

## WETENSCHAP EN PRAKTIJK

# Het UBO-register

## Het register van sommige uiteindelijk belanghebbenden en anderen\*

M.A.M. van Steensel & C.W. Kuipers

### 1 Inleiding

Op 27 maart 2022 had het UBO-register<sup>1</sup> gevuld moeten zijn. Toen het register live ging op 27 september 2020 moesten nieuw op te richten entiteiten meteen opgave doen van hun UBO's. Entiteiten die op 27 september 2020 al bestonden, kregen een uitlooperperiode van anderhalf jaar om hun UBO's te registreren. De Kamer van Koophandel (KvK), die het UBO-register beheert, verstuurd in die anderhalf jaar vele brieven om entiteiten aan te sporen om opgave te doen van hun UBO's. Die brieven hebben niet weten te voorkomen dat op 27 maart 2022 een groot deel van de entiteiten nog niet in het UBO-register voorkomt. Een van de oorzaken is de verwerkingsachterstand bij de KvK; het is simpelweg niet gelukt om alle opgaven te verwerken. Dit heeft geleid tot de instelling van een volgende 'uitlooperperiode' tot in elk geval 1 januari 2023, waarover in het tweede deel van onze bijdrage meer. Desalniettemin is in de tussentijd de nodige ervaring opgedaan met het UBO-register. Onze ervaringen delen we graag in dit artikel. We hebben bij het schrijven niet voor ogen om een overzichtsartikel van de geldende wet- en regelgeving te geven. Ook blijven we weg van beschouwingen over het nut van een UBO-register en de bezwaren die daartegen kunnen bestaan. Of het UBO-register bijdraagt aan witwasbestrijding, zoals de Europese wetgever heeft beoogd, laten we in het midden. Er zijn al verscheidene artikelen verschenen waarin een overzicht wordt gegeven van de wet- en regelgeving, het nut van een UBO-register in twijfel wordt getrokken en bezwaren kenbaar worden gemaakt, die overwegend zien op onnodige lastenverzwaring voor entiteiten en inbreuk op de privacy van hun UBO's.<sup>2</sup> Wij zullen onze bijdrage toespitsen op de regels die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn.<sup>3</sup> Ook zullen we de zaken aanstippen waar de praktijk mee worstelt.

\* Dit artikel maakt deel uit van een tweeluik. Deel 2 zal worden gepubliceerd in O&F 2022, afl. 4.

1 UBO staat voor *ultimate beneficial owner*, de Engelse term voor uiteindelijk belanghebbende.

2 Zie bijv. A.B.D. Kootstra, De impact van het UBO-register op de praktijk, WPNR 2020, afl. 7293, p. 556 e.v.; B. Snijder-Kuipers, Het UBO-register, Ondernemingsrecht 2019/86; P.A. Anthoni & M. Tydeman, Twee maatschappelijke perspectieven op UBO-registratie, TFO 2020/170.1.

3 Een van de auteurs, Corinne Kuipers, is lid van de Adviescommissie Wwft van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA). In die hoedanigheid heeft zij een bijdrage geleverd aan de reactie van de NOvA van 1 juli 2021 op de consultatie over de Algemene Leidraad Wwft. Een aantal van de onderwerpen die in dit artikel aan bod komen, is ook in de voormelde consultatiereactie genoemd.

De wetgever geeft in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 richtsnoeren voor de vaststelling van UBO's voor de verschillende soorten rechtspersonen en vennootschappen. In het eerste deel van onze bijdrage zullen we uitgebreid het richtsnoer voor de vaststelling van de UBO's van kapitaalvennootschappen (niet zijnde beursgenoteerde vennootschappen of 100%-dochtermaatschappijen daarvan) bespreken. Ook komen de pseudo-UBO, de uitzondering op de registratieplicht voor (100%-dochtermaatschappijen van) bepaalde beursgenoteerde kapitaalvennootschappen en de indirecte UBO aan bod. Het tweede deel van onze bijdrage vervolgt met een bespreking van het richtsnoer voor overige rechtspersonen en dat voor personenvennootschappen, en sluit af met de ervaringen die met de registratie zijn opgedaan in de (notariële) praktijk.

Als we het in dit artikel hebben over het UBO-register, dan bedoelen we daarmee het register voor uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten. Het register voor uiteindelijk belanghebbenden van trusts en andere soortgelijke juridische constructies, waarvoor de implementatiewet op 28 januari 2022 in werking is getreden (maar welk register nog niet live is gegaan), blijft in deze bijdrage buiten beschouwing.

## 2 Wie is de UBO?

### 2.1 Inleiding

Voor de toepassing van het UBO-register bepaalt art. 10a lid 1 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) dat de uiteindelijk belanghebbende de natuurlijke persoon is die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een vennootschap of andere juridische entiteit. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is voor verschillende typen vennootschappen en entiteiten aangegeven wie 'in elk geval' als UBO moet worden aangemerkt. Voor de registratie in het UBO-register geldt een rangorde. De rangorde is gelijk aan de volgorde van de criteria die is aangehouden in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, beknopt weergegeven: aandelenbelang, zeggenschap, eigendomsbelang en andere middelen. Een UBO die op basis van meerdere criteria kwalificeert als UBO, wordt in het UBO-register geregistreerd op basis van het criterium dat het hoogste in rang is. Het kan dus voorkomen dat iemand ook nog op basis van andere criteria kwalificeert als UBO, maar dat zal uit het register niet blijken.

Bij de voorbereiding van de implementatiewet voor het UBO-register zijn behoorlijk wat vragen gesteld door Kamerleden over wie in bepaalde situaties als UBO heeft te gelden. De minister heeft bij de beantwoording van deze vragen op een aantal punten duidelijkheid verschaft, bijvoorbeeld dat certificaathouders in beginsel niet als UBO van de stichting administratiekantoor hebben te gelden, maar – mits hun (indirecte eigendoms)belang voldoende groot is – wel van de vennootschap waarvan de aandelen zijn gecertificeerd. Waar (nog) geen duidelijkheid werd

verschafft, werd – omwille van de uniforme toepassing van het UBO-begrip – casuïstiek beloofd.<sup>4</sup>

De KvK heeft op haar website inderdaad voorbeelden gegeven, maar helaas gaat het, een uitzondering daargelaten, om voorbeelden waar de toepassing van de richtsnoeren een voor de hand liggende uitkomst heeft. De twijfelgevallen worden niet opgelost.

We zullen in het vervolg van dit artikel voor de meest voorkomende vennootschappen en entiteiten<sup>5</sup> ingaan op onze ervaringen met de uitleg van de verschillende UBO-richtsnoeren. Daarbij ontkomen we niet aan een weergave van die richtsnoeren (en in zoverre wordt onze bijdrage dus alsnog een overzichtartikel), maar we zullen daarbij focussen op de elementen die een gevaar vormen voor de gewenste uniforme toepassing van het UBO-begrip.

## 2.2 *Kapitaalvennootschappen*

Als we het in deze paragraaf over een vennootschap hebben, dan bedoelen we een besloten vennootschap of naamloze vennootschap, niet zijnde – kort gezegd – een beursgenoteerde vennootschap of 100%-dochtermaatschappij daarvan. De uitzondering voor (100%-dochtermaatschappijen van) beursgenoteerde vennootschappen bespreken we aan het eind van deze paragraaf.

### 2.2.1 *Aandelenbelang*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van de aandelen in het kapitaal van een vennootschap, is UBO van die vennootschap.

