

Reactie NautaDutilh

consultatie
uitvoeringsbesluit
WWFT 2018



28 februari 2018

● **NautaDutilh**

1. Introductie

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het ontwerp Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (het **Besluit**) dat op 31 januari 2018 ter consultatie is gepubliceerd. In deze reactie signaleren wij enkele belangrijke aandachtspunten. Wij verzoeken de Minister van Financiën en de Minister van Justitie en Veiligheid om rekening te houden met ons commentaar bij de verdere implementatie van de Vierde anti-witwasrichtlijn (richtlijn (EU) 2015/849, hierna: **AMLD4**), niet alleen voor wat betreft de aanpassing van de Wwft en het Besluit, maar ook in verband met de voorgenomen aanpassing van de Handelsregisterwet 2007 in het kader van de registratie van informatie over uiteindelijk belanghebbenden (**UBO's**).

2. Het begrip hoger leidinggevend personeel / pseudo UBO's

2.1 Verduidelijking begrip "hoger leidinggevend personeel"

Artikel 3 lid 1 sub a onder 2^o van het Besluit schrijft, kort gezegd, voor dat in uitzonderingsgevallen het "hoger leidinggevend personeel" van de vennootschap als UBO moet worden aangemerkt. In wezen is in dergelijke gevallen sprake van een "pseudo UBO", omdat geen "echte" UBO kan worden gevonden op basis van aandelenbelang, stemrecht, eigendomsbelang of anderszins. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij een vennootschap met een groot aantal aandeelhouders. De term "hoger leidinggevend personeel" is weliswaar ontleend aan artikel 3 lid 6 van de Nederlandse versie van AMLD4, maar behoeft nadere invulling in de Nederlandse context. Indien geen "echte" UBO kan worden aangewezen, heeft de praktijk behoefte aan een duidelijk richtsnoer wie als "pseudo UBO" dient te worden aangemerkt. Wij geven daarom in overweging om de term "hoger leidinggevend personeel" te vervangen door "statutair bestuurder(s)".

2.2 Inschrijving van pseudo UBO's: Duitsland als voorbeeld

Vooruitlopend op het nog te publiceren wetsvoorstel tot aanpassing van de Handelsregisterwet 2007 in het kader van de registratie van informatie over UBO's vragen wij de Ministers om voor de inschrijving bij het handelsregister van "pseudo UBO's" een voorbeeld te nemen aan de toepasselijke regels in Duitsland. Indien voor een Duitse vennootschap geen "echte" UBO kan worden ingeschreven, worden de bestuurders van de vennootschap aangemerkt als "pseudo UBO's". Als de betreffende bestuurders al zijn ingeschreven in het Duitse Handelsregister behoeft geen aanvullende opgave van "pseudo UBO's" bij het Duitse Handelsregister te worden gedaan. Als het Nederlandse systeem voor inschrijving van UBO-informatie op een vergelijkbare manier wordt ingericht, leidt dat tot minder administratieve lasten voor het bedrijfsleven en voor het handelsregister.

2.3 Verenigingen, maatschappen en vergelijkbare rechtsvormen

De bovenstaande opmerkingen in dit onderdeel van onze reactie gelden *mutatis mutandis* ook voor verenigingen en daarmee vergelijkbare rechtsvormen (artikel 3 lid 1 sub c onder 2^o van het Besluit). Voor maatschappen en daarmee vergelijkbare rechtsvormen (artikel 3 lid 1 sub b onder 2^o van het Besluit) is het niet mogelijk om het begrip "hoger leidinggevend personeel" te vervangen door "statutair bestuurder(s)", maar wij verzoeken de Ministers om nader te specificeren welke functionarissen bij maatschappen en daarmee vergelijkbare rechtsvormen als "pseudo UBO's" moeten worden aangemerkt.

