

WETENSCHAP EN PRAKTIJK

Het UBO-register

Het register van sommige uiteindelijk belanghebbenden en anderen (deel 2)

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

1 Inleiding

In het vorige nummer van O&F (2022-3) verscheen het eerste deel van onze bijdrage over het UBO-register.¹ In dat eerste deel hebben we uitgebreid het richtsnoer voor de vaststelling van UBO's² van kapitaalvennootschappen³ (niet zijnde beursgenoteerde vennootschappen of 100%-dochtermaatschappijen daarvan) besproken. Ook kwamen de pseudo-UBO, de uitzondering op de registratieplicht voor (100%-dochtermaatschappijen van) bepaalde beursgenoteerde kapitaalvennootschappen en de indirecte UBO aan bod. De focus daarbij lag op de regels die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn en de zaken waar de praktijk mee worstelt.

Aan de hand van verschillende voorbeelden illustreerden wij dat het UBO-begrip niet uniform wordt toegepast. De minister heeft dit inmiddels ook met zoveel woorden erkend:

‘Voor wat betreft de UBO-definitie geldt dat deze wettelijk is vastgesteld. Deze is voor zowel het cliëntenonderzoek als het UBO-register hetzelfde. Tegelijkertijd zijn er indicaties dat niet in alle gevallen de UBO-definitie hetzelfde wordt toegepast. In dat kader is relevant dat meldingsplichtige instellingen verplicht zijn discrepanties tussen het eigen cliëntenonderzoek en het UBO-register te melden bij de KVK. Indien ontvankelijk wordt de discrepantie dan nader onderzocht door de KVK en zo nodig Bureau Economische Handhaving (BEH). Dit mechanisme draagt zowel bij aan de kwaliteit van het UBO-register als aan verdere harmonisatie van toepassing van het UBO-begrip.’⁴

- 1 Net als in het eerste deel van onze bijdrage, bedoelen we met het UBO-register 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 buiten beschouwing.
- 2 UBO staat voor *ultimate beneficial owner*, de Engelse term voor uiteindelijk belanghebbende.
- 3 Dit is een van de richtsnoeren die door de wetgever zijn gegeven in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 voor de vaststelling van UBO's voor de verschillende soorten rechtspersonen en vennootschappen.
- 4 Brief van de Minister van Financiën van 6 juli 2022, 2022-0000170860, Beantwoording vragen over de stand van zaken van het UBO-register.

In dit nummer vervolgen wij onze bijdrage met een bespreking van het richtsnoer voor overige rechtspersonen, waaronder stichtingen, en dat voor personenvennootschappen.⁵ Ook nu richten we ons op de elementen daarvan die niet voor zich spreken. In deel 1 van onze bijdrage noemden wij al de uitlooperperiode die is ingesteld in verband met de achterstand die de Kamer van Koophandel (KvK) heeft in de verwerking van UBO-opgaven in het UBO-register. Die bespreken we in dit deel 2 wat uitgebreider. Wij sluiten af met een bespreking van onze (notariële) ervaringen met het verrichten van UBO-opgaven en wijzigen van UBO-registraties.

2 Wie is de UBO?

2.1 Inleiding

Voor de toepassing van het UBO-register bepaalt art. 10a lid 1 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) dat de uiteindelijke belanghebbende de natuurlijke persoon is die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een vennootschap of andere juridische entiteit. In art. 3 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is voor verschillende typen vennootschappen en entiteiten aangegeven wie ‘in elk geval’ als UBO moet worden aangemerkt. In het eerste deel van onze bijdrage bespreken we uitgebreid het richtsnoer voor vaststelling van de UBO's van kapitaalvennootschappen. We vervolgen met het richtsnoer voor overige rechtspersonen en die voor personenvennootschappen.

Wij brengen in herinnering wat we in het vorige deel reeds opmerkten: voor de registratie in het UBO-register geldt een rangorde. De rangorde is gelijk aan de volgorde van de criteria in het bewuste richtsnoer, zoals neergelegd in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. 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.

2.2 Overige rechtspersonen

Het richtsnoer voor overige rechtspersonen geldt voor stichtingen, verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties. Dit richtsnoer kent de volgende criteria (in volgorde van de voormelde rangorde) op basis waarvan een persoon als echte UBO kwalificeert: eigendomsbelang, stemrechten of feitelijke zeggenschap. Als een overige rechtspersoon geen echte UBO heeft, dan geldt dat alle leden van het statutair bestuur van de rechtspersoon als pseudo-UBO's moeten worden geregistreerd.

2.2.1 Stichting

De stichting wordt regelmatig als voorbeeld gegeven van een type rechtspersoon dat zelden een echte UBO heeft. In onze ervaring is dat een misvatting. Stichtingen

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

hebben juist vaak echte UBO's, namelijk UBO's op basis van stemrechten, waarover hierna meer.

- *Eigendomsbelang*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% houdt van het eigendomsbelang in een stichting, is UBO van die stichting. Het eigendomsbelang is in art. 1 van het 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'.

Een stichting die als doel heeft om een bepaalde persoon of kleine groep personen financieel te steunen, zal waarschijnlijk een of meer UBO's op basis van eigendomsbelang hebben. In het eerste deel van onze bijdrage, dat werd gepubliceerd in het vorige nummer van O&F, bespraken we zeer uitvoerig hoe moet worden bepaald of een eigendomsbelang de 25%-drempel overschrijdt en tegen welke problemen men aan kan lopen bij die vaststelling.

In veel gevallen hebben stichtingen echter andere doelstellingen, waarbij geen uitkeringen worden gedaan aan natuurlijke personen, of juist uitkeringen worden gedaan aan grote groepen natuurlijke personen. Meestal staat ook niet vast wie gerechtigd is tot een eventueel overschot na vereffening van de stichting. Dat wordt pas bepaald bij of volgend op het ontbindingsbesluit. In deze voorbeelden zal een stichting geen eigendoms-UBO hebben.

Een specifiek en veelvoorkomend soort stichting, de stichting administratiekantoor, kwam al in het eerste deel van onze bijdrage aan bod. Als het gaat om eigendoms-UBO's, dan is de stichting administratiekantoor interessant. Hoewel een certificaathouder (door)betalingen⁶ ontvangt van de stichting administratiekantoor, is een certificaathouder in beginsel geen eigendoms-UBO van een stichting administratiekantoor als die stichting fungeert als doorgeefluik. De stichting ontvangt uitkeringen op de door haar gehouden aandelen, die altijd worden doorgestort aan de certificaathouder. De stichting administratiekantoor houdt immers de aandelen ten behoeve van de certificaathouder. De uitkeringen die op die aandelen door de stichting administratiekantoor worden ontvangen, worden daarom niet tot het stichtingsvermogen gerekend. Die uitkeringen komen als gevolg van de doorstortplicht per saldo toe aan de certificaathouder. Dat is, uitzonderingen daargelaten, het geval bij een reguliere certificering van aandelen. Bij een voldoende groot belang is de certificaathouder overigens wel een indirecte eigendoms-UBO van de vennootschap waarvan de aandelen gecertificeerd zijn. Bij afwezigheid van een doorstortverplichting wordt aangenomen dat uitkeringen op de aandelen die worden ontvangen door de stichting, in het stichtingsvermogen vloeien. De certificaathouder die recht heeft op betaling uit het stichtingsvermogen, zal – bij een

6 Hier is bewust – in het licht van het uitkeringsverbod van art. 2:285 lid 3 BW – gekozen voor de term '(door)betalingen', om zo duidelijk te maken dat het hier niet gaat om uitkeringen in de zin van dat verbod.

voldoende groot belang – wel eigendoms-UBO van de stichting zonder doorstortplicht zijn.⁷

Deze nuance ontbreekt helaas in de *guidance* die wordt gegeven door de KvK. In een voorbeeld over een stichting administratiekantoor met drie certificaathouders, wordt vermeld dat deze drie certificaathouders eigendoms-UBO's zijn van de vennootschap (dat lijkt ons juist) én van de stichting administratiekantoor. Zoals hiervoor is gebleken, zal een certificaathouder alleen eigendoms-UBO van de stichting zijn bij gebreke van een doorstortverplichting. Nu een stichting administratiekantoor over het algemeen als doorgeefluik fungeert, is de door de KvK gegeven uitkomst dus in de meeste situaties niet juist.⁸ Als stichtingen en de medewerkers van het UBO-register deze *guidance* volgen, vult het UBO-register zich dus met personen die geen (althans niet op grond van eigendomsbelang) UBO zijn.