Het is bij dit UBO-richtsnoer onduidelijk of het gaat om 25% van de nominale waarde van het geplaatste kapitaal of van het aantal aandelen. Afgaande op de tekst van de Europese Antiwitwasrichtlijn, die in de definitie van UBO in art. 3 de woorden bezigt ‘25% plus één aandeel’, gaan wij uit van aantallen aandelen. Als het kapitaal van een vennootschap bestaat uit aandelen van verschillende soort of aanduiding, waaraan verschillende rechten zijn verbonden, dan spelen die rechten een rol bij de kwalificatie als UBO op een van de andere gronden (zeggenschap, eigendomsbelang of andere middelen).

Het enkel hebben van een recht op uitgifte van aandelen (opties) leidt – afgaande op de bewoordingen van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 – niet tot kwalificatie als UBO op basis van aandelenbelang en evenmin tot kwalificatie als UBO op een andere grondslag. Als we de vergelijking maken met het hierna nog te bespreken criterium van eigendomsbelang, valt het op dat voor het zijn van eigendoms-UBO wel voldoende is om een recht te hebben op uitkering uit het vermogen of van het liquidatiesaldo. Dat leidt tot de merkwaardige situatie dat een houder van een call-optie op aandelen niet kwalificeert als UBO, terwijl een persoon die rechthebbende op het liquidatiesaldo is (en overigens geen of onvoldoende aandelen of stemrech-

4 Kamerstukken II 2019/20, 35179, C (MvA).

5 We laten kerkgenootschappen, trusts, rederijen en de diverse Europese rechtsvormen in onze bijdrage buiten beschouwing.

ten houdt) wel als UBO heeft te gelden. Gevoelsmatig strookt deze conclusie niet met de realiteit.

Zoals wij eerder aangaven, is tijdens de wetsgeschiedenis een aantal zaken opgehelderd. Een daarvan is wat het effect is van een huwelijksgemeenschap op de vaststelling van de UBO's. De huwelijksgemeenschap speelt bij UBO-kwalificatie in beginsel geen rol.<sup>6</sup>

### 2.2.2 *Stemrechten*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van de stemrechten in een vennootschap, is UBO van die vennootschap. Het gaat daarbij om de stemrechten die zijn verbonden aan aandelen. Om te bepalen of de 25%-drempel wordt overschreden, moet rekening worden gehouden met onder andere meervoudig stemrecht, stemrechtloze aandelen en onder omstandigheden met vruchtgebruik of pandrechten. Als een vruchtgebruik of pandrecht is gevestigd op aandelen en de stemrechten zijn overgegaan naar de vruchtgebruiker of pandhouder, dan zullen deze laatste (bij overschrijding van de 25%-drempel) als stemrecht-UBO kwalificeren.

Een veelvoorkomende misvatting is de gedachte dat de bestuurder van een aandeelhouder-rechtspersoon de stemrechten houdt die zijn verbonden aan de aandelen die door de rechtspersoon worden gehouden. Zou dat juist zijn, dan zou in een structuur bestaande uit Holding B.V., die 100% van de aandelen in het kapitaal van Dochter B.V. houdt, de bestuurder van Holding B.V. stemrecht-UBO van Dochter B.V. zijn. Het is goed te begrijpen waarom we in de praktijk regelmatig onjuiste opgaven tegenkomen waarin de bestuurder van een aandeelhouder-rechtspersoon als UBO van de 100%-dochtermaatschappij wordt aangemerkt. Die bestuurder kan immers de stemrechten die zijn verbonden aan de aandelen uitoefenen, omdat hij bevoegd is om de aandeelhouder-rechtspersoon te vertegenwoordigen. Het kunnen uitoefenen van de stemrechten is echter niet hetzelfde als het houden van stemrechten. Stemrechten zijn verbonden aan aandelen. Aandelen en de daaraan verbonden stemrechten worden gehouden door de aandeelhouder. Als de aandeelhouder een rechtspersoon is, zal moeten worden gekeken of een natuurlijke persoon indirect de houder van de aandelen is. Die natuurlijke persoon wordt gezocht in de aandeelhouderslijn, niet in de bestuurderslijn. Dat de bestuurder niet de hou-

6 Kamerstukken II 2019/20, 35179, I (Nadere MvA): 'Bij een aandelenbezit van 100% dat in de huwelijksgemeenschap valt, brengt het huwelijksvermogensrecht mee dat ieder van de echtgenoten gerechtigd is tot de aandelen, net als elk ander goed dat op grond van artikel 1:94 lid 2 BW in de huwelijksgemeenschap valt. De in gemeenschap van goederen gehuwde partner van een enig aandeelhouder is daarmee gerechtigd tot die aandelen, maar zal in de praktijk geen zeggenschapsrechten kunnen uitoefenen zolang die partner niet als zodanig bekend is bij de vennootschap. Deze Implementatiewet beoogt dat de in gemeenschap van goederen gehuwde partner niet, naast zijn of haar partner die alle aandelen in het kapitaal van de vennootschap houdt, enkel om die reden ook als UBO dient te worden gekwalificeerd. In het geval van een in gemeenschap van goederen gehuwde partner volstaat de UBO registratie van alleen de aandeelhouder met meer dan 25% van de aandelen in het kapitaal van de vennootschap, die als zodanig bekend is bij de vennootschap. (...)'

der van stemrechten is, valt beter te begrijpen als voor ogen wordt gehouden dat de bestuurder in beginsel altijd kan worden ontslagen door de algemene vergadering. De bestuurder is inwisselbaar en de stemrechten die hij mag uitoefenen namens een aandeelhouder-rechtspersoon worden na zijn ontslag door iemand anders uitgeoefend. Hij houdt deze rechten dus niet.

Maar let op: een bestuurder van een stichting administratiekantoor kan wél een indirecte stemrecht-UBO van de vennootschap zijn wier aandelen zijn gecertificeerd. Dat lijkt op het eerste gezicht niet te stroken met de vorige stelling dat een bestuurder geen stemrechten houdt. Een stichting administratiekantoor houdt de aandelen en de bestuurder kan als vertegenwoordiger van de stichting de stemrechten uitoefenen. Waarom kan de bestuurder van een stichting administratiekantoor dan wel een indirecte stemrecht-UBO van de vennootschap zijn? Dat heeft ermee te maken dat bij het indirect houden van aandelen, stemrechten of eigendomsbelang de richtsnoeren die in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 worden gegeven voor het type entiteit dat de aandeelhouder is, moeten worden toegepast.<sup>7</sup> Voor een stichting geldt dat de natuurlijke persoon die (in)direct meer dan 25% van de stemrechten bij besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van de stichting kan uitoefenen, stemrecht-UBO van de stichting is.<sup>8</sup> De stemrecht-UBO van een stichting administratiekantoor houdt indirect stemmen in de vennootschap wier aandelen door de stichting worden geadmistreerd. Als het percentage stemrechten per saldo (het percentage stemrechten in de stichting vermenigvuldigd met het aandelenbelang dat de stichting houdt in de vennootschap) voldoende is om de 25%-drempel te overschrijden, dan is de bestuurder van de stichting een directe stemrecht-UBO van de stichting en – omdat de stichting de stemrechten in de vennootschap houdt – een indirecte stemrecht-UBO van de vennoot-

7 Zo blijkt uit de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 die bij de totstandkoming daarvan is gegeven. We bespreken deze toelichting hierna in par. 3 over indirecte UBO's.

