

De natuurlijke persoon en zijn groep in de Wtt

Inleiding

Op 1 maart 2004 is de Wet toezicht trustkantoren (Wtt) in werking getreden. Op grond van artikel 2 Wtt is het verboden om vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn zonder dat een vergunning is verkregen van De Nederlandsche Bank (DNB). Een trustkantoor is in de Wtt gedefinieerd als

‘een rechtspersoon, vennootschap of een natuurlijke persoon die, al dan niet tezamen met andere rechtspersonen, vennootschappen of natuurlijke personen, beroeps- of bedrijfsmatig één of meer trustdiensten verleent in opdracht van een, niet tot dezelfde groep als waarvan het trustkantoor deel uitmaakt behorende, rechtspersoon, vennootschap of natuurlijke persoon’.

Trustdiensten als gedefinieerd in de Wtt omvatten onder meer het zijn van bestuurder van een vennootschap.

Op grond van de Wtt kunnen derhalve natuurlijke personen trustkantoor zijn, maar zij vallen niet onder de Wtt indien zij hun trustdiensten verlenen in opdracht van een tot hun groep behorende rechtspersoon, vennootschap of natuurlij-

ke persoon. Artikel 1 sub f Wtt geeft een eigen definitie van groep: 'een economische eenheid waarin rechtspersonen, vennootschappen en natuurlijke personen organisatorisch zijn verbonden'. Het bijzondere is nu dat aan de ene kant uitdrukkelijk beoogd is aan te sluiten bij de definitie van artikel 2:24b BW,¹ die het begrip groep volledig in het kader van rechtspersonen plaatst, terwijl anderzijds toegevoegd is dat ook natuurlijke personen tot een groep kunnen behoren.

Hierna zullen wij eerst kort ingaan op de elementen die worden gehanteerd bij de bepaling van een groep in de zin van artikel 2:24b BW is. Vervolgens zullen wij een poging doen deze elementen toe te passen op een natuurlijke persoon die statutair directeur is. Immers, van het antwoord op de vraag of die natuurlijke persoon tot de groep van de doelvennootschap behoort, kan afhangen of een vergunning onder de Wtt nodig is (wij halen in navolging van de Wtt doelvennootschap aan als aanduiding voor de vennootschap waarvan de natuurlijke persoon statutair directeur is). De vraag kan zich onder andere voordoen in concernsituaties. Wij ronden af met een aantal aanbevelingen.

De elementen van het begrip groep ex artikel 2:24b BW

De term 'groep' is in onze wetgeving geïntroduceerd ter gelegenheid van de invoering van de structuurregeling voor grote vennootschappen. Volgens de parlementaire geschiedenis² is met die term bedoeld: een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die door kapitaaldeelname of anderszins met elkaar zijn verbonden en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald. Artikel 2:24b BW luidt:

'Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.'

De literatuur³ komt tot drie criteria (waarvan de eerste twee criteria min of meer direct uit de wet volgen en het derde criterium uit de wetsgeschiedenis volgt en een nadere inkleurings geeft aan de organisatorische verbondenheid):

1. organisatorische verbondenheid;
2. economische eenheid;
3. centrale leiding.

Het gaat bij deze criteria niet om strak omliggende juridische begrippen; de criteria zijn feitelijk-economisch van aard. Zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis⁴ dat van organisatori-

sche verbondenheid sprake is als er integratie van de groeps- of concernorganisatie heeft plaatsgevonden. Om die tot stand te brengen is een zekere mate van juridische verbondenheid een vereiste. Er moet tevens voldoende invloed kunnen worden uitgeoefend, hetgeen mogelijk wordt gemaakt door aandeelhouderschap, lidmaatschap, statutaire voorzieningen of contracten tussen de betrokken rechtspersonen en/of vennootschappen. Het criterium van economische eenheid is afkomstig uit het jaarrekeningenrecht, waarbij uitgangspunt is dat over een eenheid verslag wordt uitgebracht als zij een zodanige economische samenhang heeft, dat verslaggeving daarover zinvol is.⁵ Geen vereiste is het dat de groep naar buiten als eenheid optreedt.⁶ Het vereiste van centrale leiding betekent dat er sprake dient te zijn van een hiërarchische organisatiestructuur op grond waarvan een gemeenschappelijke strategie wordt gevoerd. Ontbreekt een dergelijke strategie en is er slechts sprake van gemeenschappelijk gebruik van financiële middelen, dan is er geen groepsband als bedoeld in artikel 2:24b BW.⁷

Toepasbaarheid van de elementen van de groep op de natuurlijke persoon, statutair directeur