3. Stichtingen

3.1 *Gelijkstelling stichtingen met trusts is onjuist voor de Nederlandse praktijk*

In artikel 3 lid 1 sub d van het Besluit is gepoogd aan te sluiten bij artikel 3 lid 6 sub c van AMLD4. Artikel 3 lid 6 sub c van AMLD4 lijkt stichtingen min of meer gelijk te stellen met trusts en daarmee vergelijkbare juridische constructies. Voor bepaalde jurisdicties (bijvoorbeeld Liechtenstein) is die gelijkstelling tot op zekere hoogte begrijpelijk, maar voor Nederland is dat niet het geval. Voor Nederlandse stichtingen geldt namelijk het uitkeringsverbod van artikel 2:285 lid 3 BW. Op grond van het uitkeringsverbod doen Nederlandse stichtingen in de praktijk noch uitkeringen aan oprichters, bestuurders of leden van andere organen, noch aan anderen, tenzij wat deze "anderen" betreft de uitkeringen een ideële of sociale strekking hebben.

3.2 *Begunstigden van stichtingen*

Desalniettemin bepaalt artikel 3 lid 1 sub d van het Besluit dat in ieder geval de volgende categorieën personen als UBO's van een stichting worden aangemerkt: (i) de oprichter(s), (ii) de bestuurder(s), (iii) voor zover van toepassing, de begunstigden, of voor zover de afzonderlijke personen die de begunstigden zijn van de stichting niet kunnen worden bepaald, de groep van personen in wier belang de stichting hoofdzakelijk is opgericht of werkzaam is, en (iv) elke natuurlijke persoon die via andere middelen uiteindelijke zeggenschap over de stichting uitoefent. Met name de categorie "begunstigden" roept enkele belangrijke vragen op, welke wij hierna behandelen.

3.3 *Algemeen Nut Beogende Instellingen*

De stichting is een veelgebruikte rechtsvorm voor algemeen nut beogende instellingen (**ANBI's**). Ten aanzien van ANBI's rijst bij ons de vraag of de zinsnede "voor zover van toepassing," in de aanhef van artikel 3 lid 1 sub d onder 3^o van het Besluit tot gevolg heeft dat voor ANBI's geen "begunstigden" als UBO's behoeven te worden aangewezen, en dat derhalve hooguit de bestuurders en oprichters van ANBI's als UBO's (zonder financieel belang) kwalificeren. Ten aanzien van de bestuurders verwijzen wij ook graag naar onze suggestie in onderdeel 2.2; indien mogelijk zou moeten worden voorkomen dat bestuurders van ANBI's nogmaals een opgaaf bij het handelsregister moeten doen. Een ander aandachtspunt is dat Nederland diverse ANBI's kent waarvan de oprichters niet meer in leven zijn. Met het oog daarop bevelen wij aan om in artikel 3 lid 1 sub d onder 1^o van het Besluit de woorden "voor zover mogelijk" toe te voegen. Deze toevoeging is overigens niet alleen relevant voor ANBI's, maar voor alle stichtingen.

3.4 *Stichting administratiekantoor / certificering van aandelen*

Certificering van aandelen is een veelgebruikt middel om - kort gezegd - een scheiding aan te brengen tussen het stemrecht dat is verbonden aan aandelen en de economische gerechtigheid tot de betreffende aandelen. Daarvoor wordt meestal gebruikgemaakt van een stichting administratiekantoor (**STAK**). Uit de omschrijving van het begrip "begunstigden" in artikel 3 lid 1 sub d onder 3^o van het Besluit en de toelichting bij het Besluit blijkt niet of een houder van een door een STAK uitgegeven certificaat van een aandeel kwalificeert als "begunstigde" en daarmee als UBO van de STAK. Indien dat het geval zou zijn, ontstaat er een mismatch tussen enerzijds personen die certificaten van aandelen houden en anderzijds personen die rechtstreeks aandelen in een B.V. of N.V. houden. Voor certificaathouders lijkt namelijk geen ondergrens te gelden, terwijl voor aandeelhouders in beginsel moet worden gekeken naar een belang van meer dan 25%. Wij zien geen gegronde reden voor dit onderscheid en verwachten dat dit grote gevolgen kan hebben voor familiebedrijven en bedrijven waarin bijvoorbeeld een groep managers een financieel belang heeft via een STAK. De verhoudingen binnen dergelijke bedrijven zijn veelal vertrouwelijk om volstrekt legitieme redenen. Verplichte opgave van certificaathouders als UBO's (zonder ondergrens) zou voor deze bedrijven aanleiding kunnen zijn om alternatieve structuren te overwegen. Dit kan niet alleen leiden tot een lastenverzwaring voor de betreffende bedrijven, maar ook tot verminderd draagvlak in de maatschappij voor AMLD4, de Wwft en meer specifiek het UBO register. Daarnaast zal het naar verwachting in de praktijk lastig uitvoerbaar zijn om grote groepen certificaathouders als UBO's van een STAK in te schrijven.