8 Art. 3 lid 1 sub c onder 1°, tweede gedachtestreepje, jo. art. 1 (definitie van 'overige rechtspersoon') Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

schap.<sup>9</sup> In de praktijk zien we dat de bestuurder van de stichting administratiekantoor die kwalificeert als stemrecht-UBO van de stichting, als indirecte stemrecht-UBO wordt vergeten in de opgave van UBO's van de vennootschap.

Het is ongewis hoe een stemovereenkomst doorwerkt voor de vaststelling van UBO's. Als een aandeelhouder qua aandelenbelang de 25%-drempel niet overschrijdt, maar een andere aandeelhouder stemt conform de instructie van de eerste aandeelhouder, wordt de eerste aandeelhouder daarmee een stemrecht-UBO? Zo ja, wat betekent dat voor de aandeelhouder die stemt conform steminstructie, aangenomen dat hij meer dan 25% van de stemrechten houdt? Is hij dan door de stemovereenkomst geen stemrecht-UBO van de vennootschap? Daar valt wat voor te zeggen, maar de stemovereenkomst leidt niet tot een overdracht van zijn stemrechten. Hij houdt die nog altijd en kan, in strijd met de stemovereenkomst, naar eigen inzicht stemmen. Zou echter – tegen die achtergrond – de conform instructie stemmende aandeelhouder zelf wel stemrecht-UBO blijven (omdat hij nu eenmaal voldoende stemrecht heeft, ongeacht hoe hij dat uitoefent), dan kan de instruerende aandeelhouder niet ook op basis van de op instructie uitgebrachte stemmen stemrecht-UBO worden (voor zover hij dat niet al uit eigen hoofde was). In dat geval zouden stemmen immers dubbel meetellen. Zou de laatste benadering, waarin de aandeelhouder die stemt conform andermans instructie zelf stemrecht-UBO blijft, worden gevolgd, dan kan de aandeelhouder die de steminstructies geeft, worden aangemerkt als UBO op basis van andere middelen. Dogmatisch gezien heeft dit onze voorkeur. Immers: een stemovereenkomst leidt niet tot een overdracht van stemrechten, die nu eenmaal onlosmakelijk met de aandelen zijn verbonden. De aandeelhouder kan in strijd met de stemovereenkomst naar eigen inzicht stemmen; dat levert in beginsel enkel wanprestatie op. De stemrechten worden gehouden door de aandeelhouder, maar de persoon die de instructies geeft, trekt aan de touwtjes en heeft dus zeggenschap. Enkel de categorie 'andere middelen' resteert om deze persoon aan te merken als UBO. Hoewel wij dus een lichte

9 Zie daarvoor ook de informatie op de website van de KvK onder 'Wie zijn de UBO's van je organisatie?', waar, ten tijde van het schrijven van deze bijdrage, onder meer valt te lezen:

'Beheert een STAK (stichting administratiekantoor) de aandelen van je bv? Onderstaande voorbeelden kunnen je helpen om te bepalen wie de UBO's zijn als de aandelen van je bv in beheer zijn bij een STAK.

Voorbeeld 1

Bv A heeft 1 bestuurder, Meneer X. Alle aandelen van bv A zijn gecertificeerd en in beheer van STAK B. Een STAK kan geen UBO zijn, omdat UBO's altijd mensen zijn. Bv A heeft dus geen UBO's op basis van aandeelhouderschap.

Het stemrecht en het beheer van de aandelen/certificaten liggen bij STAK B. Volgens de statuten van STAK B zijn er 3 stemrechthouders die voor meer dan 25% stemgerechtigd zijn: meneer X (33%), mevrouw Y (33%) en mevrouw Z (33%).

De stemrechthouders van STAK B zijn in dit voorbeeld de UBO's van bv A en STAK B, op basis van stemrecht. (...)'

Deze informatie is te raadplegen via: <https://www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/ubo-opgave/g1-wie-zijn-de-ubos-van-je-organisatie/>. Wij vinden de voorbeelden op de voormelde pagina van de KvK en in de folder van de KvK (zoals hierna aangehaald in noot 10) overigens niet alle even gelukkig, omdat bij de voorbeelden niet wordt vermeld dat er mogelijk ook andere UBO's zijn, zoals bijvoorbeeld certificaathouders.

voorkeur hebben voor de conclusie dat bij een stemovereenkomst zoals hiervoor beschreven sprake is van een stemrecht-UBO en een UBO op basis van andere middelen, is dit geen uitgemaakte zaak. Wij vinden steun voor onze conclusie in de communicatie van de KvK,<sup>10</sup> want de KvK geeft als voorbeeld van een UBO op basis van andere middelen de aandeelhouder die weliswaar niet de 25%-drempel overschrijdt, maar altijd als enige ter vergadering verschijnt en daardoor de feitelijke zeggenschap heeft.

De hiervoor beschreven beoordeling is in de praktijk nog lastiger door de grote variëteit in stemafspraken. In aandeelhoudersovereenkomsten staat bijvoorbeeld vaak de afspraak dat de aandeelhouder zijn stemrechten zal uitoefenen op de wijze die nodig is voor nakoming van de bepalingen van die overeenkomst. Zo'n algemene stemafpraak lijkt ons onvoldoende concreet om rekening mee te houden bij de toepassing van het UBO-begrip. Dit roept dus de vraag op hoe concreet en uitgebreid stemafspraken moeten zijn, of op welke onderwerpen stemafspraken moeten zien om de stemafspraken mee te laten wegen bij de vraag of iemand zeggenschap via andere middelen heeft. Gezien het doel van de wetgeving, het achterhalen van de uiteindelijk belanghebbenden om witwassen en terrorismefinanciering te voorkomen, menen wij dat ten minste stemafspraken die zien op besluitvorming over benoeming en ontslag van bestuurders en commissarissen, op wijziging van het doel of de werkzaamheden van de rechtspersoon en/of de bestemming van winst, reserves of een liquidatiesaldo, mee moeten wegen in de beoordeling of iemand – op basis van andere middelen – als UBO kwalificeert.

De vraag rijst of stemvolmachten anders moeten worden beoordeeld dan steminstructies. Als een stemvolmacht wordt gegeven, oefent de gevolmachtigde de stemrechten van de volmachtgever uit. Als het geven van een stemvolmacht een structureel karakter zou hebben en de gevolmachtigde zou de stemmen naar eigen inzicht (mogen) uitbrengen,<sup>11</sup> zou dan de gevolmachtigde – voor de kwalificatie als UBO – worden geacht de stemrechten te zijn gaan houden, of valt hier de parallel te trekken met de bestuurder van een aandeelhouder-rechtspersoon? Dan zou het kunnen uitoefenen van de stemrechten onvoldoende zijn om ook als houder van die stemrechten, en dus als UBO, te kwalificeren. De meest zuivere uitkomst is volgens ons om in zo'n situatie de gevolmachtigde, zou deze structureel meer dan 25% van de stemrechten naar eigen inzicht kunnen uitoefenen via de verkregen volmachten, als UBO op basis van andere middelen te kwalificeren. De volmachtgever die meer dan 25% van de stemrechten houdt, verliest door de gegeven volmachten

10 Zie de folder 'UBO-opgave en de notaris. Informatie over Notaris Applicatie UBO (NAU)', die te vinden is op de website van de KvK. De folder is te raadplegen via: <https://www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/online-registreren-handelsregister-voor-notariskantoren/online-registreren-notarissen-orn/>. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage stond een versie van de folder van juli 2022 op de website. Wij wijzen erop dat altijd de versie van de folder op de website van de KvK moet worden geraadpleegd en de folder niet dient te worden gezocht via welbekende zoekmachines, omdat dan verouderde versies van de folder worden gevonden.

