

Reactie consultatie Wet internationale sanctiemaatregelen

9 augustus 2024

1. Inleiding

- 1.1. Graag maken wij hierbij gebruik van de mogelijkheid te reageren op de internetconsultatie met betrekking tot het voorstel tot de Wet internationale sanctiemaatregelen (het "**Wetsvoorstel**"). Wij zullen hieronder ingaan op:
 - a. Onze algemene observaties ten aanzien van de beoogde insteek van de modernisering van het Nederlandse sanctiestelsel (zie § 2);
 - b. De (verdere) versnippering van de toepassing/handhaving van EU-sancties door Nederlandse overheidsinstanties (zie § 3);
 - c. Het voorstel om onder omstandigheden een bewindvoerder aan te kunnen wijzen binnen Nederlandse ondernemingen (zie § 4);
 - d. De beoogde introductie van (nadere) mogelijkheden om in verband met sanctiewetgeving aantekeningen bij te houden in openbare registers, zoals het handelsregister (zie § 5).

2. Algemene observaties beoogde insteek modernisering sanctiestelsel

- 2.1. In de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel wordt in onze ogen terecht vooropgesteld dat de omvang en complexiteit van sanctie-instrumenten is toegenomen. Wij onderschrijven ook de behoefte om het Nederlandse sanctiestelsel te moderniseren. Duidelijke regels voor toezicht/handhaving en opsporing/vervolgning zijn onmiskenbaar een onderdeel van een doeltreffend sanctierecht. Dit heeft weinig toelichting.
- 2.2. Belangrijker is in onze ogen dat in de Memorie van Toelichting, evenals in het eerdere preconsultatiedocument, een belangrijke groep partijen niet de juiste aandacht krijgt. EU-sancties zijn doorgaans gericht tegen specifieke sectoren en partijen in en uit een land waartegen de sancties zijn afgekondigd. Zelf zijn de gesanctioneerde sectoren en partijen echter niet verplicht om de EU-sancties na te leven. De EU-sancties moeten hoofdzakelijk worden nageleefd door EU-partijen en -ondernemingen, hierna gezamenlijk aangeduid als EU-partijen.
- 2.3. Met name de sancties tegen Rusland en Belarus laten zien dat de gevolgen van EU-sancties ingrijpend zijn en ook EU-partijen hard kunnen raken en hen enorme schade kunnen berokkenen. In enkele gevallen wordt zelfs het voortbestaan van EU-ondernemingen bedreigd door de sancties. Met name door de geografische ligging van Rusland en West-Europese afhankelijkheid van Russisch gas is jarenlang sprake geweest van intensieve economische samenwerking met de Russische overheid en Russische ondernemingen. Veel EU-partijen zijn in de tijd dat dit was toegestaan samenwerkingen met Russische partijen aangegaan, waaronder joint ventures. Ook komt het veelvuldig voor dat EU-partijen voorafgaand aan de aangescherpte sancties financieringen

verkregen van Russische financiële instellingen en/of Russische partijen aandelen verkregen in EU-ondernemingen. Deze al bestaande samenwerkingsvormen werden nadien geraakt door de aangescherpte sancties.

- 2.4. Het beeld dat wij hebben uit onze praktijk is niet dat EU-partijen primair zoeken naar mogelijkheden hun door de sancties getroffen belangen te handhaven door de sanctieregels te schenden of te ontwijken. Wij zien vooral EU-partijen die de sanctieregels willen naleven, maar daarbij simpelweg geconfronteerd worden met zeer open geformuleerde vage normen, die soms in korte tijd alweer wijzigen en waarop bij het afkondigen ervan zelden een heldere toelichting wordt gegeven. Dit is het meest problematisch bij EU-partijen die voorafgaand aan (aangescherpte) sancties al samenwerkten met Russische partijen zoals hierboven geschetst.
- 2.5. Naar ons oordeel zou de effectiviteit van de sancties dan ook voor alles gediend zijn wanneer EU-partijen voldoende in staat worden gesteld om daadwerkelijk te handelen naar de letter en de geest van de sancties. In onze ogen is het voornaamste probleem bij het (kunnen) begrijpen en naleven van de sanctieregels dat de Uniewetgever die regels zeer open formuleert. *Guidance* en rechtspraak die kan bijdragen aan dat begrip en waarop formeel een beroep kan worden gedaan is niet ruim aanwezig. Hoewel met name de Europese Commissie regelmatig *guidance* documenten en opinies publiceert, kunnen deze uiteraard niet alle uitvoeringsvragen beantwoorden. Daarnaast komt het voor dat *guidance* die lidstaten zelf geven afwijkt van die van de Europese Commissie, wat kan leiden tot verwarring. Het zou daarom goed zijn wanneer EU-partijen met concrete vragen over de uitleg en toepassing van sanctieregels terecht kunnen bij een autoriteit die bevoegd is *guidance* te geven waarop EU-partijen ook juridisch mogen vertrouwen, in de zin dat zij bij het volgen van de uitlatingen en (eventueel) instructies van deze autoriteit niet kunnen handelen in strijd met de sanctieregels.
- 2.6. Daarnaast zou een modern sanctiestelsel moeten voorzien in duidelijk gereguleerde mogelijkheden om de gevolgen van sancties voor de onbedoeld daardoor getroffen eigen onderdanen te verzachten. Zoals gezegd, was met name in relatie tot Rusland en ten tijde van de invasie van Oekraïne nog sprake van sterke economische samenhang tussen enkele Russische en Europese ondernemingen. Dit niet alleen in de vorm van contractuele samenwerkingen met Russische partijen die pas gingen vallen binnen het bereik van de aangescherpte EU-sancties na de invasie van Oekraïne, maar ook door joint ventures, bedrijfsfinancieringen en participaties. Ons beeld is dat veel EU-partijen dergelijke banden wel willen, maar niet kunnen of mogen verbreken. Ironisch genoeg beperken de aangescherpte sancties niet alleen de mogelijkheden om nieuwe verbanden en transacties aan te gaan, maar vaak ook de mogelijkheden om 'afscheid' te nemen van Russische partijen of activiteiten.

