("target company") established in the Netherlands. The *Assessment Report Act Supervision on Trust Offices* of the Ministry of Finances adopted the same view. This does not mean, however, that in practice the service provided by trust offices could not encompass more than ensuring that the company or holding company established in the Netherlands satisfies the criteria of substantial presence. In this context reference should be made to the wide scope of services that often call for a high degree of specialization.

Marginal Phenomenon: Trust Offices Evading Supervision

Investigations by the DNB and myself (published by the EITC) have exposed a group of trust offices besides the regulated Dutch trust industry referred to above that deliberately evades the DNB's monitoring. They make up a small part of the "illegal trust offices" discovered by the DNB and (an as yet unknown number of) "virtual trust offices", which were first described in the EITC report. Early 2007 studies by the DNB and market signals showed that trust offices were operating from the Netherlands that did not have the required license and thus qualified as "illegal trust offices" the DNB discovered that in some cases lawyers, accountants and tax advisors were also providing trust services in addition to their actual work. They would mainly "act as trustee" and "grant domicile". The bulk of those "illegal trust offices" has indicated that they were not aware that they were guilty of an offense and is "obliging" towards the DNB. A small portion of this group of "illegal trust offices" renders no or little cooperation, trying to withhold relevant information from the DNB. The "virtual trust offices" display similar "evasive behavior". With their services those offices move in a gray area. Like "illegal trust offices" that evade supervision, "virtual trust offices" provide trust services to Dutch clients without a DNB license. The difference, however, lies in how the services are offered. "Virtual trust offices" just make it appear as if they are operating from a foreign office, and not from the

Netherlands, thus capitalizing on the Wtt's "establishment requirement". As long as there is no "establishment" in the Netherlands, the trust office does not come under the licensing obligation (Article 2.1 Wtt) and can evade supervision.

Chapter 3 Misuse of Trust Offices
The second chapter discusses the Dutch trust industry and the services it provides. This chapter also covers the marginal phenomenon of trust offices operating outside the regulated trust industry, namely the "illegal" and "virtual" trust offices. Chapter 3 expands on the first problem statement, i.e. *"How can (the services of) trust offices be misused?"* The *Memorandum on the Integrity of the Financial Sector and the Fight Against Terrorism"* defines the misuse of trust offices as follows: money laundering, financing of terrorism and tax fraud. The Explanatory Memorandum to the Wtt refers to (combating) the laundering of proceeds from criminal conduct (including corruption and tax fraud) through legal entities and companies established in the Netherlands.

Misuse of Trust Offices: Current State of International Knowledge
Over the past decade international knowledge of the misuse of trust and company service providers has increased significantly. The FATF reports *The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers* (FATF, 2006) and *Money Laundering Using Trust and Company Service Providers* (FATF, 2010) and the more recent report *The Puppet Masters* (StAR, 2011) described the state of international knowledge of the misuse of trust offices using misuse typologies as well as several red flags and indicators of misuse. These reports show a marked evolution in the knowledge of misuse. The second report extended the four typologies described in the first report to seven, detailing and dividing these into three sub-categories. The third report reflects the need to grasp the rationale behind the complex structures.

Misuse of Dutch Trust Offices: Treatment based on Isolated Cases
The state of knowledge of misuse of Dutch trust offices lags behind international knowledge in this field. The little (Dutch) literature there is on the subject concludes that there is no information on whether trust offices are actively involved in these operations (money laundering, terrorist financing and tax fraud). Consequently, the misuse of Dutch trust offices can be discussed based on isolated cases only. The following cases were studied: the Enron and Pamalat accounting scandals, the criminal prosecution of Trafigura Beheer B.V., the criminal prosecution of employees of trust office First Alliance Trust (hereinafter also: "FAT") and the prosecution of Jan Dirk Paarlberg. In all these criminal cases the services of trust offices had been used. Please note that this does not mean the trust offices involved were culpable; nor was any of the trust offices involved convicted.

Chapter 4 Development of International Standards of Regulation and Supervision of TCPS
Chapter 4 discusses the development of international standards of regulation and supervision of trust offices. The chapter aims at resolving the second problem statement: *'To what extent did the Dutch legislator implement the international standards of regulation and supervision of trust offices?"* In answering this question the chapter first considers the principal international initiatives and documents that inspired the development of international standards in this field. The chapter further discusses the main international instruments that currently affect the development of those standards. The object of the chapter, therefore, is two-fold: first, to identify key points that have influenced the drafting and design of regulation and trust supervision in the Netherlands. The lion's share has been embedded in the Wtt. Second, the chapter aims at identifying key points that *since* the introduction of trust supervision in the Netherlands have been decisive in the international approach to trust offices and the risks associated with their services and affecting the pertinent Dutch laws and regulations.

Underexposed in the Dutch Literature
The Dutch literature appears to give just a sketchy description of the development of international standards of regulation and supervision of trust offices. Often reference is made simply to OECD and FATF publications that are mentioned also in the Explanatory Memorandum to the Wtt, i.e. *Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes* (OESO, 2001) and *Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper* (FATF, 2002). They have had a direct impact on

the design of this act, in particular regarding the positioning of trust supervision in government policies, the services described by the FATF for the supervision of those services and the governance models designated by the OECD to break the anonymity of users of the structure of legal entities. Frielink furthermore referred to the *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres*, which led the (then) Financial Stability Forum (the "FSF", currently the Financial Stability Board, "FSB") to ask the OECD for recommendations. According to Van Gorkum and De Carpentier the chief publication in this context is the *Statement of Best Practice*, which has been drafted by the Trust and Company Service Providers Working Group of the Offshore Group of Banking Supervisors (OGBS). The Statement was intended to fill the gap in some countries between the regulation and supervision of trust offices. However, there appears to be a lack of general insight how those international standards of regulation and supervision came about – and how the above international documents relate to each other.

Starting Point: the OFC Program of the IMF and the Reports of the UK Home Office and KPMG
It follows from the above that the ontogenesis in the literature is adopted by the above *Report of the Working Group on Offshore Financial Centres* of the eponymous working party (of the former FSF), which instigated the reports by the OECD and the FATF. In identifying the key points in the ontogenesis it is difficult to determine a "starting point", or "benchmark" when trust offices were scrutinized specifically in designing standards of regulation and supervision. The study revealed that the first *IMF Staff Assessments*, drafted under the IMF's *OFC Assessment Program,* showed that according to the IMF the 1998 Edwards Report that came out shortly before these reports had been the first to lay down general principles. The IMF designated these principles "as guides to what can be considered as good practices in these areas." The Edwards Report of the UK Home Office and the KPMG reports detailed the essentials of regulation and supervision of trust offices (in basic principles of overarching legislation combined with specific codes of conduct). These are the essentials of trust supervision such as: instituting a supervisory authority, an overall licensing obligation for trust services, and the powers the supervisory authority should have for this purposes. The choice in favor of supervision at the level of the service provider, the trust and company service provider (and not supervision of the trust or company administered by the trust office) also has its roots in the reports of the UK Home Office and KPMG. Following their endorsement by the IMF these essentials have become internationally acknowledged.

Development of International Standards since the Entry into Force of the Wtt
Besides the above international instruments that in the Netherlands resulted in the introduction of trust supervision, chapter 4 also discusses the development of international standards of regulation and supervision *after* the Wtt's entry into force. The chief instruments are, in successive order: the (revised) *FATF 40 Recommendations*, the *FATF IX Special Recommendations*, the report *Securing Effective Exchange of Information and Supervision In Respect of Trust and Company Service Providers* (OGBS), the European Directive on money laundering and terrorist financing (2005), the *Risk Based Approach Guidance for Trust and Companies Service Providers* (FATF, 2007) and the recently published *Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands* (FATF, 2011), which currently forms the tail end of the development of international standards of regulation and supervision of trust offices. In this last assessment report, finally, the FATF formulated two key points of criticism regarding Customer Due Diligence and Suspicious Transaction Reporting. The FATF's criticism of these two subjects goes back to the requirements set by the *FATF 40 Recommendations* and the third money laundering directive. With its confirmation of these international standards the report concludes the international development described in this chapter.

Chapter 5 Regulation and Supervision
Chapter 5 discusses the Dutch (financial) laws on the regulation and supervision of trust offices. These are first and foremost the Wtt and the Regulations governing Sound Operational Practices under the Trust Offices (Supervision) Act based on this Act (Rib Wtt). These Regulations detail the standards contained in the Wtt for the sound operation of trust offices. The Regulations further contain the obligations that apply to trust offices under other laws, which are the Money Laundering and

Terrorist Financing (Prevention) Act and the Sanctions Act 1977. Moreover, these last two acts – besides the link via the Wtt and the Rib Wtt referred to above – also apply to trust offices directly. Chapter 5 sets out the specifics of the standards laid down in these financial laws. This "integrity legislation" constitutes the aggregate of laws and regulations with which trust offices must comply and at which DNB's supervision is directed. This chapter expands on the current state of the powers at the DNB's disposal in supervising trust offices set off against the obligations of trust offices under the applicable laws and regulations.

