

Reactie VON op openbare consultatie voorstel Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies

1. Inleiding

De Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON) heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie aangeboden voorstel voor de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies.

Het wetsvoorstel implementeert specifiek de verplichting tot het bijhouden en centraal registreren van informatie over uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies, welke verplichting voortvloeit uit de vierde anti-witwasrichtlijn zoals gewijzigd door de Europese richtlijn (EU) 2018/843 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering (hierna: de Richtlijn). Daartoe wordt bij de voorgestelde wet een afzonderlijk register van trusts en soortgelijke juridische constructies ingesteld naast het handelsregister. Daarin zal, naast informatie over die entiteiten zelf, de verplichte informatie over de uiteindelijk belanghebbenden daarvan worden opgenomen.

Het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' voor registratiedoeleinden is, ook voor trusts en soortgelijke juridische constructies, al uitgewerkt in artikel 3 lid 1 sub e van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. De VON heeft destijds bij de consultatie van de Implementatiewet Vierde Antiwitwasrichtlijn aangegeven het onwenselijk te vinden dat de uitwerking van deze belangrijke definitie niet de wet zelf is opgenomen. Dat standpunt is sindsdien niet veranderd.

De nadere uitwerking van de belangrijke mogelijkheid tot afscherming van gegevens zal, net als voor vennootschappen en andere juridische entiteiten, plaatsvinden bij algemene maatregel van bestuur. Aangekondigd wordt dat de voorwaarden hetzelfde zullen zijn als die bij vennootschappen en andere juridische entiteiten, zoals uitgewerkt in het eerder geconsulteerde besluit tot wijziging van het Handelsregisterbesluit 2008.

De VON heeft de volgende opmerkingen over het geconsulteerde wetsvoorstel.

2. Openbare toegang versus legitiem belang

Het wetsvoorstel voorziet in een wettelijk kader voor de centrale registratie van trusts en soortgelijke juridische constructies, ter implementatie van artikel 31 van de Richtlijn. De verplichtingen uit de Richtlijn vormen hierbij het kader. De Richtlijn voorziet ook in een aantal lidstaatopties. De wetgever heeft door gebruikmaking daarvan zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (waarin het handelsregister wordt ingezet ter implementatie van artikel 30 van de Richtlijn).

Zo wordt wat betreft de toegang tot gegevens in zowel het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies als het UBO-register voor vennootschappen en andere juridische entiteiten geen onderscheid gemaakt tussen Wwft-instellingen, die voor hun

cliëntenonderzoek informatie moeten inwinnen, en het publiek: beide krijgen toegang tot dezelfde set gegevens.

Voor vennootschappen en andere juridische entiteiten geldt dat zowel Wwft-instellingen als het publiek uitsluitend toegang verkrijgen tot de gegevens die volgens de Richtlijn openbaar toegankelijk moeten zijn. Wwft-instellingen krijgen dus geen toegang tot meer gegevens.

Voor trusts en soortgelijke juridische constructies verlangt de Richtlijn geen verplichte openbaarheid van bepaalde gegevens. Artikel 31 van de Richtlijn verlangt voor toegang van het publiek tot de gegevens die bij vennootschappen openbaar moeten zijn een aantoonbaar legitiem belang. In het wetsvoorstel wordt evenwel gebruik gemaakt van de lidstaatoptie om die gegevens openbaar toegankelijk te maken. Ook hier geldt dat Wwft-instellingen toegang krijgen tot dezelfde gegevens en dus niet tot meer gegevens dan het publiek.

Het resultaat is dat wat betreft toegang tot gegevens dezelfde regels gelden voor trusts en vennootschappen, wat eenvoudiger uitvoerbaar is. Dit is een politieke keuze. De VON zou de voorkeur geven aan een beperking van de toegang tot gegevens waar het trusts en soortgelijke rechtsfiguren betreft, in overeenstemming met de Richtlijn. Het betreft hier immers geen ondernemingen, maar entiteiten waarin doorgaans belegd familievermogen wordt samengebracht. Dat de uiteindelijk belanghebbenden van die entiteiten minder eenvoudig zichtbaar zijn voor het publiek – wat niet afdoet aan de zichtbaarheid voor de belastingdienst en opsporingsdiensten – zou daarom gerechtvaardigd zijn.