- 2.7. In dit verband kan de voorgestelde mogelijkheid een bewindvoerder aan te stellen, waarop hieronder nader zal worden ingegaan, in voorkomende gevallen soelaas bieden. In andere gevallen zal dat niet zo zijn en zal vermindering van de negatieve impact van de sancties op EU-partijen vereisen dat bestaande verbanden met gesanctioneerde partijen worden afgewikkeld. Daarvoor zal in ruimere mate dan op dit moment het geval is moeten worden voorzien in vergunnings- of ontheffingsmogelijkheden. Bij het ontwerpen hiervan kan worden geput uit de ruime ervaring die daarmee bestaat in (met name) de Verenigde Staten (OFAC).
- 2.8. Kortom, wij menen dat er bij een modernisering van het sanctiestelsel ook veel aandacht zou moeten zijn voor de grote meerderheid van de (welwillende) EU-partijen door hen te helpen om de sanctiewetgeving te begrijpen en zo nodig banden met gesanctioneerde partijen af te bouwen. Deze aandacht ontbreekt in onze ogen in de Memorie van Toelichting. Daarin wordt wel onderkend dat de complexiteit van internationale sanctiemaatregelen sterk is toegenomen en die complexiteit lijkt zelfs een van de belangrijkste redenen om het Nederlandse sanctiestelsel te herzien. Ogenscheinlijk wordt deze complexiteit echter vooral benaderd vanuit het perspectief van de vele overheidsinstanties die met sanctiewetgeving te maken krijgen. Nergens in de Memorie van Toelichting wordt verkend of er mogelijkheden zijn om op nationaal dan wel op EU-niveau een verbetering te bereiken van de bovengenoemde moeilijkheden voor EU-partijen om de sanctiewetgeving te begrijpen en na te leven. Wij zouden het toejuichen als dat alsnog aandacht krijgt in het verdere traject.

3. Verdere versnippering toepassing en handhaving van EU-sancties

- 3.1. Op dit moment zijn er al diverse instanties die zich bezighouden met sanctiewetgeving, onder meer in de vorm van toezicht en/of handhaving.¹ Het Wetsvoorstel stelt feitelijk een nog veel sterkere versnippering voor. Dit enerzijds door per sanctieregeling een of meer bestuursorganen aan te (kunnen) wijzen die bevoegd worden om sanctieovertredingen bestuursrechtelijk te handhaven. Anderzijds zouden de zes toezichthouders die momenteel toezien op naleving van de Wwft ook worden belast met toezicht op de naleving van sancties door specifieke instellingen/professionals. Zoals blijkt uit het overzicht in § 5 van de Memorie van Toelichting, zouden maar liefst 25 verschillende instanties/partijen (nadrukkelijker) betrokken gaan raken bij de toepassing/handhaving van sanctiewetgeving in Nederland.

¹ Zie daarover ook het rapport van de nationaal coördinator sanctienaleving en handhaving, bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 36045, nr. 72 (Rapport van de nationaal coördinator sanctienaleving en handhaving), p. 4. Volgens het rapport wordt dit versnipperde toezicht verklaard door de keuze om de minister van Buitenlandse Zaken de bevoegdheid te geven om voor de naleving van de EU-sanctievoorordeningen bij ministeriële regeling nationale regels te stellen. Daarbij worden per sanctieregeling een of meer andere ministeries aangewezen, afhankelijk van welk(e) ander(e) ministerie(s) de betreffende materie ook aangaat.

- 3.2. Bij de beoordeling of dit regime wenselijk en werkbaar is, zou in onze ogen een belangrijke rol moeten spelen dat sanctiewetgeving in opzet en structuur complex is en veel open, vaag geformuleerde normen bevat. In § 2.5 werd al opgemerkt dat bindende interpretatiebronnen op het gebied van sancties schaars zijn en dat (mede daarom) sprake kan zijn van tegenstrijdige interpretaties. Als zich nog meer instanties zouden gaan bezighouden met sancties, betekent dat in onze ogen ook een groter risico op inconsistente interpretaties. Daarbij speelt ook mee dat de sanctiewetgeving op EU-niveau uitputtend wordt geharmoniseerd in de vorm van EU-verordeningen.² De Europese Commissie heeft dan ook een belangrijke rol bij het duiden van de EU-sancties in de vorm van *guidance*. Het risico op afwijkende uitleg van sanctieregels wordt groter als er op nationaal niveau (nog) meer instanties zouden komen die zich moeten gaan richten op sanctietoezicht.
- 3.3. In onze reactie op het preconsultatiedocument bevelen wij daarom aan om te onderzoeken of het niet de voorkeur zou verdienen één centrale sanctieautoriteit aan te wijzen die zich zal bezighouden met (bestuursrechtelijk) toezicht op de naleving van EU-sancties.³ Wij benoemen daarbij onder meer de mogelijkheid om één Nederlandse instantie aan te wijzen of in het leven te roepen die zich specialiseert in sancties, kennis daarover kan delen en (in beginsel bindende) adviezen kan verstrekken aan de minder gespecialiseerde instanties die ook met sanctiewetgeving te maken hebben. Een dergelijke aanpak zou in onze ogen ook efficiëntievoordelen kunnen opleveren en kunnen voorkomen dat meerdere instanties meer van hun schaarse capaciteit moeten inzetten om zich (verder) te verdiepen in de complexe sanctiewetgeving. Als de centrale sanctieautoriteit tevens een handhavingsbevoegdheid zou krijgen, zou dat ook nog kunnen zorgen voor een consistenter beleid bij de bestuursrechtelijke handhaving van EU-sancties die het Wetsvoorstel beoogt te introduceren.
- 3.4. In de Memorie van Toelichting wordt het idee van een centrale sanctieautoriteit in onze ogen te snel en met een magere motivering terzijde geschoven. Volgens de Memorie van Toelichting wordt een centrale autoriteit met name onhaalbaar geacht omdat de sanctiewetgeving een brede reikwijdte heeft. Een centrale instantie die zich bezig gaat houden met sancties zou voldoende kennis moeten hebben van financiële stromen, goederenstromen en andere onderwerpen die relevant zijn voor toezicht op en handhaving van sancties, hetgeen blijkbaar als een te grote hobbel wordt ervaren. De aanwijzing van een centrale instantie zou volgens de Memorie van Toelichting ook betekenen dat die instantie zich zou begeven op de toezichtterreinen van bestaande toezichthouders en hun

² Bij de witwaswetgeving is 'slechts' sprake van minimumharmonisatie door middel van EU-richtlijnen, zodat lidstaten daarvan mogen afwijken in de vorm van eigen, strengere witwasbepalingen.