Algemeen

Zoals gezegd is het op zijn zachtst gezegd bijzonder dat de Wtt aansluiting zoekt bij het groepsbegrip van artikel 2:24b BW, dat per definitie natuurlijke personen uitsluit, terwijl de Wtt die natuurlijke personen wel onder het groepsbegrip vangt. Hoe met deze spagaat moet worden omgegaan, is noch in de wettekst, noch in de parlementaire geschiedenis uitgewerkt. Wij moeten het doen met de enkele vermelding⁸ dat een aanwijzing dat een natuurlijke persoon tot de groep behoort, is dat deze natuurlijke persoon zijn werkzaamheden (nagenoeg) uitsluitend voor de groep verricht of een gekwalificeerde deelneming houdt in een andere rechtspersoon of vennootschap die tot die groep behoort.

Organisatorische verbondenheid

Naar zijn aard en achtergrond is dit criterium lastig toepasbaar. De elementen juridische verbondenheid en zeggenschap bieden wel wat aanknopingspunten. Indien de natuurlijke persoon, statutair directeur tevens (groot)aandeelhouder is, zal hieraan zeker zijn voldaan. Dat geeft de eerdergenoemde vermelding ook eigenlijk met zo veel woorden aan. Maar hoe zit het nu als deze persoon geen aandelenbelang heeft? Gesteld kan worden dat de juridische verbondenheid er is in de vorm van het statutair directeurschap en dat de positie van statutair directeur ook betekent dat de persoon zeggenschap over de doelvennootschap

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

2. J.M.M. Maeijer (red.), Naamloze en Besloten Vennootschap (losbl.), Alphen aan den Rijn: Samsom, Wetsgeschiedenis III, p. IX f-artikel III-2.

3. Zie o.m. Asser-Maeijer 2-III, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, nr. 608.

4. Rechtspersonen (losbl.), Deventer: Kluwer, A.F.M. Dorresteyn, artikel 24b-2, aant. 3.

5. M.P. van Achtenberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern in het ondernemingsrecht (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989, p. 77.

6. S.M. Bartman, Inleiding concernrecht, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 20.

7. Asser-Maeijer 2-III, t.a.p.

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

heeft. In die visie is per definitie aan het criterium van de organisatorische verbondenheid voldaan. Daarbij lijkt het logisch de nuance te plaatsen dat wel nodig is dat de statutair directeur ook daadwerkelijk voldoende invloed binnen de doelvennootschap kan uitoefenen. Dat zal niet het geval zijn indien hij zich heeft verplicht volgens instructie van een ander te handelen. Wat wel daadwerkelijk voldoende invloed uitoefenen is, is een open vraag. Er valt veel voor te zeggen dat, indien zonder last of ruggespraak opgetreden wordt, de positie als statutair directeur voldoende zeggenschap impliceert. **Wij komen op dit criterium nog terug.**

Economische eenheid

Wederom een naar zijn aard lastig toepasbaar criterium. Als uitgangspunt geldt dat over een eenheid verslag wordt uitgebracht indien deze eenheid een zodanige economische samenhang heeft, dat verslaggeving daarover zinvol is. Dat kan bij natuurlijke personen eigenlijk nooit aan de orde zijn, althans wij kunnen ons daar niets bij voorstellen. Het meest dichtbij komt wellicht nog de IB-aangifte. Een directeur-grootaandeelhouder die zijn privé-aangelegenheden volledig vermengt met die van zijn vennootschap, is wellicht een voorbeeld, maar in die situatie zou de in de wetsgeschiedenis (zie noot 8) genoemde aanwijzing al gelden.

Centrale leiding

Dit criterium is goed toepasbaar op rechtspersonen en/of vennootschappen. Daar kan aan de hand van de feiten meestal wel worden beoordeeld wie het nu feitelijk voor het zeggen heeft. Bij de natuurlijke persoon is dat anders. Zo op het eerste gezicht zal aan dit criterium alleen zijn voldaan indien de statutair directeur de feitelijke leiding over de doelvennootschap heeft (en dan ligt ook hier, net als bij organisatorische verbondenheid, voor de hand dat vereist is dat hij zonder last of ruggespraak handelt). Lastig voorstelbaar is immers dat een ander de feitelijke leiding over een natuurlijke persoon heeft, althans in de zin van dit criterium. Wij kunnen ons niet voorstellen dat bekeken moet worden 'wie thuis de broek aanheeft'. Verder speelt ook hier, evenals bij de organisatorische verbondenheid, de vraag of het enkele statutair directeurschap die leiding vanzelf omvat, of dat een inhoudelijke toets geldt. Daarop komen wij hierna terug.

