

Wie is de UBO?

De UBO-registratieverplichting en terugmeldverplichting nader beschouwd

1. Inleiding

Op 27 maart 2022 was het zover: uiterlijk op die datum moesten in Nederland opgerichte rechtspersonen en personenvennootschappen (hierna: “entiteiten”)¹ hun uiteindelijk belanghebbenden, oftewel hun *ultimate beneficial owners* (hierna: “UBO’s”), hebben geregistreerd in het UBO-register.²

In de praktijk hebben echter nog niet alle anderhalf miljoen registratieplichtige entiteiten hun UBO geregistreerd. Op 27 maart 2022 hadden slechts 673.963 entiteiten hun UBO geregistreerd. Dat is circa 37,7 procent van het totaal aantal registratieplichtige entiteiten. Per 1 juni 2022 zijn van 884.458 entiteiten de UBO’s geregistreerd. Dit betreft deels entiteiten die al bestonden voor 27 september 2020, en deels entiteiten die na deze datum zijn opgericht en daarom direct de UBO-registratie bij oprichting dienden te doen. Daarnaast is er nog een werkvoorraad bij de Kamer van Koophandel (hierna: “KvK”) van 335.073 opgaven. De verwerking van alle registraties tot en met 1 juni 2022 zal naar verwachting vertalen in een vulpercentage van circa 64%, rekening houdend met een percentage afkeur vanwege foutieve opgaven.³ Het duurt vermoedelijk nog tot 1 januari 2023 voordat de piek aan opgaven rondom de deadline door de KvK zal zijn verwerkt.

Hoewel meer dan de helft van de entiteiten haar UBO-opgave dus inmiddels heeft gedaan, verwachten wij dat er *going forward* toch nog vragen zullen opkomen over de UBO-registratie. Deze vragen ontstaan niet alleen bij entiteiten die nog geen UBO hebben geregistreerd, entiteiten waarbij de UBO wijzigt en nog op te richten entiteiten, maar bijvoorbeeld ook bij entiteiten waarvan de UBO-opgave wordt afgewezen of doordat een instelling waarop de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: “Wwft”) van toepassing is (hierna: “Wwft-instelling”)⁴ een zogenoemde terugmelding bij de KvK doet omdat de UBO in het eigen dossier afwijkt van de gegevens in het UBO-register. Hierbij is van belang dat het niet of onjuist registreren van de UBO zowel administratiefrechtelijke als strafrechtelijk kan worden gehandhaafd.

In de praktijk is echter niet altijd eenduidig wie als UBO van een entiteit moet worden aange-



Mr. S. Rietveld*



Mr. M.A.C. van Dijk**



Mr. M.A.J. Cremers***

* Senior staff associate te Amsterdam. (sandra.rietveld@stibbe.com)

** Kandidaat-notaris te Amsterdam. (mireille.vandijk@stibbe.com)

*** Notaris te Amsterdam. (manon.cremers@stibbe.com)

1. Wij gaan in deze bijdrage niet in op de registratie van trusts en soortgelijke juridische constructies in het trustregister, zoals opgenomen in de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies (*Stb.* 2021, 610). Op het moment van afronden van deze bijdrage zijn trusts en soortgelijke juridische constructies nog niet verplicht om hun UBO te registreren.
2. De Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (*Stb.* 2020, 231) is deels op 8 juli 2020 in werking getreden (de verplichting voor entiteiten om informatie over hun UBO intern te verzamelen en bij te houden, de verplichting van de UBO om mee te werken aan een verzoek van een rechtspersoon tot informatie en de verplichting tot het bijhouden van een intern register voor stichtingen) en deels op 27 september 2020 (de UBO-registratieverplichting) (*Stb.* 2020, 232).
3. Zie de Brief van de minister van Financiën aan de Tweede Kamer van 14 april 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, 32545, nr. 168) (hierna: “Kamerbrief van de minister van Financiën van 14 april 2022”) en de antwoorden van de minister van Financiën op vragen van Tweede Kamerfracties van 6 juli 2022, via <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-financien/documenten/kamerstukken/2022/07/06/antwoorden-op-kamervragen-over-stand-van-zaken-ubo-register> (hierna: “Antwoorden van de minister van Financiën van 6 juli 2022”).
4. Dit zijn bijvoorbeeld banken, trustkantoren en notaris- en advocatenkantoren.

merkt. Dat komt doordat de Nederlandse UBO wet- en regelgeving en de toelichting niet in alle opzichten even duidelijk is. In een één-aandeelhouderstructuur of bij een op zichzelf staande entiteit, zoals een vereniging of stichting, is het veelal eenvoudig om te bepalen wie UBO is. Echter, met name bij een structuur bestaande uit verschillende, al dan niet buitenlandse, rechtsvormen rijzen diverse vragen. Het lijkt alsof de (Europese) wetgever met dergelijke structuren geen rekening heeft gehouden.⁵ Daarnaast spelen enkele vraagstukken in de verhouding tussen de ‘*know your customer*’ verplichtingen (hierna: “KYC-onderzoek”) van Wwft-instellingen en de UBO-registratieverplichting. Zolang er geen *guidance* door de wetgever wordt gegeven, zal niet bij alle entiteiten met zekerheid kunnen worden vastgesteld wie UBO is.

In deze bijdrage gaan wij in paragraaf 2 in op de achtergrond van de UBO-registratieverplichting en behandelen wij de verschillende UBO-definities. In paragraaf 3 komt de terugmeldverplichting van de Wwft-instellingen aan de orde en schetsen wij de mogelijke sancties bij het niet of onjuist registreren van de UBO. In paragraaf 4 komen enkele in de praktijk veel voorkomende situaties aan bod. Paragraaf 5 ziet op de vrijstelling van de UBO-registratieverplichting voor beursvennootschappen en hun 100% dochtervennootschappen. In paragraaf 6 behandelen wij enkele vragen die opkomen bij de verhouding tussen de verplichtingen onder het KYC-onderzoek en de UBO-registratieverplichting. We sluiten af met een conclusie.

2. Achtergrond UBO-registratieverplichting en UBO-definitie

De UBO-registratieverplichting vloeit voort uit de Vierde Anti-Witwasrichtlijn⁶, zoals gewijzigd door de Vijfde Anti-Witwasrichtlijn⁷ (hierna: “Europese richtlijn”). Doel van de regeling is het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering.⁸ De Nederlandse wetgever heeft de Europese richtlijn geïmplementeerd in onder meer de Handelsregisterwet, de Wwft, het Handelsregisterbesluit en voor de bepalingen die zien op handhaving en sanctionering zijn wijzigingen doorgevoerd in de Wet op de Economische delicten. De UBO-registratieverplichting is opgenomen in art. 15a van de Handelsregisterwet. Deze verplichting is nader uitgewerkt in het Handelsregisterbesluit.⁹

Een UBO is de natuurlijke persoon die eigenaar is van of uiteindelijk zeggenschap heeft over een entiteit (art. 10a lid 1 Wwft). In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (hierna: “Uitvoeringsbesluit”) worden de natuurlijke personen aangewe-

zen die in elk geval gelden als UBO per type entiteit. Bij kapitaalvennootschappen gaat het om de natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van de aandelen, stemrechten of eigendomsrechten danwel feitelijke zeggenschap heeft over de vennootschap. Bij stichtingen, verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen betreft het de natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van het eigendom of de stemrechten bij het besluit tot statutenwijziging, danwel feitelijke zeggenschap heeft over de rechtspersoon. De UBO van een personenvennootschap is de natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van het eigendomsbelang of de stemrechten bij een wijziging van de vennootschapsovereenkomst¹⁰, danwel feitelijke zeggenschap heeft over de personenvennootschap.