- *Stemrechten*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van een stichting, is UBO van die stichting.

De statuten van een stichting kunnen door een stichtingsorgaan enkel worden gewijzigd als de statuten die wijziging mogelijk maken. Is dat niet het geval, dan zal de rechter moeten worden verzocht om de statuten te wijzigen.⁹ Wij menen dat geen sprake kan zijn van een stemrecht-UBO bij een stichting, als de statuten niet zonder tussenkomst van de rechter kunnen worden gewijzigd. Betoogd kan worden dat een bestuurder die besluit tot indiening van een verzoekschrift tot wijziging van de statuten, ook een besluit neemt 'ter zake van' statutenwijziging, maar wij vinden dat niet overtuigend. Het besluit om al dan niet te wijzigen, wordt dan immers genomen door de rechter.

In de praktijk komt het vaak voor dat slechts een aantal bepalingen uit de statuten niet door een stichtingsorgaan kan worden gewijzigd. In dat geval is een orgaan dus wel bevoegd om te besluiten tot wijziging van de andere bepalingen, maar voor de uitgesloten bepalingen is tussenkomst van de rechter vereist. Komen de leden van het stichtingsorgaan dat bevoegd is een deel van de statuten te wijzigen in aanmerking voor het zijn van stemrecht-UBO? Ook op dit punt wordt geen duidelijkheid verschaft door de wetgever of KvK. Bij gebreke van *guidance* zoeken we

7 Dit is door de regering uitgelegd bij de totstandkoming van de wetgeving ter implementatie van het UBO-register (Kamerstukken I 2019/20, 35179, C (MvA)).

8 Het gaat om voorbeeld 2 bij de vraag 'Beheert een STAK (stichting administratiekantoor) de aandelen van je bv?' op de website van de KvK: 'Alle aandelen van bv X zijn gecertificeerd en in beheer van STAK Y. Een STAK kan geen UBO zijn, omdat UBO's altijd mensen zijn. Bv X heeft dus geen UBO's op basis van aandeelhouderschap. Het stemrecht en het beheer van de aandelen/certificaten liggen bij STAK Y. In de statuten van STAK Y is vastgelegd dat het stemrecht is verdeeld over vijf personen, die allemaal 20% stemrecht hebben. Ze zijn geen UBO op basis van stemrecht, omdat ze niet voor meer dan 25% stemgerechtigd zijn. In de statuten van de STAK is opgenomen dat de winst over drie certificaathouders wordt verdeeld. Ze krijgen alle drie dus meer dan 25% van de winstdeeling van de bv. Alle drie de certificaathouders zijn in dit voorbeeld de UBO's van bv X en STAK Y, op basis van economisch belang.' Deze informatie is te raadplegen via: www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/ubo-opgave/g1-wie-zijn-de-ubos-van-je-organisatie/.

9 Art. 2:293 en 2:294 BW.

– net als in het eerste deel van onze bijdrage – aansluiting 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 rechtspersoon is of daarover zeggenschap heeft. En het uiteindelijke doel van die zoektocht is om inzicht te verkrijgen in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur, om daarmee misbruik van het financiële systeem voor witwassen en terrorismefinanciering tegen te gaan. Wij menen daarom dat voor kwalificatie als stemrecht-UBO van een stichting, een persoon lid moet zijn van een stichtingsorgaan dat bevoegd is om de statuten integraal te wijzigen, of om ten minste de statutaire doelomschrijving of de liquidatiebepaling te wijzigen. Bij gebreke van de bevoegdheid om de statutaire doelomschrijving of de liquidatiebepaling te wijzigen, ontbreekt het aan de (uiteindelijke) zeggenschap om te besluiten wat er met het vermogen van de stichting wordt gedaan. Een persoon die die zeggenschap ontbeert, kwalificeert naar onze mening niet als een persoon die de uiteindelijke eigenaar van de stichting is of daarover zeggenschap heeft. Overigens vinden wij het ook goed verdedigbaar dat een persoon die lid is van een stichtingsorgaan dat bevoegd is de statutaire bepaling over benoeming en ontslag van bestuurders en eventuele commissarissen te wijzigen, eveneens als stemrecht-UBO kwalificeert. Hoewel de zeggenschap van die persoon over het stichtingsvermogen meer indirect van aard is dan in het geval dat die persoon lid is van een orgaan dat de statutaire doelomschrijving of de liquidatiebepaling kan wijzigen, geeft de bevoegdheid om de bepaling omtrent benoeming en ontslag van bestuurders en eventuele commissarissen te wijzigen, wel een indirecte zeggenschap over wat met het vermogen van de stichting wordt gedaan.

Voor het bepalen van het percentage stemrechten dat een lid van een stichtingsorgaan heeft, moet worden gekeken naar het aantal stemmen dat hij heeft. Als een stichtingsorgaan bevoegd is tot statutenwijziging, uit drie of minder leden bestaat en elk lid één stem bij besluitvorming heeft, dan zijn alle leden van dat stichtingsorgaan stemrecht-UBO. Als de statuten van de stichting echter meervoudig stemrecht toekennen aan een of meer van de leden van het bewuste stichtingsorgaan, dan bepaalt dat meervoudige stemrecht de stemverhoudingen.¹⁰ In dat geval kan een of meer van de leden van een stichtingsorgaan dat bestaat uit meer dan drie leden, ook als stemrecht-UBO kwalificeren.

Het komt regelmatig voor dat een stichtingsbestuur bevoegd is te besluiten tot wijziging van de statuten van de stichting, maar dat dat besluit een voorstel, advies of goedkeuring van een ander vergt. Die ander kan een ander stichtingsorgaan zijn, bijvoorbeeld een raad van commissarissen, een raad van advies, of een vergadering

10 Overigens is het goed om in beeld te houden dat het op grond van de overgangsregeling bij de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (zie art. XV lid 4 en 5) tot 1 juli 2026 toegestaan is een reeds vóór de invoering van voormelde wet bestaande regeling waarbij één bestuurder meer stemmen heeft dan de overige bestuurders tezamen, te handhaven. Na 1 juli 2026 (of bij eerdere wijziging van de statuten) zal een dergelijke regeling komen te vervallen. Bij het vervallen van deze regeling zullen de stemverhoudingen automatisch wijzigen. Bij stichtingen waar een dergelijke regeling thans nog in de statuten staat, lijkt 1 juli 2026 dus een datum om niet alleen in het kader van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen, maar ook in het kader van de UBO-registratie te markeren in de agenda.

van certificaathouders. Soms is ook de goedkeuring van derden vereist, bijvoorbeeld de oorspronkelijke oprichters. Naar onze mening doet het feit dat een voorstel, advies of goedkeuring vereist is, niet af aan de bevoegdheid van het stichtingsorgaan dat bevoegd is om te besluiten tot statutenwijziging. Degenen die een voorstel tot statutenwijziging mogen doen, het besluit tot statutenwijziging moeten goedkeuren of daarover mogen adviseren, kunnen enkel proberen dat besluit te initiëren, te beïnvloeden of tegen te houden. Zij kunnen niet, zonder betrokkenheid van het stichtingsorgaan dat bevoegd is de statuten te wijzigen, een statutenwijziging bewerkstelligen. In onze optiek zijn daarom enkel de leden van het stichtingsorgaan dat bevoegd is de statuten te wijzigen, stemrecht-UBO, mits zij voldoende stemrechten hebben natuurlijk.