Chapter 6 Dual Enforcement of the Financial Legislation Regulating Trust Offices
Chapter 6 considers the dual enforcement of the financial legislation regulating the Dutch trust industry and more specifically the question regarding the choice in favor of a sanction system in the enforcement of financial laws and regulations on trust offices. An attempt is made to resolve the third problem statement: *'How is the choice made in favor of a sanction system in the enforcement of the Wtt?'* The debate of the (recent) developments pertaining to the enforcement of financial law and the question about the choice in favor of a sanction system is conducted primarily from the perspective of the Wft that takes up a central position in financial law. The Wtt is the point of departure for Chapter 6, which explains the significance of developments in the enforcement of financial law for the choice in favor of a system of sanctions for breaches of the Wft. The first relevant development in this context is the Introduction of Penalty Payments and Administrative Fines (Financial Legislation) Act that took effect on January 1, 2000 ("IDBB"). Before this act took effect the range of enforcement tools available to financial supervisory authorities was limited to issuing designation orders, imposing restrictions and attaching conditions to a license, which in some (very grave) cases could be revoked. Because of this limited range of options enforcement under criminal law was the only real possibility of imposing sanctions at the time. The IDBB created the possibility of imposing administrative fines or penalty payments, as an additional tool in the enforcement of rules of financial law. Criminal law merely had an "additional and supporting" role – as *ultimum remedium*. According to the evaluation of this act the criminal law route should be open even after the introduction of penalty payments and administrative fines in those cases in which "the legal order has been seriously shaken" and in which the advantage gained from the breach will be recovered". In the assessment report the minister promised to work on three subjects to improve the sanction system: the size of the penalties, increased penalties for habitual offenders and individual penalties for directors. These promises resulted in the *Memorandum on the Penalty System in Financial Legislation* (the "Penalty Memorandum"). Based on the above three subjects the Penalty Memorandum lays down three basic principles of administrative fining in the financial sector (set out in chapter 6). Out of the three possible penalty systems in financial legislation the option chosen is "Change to a fixed penalty system in combination with a flexible system". The idea is that the quality of enforcement improves as in case of "more serious" breaches "all circumstances of the case" can be considered to determine a "well-founded, sound and balanced penalty" using the applicable flexible system. For "less serious" offenses the applicable fixed system has the advantage of efficiency and certainty (for the supervisory authority as well as the parties concerned). The second focal point (increased penalties for habitual offenders) called for specific legal provisions imposing a fixed penalty for offenders who have been punished before for the same offense or offenders who have committed several offenses within a specific period. With the entry into force of the Penalty Act the Wtt was amended accordingly, in particular the repeat offender provision contained in Article 22.1 Wtt. The focal point of individual penalties for directors was implemented with the entry into force of the Fourth Tranche of the General Administrative Law Act ("Awb"). Under this Act administrative fines may be imposed on the parties commissioning the offense, and the parties actually directing the prohibited conduct, so Article 5:1 Awb shows. The third paragraph of this article stipulates that offenses can be committed by natural persons as well as legal entities and that Articles 51.2 and 51.3 Penal Code apply. This means that the Fourth Tranche of the Awb (on June 1, 2009) awards the financial supervisory authorities the power to impose administrative fines on individuals who have commissioned or have actually directed an offense. With the Fourth Tranche the legislator has thus introduced concepts and principles of criminal law into administrative law (set out in detail in chapter 6). This is indisputably a shift of emphasis to enforcement under administrative law: the Penalty Memorandum remarks that the introduction of administrative fines into financial legislation aims at enhancing administrative enforcement and

shifting emphasis from criminal to administrative enforcement. The memorandum barely mentions the relationship between administrative and criminal enforcement, merely pointing out that cases can still be disposed of under criminal law as breaches of financial legislation in "some cases" (like the Wtt) have also been made punishable under the WED. In cases in which "standards are breached that concern elementary interests" and in which "the legal order has been seriously shaken" it might be necessary, so the memorandum holds, to "impose a custodial penalty or use other coercive measures".

Conceptual Framework for the Choice of Sanction System

It was not until the memorandum "*The choice between a sanction system and the relevance of the legislative proposal for disposal by the public prosecution office"* and the subsequent *Government Memorandum on the basic principles of choosing a sanction system* that the conceptual framework of such choice came up.

"The choice between a sanction system and the relevance of the legislative proposal for disposal by the prosecution service"

This first memorandum applies the following "global basic principles": *Criminal law* qualifies at any rate if the nature of the criminal offense, the gravity of the offense, its link to other criminal offenses or the need for an investigative stage with the attendant coercive measures and investigative powers so warrant. *Administrative law* qualifies at any rate if the offense can be easily established, there is no need for an investigative stage accompanied by coercive measures and investigative powers and no penalties are necessary, not even as a deterrent. The memorandum translates those global basic principles into "indicators" or "directions". These indicators have been divided into the following topics: the desired sanctions, the gravity of the offense, the need for powers and the use of an administrative body in the sanctioning. To sum up, the global basic principles contained in the memorandum have painted the following picture: further to the "*desired sanction"* the desirability to punish breaches of the standard with a custodial or restricting punishment (indicator 5), the desirability of punitive sanctions (indicator 6), and the fact that breaches of the standard to be enforced by public law are attended by the actual use of violence or harm to individuals (indicator 8) point to enforcement under criminal law. The desirability of remedial sanctions (indicator 7), however, points to administrative law. Based on *"the gravity of the offense"* serious offenses (indicator 9) and the need for the possibility of a public trial (indicator 10) point to criminal enforcement. Further to the contra-indications (in indicator 11) for administrative enforcement by decentralized authorities a choice can be made in favor of criminal enforcement. If administrative enforcement is chosen, it should be carried out by a national body. The "*need for powers"* shows that criminal law is indicated if drastic coercive measures or investigative powers are called for, in particular in the event of application of those powers drastically infringing fundamental rights (indicator 12). Moreover, criminal law is appropriate if there is a contra-indication for the use of administrative sanctions that imply that in practice only criminal sanctions can be effected (indicator 13). If no drastic powers are required to establish the offenses and the sanction and the powers exercised are not expected to be subjected to a court judgment, there are indicators pointing to administrative enforcement in the form of an administrative fine (indicator 14). Finally, the *"use of an administrative body in sanctioning"* gives rise to the conclusion that the expertise or manpower available to an administrative body constitutes an indication for the application of administrative enforcement, if the prosecution service need not be involved and there are no other indications for the application of criminal law (indicator 15). To criminal law three modalities apply (also indicator 15), which are related to the degree of the prosecution service's involvement in the (out-of-court) disposal and the policy leeway of the administrative body involved (indicator 16). In my opinion the above summary of the above-described global basic principles of the choice in favor of a sanction system leads to the conclusion that the wording of the indicators leaves considerable room for interpretation. It starts with the first indicator mentioned (indicator 5), by which criminal law qualifies if it is "desirable" to punish breaches of the standard with a custodial sentence or measure. The definition of "desirability" in the indicator does not help: "whether such punishment is desirable depends on many factors, including generally accepted views of the gravity of the offense, the deterrent effect of such punishment, and so on". Such an open-ended definition would present a case for either sanction system in a specific case. This, however, does not alter the fact that those indicators had their use. Legislative practice observed that – because

they could be weighed individually – the indicators were suitable for foregone conclusions, so Boer and Kok hold. These indicators inspired a new government memorandum that was more directional.

Government Memorandum on the Basic Principles of Choosing a Sanction System
In the fall of 2008 the Minister of Justice submitted the *Government Memorandum on the Basic Principles of Choosing a Sanction System* to the Lower House. Set against the background of the emergence of enforcement by administrative fines the memorandum goes into the circumstances under which a choice in favor of administrative fines is appropriate, and the place occupied by administrative enforcement and criminal enforcement. The Government Memorandum includes an idea diagram that outlines the steps in choosing a sanction system. In summary, these are the following. First, the question comes up whether a "closed" or an "open" context is at issue. If the criteria for a "closed context" are not satisfied the context is "open". Here, the idea diagram introduces what it calls a "mixed" situation, in which the question to be answered is whether the breach of the standards was discovered by specific regulatory bodies, in which case the context is "closed". If, however, the breach was actually established by general "unspecific" monitoring, there is an "open context". The basic principle of a "closed context" is *administrative enforcement,* unless the above preconditions are not met. First, the professionalism of the administrative body in enforcement/sanctioning should be assessed. If found wanting criminal law should be chosen after all. Second, there might be a specific compelling reason based on the need for unity of law, international requirements or intertwinement with (organized) crime. In that case a criminal sanction should be applied, after all, which could come in the shape of a punishment order issued by a special investigating officer. The memorandum holds that the basic principle of such punishment order is that the administrative body (imposing the criminal penalty) is fully responsible for the level, nature, quality and use of supervision and the imposition of sanctions. Moreover, the need to use severe sanctions may lead to the decision to apply criminal law after all, unless the administrative body concerned fulfills the criteria of a high-quality/specialized enforcement agency, no custodial sanctions are called for, or lastly, severe coercive measures. If these three situations do not arise the idea diagram leads to administrative enforcement. In an "open context" *criminal enforcement* is the basic principle unless the above preconditions are not met or if any of the exceptions mentioned applies (breach of competition law and of the nuisance provisions contained in the municipal bylaws). In case of minor offenses or sanctions, however, the supervisory authority should verify whether compelling reasons of unity of law oppose administrative enforcement. If so, the idea diagram leads to a criminal sanction, while the possibility of a punishment order issued by a special investigating officer still remains open. In case there is a "compelling reason to ensure unity of law" the idea diagram refers to an "open choice" of enforcement: both options are possible. If the offenses or sanctions are not minor, the choice should be criminal law.

Alignment Penalty Act with Government Memorandum
As mentioned earlier the Penalty Act builds on the Government Memorandum and the basic principles it contains of choosing a sanction system. The effectiveness of enforcement is pivotal in choosing a punitive sanction system. The Memorandum of Reply regarding the Penalty Act emphasizes that the legislative proposal incorporates the Government Memorandum's basic principles. The enforcement of legislation should comply with the requirements of effectiveness, efficiency and lawfulness, and with the related requirements of independence, expertise and legal equality. In this the distinction between the "closed" and "open" context as set out in the Government Memorandum is guiding.