Indien geen UBO is achterhaald, of indien er enige twijfel bestaat of de achterhaalde persoon of personen de UBO is, respectievelijk zijn, dient de entiteit de zogenoemde “pseudo-UBO” te registreren: het hoger leidinggevend personeel van de entiteit zelf. In Nederland is dit voor rechtspersonen het gehele statutaire bestuur.¹¹ Bij een personenvennootschap zijn alle vennoten (niet zijnde de commanditair vennoten) pseudo-UBO. Het registreren van de pseudo-UBO is nadrukkelijk door de (Europese) wetgever bedoeld als terugvaloptie: het moet duidelijk zijn dat alle mogelijke middelen zijn aangewend om de UBO’s te achterhalen en er mogen geen gronden zijn voor verdenking van witwassen of finan-

5. Het helpt daarbij niet dat de lidstaten de Europese UBO-regeling op verschillende wijze hebben geïmplementeerd in hun nationale UBO wet- en regelgeving. Dat kan ertoe leiden dat bij een internationale groep met dochtervennootschappen in verschillende landen, voor die dochtervennootschappen niet noodzakelijkerwijs dezelfde UBO moet worden geregistreerd in de verschillende nationale UBO-registers.
6. Richtlijn (EU) 2015/849, *PbEU* 2015, L 141/73.
7. Richtlijn (EU) 2018/843, *PbEU* 2018, L 156/43.
8. *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, nr. 3, p. 4-5.
9. Zoals gewijzigd bij het Implementatiebesluit registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (*Stb.* 2020, 339) (hierna: “Implementatiebesluit”).
10. Meer specifiek: het kunnen uitoefenen van stemrecht ter zake van wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap, of ter zake van de uitvoering van die overeenkomst anders dan door daden van beheer, voor zover in die overeenkomst besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven.
11. In geval van een *one tier board* zowel de uitvoerende als de niet-uitvoerende bestuurders, zie Nota van toelichting bij het Implementatiebesluit, p. 19. Als het bestuur een rechtspersoon is, zijn alle bestuurders van de bestuurder-rechtspersoon de pseudo-UBO (*Kamerstukken I* 2019/20, 35 179, nr. C, p. 12-13).

cieren van terrorisme. Dit om te voorkomen dat te gemakkelijk een persoon behorend tot het hoger leidinggevend personeel wordt geregistreerd als UBO.¹²

Op grond van art. 18 lid 1 Handelsregisterwet is de statutair bestuurder van een entiteit verplicht de UBO-registratie te doen. De UBO heeft een meewerkverplichting (art. 10b lid 2 Wwft): hij of zij is verplicht om mee te werken aan een verzoek van een entiteit tot informatie.

3. Terugmeldverplichting, handhaving en sanctionering

3.1 De terugmeldverplichting van Wwft-instellingen (art. 10c Wwft)

Wwft-instellingen moeten als onderdeel van het KYC-onderzoek de UBO van de cliënt identificeren en redelijke maatregelen nemen om zijn of haar identiteit te verifiëren (art. 3 lid 2 sub b Wwft). Ter uitvoering van deze verplichting dient de Wwft-instelling bij het aangaan van een nieuwe zakelijke relatie een uittreksel uit het UBO-register van de cliënt op te vragen en op te nemen in het dossier (art. 4 lid 2 Wwft). Dit ontslaat de Wwft-instelling echter niet van het doen van eigen onderzoek naar de UBO, bijvoorbeeld op basis van informatie die door de cliënt wordt aanleverd. Daarbij valt onder meer te denken aan een organogram en andere documenten waaruit mogelijk blijkt wie (uiteindelijk) het bewuste (aandelen)belang houdt; bijvoorbeeld verkrijgingstitels, een jaarrekening en/of aandeelhoudersregister van de (groot)moeder, maar ook uit bijvoorbeeld een aandeelhoudersovereenkomst waarin afspraken zijn gemaakt over het uitbrengen van stemrecht. Ten aanzien van het al dan niet bestaan van feitelijke zeggenschap (zonder dat er sprake is van een UBO op basis van aandelenbelang, eigendomsbelang of stemrecht) zal navraag gedaan kunnen worden naar de wijze waarop de vennootschap wordt aangestuurd en hoe beslissingen tot stand komen.

De terugmeldverplichting houdt in dat als de Wwft-instelling bij het KYC-onderzoek tot de conclusie komt dat er een verschil bestaat tussen de UBO-gegevens uit het UBO-register en de gegevens in het dossier, de Wwft-instelling hiervan een melding doet aan de KvK (art. 10c lid 1 Wwft). Niet-nakoming van de terugmeldverplichting door Wwft-instellingen vormt een economisch delict.¹³

Nadat een terugmelding is gedaan wordt deze verwerkt door de KvK en zo nodig na drie maanden¹⁴ doorverwezen naar het Bureau Economische Handhaving (hierna: "BEH") van de Belastingdienst. Het BEH is belast met de bestuursrechtelijke handhaving van de UBO-registratieverplichting.

Het BEH kan een nader onderzoek starten en eventueel handhaven (zie ook hierna). Voorts meldt de KvK na ontvangst van een terugmelding bij de desbetreffende entiteit dat de UBO-gegevens in onderzoek zijn en dit wordt ook vermeld in het UBO-register. Een verschil in informatie betekent overigens niet dat een Wwft-instelling geen zakelijke relatie met de desbetreffende cliënt mag aangaan; het eigen KYC-onderzoek is daarin leidend.¹⁵

De wetgever benadrukt dat het van groot belang is dat de toepassing van het UBO-begrip uniform plaatsvindt, dus zowel bij de UBO-registratie als bij het KYC-onderzoek.¹⁶ Bij het vaststellen van een discrepantie tussen "eigen" UBO-gegevens en het UBO-register dienen Wwft-instellingen dan ook uit te gaan van de wettelijke UBO-criteria (dus met een UBO-grens van meer dan 25%) en niet van de in de praktijk soms strengere UBO-criteria op basis van intern KYC-beleid van de Wwft-instellingen zelf.¹⁷

Wat is rechtens indien een cliënt – ook na 27 maart 2022 – nog geen UBO heeft geregistreerd in het UBO-register? Het BFT – de instantie die is aangewezen als een van de toezichthouders op de

12. *Kamerstukken II* 2018/19, 34808, nr. 3, p. 4.

13. De KvK (zie <https://www.kvk.nl/terugmelden-ubo/>) gaat ervanuit dat de volgende meldingen kunnen worden gedaan: i) een ontbrekende UBO in het UBO-register; ii) personen die onterecht in het UBO-register staan; of iii) een onjuist belang of omvang van het belang van een UBO. Zie uitgebreid over de terugmeldverplichting, zoals het precieze toepassingsbereik, het buiten toepassing verklaren van de geheimhoudingsplicht van advocaten en notarissen en de samenhang met de verplichting tot het melden van ongebruikelijke transacties A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR* 2020/7293, p. 563. Uit de Antwoorden van de minister van Financiën van 6 juli 2022 blijkt dat per 1 juni 2022 in totaal 16.703 terugmeldingen zijn gedaan. Echter, van alle terugmeldingen leidt thans slechts ca. 19% tot aanpassing van het UBO-register. De oorzaken van dit lage percentage alsmede de mogelijke oplossingsrichtingen worden momenteel nader onderzocht, aldus de minister.