³ Zie <https://www.internetconsultatie.nl/sanctiestelsel/reactie/231978/bestand>.

werkzaamheden in sommige gevallen kan doorkruisen.⁴ In het Wetsvoorstel wordt daarom afgezien van een centrale sanctieautoriteit. Wel wordt voorzien in een centraal meldpunt sanctienaleving dat voornamelijk wordt belast met het verzamelen, registreren en analyseren van meldingen op grond van de sanctiewetgeving.⁵

- 3.5. Wij zijn er niet direct van overtuigd dat bovengenoemde bezwaren tegen een centrale sanctieautoriteit opwegen tegen de potentiële voordelen. Hoewel het klopt dat de sanctiewetgeving uiteenlopende toepassingen kent en de autoriteit inderdaad een brede expertise zou moeten hebben, lijkt ons dat geen onoplosbaar probleem. Dit kan vooral een kwestie zijn van het opdoen en samenbrengen van kennis binnen de sanctieautoriteit en het zo nodig hanteren van verschillende afdelingen/directies binnen die autoriteit. De ACM houdt bijvoorbeeld ook toezicht op een veelheid aan sectoren en activiteiten, waarbij een onderverdeling is aangebracht tussen verschillende toezichtdirecties. Ook van het OM wordt al verwacht dat het zelfstandig voldoende kennis in huis heeft om alle facetten van sanctiewetgeving strafrechtelijk te kunnen handhaven. Tot slot hebben ook diverse andere landen een centrale sanctieautoriteit. De in de Memorie van Toelichting opgeworpen bezwaren spelen daar kennelijk niet, althans niet in die mate dat van een centrale autoriteit is afgezien.⁶
- 3.6. De bezetting die nodig zou zijn binnen een centrale sanctieautoriteit vergt uiteraard een inzet van middelen. Maar die inzet zal vermoedelijk beperkter zijn dan de gecombineerde inzet van de 25 instanties die zich los van elkaar op enigerlei wijze zouden gaan bezighouden met sancties en daarin dus (beter) thuis moeten raken. Gelet op de complexiteit van sanctiewetgeving en de nog grotere kans op een inconsistente toepassing op vergelijkbare gevallen als zich nog meer instanties gaan bezighouden met sanctiewetgeving, geven wij nogmaals in overweging om een centrale autoriteit in het leven te roepen.
- 3.7. Als hiervan zou worden afgezien, geven wij in overweging in ieder geval een instantie in het leven te roepen die zich specialiseert in sanctiewetgeving en daarover adviezen kan verstrekken aan de minder gespecialiseerde instanties die zich eventueel (meer) gaan bezighouden met sancties. Het Wetsvoorstel voorziet al wel in de oprichting van een centraal meldpunt sanctienaleving. Dat meldpunt zou mede worden belast met voorlichting, maar alleen over de invulling van meldplichten op basis van sanctiewetgeving.⁷ In onze ogen is die voorlichting te beperkt omdat meldplichten maar een van de vele facetten zijn van de sanctiewetgeving waar zowel EU-partijen als de

⁴ Zie p. 10 van de Memorie van Toelichting.

⁵ Zie vooral § 3.7 van de Memorie van Toelichting en hoofdstuk 3 van het Wetsvoorstel.

⁶ Dit betreft bijvoorbeeld de eerdergenoemde OFAC (Office of Foreign Assets Control) in de Verenigde Staten en OFSI (Office of Financial Sanctions Implementation) in het Verenigd Koninkrijk.

⁷ Zie artikel 3.1.1 lid 2 onder d van het Wetsvoorstel.

verschillende toezichthouders in de praktijk mee te maken (zullen) krijgen. Bij de eventuele inrichting van een centrale instantie die voorlichting en advies kan geven over sanctiewetgeving kan de adviserende rol van het Landelijk Bureau Bibob wellicht inspiratie bieden. Ook een kennis- en expertisecentrum zoals het Anti Money Laundering Centre, dat onder meer kennis kan delen over (specifieke thema's binnen) de sanctiewetgeving, zou in onze ogen een belangrijke rol kunnen vervullen in het kader van hierboven gesignaleerde moeilijkheden voor EU-partijen om de sanctiewetgeving te kunnen begrijpen en naleven.

4. Beheer en bewind

Reikwijdte van beoogde regeling

- 4.1. In artikel 5.2 van het Wetsvoorstel wordt een ministeriële bevoegdheid voorgesteld om een of meer personen aan te wijzen die *"opdrachten kunnen verstrekken aan een in Nederland gevestigde onderneming, als naar het oordeel van Onze Minister die het aangaat de toepassing van een verplichting op die onderneming uit hoofde van een sanctiemaatregel nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit of continuïteit van de onderneming met zich brengt en daarmee ernstige maatschappelijke, economische of werkgelegenheidseffecten voor de Nederlandse samenleving kan veroorzaken."*
- 4.2. De aangewezen persoon wordt enkele malen aangeduid als de 'stille bewindvoerder'. Dat de benoemde persoon wordt aangeduid als *stille* bewindvoerder vinden wij onjuist, omdat het vijfde lid van artikel 5.2 voorschrijft dat het aanwijzingsbesluit wordt gepubliceerd in de Staatscourant.
- 4.3. Afgaand op de Memorie van Toelichting en de daarin genoemde voorbeelden van gevallen waarin deze bevoegdheid uitkomst zou kunnen bieden,⁸ lijkt deze bevoegdheid (uitsluitend) bedoeld voor gevallen waarin sprake is van eigendom of zeggenschap door een gesanctioneerde partij, waardoor de onderneming wordt meegetrokken door de sancties tegen die partij. Dat betreft vooral partijen met een gesanctioneerde meerderheidsaandeelhouder. Voor zover die beperking inderdaad is beoogd, bevelen wij aan dit te verduidelijken in de wettekst. De huidige wettekst spreekt namelijk van ondernemingen die kort gezegd in de knel komen wegens 'de toepassing van een verplichting uit hoofde van een sanctiemaatregel'. Ook ondernemingen die een gesanctioneerde minderheidsaandeelhouder⁹ hebben of geen gesanctioneerde

⁸ Dit betreft een in Nederland gevestigde onderneming die voor meer dan 50% in handen is van een gesanctioneerde (rechts)persoon en een in Nederland gevestigde bank die een volle dochtermaatschappij is van een gesanctioneerde financiële instelling. Zie p. 14 van de Memorie van Toelichting.