Tussenstand

Onze conclusie tot zover is dat geen van de criteria zich goed leent voor toepassing op natuurlijke personen. Aan criterium 2, de economische eenheid, kan, indien wij aansluiten bij de interpretatie van artikel 2:24b BW, nooit worden voldaan. Tenzij geaccepteerd wordt dat de natuurlijke persoon alleen in het specifieke in de parlementaire geschiedenis genoemde geval onderdeel van een groep is (en als zodanig is 'vrijgesteld' van de criteria), moet criterium 2 naar onze mening simpelweg buiten beschouwing worden gelaten als het om natuurlijke personen gaat. Voor wat betreft criterium 1, organisatorische verbondenheid, lijkt ons goed verdedigbaar dat de positie als statutair direc-

teur al betekent dat hieraan wordt voldaan, mits wordt opgetreden zonder dat een ander instructies kan geven. Neemt men datzelfde uitgangspunt voor criterium 3, de centrale leiding, dan heeft dit geen zelfstandige functie meer. Dat kan dus haast niet de bedoeling zijn. Voor wat betreft criteria 1 en 3 is een nadere beschouwing van doel en ratio van de Wtt op zijn plaats.

Doel en ratio van de Wtt

De achtergrond van de Wtt is het beeld dat trustkantoren veelal diensten verrichten voor fiscaal gedreven vennootschappen in Nederland (de doelvennootschappen), opgericht voor het doorstromen van gelden voor de internationale groep waarvan de doelvennootschappen deel uitmaken. Volgens de toelichting bij de Wtt⁹ is het denkbaar dat deze doelvennootschappen gebruikt worden voor het witwassen van misdaadgeld, waarvoor het noodzakelijk is dat de trustkantoren in Nederland onder toezicht worden gesteld. Het is logisch dat het toezicht niet beperkt is tot het geval waarin een rechtspersoon de positie van directeur vervult, maar dat de regeling ook natuurlijke personen die als directeur worden 'ingehuurd', bestrijkt.

Driehoeksverhouding

De wetgever heeft in de Wtt (waarschijnlijk) proberen te regelen wat in de praktijk veelal als kenmerk van het optreden als trustdirecteur wordt gezien, namelijk 'een driehoeksverhouding'. Denk aan de 'standaard'-situatie waarin een aandeelhouder als principaal een trustmaatschappij, dat wil zeggen een 'trustkantoor' in de traditionele zin van het woord (wij kiezen hier een ander begrip om onderscheid te maken ten opzichte van het Wtt-begrip van trustkantoor), inhuurt om een natuurlijke persoon/werknemer van de trustmaatschappij ter beschikking te stellen als statutair directeur. De *quid pro quo* is dan in beginsel dat de directeur volgens de wensen van de principaal zal handelen, in ruil voor een vrijwaring tegen aansprakelijkheid.

Ook in concernverhoudingen komt het wel voor dat statutair directeuren van dochtermaatschappijen geen volledige vrijheid van handelen hebben en zich zullen (moeten) richten naar het beleid van de moeder, al dan niet omdat zij ook werknemer van de moeder zijn. Het kan echter niet de bedoeling van de Wtt zijn om ook deze gevallen te bestrijken.

Vraag is dan waar nu precies het verschil zit. Het feit dat niet geheel zelfstandig beleid wordt bepaald, is in beide gevallen aan de orde. Naar onze mening zit het verschil in het feit dat de werknemer van een trustmaatschappij 'twee heren' dient, namelijk in de eerste plaats de trustmaatschappij en in de tweede plaats de principaal. Waarbij er uiteraard een 'overkill' zou ontstaan indien de trustmaatschappij een vergunning heeft. Dat heeft de wetgever ook onderkend

9. Stert. 2004, 77, p. 16.

door aan te geven dat indien de trustmaatschappij een vergunning heeft, de werknemers van die trustmaatschappij niet als 'trustkantoor' in de zin van artikel 1 Wtt worden aangemerkt.¹⁰