14. Zie <https://www.kvk.nl/terugmelden-ubo/>.

15. Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), concept versie 18 mei 2021, p. 34-35. Zie ook de berichtgeving van het Bureau Financieel Toezicht (hierna: "BFT") van 25 maart 2022, via <https://www.bureaufn.nl/2022/03/25/ubo-register-aangaan-nieuwe-zakelijke-relaties-door-Wwft-instellingen-clientenonderzoek-en-terugmeldplicht/>.

16. *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, nr. C, p. 8.

17. Zie eveneens B. Snijder-Kuipers & F.J.R. Swinkels, 'UBO-register voor rechtspersonen en personenvennootschappen in de praktijk', *TOP* 2020/6, p. 26. Uit de Antwoorden van de minister van Financiën van juli 2022 blijkt inderdaad dat er indicaties zijn dat de UBO-definitie niet in alle gevallen hetzelfde wordt toegepast.

naleving van de Wwft – heeft in het kader van de achterstand in verwerking van UBO-registraties bij de KvK duidelijkheid verschaft.¹⁸ Ten eerste heeft het BFT verduidelijkt dat Wwft-instellingen nog geen terugmelding hoeven te doen bij de KvK als een cliënt nog geen UBO heeft geregistreerd. Daarnaast geldt een zekere overgangperiode ten aanzien van de verplichting van Wwft-instellingen om bij het aangaan van een *nieuwe* zakelijke relatie een UBO-uitreksel op te vragen: in ieder geval tot 1 januari 2023 kan worden volstaan met de vaststelling dat registratie door de cliënt heeft plaatsgevonden, maar nog niet is verwerkt.¹⁹ Indien een entiteit na 1 januari 2023 nog steeds geen UBO-registratie heeft gedaan, mag een Wwft-instelling geen nieuwe zakelijke relatie meer aangaan met die entiteit.^{20,21} Ten slotte geldt dat Wwft-instellingen *bestaande* zakelijke relaties niet hoeven te verbreken indien blijkt dat de UBO van de cliënt nog niet is ingeschreven in het UBO-register. Wel wordt van Wwft-instellingen verwacht dat zij de cliënt wijzen op de verplichte UBO-registratie.

3.2 Handhaving en sanctionering

In geval van overtreding van de bepalingen betreffende de UBO-registratie kunnen diverse strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties worden opgelegd. Het BEH kan een zaak in uitzonderlijke gevallen voor strafrechtelijke handhaving doorverwijzen naar het Openbaar Ministerie.

Het door de bestuurders van de entiteit niet of niet juist voldoen aan de UBO-registratieverplichting kan bestuursrechtelijk gehandhaafd worden door het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete van maximaal € 22.500. Het niet voldoen aan deze verplichting is ook een economisch delict. De bestuurders kunnen worden bestraft met een hechtenis van zes maanden, een taakstraf of een geldboete van € 22.500. Naast de UBO-registratieverplichting zijn entiteiten verplicht om (i) informatie over hun UBO in te winnen, en (ii) bij te houden. Het niet voldoen aan deze verplichtingen door de vennootschap is wederom een economisch delict en kan bestraft worden met een geldboete van € 22.500. Met eenzelfde geldboete, een gevangenisstraf van twee jaar of een taakstraf kunnen ook worden bestraft de individuen die binnen de entiteit bevoegd en gehouden waren om de UBO-informatie in te winnen en bij te houden maar opzettelijk hebben nagelaten dat te doen.²² De meewerkverplichting van de UBO wordt op eenzelfde wijze gesanctioneerd. Voor de genoemde overtredingen geldt dat er (theoretische) uitzonderingen zijn op basis waarvan hogere strafrechtelijke boetes kunnen worden opgelegd, maar uit de praktijk volgt dat deze uitzonderingen bij soortgelijke overtredingen niet worden toegepast.

Voordat een sanctie wordt opgelegd ontvangen entiteiten altijd eerst per brief een laatste waarschuwing met een termijn om alsnog aan de registratieplicht te voldoen.²³ Vanwege het feit dat op dit moment nog veel entiteiten hun UBO-registratie moeten doen, zal de handhaving voorlopig risico gebaseerd worden ingericht. Dit houdt in dat binnen de beschikbare capaciteit van het BEH voorrang zal worden gegeven aan handhaving op die juridische entiteiten waar de risico's op witwassen en financieren van terrorisme het hoogst zijn. Nadat het Europese Hof

18. Zie <https://www.bureaufn.nl/2022/03/25/ubo-register-aangaan-nieuwe-zakelijke-relaties-door-Wwft-instellingen-clientenonderzoek-en-terugmeldplicht/>.
19. Het BFT vermeldt dat hiervoor een bevestigingsmail van de KvK kan worden gebruikt. De cliënt dient daarbij wel toe te lichten welke UBO-gegevens en onderliggende documentatie bij de registratie zijn opgegeven. Zodra de UBO-registratie door de KvK geheel is voltooid en verwerkt, dient de cliënt de Wwft-instelling daarover te informeren.
20. Zie de Antwoorden van de minister van Financiën van 6 juli 2022. Het is overigens de vraag of dit rechtens is, nu een dergelijk verbod niet uit de wettelijke regeling lijkt te volgen. Zie ook R. Betlem, 'Achterstanden Kamer van Koophandel frustreren financiële sector', Fd 3 juli 2022 en Fd Commentaar, 'Financiën moet snel duidelijkheid geven over regels UBO', Fd 4 juli 2022. Het lid Stoffer heeft hier Kamervragen over gesteld op 5 juli 2022, via kv-tk-2022Z14056.pdf (officiële bekendmakingen.nl). Het voert te ver om dit in deze bijdrage nader uit te werken.
21. Hoewel dit niet blijkt uit de berichtgeving van het BFT, gaan wij ervan uit dat het een Wwft-instelling is toegestaan om ook na 1 januari 2023 een nieuwe zakelijke relatie met een cliënt aan te gaan wanneer deze de UBO-registratie voor 1 januari 2023 heeft gedaan maar de registratie door de KvK op die datum nog niet is verwerkt.
22. Dit betreft de "feitelijk leidinggevers", wie dit zijn kan per entiteit verschillen en hangt van de feiten en omstandigheden af. Het valt buiten het bereik van dit artikel om hier verder op in te gaan.
23. Het BEH vermeldt dat entiteiten twee brieven krijgen van de KvK, waarna nog 1 brief vanuit het BEH wordt verzonden waarin entiteiten worden gemaand om de inschrijving binnen twee weken in orde te maken, zie https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/blcontentnl/belastingdienst/zakelijk/aangifte_betalen_en_toezicht/wwft-voorkomen-van-witwassen-en-terroris-mefinanciering/bureau-economische-handhaving-behen-het-ubo-register. Het BEH heeft tot op heden nog geen bestuurlijke sancties opgelegd. Wel zijn in mei 2022 de eerste 500 waarschuwingsbrieven verzonden naar entiteiten die niet aan de registratieplicht hebben voldaan. In de komende maanden wordt het aantal te verzenden waarschuwingsbrieven opgevoerd, zie de Antwoorden van de minister van Financiën van 6 juli 2022.

van Justitie uitspraak²⁴ heeft gedaan in de zaak over de rechtmatigheid van de Europese richtlijn, zal op overige entiteiten steekproefgewijs worden gehandhaafd.²⁵

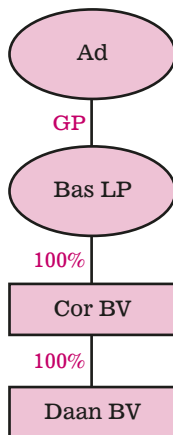
4. De UBO in (internationale) structuren

(Internationale) structuren bestaan veelal uit entiteiten met verschillende rechtsvormen, als gevolg waarvan de UBO-criteria niet altijd even gemakkelijk zijn toe te passen in de praktijk. Wij behandelen hierna enkele vraagstukken die in dat kader kunnen opkomen aan de hand van de UBO-criteria bij de bv.