⁹ Zie ook hierna. Hier kan worden gedacht aan een onderneming waarvan de grootste minderheidsaandeelhouder, met een belang van bijvoorbeeld 40%, gesanctioneerd is. Die aandeelhouder heeft wellicht geen effectieve controle over de

aandeelhouder hebben¹⁰ kunnen ernstig in de problemen raken vanwege een verplichting op basis van een sanctiemaatregel. Op basis van huidige wettekst kan de regeling dan ook ruimer worden toegepast dan volgens de Memorie van Toelichting lijkt te worden beoogd.

- 4.4. Tegelijkertijd is de ruimere uitleg die de huidige tekst mogelijk maakt, maar vermoedelijk niet zo is beoogd, in onze ogen juist wenselijk. Wij denken namelijk dat een bewindvoerder ook veel toegevoegde waarde zou kunnen hebben binnen Nederlandse ondernemingen die niet voldoen aan de drempels voor eigendom en zeggenschap door een gesanctioneerde partij en zelf niet vallen binnen het toepassingsbereik van EU-sancties. Ook in dat scenario kan de rol van een gesanctioneerde partij binnen de onderneming de bedrijfsvoering enorm belemmeren.
- 4.5. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een gesanctioneerde partij die geen meerderheidsaandeelhouder is, maar wel een dermate groot belang heeft dat die partij de besluitvorming binnen de onderneming kan frustreren/blokken. Dit kan met name spelen binnen 50% joint ventures. Of in gevallen waarin specifieke besluitvorming, zoals de besluitvorming die nodig is om van de gesanctioneerde aandeelhouder af te raken of de aandeelhouder op afstand te plaatsen, zodanig hoge goedkeuringsdrempels gelden dat de gesanctioneerde minderheidsaandeelhouder de besluitvorming effectief kan blokkeren.¹¹ Hoewel dit ogenschijnlijk vooral een 'intern' probleem is, kunnen de nadelige gevolgen die aanwijzing van een bewindvoerder beoogt te voorkomen of beperken ook in deze situaties spelen. In onze ogen zou de aanwijzing van een bewindvoerder dus ook mogelijk moeten zijn als de betreffende onderneming zelf niet wordt meegetrokken door sancties tegen een aandeelhouder.

Rol en instructies bewindvoerder versus sanctiewetgeving van hogere orde

- 4.6. De Memorie van Toelichting stipt terecht aan dat er behoefte kan zijn aan een aanvullende vorm van overheidsingrijpen binnen ondernemingen die worden geraakt door sancties

onderneming, maar is mogelijk wel in staat om besluitvorming binnen de onderneming te blokkeren met name als de bestaande statuten voor (bepaalde) besluiten verzwaarde drempels kennen.

¹⁰ Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan een onderneming wiens belangrijkste/enige afnemer onder EU-sancties valt. De onderneming heeft geen gesanctioneerde aandeelhouder, maar de toepassing van een verplichting op basis van EU-sancties in de vorm van een verbod om nog aan de afnemer te leveren kan wel leiden tot nadelige gevolgen voor de financiële stabiliteit of continuïteit van de onderneming zodat ook deze onderneming zou vallen binnen de reikwijdte van artikel 5.2.

¹¹ Opmerking verdient dat de gesanctioneerde aandeelhouder afgaand op onder meer beschikbare *guidance* niet mag meestemmen omdat diens stemrecht moet worden bevroren. De verhouding tussen EU-sancties en stemrecht is echter voorwerp van discussie en de Hoge Raad heeft onlangs besloten om over dit vraagstuk prejudiciële vragen te stellen. Los daarvan kan de gesanctioneerde aandeelhouder, ook als die niet mag stemmen op basis van EU-sancties, wel stemrecht eisen en procedures starten tegen de onderneming, met als (indirect) effect dat de financiële stabiliteit of continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

tegen een gesanctioneerde aandeelhouder.¹² Dit met name in gevallen waarin de gesanctioneerde aandeelhouder niet bereid of in staat is om ingrijpende gevolgen voor die onderneming te voorkomen door uit de onderneming te stappen.

- 4.7. Een ander terecht uitgangspunt van het huidige voorstel, is dat het bestaande systeem waarbij ontheffingen moeten worden gevraagd om eventueel toch zaken te doen met de onderneming niet volstaat, omdat dit systeem op transactieniveau werkt. De Memorie van Toelichting stelt terecht dat dit systeem geen oplossing is "voor langdurige situaties of risicovolle situaties die niet gevangen worden onder de ontheffingsgronden". Dit systeem biedt evenmin veel mogelijkheden "om de (ongehinderde) voortzetting van de economische activiteiten van de betrokken onderneming te faciliteren".¹³ Gelet op deze beperkingen zouden wij het zeer toejuichen als er op EU-niveau meer mogelijkheden worden gecreëerd om onwenselijke gevolgen voor ondernemingen die worden geraakt door EU-sancties te voorkomen of beperken. Hierbij kan vooral worden gedacht aan ruimere ontheffingsmogelijkheden, die het bijvoorbeeld toestaan dat duurzaam afscheid wordt genomen van een Russische partij, zelfs als daarvoor eenmalig een vergoeding moet worden betaald aan die partij.¹⁴
- 4.8. Zo lang de bestaande ontheffingsmogelijkheden op EU-niveau niet worden uitgebreid, worden nationale wetgevers beperkt door het bestaande, op EU-niveau afgevaardigde en gesloten systeem van ontheffingen. Dat systeem kan niet worden doorkruist door een nationale regeling zoals de Wet internationale sanctiemaatregelen. Als het EU-partijen op basis van een sanctieverordening verboden is om zaken te doen met een onderneming, dan is dat verbod nog steeds van toepassing als binnen die onderneming een bewindvoerder is benoemd. Een op basis van een nationale regeling aangewezen bewindvoerder kan dat verbod niet doorbreken, tenzij die bewindvoerder op basis van het al bestaande, maar dus moeilijk functionerende systeem van ontheffingen een ontheffing weet te verkrijgen.