In de rechtswetenschappelijke literatuur is wel bepleit dat de personen die het besluit tot statutenwijziging moeten goedkeuren, zelf ook stemrecht-UBO kunnen zijn.¹¹ Dat standpunt wordt onderbouwd door te verwijzen naar de letterlijke tekst van het richtsnoer, waarin staat 'besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten'. Uit de woordkeuze 'ter zake van' zou de bedoeling van de wetgever kunnen worden afgeleid dat personen met bijvoorbeeld een goedkeuringsrecht ook stemrecht-UBO kunnen zijn.¹² Wij hebben geen aanknopingspunten gevonden waaruit blijkt dat de wetgever die bedoeling had. Wij denken dat aan die woordkeuze dan ook niet zoveel waarde gehecht moet worden en interpreteren de woorden 'besluitvorming ter zake van' als 'het nemen van een besluit tot'. Zoals wij hiervoor immers al betoogden: als we uitgaan van het doel om de persoon te vinden die de uiteindelijke zeggenschap heeft over de rechtspersoon, dan moet het wat ons betreft gaan om de personen die een besluit tot statutenwijziging kunnen nemen. Personen die de bevoegdheid hebben om een voorstel te doen voor statutenwijziging, een besluit tot statutenwijziging goed te keuren of daarover te adviseren, kwalificeren in onze optiek niet als stemrecht-UBO. Zij kunnen enkel proberen de koers te beïnvloeden, maar staan niet zelf aan het roer. Dit deel van het richtsnoer is echter voor meerderlei uitleg vatbaar en toelichting van de wetgever of *guidance* van de KvK ontbreekt.

Het valt op dat in dit element van het richtsnoer voor overige rechtspersonen, dat ziet op stemrechten, de woorden 'het kunnen uitoefenen (...) van stemmen' worden gebruikt, terwijl het in het richtsnoer voor kapitaalvennootschappen (dat wij

- 11 Zij bijv. M. Tydeman-Yousef, Nieuwe, niet altijd transparante, transparantieregels voor stichtingen (deel 1), WFR 2021/125.
- 12 Een taalkundige interpretatie van dit deel van het richtsnoer zou naar onze mening ook tot een andere conclusie kunnen leiden dan die van de auteurs die betogen dat 'besluitvorming ter zake van' ook goedkeuring behelst. Omdat de zinsnede uit het richtsnoer gaat over 'besluitvorming' (en daarin geen vorm van het werkwoord 'besluiten' of het zelfstandig naamwoord 'besluit' wordt gebruikt) is er taalkundig geen andere goede mogelijkheid dan het gebruik van 'over' of 'ter zake van'. Althans, het lijkt ons minder juist om in deze zinsnede 'besluitvorming tot wijziging van de statuten' te gebruiken, waar 'tot' wel had kunnen volgen op 'besluit' of 'besluiten'. Een grammaticale uitleg zou dan ook kunnen zijn dat de wetgever door het gebruik van het woord 'besluitvorming' geen goede mogelijkheid had om het voorzetsel 'tot' te gebruiken en dat hij wel 'ter zake van' (of 'over') moest gebruiken; a contrario kan uit het gebruik van 'ter zake van' dan niet worden afgeleid dat de wetgever hiermee ook doelde op een bevoegdheid om een voorstel te doen, een besluit goed te keuren of daarover te adviseren.

in deel 1 van onze bijdrage besproken) gaat over ‘het houden van’ stemrechten. Wij menen dat, ook op dit punt, niet te veel waarde moet worden gehecht aan die woordkeuze van de wetgever. Wij hebben geen aanwijzingen gevonden dat met deze woordkeuze iets anders wordt bedoeld dan met het houden van stemrechten in het richtsnoer voor kapitaalvennootschappen. Het is gissen, maar wellicht dat de keuze van de wetgever hier grammaticaal verklaard kan worden. In dit deel van het richtsnoer is gekozen voor ‘meer dan 25% van de stemmen’, en het is ongebruikelijk om te spreken van ‘het houden van’ stemmen. Nu het bij een UBO moet gaan om een persoon die de mogelijkheid heeft om de stemrechten te benutten en die ook geacht wordt zeggenschap te hebben als die zijn stemrechten eens onbenut laat (en gebruik van enkel het woord ‘uitoefenen’ in het richtsnoer dus niet zou volstaan), is de wetgever – denken wij – uitgekomen op ‘kunnen uitoefenen’. Met de woordcombinatie ‘kunnen uitoefenen’ wordt naar onze mening bedoeld de persoon die de stemmen heeft of anders gezegd: de stemrechten houdt, maar in elk geval niet de natuurlijke persoon die als bestuurder de stemrechten namens een rechtspersoon kan uitoefenen. Het lijkt er echter op dat de KvK dit standpunt wel inneemt; daar komen we hierna op terug in paragraaf 2.3 (onder *Stemmen ‘kunnen uitoefenen’*) over stemrechten bij personenvennootschappen.

- *Feitelijke zeggenschap*

De natuurlijke persoon die feitelijke zeggenschap kan uitoefenen over een stichting, is UBO van die stichting.

In het eerste deel van onze bijdrage, dat in het vorige nummer van O&F verscheen, bespraken we het richtsnoer voor kapitaalvennootschappen. Daarin staat dat de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over de vennootschap via andere middelen, UBO van die vennootschap is. De vraag rijst of er een onderscheid is tussen het element van het richtsnoer ‘andere middelen’ voor vennootschappen en het element ‘feitelijke zeggenschap’ voor overige rechtspersonen (en zo zal hierna blijken, voor personenvennootschappen). Hoewel het gebruik van andere bewoordingen zou kunnen duiden op een beoogde andere betekenis, hebben wij geen aanleiding te vermoeden dat een andere betekenis is beoogd. Wij hebben in de wetgeschiedenis geen aanknopingspunten gevonden dat de genoemde elementen uit beide richtsnoeren een andere betekenis hebben en gaan er dan ook van uit dat dat niet aan de orde is. Wij vinden steun in de uitleg van de KvK,¹³ die voor vennootschappen, stichtingen, andere overige rechtspersonen en personenvennootschappen als categorie UBO’s ‘houders van feitelijke zeggenschap op basis van andere middelen’ aanhoudt. Beide elementen worden dus samengevoegd tot een nieuw handvat, zonder dat daarbij onderscheid wordt gemaakt tussen het element ‘andere middelen’ dat geldt voor vennootschappen en de

13 Zie de folder ‘UBO-opgave en de notaris – Informatie over Notaris Applicatie UBO (NAU)’, die is te vinden op de website van de KvK. De folder is te raadplegen via www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/online-registreren-handelsregister-voor-notariskantoren/online-registreren-notarissen-orn/. Ten tijde van het schrijven van dit tweede deel van onze bijdrage stond een versie van de folder van juli 2022 op de website van de KvK. 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.

‘feitelijke zeggenschap’ die geldt voor overige rechtspersonen en personenvennootschappen.

Dit brengt ons meteen op het volgende: het richtsnoer voor kapitaalvennootschappen verwijst voor de ‘andere middelen’ naar de voorwaarden voor consolidatie van een jaarrekening als bedoeld in art. 2:406 BW. Voorwaarde voor consolidatie is overheersende zeggenschap of centrale leiding. Om te kwalificeren als UBO op basis van zeggenschap uit andere middelen of feitelijke zeggenschap, moet iemand dus overheersende zeggenschap hebben.¹⁴ Dat maakt volgens ons dat elke vennootschap of rechtspersoon maar één UBO kan hebben op basis van zeggenschap uit andere middelen of feitelijke zeggenschap. Een persoon heeft geen overheersende zeggenschap, als hij die zeggenschap deelt met een ander.¹⁵

De KvK geeft als voorbeeld van iemand met feitelijke zeggenschap de financier van een organisatie, die geen formele rol in de organisatie heeft, maar wel als externe betrokkene een rol vervult. Zonder nadere toelichting wat die rol als externe betrokkene dan behelst anders dan het zijn van financier, volgen wij niet waarom die financier als UBO op basis van feitelijke zeggenschap kwalificeert.¹⁶

2.2.2 *Vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij en coöperatie*

Voor verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties geldt, net als voor stichtingen, het richtsnoer voor overige rechtspersonen. In onze ervaring treden er geen in het oog springende problemen op bij de toepassing van het richtsnoer voor overige rechtspersonen op verenigingen, onderlinge waarborgmaatschappijen en coöperaties. We zien er daarom van af om dat richtsnoer, dat we hiervoor uitvoerig bespraken voor stichtingen, nogmaals te bespreken voor de voornoemde rechtspersonen.