De UBO van de bv is de natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van de aandelen²⁶ ("eerste criterium"), stemrechten ("tweede criterium") of eigendomsrechten ("derde criterium"), danwel feitelijke zeggenschap ("vierde criterium") heeft over de bv.²⁷ Bij een UBO-analyse moeten alle criteria worden nagelopen omdat er op basis van elk van de criteria verschillende natuurlijke personen als UBO kunnen kwalificeren. Indien een persoon UBO is op basis van meerdere criteria, geldt volgens de KvK dat slechts het eerste wettelijke criterium in het UBO-register geregistreerd hoeft te worden.²⁸ Wij behandelen de criteria hierna in deze volgorde.

4.1 Aandelenbelang (eerste criterium)

Voorbeeld 1



In voorbeeld 1 kijken we naar de UBO van Daan BV op basis van het eerste criterium. Bas LP is een buitenlandse vennootschap die geen aandelenstructuur kent. De Nederlandse wetgever heeft in de Nederlandse UBO wet- en regelgeving geen rekening gehouden met groepsstructuren die bestaan uit entiteiten met en entiteiten zonder aandelenstructuur. Bij gebrek aan duidelijkheid over hoe dergelijke gelaagde groepsstructuren moeten worden uitgelegd, achten wij het verdedigbaar dat indien een groepsstructuur een entiteit zonder aandelen omvat, de analyse 'eindigt'

bij die entiteit voor wat betreft het UBO-criterium aandelenbelang. In voorbeeld 1 eindigen we dan bij Bas LP en concluderen we dat er geen UBO is op grond van het eerste criterium.

Dezelfde analyse geldt ingeval niet Bas LP de aandelen in Cor BV houdt, maar een andere buitenlandse of Nederlandse entiteit zonder aandelen, zoals een vereniging, stichting of een trust (zie voorbeeld 4). In voorbeeld 4 is sprake van een trust²⁹ als toepentiteit (Trust Xandra). Eenzelfde redenering kan worden gevolgd: nu de trust een entiteit is zonder aandelen, moeten we concluderen dat er bij de onderliggende entiteit

24. Dit betreft de gevoegde procedures C37/20 et C601/20. Op 13 november 2020 heeft de Luxemburgse rechter prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie. De conclusie van de Advocaat-Generaal verscheen op 20 januari 2022. Hij concludeert dat de UBO-wet- en regelgeving op bepaalde onderdelen aangepast zou moeten worden, onder meer met betrekking tot de afscherming van de gegevens van de UBO. De uitspraak van het Hof van Justitie wordt medio 2022 verwacht.

25. Zie de Kamerbrief van de minister van Financiën van 14 april 2022, de gewijzigde motie Heinen en Van Dijk (Kamerstukken II 2021/22, 31477, nr. 74) en de Antwoorden van de minister van Financiën van 6 juli 2022.

26. Wij zijn van mening dat dit moet worden beoordeeld op basis van de totale nominale waarde van de aandelen die iemand houdt ten opzichte van het totale nominaal geplaatste kapitaal; zie ook A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', WPNR 2020/7293, p. 558-559 en D. Van Lierop, 'Het UBO-register: de achtbaan dendert door', KWEP 2020/1, p. 8; het ligt daarbij wat ons betreft bovendien voor de hand om de aandelen die een vennootschap in haar eigen kapitaal houdt niet mee te tellen.

27. Art. 3 lid 1 sub a 1^o Uitvoeringsbesluit.

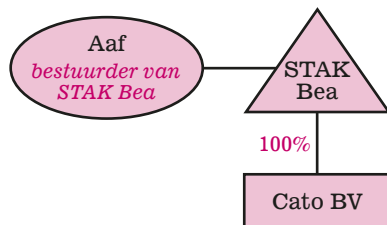
28. Dit is geen wettelijk voorgeschreven regel. Wij begrijpen dat de KvK deze gang van zaken heeft afgestemd met de wetgever. Wij kunnen ons voorstellen dat het in bepaalde gevallen voor een raadpleger van het UBO-register relevant kan zijn om te weten of een persoon ook op basis van (een van) de andere criteria als UBO kan worden aangemerkt.

29. De uit het Anglo-Amerikaans recht afkomstige trust is een juridische constructie waarbij goederen worden toevertrouwd aan een beheerder (trustee) die deze vermogensbestanddelen overeenkomstig een trustakte aanwendt voor een of meer begunstigen. Een soortgelijke constructie in Nederland is het fonds voor gemene rekening.

(in voorbeeld 4 is dit Zara BV) geen UBO is op grond van aandelenbelang.³⁰

4.2 Stemrechtbelang (tweede criterium)

Voorbeeld 2



In voorbeeld 2 analyseren we de UBO van Cato BV op basis van het tweede criterium. Uitgangspunt hierbij is dat elk aandeel een gelijk aantal stemmen vertegenwoordigt³¹ en er geen stemrechtovereenkomsten zijn (zie voorbeeld 3), waardoor het stemrechtbelang gelijk is aan het aandelenbelang.³² Wij onderscheiden twee zienswijzen voor de vraag of het uitoefenen van stemrecht door bestuurder Aaf van STAK Bea heeft te gelden als ‘het (indirect) houden van stemrecht’ in Cato BV.³³

- i. In de eerste zienswijze is Aaf UBO doordat zij geacht wordt meer dan 25% van de ‘stemrechten te houden’ in Cato BV.³⁴ Immers, Aaf vormt het gehele bestuur van STAK Bea en oefent haar stemrecht uit in STAK Bea en STAK Bea oefent op haar beurt als enig aandeelhouder het stemrecht uit in Cato BV.
- ii. In de tweede zienswijze is Aaf geen UBO van Cato BV. Zij ‘houdt’ immers niet zelf of als aandeelhouder ‘stemrechten’ in Cato BV, maar oefent dit recht uit in haar functie van bestuurder van STAK Bea en niet als (indirect) aandeelhouder. Dit kwalificeert volgens de tweede zienswijze niet als het (indirect) houden van stemrecht in Cato BV.

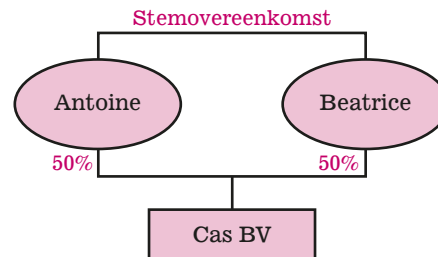
De wettelijke regeling en de toelichting daarbij leiden niet tot een eenduidige conclusie welke zienswijze gevolgd zou moeten worden. Wij vinden beide zienswijzen verdedigbaar.

Het is de vraag of er bij een trust (zie voorbeeld 4) iemand aanwezig is die “stemrechten uitoefent” in de zin van de UBO wet- en regelgeving; bij een trust is tenslotte geen bestuur zoals bij de STAK. Wij vinden het dan ook verdedigbaar dat er bij trust Xandra uit voorbeeld 4 geen UBO is met een indirect stemrechtbelang in Zara BV.

Het komt geregeld voor dat aandeelhouders een aandeelhoudersovereenkomst sluiten waarin tevens afspraken zijn opgenomen met betrekking tot het stemrecht.³⁵ Denk bijvoorbeeld aan

joint venture verhoudingen. Het is de vraag hoe een dergelijke stemafpraak doorwerkt in de UBO-criteria.