¹² Zie p. 13 van de Memorie van Toelichting.

¹³ Zie p. 13 e.v. van de Memorie van Toelichting.

¹⁴ De meeste bestaande, generieke ontheffingsmogelijkheden zijn vooral in het leven geroepen voor natuurlijke personen en maken het bijvoorbeeld mogelijk om tegoeden vrij te geven om te kunnen voorzien in basisbehoeften. Dat bestaande ontheffingsmogelijkheden in een bedrijfsmatige context vaak tekortschieten wordt onderkend door de Europese Commissie in de Guidance on firewalls: "*In order to mitigate certain undesired effects, EU regulations provide for certain limited exceptions from the asset freeze and prohibition to make funds or economic resources available to owned or controlled entities. These exceptions (derogations) presuppose an authorisation by the competent NCA [National Competent Authority] which can carry out the necessary verifications and ensure that sanctions are not breached or circumvented. In spite of these legal exceptions (derogations), in practice it has proved very complex for entities owned or controlled by designated persons to continue operating after the designation of the latter. Existing derogations typically do not cover all possible transactions that an entity may need to carry out.*" Zie https://finance.ec.europa.eu/document/download/6aacaf09-97e5-46c3-ad38-de760f0e8baf_en?filename=guidance-firewalls_en.pdf.

- 4.9. De Memorie van Toelichting lijkt deze beperkingen op zichzelf niet te miskennen door bijvoorbeeld te suggereren dat de bewindvoerder instructies zou mogen geven aan toeleveranciers om leveringen voort te zetten of banken zou mogen opdragen om bevroren tegoeden vrij te geven. De Memorie van Toelichting suggereert dus niet dat de bewindvoerder boven de sancties staat. Tegelijkertijd wordt het bovengenoemde EU-systeem van ontheffingen en de beperkingen die daaruit voortvloeien voor de slagkracht van een bewindvoerder die wordt aangewezen op basis van een nationale regeling in onze ogen onvoldoende onderkend in de Memorie van Toelichting.
- 4.10. Als wij het goed begrijpen, zou de bewindvoerder alleen instructies mogen geven aan de onderneming zelf en vooral moeten proberen te bereiken dat de gesanctioneerde aandeelhouder van de betreffende onderneming op afstand wordt geplaatst en/of de onderneming wordt geherstructureerd, als gevolg waarvan de onderneming niet langer onder sancties valt.¹⁵ Ook bij dat relatief beperkte mandaat kan een spanning ontstaan met de EU-sancties. Een herstructurering van de getroffen onderneming zou bijvoorbeeld ook al snel op gespannen voet kunnen staan met de sanctiewetgeving, zelfs als geen sprake is van een vergoeding die daadwerkelijk ter beschikking komt van de gesanctioneerde aandeelhouder.¹⁶ Ook geldt dat de aandelen van de gesanctioneerde aandeelhouder, die kwalificeren als tegoeden in de zin van de sanctiewetgeving, in beginsel moeten worden bevroren. Hetzelfde geldt voor tegoeden van de onderneming zelf zo lang zij moet worden geacht te vallen onder EU-sancties.
- 4.11. Wij bevelen aan om nader te onderzoeken en toe te lichten hoe de bewindvoerder diens taken ondanks deze beperkingen effectief zou kunnen uitvoeren en daadwerkelijk kan bereiken dat de onderneming buiten het bereik van EU-sancties wordt gebracht. Voor zover zou blijken dat de bewindvoerder wegens de EU-sancties tegen wezenlijke belemmeringen zou aanlopen, althans in situaties waarin geen ontheffing is ontvangen, geven wij in overweging om dat te laten terugkomen in de regeling of in ieder geval te onderkennen in de Memorie van Toelichting.
- 4.12. Gelet op de hierboven gesignaleerde, potentiële spanning tussen opdrachten van de bewindvoerder en de gebondenheid aan EU-sancties, lijkt het ons met name belangrijk om explicieter te onderkennen en te verduidelijken wat de relatie is tussen enerzijds de bevoegdheden van de bewindvoerder en de verplichting om instructies van de

¹⁵ Zie met name p. 16 van de Memorie van Toelichting.

¹⁶ Zie in dit verband ook de Guidance on firewalls door de Europese Commissie die overigens op p. 16 van de Memorie van Toelichting wordt aangehaald: "*Therefore, if a designated person is deemed to own an entity, its assets must be frozen. Restructuring of ownership (e.g. the sale of shares by a designated person) is also prohibited by virtue of the asset freeze. Such a sale can only be done if the relevant EU Regulation contains a derogation to this end and the NCA [National Competent Authority] grants an authorisation.*" Zie https://finance.ec.europa.eu/document/download/6aacaf09-97e5-46c3-ad38-de760f0e8baf_en?filename=guidance-firewalls_en.pdf.

bewindvoerder na te leven, en anderzijds de gebondenheid van EU-partijen en de bewindvoerder aan EU-sancties. Omdat die laatste gebondenheid voorgaat, moet worden voorkomen dat op de onderneming en haar bestuurders een wettelijke verplichting zou kunnen rusten om een instructie van de bewindvoerder op te volgen die (potentieel) op gespannen voet staat met EU-sancties en dus leidt tot een spagaat. Mede gelet op de openheid en vaagheid van EU-sancties, zou het in onze ogen niet gepast zijn dat de onderneming en haar bestuur daarin zelf een (risico)afweging moeten maken.¹⁷

Bevoegdheid aanwijzen bewindvoerder en waarborgen

- 4.13. Verder rijst de vraag wie bevoegd zou moeten worden om het ingrijpende besluit tot aanwijzing van een bewindvoerder te nemen en met welke waarborgen de regeling omkleed moet zijn. Door het aanwijzen van een bewindvoerder wordt de bestaande *corporate governance* van de onderneming ingrijpend doorkruist. En de verplichting op basis van art 5.3 van het Wetsvoorstel om opdrachten van de bewindvoerder op te volgen kan de bewegingsvrijheid van onder meer het bestuur aanzienlijk inperken.
- 4.14. Het zou daarom voor de hand liggen om de aanwijzing van een bewindvoerder voorafgaand (rechterlijk) te toetsen. Gezien het grote bedrijfseconomische aspect van deze afweging, geven wij in overweging dat de bevoegdheid tot het aanwijzen van een bewindvoerder bij de Ondernemingskamer wordt neergelegd. De bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een bewindvoerder zou dan kunnen worden toegekend aan een nog aan te wijzen minister (zie hierna) en enkele personen en organen binnen de vennootschap (zie eveneens hierna).