Wel merken we op dat een vereniging met een beperkt aantal leden nog weleens een of meer UBO’s op basis van eigendomsbelang heeft. Hoewel het de vereniging niet is toegestaan om winst onder haar leden te verdelen,¹⁷ zal, bij gebreke van een andere regeling in de statuten, een eventueel overschot na vereffening van het vermogen van de vereniging worden verdeeld onder haar leden.¹⁸ Bij een beperkt aantal leden kunnen die leden als UBO van de vereniging kwalificeren op basis van eigendomsbelang. Daarnaast komt het voor dat bepaalde leden meervoudig stemrecht in de algemene ledenvergadering hebben. Als een lid een meervoudig

14 Dit lijkt ook de heersende leer in de rechtswetenschappelijke literatuur te zijn. Zie bijv. A.B.D. Kootstra, *De impact van het UBO-register op de praktijk*, WPNR 2020, afl. 7293, p. 556 e.v.

15 Per abuis is dit in deel 1 van onze bijdrage onvermeld gebleven bij de bespreking van zeggenschap via andere middelen.

16 Het gaat om het voorbeeld: ‘Donateur Z van belangenorganisatie G financiert de organisatie. Z heeft geen formele rol in de organisatie, maar vervult als externe betrokkene een rol. Z is hiermee in dit voorbeeld een UBO.’ dat wordt gegeven in het antwoord op de vraag ‘Wie hebben er een belang in je organisatie’ onder ‘3. Mensen die op een andere manier zeggenschap hebben, maar geen bestuurder zijn.’ op de website van de KvK. Deze informatie is te raadplegen via www.kvk.nl/inschrijven-wijzigen/ubo-opgave/g4-wie-zijn-de-ubos-van-je-organisatie/. Op p. 33 van de folder (zoals vermeld in noot 13) wordt een vergelijkbaar voorbeeld gegeven over de financier van een politieke partij.

17 Art. 2:26 lid 3 BW.

18 Art. 2:23b BW.

stemrecht heeft dat gelijkstaat aan meer dan 25% van de stemmen bij besluitvorming ter zake van statutenwijziging, is dat lid een stemrecht-UBO. Bij een vereniging is het dus zaak, net als bij een stichting, om niet te snel te concluderen dat er geen echte UBO's zijn.

2.3 *Personenvennootschappen*

Het richtsnoer voor personenvennootschappen geldt voor maatschappen, vennootschappen onder firma en commanditaire vennootschappen. De hiervoor onder 'overige rechtspersonen' besproken elementen eigendomsbelang en feitelijke zeggenschap zijn voor personenvennootschappen gelijk aan die voor overige rechtspersonen. Omdat de toepassing van deze elementen in de praktijk voor overige rechtspersonen niet wezenlijk anders is dan voor personenvennootschappen, zullen we deze elementen hierna niet nogmaals bespreken.

• *Stemrechten*

De natuurlijke persoon die direct of indirect meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij besluitvorming ter zake van wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een personenvennootschap, of ter zake van de uitvoering van die overeenkomst anders dan door daden van beheer, voor zover in die overeenkomst besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven, is UBO van die personenvennootschap. Dit deel van het richtsnoer voor personenvennootschappen is moeilijk te doorgronden. We knippen het daarom op in de volgende onderdelen:

- het direct of indirect kunnen uitoefenen van meer dan 25% van de stemmen
- bij besluitvorming
- ter zake van wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een personenvennootschap, of
- ter zake van de uitvoering van die overeenkomst anders dan door daden van beheer,
- voor zover in die overeenkomst besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven.

• *Stemmen 'kunnen uitoefenen'*

In dit element van het richtsnoer voor personenvennootschappen, dat ziet op stemrechten, worden de woorden 'het kunnen uitoefenen (...) van stemmen' gebruikt (net als in het richtsnoer voor overige rechtspersonen), in plaats van het 'houden van stemrechten'. Hiervoor (in paragraaf 2.2.1 onder *Stemrechten*) melden wij al dat wij deze woorden interpreteren als het kunnen uitoefenen van eigen stemmen. Een persoon is ook stemrecht-UBO als hij stemmen heeft en die niet uitoefent. Wij vinden het niet juist om onder 'het kunnen uitoefenen van stemmen' te scharen het als bestuurder van een rechtspersoon kunnen uitoefenen van stemmen die die rechtspersoon heeft. Deze vorm van 'kunnen uitoefenen' is enkel een vertegenwoordigingshandeling; het gaat om de stemmen van een ander. Wij geloven niet dat dat zeggenschap behelst als bedoeld in het richtsnoer. De KvK lijkt dat wel te doen. De KvK geeft namelijk het volgende voorbeeld voor het bepalen van de UBO van een personenvennootschap:

‘Een cv heeft een beherend venoot (Aa bv) en een commanditair venoot. Aa bv heeft een statutair bestuurder X. In de cv-overeenkomst staat dat wijziging van de overeenkomst plaatsvindt met unanieme stemmen. Bestuurder X van Aa bv en de commanditair venoot zijn in dit voorbeeld allebei UBO, omdat zij elk 50% van de stemmen hebben.’¹⁹

We gaan ervan uit dat bestuurder X in dit voorbeeld geen ander belang heeft in Aa bv of in de commanditaire vennootschap en dat dus zijn enige betrokkenheid zijn bestuursfunctie bij Aa bv is. In dat geval menen wij dat bestuurder X de stemmen van Aa bv enkel kan uitoefenen uit hoofde van zijn bestuursfunctie bij Aa bv, maar dat dit geen zeggenschap is als bedoeld in het richtsnoer. In dit voorbeeld zou volgens ons alleen de commanditair venoot stemrecht-UBO zijn. Als, anders dan wij hiervoor aannamen, bestuurder X ook stemrechten (verbonden aan aandelen) houdt in Aa bv, dan zou bestuurder X wel een indirecte stemrecht-UBO van de commanditaire vennootschap kunnen zijn.

De verklaring die wij kunnen bedenken voor de uitleg van de KvK in het voornoemde voorbeeld, is dat de KvK deze stoelt op het feit dat het richtsnoer spreekt over het ‘kunnen uitoefenen’ van stemmen. In dit voorbeeld houdt Aa bv de stemmen, want Aa bv is de beherend venoot, maar haar stemmen kunnen enkel namens haar worden uitgeoefend door haar bestuurder X. Wij volgen die redenering niet. We illustreren dit aan de hand van ons voorbeeld uit deel 1 van onze bijdrage: in een structuur bestaande uit Holding B.V., die 100% van de aandelen in het kapitaal van Dochter B.V. houdt, is de bestuurder van Holding B.V. – die geen ander belang heeft – geen stemrecht-UBO van Dochter B.V. Die bestuurder kan weliswaar de stemrechten die zijn verbonden aan de aandelen uitoefenen, omdat hij bevoegd is om de aandeelhouder-rechtspersoon te vertegenwoordigen, maar het kunnen uitoefenen van de stemrechten is niet hetzelfde als het houden van stemrechten. Dat de bestuurder niet de houder 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. Terug naar het voorbeeld van de commanditaire vennootschap van de KvK: wij zien niet in waarom de stemrechten die bestuurder X enkel uit hoofde van zijn bestuursfunctie bij Aa bv namens Aa bv kan uitoefenen, van bestuurder X een echte stemrecht-UBO maken.²⁰ Het zijn niet de stemrechten van bestuurder X die hij kan uitoefenen, maar de stemrechten van Aa bv.

19 Deze informatie is te raadplegen via www.kvk.nl/inschrijven-en-wijzigen/ubo-opgave/g3-wie-zijn-de-ubos-van-je-organisatie/ onder ‘Personen die meer dan 25% stemrecht hebben’. Op p. 30 van de folder (zoals vermeld in noot 13) wordt hetzelfde voorbeeld gegeven.

20 Wij hebben eerder contact opgenomen met de KvK om vraagtekens te plaatsen bij de juistheid van dit voorbeeld en te informeren naar de onderbouwing ervan. In antwoord daarop heeft de KvK zonder verdere uitleg bevestigd dat dit voorbeeld juist is.