Voorbeeld 3



In voorbeeld 3 is sprake van een joint venture bv met twee natuurlijke persoonsaandeelhouders. De aandeelhouders zijn een aandeelhoudersovereenkomst aangegaan, inhoudende dat het stemrecht op alle uitstaande aandelen in Cas BV exclusief door aandeelhouder Beatrice wordt bepaald.

30. In de praktijk zien wij hier ook een andere zienswijze, waarbij ervan wordt uitgegaan dat de UBO van de toptentiteit tevens de UBO is van de onderliggende entiteiten. Bij deze zienswijze wordt op basis van de UBO-criteria van de toptentiteit (in dit geval de UBO-criteria van de trust; art. 3 lid 1 sub e Uitvoeringsbesluit) bepaald wie de UBO is en deze UBO wordt gekwalificeerd doorberekend naar de onderliggende entiteiten. Zie bijvoorbeeld Holland Quaestor (de vereniging van Nederlandse trustkantoren) (hierna: “HQ”) in hun “Guidance Wtt18 en Wvft voor trustkantoren” (2019), p. 19. Wij menen dat slechts de UBO-criteria van de entiteit voor wie de UBO wordt bepaald (in dit geval Zara BV) van toepassing kunnen zijn. Het is daarnaast de vraag via welk van de vier criteria de UBO wordt doorberekend naar beneden in de structuur en in welke verhoudingen. Dit laatste is van belang voor de inschrijving van de UBO bij de KvK waar het percentage belang binnen een bepaalde bandbreedte moet worden geregistreerd (art. 35b lid 1 Handelsregisterbesluit).

31. En er dus geen meervoudig stemrecht van toepassing is.

32. Let er bij de analyse van het stemrecht criterium ook op dat er geen andere personen met stemrecht zijn, zoals een vruchtgebruiker of pandhouder met meer dan 25% van de stemrechten. Naar onze mening is het overigens onvoldoende dat de pandhouder de macht heeft om het stemrecht naar zich toe te trekken; het gaat om het daadwerkelijk kunnen uitoefenen van het stemrecht. Dit kan gedurende de looptijd verschieten van de aandeelhouder naar de pandhouder.

33. Deze zienswijzen zijn tevens beschreven door A.B.D. Kootstra, ‘De impact van het UBO-register op de praktijk’, WPNR 2020/7293, p. 567.

34. Zie voor een ander voorbeeld van deze zienswijze B. Snijder-Kuipers, ‘Het UBO-register: registreren, raadplegen en rapporteren’, TOP 2022/64, p. 29, voorbeeld 2.

35. Dat een stemovereenkomst rechtsgeldig kan worden afgesloten werd reeds door de Hoge Raad aangenomen in de klassieke arresten HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (Wenneax), HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (Distilleerderij Melchers) en HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (Aurora).

Beatrice is naar onze mening in ieder geval UBO. Beatrice wordt tenslotte door middel van de stemovereenkomst in staat gesteld om alle stemrechten in Cas BV uit te brengen. Het percentage stemrecht van aandeelhouder Antoine (50%) wordt opgeteld bij het stemrechtbelang van Beatrice, zodat zij 100% van het stemrechtbelang in handen heeft.³⁶

Zou nu nog kunnen worden betoogd dat ook Antoine UBO is onder het stemrecht criterium omdat hij ondanks de stemafpraak in de gelegenheid is om anders te stemmen dan door Beatrice bepaald? Wij menen van niet. Antoine kan feitelijk gezien wel anders stemmen dan door Beatrice bepaald, maar dat levert niet slechts wanprestatie op onder de stemovereenkomst maar leidt in beginsel ook tot een vernietigbaar besluit. Immers, het is in een situatie als deze – waar sprake is van een joint venture samenwerking – verdedigbaar dat de afspraken uit de aandeelhoudersovereenkomst doorwerken in de besluitvorming.³⁷ Overigens is de praktijk vaak minder eenvoudig. Hoe bijvoorbeeld om te gaan met afspraken waarbij een aandeelhouder niet ten aanzien van alle aandeelhoudersbesluiten op alle aandelen mag stemmen, maar slechts ten aanzien van één of enkele aandeelhoudersbesluiten, afhankelijk van een bepaalde situatie? Verder is denkbaar dat er weliswaar geen stemafspraken zijn gemaakt, maar de statuten voor bepaalde belangrijke besluiten unanimiteit voorschrijven. De wettelijke UBO-regeling kent deze nuance niet; iemand houdt (direct of indirect) wel of niet meer dan 25% van de stemrechten.³⁸

4.3 Eigendomsbelang (derde criterium)

Onder het derde criterium wordt verstaan het recht op uitkering uit het vermogen van een rechtspersoon, waaronder de winst of de reserves, of op overschot na vereffening.³⁹ Het recht op uitkering is niet nader toegelicht maar ziet volgens de definitie op de verhouding tot de gerechtigdheid tot het gehele vermogen, en niet tot het jaarlijks uitgekeerde vermogen.⁴⁰ Dat lijkt eenvoudig, maar is het niet. Dit blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis⁴¹ waarin is opgemerkt dat ingeval van cumulatief preferente aandelen pas na vaststelling van de jaarrekening duidelijk wordt of diegene daadwerkelijk meer dan 25% van het voor uitkering vatbare bedrag heeft ontvangen. Blijkbaar moet het eigendomsbelang dus worden beoordeeld aan de hand van de ontvangen uitkering. Deze toelichting roept de nodige vragen op. Moet de hoogte van het eigendomsbelang worden beoordeeld op basis van de totale winstuitkering over dat boekjaar? Afhankelijk van de statuten, is het bestuur bevoegd om (een deel van) de winst te reserveren (al dan niet voor of juist na uitkering op de cu-

mulatief preferente aandelen)⁴². En tellen daarbij overige uitkeringen mee? Dat ligt wat ons betreft wel voor de hand. In plaats van te kijken naar de feitelijke uitkeringen, zou het eigendomsbelang wellicht moeten worden beoordeeld op basis van de voor uitkering vatbare reserves of wellicht zelfs op basis van een pro forma liquidatiebalans (dus inclusief het geplaatste kapitaal)? Dat laatste vinden wij de beste benadering, maar volgt niet uit de toelichting bij de UBO wet- en regelgeving.

Indien blijkt dat de bewuste aandeelhouder zijn aandelen tussentijds heeft verkocht, dan ligt het volgens de parlementaire geschiedenis⁴³ niet voor de hand dat de aandeelhouder met terugwerkende kracht als UBO wordt geregistreerd. Maar wat nu in het geval de aandeelhouder zijn aandelen niet heeft verkocht? Per welk moment moet hij dan als UBO worden aangemerkt? Stel dat de aandeelhouder in 2021 zijn aandelen heeft verkregen en in mei 2022 de jaarrekening over 2021 wordt vastgesteld waaruit blijkt dat hij meer dan 25% eigendomsbelang hield. Moet dan

36. Zie eensluidend B. Snijder-Kuipers, *Familievennootschappen* 2017 (IVOR nr. 107) 2016/par. 9.4.1 en 9.4.3.

37. Zie onder meer Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/107.

38. Wij vinden het verdedigbaar dat een statutaire bepaling op grond waarvan bij bepaalde besluiten unanimiteit vereist is, geen invloed heeft op de analyse onder het criterium stemrechtbelang. Hetzelfde heeft te gelden voor bijvoorbeeld stichtingen en personenvennootschappen. Het vereiste dat de statuten of de vennootschaps-overeenkomst slechts met unanimiteit kunnen worden gewijzigd, heeft naar onze mening ook geen invloed op de analyse onder het criterium stemrechtbelang.