Laten wij dan nu bezien of wij de criteria 1 en 3 zo kunnen invullen, dat recht wordt gedaan aan het bovenbedoelde verschil. Voor criterium 1 zijn wij al een eind in de goede richting met de tussenconclusie dat de positie als statutair directeur betekent dat hieraan wordt voldaan, mits wordt opgetreden zonder last of ruggespraak. Echter, indien de statutair directeur in opdracht van de principaal handelt en de principaal een groepsmaatschappij van de doelvennootschap is, dan zou kunnen worden gesteld dat toch indirect, over de band van de principaal, de statutair directeur tot de groep van de doelvennootschap behoort. Dat betekent dat zowel in het voorbeeld van het concern als dat van de 'standaard'-situatie (driehoeksverhouding) aan dit criterium wordt voldaan. Waar wel een verschil is, is bij criterium 3. Dat verschil zit hem niet in het feit dat instructies worden aanvaard, maar in het feit dat de principaal de 'tweede heer' is. Met andere woorden, in concernsituaties wordt voldaan aan criterium 3 omdat de statutair directeur zich laat aansturen vanuit de groep en niet (mede) ergens anders vandaan. Overigens moet worden opgemerkt dat in veel concernsituaties het probleem zich niet voor zal doen, omdat ook voldaan moet zijn aan de eis dat de trustdiensten worden geleverd in de uitoefening van een beroep of bedrijf. Zie ook de laatste alinea van deze paragraaf. In een 'echte trustsituatie', die onder de reikwijdte van de Wtt valt, wordt niet aan criterium 3 voldaan, omdat de statutair directeur (ook) verbonden is aan een derde die voor trustdiensten is ingehuurd. Met deze aanknopingspunten zijn al veel in de praktijk voorkomende gevallen op te lossen.

Een moeilijk punt is hoe te bepalen of een natuurlijke persoon zelf een trustmaatschappij is (omdat hij een trustmaatschappij drijft als eenmanszaak). Aan de hand van de groepscriteria komen wij daar zo niet één, twee, drie uit. Indien er een dienstverband is, dan lijkt ons de concernsituatie aan de orde. Is dat niet het geval, dan lijkt de enige uitweg dat het statutair directeurschap niet in het kader van het uitoefenen van een beroep of bedrijf wordt vervuld. De memorie van toelichting¹¹ stelt dat sprake is van een kwalificerende trustdienst indien deze dienst actief wordt aangeboden, bijvoorbeeld door middel van reclame. Verder is een aanwijzing voor een beroeps- of bedrijfsmatige aanbieding van diensten dat deze diensten voor verschillende klanten (niet behorende tot dezelfde groep) worden verricht. Als wij dit beperkt uitleggen, is dit nog wel hanteerbaar. Als iemand zich als directeur op de 'markt' aanbiedt, is de Wtt van toepassing. Als iemand vanwege een speciale relatie of kennis/ervaring wordt aangezocht door de doelvennootschap

(en zich niet op de 'markt' aanbiedt), is de Wtt niet van toepassing. Overigens moet worden opgemerkt dat de recente vrijstellingsregeling¹² in een aantal gevallen soelaas zal bieden door de vrijstelling die geldt voor een natuurlijk persoon, statutair directeur indien een ander trustkantoor trustdiensten aan de doelvennootschap levert (ten minste het adres of correspondentieadres verleent en in ieder geval tevens de administratie voert¹³). Alsdan wordt de 'poortwachtersfunctie' (inzicht in wat er bij de doelvennootschap gebeurt) vervuld door dat trustkantoor.

Aanbevelingen

Wij willen bepleiten dat de volgende invulling wordt gegeven aan de criteria voor het bestaan van een groep indien deze worden toegepast op de natuurlijke persoon, statutair directeur:

1. Organisatorische verbondenheid. De positie als statutair directeur betekent dat hieraan wordt voldaan, mits wordt opgetreden zonder last of ruggespraak anders dan vanuit de groep.
2. Economische eenheid. Dit dient buiten beschouwing te blijven.
3. Centrale leiding. Zelfde aanknopingspunt als voor 1, met de toevoeging dat de natuurlijke persoon niet verbonden mag zijn aan een derde die voor trustdiensten is ingehuurd.

De keuze voor het groepsbegrip die de wetgever heeft gemaakt, is bepaald ongelukkig in combinatie met de natuurlijke persoon, en wetswijziging zou de beste oplossing zijn. De huidige terminologie biedt een vooruitzicht van een (lange) periode van grote onzekerheid. Het zou mooi zijn als DNB de praktijk te hulp zou willen schieten door op korte termijn duidelijk te maken hoe wat haar betreft met deze criteria dient te worden omgegaan. Wij hopen een bijdrage in die richting te hebben gegeven.

*Mr. H.J. Portengen
Mr. D.C. Dielen
Loyens & Loeff*

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

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

12. Stcrt. 2004, 77, p. 16.

13. Stcrt. 2004, 77, p. 16.