De wetgever heeft aangegeven dat alleen de FIU gerechtigd is om gegevens van uiteindelijk belanghebbenden op naam van personen te doorzoeken, maar deze exclusiviteit zal illusoir blijken als commerciële partijen gegevens uit de UBO-registers gaan ontginnen om deze vervolgens tegen betaling vrij doorzoekbaar aan te bieden. De beperking van een legitiem belang zou deze ongewenste ontwikkeling kunnen afremmen.

3. Soortgelijke juridische constructies

Ingevolge artikel 31 lid 10 van de Richtlijn is elke lidstaat verplicht aan de Europese Commissie op te geven welke rechtsfiguren onder haar recht zij aanmerkt als soortgelijke juridische constructies. Nederland heeft aangegeven dat het voor Nederland fondsen voor gemene rekening betreft.

Ingevolge artikel 31 lid 1 van de Richtlijn moet elke lidstaat de kenmerken vaststellen op grond waarvan zij bepaalde rechtsfiguren onder haar recht gelijkstelt met trusts. Deze kenmerken maken dat die rechtsfiguren qua structuur of functies vergelijkbaar zijn met trusts.

Een trust is een afgescheiden vermogen binnen het vermogen van een trustee, dat door de trustee wordt beheerd ten behoeve van begunstigden volgens bepaalde afspraken. Het vermogen behoort noch economisch noch juridisch aan de begunstigden toe. In het uiterste geval heeft de trustee volledig discretionaire bevoegdheid om uitkeringen aan begunstigden te doen.

Een fonds voor gemene rekening is een contractuele samenwerkingsvorm waarbij de participanten economisch gerechtigd zijn tot het vermogen dat zij voor hun rekening en risico bij een bewaarder hebben ondergebracht. Onder bepaalde voorwaarden wordt het fonds als zelfstandig belastingplichtige entiteit voor de vennootschapsbelasting aangemerkt.

De vraag waarom een fonds voor gemene rekening ongeacht haar fiscale status wordt gelijkgesteld met een trust, wordt in het wetsvoorstel niet duidelijk beantwoord. Als in dat kader relevante elementen worden, naast het ontbreken van rechtspersoonlijkheid, de onderdelen van de bestaande definitie van het fonds voor gemene rekening uit de Wet op de vennootschapsbelasting (kort gezegd: collectief beleggen) genoemd. Deze materiële kenmerken van een fonds voor gemene rekening verklaren echter niet waarom deze rechtsfiguur qua structuur of functies vergelijkbaar is met een trust.

Het kwalificeren van een rechtsfiguur als zelfstandig belastingplichtige entiteit (ondanks afwezigheid van een onderneming) zou een onderscheidend kenmerk kunnen zijn. Maar omdat het besloten fonds voor gemene rekening (dat fiscaal transparant is) ook wordt gelijkgesteld met een trust, is dat niet aan de orde. Dit onderscheidende kenmerk zou overigens slecht te rijmen zijn met het feit dat echte trusts voor fiscale doeleinden juist worden genegeerd.

Een ander onderscheidend kenmerk zou kunnen zijn dat de rechtsfiguur dient om de juridische en economische gerechtigdheid tot goederen van elkaar te scheiden. Dat lijkt qua functie enigszins op een trust, hoewel begunstigen van een trust niet economisch gerechtigd zijn zoals wij dat kennen. Dit onderscheidende kenmerk zou een al te brede reikwijdte hebben en teveel gangbare rechtsfiguren zoals lastgeving, certificering en economische eigendomsoverdracht omvatten.

Het bestaan van zwevend vermogen, dat een bepaald doel dient en aan niemand anders dan de entiteit zelf toebehoort, komt qua structuur dichtbij een trust. Het meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan is de stichting. De wetgever heeft echter gekozen de stichting als juridische entiteit aan te merken waarvan de uiteindelijk belanghebbenden samen met die van vennootschappen worden geregistreerd.

Eerder, in het kader van de implementatie van de vierde richtlijn, heeft de wetgever nog opgemerkt dat het Nederlandse recht geen rechtsfiguren kent die vergelijkbaar zijn met trusts. De indruk die wordt gewekt is dat de wetgever de Europese Commissie tevreden heeft willen stellen door met ten minste een vergelijkbare rechtsfiguur te komen.