Alignment Government Memorandum with Closed Context regarding Trust Offices (among others)
Besides trust offices the target groups listed in the Penalty Act include financial institutions, pension administrators, accountants organizations and money transaction offices. The Act stresses that just a few standards play a role outside the "closed context" (for instance, table 2 of the Schedule to the Wtt that has meanwhile been repealed). Please note that the DNB and AFM are in frequent and often intensive contact with the institutions and organizations that have been placed under supervision. This contact starts with the license application but remains intensive even after the license has been granted if the trust offices are under constant supervision. The Memorandum of Reply underlines that given the existence of a markedly closed context the government holds that an administrative sanction system would be the most obvious choice for the financial industry (which apparently encompasses

the trust industry). The specialist expertise of supervisory authorities is another reason given. The government regards the legislation on financial supervision as a highly specialist area of law. With their specialist knowledge of the relevant laws and regulations supervisory authorities are considered well-equipped to take enforcement action and apply the knowledge within the organization, which enables them to sanction offenses efficiently and effectively. The administrative fine is expected to reinforce the other tools of administrative enforcement available to supervisory authorities. Here, too, alignment is sought with the Government Memorandum if high administrative fines are at stake. The Memorandum believes such high fines are warranted only if the administrative body possesses a high degree of professionalism to ensure the quality, detachment and the attention to the legal safeguards for citizens and companies. It will come as no surprise that the DNB (like the AFM) fits the profile. Moreover, the limit specified in the memorandum is applied, with criminal law being put into effect in the *closed* context: "the Government Memorandum (mentions) as limit that if the gravity of the offense warrants a custodial sentence, criminal law should be applied. If the offense infringes the interests of citizens and companies, or poses a serious risk to the sound operation of (sectors) within society, there is reason to apply criminal law – also in a closed context."

The Penalty Act: Penalty Scheme in Financial Legislation (Amendment) Act

The most recent development that is relevant to the enforcement of financial law is the entry into force of the Penalty Scheme in Financial Legislation (Amendment) Act (hereinafter: "the Penalty Act") on August 1, 2009. The Penalty Act focuses on the administrative fine, substantially increasing those fines and enabling the imposition of higher fines than the WED allows. The system of the administrative penalty, which can be imposed under financial legislation, has been drastically amended on several points. The objective is to grant financial supervisory authorities a set of sanctions that are sufficiently dissuasive to offenders yet at the same time sufficiently flexible to do justice to the variety in offenses and offenders in the financial industry. The act aims at amending and harmonizing the penalty systems in several financial supervision and related laws, including the Wtt, the Wwft and the Sanctions Act 1977. This integral amendment of the penalty systems contained in financial laws was announced already in the Penalty Memorandum referred to above. The Penalty Memorandum details the three promises to the Lower House that were discussed together with the Penalty Memorandum, i.e. the size of administrative fines, more severe punishment for habitual offenders (recidivists) and individual administrative fines for directors of financial institutions.

Covenant preventing unlawful concurrence of administrative and criminal sanctions

Effective from January 1, 2009 a new Covenant took effect to prevent the unlawful concurrence of administrative and criminal sanctions (hereinafter: "Covenant"). The Covenant concerns the coordination of the choice between administrative or criminal sanctions on certain breaches of financial laws – including the Wtt and the Wwft – to prevent the unlawful concurrence of such sanctions. The right of a supervisory authority to impose administrative sanctions lapses if the offense is criminally prosecuted and the examination in court has commenced, or if the right to criminal prosecution has lapsed pursuant to Article 74 Penal Code. Conversely, the right to criminal prosecution lapses if an administrative penalty has been imposed. The Covenant postulates it is desirable to coordinate disposal decisions in advance and to initiate a dialogue in time. To this end the Covenant provides for the so-called Tripartite Consultations (between the National Public Prosecutor's Office for Financial, Economic and Environmental Offences, the supervisory authority concerned and the Tax Authorities/FIOD-ECD) and for the coordination of the manner of disposal during Tripartite Consultations. The Covenant merely serves to *prevent* the unlawful concurrence of administrative and criminal sanctions (as is apparent from the title). It does not explain when administrative sanctions should be preferred over criminal sanctions or the other way round. It is clear, however, that to prevent said unlawful concurrence the supervisory authority concerned, the National Public Prosecutor's Office for Financial, Economic and Environmental Offences and the Tax Authorities/FIOD-ECD should try to get on the same page during the Tripartite Consultations. To this end the parties should notify each other if they become aware of facts, circumstances or acts that suggest a breach of financial laws. A salient detail is that regarding this duty of information (upon establishing a breach of financial supervision laws) a proviso is made for the prosecution service , which need *not* notify the supervisory authority if "compelling interests of criminal procedure or privacy so oppose", while no

such proviso applies to the supervisory authority. If a prohibitory provision has been violated the supervisory authority is required to notify the prosecution service, without exception. Only in case of offenses other than the above does the Covenant provide for three restrictions (mentioned above) as the supervisory authority is then required to notify the prosecution service only if there is a "concurrence of an offense with one or several separate acts that is subject only to disposal under criminal law" (Article 3.2 part a Covenant), or a "repeated offense (recidivism)" (Article 3.2 part b Covenant) or "in the supervisory authority's opinion" an "offense has been committed with the specific circumstances of the case" giving reason to inform the prosecution service (Article 3.2 part c Covenant). To clarify said "specific circumstances of the case" part c expands that the supervisory authority "assesses [those circumstances] by the gravity of the offense, the degree of intent and blame, the scope of the damage and in relation to the protection of the general public." In other words: if there is no such "concurrence" or recidivism, and the supervisory authority further holds that there are no specific circumstances of the case that could give reason to notify the prosecution service, the Covenant does not require the supervisory authority to do so. In that case the supervisory authority will dispose of the offense administratively (without any coordination). The Covenant fails to define "compelling interests of criminal procedure or privacy" that oppose the provision of information by the prosecution service to the supervisory authority, in which case the offense is disposed of under criminal law (without any coordination). However, the Covenant – like its predecessor, the Covenant on Administrative Penalties and Criminal Sanctions – does not explain the basic principles used in the Tripartite Consultation in choosing administrative or criminal disposal.

Chapter 7 Conclusive Remarks

The Economic Offenses Act ("WED") enables the enforcement of the Act on the Supervision of Trust Offices (Wtt) (which took effect on March 1, 2004) under *criminal law.* However, to date there has been no (published) case law that shows that this enforcement option has actually been used. It is relevant, foremost, that at this point in time there is a lack of knowledge of how (and to what extent) Dutch trust offices and the target companies they administer are misused for the laundering of proceeds from crime (including corruption or tax fraud) and terrorist financing. Still, the scarce case law published on this subject justifies the conclusion that it is possible that structures that are in themselves legal – using companies domiciled in tax havens that have few or no obligations regarding the keeping of records and accounts (plus Swiss coded bank accounts, for that matter) – offer optimal possibilities to conceal activities and data on actual control, assets and money flows. The international FATF and StAR reports discussed describe typologies of misuse, which in the subsequent report have been explored in depth. It is extremely doubtful, however, whether these misuse typologies are adequate tools to identify misuse of trust offices. Besides the typologies, the report that came out most recently (StAR) underlines the importance of a 'nose' for 'inappropriate complexity', and of building an international platform for the exchange of knowledge about different types of corporate vehicles and structures. Referring to the criteria listed in its 40 Recommendations and the Third Money-Laundering Directive the FATF's criticism of the laws applicable to trust offices in the Netherlands targets in particular 'Customer Due Diligence' and 'Suspicious Transaction Reporting'. In the choice of a sanction system the basic principles contained in the *Government Memorandum on the Basic Principles of Choosing a Sanction System* are at present the only guidelines as the Covenant does not give any clues about how this choice is made in the enforcement of the Wtt. The Government Memorandum argues that it should first be determined whether there is a "closed context" (administrative enforcement) or an "open context" (criminal enforcement). A "mixed context" can be qualified as a "closed context" if the breach of the standard has been factually established by specific regulatory bodies. If, however, general "unspecific" monitoring has been responsible for factual discovery, there is an "open context"; likewise if the requirements of a "closed context" are not met. In my view, the distinction made here could be equally applied to the enforcement of the Wtt regarding "illegal" and "virtual trust offices". Both categories, after all, deliberately take themselves outside the regulated "closed context" because of the services they provide. Moreover, the powers available to the DNB to take action against those trust offices are wanting. The DNB furthermore possesses the professionalism in enforcement and sanctioning required by a "closed context" of the supervisory authority. According to the Government Memorandum special compelling reasons such as unity of law, international requirements, or intertwinement with organized crime could still point to criminal

enforcement, as well as the use of severe sanctions. However, where criminal offenses have been established related to the misuse of trust offices, which the Wtt tries to prevent, the idea diagram referred to above will not come into play as these are offenses under general criminal law (such as money-laundering). Enforcement of the Wtt may require the use of severe sanctions. However, as long as it is just a matter of poor management of a trust office, there are insufficient grounds for custodial sanctions or rigorous coercive measures that would suggest sanctions under criminal law.

www.liesbethwallien.nl
2012

Geraadpleegde literatuur

D.W. Aertsen, *De trust. Beschouwingen over invoering van de trust in het Nederlandse recht*, Deventer: Kluwer 2004.

B. Bakker, 'Hoe eng zijn de Kaaiman eilanden', *de Accountant* 2007, vol. 113, p. 12-17.

M. Bakker, M.G.J. Maas-Cooymans, H.F. Th. Pennarts, J. Langeveld, C.N. van der Sluis, *Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (bestuurlijke handhaving); Praktische handreiking, parlementaire geschiedenis en strafrechtelijke jurisprudentie*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

L. Barrezeele, Steven Callens, Ignace de Beelde, B. de Bie en S. De Meulenaar, *Uit balans! Een interdisciplinaire analyse van recente boekhoudschandalen*, Antwerpen-Oxford: Intersertia 2004.

A.C.G. De Beer, 'Toezicht op trustkantoren', *Bank- en effectenbedrijf* maart 2003, p. 28.

M. van den Berg, K. van Buiren, T. van Griffen en P. Risseeuw, *The Dutch Trust Industry: Facts & Figures*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2008.