39. Art. 1 Uitvoeringsbesluit.

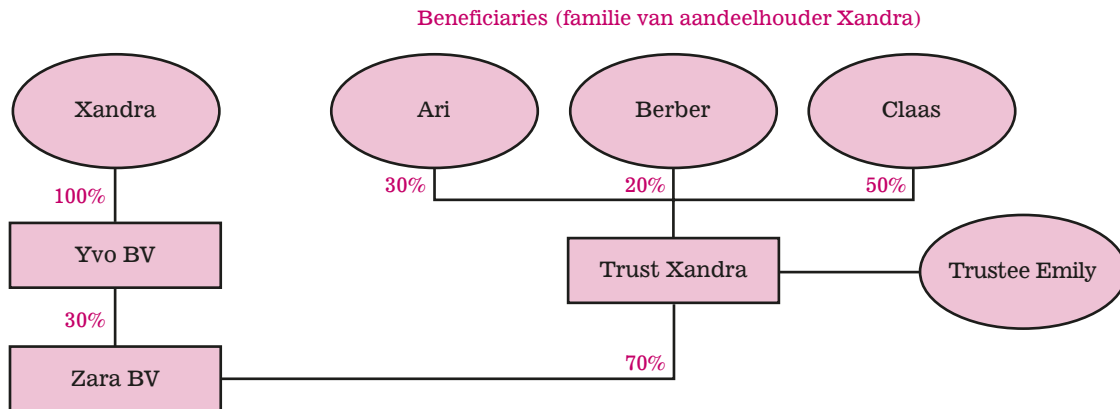
40. Zie ook B. Snijder-Kuipers & S. Veenstra, '(Nieuwe) verplichtingen voor stichtingen', *WPNR* 2020/7282, p. 364-365 en A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR* 2020/7293. Dit zou betekenen dat je bij een UBO-analyse uit zou moeten gaan van de situatie alsof de entiteit wordt ontbonden. Betekent dit dan ook dat een enig aandeelhouder van een entiteit geen UBO is op basis van eigendomsbelang indien er in een bepaald jaar geen uitkering heeft plaatsgevonden? Wij menen dat dit laatste niet de bedoeling kan zijn.

41. *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, C, p. 10-12 en *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, I, p. 7-8.

42. Wij merken daarbij op dat zelfs indien de gehele winst van een bv ter beschikking staat van de algemene vergadering en het bestuur geen bevoegdheid heeft tot reservering, art. 2:216 lid 2 BW bepaalt dat de uitkering (red. bij de bv) geen gevolg heeft zolang het bestuur geen goedkeuring heeft verleend. Hoewel een vergelijkbaar wetsartikel voor de nv ontbreekt, geldt hiervoor in praktische zin hetzelfde.

43. *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, I, p. 7-8. Zie ook A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR* 2020/7293, p. 559.

Voorbeeld 4



bij de UBO-registratie 1 januari 2022 worden vermeld of de datum waarop iemand geacht werd UBO te zijn?⁴⁴

Zoals uit het bovenstaande blijkt, kan de vaststelling van het eigendomsbelang bij een vennootschap met aandelen met een fluctuerende winstgerechtigdheid lastig zijn⁴⁵ en is de kans aanwezig dat de UBO pas op een laat moment kan worden vastgesteld.

Afhankelijk van de gemaakte afspraken, kan Ad in voorbeeld 1 als UBO van Daan BV kwalificeren op basis van een indirect eigendomsbelang. Anders dan bij het eerste criterium (aandelenbelang) kan bij dit criterium wel door entiteiten zonder aandelen heen worden gekeken.⁴⁶

Wij verwezen hierboven al naar de structuur met Nederlandse entiteiten en een trust als topentiteit, zie voorbeeld 4.

Als we weer kijken naar de UBO-criteria voor de bv en meer in het bijzonder het derde criterium eigendomsbelang: in voorbeeld 4 zouden derhalve – naast Xandra – de beneficiaries van trust Xandra de UBO's van Zara BV kunnen zijn indien zij indirect een belang hebben van meer dan 25% in de bv. In ons voorbeeld is slechts beneficiary Claas UBO van Zara BV vanwege een indirect eigendomsbelang van 35% (50% x 70%).⁴⁷

4.4 Feitelijke zeggenschap (vierde criterium)

Het begrip feitelijke zeggenschap is niet helder afgebakend in het Uitvoeringsbesluit, de wetgeschiedenis of andere wettelijke bepalingen. Feitelijke zeggenschap kan bestaan op grond van statuten of overeenkomst, maar ook op grond van feitelijke gedragingen of bestendig gebruik.⁴⁸ Onder feitelijke zeggenschap kan worden verstaan (economische) controle over de rechtspersoon anders dan via eerdergenoemde criteria.⁴⁹ In tegenstelling tot de andere criteria, wordt er bij dit criterium geen percentage genoemd. Wij

zijn van mening dat het moet gaan om overheersende zeggenschap van >50%.⁵⁰ Wij menen verder dat sprake moet zijn van een actief recht. Een enkel (passief) goedkeuringsrecht kwalificeert niet als feitelijke zeggenschap. Een veto-recht van een van de bestuurders is op zichzelf niet voldoende voor feitelijke zeggenschap. Als echter bijvoorbeeld voor alle substantiële besluiten van het bestuur de goedkeuring van de raad van commissarissen (hierna: “RvC”) nodig is en de RvC bestaat uit slechts één persoon, dan zou er wel sprake kunnen zijn van feitelijke zeggenschap.

44. Het kan ons inziens in ieder geval niet zo zijn dat het een entiteit of UBO wordt aangerekend indien de UBO-registratie veel later geschiedt dan het moment waarop iemand geacht wordt UBO te zijn.
 45. Dit heeft ook invloed op de analyse van het eigendomsbelang van gewone aandelen waarin cumprefs uitstaan.
 46. Overigens kunnen ook certificaathouders als UBO van de vennootschap waarvan de stichting administratiekantoor de aandelen houdt kwalificeren op basis van een eigendomsbelang, zie *Kamerstukken I 2019/20, 35179, C, p. 11-12*. Ook in dat geval wordt door de stichting administratiekantoor heen gekeken. Zie voor een nadere toelichting: A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR 2020/7293*, p. 560.
 47. In het geval van een discretionary trust (in tegenstelling tot een non-discretionary trust) heeft de trustee de vrijheid om te bepalen wanneer en welke middelen aan de beneficiaries worden uitgekeerd. Hetgeen wij hiervoor opmerkten ten aanzien van aandelen met een fluctuerende winstgerechtigdheid lijkt ook op een dergelijke trust van toepassing te zijn.
 48. B. Snijder-Kuipers, 'Het UBO-register', *Ondernemingsrecht 2019/86*, p. 560.
 49. A.B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR 2020/7293*.
 50. Ook D. van Lierop, 'Het UBO-register: de achtbaan dendert door', *KWEP 2020/1* en B.D. Kootstra, 'De impact van het UBO-register op de praktijk', *WPNR 2020/7293* zijn van mening dat het begrip lijkt te impliceren dat het om overheersende/doorslaggevende zeggenschap moet gaan.

Uit de wettekst en de Richtlijn jaarrekeningenrecht volgt dat een indicatie voor feitelijke zeggenschap is het kunnen benoemen of ontslaan van de meerderheid van de bestuursleden of commissarissen van de vennootschap⁵¹, danwel een ander samenspel van bepaalde vergaande bevoegdheden. Ook bij deze indicaties geldt dat een natuurlijk persoon zeggenschap van >50% moet hebben, waardoor dit in de praktijk betekent dat dit altijd maar één persoon per entiteit kan zijn.