Bestuursrechtelijke kanttekeningen

- 4.15. Als de bevoegdheid tot het aanwijzen van een beheerder niet wordt onderworpen aan voorafgaande rechterlijke toetsing, maar wordt vormgegeven als bestuursrechtelijk besluit, zijn er in verband met de rechtsbescherming nog enkele belangrijke onderwerpen die aandacht verdienen:
 - a. De aanwijzing van een bewindvoerder door 'onze minister die het aangaat' lijkt te suggereren dat de aanwijzingsbevoegdheid bij verschillende ministers terecht zou (kunnen) komen. Gezien de zeer complexe aard van de (internationale) sanctiemaatregelen en de ingrijpende implicaties van het aanwijzen van een bewindvoerder voor een onderneming, is het naar ons oordeel beter deze bevoegdheid te concentreren en (dus) te verduidelijk aan welke minister deze toekomt.

¹⁷ In artikel 5.3 lid 1 van het Wetsvoorstel is al wel bepaald dat degene die opdrachten van de bewindvoerder uitvoert, niet aansprakelijk is voor schade ten gevolge van het nakomen van die verplichting. Dit lijkt echter uitsluitend te zien op civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade jegens derden en geen betrekking te hebben op situaties waarin de opdracht op gespannen voet staat met EU-sancties.

- b. De bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen een besluit tot aanwijzing van een bewindvoerder is niet nader geregeld in het Wetsvoorstel. Dit suggereert dat de hoofdregel uit de Awb van toepassing zou zijn: bezwaar, beroep bij de rechtbank in het arrondissement waarin de onderneming haar statutaire zetel heeft, hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en in ieder stadium een mogelijkheid tot het vragen van een voorlopige voorziening bij de voorzieningenrechter. Dit lijkt niet in overeenstemming met de aard en ingrijpendheid van het besluit, de in verband met de complexiteit van de sanctieregels vereiste specialisatie en de inherente spoed die te treffen maatregelen hebben. Als deze niet al zouden nopen tot een toetsing vooraf door de Ondernemingskamer, zou in ieder geval moeten worden voorzien in een (sterk) verkorte besluitvormingsprocedure, een rechtsgang bij een gespecialiseerde bestuursrechter en wettelijke regeling omtrent een spoedvoorziening bij die rechter, zowel in geval van het instellen van beheer en bewind als in geval van afwijzing van een verzoek daartoe.
- c. Artikel 5.3 lid 4 van het Wetsvoorstel bepaalt dat tegen een opdracht van een bewindvoerder administratief beroep kan worden ingesteld. Gelet op de definitie van 'administratief beroep' in artikel 1:5 Awb, impliceert dit beroepsrecht dat de bewindvoerder moet worden aangemerkt als een bestuursorgaan. Dit betekent weer dat opdrachten van de bewindvoerder een besluit zouden zijn in de zin van artikel 1:3 Awb. Tegen de beslissing van de minister op het administratief beroep zou dan beroep openstaan op grond van artikel 8:1 Awb. Het is niet duidelijk of deze implicaties zijn overzien bij het opstellen van het Wetsvoorstel.

Overige opmerkingen

- 4.16. Tot slot drie overige opmerkingen over de beoogde bewindvoerder.
 - a. Uit artikel 5.2 and 5.3 van het Wetsvoorstel volgt dat de bewindvoerder kort gezegd opdrachten mag verstrekken aan de onderneming die de naleving van EU-sancties bevorderen en tegelijkertijd de nadelige effecten van sancties voor de onderneming compenseren. Onder meer het bestuur van de onderneming is verplicht opdrachten van de bewindvoerder uit te voeren en die opdrachten vergen geen instemming van aandeelhouders. Deze regeling komt sterk overeen met artikel 14 van de Wet veiligheidstoets investeringen, fusies en overnames.¹⁸ Hoewel deze regeling op zichzelf ruim is, kunnen wij ons ook voorstellen dat er situaties zijn waarin het beoogde resultaat beter of zelfs alleen kan worden bereikt door een nog ruimere regeling. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat besluiten van het bestuur of aandeelhouders voorafgaande goedkeuring behoeven en/of de bewindvoerder (een deel van) de taken van het bestuur (tijdelijk) overneemt. Hoewel beide regelingen

¹⁸ Zoals ook genoemd als een van de inspiratiebronnen voor de regeling. Zie p. 16-17 Memorie van Toelichting.

niet 1-op-1 vergelijkbaar zijn, is een dergelijke meer uitvoerige regeling bijvoorbeeld opgenomen ten aanzien van de curator en de bijzondere bewindvoerder aangewezen op grond van artikel 1:76 respectievelijk 1:76a. Wft. Wij begrijpen dat de *ringfencing* van VTB Bank (Europe) ten opzichte van haar gesanctioneerde moederentiteit door het Duitse BaFin, vermoedelijk het bekendste voorbeeld van *ringfencing* in verband met EU-sancties, ook was gebaseerd op een dergelijke ruime regeling.

- b. In artikel 5.3 lid 2 van het Wetsvoorstel wordt een aantal artikelen van boek 2 BW buiten toepassing verklaard. Dit betreft mede de bevoegdheid van de aandeelhoudersvergadering tot het wijzigen van de statuten en het uitgeven van aandelen. Uit het Wetsvoorstel blijkt niet of deze bevoegdheid komt te liggen bij de bewindvoerder dan wel een ander orgaan. Om onduidelijkheid daarover te voorkomen zou kunnen worden overwogen in dit artikel een nadere duiding op te nemen.
- c. In het eerste lid van artikel 5.4 van het Wetsvoorstel zouden enkele partijen kunnen worden toegevoegd die, naast het bestuur en de raad van commissarissen, een verzoek kunnen indienen tot het aanwijzen van een bewindvoerder. Wij zien bijvoorbeeld toegevoegde waarde in het toekennen van deze bevoegdheid aan de ondernemingsraad voor situaties waarin de andere genoemde organen worden gedomineerd door personen die gelieerd zijn aan een gesanctioneerde partij. Daarnaast zou een niet-gesanctioneerde joint venture-partner ook de mogelijkheid moeten hebben om een dergelijk verzoek in te dienen.