A.B. Blomberg en L.J.J. Rogier, 'De plaats van de aanwijzing bij de handhaving van de Wet op het financieel toezicht', in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 67-83.

P. Boer en D. Kok, 'Nieuwe keuzes tussen strafrechtelijke en bestuurlijke sancties, Een toelichtende beschouwing bij de kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel', *Nederlands Juristenblad* 2009, 11, p. 671-676.

G.T. Bogert, *Trusts*, Minnesota: West Publishing 1987.

P.M. Booy, *Trustee's bij geldleningen*, Amsterdam: N.V. Drukkerij Jacob van Campen 1935.

T.C. Borman 'Artikel 5:12', in: P.J.J. van Buuren en T.C. Borman (red.), *Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 2011.

T.C. Borman 'Artikel 5:13', in: P.J.J. van Buuren en T.C. Borman (red.), *Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 2011.

T.C. Borman 'Artikel 5:20', in: P.J.J. van Buuren en T.C. Borman (red.), *Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 2011.

P.J. van den Broeke en R.J. Hoff, *Memo Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT)*, Deventer: Kluwer 2009.

M.K. Bulterman, *Financiële sancties. De totstandkoming en implementatie van financiële VN-sancties en hun gevolgen voor financiële instellingen*, Amsterdam: NIBE-SVV 2003.

H.G. van de Bunt en F. Wilmink, 'Tweegesprek over de grenzen van het poortwachterschap: Als de overheid notarissen verantwoordelijkheden oplegt, moet ze wel de instrumenten meeleveren', *Notariaat Magazine* 2006, nr. 12.

H.G. van de Bunt, T.J. van Koningsveld, M.J. Kroeze, B. van der Vorm, J.B. Wezeman, C.G. van Wingerde en A. Zonnenberg, *Overheidstoezicht op buitenlandse rechtspersonen*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2008.

H.G. van de Bunt en E.R. Kleemans, *Georganiseerde criminaliteit in Nederland: derde rapportage op basis van de Monitor Georganiseerde Criminaliteit*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers/WODC 2007.

I.J.J. Burgers, 'Schadelijke belastingconcurrentie en de herziening van het Nederlandse fiscale vestigingsbeleid', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2001-9, p. 261-267.

D. Busch en C.M. Grundmann-van de Krol, *Handboek Beleggingsondernemingen*, Deventer: Kluwer 2009.

D. Busch, D.R. Doorenbos, C.M. Grundmann-van de Krol, R.H. Maatman, M.P. Nieuwe Weme en W.A.K. Rank, *Onderneming en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2010.

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.

P.J.J. van Buuren, 'Samenloop van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sancties en van bestuursrechtelijke sancties onderling', *Nederlands Juristenblad* 1992, p. 1345-1352.

G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L Roording, 'Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein', *Nederlands Juristenblad* 1992, p. 1335-1344.

G.J.M. Corstens en M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Arnhem: Gouda Quint 2011.
F. Deruyck en G.C. Haverkate, *Witwassen in Nederland en België, Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 3 oktober 2008 te Den Haag*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

M. van Dijk, F. Weyzing en R. Murphy, *The Netherlands: A tax haven?*, Amsterdam: Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen 2006.

H. de Doelder en L.J.J. Rogier, *Opstellen over bestuursstrafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

H. de Doelder en A.B. Hoogenboom, *Financieel rechercheren; Verbetering van samenwerking door integratie van disciplines*, Rotterdam: Sanders Instituut 1998.

H. de Doelder, M.E. de Meijer, D. Otto (red.), *De bestuurlijke boete in perspectief*, Rotterdam: Sanders Instituut 1998.

H. de Doelder en M.T. van der Wulp, 'Control letters-side letters', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2009-15, Deventer: Kluwer 2009, p. 642-649.

E. van der Does de Willebois, E.M. Halter, R.A. Harrison, J. Won Park en J.C. Sharman, The Puppet Masters: *How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*, Stolen Assets Recovery 2011.

D.R. Doorenbos, *Financieel strafrecht. Een studie inzake strafrechtelijk gesanctioneerde voorschriften uit de bank- en verzekeringswetgeving* (dissertatie Nijmegen), Deventer: Kluwer 1992.

D.R. Doornbos, *Witwassen en voordeelsontneming*, Deventer : W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

D.R. Doorenbos, 'Strafrechtelijke handhaving van de Wft', in: *Onderneming en Financieel Toezicht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 545-566.

D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann en M.P. Nieuwe Weme, *Handboek marktmisbruik*, Deventer: Kluwer 2008.

D.R. Doorenbos en C.A. Doets, 'Wijziging boetestelsel financiële wetgeving – Maximum overdrive', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2008, p. 507-514.
D.R. Doorenbos, 'Nieuw boetestelsel financiële wetgeving', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2009/13, p. 538-545.

A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authorities*, Londen: Stationary Office 1998.

C.H.M. Eering en K. Frielink, 'Toezicht trustkantoren', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2003/17, p. 652-658.

M. van Eersel, 'In regulation we trust. Evaluatie van de Wet toezicht trustkantoren', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2010-9, p. 238-243.

K. Eichenwald, *Conspiracy of Fools: A True Story*, New York: Broadway Books, 2005.

F. Elderson, 'Regelgeving op het terrein van financiële sancties en de nasleep van de terroristische aanslagen van 11 september 2011: een overzicht van de stand van zaken een maand na dato', *Nederlands Tijdschrift voor Europees recht* 2001, p. 273-279.

R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in: C.P.M Cleiren, Th. A. de Roos en M.A.H. van der Woude (red), *Jurisprudentie Strafrecht Select 2008*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, hoofdstuk 20.

A.G. Feirreira, Gedegen compliance verhoogt het vertrouwen in Trust', *Tijdschrift voor Compliance* 2008-3, p. 100-102.

M.W.C. Feteris, *Aan wie kan een bestuurlijke boete worden opgelegd?, Geschriften voor de Vereniging voor de Belastingwetenschap* no, 233, Deventer: Kluwer 2007.

L. Fox, *Enron, the rise and fall*, Hoboken, NJ: John Wily & Sons 2003.

K. Frielink, *Toezicht trustkantoren in Nederland*, Deventer: Kluwer 2004.

K. Frielink, *Rechtspersonen en personenvennootschappen naar Nederlands Antilliaans en Arubaans recht*, Deventer: Kluwer 2006.

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

W.C. Gilmore, *Dirty Money – The evolution of money laundering counter-measures*, Straatsburg: Council of Europe Press 1995.
W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, *Toezicht op trustkantoren*, Amsterdam: NIBE-SVV 2004.

W.M.E. van Gorkum en J.R. de Carpentier, 'Wet toezicht trustkantoren', *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003-8/9, p. 143-153.

G. Gorton en N.S. Souleles, 'Special Purpose Vehicles and Securitization', *NBER Working Paper*, no. W11190.

H.C.H.R. Govers, 'De rol van compliance en de Wet toezicht trustkantoren', *Tijdschrift voor Compliance* 2004-2, p. 32-36.

G. Groen, 'Procedurele aspecten van grensoverschrijdende APA's', *Weekblad Fiscaal Recht* 2001/1803, nr. 6461, p. 1803-1813.

G. Groen, C. Chan en D. Stalenhoef, 'Het fiscale vestigingsklimaat in Nederland', *Forfaitair* 2004/143.

M.S. Groenhuijsen en Van der Landen, *Financiële instellingen en de strafrechtelijke bestrijding van het witwassen van geld*, Amsterdam: NIBE 1995.

C.M. Grundmann-van de Krol, 'Bescherming crediteuren beleggingsfonds: 'trust' in artikel 16aWtb', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* 2005/14, p. 486-488.

C.M. Grundmann-van de Krol en J.B.S. Hijink, *Koersen door de Wet op het financieel toezicht. regelgeving voor uitgevende instellingen, beleggingsinstellingen en beleggingsondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

J. Hagen, *Offshore Banking Centers: The Case Of Curaçao*, Willemstad, Curaçao 1990.

A.F. van Hall, *Trust*, Amsterdam: J.H. de Bussy 1896.

A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1998.

A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1998.

A.R. Hartmann, 'Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?, NJB, 21 mei 2004, p. 1068-1073.

A.R. Hartmann en L.J.J. Rogier, 'Bestuurlijke handhaving in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 1877-1882.

A.R. Hartmann, 'Over toezicht en opsporing. Inhoudelijke voorwaarden van publiekrechtelijke bevoegdheden in perspectief', in: H. De Doelder en L.J.J. Rogier (red.), *Toezicht. Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 41-54.

A.R. Hartmann en M.T. van der Wulp, 'Voldoende gedekt? Trustkantoren en de nieuwe Wet controle op rechtspersonen', in: *Jaarboek Compliance 2011*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2010, p. 283-294.

A.R. Hartmann, 'Artikel 2 WED', in: C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2010.

A.R. Hartmann, 'Artikel 7 WED', in: C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2010.

A.R. Hartmann, 'Artikel 8 WED', in: C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, 2010.

A.R. Hartmann, *Over de grenzen van de dogmatiek en into fuzzy law*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2011, p. 36-37.

D.J. Hayton en Marshall, *Cases and Commentary on the Law of Trusts*, Londen: Sweet en Maxwell/Stevens 1991.

M.F.S. ter Heide en A. de Lange, 'Kabinetsnota over de uitgangspunten bij de keuze van een sanctiestelsel', *Strafblad* 2009, p. 509-510.

M.F.S. ter Heide en A. de Lange, 'Een integer financieel verkeer kan niet zonder een strafrechtelijke bescherming', *Strafblad* 2009, p. 515-530.

I. Henri Hijmans, 'Het Burgerlijk Wetboek en het Recht der Werkelijkheid in 1838 en heden', in: P. Scholten en E.M. Meijers, *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838-1938*, Zwolle: Tjeenk Willink 1938, p. 169-197.

