



Bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen?

M&A advocaten opgelet!

Vanaf 1 juli kan de advocaat die 'bemiddelt bij' de verkoop van rechtspersonen worden aangemerkt als trustkantoor. Wat zijn de gevolgen hiervan voor de M&A-advocaat die contacten onderhoudt met zowel verkoper als potentiële koper van een rechtspersoon?

Tekst: Melis van der Wulp¹ en Ellen Timmer²

Advocaten die door hun dienstverlening betrokken zijn bij de verkoop van rechtspersonen krijgen per 1 juli 2012³ te maken met een belangrijke uitbreiding van de Wet toezicht trustkantoren (Wtt). Op genoemde datum treedt de Wijzigingswet financiële markten 2012 (Wfm 2012)⁴ in werking. Eén van deze wijzigingen betreft de uitbreiding van de in de Wtt aangewezen dienst 'het verkopen van rechtspersonen' (art. 1 onderdeel d onder 3° Wtt). Met de inwerkingtreding van de Wfm 2012 wordt (het bereik van) deze dienst uitgebreid, waardoor ook het 'bemiddelen bij' deze dienstverlening zelfstandig als kwalificerende dienst in de zin van de Wtt wordt aangemerkt. De advocaat die (slechts) 'bemiddelt bij' de verkoop van rechtspersonen kan dus (al)

worden aangemerkt als trustkantoor⁵ en bovendien onder de reikwijdte van de vergunningplicht komen te vallen (art. 2 lid 1 Wtt). Wordt de M&A-advocaat die contacten met zowel verkoper als potentiële koper van een rechtspersoon onderhoudt straks zelf (ook) aangemerkt als trustkantoor? In zijn praktijk kan het immers voorkomen dat hij een bemiddelende rol heeft tussen verkoper en koper, bijvoorbeeld in een situatie dat hij door de verkoper is ingeschakeld en met de potentiële koper aan tafel zit en die koper geen eigen belangenbehartiger heeft ingeschakeld.

Van aandachtspunt tot wetwijziging

Deze 'bemiddelende rol' was eerder een 'punt van aandacht' in het *Evaluatierapport Wet toezicht trustkantoren* van het Ministerie van Financiën. Ter zake werd

hierin betoogd dat genoemde bemiddeling integriteitsrisico's met zich meebrengt en (derhalve) deel uit zou moeten maken van de zogenaamde poortwachtersfunctie.⁶ Volgens het ministerie '(zou) deze vorm van dienstverlening ook onder de Wtt moeten vallen.'⁷ Art. 1 onderdeel d onder 3° Wtt is uiteindelijk komen te luiden: 'het verkopen van of bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen.'⁸

De vraag is echter in welke gevallen de betrokkenheid van advocaten als 'bemiddelen bij' de verkoop van rechtspersonen kan worden aangemerkt. Opmerkelijk genoeg blijkt in de Kamerstukken géén duidelijke invulling te zijn gegeven aan de reikwijdte van de definitie van 'bemiddelen' in de zin van de Wtt. Bij een te ruime invulling loopt de advocaat al snel het risico zelf (ook) als trustkantoor te worden aangemerkt. Verricht hij deze dienst immers 'beroeps- of bedrijfsmatig' – ofwel (zoals eerder aangestipt):

¹ Advocaat bij Wladimiroff Advocaten te Den Haag.

² Advocaat bij Pellicaan Advocaten te Rotterdam.

³ 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.

⁴ Wet van 1 december 2011 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012). *Stb.* 2011, 610.

⁵ De definitie 'trustkantoor' beoogt alle mogelijke rechtsvormen te omvatten waarin het kan worden ondergebracht (Kamerstukken II 2002-2003, 29 041, nr. 3, p. 8). Zie voor de uitleg van 'beroeps of bedrijfsmatig': Rb. Rotterdam 5 april 2007, LJN BB9873; Zie ook: Rb. Rotterdam 27 april 2009, LJN BI2846, Rb. Rotterdam 3 juni 2010, LJN BM6733 en Rb. Rotterdam 8 juli 2010, LJN BN0769, over het 'onmiskenbaar bedrijfsmatige karakter' bij het 'beroeps- of bedrijfsmatig' verlenen van trustdiensten.

⁶ Zie nader: *Evaluatie Wet toezicht trustkantoren. Onderzoek naar de effectiviteit en doelmatigheid van de Wtt*, Ministerie van Financiën 26 april 2010, p. 7.

⁷ Ministerie van Financiën, *t.a.p.* 2010, p. 8.

⁸ Volgens de MvT van de Wfm 2012 heeft genoemd aandachtspunt de aanzet gegeven tot uitbreiding van deze dienst. Zie: *Kamerstukken II 2010-2011*, 32 781, nr. 3, p. 5.



voor 'meer dan één cliënt' – dan wordt hij op basis van art. 1 onderdeel d onder 3° Wtt als trustkantoor aangemerkt. Uit het bovengenoemde 'aandachtspunt' uit het evaluatierapport van het Ministerie van Financiën, dat tot de hier beschreven uitbreiding een aanzet heeft gegeven, kan onzes inziens echter niet worden opgemaakt dat het de bedoeling is geweest om ook advocatenkantoren die voor hun cliënten rechtspersonen betrekken bij trustkantoren zelf onder het bereik van de Wtt te brengen. Zou het kunnen zijn dat dit gevolg over het hoofd is gezien?