5. Aantekeningen in openbare registers

- 5.1. EU-sancties zijn niet alleen van toepassing op partijen die expliciet worden vermeld op EU-sanctielijsten, maar kort gezegd ook op partijen die met hen verbonden zijn. Dit zal hierna worden aangeduid als het indirect vallen onder EU-sancties. Bij indirecte EU-sancties gaat het in de praktijk vooral om vennootschappen waarvan de meerderheid van de aandelen wordt gehouden door een gesanctioneerde (rechts)persoon.
- 5.2. Het Wetsvoorstel voorziet in diverse mogelijkheden om aantekeningen bij te houden in openbare registers die verband houden met sanctiewetgeving. Dit betreft onder meer de mogelijkheid voor de Kamer van Koophandel om openbaar te maken dat een bepaalde rechtspersoon is verbonden¹⁹ met een gesanctioneerde (rechts)persoon. Hoewel wij

¹⁹ De EU-sanctiewetgeving en de beschikbare *guidance* spreken ook van eigendom van of zeggenschap over een rechtspersoon door een gesanctioneerde partij. Beide concepten kennen eigen richtsnoeren. Het lijkt erop dat het Wetsvoorstel met de term 'verbonden' ook op deze concepten doelt. In het Wetsvoorstel komt echter ook term 'relatie' voor, onder meer in het beoogde nieuwe artikel 16c van de Handelsregisterwet 2007. Omdat deze term niet is ontleend aan de EU-sanctiewetgeving is niet direct helder wat onder een relatie moet worden verstaan. De term relatie komt ook

onderkennen dat een dergelijk systeem kan bijdragen aan duidelijkheid over banden met een gesanctioneerde partij en daaruit dus een nuttige waarschuwing kan uitgaan voor het publiek, komen de verstrekkende gevolgen van een dergelijke registratie in onze ogen nog (veel) te beperkt tot uitdrukking in het Wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting.

- 5.3. Een aantekening in het handelsregister zal in veel gevallen neerkomen op *de facto* plaatsing op een (nationale) sanctielijst. De meeste EU-partijen die te maken krijgen met de betreffende onderneming en bekend raken met de aantekening in het handelsregister zullen namelijk de neiging hebben om de onderneming geheel te weren, ook als dat op grond van de sanctieregels niet verplicht is. Dit kan in veel gevallen een ondergang betekenen van de onderneming die een aantekening op haar naam heeft staan.
- 5.4. Het kan daarbij gaan om ondernemingen die wellicht terecht geweerd worden omdat zij bewust samenwerken met de gesanctioneerde partij die een meerderheidsbelang heeft in de onderneming. Maar het kan ook gaan om welwillende Nederlandse ondernemingen waarin 'toevallig' een meerderheid van de aandelen wordt gehouden door een gesanctioneerde partij, die in de meeste gevallen pas op de sanctielijst zal zijn geplaatst nadat dit aandelenbelang is verkregen.²⁰ In veel gevallen zal de betreffende onderneming geen enkele invloed hebben gehad op het verkrijgen van het aandelenbelang door de gesanctioneerde partij en zelf ook niets met die partij te maken willen hebben. De onderneming zit simpelweg met de gesanctioneerde meerderheidsaandeelhouder opgescheept. Ook dergelijke ondernemingen kunnen keihard geraakt worden door de beoogde aantekening in onder meer het handelsregister. Het Wetsvoorstel lijkt dit niet te onderkennen.
- 5.5. Een andere vraag is of dit onderdeel van het Wetsvoorstel de nuances van het juridisch kader met betrekking tot indirecte EU-sancties voldoende onderkent. Het is juist dat EU-sancties niet alleen van toepassing kunnen zijn op partijen die expliciet worden vermeld op EU-sanctielijsten, maar - kort gezegd - ook op partijen die met hen verbonden zijn. Een veel voorkomende misvatting, die ook terugkomt in andere onderdelen van de Memorie van Toelichting,²¹ is dat partijen waarin een meerderheidsbelang wordt gehouden door

al voor in de Regeling toezicht Sanctiewet 1977 en betekent in die regeling relatie "*een ieder die betrokken is bij een financiële dienst of een financiële transactie*". Deze term is vooral relevant voor de verplichting voor instellingen die vallen onder de Sanctiewet 1977 om hun toezichthouder te informeren als zij constateren dat een relatie voorwerp is van EU-sancties. Het lijkt ons raadzaam om verwarring met dat concept te vermijden.

²⁰ Na het sanctioneren van de betreffende partij zal het namelijk voor EU-onderdanen niet zijn toegestaan om aandelen te verkopen/leveren aan de betreffende partij.

²¹ Zie bijvoorbeeld § 3.4.1 van de Memorie van Toelichting inzake de continuïteit van ondernemingen die indirect vallen onder EU-sancties. Daar wordt het voorbeeld genoemd van een winkelonderneming die voor meer dan 50% in handen is van een gesanctioneerde (rechts)persoon en een in Nederland gevestigde bank die een volle dochtermaatschappij is van een gesanctioneerde financiële instelling, wiens tegoeden volgens de Memorie van Toelichting zonder meer moeten worden bevroren. Zoals hierna zal blijken is dat niet zonder meer juist.

een gesanctioneerde partij per definitie en in alle gevallen worden 'meegetrokken' door de EU-sancties. In werkelijkheid is het concept van verbondenheid veel genuanceerder, zoals blijkt uit de 'beste praktijken' van de Raad van de Europese Unie op dat vlak. Er bestaan diverse indicatoren op basis waarvan verbondenheid kan worden vastgesteld, waarbij een meerderheidsbelang van een gesanctioneerde partij in een rechtspersoon de meest gangbare is. Als een rechtspersoon is verbonden met een gesanctioneerde partij betekent dat echter niet automatisch dat iedere transactie met die rechtspersoon verboden is.²² In de bovengenoemde beste praktijken staat daarover het volgende:

"64. Indien aan een van deze criteria is voldaan, wordt de rechtspersoon of entiteit geacht onder de zeggenschap te staan van een andere persoon of entiteit, tenzij per geval het tegendeel kan worden bewezen.