R. van der Hoeven en M.J.C. Visser, 'Praktische gevolgen van de invoering van identificatie- en meldingsplicht', *Advocatenblad* 2003/14, p. 608-613.

F.C. de Hosson, 'Codification of the arm's length principle in Netherlands corporate income tax act', *Intertax* nr. 5, mei 2002, p. 189-197.

M.B.A. van Hout, 'Substance, fraus legis en zetelverplaatsing', in: M.B.A van Hout en K.L.H. van Mens (red.), *Fiscale Actualiteiten in het Koninkrijk*, Amersfoort: Sdu 2005, p. 61-78.

A.R. Houweling, *Op borgsom vrij. Schorsing van de voorlopige hechtenis en rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde onder zekerheidstelling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

J. de Hullu, *Materieel strafrecht; Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.

D. Hund en B.J.J.M. Lucas Luijckx, *Internationaal fiscaal memo*, Deventer: Kluwer 2010.

J. Italianer, 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor meldingen ingevolge de Wet MOT', in: R.P.J.L. Tjittes en M.A. Blom (red.), *Bank & Aansprakelijkheid*, Serie recht en praktijk, deel 95, Deventer 1996, p. 131-141.

O.J.D.M.L. Jansen, *Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boete onderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

E.P.M. Joosen en M.G. van 't Westeinde, *Securitisatie*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank-, Verzekerings- en Effectenbedrijf 2002.

M. Jurgens, 'Compliance in het strafrecht', in: M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 131-155.

M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

G. Knigge, 'Doen en laten; enkele opmerkingen over daderschap', *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 128-154.

R.A. Kronenberg, 'Grotere onafhankelijkheid van trustees bij leningen in trustverband', *Vennootschap & Onderneming* 1994-9, p. 188-194.

P.T.C. van Kampen, 'De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman, M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland,* Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 143-178.

M. Kat, *Boekhoud-fraude; 13 schokkende fraudezaken in binnen- en buitenland*, Den Dolder: Belfra Publishers 2010.

B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

B.F Keulen, 'De wet op de economische delicten', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, p. 115-142.

T.J. van Koningsveld, 'Witwassen: de fasen van het witwasproces getoetst', in: *Tijdschrift voor Onderneming & Financiering* 2008-4, p. 88-104.

M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (dissertatie EUR), Deventer: Kluwer 1997.

R.M.I. Lamp, *Misdaadvermogen en het internationaal strafrecht* (dissertatie UU), Deventer: Gouda Quint 2000.

R.M.I. Lamp, 'De Wet op het financieel toezicht', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman en M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder Strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 241-272.

H. Langendijk, Parmalat Financziaria S.p.A.: *A Case of Manipulating Financial Statements through Fraud,* Breukelen: NIVRA-Nyenrode Press 2004.

J.T.C. Leliveld, 'Kiezen voor een sanctiestelsel bij overtreding van de Wft', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2009-5/6, p. 218-223

R.-J.P. Lugard, 'De Wtt en de Rib Wtt: een blik in de tijd', *Tijdschrift voor Compliance* 2005-1, p. 9-15.

R.-J.P. Lugard, 'Trustkantoren en compliance', *Tijdschrift voor Compliance* 2005-5, p. 89-95.

R.-J.P. Lugard, 'Het know-your-clientprincipe in de trustbranche', *Tijdschrift voor Compliance* 2006-2, p. 34-39.

R.-J.P. Lugard, 'Sanctieregelgeving; De Regeling toezicht Sanctiewet 1977 in het algemeen en in het bijzonder voor trustkantoren', *Tijdschrift voor Compliance* 2006-4, p. 99-105.

R.-J.P. Lugard, 'Analyse van integriteitsrisico's bij cliëntacceptatie in de trustbranche, *Financieel Recht* 2006-7/8, p. 188-194.

R.-J.P. Lugard, 'De trustbranche en de 3de antiwitwasrichtlijn; Verschillen en overeenkomsten in Wtt en Wwft in de benadering van UBO, cliënt en PEP', in: *Jaarboek Compliance 2010*, Waddinxveen: NCI 2010, p. 309-323.

R.S.J. Martha, 'Inzake het toezicht op trustkantoren', *TAR-justicia* 2002/3, p. 187-206.

E. Marty-Nelson, *Offshore Asset Protection Trusts: Having Your Cake and Eating it Too*, Rutgers Law Review 47, no 11, Rutgers University 1994.

B. McLean en P. Elkind, *The Smartest Guys In The Room: The Amazing Rise And Fall Of Enron*, New York: Penguin 2004.

V.A.E.M. Meijers, 'OECD-report on the misuse of corporate vehicles for illicit purposes', *Vennootschap & Onderneming* 2001, nr. 9, p. 153-154.

G. Meussen en E. Velthuizen, 'APA en ATRs: The dutch regime in a European perspective', *EC Tax Review* nr. 1, 2002, p. 4-10.

F.C.M.A. Michiels, *De boete in opmars?* (oratie VU), Zwolle 1994.

V. Mul, *Banken en witwassen: Wetgeving omtrent de beteugeling van het witwassen van geld* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1999.

A. Mulder en D.R. Doorenbosch, *Schets van het economisch strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

R. Murphy, J. Christensen en J. Kimmis, *Tax Us If You Can – The true story of a global failure*, Amsterdam: Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen 2005.

A.G.M. Nagelmaker en S.J. Roelofs, 'Knelpunten bij de uitvoering van de Wet toezicht trustkantoren', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2005-10, p. 287-295.

L.E.C. Neve, 'Belastingparadijs en uitwisseling van fiscale informatie: de OESO-standaard', *Weekblad Fiscaal Recht* 2009, p. 1076-1084.

W.P. Otto, 'Securitisatie', *BtwBrief* nr. 6. 6/7, 2000, p. 3-8.

P.H. Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, Londen: Butterworths 1993.

J.C.A. de Poorter en P.J.J. van Buren 2011, 'Artikel 5:10a', in P.J.J. van Buuren en T.C. Borman (red.), *Tekst en Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, 2011.

H.J. Portengen en D.C. Dielen, 'De natuurlijke persoon en zijn groep in de Wtt', *Vennootschap & Onderneming* 2004-5, p. 85-88.

C. van Raad, *Teksten Internationaal & EG belastingrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

P. Risseeuw en R. Dosker, *Trust matters. The Dutch trust industry revisited*, Amsterdam: SEO Economic Research 2011.

K. Roe en G. Envis, *The Regulation of Trust and Company Service Providers; A research study into the anti-money laundering and conduct of business regulation of trust and company service providers applicable in a number of financial jurisdictions*, Society of Trust and Estate Practitioners 2006.
L.J.J. Rogier, *Strafsancties, administratieve sancties en het una-via beginsel* (dissertatie EUR, Arnhem 1992.

L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuursrechtelijke handhaving* (oratie, EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

L.J.J. Rogier, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

M.H.E. Rongen, 'De trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee', in: S.C.J.J. Kortmann, *Vertegenwoordiging en Tussenpersonen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 307-348.

J. de Rooij, 'Over trustdiensten en vergunningen ervoor', *Advocatenblad* 2008, nr. 4, p. 117-119.

L.M. Rupert, *Roots of our Future*, Curaçao: Chamber of Commerce & Industry 1999.

W. Ruys en M.H. van Raay, 'Securitisation: mogelijke structuren', *Onderneming & Financiering*, nr. 67, oktober 2005, p. 12.

H.A. Savornin Lohman, 'Aansprakelijkheid van Nederlandse trustdirecteuren, *NV* 1998-10, p. 212-220.

C. Schaap, *Heling getoetst: Studie naar het witwassen van geld en de strafbaarstelling door middel van de helingbepalingen* (dissertatie EUR), Deventer: Gouda Quint 1999.

A.W. Scott en W.F. Fratcher, *The Law of Trusts*, Boston: Little, Brown and Company 1987.

M.J. Sluijs, 'De bestuurlijke boete: naar nieuwe grenzen', *Bestuurswetenschappen* 1991, p. 420-434.

I. Sluiter, F. de Vries en R.P.A. Kraaijeveld, 'Het nieuwe boetestelsel in de financiële toezichtwetgeving; flexibel, afschrikwekkend én effectief?, *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2009-5/6, p. 210-217.

B. Snijders-Kuipers, 'Identificatie in opdracht', *Juridische Berichten voor het Notariaat* 2008, nr. 10, p. 1-2.

F. Sonneveldt, *De Anglo-Amerikaanse trust en de Successiewet 1956* (dissertatie UU), Amersfoort: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers 2000.

T.N.M.B. Spronken, 'Artikel 29', in C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafvordering* 2011.

R. Stijnen, 'Compliance en de poortwachterfunctie van trustkantoren', in: M. Jurgens en R. Stijnen, *Compliance in het financieel toezichtrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 157-179.

R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

M. Swartz en Sherron Watkins, *Power Failure: The Inside Story of the Collapse of Enron*, New York: Doubleday 2003.

B. Unger, G. Rawlings, M. Siegel, J. Ferwerda, W. de Kruijf, M. Busuioc en K. Wokke, *The Amounts and the Effects of Money Laundering. Report for the Ministry of Finance*, Utrecht: Utrecht School of Economics 16 februari 2006.

M.E.J. Verrest, 'Van sectoraal naar functioneel toezicht op financiële instellingen', *Tijdschrift voor Effectenrecht* 2003, nr. 3, p. 41-50.

J. Vink, *Het Gifschip. Verslag van een journalistiek schandaal*, Amsterdam: Prometheus 2011.

H. M. Vletter-van Dort, *Wet op het financieel toezicht: wonder of waanzin* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2006.