- *Besluitvorming 'ter zake van'*

Hiervoor in paragraaf 2.2.1 over stemrechten bij stichtingen, hebben we al uitgelegd waarom wij menen dat niet veel waarde moet worden gehecht aan het gebruik van de woordcombinatie 'ter zake van'. Wij lezen 'besluitvorming ter zake van' als 'het nemen van besluiten tot'.

- *Wijziging of uitvoering van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap*

Een personenvennootschap is geen rechtspersoon, maar een vennootschap die bij overeenkomst tot stand komt. De samenwerking tussen de maten of vennoten wordt neergelegd in een overeenkomst. Personen die voldoende stemmen hebben bij besluiten tot wijziging of uitvoering van die overeenkomst, kwalificeren als stemrecht-UBO. Voor besluiten tot uitvoering van die overeenkomst is bepaald dat het dan wel moet gaan om uitvoering anders dan door daden van beheer. Dit deel van het richtsnoer is moeilijk te begrijpen zonder enige kennis van het personenvennootschapsrecht. De hoofdregel is dat elke maat of vennoot of – in geval van een commanditaire vennootschap – elke beherend vennoot bevoegd is om daden van beheer te verrichten. Hoewel van deze hoofdregel kan worden afgeweken in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de vennootschap, heeft de wetgever met deze uitzondering waarschijnlijk willen vermijden dat – in de gevallen waarin de hoofdregel geldt – elke maat of (beherend) vennoot als stemrecht-UBO kwalificeert. Daden anders dan die van beheer worden ook wel beschikkingshandelingen genoemd. Dat zijn – beknopt weergegeven – de daden die niet dienstig zijn aan het doel van de vennootschap. De hoofdregel voor beschikkingshandelingen is dat die de instemming van alle maten of vennoten vergen. Ook van deze hoofdregel kan worden afgeweken in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap.

De wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap, vergt de medewerking van alle partijen bij die overeenkomst, dus van alle maten of vennoten. Dit vergt in beginsel geen besluitvorming. Hoewel een van de hoofdkenmerken van de personenvennootschap is dat de maten of vennoten op basis van gelijkwaardigheid samenwerken, wordt wel aangenomen dat in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap kan worden bepaald dat de overeenkomst kan worden gewijzigd door een besluit van de meerderheid. In dat geval is dus niet de medewerking van alle maten of vennoten vereist, maar wijzigt de overeenkomst als uitvloeisel van een meerderheidsbesluit.

- *Meerderheid van stemmen*

Dat brengt ons op het laatste element: een personenvennootschap kan volgens het richtsnoer alleen een stemrecht-UBO hebben voor zover in de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven voor een besluit tot wijziging of uitvoering van de overeenkomst. Wij denken dat het vereiste van 'besluitvorming bij meerderheid van stemmen' is toegevoegd ter onderscheid van de situaties dat unanimitéit voor besluitvorming nodig is of, zoals in beginsel het geval is voor wijziging van een overeenkomst, in het geheel geen besluitvorming nodig is. In beide genoemde situ-

aties is de stem of medewerking van alle maten of vennoten nodig, ongeacht de grootte van hun belang in de personenvennootschap. Dat geeft hen allen in feite een vetorecht. Dat zou natuurlijk kunnen worden uitgelegd als zeggenschap bij uitstek, maar een andere uitleg is ook mogelijk: als de stem of medewerking van allen nodig is, dan heeft niemand de mogelijkheid om een besluit of wijziging te bewerkstelligen zonder de ander en heeft de facto dus niemand meer zeggenschap dan een ander.²¹ We trekken de parallel met wat wij hiervoor betoogden over besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van een overige rechtspersoon: een lid van het orgaan dat zo'n besluit moet goedkeuren, kan wel proberen de koers te veranderen, maar staat niet aan het roer. Zo'n persoon heeft volgens ons geen zeggenschap die hem een UBO maakt. Dit is, zo vermoeden wij, ook de benadering die de wetgever heeft gekozen bij het richtsnoer voor personenvennootschappen op het punt van de stemrechten. Als unanimiteit is voorgeschreven, dan zijn alle maten of vennoten nodig; zij delen de zeggenschap. Alleen als besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven, zijn er maten of vennoten die de dienst uitmaken.

Het richtsnoer specificeert niet welke meerderheid van stemmen moet zijn voorgeschreven in de overeenkomst. Wij gaan ervan uit dat een gewone meerderheid voldoende is, maar dat een gekwalificeerde meerderheid hieronder ook wordt geschaard, mits die gekwalificeerde meerderheid maar niet per saldo neerkomt op unanimiteit.

• *Onze conclusie over stemrecht-UBO's bij personenvennootschappen*

Als wij hiervoor de keuzes die de wetgever maakte bij het opstellen van het richtsnoer juist hebben geïnterpreteerd, wat geen gegeven is, dan leidt toepassing van dit richtsnoer tot het volgende. Als de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een personenvennootschap niet afwijkt van de wettelijke hoofdregel, dan heeft die personenvennootschap volgens ons geen stemrecht-UBO's. Dit is dus het geval als de overeenkomst alleen door alle maten of vennoten kan worden gewijzigd en als beschikkingshandelingen (uitvoering van de overeenkomst anders dan door daden van beheer) de instemming van alle maten of vennoten vergt. Als de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een personenvennootschap voorschrijft dat wijziging van die overeenkomst en/of beschikkingshandelingen een meerderheidsbesluit van de maten of vennoten vereist, dan kunnen er wel stemrecht-UBO's zijn. Dit zijn dan de maten of vennoten die bij dergelijke besluiten meer dan 25% van de

21 Dit strookt niet met de benadering voor de bepaling van stemrecht-UBO's bij overige rechtspersonen: bestaat een stichtingsorgaan dat bevoegd is de statuten te wijzigen uit drie of minder leden, en hebben zij elk één stem, dan hebben zij dus elk 33 1/3e deel van de stemmen. Wij hadden het in het geheel van de richtsnoeren logischer gevonden als de wetgever een gelijke benadering voor personenvennootschappen had gekozen. In die benadering zou een personenvennootschap met twee respectievelijk drie maten of vennoten die unaniem moeten besluiten over beschikkingshandelingen en wier medewerking nodig is voor wijziging van de overeenkomst die ten grondslag ligt aan de personenvennootschap, dus twee respectievelijk drie stemrecht-UBO's hebben. De wetgever heeft echter voor personenvennootschappen uitdrukkelijk een andere keuze gemaakt dan voor de andere rechtspersonen en vennootschappen door aan het richtsnoer voor personenvennootschappen de zinsnede 'voor zover in die overeenkomst besluitvorming bij meerderheid van stemmen is voorgeschreven' toe te voegen.

stemmen hebben. Schrijft de overeenkomst wel besluitvorming voor, maar is (woordelijk of de facto²²) unanimititeit vereist voor besluitvorming, dan leidt toepassing van het richtsnoer volgens ons tot de conclusie dat de personenvennootschap geen stemrecht-UBO's heeft.

3 Verbod voor instellingen om een zakelijke relatie aan te gaan met een opgaveplichtige vennootschap of rechtspersoon van wie de UBO's niet in het UBO-register zijn geregistreerd

Het is instellingen in de zin van de Wwft, bijvoorbeeld een bank, fiscalist, accountant of notaris (Wwft-instellingen) verboden om een nieuwe zakelijke relatie aan te gaan met een rechtspersoon of vennootschap waarvoor, ondanks een daartoe bestaande plicht, geen UBO's zijn geregistreerd in het UBO-register.²³ Dit verbod kan entiteiten dwingen tot het doen van opgave van hun UBO's aan het UBO-register. Sommige entiteiten hebben er immers bewust voor gekozen om de wettelijke opgaveplicht te schenden omwille van de privacy van hun UBO's. Dit kan echter tot gevolg hebben dat bijvoorbeeld een bankrekening niet wordt verstrekt, of dat een notaris zijn medewerking moet onthouden aan een notariële levering van een actief. Als dergelijke gevolgen van het verbod voor een entiteit maar groot genoeg zijn, dan kan zij genoodzaakt zijn om haar initiële principiële bezwaren tegen UBO-opgave te laten varen.