11 De vraag naar de rechtsgeldigheid van een dergelijke situatie laten we, gezien het onderwerp van dit artikel, buiten beschouwing.

zijn stemrechten niet en blijft naar onze mening aldus stemrecht-UBO. Dit sluit aan bij onze zienswijze ten aanzien van steminstructies.

### 2.2.3 *Eigendomsbelang*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van het eigendomsbelang in een vennootschap, is UBO van die vennootschap. Het eigendomsbelang is in art. 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 gedefinieerd als het ‘recht op uitkering uit het vermogen van een rechtspersoon of personenvennootschap, waaronder de winst of de reserves, of op overschot na vereffening’.

(In)directe aandeelhouders zullen in de regel niet worden geregistreerd als eigendoms-UBO, hoewel een aandeelhouder die de 25%-drempel overschrijdt normaliter ook een voldoende groot eigendomsbelang houdt om als eigendoms-UBO te kwalificeren. Dit is het gevolg van de eerder vermelde rangorde in de richtsnoeren, waarbij een aandelenbelang voorgaat op een eigendomsbelang. Er zijn echter wel situaties denkbaar waarin een aandeelhouder de 25%-drempel in aandelenbelang niet overschrijdt, maar wel als eigendoms-UBO kwalificeert. Denk daarbij bijvoorbeeld aan een houder van een klein pakket stemrechtloze aandelen waaraan meer of andere winstrechten zijn verbonden dan aan de aandelen van een andere soort. Dit is vaak het geval bij cumulatief preferente aandelen: omdat de coupon, het vaste winstrecht, vaak wordt berekend over de nominale waarde én agio, kan het aandelenpakket klein zijn en kwalificeert de houder van de preferente aandelen vaak niet als UBO op basis van aandelenbelang of stemrechten.

De definitie van eigendomsbelang behoeft wel wat uitleg. Er zijn de nodige Kamer-vragen gesteld over de toepassing van het begrip eigendomsbelang. Daarbij is ook aan de orde gesteld dat cumulatief preferente aandelen recht geven op een bepaald gemaximeerd bedrag. Dat bedrag kan, afhankelijk van de hoogte van het voor uitkering vatbare bedrag, minder of meer dan 25% van het totale bedrag uitmaken. Dit is door de minister erkend en daarbij is bevestigd dat het dus in sommige gevallen pas na vaststelling van de jaarrekening mogelijk is om te bepalen of iemand UBO is of niet. Dat kan dus jaarlijks fluctueren. De vraag rijst hoe deze beoordeling uitpakt voor een verlieslatende vennootschap. Is er dan geen UBO omdat er geen voor uitkering vatbaar vermogen is, of is de houder van cumulatief preferente aandelen dan juist een UBO omdat zijn recht op jaarlijkse uitkering gegarandeerd is (door het cumulatieve karakter van de coupon)? Wij geven de voorkeur aan de laatste benadering. Waarbij dan dus wel geldt dat het UBO-schap van de betrokken aandeelhouder zal eindigen als op enig moment uit de jaarstukken een voor uitkering vatbaar bedrag blijkt, waartoe de (voormalige) UBO voor 25% of minder gerechtigd is.

Uit de wetsgeschiedenis kan worden opgemaakt dat met eigendomsbelang wordt bedoeld op het recht op jaarlijkse uitkering uit de winst of reserves, of het recht op een liquidatie-uitkering. Beide criteria zijn alternatief, zo bevestigde de minister.<sup>12</sup>

12 Kamerstukken II 2019/20, 35179, C (MvA). Hierin valt te lezen: ‘Deze criteria zijn alternatief. Wanneer een natuurlijke persoon recht heeft op meer dan 25 procent van de winst of van het overschot kwalificeert hij als UBO.’



Om vast te stellen hoe groot iemands eigendomsbelang is, hoeft dus – gelukkig – geen ingewikkelde exercitie te worden gedaan waarbij een eventuele liquidatie-uitkering mee zou moeten worden genomen in de berekening van het ‘voor uitkering vatbare bedrag’. Dit moet afzonderlijk van elkaar worden beschouwd. Een houder van preferente aandelen die enkel recht geven op een uitkering bij ontbinding van de vennootschap, kan dus een eigendoms-UBO zijn, terwijl tegelijkertijd een houder van cumulatief preferente aandelen die enkel recht geven op winst eveneens eigendoms-UBO van dezelfde vennootschap is. Dit betekent per saldo wel dat een vennootschap in potentie meer dan drie eigendoms-UBO's kan hebben, omdat voor UBO-kwalificatie – los van elkaar – gekeken moet worden naar het belang in de winst en het belang in het liquidatiesaldo.

Zoals we in de inleiding al aangaven, is een veelvoorkomende eigendoms-UBO de certificaathouder. Een certificaathouder houdt geen aandelen; die worden immers door een stichting administratiekantoor gehouden. De stichting heeft – als aandeelhouder – een recht op uitkering uit het vermogen van de betrokken vennootschap; een certificaathouder heeft doorgaans op zijn beurt – op grond van de administratievoorwaarden van de stichting – een recht op doorstorting van hetgeen op de aandelen wordt uitgekeerd aan de stichting.<sup>13</sup> Daarmee is de certificaathouder – afhankelijk van de omvang van diens recht – eigendoms-UBO van de vennootschap. Zoals later nog nader zal worden besproken, is een certificaathouder in beginsel echter geen eigendoms-UBO van de stichting administratiekantoor. Het is daarbij wel van belang dat die stichting inderdaad een doorstortverplichting heeft. Bij afwezigheid van zo'n doorstortverplichting wordt namelijk aangenomen dat uitkeringen op de aandelen die worden ontvangen door de stichting, in het stichtingsvermogen vloeien (omdat die dus niet een-op-een hoeven te worden doorgestort). De certificaathouder die recht heeft op uitkering uit het stichtingsvermogen, zal – bij een voldoende groot belang – eigendoms-UBO van de stichting zonder doorstortplicht zijn.

Bij bestudering van de wetsgeschiedenis zou de gedachte kunnen ontstaan dat het nodig is om *daadwerkelijk* een uitkering te ontvangen om als UBO te kwalificeren. De minister geeft zijn visie op allerhande voorbeelden, die steeds ten minste uit lijken te gaan van ontvangst van een uitkering. Wij menen echter dat het niet nodig is om een uitkering te ontvangen om te kwalificeren als UBO. Kijkend naar de letterlijke tekst van de definitie van eigendomsbelang, zou een *recht op* een uitkering voldoende moeten zijn. Dat betekent dan dat het feit dat de vermogenspositie van een vennootschap zodanig slecht is dat in de nabije toekomst geen uitkeringen te verwachten zijn, niet van belang is bij de UBO-kwalificatie. En dat het feit dat een vennootschap een reserveringsbeleid heeft, waardoor alle winsten de komende jaren worden gereserveerd en dus geen uitkering te verwachten valt, evenmin in de weg staat aan UBO-kwalificatie. De vraag is echter hoe in voornoemde gevallen het percentage eigendomsbelang moet worden vastgesteld. De minister worstelde hier tijdens de totstandkoming van de implementatiewet van het UBO-register mee en heeft daardoor niet de gewenste duidelijkheid verschaft. In de memorie van toe-