4. Artikelsgewijs

Artikel 1. Definities

De Kamer van Koophandel is beheerder van het register en wordt in het wetsvoorstel steeds aangeduid als 'beheerder'. Dit begrip kan bij het raadplegen van de wet verwarring opleveren, want fondsen voor gemene rekening hebben ook een beheerder. Het verdient aanbeveling een begrip te kiezen dat wat meer onderscheidend is, zoals 'beheerder van het register'.

Voor de betekenis van 'trust' en 'trustee' wordt verwezen naar het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts. Onduidelijk is of hiermee wordt bedoeld elke trust volgens de definitie van artikel 2 van het verdrag of alleen trusts die daadwerkelijk als zodanig worden erkend ingevolge het verdrag. Op grond van artikel 13 van het verdrag hoeft een trust niet altijd te worden erkend. Het verdient aanbeveling de definitie op dit punt te verduidelijken.

Artikel 2. Gelijkstelling soortgelijke juridische constructie

De verplichting tot registratie heeft betrekking op echte trusts en soortgelijke juridische constructies. Daaronder worden begrepen het fonds voor gemene rekening en door andere lidstaten aangewezen entiteiten die staan op de door de Europese Commissie gepubliceerde lijst bedoeld artikel 31 lid 10 van de Richtlijn. Op die lijst staan overigens ook echte trusts. Verduidelijking is gewenst ten aanzien van de vraag of de verwijzing naar de lijst betekent dat in Nederland gevestigde buitenlandse entiteiten die niet op de lijst staan ook niet hoeven te toetsen of zij aan de materiële kenmerken van een fonds voor gemene rekening of aan andere materiële kenmerken voldoen in welk geval zij in Nederland als soortgelijke juridische constructie moeten worden geregistreerd.

Waar in de wet wordt gesproken van 'trustee' wordt daaronder bij een soortgelijke juridische constructie degene verstaan die daarin een vergelijkbare positie heeft. Bij een fonds voor gemene rekening zal het waarschijnlijk gaan om de beheerder. Dikwijls hebben fondsen daarnaast ook een bewaarder, die uitsluitend juridisch gerechtigd is tot het fondsvermogen. In de praktijk zal de vraag opkomen of deze ook kan/moet worden aangemerkt als vergelijkbaar met een trustee en onder welke voorwaarden.

De vraag wie vergelijkbare posities heeft als die bij een trust, is van belang voor alle categorieën van uiteindelijk belanghebbenden. Het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 somt uitsluitend de uiteindelijk belanghebbenden van een echte trust op.

Nu de wet specifiek fondsen voor gemene rekening gelijkstelt met trusts, zou preciezer moeten worden uitgewerkt welke uiteindelijk belanghebbenden van fondsen voor gemene rekening dan vergelijkbaar zijn met die van trusts, zodat het register gebruiksvriendelijker is voor degenen die betrokken zijn bij fondsen voor gemene rekening.

Ten slotte valt op dat als kenmerk van het met een trust gelijkgestelde fonds wordt genoemd dat het vermogen wordt belegd of aangewend ten behoeve van de uiteindelijk belanghebbenden. Het zal echter om de participanten gaan. In de veronderstelling dat deze een vergelijkbare positie hebben als begunstigden bij een trust, zijn zij niet de enige uiteindelijk belanghebbenden. De andere belanghebbenden zullen in de regel niet behoren tot degenen ten behoeve van wie het vermogen wordt belegd of aangewend.

Artikel 3. Reikwijdte

De registratieplicht geldt voor trusts waarvan de trustee in Nederland gevestigd is, of waarvan de trustee buiten de EU gevestigd is als deze namens de trust in Nederland een zakelijke relatie aangaat of onroerend goed verwerft. De registratie is niet vereist als de trust al in een andere lidstaat van de EU is ingeschreven. Op grond van deze bepaling kan de trustee die buiten de EU is gevestigd dus bepalen in welke lidstaat de trust wordt

ingeschreven, bijvoorbeeld die met de meeste beperkingen wat betreft de toegang van het publiek tot de gegevens van de uiteindelijk belanghebbenden.