3.1 Uitlooperperiode

In deel 1 van onze bijdrage stipten we al aan dat in verband met het hiervoor beschreven verbod en de verwerkingsachterstand bij de KvK, een 'uitlooperperiode' is ingesteld. Heeft een rechtspersoon of vennootschap wel opgave gedaan aan het UBO-register, maar is die opgave nog niet verwerkt in het register vanwege de genoemde verwerkingsachterstand, dan geldt tot in elk geval 1 januari 2023²⁴ een bijzondere regeling:

'In het geval dat een juridische entiteit de opgave heeft gedaan, maar deze nog niet is verwerkt, kan de meldingsplichtige instelling volstaan met de vaststelling dat de opgave is gedaan, met de uitleg van de cliënt welke UBO-gegevens en onderliggende documentatie daarbij zijn opgegeven. Dat de opgave is gedaan kan vastgesteld worden aan de hand van de bevestigingsmail van de KVK.

- 22 Hiermee duiden wij op regelingen die een bepaalde meerderheid van stemmen voorschrijven, die in de praktijk uitwerken als een vereiste unanimititeit. Denk aan een voorgeschreven 3/4e meerderheid van stemmen voor een vennootschap met drie vennoten.
- 23 Dit verbod moet worden afgeleid uit art. 4 lid 2 Wwft, zo blijkt uit de brief van de Minister van Financiën van 14 april 2022, 2022-0000091903, Stand van zaken invoering van het register met gegevens van uiteindelijk belanghebbenden van juridische entiteiten (UBO-register).
- 24 Zie het antwoord van de Minister van Financiën van 12 september 2022, 2022Z14793, op vragen van het lid Inge van Dijk over het UBO-register.

Daarbij dient de cliënt de meldingsplichtige instelling te informeren zodra de registratie is voltooid.²⁵

Dit lijkt op het eerste gezicht een werkbare oplossing, zij het dat de opgaven op twee manieren ingediend kunnen worden, namelijk elektronisch en per post. Bij elektronische opgave wordt door de KvK een e-mailbevestiging gestuurd; bij papieren opgave niet. Bovendien is bij elektronische opgave de gedane opgave nog te downloaden, terwijl bij papieren opgave men het origineel instuurt (en men dus zelf zo verstandig moet zijn een kopie voor de eigen administratie te maken). Bij een papieren opgave werkt de voorgeschreven werkwijze dus niet. Het alsnog doen van een elektronische opgave (bovenop de reeds ingezonden papieren opgave) lijkt dan eigenlijk de enige oplossing te zijn, tenzij een Wwft-instelling bereid is om de vertegenwoordiger van de cliënt op zijn woord te geloven dat de opgave per post is verricht.

3.2 *Andere praktische problemen bij het aangaan van de zakelijke relatie*

Ondanks de deadline van 27 maart jongstleden waarop uiterlijk door alle rechtspersonen en vennootschappen opgave van hun UBO's moest zijn gedaan, zijn er nog steeds entiteiten waarvoor de UBO-opgave nog niet is gedaan. Dat is soms te wijten aan onwil, maar ook met regelmaat aan onkunde van de tot inschrijving verplichte personen. Uit onze bijdragen komt naar voren dat het vaststellen van de UBO's van een juridische entiteit niet altijd even eenvoudig is. Nu dit voor professionals al het geval is, zal het niet verbazen dat ook (tot inschrijving verplichte) bestuurders en vennoten regelmatig worstelen met de vaststelling van de UBO's van hun eigen entiteit. Niet zelden hebben zij dan ook de behoefte om zich daarin te laten bijstaan door een professional. En juist dan kunnen potentieel lastige situaties ontstaan.

Hierdoor kan zich de zogeheten catch-22-situatie²⁶ voordoen dat deze personen juridische assistentie nodig hebben voor het doen van een (correcte) UBO-opgave, maar deze assistentie niet verleend mag worden omdat de registratie ontbreekt.²⁷ Hier lijkt dan het doen van een – potentieel dus foutieve – elektronische opgave de enige uitweg te zijn. Dit zal in theorie leiden tot een terugmeldplicht van de Wwft-instelling, waarover hierna meer, maar dit zal in de praktijk veelal worden opgelost door met cliënt af te stemmen dat hij – indien en zodra de opgave is verwerkt – de inschrijving eigenhandig corrigeert en dat bij het uitblijven daarvan alsnog een terugmelding zal worden gedaan.

25 Brief van de Minister van Financiën van 14 april 2022, 2022-0000091903, Stand van zaken invoering van het register met gegevens van uiteindelijk belanghebbenden van juridische entiteiten (UBO-register).

26 Een catch-22-situatie is een paradoxale situatie waarin het onmogelijk is om een gewenste uitkomst te bereiken doordat de 'regels' dat vanwege tegenstrijdigheden niet toelaten. De term is afkomstig uit de roman Catch-22 van Joseph Heller.

27 Dit is anders als het standpunt wordt ingenomen dat het adviseren over en verlenen van bijstand bij het doen van de UBO-opgave geen Wwft-dienst is en er ook overigens geen Wwft-dienst wordt verleend.

4 Terugmeldplicht

Als de informatie in het UBO-register niet overeenkomt met de informatie die de Wwft-instelling uit andere hoofde heeft over (de aard en omvang van het belang van)²⁸ de UBO's van een entiteit, heeft de Wwft-instelling de verplichting om daarvan melding te doen aan de KvK.²⁹ De terugmeldplicht is geïntroduceerd om te komen tot een UBO-register waarin de gegevens, zo veel als mogelijk, juist en compleet zijn. Daar komt nog bij dat het ook moet bijdragen aan een uniformere toepassing van het UBO-begrip. Dat indachtig zou het logisch zijn geweest als een Wwft-instelling ook een terugmeldplicht zou hebben als de UBO-opgave al is verricht, maar nog niet door de KvK verwerkt. Dus in het geval de uitkomsten van het cliëntenonderzoek afwijken van de gegevens die blijken uit het afschrift van de UBO-opgave. De minister heeft echter bevestigd dat de terugmeldplicht niet geldt als in het geheel nog geen UBO-gegevens zijn geregistreerd.³⁰

Op het UBO-uittreksel zal worden aangetekend dat de gegevens 'in onderzoek' zijn als een terugmelding is verricht. Wij kunnen ons voorstellen dat zo'n vermelding voor de betrokken rechtspersoon of vennootschap ook weer de nodige problemen kan veroorzaken bij het aangaan van zakelijke relaties met Wwft-instellingen. Die zullen daar immers vragen over stellen en mogelijk extra cliëntenonderzoek doen. Dit is extra vervelend als de UBO-registratie niet *up-to-date* is door de verwerkingsachterstand bij het UBO-register, wat het geval kan zijn als de UBO's van een rechtspersoon, na de initiële registratie, mogelijk meermalen, zijn gewijzigd. Elke opvolgende wijziging kan namelijk pas worden opgegeven nadat de vorige wijziging in het UBO-register is verwerkt.

5 Ervaringen met het verrichten van UBO-opgaven en wijzigen van UBO-registraties

5.1 Inleiding

In onze bijdrage hebben wij uitvoerig aandacht besteed aan de richtsnoeren voor de vaststelling van UBO's van diverse rechtspersonen en vennootschappen. De richtsnoeren zijn als gevolg van vage normen en definities voor meerderlei uitleg vatbaar. In de praktijk leidt dit tot de nodige praktische problemen. UBO-registraties zijn bijvoorbeeld onjuist of onvolledig, en een rechtspersoon of vennootschap kan worden geconfronteerd met verschillende Wwft-instellingen die allemaal een andere uitleg van het UBO-begrip hanteren.

28 Andere informatie kan volgens de KvK niet worden teruggemeld, zo blijkt uit de website van de KvK. Dit is te vinden op www.kvk.nl/informatiebank/wwft-instellingen-en-het-ubo-register/ onder 'Hoe zit het met het terugmelden van een verschil tussen eigen informatie en informatie op het KVK uittreksel UBO-register?'.
29 Art. 10c Wwft.

30 Brief van de Minister van Financiën van 14 april 2022, 2022-0000091903, Stand van zaken invoering van het register met gegevens van uiteindelijk belanghebbenden van juridische entiteiten (UBO-register).