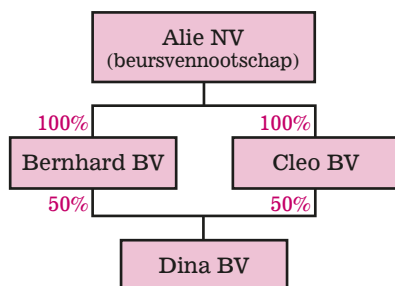
5. Vrijstelling voor beursvennootschappen en hun 100% dochtervennootschappen

Zowel beursvennootschappen die in de Europese Unie zijn genoteerd en onder de regels van de Transparantierichtlijn⁵² vallen, als beursvennootschappen die buiten de EU zijn genoteerd en onderworpen zijn aan gelijkwaardige internationale transparantienormen, zijn vrijgesteld van de UBO registratieverplichting. Hetzelfde geldt voor 100% dochtervennootschappen van deze beursvennootschappen.⁵³

Op dit moment is er geen officieel erkende lijst van landen waarvoor geldt dat sprake is van gelijkwaardige internationale transparantienormen. Het is aan Wwft-instellingen zelf om een beoordeling te maken ten aanzien van welke landen zij menen dat er sprake is van dergelijke vergelijkbare transparantieregels.⁵⁴ Noorwegen en het Verenigd Koninkrijk hebben beiden de Transparantierichtlijn geïmplementeerd en mogen daarom geacht worden een gelijkwaardige status te hebben. Uit de literatuur⁵⁵ volgt dat hetzelfde zou gelden voor Japan, Singapore, Canada, de VS en Australië.

In de wetsgeschiedenis is bepaald dat de vrijstelling geldt voor zowel directe als indirecte 100% dochtervennootschappen.⁵⁶ Het is de vraag of de vrijstelling ook geldt voor dochtervennootschappen die niet in een directe lijn naar boven 100% dochter zijn van de beursvennootschap, zie voorbeeld 5.

Voorbeeld 5



Wij vinden het op basis van de wettekst, de wetsgeschiedenis en de ratio van de vrijstelling verdedigbaar dat de vrijstelling ook geldt voor de

dochtervennootschap van een beursvennootschap die via verschillende staken – al dan niet indirect – een 100% belang houdt in die dochtervennootschap. In de memorie van antwoord⁵⁷ is bepaald:

“Voor alle juridische entiteiten die in een 100 procent relatie staan tot een beursgenoteerde vennootschap geldt de uitzondering. Dit kan derhalve ook getrapd het geval zijn via een andere juridische entiteit die 100 procent dochter is van een beursgenoteerde vennootschap. Zodra bij een juridische entiteit geen sprake meer is van een 100 procent relatie tot een juridische entiteit in de structuur van de beursgenoteerde vennootschap valt deze niet meer onder de uitzondering.”

Deze passage lijkt voor meerderlei uitleg vatbaar. Men zou de passage zo kunnen lezen dat de weg omhoog in de structuur steeds 100% moet zijn (met name de laatste zin), waardoor voor Dina BV

51. Zoals volgt uit de voorwaarden voor consolidatie van de jaarrekening, art. 2:406 BW, in samenhang met de art. 2:24a, 2:24b en 2:24d BW (art. 3 lid 1 sub a 1°, tweede gedachtestreepje Uitvoeringsbesluit). Zie tevens art. 22 van Richtlijn 2013/34/EU, *PbEU* 2013, L 182/19. Zie ook D. van Lierop, ‘Het UBO-register: de achtbaan dendert door’, *KWEP* 2020/1, p. 8-9.

52. Richtlijn 2004/109/EG, *PbEU* 2014, L 390/38.

53. Art. 3 lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit omschrijft dit als volgt: “een vennootschap die als uitgevende instelling is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten als bedoeld in de richtlijn transparantie, dan wel aan vergelijkbare internationale standaarden, met inbegrip van een 100 procent dochtermaatschappij van een dergelijke vennootschap”. Zie ook artt. 15a lid 1 Handelsregisterwet jo. 10a lid 2, sub a, Wwft.

54. AFM leidraad Wwft en Sanctiewet (19 oktober 2020), p. 24 en Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft), concept versie 18 mei 2021, p. 29-30.

55. B. Snijder-Kuipers, ‘De nieuwe UBO-definitie per 1 juni 2018’, *Ondernemingsrecht* 2018/59, p. 353. De NBA-Handreiking 1124 Richtsnoeren voor de interpretatie van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) voor accountants en belastingadviseurs (8 december 2020), p. 53-54 noemt de NYSE, NASDAQ, Tokyo Stock Exchange (TSE) en de Australian Securities Exchange (ASX).

56. *Kamerstukken I* 2019/20, 35 179, nr. C, p. 4.

57. *Kamerstukken I* 2019/20, 35 179, nr. C, p. 4.

geen vrijstelling zou gelden. Snijder-Kuipers wijst erop dat de letterlijke tekst van de regeling tot deze visie leidt.⁵⁸ Je kunt echter ook het tegenovergestelde betogen, namelijk dat de uitzondering ziet op *alle* juridische entiteiten die in een 100% relatie staan tot een beursgenoteerde onderneming (eerste zin). Dina BV zou dan zijn vrijgesteld. Deze laatste visie vinden wij meer voor de hand liggen, mede gezien het doel en de strekking van de UBO wet- en regelgeving.⁵⁹

Het risico bestaat dat – ook al kan bewijsmateriaal worden aangeleverd waaruit blijkt dat de beursvennootschap uiteindelijk een (indirect) 100% belang houdt in de desbetreffende dochter – de KvK de eerste visie aanhangt en de zaak doorverwijst naar het BEH. Opvallend is dat deze doorverwijzing van de KvK geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht lijkt te zijn. Dit heeft tot gevolg dat de beursvennootschap pas bestuursrechtelijk kan handelen als de zaak al voorligt aan de toezichthoudende instantie en deze een besluit neemt.

Het is op dit moment (nog) niet mogelijk om in het systeem van de KvK op te geven dat er sprake is van een vrijstelling. Gevolg hiervan kan zijn dat de KvK ook vrijgestelde beursvennootschappen en hun 100% dochtervennootschappen brieven gaat sturen om hen eraan te herinneren dat zij hun UBO nog moeten registreren. We begrijpen overigens dat de KvK werkt aan een oplossing om dit alsnog mogelijk te maken.

6. De verhouding tussen de verplichtingen onder het KYC-onderzoek en de UBO-registratieverplichting

De UBO-definitie die van toepassing is op de verplichtingen in het kader van het KYC-onderzoek (art. 1 lid 1 Wwft), wijkt iets af van de definitie voor de UBO-registratieverplichting (art. 10a lid 1 Wwft).⁶⁰ In wezen komen beide definities echter op hetzelfde neer en ook de toepassing dient uniform plaats te vinden.⁶¹ Beide UBO-definities kennen ook dezelfde uitwerking van het UBO-begrip in het Uitvoeringsbesluit.

Wij zien echter in de praktijk dat verschillende Wwft-instellingen, bijvoorbeeld banken en trustkantoren, in hun interne KYC-beleid uitgaan van ruimere UBO-criteria, waarbij sneller sprake is van een UBO, om zodoende meer zekerheid in te bouwen dat wordt gehandeld conform de KYC-verplichtingen onder de Wwft. Een bekend voorbeeld is de situatie waarbij een bank een aandeelhouder met een belang van 10% al als UBO beschouwt, in plaats van pas bij het wettelijk vastgelegde belang van meer dan 25%. In deze benadering zijn er dus in beginsel meer personen die als UBO van een (cliënt)entiteit kunnen

worden aangemerkt onder het interne KYC-beleid van de desbetreffende Wwft-instelling, terwijl dit niet automatisch betekent dat diezelfde personen óók als UBO van die entiteit moeten worden geregistreerd in het UBO-register. Het is goed om hier rekening mee te houden met het oog op de registratie in het UBO-register. Immers, het is in strijd met de UBO-regelgeving om personen die geen UBO zijn, in het UBO-register te laten opnemen.