13 Kamerstukken II 2019/20, 35179, C (MvA).

lichting werd in eerste instantie vermeld dat iemand een eigendoms-UBO is als die meer dan 25% van het uitgekeerde bedrag ontvangt. De minister is daarop later teruggekomen en heeft verduidelijkt dat het gaat om 25% van het voor uitkering vatbare bedrag.<sup>14</sup> Uit de toelichting van de minister blijkt echter niet of daarmee wordt bedoeld de winst over een bepaald boekjaar, die in theorie voor uitkering vatbaar is, maar die mogelijk niet wordt uitgekeerd wegens een (verwacht) tekort aan liquide middelen of reserveringsbeleid. Of doelt de minister op het totale uitgekeerde bedrag, en moet voor UBO-kwalificatie worden gekeken naar het deel dat iemand daarvan heeft ontvangen? Of anders nog, doelt de minister op het totale voor uitkering vatbare bedrag, inclusief het deel dat niet wordt uitgekeerd, en gaat het dan om het deel dat iemand daarvan ontvangt als uitkering? Een andere uitleg is nog dat iemand in het geheel geen uitkering hoeft te ontvangen, maar dat een recht op uitkering voldoende is. Wij menen dat die uitleg ook het beste past bij het doel van de zoektocht naar de UBO die kan worden afgeleid uit de definitie van UBO: we zijn op zoek naar de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar van de vennootschap is. Als duidelijk is dat twee certificaathouders gerechtigd zijn tot bijna het gehele vermogen van een vennootschap, maar zij geen uitkeringen ontvangen doordat bijvoorbeeld alle winsten worden gereserveerd, dan is het weliswaar lastig om een exact percentage eigendomsbelang vast te stellen, maar duidelijk is wel dat beide certificaathouders het eigendom van de vennootschap houden. Daarbij zou het volgens ons geen verschil moeten maken voor de kwalificatie als UBO of het vermogen in de vennootschap blijft of dat het wordt uitgekeerd. Per saldo komt het economisch toe aan de certificaathouders, en we herhalen het nog maar eens: we zijn op zoek naar de persoon die uiteindelijk eigenaar van de vennootschap is.

#### 2.2.4 *Andere middelen*

De natuurlijke persoon die via andere middelen de zeggenschap over een vennootschap heeft, is UBO van die vennootschap. Het gaat dan bijvoorbeeld om de mogelijkheid om meer dan de helft van de leden van het statutaire bestuur of de raad van commissarissen van de vennootschap te benoemen of te ontslaan. Een ander middel kan ook zijn een statutair instructierecht van een prioriteitsaandeelhouder, die niet volgens een van de andere richtsnoeren als UBO kwalificeert. Een veelgehoord voorbeeld van feitelijke zeggenschap is verder de *pater familias* van een familiebedrijf, die inmiddels zelf geen aandeelhouder meer is of stemrechten houdt, maar die desalniettemin de touwtjes in handen heeft omdat de familie nog altijd op zijn koers vaart.

14 Kamerstukken II 2019/20, 35179, nr. 3 (MvT) en Kamerstukken II 2019/20, 35179, C (MvA). Hoewel de bewuste toelichting en nuancering daarvan werd gegeven in de, bij dezelfde wet, geïntroduceerde verplichting voor stichtingen om – kort gezegd – een uitkeringenregister bij te houden (ex art. 2:290 BW), heeft de minister daarbij meteen opgemerkt: 'Ten aanzien van de vraag of met artikel 2:290 BW wordt afgeweken van de UBO-bepaling voor rechtspersonen in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, geef ik graag aan dat noch in artikel 2:290 BW noch in de artikelsgewijze toelichting is beoogd om af te wijken van de uitwerking van het UBO-begrip voor overige rechtspersonen, zoals neergelegd in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.' De uitleg is daarmee ook relevant voor het eigendomsbelang in het kader van bepaling wie als UBO kwalificeert.

### 2.2.5 Hoger leidinggevenden

Als op grond van de vier voormelde richtsnoeren geen ‘echte’ UBO wordt gevonden, dan geldt als terugvaloptie dat alle statutair bestuurders of leden van een *one tier board* van de vennootschap, als ‘hoger leidinggevenden’ van de vennootschap, de UBO’s van de vennootschap zijn. De hoger leidinggevenden worden ook wel pseudo-UBO’s genoemd.

De categorie pseudo-UBO’s is de enige categorie waarbij concreet is voorgeschreven wie kwalificeert als UBO. Deze categorie zou dan naar verwachting ook geen problemen moeten opleveren in de praktijk. Maar niets is minder waar. Allereerst kan deze categorie leiden tot zeer veel UBO’s, wat voor de praktijk lastenverzwarend is, omdat instellingen in de zin van de Wwft, bijvoorbeeld een bank, fiscalist, accountant of notaris (Wwft-instellingen), bij het verrichten van cliëntenonderzoek telkens alle UBO’s zullen moeten identificeren en de vennootschap telkens documentatie dient aan te leveren ter verificatie van de identiteit van de UBO’s. Wij komen geregeld veel pseudo-UBO’s tegen als het gaat om stichtingen, die niet zelden een statutair bestuur hebben van meer dan tien leden, en bij vennootschappen met verschillende bestuurders-rechtspersonen. Voor iedere bestuurder-rechtspersoon geldt dan namelijk dat alle natuurlijke personen die (middellijk) statutair bestuurder van een bestuurder-rechtspersoon van de vennootschap zijn als pseudo-UBO van de vennootschap hebben te gelden.

Als een statutair bestuur van een vennootschap zowel uit natuurlijke personen als uit rechtspersonen bestaat, dan wordt ten onrechte nogal eens volstaan met inschrijving van de natuurlijke personen als pseudo-UBO. Deze omissie werd mogelijk mede veroorzaakt door de informatiefolder van de KvK,<sup>15</sup> waarin tot voor kort werd vermeld dat in de beschreven situatie ‘ten minste’ alle natuurlijke personen als pseudo-UBO moesten worden geregistreerd. De uitleg is inmiddels verduidelijkt.<sup>16</sup>

Een probleem dat we in de praktijk ook hebben gezien, is dat de KvK de inschrijving als pseudo-UBO van natuurlijke personen die statutair bestuurder zijn van een buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een vennootschap niet zonder meer accepteert. De KvK oordeelt dan kennelijk dat de (buitenlandse) stukken die aantonen wie de natuurlijke personen zijn die bestuurder zijn van de buitenlandse bestuurder-rechtspersoon van een vennootschap, niet voldoen. Een ander dilemma in geval van buitenlandse bestuurders-rechtspersonen is de duiding van welke functionarissen als hoger leidinggevenden kwalificeren. Als bijvoorbeeld een vennootschap een Zwitserse *Aktiengesellschaft* als statutair bestuurder heeft, dan heeft die entiteit twee – statutair verankerde – bestuursorganen, namelijk een *Verwaltungsrat* en de *Geschäftsleitung*. De vraag is van welk bestuursorgaan de leden

15 Zie noot 10.

16 De uitleg luidt in de versie van de folder van juli 2022: ‘Bestaat het statutair bestuur uit natuurlijke en rechtspersonen? Alle natuurlijke personen die statutair bestuurder, vennoot, maat of lid van de rederij van de betreffende organisatie zijn waarvoor opgave is gedaan, moeten als UBO worden opgegeven. Daarnaast moeten alle natuurlijke personen die bestuurder zijn van de bestuurder-rechtspersoon als UBO worden opgegeven.’