Wij lopen ook tegen andere problemen aan bij UBO-registratie en de wijziging daarvan. Een aantal daarvan wordt hierna toegelicht.

5.2 *Het ontbreken van (pseudo-)UBO's*

De Wwft is erop ingericht dat in alle gevallen een UBO kan worden vastgesteld. Indien er op basis van de toepasselijke richtsnoeren geen 'echte' UBO gevonden kan worden, kwalificeren (bij rechtspersonen) immers de statutair bestuurders respectievelijk (bij personenvennootschappen) de (beherend) vennoten als pseudo-UBO's. Daarmee lijkt er niets tussen wal en schip te kunnen vallen. Toch zijn er situaties denkbaar waarbij er geen echte UBO's zijn en ook geen pseudo-UBO's kunnen worden aangewezen, als gevolg waarvan UBO-registratie onmogelijk is. Daarbij moet onder meer gedacht worden aan de situatie dat een rechtspersoon in liquidatie is. In de literatuur bestaat er enige discussie over de gevolgen van de benoeming van vereffenaars voor de positie van bestuurders. Volgens sommige auteurs blijven de organen van de rechtspersoon voortbestaan voor zover dit nodig is voor de vereffening van het vermogen van de ontbonden rechtspersoon, en blijven de leden van die organen dus in functie.³¹ Anderen betogen dat met de benoeming van een vereffenaar de bestuurders, in alle gevallen³² of enkel als de bestuurders vereffenaar worden,³³ geacht moeten worden te zijn gedefungeerd. Als het standpunt wordt gevolgd dat met de benoeming van een vereffenaar de bestuurder geacht moet worden te zijn gedefungeerd, wat ook het standpunt van de KvK lijkt te zijn nu bestuurders automatisch worden uitgeschreven bij inschrijving van vereffenaars, zijn er na benoeming van de vereffenaars geen bestuurders meer in functie. Nu onder hoger leidinggevend personeel³⁴ uitsluitend wordt verstaan de leden van het statutair bestuur, is er dan niemand meer die kan kwalificeren als pseudo-UBO. Betoogd zou kunnen worden dat een vereffenaar in materiële zin kan worden beschouwd als bestuurder en zodoende kan kwalificeren als pseudo-UBO. Iedere vereffenaar heeft immers – tenzij de statuten anders bepalen – dezelfde bevoegdheden, plichten en aansprakelijkheid als een bestuurder, voor zover deze verenigbaar zijn met zijn taak van vereffenaar.³⁵ De uitputtende opsomming van art. 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 lijkt echter aan deze praktische oplossing in de weg te staan. Bovendien staat op het formulier voor UBO-opgave uitdrukkelijk vermeld dat een persoon alleen als pseudo-UBO kan worden opgegeven als deze ook als bestuurder is ingeschreven in het Handelsregister. Daarmee lijkt ook het systeem van de KvK registratie van de vereffenaar als pseudo-UBO onmogelijk te maken. Een vergelijkbare situatie kan zich voordoen bij faillissement. Hoewel een bestuurder op zichzelf niet automatisch defungeert in geval van faillissement van de

31 Asser/Kroeze 2-I, *Rechtspersonenrecht*, De rechtspersoon, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 407-412 en P.J. Dortmund e.a., *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 380 en 384.

32 B. Snijder-Kuipers, *GS Rechtspersonen (losbl.)*, artikelsgewijs commentaar op art. 2:23 BW, Deventer: Wolters Kluwer (bijgewerkt t/m 10 maart 2021).

33 P. van Schilfgaarde, Van de BV en NV, bewerkt door J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 127.

34 Art. 3 lid 1 sub a onder 2 jo. art. 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

35 Art. 2:23a lid 1 BW.

rechtspersoon waarvan hij bestuurder is, is het niet ondenkbaar dat de bestuurder wordt ontslagen, ontheven uit die functie of vrijwillig terugtreedt. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de rechtbank besluit om de bestuurder van de failliete rechtspersoon een bestuursverbod ex art. 106a lid 1 Faillissementswet (Fw) op te leggen. Het opleggen van het bestuursverbod leidt ertoe dat de betrokken persoon van rechtswege ophoudt bestuurder te zijn.³⁶ Dit kan ertoe leiden dat de betrokken rechtspersoon op enig moment geen statutaire bestuurders meer heeft, maar enkel een curator die de failliete boedel beheert en vereffent. Omdat de bestuurder uit functie is getreden, zal deze niet alleen als bestuurder, maar ook als pseudo-UBO moeten worden uitgeschreven. Het is sterk de vraag of de KvK de uitschrijving zal verwerken, als bij de uitschrijving geen nieuwe (pseudo-)UBO wordt ingeschreven.³⁷ En juist daar kan dan een impasse ontstaan, omdat er in een dergelijk geval geen personen zijn die voor inschrijving als ‘echte’ UBO of pseudo-UBO in aanmerking komen. En zelfs wanneer de uitschrijving zonder gelijktijdige inschrijving van een nieuwe (pseudo-)UBO wel door de KvK geaccepteerd zou worden, leidt het gebrek aan (pseudo-)UBO’s in de praktijk mogelijk tot de nodige praktische problemen. Wij zijn van mening dat een failliete rechtspersoon niet als cliënt in de zin van de Wwft kwalificeert, maar dat dat de curator q.q. is. In onze benadering zal het ontbreken van een UBO-registratie niet in de weg hoeven te staan aan dienstverlening van Wwft-instellingen. Omdat de curator q.q. cliënt is, loopt de instelling niet aan tegen het hiervoor besproken verbod om een zakelijke relatie aan te gaan. Er zijn echter ook Wwft-instellingen die een andere benadering volgen: zij stellen zich op het standpunt dat de failliete rechtspersoon wel de cliënt in de zin van de Wwft is, met als gevolg dat het ontbreken van UBO-registratie in de weg staat aan het aangaan van een zakelijke relatie met die rechtspersoon. Inschrijving van een nieuwe (pseudo-)UBO lijkt in zo’n situatie onontkoombaar. De curator kwalificeert niet als pseudo-UBO. De uitputtende formulering van art. 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en de beperkte taak van de curator, die enkel het beheer en de vereffening van de failliete boedel betreft, staan daaraan in de weg. Daarmee lijkt de benoeming van een nieuwe bestuurder de eenvoudigste³⁸ oplossing, al zullen de kandidaten niet in de rij staan om bestuurder te worden van een failliete rechtspersoon.

5.3 Onderbouwing van de kwalificatie als ‘echte’ UBO

Bij het doen van een UBO-opgave dient – in geval van een ‘echte’ UBO – te worden onderbouwd waarom diegene kwalificeert als ‘echte’ UBO. Dit volgt uit art. 15a lid 3 sub b Handelsregisterwet 2007, waarin is bepaald dat ten aanzien van een UBO afschriften van de documenten, waaruit de aard en omvang van het economi-

36 Art. 106a lid 2 Fw.

37 Deze verwachting is gebaseerd op de ervaring dat indien de enig bestuurder van een rechtspersoon wordt uitgeschreven zonder gelijktijdige inschrijving van een nieuwe bestuurder, de KvK contact zoekt met de persoon die de opgave heeft gedaan om die ertoe te bewegen gelijktijdig een nieuwe bestuurder in te schrijven.