ven. Omwille van het bovenstaande doen wij de volgende suggesties:

- a. certificaathouders worden uitgezonderd van het begrip "begunstigden" als bedoeld in artikel 3 lid 1 sub d onder 3^o van het Besluit; of
- b. voor certificaathouders gelden dezelfde criteria als voor personen die een niet-gecertificeerd belang in een onderliggende rechtspersoon rechtstreeks houden, bijvoorbeeld: voor een certificaathouder van aandelen in een B.V. gelden de criteria die gelden voor een aandeelhouder uit hoofde van artikel 3 lid 1 sub a onder 1^o van het Besluit.

4. Coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen

In artikel 3 lid 3 van het Besluit is bepaald dat artikel 3 lid 1 sub b van het Besluit van overeenkomstige toepassing is op, onder andere, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen. Nu coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen bijzondere vormen van de vereniging zijn, lijkt het logisch om coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen op te nemen in artikel 3 lid 4 van het Besluit. Laatstgenoemd artikel verwijst namelijk terug naar artikel 3 lid 1 sub c van het Besluit, dat ziet op verenigingen.

5. EU-lijst van landen waar een "hoog witwasrisico" geldt

Op 5 december 2017 hebben de Ministers van Financiën van de EU-lidstaten overeenstemming bereikt over de allereerste EU-lijst van niet-coöperatieve fiscale rechtsgebieden (de zogenoemde "EU Blacklist"). Wij begrijpen dat in EU-verband wordt overwogen om in het kader van cliëntenonderzoek als bedoeld in AMLD4, de landen op de EU Blacklist aan te wijzen als "derde landen met een hoog risico" zoals omschreven in artikel 9 van AMLD4. Een belangrijk gevolg daarvan zou zijn dat voor bedrijven in landen die op de EU Blacklist staan, verplicht verscherpt cliëntenonderzoek moet worden gedaan. Omdat niet in alle landen op de EU Blacklist per definitie sprake is van een hoger risico op witwassen - en omdat plaatsing op de EU Blacklist in bepaalde gevallen politiek gemotiveerd kan zijn - lijkt het ons niet wenselijk om de landen op die lijst automatisch aan te wijzen als "derde landen met een hoog risico" zoals omschreven in artikel 9 van AMLD4. Momenteel kan een land op basis van onderzoek van de FATF worden aangemerkt als "derde land met een hoog risico" als bedoeld in artikel 9 van AMLD4. Dat past wat ons betreft in een realistisch anti-witwasbeleid. Wij hopen dat de Minister van Financiën zich in EU-verband wil inspannen om de koppeling tussen enerzijds de (fiscaal gemotiveerde) EU Blacklist en anderzijds anti-witwasmaatregelen geen doorgang te laten vinden.

6. Contactgegevens

NautaDutilh N.V.

Weena 800 | 3014 DA Rotterdam
Postbus 1110 | 3000 BC Rotterdam

T +31 (0)10 22 40 000
F +31 (0)10 41 48 444
E info@nautadutilh.com
I www.nautadutilh.com

Marianne de Waard-Preller

Notaris | Partner

T +31 (0)10 22 40 269
M +31 (0) 6 53 46 80 19
E marianne.dewaard@nautadutilh.com

Rob van der Hoeven

Advocaat | Partner

T +31 (0)10 22 40 551
M +31 (0)6 53 68 08 22
E rob.vanderhoeven@nautadutilh.com

Maarten Buma

Kandidaat-Notaris

T +31 (0)10 22 40 182
M +31 (0)6 20 21 06 44
E maarten.buma@nautadutilh.com