dan kwalificeren als pseudo-UBO. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is bepaald dat alle leden van het statutair bestuur van een vennootschap het hoger leidinggevend personeel vormen. Die term is afkomstig uit de Europese Antiwitwasrichtlijn. De definitie van hoger leidinggevend personeel in de richtlijn luidt: ‘functionarissen of werknemers met voldoende kennis van de blootstelling van een instelling aan het witwasrisico en het risico van terrorismefinanciering en met voldoende anciënniteit om beslissingen te nemen die van invloed zijn op die blootstelling; hierbij hoeft het niet noodzakelijk om een lid van de raad van bestuur te gaan’. De Nederlandse wetgever heeft deze definitie echter niet geschikt gevonden voor het bepalen van de pseudo-UBO’s:

‘Deze begripsomschrijving sluit aan bij de functie van het hoger leidinggevend personeel van Wwft-instellingen bij het risicomanagement van instellingen en het aangaan van zakelijke relaties met cliënten, op grond van de Wwft, maar is niet één op één toepasbaar bij het identificeren van de UBO’s van een juridische entiteit. Om die reden is, in afwijking van de begripsomschrijving in art. 1 van de Wwft, bepaald dat ten behoeve van het identificeren van de UBO(s) van een juridische entiteit onder het hoger leidinggevend personeel het statutair bestuur moet worden verstaan.’<sup>17</sup>

Voor de Nederlandse wetgever lijkt het te moeten gaan om degenen die feitelijke invloed op de besluitvorming kunnen uitoefenen. Immers, over de pseudo-UBO van personenvennootschappen merkt de wetgever op:

‘Omdat een personenvennootschap geen statutair bestuurders kent, is in het zevende lid verduidelijkt dat in het geval van personenvennootschappen en voor de toepassing van deze begripsomschrijving onder het hoger leidinggevend personeel de vennoten van de personenvennootschap worden verstaan. Daarbij wordt een uitzondering gemaakt voor de vennoten bij wijze van geldschieting, omdat deze vennoten geen feitelijke invloed op de besluitvorming kunnen uitoefenen.’

Voor de wetgever weegt ook nog mee dat door de keuze voor het statutair bestuur de opgenomen bestuurders in het handelsregister gelijk zijn aan de UBO’s van die entiteit.<sup>18</sup> Deze elementen combinerend komen wij dus op zeggenschap (uit de gewone definitie van UBO), invloed op besluitvorming en kenbaarheid van de personen uit een openbaar register. In geval van twijfel zouden wij een verklaring van een lokale advocaat of notaris vragen over welk orgaan in hun jurisdictie als statutair bestuur heeft te gelden, mede in acht nemend de voorgaande elementen. Die

17 Par. 4.2 van de NvT bij het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (*Stb.* 2018, 241). De term ‘hoger leidinggevend personeel’ wordt in de richtlijn en de Wwft ook gebruikt om aan leden daarvan bepaalde taken binnen Wwft-instellingen toe te kennen. In art. 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is daarom een van de Wwft afwijkende definitie van hoger leidinggevend personeel opgenomen.

18 Artikelsgewijze toelichting, artikel II, wijziging zesde lid, van de NvT bij het Implementatiebesluit registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (*Stb.* 2020, 339).

verklaring kan dan mede dienen ter onderbouwing van de gemaakte keuze aan de KvK bij de registratie van de gekozen pseudo-UBO's.

### 2.2.6 *Uitzondering: beursgenoteerde vennootschappen of 100%-groepsmaatschappijen daarvan*

Vennootschappen die als uitgevende instelling zijn onderworpen aan openbaarmakingsvereisten als bedoeld in de Richtlijn transparantie, dan wel aan vergelijkbare internationale standaarden, en 100%-dochtermaatschappijen van dergelijke vennootschappen zijn uitgezonderd van de verplichting om UBO's te registreren in het UBO-register. De idee achter deze uitzondering is dat als gevolg van de transparantie- of openbaarmakingsverplichtingen die gelden voor beursgenoteerde vennootschappen al publiekelijk bekend zal zijn wie de UBO is van de vennootschap. Omdat in een 100%-verhouding de UBO van de moedermaatschappij in beginsel tevens de UBO van een 100%-dochtermaatschappij is, geldt deze uitzondering ook voor 100%-dochtermaatschappijen, ongeacht hoeveel 100%-dochtermaatschappijen zijn 'tussengeschakeld'.

De beoordeling of gebruik kan worden gemaakt van deze uitzondering, is geen sinecure. Zoals ook kan worden afgeleid uit de Algemene Leidraad Wwft,<sup>19</sup> zijn er drie elementen waaraan moet worden voldaan voordat gebruik kan worden gemaakt van de uitzondering. De eerste vraag is of de vennootschap een uitgevende instelling is of een 100%-dochtermaatschappij daarvan. Dat is de eenvoudigste, al kan dit element ook al tot twijfels leiden. Hoe zit het bijvoorbeeld met een groepsmaatschappij die indirect voor 100% wordt gehouden door een beursgenoteerde vennootschap, maar waarbij de aandelen niet in één hand zijn, maar door verschillende tussenholdings worden gehouden? Afgaand op de achtergrond van de regelgeving zou volgens ons het enige logische antwoord zijn dat het feit dat de aandelen in het kapitaal van de 100%-dochtermaatschappij door verschillende tussenholdings worden gehouden, niet in de weg moet kunnen staan aan gebruikmaking van de uitzondering. Wij weten echter uit ervaring dat bijvoorbeeld een controlerend accountant vraagtekens kan plaatsen bij de rechtmatigheid van de gebruikmaking van de vrijstelling. En omdat nergens met zoveel woorden staat dat het niet nodig is dat 100% van de aandelen worden gehouden door telkens één entiteit, is het moeilijk om de twijfel op dit punt weg te nemen. En dan hebben we het nog niet gehad over een 99%-dochtermaatschappij van een uitgevende instelling.

Daarnaast moet worden gezien of de uitgevende instelling onderworpen is aan openbaarmakingsvereisten als bedoeld in de Richtlijn transparantie, dan wel aan vergelijkbare internationale standaarden. Een organisatie zal – in de woorden van de KvK – 'zelf moeten inschatten of zijn organisatie staat genoteerd op een gereglementeerde markt, die onderworpen is aan openbaarmakingsvereisten verenigbaar met het EU-recht of gelijkwaardige internationale normen en die een adequate transparantie van de eigendomsinformatie garanderen'. Er bestaat geen lijst van

19 De aangehaalde passage uit de Algemene Leidraad Wwft ziet op cliëntenonderzoek door Wwft-instellingen, maar is gelijkelijk toepasbaar op de beschreven uitzondering.

vergelijkbare internationale standaarden. De te maken inschatting kan dus per organisatie tot een verschillende uitkomst leiden. Het is geen eenvoudige exercitie om deze inschatting te maken, en de uitkomst kan voor discussie vatbaar zijn. Bovendien zal uit het UBO-register niet blijken dat een vennootschap van de uitzondering gebruik heeft gemaakt, en die informatie is volgens de communicatie van de KvK ook niet op te vragen. Een en ander kan tot de nodige problemen leiden voor vennootschappen die, volgens eigen inschatting, van de vrijstelling gebruik kunnen maken, en dat ook hebben gedaan, terwijl een Wwft-instelling die zij willen contracteren een andere mening kan zijn toegedaan. Als de Wwft-instelling meent dat ten onrechte gebruik is gemaakt van de uitzondering, heeft de vennootschap dus geen UBO-registratie verricht en kan de Wwft-instelling zich op het standpunt stellen dat geen nieuwe zakelijke relatie met de vennootschap kan worden aangegaan. Deze consequentie bespreken we in het tweede deel van onze bijdrage nog uitvoeriger, maar discussie over gebruikmaking van de uitzondering kan dus vervelende praktische consequenties voor de vennootschap hebben. Vanuit de wens het UBO-begrip uniform toe te passen, zal naar onze mening zo snel mogelijk een lijst van vergelijkbare internationale standaarden beschikbaar moeten worden gesteld, en zal in het UBO-register moeten worden aangekend dat een vennootschap gebruik maakt van de uitzondering.