F. de Vries, 'Het bestuurlijke sanctie-instrumentarium in de financiële toezichtwetgeving. Blijft er nog iets te wensen over voor de financiële toezichthouder?', *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht en Strafrecht* 2004-5, p. 152.

J.C.S. Warendorf, *Curaçao as an offshore financial centre: A Survey of Corporate Profit Tax Legislation*, Amsterdam: Pierson, Heldring en Pierson 1970.

A.A.T. Wesseling, 'Fusie van DNB en PVK: één prudentiële toezichthouder', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2005-3, p. 60-62.

F. Weyzig en M. van Dijk, *Tax haven and development partner; Incoherence in Dutch government policies?*, Amsterdam: Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen 2007.

A. Wielinga, A. Kuus, B. van Vliet e.a., *Praktijkgids Bestrijding witwassen & terrorismefinanciering 2008-2009*, Nederlands Compliance Instituut, Amsterdam: NIBE-SVV Uitgeverij.

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt en R. Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Groningen: Wolters-Noordhoff 2011.

D. te Winkel, *Trustverhoudingen*, 's Gravenhage: Drukkerij Mouton & Co 1914.

A.M. van Woensel en S.S. Arendse, 'Artikel 47', in C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), Tekst en Commentaar Strafrecht, 2010.

A.M. van Woensel en S.S. Arendse, 'Artikel 51', in C.P.M. Cleiren en M.J.M. Verpalen (red.), Tekst en Commentaar Strafrecht, 2010.

R.A. Wolf, 'Enkele wettelijke bepalingen bezien in het licht van het stemrechtloze aandeel', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011, p. 139-145.

E.C.M. Wolfert, *Trust in het Nederlandse recht*, Groningen: Uitgeverij Hephaestus 2001.

H.D. Wolswijk, 'Functioneel daderschap en IJzerdraadcriteria', *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 1088-1114.

M.T. van der Wulp, 'Anti-terrorismefinanciering', in: *Jaarboek Compliance 2008*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2007, p. 217-242.

M.T. van der Wulp en P.C. Verloop ' Politically Exposed Persons', *Tijdschrift voor Compliance* 2008, nr. 6, Deventer: Uitgeverij Den Hollander 2008, p. 254-261.

M.T. van der Wulp, *Trustkantoren in Nederland: trustdienstverlening en misbruik*, Rotterdam: Erasmus Instituut Toezicht & Compliance 2009.

M.T. van der Wulp, 'Verscherping van het toezicht op trustkantoren', *Tijdschrift voor Toezicht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 30-50.

M.T. van der Wulp en T.J. van Koningsveld, 'Partially Compliant. De FATF-evaluatie 2011 en de Nederlandse trustsector', *Sanctierecht & Compliance* 2011, nr. 1, p. 17-24.

D.F.M.M. Zaman en R.V. van der Kuijp, 'Wet toezicht trustkantoren en de relevantie voor de notariële praktijk', *Juridische Berichten voor het Notariaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers B.V., p. 3-6.

A. Zeeman, *Zwijgen in het bestuurlijke boeterecht. Het Awb-zwijgrecht in het licht van nemo tenetur*, Tilburg: Celsus 2012.

Kamerstukken

Kamerstukken II 1947-1948, 603, nr. 3
Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 3
Kamerstukken II 1975-1976, 13 655, nr. 5
Kamerstukken II 1977-1978, 15 012, nr. 3
Kamerstukken II 1986-1987, 19 700, nr. 36
Kamerstukken II 1988-1989, 21 221, nr. 3
Kamerstukken II 1993-1994, 23 400 VI, nr. 48
Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, A
Kamerstukken II 1993-1994, 23 700, nr. 3
Kamerstukken II 1995-1996, 23 700, nr. 24
Kamerstukken II 1995-1996, 24 843, nr. 1
Kamerstukken II 1997-1998, 25 821, nr. 3
Kamerstukken II 1997-1998, 25 830, nrs. 1-2
Kamerstukken II 1997-1998, 25 830, nr. 4
Kamerstukken II 1998-1999, 26 363, A
Kamerstukken II 1999-2000, 26 800, VI, nr. 67
Kamerstukken II 1999-2000, 26 872, nr. 3, p. 1
Kamerstukken I 2001-2002, 27 426, nr. 276
Kamerstukken II 2001-2002, 27 925, nr. 10
Kamerstukken II 2001-2002, 27 925, nr. 21
Kamerstukken II 2001-2002, 27 925, nr. 34
Kamerstukken II 2001-2002, 27 925, nr. 50
Kamerstukken II 2001-2002, 27 925, nr. 65
Kamerstukken II 2001-2002, 28 106, nr. 2
Kamerstukken II 2001-2002, 28 122, nr. 2
Kamerstukken II 2001-2002, 28 251, nr. 3
Kamerstukken II 2001-2002, 28 373, nr. 3
Kamerstukken II 2002-2003, 27 505, nr. 5
Kamerstukken II 2002-2003, 27 925, nr. 73
Kamerstukken II 2002-2003, 27 925, nr. 96
Kamerstukken II 2002-2003, 27 925, nr. 96
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041 A
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, B
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, C
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nrs. 1-2
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 3
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 4
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 5
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 6
Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 7
Kamerstukken II 2003-2004, 29 279, nr. 9
Kamerstukken II 2003-2004, 29 279, nr. 30
Kamerstukken II 2003-2004, 29 370, nr. 1
Kamerstukken II 2003-2004, 29 370, nr. 2
Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 3
Kamerstukken II 2003-2004, 29 702, nr. 13
Kamerstukken II 2004-2005, 29 990, nr. 3
Kamerstukken II 2004-2005, 30 125, nr. 2
Kamerstukken II 2005-2006, 29 702, nr. 7
Kamerstukken II 2005-2006, 29 849, nr. 30
Kamerstukken II 2005-2006, 30 658, nr. 3
Kamerstukken II 2006-2007, 31 124, nr. 3

Kamerstukken II 2007-2008, 31 237, nr. 3
Kamerstukken II 2007-2008, 31 238, nr. 3
Kamerstukken II 2007-2008, 31 458, nr. 3
Kamerstukken I 2008-2009, 31 458, C
Kamerstukken I 2008-2009, 31 700 VI, nr. D
Kamerstukken II 2008-2009, 31 700 VI, nr. 69
Kamerstukken II 2008-2009, 32 036, nr. 1
Kamerstukken II 2008-2009, 32 036, nr. 2
Kamerstukken II 2008-2009, 32 036, nr. 3
Kamerstukken II 2008-2009, 32 036, nr. 4
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 5
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 6
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 7
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 8
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 9
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 10
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 11
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 12
Kamerstukken II 2009-2010, 32 036, nr. 13
Kamerstukken II 2009-2010, 32 384, nr. 1
Kamerstukken II 2009-2010, 32 432, nr. 1
Kamerstukken II 2009-2010, 32 512, nr. 3
Kamerstukken II 2010-2011, 32 036, nr. 19
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 1
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 2
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 3
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 4
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 5
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 6
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 7
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 8
Kamerstukken II 2010-2011, 32 781, nr. 9
Kamerstukken II 2010-2011, 32 786, nr. 3
Kamerstukken I 2011-2012, 32 781, A
Kamerstukken I 2011-2012, 32 781, B

Bijlagen van het verslag der Handelingen der Staten Generaal

Handelingen 2003-2004, nr. 13, p. 555
Handelingen II, 2003-2004, p. 1863
Handelingen II, 2003-2004, p. 1866
Handelingen II 2003-2004, 29 507, nr. 98 en 100
Handelingen II 2006-2007, nr. 77, p. 77-4065
Handelingen II, 27 juni 2007, 86, p. 4717
Handelingen II 2011-2012, 291, Aanhangsel

Jurisprudentie

ABRS
ABRS 28 augustus 2002, *LJN* AE6927
ABRS 20 november 2002, *AB* 2003, 173
ABRS 12 april 2006, *AB* 2006, 281
ABRS 31 januari 2007, *LJN* AZ7426, *AB* 2007, 53

CBb
CBb van 9 februari 2006, *LJN* AV2682, *AB* 2006, 292, *JE* 2006, 115, *JOR* 2006, 73
CBb 7 juni 2007, JOR 2007/185, m.nt. H. Peters
CBb 18 juni 2009, *LJN* BJ0627, *JOR* 2009,293 m.nt. C.W.M. Lieverse
CBb 30 augustus 2011, *LJN* BR6737

Rb
Rb. 's-Gravenhage 23 december 1998, *JB* 1999, 57
Rb. Rotterdam 21 maart 2003, *LJN* AF8553, *JOR* 2003, 146
Rb. Rotterdam 5 april 2007, *LJN* BB9873
Rb. Rotterdam 20 juli 2007, *LJN* BB4579, *JOR* 2007, 247
Rb. Amsterdam, 20 juni 2008, *LJN* BD4898
Rb. Rotterdam 27 april 2009, *LJN* BI2846
Rb. Rotterdam 29 april 2009, *LJN* BI2846, *AWB* 08/1756 BC-T2
Rb. 9 maart 2010, *LJN* BL6974, *JOR* 2010/131 m.nt. Frielink en Van Eersel
Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *LJN* BM6733
Rb. Amsterdam 8 juni 2010, *LJN* BM7059
Rb. Haarlem 8 juni 2010, *LJN* BM7059
Rb. Rotterdam 8 juli 2010, *LJN* BN0769
Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2052
Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2068
Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2193
Rb. Amsterdam, 23 juli 2010, *LJN* BN2185
Rb. 's-Gravenhage 23 september 2010, *LJN* BP5534
Rb. Rotterdam 20 oktober 2011, *LJN* BU1355

Hof
Hof 's-Gravenhage 16 januari 2001, nr. 95/3551 (V-N 1 maart 2001, pt. 22)
Hof 's-Gravenhage 29 januari 2002, nr. 97/3106 (V-N 18 april 2002, pt. 1.3)
Hof Amsterdam, 19 december 2008, nummer RK 08/1168
Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9237
Hof Amsterdam, 23 december 2011, *LJN* BU9240