65. Het vervullen van de bovengenoemde criteria van eigendom of zeggenschap kan per geval worden weerlegd."

- 5.6. Als zich ten aanzien van een rechtspersoon een of meer indicatoren voor verbondenheid voordoen, is daarmee dus niet per definitie gezegd dat die rechtspersoon wordt geraakt door EU-sancties. Er geldt hoogstens een weerlegbaar vermoeden dat transacties met de rechtspersoon verboden zijn en diens tegoeden moeten worden bevroren. Er zijn veel situaties denkbaar waarin een transactie met de rechtspersoon er niet (indirect) toe leidt dat tegoeden of economische middelen ter beschikking komen van de achterliggende gesanctioneerde partij. Dat kan bijvoorbeeld spelen als de gesanctioneerde partij op afstand is geplaatst (*ringfencing*) of er andere omstandigheden zijn waardoor een transactie met de rechtspersoon niet leidt tot bevoordeling van de achterliggende gesanctioneerde partij.
- 5.7. In onze ogen miskent het Wetsvoorstel deze nuances. Het Wetsvoorstel lijkt het ten onrechte te veronderstellen dat voor indirecte sancties een 'zwart-wit' benadering geldt die zich leent voor een mechanische toepassing en waarover in concrete gevallen weinig discussie mogelijk is. De gedachte lijkt te zijn dat de vele bestuursorganen die te maken zouden krijgen met sanctiewetgeving in individuele gevallen met zekerheid kunnen vaststellen dat sprake is van verbondenheid tussen een gesanctioneerde partij en de betreffende rechtspersoon. Dat vaststaande en statische gegeven kan vervolgens, net als persoons- en adresgegevens, worden verwerkt in onder meer het handelsregister. Maar verbondenheid werkt dus veel genuanceerder, terwijl de enkele perceptie dat een

²² Zie met name de door de Raad van de Europese Unie gepubliceerde Actualisering van de beste praktijken van de EU voor de doeltreffende implementatie van beperkende maatregelen van 27 juni 2022, p. 22-23: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10572-2022-INIT/nl/pdf>. Op 3 juli 2024 verscheen een nieuwe versie van dit document, maar die versie lijkt vooralsnog niet in het Nederlands beschikbaar. Bovenstaande uitgangspunten zijn niet gewijzigd in deze nieuwe versie, zie <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11623-2024-INIT/en/pdf>.

rechtspersoon indirect onder sancties valt en letterlijk zo te boek staat wel het einde van de onderneming kan betekenen. Dit alles maakt in onze ogen dat eventuele (door)meldplichten in ieder geval zorgvuldig tot stand moeten komen en moeten worden omkleed met waarborgen.

- 5.8. In het Wetsvoorstel hebben wij echter geen waarborgen kunnen ontdekken voor de (rechts)personen die dit aangaat. Wij pleiten in ieder geval voor de mogelijkheid voor de betreffende rechtspersoon om voorafgaand aan de aantekening te onderbouwen waarom er (toch) geen sprake is van verbondenheid met een gesanctioneerde partij en/of transacties met de rechtspersoon niet per definitie leiden tot bevoordeling van de gesanctioneerde partij. Dit bijvoorbeeld vanwege de al genoemde *ringfencing*.²³ Ook zou in onze ogen het recht moeten bestaan op onafhankelijke toetsing door de rechter.
- 5.9. Artikel 7.1.6 van het Wetsvoorstel beoogt om de mogelijkheid te introduceren dat bestuurlijke sancties die zijn opgelegd vanwege sanctieovertredingen moeten worden gepubliceerd. Dit publicatieregime is onder meer geïnspireerd door de Wft, inclusief de mogelijkheid om een voorgenomen publicatie alsnog te voorkomen door het vragen van een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter. In de Memorie van Toelichting wordt terecht geconstateerd dat het publiceren van bestuurlijke sancties verstrekende gevolgen kan hebben voor de overtreder en de publicatieplicht daarom met voldoende waarborgen moet worden omgeven.²⁴ Het is ons onduidelijk waarom deze waarborg kennelijk minder noodzakelijk wordt geacht bij de aantekening in openbare registers. Als openbaar wordt dat een onderneming een bestuurlijke sanctie opgelegd heeft gekregen wegens een sanctieovertreding, kan dat zonder meer ernstige (reputatie)schade tot gevolg hebben. Maar die sanctie is formeel geen belemmering om met de onderneming zaken te (blijven) doen. Dat ligt anders voor de aantekening dat de onderneming is verbonden met een gesanctioneerde partij, omdat die aantekening minst genomen zal leiden tot de perceptie dat geen zaken (meer) mogen worden gedaan met de onderneming. In onze ogen zouden voor het plaatsen van de aantekening daarom minimaal dezelfde waarborgen moeten gelden als voor het beoogde publicatieregime.

²³ *Ringfencing* kan het mogelijk maken dat toch (weer) zaken worden gedaan met een partij die (aanvankelijk) werd gecontroleerd door een gesanctioneerde partij. Zie bijvoorbeeld de hierboven aangehaalde Guidance on firewalls door de Europese Commissie en Addendum bij de Leidraad Financiële Sanctieregelgeving uitgegeven door het Ministerie van Financiën, p. 9-10. Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2020/08/12/leidraad-financiele-sanctieregelgeving/Bijlage+2+-+Leidraad+Addendum+-+update+maart+2023.pdf>.

²⁴ Zie p. 76 van de Memorie van Toelichting.

CONTACT

Vincent Affourtit

Advocaat | Partner

T +31 (0)20 605 6936

M+31 (0)6 2240 0840

E v.affourtit@houthoff.com

Marianne Bloos

Advocaat | Of Counsel

T +31 (0)20 605 6205

M+31 (0)6 5324 0328

E m.bloos@houthoff.com

Frank Mattheijer

Advocaat | Counsel

T +31 (0)20 605 6912

M+31 (0)6 4239 2742

E f.mattheijer@houthoff.com

Postbus 75505 1070 AM Amsterdam

Gustav Mahlerplein 50 1082 MA Amsterdam