Ten slotte wordt aangenomen dat – voor een rechtmatig gebruik maken van de uitzondering – de voornoemde openbaarmakingsverplichtingen moeten gelden voor het gehele aandelenkapitaal. De praktijk tast in het duister over in welke gevallen de openbaarmakingsverplichtingen niet voor het gehele kapitaal zouden gelden. Ook als niet alle aandelen genoteerd zijn, zijn naar ons beste weten de openbaarmakingsverplichtingen voor het gehele kapitaal van toepassing. Wij menen dat ook op dit punt helderheid moet worden verschaft, om een uniforme toepassing van de uitzondering te borgen.

### 2.3 *Indirecte UBO's*

Vanuit het doel van de regelgeving beredeneerd, wekt het geen verbazing dat ook indirect gehouden aandelen, stemrechten en eigendomsbelang meewegen voor de kwalificatie als UBO. Anders zou het tussenvoegen van een holding voldoende zijn om uit het UBO-register te blijven. Het zal niet verbazen, maar ook de toepassing van het indirecte UBO-begrip is niet eenduidig. Want wanneer is sprake van een indirecte UBO? Zowel de Europese Antiwitwasrichtlijn als de toelichting op het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 geeft in dit kader wel enige aanknopingspunten, maar helaas zijn die voor meerdere uitleg vatbaar. Volgens de Europese Antiwitwasrichtlijn geldt het hebben van zeggenschap over een entiteit die meer dan 25% aandelen- of eigendomsbelang houdt van een vennootschap, als indicatie van indi-

recte eigendom van die vennootschap.<sup>20</sup> In de totstandkomingsgeschiedenis van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 lichte de wetgever toe:

‘Ook indien het uiteindelijk eigendom of de uiteindelijke zeggenschap in een vennootschap indirect wordt gehouden, bijvoorbeeld door tussenkomst van een andere rechtspersoon, zoals een stichting administratiekantoor, of een structuur van rechtspersonen, dient een natuurlijke persoon als UBO te worden aangemerkt. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om de natuurlijke personen die, op grond van de begripsomschrijving van UBO voor overige rechtspersonen in het eerste lid, onderdeel c, kwalificeren als de UBO van een stichting administratiekantoor die de aandelen in een vennootschap houdt.’

Betekent dit bijvoorbeeld dat iedere UBO van een aandeelhouder-rechtspersoon ook UBO is van de vennootschap waarvan de aandelen worden gehouden? Als mevrouw Janssen 100% van de aandelen van Holding B.V. houdt en Holding B.V. op haar beurt 100% van de aandelen van Dochter B.V. houdt, dan is Janssen logischerwijs indirecte UBO van Dochter B.V. Als Janssen 70% houdt van Holding B.V. en Holding B.V. 30% van Dochter B.V., dan kan de beoordeling tot twee uitkomsten leiden. Janssen is geen indirecte UBO van Dochter B.V., want zij houdt immers indirect slechts 21% (70% van 30%). Of Janssen is wel een indirecte UBO van Dochter B.V., want zij controleert met haar 70% van de aandelen van Holding B.V. het 30%-belang in Dochter B.V. Omdat het belang van Holding B.V. in Dochter B.V. de 25%-drempel overschrijft, en Janssen de zeggenschap heeft over Holding B.V., is dit een indicatie van indirecte eigendom zoals beschreven in de Europese Antiwitwasrichtlijn. Wij menen daarom inderdaad dat Janssen wel een indirecte UBO is, ook al houdt zij indirect slechts 21% van het belang in Dochter B.V. Door het controlerende belang van Janssen in Holding B.V. kan het 30%-zeggenschapsbelang in Dochter B.V. volledig aan Janssen worden toegerekend. Dit is hooguit anders indien op grond van de statuten van Holding B.V. een 70%-belang geen controlerende invloed met zich brengt, bijvoorbeeld als gevolg van quorum- en/of meerderheidseisen. Het is immers een indicatie van indirect UBO-schap, maar contra-indicaties zijn denkbaar.

De vraag is vervolgens hoe het indirecte UBO-schap voor Dochter B.V. moet worden geregistreerd in het UBO-register. De Europese Antiwitwasrichtlijn noemt het een indicatie van indirecte eigendom, maar een aandelenbelang van 21% kan niet in het UBO-register worden geregistreerd. De drempel ligt immers op 25% en alleen belangen groter dan 25% kunnen worden geregistreerd. Of moet Janssen dan worden geregistreerd als indirecte stemrecht-UBO van Dochter B.V., met indirect 30% van de stemrechten, omdat zij middels haar 70% in Holding B.V. zeggenschap heeft over 30% van de aandelen en stemrechten in Dochter B.V.? Wij geven de

20 In de richtlijn wordt het verwoord als ‘een aandelenpositie van 25% plus één aandeel in de cliënt of een eigendomsbelang in de cliënt van meer dan 25%, in handen van een vennootschapsrechtelijke entiteit die onder zeggenschap staat van een natuurlijke persoon of natuurlijke personen, of van meerdere vennootschapsrechtelijke entiteiten die onder zeggenschap staan van dezelfde natuurlijke persoon of natuurlijke personen’.

voorkeur aan de laatste optie (waarbij per saldo het 30%-zeggenschapsbelang in Dochter B.V. volledig aan Janssen kan worden toegerekend), maar dat strookt niet met de indicatie van indirecte eigendom en het staat dus niet vast dat dit juist is. Het voorbeeld kan nog verder op de spits worden gedreven: stel dat Janssen 30% houdt van de aandelen van Holding B.V. en Holding B.V. houdt 30% van de aandelen van Dochter B.V. Indirect houdt Janssen dan maar 9% van Dochter B.V.; daarmee kan ze toch geen indirecte UBO van Dochter B.V. zijn? Dat vinden wij ook, maar wij zien in de praktijk dat men geregeld meent dat elke UBO van een aandeelhouder-rechtspersoon die meer dan 25% van de aandelen van een vennootschap houdt, als indirecte UBO van die vennootschap kwalificeert. Wij volgen dit niet, omdat Janssen met 30% van de aandelen van Holding B.V. geen zeggenschap heeft over Holding B.V. Bovendien zou dit tot de wonderlijke situatie kunnen leiden dat een vennootschap meer dan drie indirecte zeggenschaps-UBO's kan hebben, wat gegeven de 25%-drempel een onlogisch eindresultaat zou zijn.

De vraag daarbij is nog of de verschillende categorieën UBO's onbeperkt gecombineerd mogen worden. Dat voelt voor ons niet logisch. Zoals blijkt uit de indicatie die door de Europese wetgever is gegeven, mag zeggenschap wel worden gecombineerd met aandelenbelang of eigendomsbelang. Degene die zeggenschap heeft over de entiteit die meer dan 25% van de aandelen of het eigendomsbelang houdt, wordt geacht een indirecte UBO te zijn. Maar werkt dit andersom ook? Als een stichting met een UBO op basis van 80% eigendomsbelang maar geen zeggenschap 50% van de stemrechten houdt in een vennootschap, is de UBO van de stichting dan ook UBO van de vennootschap, en zo ja: wat voor een soort UBO? Wij vinden van niet. Als de directe houder stemrechten houdt, dan is het volgens ons logisch om indirect ook naar de stemrechten te kijken. Toegepast op ons voorbeeld: alleen een stemrecht-UBO van de stichting kan volgens ons indirect de stemrechten in de vennootschap houden. Anders verwoord: de stichting houdt stemrechten in de vennootschap. Dan zou, zo menen wij, alleen een stemrecht-UBO van de stichting indirecte stemrecht-UBO van die vennootschap moeten zijn.