Specifiek voor trustkantoren lijkt zelfs een discrepantie te bestaan tussen de KYC-verplichtingen die op trustkantoren van toepassing zijn enerzijds en de UBO-registratieverplichting anderzijds. Een van de diensten die trustkantoren hun cliënten bieden is het verzorgen van het bestuurderschap van Nederlandse doelvennootschappen in een cliëntstructuur. De toenmalige minister van Financiën heeft in een brief van 13 maart 2018⁶² gesteld dat een situatie waarbij *uitsluitend* bestuurders van een trustkantoor zich in het UBO-register laten inschrijven als pseudo-UBO van de doelvennootschap niet zal ontstaan en dit ook onwenselijk is. De minister wijst er namelijk op dat het trustkantoor in zo'n geval de UBO van de cliënt niet zou hebben geïdentificeerd en geverifieerd op basis van het KYC-onderzoek en dus geen trustdiensten aan de cliënt zou mogen verlenen.

58. Zie B. Snijder-Kuipers, 'Het UBO-register: registreren, raadplegen en rapporteren', *TOP* 2022/64, p. 29.

59. Zo ook B. Snijder-Kuipers, 'Het UBO-register: registreren, raadplegen en rapporteren', *TOP* 2022/64, p. 29 die eveneens stelt dat een vrijstelling in lijn zou zijn met doel en strekking van de regeling omdat er indirect sprake is van een 100%-aandeelhoudersrelatie. Beursvennootschappen zijn vrijgesteld van de UBO-registratieverplichting omdat zij al gebonden zijn aan transparantieplichtingen; het zou dubbelop zijn om hier in het kader van de UBO wet- en regelgeving nogmaals onderzoek naar te doen. Hetzelfde heeft te gelden voor de dochtervennootschappen die indirect maar telkens voor 100% worden gehouden door (klein-)dochters van de beursvennootschap. Indien je vanuit dochters Bernard BV en Cleo BV de UBO probeert te achterhalen, kom je uiteindelijk ook terecht bij de beursvennootschap. Hetzelfde geldt echter voor Dina BV. Het zou opmerkelijk zijn, en wat ons betreft niet de bedoeling van de wetgever, indien voor Dina BV iets anders zou hebben te gelden, enkel en alleen omdat er geen directe 100% lijn naar boven in de structuur is.

60. In het kader van het KYC-onderzoek is de UBO op grond van art. 1 lid 1 Wwft de "natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een cliënt, dan wel de natuurlijke persoon voor wiens rekening een transactie of activiteit wordt verricht."

61. *Kamerstukken I* 2019/20, 35179, nr. C, p. 8.

62. *Kamerstukken II* 2017/18, 34 808, nr. 15, p. 3-4.

In de praktijk blijken er echter wel degelijk situaties te bestaan waarbij een trustkantoor zijn KYC-onderzoek volledig en adequaat heeft uitgevoerd en er toch slechts trustbestuurders met betrekking tot de doelvennootschap als pseudo-UBO in het UBO-register moeten worden opgenomen.⁶³ De cliënt en de doelvennootschap hoeven tenslotte niet dezelfde entiteit te zijn. Het kan natuurlijk zo zijn dat de cliënt en de doelvennootschap dezelfde UBO hebben; bijvoorbeeld als ze allebei deel uitmaken van dezelfde vennootschapsrechtelijke structuur. Echter, als een structuur geen UBO kent op grond van eigendom of zeggenschap, komt de terugvaloptie van de pseudo-UBO in beeld. In het kader van het KYC-onderzoek is een mogelijke oplossing om dan de statutair bestuurders van de cliënt (de toepentiteit) als pseudo-UBO te beschouwen en deze pseudo-UBO ook van toepassing te laten zijn bij de doelvennootschap.⁶⁴ Voor wat betreft de UBO-registratieverplichting volstaat deze keuze echter niet. De UBO wet- en regelgeving is op dit punt heel duidelijk: het zijn de statutair bestuurders van de doelvennootschap zelf die als pseudo-UBO in het UBO-register moeten worden geregistreerd.

Trustkantoren zitten in een lastig parket waar zij op basis van de UBO-registratiebepalingen in bepaalde gevallen de trustbestuurders van de doelvennootschap als enige pseudo-UBO in het UBO-register moeten registreren en dit tegelijkertijd in strijd lijkt te zijn met de bedoeling van de wetgever. Een mogelijke aanpak zou kunnen zijn om er als trustkantoor voor te zorgen dat er bij doelvennootschappen altijd een bestuurder

vanuit de cliënt wordt benoemd, al dan niet naast de trustbestuurders. In dit laatste geval worden dan zowel de trustbestuurders als de bestuurder vanuit de cliënt als pseudo-UBO ingeschreven en dat is in overeenstemming met de UBO-registratiebepalingen én de bedoeling van de wetgever. Indien dat niet het geval is, doet het trustkantoor er goed aan om te onderzoeken en te verifiëren of er niet toch een natuurlijk persoon in de structuur van de cliënt is die als UBO van de doelvennootschap kan worden aangemerkt, bijvoorbeeld op basis van feitelijke zeggenschap binnen die doelentiteit vanwege ondertekening van een engagement letter of service letter agreement.⁶⁵

7. Concluderend

Ondanks dat het UBO-register met ingang van 27 maart 2022 volledig gevuld had moeten zijn, is dit allerm minst het geval: iets minder dan de helft van alle registratieplichtige entiteiten heeft op die datum hun UBO geregistreerd. Er zijn dus de komende tijd nog vele UBO-analyses en bijbehorende registraties af te handelen. Voor entiteiten die hun UBO-registratie wel op tijd hebben gedaan, kan op termijn een nadere analyse nodig zijn, bijvoorbeeld indien van eigenaar wordt gewisseld, of als zij onverhoopt worden geconfronteerd met een terugmelding door een Wwft-instelling. Handhaving en mogelijkerwijs sanctienering worden uiteindelijk geriskeerd indien de UBO niet of onjuist wordt geregistreerd. Wij hopen door middel van deze bijdrage enkele vraagstukken voor zowel entiteiten als Wwft-instellingen te hebben verduidelijkt.

63. Zie ook HQ "Guidance Wtt18 en Wwft voor trustkantoren" (2019), p. 15 e.v. Het komt ook voor dat trustbestuurders de enige UBO's van een doelentiteit zijn, bijvoorbeeld in geval van een stichting met twee trustbestuurders waarbij het bestuur bevoegd is tot statutenwijziging. De trustbestuurders zijn in dit geval UBO op grond van een stemrechtbelang.

64. Zie HQ "Guidance Wtt18 en Wwft voor trustkantoren" (2019), p. 25.

65. Zie ook HQ "Guidance Wtt18 en Wwft voor trustkantoren" (2019), p. 25. Wij menen dat dit met een beroep op de hierboven beschreven discrepantie tussen de wettekst en de bedoeling van de wetgever en de ratio van de UBO wet -en regelgeving onder omstandigheden mogelijk zou moeten zijn. Het is zaak om de (beleids)keuzes die in dit verband door de Wwft-instelling worden gemaakt goed te documenteren.