Uit de bepaling volgt, net als uit de Richtlijn, niet duidelijk of de inschrijving moet worden verplaatst naar een andere lidstaat als de trustee zich daar vestigt. Evenmin is duidelijk of de inschrijving - als de trustee buiten de EU is gevestigd - naar een andere lidstaat mag worden verplaatst als de trust daar een nieuwe zakelijke relatie aangaat of onroerend goed verwerft. Het verdient aanbeveling dit nader in het wetsvoorstel te regelen. Het lijkt niet veel uit te maken, omdat in artikel 4 Wwft wordt bepaald dat een trust een bewijs van inschrijving in het register van enige lidstaat moet kunnen overleggen. Maar de mobiliteit van de inschrijving bepaalt in hoeverre de trustee het land van inschrijving kan kiezen.

Verder is onduidelijk wanneer sprake is van het verwerven van onroerend goed. Valt hier ook het verkrijgen van economische eigendom onder en het verkrijgen van aandelen in een onroerend goed lichaam als bedoeld in artikel 4 WBR? In de praktijk zal behoefte bestaan aan heldere regels op dit punt.

Ten slotte zijn er in verband met de overgangsbepaling in artikel 29 van het wetsvoorstel gevallen denkbaar waarin niet duidelijk is of een registratieplicht in Nederland ontstaat, namelijk als een trustee die buiten de EU gevestigd is al vóór inwerkingtreding van de wet in Nederland onroerend goed heeft verworven of een zakelijke relatie is aangegaan en hij dat onroerend goed of die zakelijke relatie bij inwerkingtreding van de wet nog heeft. Het feit dat tot de verplichting tot inschrijving leidt, is namelijk het (na de inwerkingtreding) verwerven van onroerend goed of het aangaan van een zakelijke relatie. De vraag is dus of de inschrijvingsplicht 3 maanden na inwerkingtreding in Nederland ontstaat, of pas wanneer daarna ander onroerend goed wordt verworven of een andere zakelijke relatie wordt aangegaan, in de lidstaat waar dat gebeurt.

Artikel 5. Informatie in het register

In het register moet van een trust onder meer het doel worden ingeschreven waarvoor deze tot stand is gebracht. De Richtlijn verlangt de inschrijving van dit soort informatie over trusts echter niet (de Richtlijn geeft uitsluitend aan welke informatie over uiteindelijk belanghebbenden van trusts moet worden ingeschreven). De vraag is wat de achtergrond van de verplichting tot inschrijving van dit gegeven is. Indachtig het feit dat de openbare inschrijving van gegevens van uiteindelijk belanghebbenden van trusts inbreuk maakt op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zou de wetgever zo terughoudend mogelijk moeten zijn met verplichtingen tot inschrijving van informatie.

Bepaald is dat bescheiden moeten worden aangeleverd waaruit aard en omvang van het door uiteindelijk belanghebbenden gehouden economische belang blijkt. Uit oogpunt van terughoudendheid zouden documenten die geen betrekking hebben op de positie van uiteindelijk belanghebbenden die (als begunstigden) een economisch belang in de trust hebben dus niet hoeven te worden aangeleverd. Een voorbeeld zou zijn de benoeming van een opvolgende protector, omdat de benoemde persoon nog geen uiteindelijk belanghebbende is en evenmin een economisch belang heeft of krijgt. In de memorie van toelichting is echter aangegeven dat met de aard en omvang van het economisch belang de informatie is bedoeld waaruit volgt waarom een persoon uiteindelijk belanghebbende

is, ook als dat zo is vanwege louter zeggenschap. Die toelichting is echter niet te rijmen met de tekst van het wetsvoorstel.

Wat betreft de aard en omvang van het economische belang van begunstigden van een daadwerkelijke trust moet worden opgemerkt dat die begunstigden doorgaans geen economisch belang hebben in de betekenis die wij daaraan geven. Het gaat om een verwachting, zij het omkleed met waarborgen ontleend aan de redelijkheid (equity). Met name ingeval van een discretionaire trust bepaalt de trustee zelf aan welke begunstigden hij wanneer en tot welke bedragen uitkeringen doet. Als we aannemen dat de blote verwachting van begunstigden van dergelijke trusts als economisch belang in de zin van de wet te gelden heeft, is vervolgens de vraag hoe de omvang van het economische belang van deze begunstigden moet worden vastgesteld voor de registratie. Het zou de bruikbaarheid van de wet bevorderen als deze kwestie nader zou worden geregeld of toegelicht.