HR
HR 27 juni 1932, *NJ* 1932, p. 1659 e.v.
HR 18 maart 1952, *NJ* 1952, 314 en 315
HR 21 november 1961, *NJ* 1962, 89
HR 5 februari 1963, *NJ* 1963, 320
HR 8 april 1975, *NJ* 1975, 296
HR 1 juli 1981, *NJ* 1982, 80
HR 16 november 1982, *NJ* 1983, 283. m.nt. A.C. 't Hart
HR 17 februari 1987, *NJ* 1987, 951
HR 13 september 1988, *NJ* 1989, 454
HR 10 oktober 1989, *NJ* 1989, 455
HR 14 januari 1992, *NJ* 1992, 413
HR 23 september 1992, BNB 1993/193
HR 23 februari 1993, *NJ* 1993, 605
HR 23 juni 1993, BNB 1993/271
HR 26 oktober 1993, *NJ* 1993, 629
HR 10 januari 1995, M en R 1995, nr. 92
HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 met noot J. De Hullu ('Pikmeer II')
HR 12 januari 1999, *NJ* 1999, 289
HR 13 november 2001, *NJ* 2002, m. nt. PMe
HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328
HR 24 mei 2005, *NJ* 2005, 434

HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 544 m. nt. YB
HR 21 april 2009, *NJ* 2009, 210
HR 6 juli 2010, *LJN* BK9263
HR 1 februari 2011, *NJ* 2011, 56, *LJN* BM9102
HR 15 maart 2011, *LJN* BP7544
HR 24 mei 2011, *LJN* BP4399

EHRM
EHRM 28 november 1978, Ser. A, Vol. 29 ('Luedicke, Belkacem en Koç')
EHRM 27 februari 1980, *NJ* 1980, 561 ('Deweer')
EHRM 15 juli 1982, Publ. ECHR Ser. A, Vol. 51 ('Eckle')
EHRM 7 oktober 1988, Publ. ECHR Ser. A, Vol 141-A, *NJ* 1991, 351 ('Salabiaku')
EHRM 19 december 1989, Ser. A, Vol. 168 ('Kamasinki')
EHRM 25 september 1992, Publ. ECHR, Ser. A, Vol. 207, *NJ* 1995, 593 ('Pham Hoang')
EHRM 25 februari 1993, *NJ* 1993, 485 ('Funke')
EHRM 25 mei 1993, Publ. ECRM, Ser. A, Vol. 260 ('Kokkanis/Griekenland')
EHRM 27 september 1995, *NJ* 1996, 49 (G./Frankrijk)
EHRM 17 december 1996, *NJ* 1997, 699 ('Saunders')
EHRM 20 oktober 1997, Appl. No 20225/92, *NJ* 1998, 758 ('Serves vs. Frankrijk').
EHRM 3 mei 2001, *NJ* 2003, 354 ('JB vs Zwitserland')
EHRM 10 februari 2009, appl. No. 14939/03, *NJ* 2010/36 ('Zolokutin vs Nederland')

HvJEG
HvJEG 18 oktober 1989, zaak 374/87, Jur. 3283, *NJ* 1991, 687 ('Orkem')
HvJEG 9 maart 2006, C-436/04 ('Van Esbroeck')

Internationale documenten en bronnen

BCBS
The Supervision of Cross-Border Banking, BCBS en de Offshore Group of Banking Supervisors, oktober 1996; *Core Principles for Effective Banking Supervision*, BCBS, september 1997.

Core Principles Methodology, BCBS, oktober 1999.

Basel Customer Due Diligence for Banks, Basel Committee on Banking Supervision: oktober 2001.

FATF
Financial Action Task Force on money laundering, Report, Paris: FATF, February 7th, 1990.

The Forty Recommendations of the Financial Action Task Force on Money Laundering, FATF, 1996.

Report on Non-Cooperative Countries and Territories, FATF 14 februari 2000.

Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing The Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures ('First NCCT Review'), FATF 22 juni 2000.

Second NCCT Review, FATF 22 juni 2001.

Review to Identify Non-Cooperative Countries or Territories: Increasing The Worldwide Effectiveness of Anti-Money Laundering Measures, FATF 22 june 2000.

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

FATF 40 Recommendations, Financial Action Task Force on money laundering, FATF 20 juni 2003.

The Financial War on Terrorism, A guide by the Financial Action Task Force, FATF 2004.

Report on Non-Cooperative Countries and Territories, FATF, 14 februari 2004.

The Misuse of Corporate Vehicles, including Trust and Company Service Providers, FATF 13 oktober 2006.

Anti-Corruption/AML/CFT Research Paper, FATF/APC (Asia Pacific Group) Project Group on Money Laundering 2007.

Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing – High Level Principles and Procedures, FATF juni 2007.

Money Laundering and Terrorist Financing through the real estate sector, FATF 29 juni 2007

Annual Review of Non-Cooperative Countries and Territories 2006-2007: Eighth NCCT Review, FATF 12 oktober 2007.

RBA Guidance for Accountants, FATF 17 juni 2008.

RBA Guidance for Dealers in Precious Metal and Stones, FATF 17 juni 2008.

RBA Guidance for Real state Agents, FATF 17 juni 2008.

RBA Guidance for Trust and Company Service Providers, FATF 17 juni 2008.

RBA Guidance for Casinos, FATF 28 oktober 2008.

RBA Guidance for Legal Professionals, FATF 28 oktober 2008.

Methodology for Assessing Compliance with the FATF 40 Recommendations and the FATF 9 Special Recommendations, FATF 2009, p. 6.

RBA Guidance for Money Service Businesses, FATF 3 juli 2009.

RBA Guidance for the Life Insurance Sector, FATF 19 oktober 2009.

Money Laundering Using Trust and Company Service Providers, FATF oktober 2010.

Mutual Evaluation Report – Anti-money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, The Netherlands, FATF 25 februari 2011.

FSB/FSF

Declaration of G7 Finance Ministers and Central Bank Governors, IMF 30 oktober 1998.

International cooperation and coordination in the area of financial market supervision and surveillance, *Report by Hans Tietmeyer, President of the Deutsche Bundesbank*, FSF 11 februari 1999.

Announcement of the First Meeting of the FSF, Washington, persbericht FSF april 1999.

Broadening Representation in the FSF, persbericht FSF juni 1999.

FSF Establishes Working Groups, persbericht FSF mei 1999.

Press release FSF, FSF 15 september 1999.

Report of the Working Group on Offshore Centres, FSF 5 april 2000.

Statement by Andrew Crockett, Chairman of the Financial Stability Forum, International Monetary and Financial Committee Meeting, *Washington D.C.*, FSF 16 april 2000.

Re-establishment of the FSF as the Financial Stability Board, *prepared remarks by Mario Draghi, Chairman of the Financial Stability Forum, At conclusion of London Summit*, FSB 2 april 2009.

G7
Information Sharing: Ten Key Principles, G-7 Finance Ministers, mei 1998.

G20
The Global plan for Recovery and Reform, Londen: The G20 2 april 2009.
Declaration on Strengthening the Financial System, Londen: The G20 2 april 2009.

G22

Report of the Working Group on Transparency and Accountability, G22 oktober 1998.

IAIS
Insurance Supervisory Principles, IAIS, september 1997.
Insurance Concordat, IAIS, 1999.

IMF
Guide to Progress in Strengthening the Global Financial Architecture, IMF april 1999.

Communiqué of the International Monetary and Financial Committee of the Board of Governors of the International Monetary Fund, IMF 16 april 2000.

Financial Stability Forum Releases Grouping of Offshore Financial Centres (OFCs) to Assist in Setting Priorities for Assessment, IMF persbericht 25 mei 2000.

IMF Board Reviews Issues Surrounding Work on Offshore Financial Centers, IMF nieuwsbrief No. 00/62, 26 juli 2000.

Offshore Financial Centers – The Role of the IMF, IMF 23 juni 2000.

News Brief No. 00/62, IMF 26 juli 2000.

Offshore Financial Centers (OFCs): Note for the IMF Executive, IMF 29 juni 2001.

Cyprus – Assessment of the Offshore Financial Sector, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juli 2001.

Assessment of Implementation of the Basel Core Principles for Effective Banking Supervision in Respect of the Offshore Sector, IMF 30 juli 2001.

Publication of First IMF Staff Assessment of an Offshore Financial Center, IMF nieuwsbrief No. 01/80, 21 augustus 2001.

Gibraltar – Assessment Of the Regulation and Supervision Of Financial Services, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 31 oktober 2001.

Offshore Financial Center Program – A Progress Report, IMF Monetary and Exchange Affairs and Statistics Departments 28 maart 2002.

Aruba – Offshore Financial Center Assessment, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 30 juni 2002.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program: An Information Note, IMF Monetary and Exchange Affairs Department 29 augustus 2002.

Offshore Financial Center Program – A Progress Report, IMF Monetary and Exchange Affairs and Statistics Departments 14 maart 2003.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report and the Future of the Program, IMF Monetary and Financial Systems Department 31 juli 2003.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report and the Future of the Program – Supplementary Information, IMF Monetary and Financial Systems Department 3 november 2003.

IMF Executive Board Reviews the Assessment Program on Offshore Financial Centers, Public Information Note (PIN) No. 03/138, IMF 24 november 2003.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program – An Update, IMF Monetary and Financial Systems Departments 12 maart 2004.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program – A Progress Report, IMF Monetary and Financial Systems Department 25 februari 2005.

Offshore Financial Centers – The Assessment Program – An Update, IMF Monetary and Financial Systems Departments 8 februari 2006.

Offshore Financial Centers – A Report on the Assessment Program and Proposal for Integration with the Financial Sector Assessment Program, IMF Monetary and Capital Markets Department and the Legal Department in consultation with the Policy Development Review and Statistics Departments 8 mei 2008.