Als kers op de taart komen we in de praktijk veel gelaagde structuren met trusts tegen. Hoewel de trust een voor het Nederlandse vennootschapsrecht onbekende rechtsfiguur is, geeft het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 wel richtsnoeren voor vaststelling van de UBO's van een trust. Daarbij valt op dat geen 25%-drempel geldt. Bij een trust is er zomaar een hele schare UBO's. Denk aan de oprichter(s), de trustee(s) en de begunstigen, ongeacht het percentage waartoe zij gerechtigd zijn. Als de stroming wordt gevolgd dat een UBO van een rechtspersoon (in dit voorbeeld de trust) ook de UBO is van een vennootschap waarin de trust een eigendomsbelang van meer dan 25% houdt, dan zouden alle oprichters, trustees en begunstigen (en de anderen die volgens het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 UBO van een trust zijn) ook indirecte UBO van de vennootschap zijn. Dat zou kunnen betekenen dat een 5%-begunstigde van een trust, die dus een UBO van de trust zou zijn omdat daarvoor geen drempel geldt, een indirecte UBO zou zijn van de vennootschap waarin de trust een 26%-eigendomsbelang houdt. Dat vinden wij een onwenselijke uitkomst. Wij willen ervoor pleiten dat in deze situatie wordt vastgehouden aan de door de Europese wetgever gegeven indicatie, namelijk dat indirecte



eigendom aan de orde is als de natuurlijke persoon zeggenschap heeft over de rechtspersoon die het aandelenbelang of het eigendomsbelang houdt. Dat zou in ons voorbeeld betekenen dat een trustee die de zeggenschap heeft over de trust en dus over het 26%-belang in de vennootschap, een indirecte UBO van de vennootschap is, maar een 5%-begunstigde van de trust niet. Hier komt overigens wel dezelfde vraag op als die we hiervoor adresseerden, namelijk: als wat voor een soort UBO moet de trustee worden geregistreerd in het UBO-register? Overigens kwalificeert in onze ogen een 30%-begunstigde van een trust die een 100%-eigendomsbelang houdt in een vennootschap wel als een indirecte eigendoms-UBO van de vennootschap. Hierbij gaat het om dezelfde typen belangen die doorwerken, tweemaal eigendomsbelang, en die kunnen wat ons betreft prima gecombineerd en dus vermenigvuldigd worden.

Uit het voorgaande wordt duidelijk dat een uniforme toepassing van het UBO-begrip een utopie is. De bestuurder van een vennootschap is niet in staat om deze regelgeving te doorgronden. Zoveel adviseurs als er zijn, zoveel variaties op de uitleg van het UBO-begrip zijn er. De UBO-helpdesk van de KvK geeft geen advies over de toepassing van de richtsnoeren, anders dan de casuïstiek op de website, en helaas leert de ervaring dat het antwoord afhangt van welke medewerker de telefoon aanneemt. En dan is de praktijk vaak ook nog een stuk complexer dan de simpele casuïstiek van de KvK en zelfs dan de voorbeelden die we in deze bijdrage geven. Het is geen uitzondering dat een juridische structuur bestaat uit diverse rechtsvormen in verschillende jurisdicties.

### 3 Afsluiting deel 1, vooruitblik op deel 2

Zoals uit dit eerste deel van ons tweeluik blijkt, is toepassing van het UBO-begrip niet eenvoudig. En een uniforme toepassing is een utopie. In de praktijk worden UBO's vergeten, zoals de bestuurder van de stichting administratiekantoor die indirecte stemrecht-UBO is van de vennootschap waarvan de aandelen zijn gecertificeerd. Of UBO's worden wel opgegeven, maar de inschrijving daarvan wordt door de KvK geweigerd, zoals wij al hebben zien gebeuren bij buitenlandse pseudo-UBO's. Ten slotte is het ook nog zo dat wij geregeld onjuiste opgaven zien, waarbij personen als UBO worden geregistreerd op onjuiste gronden – denk aan certificaathouders die op basis van aandelenbelang als UBO worden geregistreerd –, maar we ook personen in het UBO-register tegenkomen die helemaal geen UBO zijn. Voorbeelden daarvan zijn houders van een aandelenbelang van 25%, die de drempel dus niet overschrijden. En niet te vergeten de bestuurder van een holdingvennootschap die 100% van de aandelen in een dochtermaatschappij houdt, waarbij de bestuurder van de holding wordt geregistreerd als stemrecht-UBO van de dochtermaatschappij. Een veelgehoorde klacht is dat het UBO-register nog onvoldoende is gevuld, omdat nog niet alle entiteiten hun UBO's hebben geregistreerd en nog niet alle opgaven door de KvK zijn verwerkt. Daar kunnen we aan toevoegen dat het register, zelfs wanneer alle entiteiten een opgave hebben gedaan en deze door de KvK is verwerkt, niet per se een juist beeld geeft van de UBO's van deze entiteiten.

Zoals uit onze bijdrage volgt, kan het in de praktijk erg lastig zijn om alle UBO's van een entiteit te duiden. Dit geldt in het bijzonder voor leken, maar ook voor getrainde juristen. Ook zij hebben in de praktijk moeite met het toepassen van de vage richtsnoeren voor de onderscheiden UBO-varianten. De complexiteit van deze regelgeving en de toepassing ervan zullen er vermoedelijk toe gaan leiden dat men steeds vaker een deskundige zal inschakelen om de opgave voor het UBO-register te verzorgen en periodiek te actualiseren. Dit wordt mogelijk versterkt door de terugmeldplicht van Wwft-instellingen (zoals advocaten en notarissen), die verplicht zijn om discrepanties tussen de UBO's in het UBO-register en de UBO's die volgen uit het door de instelling uit te voeren cliëntenonderzoek te melden aan de KvK. Door aan de 'voorkant' een deskundige in te schakelen zou kunnen worden voorkomen dat een dergelijke terugmeldplicht (al dan niet meermaals) ontstaat. Met name bij M&A-transacties zou hier een rol voor de notaris kunnen zijn weggelegd, aangezien deze in het kader van de transacties reeds de nodige mutaties moet doorgeven aan het handelsregister. De actualisatie van het UBO-register als gevolg van de transactie zou hierin kunnen worden meegenomen. Als begeleider van de transactie en uitvoerder van het cliëntenonderzoek dat de notaris voor alle partijen (koper, verkoper en doelvennootschap) moet verrichten, zal hij in de regel een goed beeld (moeten) hebben van de UBO-situatie vóór en na closing.

In deel 2 van ons tweeluik zullen we het UBO-begrip voor overige rechtspersonen, waaronder de stichting, en personenvennootschappen uitwerken op eenzelfde wijze als we in dit eerste deel van onze bijdrage voor kapitaalvennootschappen hebben gedaan. We zullen onze bijdrage afsluiten met een bespreking van onze (notariële) ervaringen met het verrichten en wijzigen van UBO-registraties.