Artikel 7. Toegang

Het register is openbaar toegankelijk. Gezien de inbreuk die openbare registratie van gegevens van uiteindelijk belanghebbenden maakt op hun persoonlijke levenssfeer, is het van groot belang dat, net als bij vennootschappen en andere juridische entiteiten het geval zal zijn, door het publiek en Wwft-instellingen niet op de naam van personen in het register kan worden gezocht. Dit is hooguit voorbehouden aan de FIU. Het is wenselijk dat dit uitgangspunt met zoveel woorden in het wetsvoorstel wordt opgenomen.

Zoals aangegeven zal deze exclusiviteit illusoir blijken als geen dam wordt opgeworpen tegen commerciële partijen die de openbare gegevens uit de UBO-registers ontginnen om deze vervolgens tegen betaling vrij doorzoekbaar aan te bieden. De wetgever is eerder gewezen op deze kwestie en heeft aangegeven dit ongewenst te vinden, maar heeft nog niet overtuigend aangegeven hoe dit dan zal worden voorkomen.

Artikel 8 lid 2

Deze bepaling bevat een typo: er mist een spatie tussen de woorden “in” en “de”.

Artikel 26 onder E. Terugmeldplicht

Op grond van artikel 10c Wwft zal ook ter zake trusts een terugmeldplicht gelden voor Wwft-instellingen, waaronder de notaris. De notaris is verplicht om melding te maken van elke discrepantie die hij aantreft tussen de informatie over uiteindelijk belanghebbenden die in het register is opgenomen en informatie waarover hij zelf beschikt in het kader van zijn cliëntonderzoek.

Uit de tekst van de bepaling lijkt te volgen dat de verplichting uitsluitend betrekking heeft op het Nederlandse register. De verplichting bestaat dan dus niet indien de trust is ingeschreven in een register van een andere lidstaat en daarom niet hoeft te worden ingeschreven in het Nederlandse register, ook al beschikt de notaris over informatie uit dat register en stelt hij vast dat sprake is van een discrepantie met zijn informatie. Het zou goed zijn dit in de memorie van toelichting met zoveel woorden te bevestigen.

Op grond van artikel 31 lid 9 van de Richtlijn worden de registers van de lidstaten per 10 maart 2021 gekoppeld. De informatie in buitenlandse registers zal dan eenvoudiger zijn in te zien, hoewel de afspraak op Europees niveau is dat de beperkingen die een lidstaat heeft wat betreft toegang tot gegevens in haar register ook gelden bij raadpleging vanuit andere lidstaten waar die beperkingen niet gelden. Het is dus niet gezegd dat de notaris eenvoudig informatie uit de gekoppelde buitenlandse registers kan halen.

Is het in dat licht juist te veronderstellen dat door de koppeling geen verandering komt in de reikwijdte van de terugmeldplicht? Gezien de zware sancties die de wet verbindt aan niet naleving daarvan, is het van belang dat de wettekst dan wel de toelichting duidelijk bevestigen dat de terugmeldplicht zich inderdaad niet uitstrekt tot de gegevens in de buitenlandse registers.

Artikel 29. Overgangsbepaling

De overgangsbepaling bij het wetsvoorstel houdt in dat registratie van bestaande trusts (in elk geval die waarvan de trustee in een lidstaat is gevestigd) en hun uiteindelijk belanghebbenden moet plaatsvinden binnen 3 maanden na inwerkingtreding van de wet. Deze termijn is aan de korte kant in vergelijking met de termijn van 18 maanden die wordt gegund aan vennootschappen en juridische entiteiten die al zijn ingeschreven in het handelsregister. Deze krijgen ruim de tijd, omdat het gaat om registratie van nieuwe gegevens.

In het geval van trusts en soortgelijke constructies is weliswaar geen sprake van reeds ingeschreven partijen, aangezien het register voor trusts nieuw is, maar wel om een nieuwe registratieverplichting voor bestaande entiteiten. Een ruimere termijn voor inschrijving is dus ook voor deze entiteiten gerechtvaardigd.

Idealiter zou de overgangstermijn voor entiteiten die bij inwerkingtreding van de wet al bestaan tegelijk aflopen met die op grond van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten, dus een termijn van 18 maanden na inwerkingtreding van laatstgenoemde wet.

Wetgevingscommissie Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON)

L.W. Kelterman
A.H.G. Wilod Versprille
N.A.H. Wolswijk

Specialist-leden van de commissie:

Renate Baegen
Demis van Lierop