IMF Executive Board Integrates the Offshore Financial Center Assessment Program with the FSAP, PIN No. 08/82, IMF 9 juli 2008.

IOSCO
The Objectives and Principles of Securities Regulation, IOSCO, september 1998.

Hedge Funds and Other Highly Leveraged Institutions, IOSCO Hedge Funds Task Force, november 1999.

KPMG
Terms of Reference for the Review of Financial Regulation in Anguilla, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Montserrat and Turks and Caicos Islands, KPMG 10 december 1999.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda – Anguilla, Londen: KPMG 2001.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda – Bermuda, Londen: KPMG 2001.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda – British Virgin Islands, Londen: KPMG 2001.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda – Cayman Islands, Londen: KPMG 2001.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda – Montserrat, Londen: KPMG 2001.

Review of Financial Regulation in the Caribbean Overseas Territories and Bermuda Turks & Caicos Islands, Londen: KPMG 2001.

OESO
Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development, Parijs, 14 december 1960.

Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, OESO 1998.

Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, OESO februari 1999.

Principles of Corporate Governance, OESO, mei 1999.

Towards Global Tax Co-operation, OESO 9 april 2000.

Towards Global Tax Cooperation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices, Report tot the 2000 Ministerial Council meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, OESO 2000.

Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes, OESO mei 2001.

Offshore Financial Centers – IMF Background Paper, IMF – Monetary and Exchange Affairs Department 23 juni 2000.

Review of the FATF Forty Recommendations Consultation Paper, OESO.

Brief aan de voorzitter van de Adviesraad Internationale Vraagstukken, Ministerie van Buitenlandse Zaken, Directie Economische en Ecologische Samenwerking, Afdeling Transport en OESO 7 maart 2006.

De OESO van de toekomst, *Advies No. 54*, Den Haag: Adviesraad Internationale Vraagstukken maart 2007.

OGBS
Trust and Company Service Providers – Statement of Best Practice, Offshore Group of Banking Supervisors 6 september 2002.

Securing Effective Exchange of Information and Supervision In respect of Trust and Company Service Providers, Offshore Group of Banking Supervisors Trust and Company Service Providers' Working Group, december 2004.

SOMO/TJN
Where on earth are you? Major corporations and tax havens, Londen: Tax Justice Network maart 2009.

Jurisdiction Report – The Netherlands, TJN oktober 2009.

SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO, januari 2007.

SOMO Tax Briefing paper, *The global problem of tax havens: The case of the Netherlands*, Amsterdam: SOMO mei 2008.

StAR
Stolen Assets Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, United Nations Office on Drugs and Crime en The World Bank juni 2007.

Stolen Asset Recovery: StAR Progress Report, StAR oktober 2009.

UK Home Office
A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authories, Part I: Principal Issues Summary and Main Conclusions Main Report*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authories, Part II: The Jersey Finance Centre*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authories, Part III: The Guernsey Finance Centre*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

A. Edwards, *Review of Financial Regulation in the Crown Dependencies – a report commissioned by the Home Secretary and prepared by Andrew Edwards in co-operation with the Island authories, Part IV: The Isle of Man Finance Centre*, Londen: UK Home Office 19 november 1998.

UNODC
Financial Havens, Banking Secrecy and Money Laundering, UN Office for Drug Control and Crime Prevention, mei 1998.

Overige internationale bronnen
Partnership for Progress and Prosperity: Britain and the Overseas Territories, Cm 4264, Her Majesty's Stationery Office (HMSO), maart 1999.

Hedge Funds, Leverage and the Lessons of Long-term Capital Management, The President's Working Group on Financial Markets, april 1999.

T.M.C. Asser Instituut: *Prevention of organised crime: The registration of legal persons and their directors and the international exchange of information – a comparitive legal study in the EU Member States on the possibilities for the improvement of the international exchange of information on legal persons with the purpose of (transnational) organised crime prevention*, T.M.C. Asser Instituut (in samenwerking met het Ministerie van Justitie van Nederland en Europol) 1 maart 2000.

Transparency and Money Laundering – Study of the Regulation and its Implementation, in the EU Member States that Obstruct Anti-money Laundering Internaitonal Co-operation (Banking/Financial and Corporate/Company Regulative Fields), Europese Commissie 2001.

Business Formation and Financial Crime: Finding a Legislative Solution, Statement of Jennifer Shasky, Senior Counsel to the Deputy Attorney General, before the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs, United States Senate 5 november 2009.

Websites

www.assetrecovery.org
www.confiad.nl
www.dutchfiduciary.nl
www.dnb.nl
http://www.dnb.nl/openboek/extern/file/dnb_tcm40-196715.pdf
http://www.dnb.nl/openboek/extern/id/nl/all/40-197639.html
http://ec.europa.eu/comm/external_relatons/cfsp/sanctions/list/consol-list.htm.
http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/sanctions/index.htm.
http://www.fatf-gafi.org
http://www.fatfgafi.org/pages/0,3417,en_32250379_32236992_1_1_1_1_1,00.html
www.financialsecrecyindex.com
www.financialstabilityboard.org
www.gaco.gi
www.imf.org
http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1953/marshall.html
http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_33745_30578809_1_1_1_1,00.htm
www.oecd.org
www.offshorekenniscentrum.nl
www.ogbs.net
www.om.nl
www.om.nl/publish/pages/121655/paarlbergrequisitoiranoniem.pdf
http://register.consilium.europa.eu/pdf/nl/08/st08/st08666re01.nl08pdf
www.seo.nl/pagina/article/trust-matters/
http://somo.nl/news-nl/nederland-belastingparadijs-voor-multinationals
www.taxjustice.blogspot.com
www.trustbase.nu
http://www.un.org/sc/committees/1267/index.shtml
http://www.un.org/sc/committees/1267/pdf/consolidatelist.pdf
www.vims.nl
www1.worldbank.org/finance/star_site/

Curriculum vitae

Melis van der Wulp (22 november 1979) studeerde, na het behalen van zijn VWO-diploma aan het Lyceum Sancta Maria te Haarlem (1998), Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Tijdens zijn studie was hij werkzaam als mentor en vervolgens als student-assistent bij het Rotterdamse mentorstelsel aan de faculteit rechtsgeleerdheid (2002-2005). Voorts was hij werkzaam als werkstudent bij de Sectie Faillissementsrecht van het Rotterdamse kantoor Ploum Lodder Princen Advocaten en Notarissen (2005-2007). Als student-stagiair op de Sectie Corporate Criminal Defence van het (toenmalige) Rotterdamse kantoor van Simmons & Simmons (2006), raakte hij gepassioneerd voor het economische en het financiële strafrecht.

Na zijn afstuderen (april 2007) is Melis enkele maanden werkzaam geweest als wetenschappelijk docent straf(proces)recht aan de Sectie Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam en als medewerker van het Erasmus Center for Penal Studies (ECPS). Vervolgens is hij een jaar werkzaam geweest als wetenschappelijk onderzoeker aan de Sectie Criminologie (2008), waar hij (onder begeleiding van prof. Henk van de Bunt en Judith van Erp) kwalitatief empirisch onderzoek heeft verricht naar de dienstverlening van trustkantoren in Nederland en het misbruik daarvan. Dit onderzoek resulteerde in het rapport *Trustkantoren in Nederland: dienstverlening en misbruik*, dat op 1 juli 2009 is gepubliceerd door het Erasmus Instituut Toezicht & Compliance (EITC) in de zogenaamde EITC-reeks. Van 1 januari 2009 tot 31 december 2011 is Melis aangesteld geweest als promovendus aan de Sectie Strafrecht, onder begeleiding van prof. Hans de Doelder. Als promovendus heeft Melis onderwijs verzorgd bij het bachelor vak 'Formeel strafrecht' en 'Oefenrechtbank' (Sectie Strafrecht), het master vak 'Financiële ethiek' (Sectie Financieel Recht) en diverse cursussen voor politie en recherche (in samenwerking met het ECPS). Daarnaast heeft hij studenten begeleid bij het schrijven van scripties in de afstudeerrichtingen strafrecht en financieel recht. Als medewerker van het ECPS heeft hij werkzaamheden verricht bij buitenlandse projecten in het kader van wetgevingsadvisering, zoals advisering ten behoeve van de Commissie Herziening Wetboek van Strafrecht en Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba. Ten tijde van deze werkbezoeken in de Antillen heeft hij (op incidentele basis) zijn diensten verleend als griffier bij het Gemeenschappelijk Hof van Justitie.

Thans is Melis advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag.

Op 1 maart 2004 is de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) in werking getreden. Doelstelling van deze wet is 'het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel' door middel van 'regulering van de (Nederlandse) trustsector'. Een belangrijk deel van de bestaande gedragsregels in de trustbranche heeft hiermee een wettelijke basis verkregen. Beoogd is zo een bijdrage te leveren aan het tegengaan van misbruik van trustkantoren. Naast de bestuursrechtelijke handhaving van de Wtt door De Nederlandsche Bank, kan deze wet ook strafrechtelijk worden gehandhaafd op basis van de Wet op de Economische Delicten (WED).

Regulering van de Nederlandse trustsector behandelt de wijze waarop het misbruik van trustkantoren zich in de praktijk afspeelt en de mate waarin de Nederlandse wetgever de internationale standaarden van regulering en toezicht betreffende trustkantoren heeft geïmplementeerd. Tevens wordt de manier besproken en toegelicht waarop de keuze voor een sanctiestelsel tot stand komt bij de handhaving van financiële wetgeving betreffende trustkantoren, met in het bijzonder de keuze voor een sanctiestelsel bij de handhaving van de Wtt.

ISBN 978 90 6720 5382

9 789067 205382

kerckebosch
UITGEVERIJ | STUDIECENTRUM