Van uitbreiding Wtt tot vrijstellingsregeling

Inmiddels heeft enige gedachtevorming plaatsgevonden met betrekking tot de inperking van de hierboven beschreven uitbreiding. Een mogelijkheid is een vrijstelling van het in de Wtt genoemde verbod 'om zonder vergunning van de toezichthouder vanuit een vestiging in Nederland als trustkantoor werkzaam te zijn' (art. 2 lid 1 Wtt). Wij hebben mogen vernemen dat wordt overwogen om in dit kader vrijstelling te verlenen aan personen die uitsluitend bemiddelen bij de verkoop van rechtspersonen (in de zin van het nieuwe art. 1, onderdeel d, onder 3), indien (a) de rechtspersoon die voorwerp is van de bemiddeling een onderneming drijft en (b) de persoon die bemiddelt niet bekend is, of moet zijn, met een voornemen om de onderneming te beëindigen. Kennelijk wordt ervoor gekozen dat er een vergunningplicht dient te bestaan als de rechtspersoon geen onderneming drijft. De vraag die vervolgens moet worden beantwoord is welke definitie van 'onderneming' hierbij dient te worden gehanteerd: in diverse Neder-

landse regelgeving wordt hieraan een verschillende betekenis toegekend. In de tweede plaats merken wij op dat thans onduidelijk is waarom wordt gekozen voor het criterium van de 'te beëindigen' onderneming. Schijnbaar wordt beoogd niet alleen 'niet-ondernemende' rechtspersonen onder de vergunningplicht te brengen, maar ook rechtspersonen die 'voornemens' zijn 'niet-ondernemend' te worden. De Wtt is onzes inziens echter niet het geëigende middel om de specifieke fraudesituaties, die men hier kennelijk op het oog heeft, te bestrijden.

Definitieproblematiek

In reactie hierop is geopperd om genoemde vrijstelling zo te formuleren dat de twee voorwaarden niet cumulatief zijn, maar dat de tweede voorwaarde als uitzondering wordt gesteld. Hiermee zou beter tot uitdrukking gebracht worden dat de bekendheid van de bemiddelaar met het voornemen de onderneming te beëindigen ook kan ontstaan tijdens de dienstverlening. Om het definitieprobleem van 'onderneming' te ondervangen zou ook een meer technische vrijstelling gebruikt kunnen worden, waarin een aantal voorwaarden zijn opgenomen om vast te stellen of er een onderneming gedreven wordt. Onderdeel van een dergelijke definitie zou het niet in dienst hebben van personeel kunnen zijn en voorwaarden voor de activa, passiva en winst- en verliesrekening, waaruit volgt dat er geen onderneming wordt gedreven. Tijdens het ter perse gaan van deze bijdrage is nog onzeker of en wanneer het besluit wordt vastgesteld en wat de definitieve inhoud van het besluit zal zijn. Niettemin hebben wij vernomen dat het voornemen bestaat om de uiteindelijke vrijstellingsregeling gelijktijdig

met de Wfm 2012 (op 1 juli 2012) in werking te doen treden.

Niettemin een lapmiddel

Hoewel het ons inziens zeer is toe te juichen dat de uitbreiding van de reikwijdte van de Wtt door de voorgestelde vrijstellingsregeling voor een belangrijk deel weer zal worden ingeperkt, moet evenwel worden opgemerkt dat een dergelijke vrijstellingsregeling niettemin een lapmiddel zal zijn. Met deze oplossing is er kennelijk voor gekozen om het bereik van de in de Wtt gedefiniëerde dienstverlening van het verkopen van rechtspersonen zodanig op te rekken dat de dienstverleners die hierdoor onbedoeld onder het bereik van de Wtt vallen, vervolgens moeten worden uitgezonderd door middel van een vrijstellingsregeling. Het resultaat is nu dat de advocaat of het advocatenkantoor eerst als trustkantoor wordt aangemerkt, om vervolgens te worden vrijgesteld. Zou het dan niet beter zijn om te constateren dat de uitbreiding zelf niet deugt? Deze vraag klemmt volgens ons met name omdat uit de toelichting niet duidelijk is gemaakt hoe dit begrip dient te worden ingevuld. Daarnaast moet worden opgemerkt dat internationale regelgeving ons niet tot deze uitbreiding verplicht⁹ en - *last but not least* - moet worden geconstateerd dat nog voor de uitbreiding in werking is getreden, het klaarblijkelijk noodzakelijk is om op deze nieuwe regel uitzonderingen te formuleren.

9 Vast staat dat met de voorgestelde uitbreiding (opnieuw) wordt afgeweken van de internationale standaard van de FATF en van art. 3 lid 7 van Richtlijn 2005/60/EG (de 'derde witwasrichtlijn'), waarin is bepaald wat onder 'aanbieders van trust- en bedrijfsdiensten' wordt verstaan.