38 Althans, dit is potentieel eenvoudiger dan het wijzigen van aandelenbelang, stemrechten, eigendomsbelang en andere middelen, teneinde een of meer van de betrokkenen als ‘echte’ UBO te laten kwalificeren.

sche³⁹ belang blijken, moeten worden gedeponereerd. Uit de formulering van voormeld artikel volgt dat uit de te deponeren afschriften moet *blijken* wat de aard en omvang van het economisch belang is. De vraag is wat daaronder moet worden verstaan. Art. 35b lid 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 geeft in dit verband enig houvast. Zo mogen de aard en de omvang van het economisch belang worden onderbouwd met een kopie van (een deel van) een aandeelhoudersregister, statuten, certificaathoudersregister, oprichtingsakte, andere notariële akte (bijvoorbeeld een akte van levering of uitgifte), ledenregister, contract van oprichting, inschrijving in het Handelsregister of organogram; onderbouwing door middel van andere documentatie is ook mogelijk. Uit het feit dat een organogram ook volstaat, maken wij op dat onder ‘blijken’ niet moet worden verstaan ‘aantonen’. Een organogram is immers een onderhands stuk van degene die de opgave verricht, en de totstandkoming daarvan is niet met waarborgen omkleed. De kans dat de inhoud van een organogram onjuist is, is daarmee groter dan die van de meeste andere documenten die voldoen ter onderbouwing van het UBO-schap. Hetzelfde kan worden gezegd over een uit het Handelsregister op te vragen overzicht van concernrelaties, wat door de KvK (meestal) wordt geaccepteerd ter onderbouwing van UBO-schap op basis van enig aandeelhouderschap. Het Handelsregister heeft een lijdelijke rol als het gaat om de verwerking van inschrijvingen van enig aandeelhouderschap, dus ook de mate waarin vertrouwd kan worden op de juistheid van het overzicht van concernrelaties is lager dan die van sommige andere documenten die ter onderbouwing gedeponereerd mogen worden.

Alhoewel de gedeponereerde documenten niet door eenieder kunnen worden ingezien maar enkel door bepaalde bij naam genoemde autoriteiten,⁴⁰ zal het veelal gewenst zijn om zo min mogelijk informatie te deponeren. Tegen die achtergrond is onderbouwing door middel van een bestaande inschrijving in het Handelsregister (bijv. enig aandeelhouderschap) of organogram vaak de ‘lichtste’ optie. De ervaring leert echter dat het sterk afhankelijk is van het oordeel van de betrokken medewerker van het UBO-register of de aangeboden documentatie de aard en omvang van het economisch belang *voldoende* onderbouwt. Aard en omvang van aandelenbezit kunnen eigenlijk alleen worden aangetoond aan de hand van de relevante notariële akten, maar zoals we hiervoor al aangaven, is aantonen wellicht niet vereist. In notariële akten is bovendien veel meer informatie opgenomen dan in bijvoorbeeld een organogram. Het lijstje van art. 35b lid 2 van het Handelsregisterbesluit 2008 lijkt geen specifieke rangorde aan de daarin opgesomde documenten toe te kennen, zodat alle documenten op zichzelf voldoende zouden moeten zijn. Daarmee zou de keuze moeten worden gelaten aan de tot inschrijving verplichte persoon. Het zou goed zijn als de KvK deze keuze consistentere zou respecteren. Met de introductie van de mogelijkheid om in het inschrijvingsformulier eenvoudig aan te vinken dat de UBO enig aandeelhouder is, is al een stap in de goede

39 De Handelsregisterwet 2007 spreekt – vreemd genoeg, maar overigens wel in lijn met art. 30 van de Europese Antiwitwasrichtlijn – enkel van ‘economisch’ belang, maar uit art. 35b van het Handelsregisterbesluit 2008 volgt dat hieronder moet worden verstaan het houden van aandelen, stemrechten en/of eigendomsbelang (en dus meer omvat dan wat in het normale spraakgebruik wordt verstaan onder ‘economisch’ belang).

40 Art. 21 lid 1 en 28 lid 2 Handelsregisterwet 2007.

richting gezet, maar bij complexere structuren (waar voormelde mogelijkheid geen uitkomst biedt) valt op dat gebied nog het nodige te winnen.

5.4 Rol van de notaris bij het actualiseren van de UBO-registraties

Uit art. 18 van de Handelsregisterwet 2007 volgt dat (kort gezegd) de bestuurders of vennoten van de betrokken rechtspersoon of vennootschap – net als bij alle andere inschrijfbare feiten – verplicht zijn tot het registreren van de UBO's van die entiteit. In de praktijk wordt de notaris echter steeds vaker verzocht om bij transacties en bestuurswissels niet alleen de inschrijvingen in het Handelsregister bij te werken, maar ook die in het UBO-register. De complexiteit van de wetgeving heeft in dat kader ook een versterkend effect. De notaris heeft uit hoofde van het eigen cliëntenonderzoek en de verplichte recherches bij de uitvoering van zijn werkzaamheden een vrij scherp beeld van de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de betrokken partijen. Onder betrokken partijen vallen bij transacties zowel de koper, de verkoper en de doelvennootschap, omdat ten aanzien van alle partijen bij de akte de Wwft-verplichtingen in acht genomen moeten worden. In dat licht lijkt het voor de hand te liggen dat de notaris zelf eenvoudig in kaart kan brengen welke mutaties moeten worden doorgegeven aan het UBO-register. Toch is het raadzaam dat de notaris navraag doet bij de betrokken partijen. Daar waar doorgaans de in het Handelsregister in te schrijven feiten vrij scherp te duiden zijn (denk aan een bestuurswissel, overdracht, uitgifte of intrekking van aandelen), is de vaststelling van de UBO's een minder exacte wetenschap. Dit komt met name door het feit dat – onder meer – feitelijke zeggenschap en eigendomsbelang lastiger te duiden kunnen zijn, omdat die niet altijd uit de aan de notaris beschikbare informatie blijken. Het doen van navraag is derhalve essentieel.

Indachtig bovenstaande tendens zou het mooi zijn als de technische infrastructuur van de KvK dit op den duur meer zou gaan faciliteren. Zo zou het praktisch zijn als men bij het doorgeven van een bestuurswissel bij een rechtspersoon met pseudo-UBO's met hetzelfde formulier ook de wijziging van de pseudo-UBO's zou kunnen doorgeven. Hierdoor zou het UBO-register eenvoudiger *up-to-date* gehouden kunnen worden en in potentie ook het aantal terugmeldingen gereduceerd kunnen worden. Iets vergelijkbaars lijkt denkbaar bij transacties. Daar zou het efficiënt zijn als bij een transactie waarbij alle aandelen in het kapitaal van een vennootschap worden overgenomen door één koper, de mogelijkheid zou worden geboden om met hetzelfde formulier op te geven dat de UBO's gelijkgetrokken moeten worden met de UBO's van de koper of – indien er bij koper geen sprake is van 'echte' UBO's – de nieuwe bestuurders van de gekochte vennootschap tevens moeten worden geregistreerd als pseudo-UBO's.

6 Naschrift

Wij besloten het eerste deel van onze bijdrage met voorbeelden van vergeten UBO's en personen die onterecht in het UBO-register worden ingeschreven. Aan die opsomming kunnen we bij de afsluiting van dit tweede deel weer wat voorbeelden toevoegen. Als vergeten UBO's kan gedacht worden aan de leden van een vereni-

ging met een beperkt aantal leden, die mogelijk kwalificeren als UBO op basis van eigendomsbelang omdat ze gerechtigd zijn tot een liquidatiesaldo. Denk voor de ten onrechte als UBO geregistreerde personen aan de certificaathouder die als eigendoms-UBO van een stichting administratiekantoor wordt geregistreerd, terwijl sprake is van een reguliere certificering van aandelen waarbij de stichting als doorgeefluik fungeert. En de bestuurder van de beherend vennoot van een commanditaire vennootschap die als stemrecht-UBO te boek staat, terwijl hij geen ander belang heeft en dus enkel als vertegenwoordigingsbevoegd bestuurder de stemmen van de beherend vennoot kan uitoefenen. En niet te vergeten de personen die als stemrecht-UBO van een stichting geregistreerd worden omdat zij lid zijn van een stichtingsorgaan dat bevoegd is te besluiten tot goedkeuring van statutenwijziging.

Het staat buiten kijf dat het binnen Nederland nog niet lukt om tot een uniforme toepassing van het UBO-begrip te komen.

De EU worstelt met hetzelfde probleem. Dat probleem wordt onder meer veroorzaakt doordat de Europese regelgeving nu is neergelegd in een richtlijn, die nog nationale implementatie behoeft. In juli 2021 heeft de Europese Commissie een pakket wetgevingsvoorstellen gepubliceerd ter versterking van de EU-regels ter bestrijding van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. Onderdeel van dat pakket is een voorstel voor een verordening.⁴¹ Een verordening heeft rechtstreekse werking, waardoor de interpretatieverschillen die ontstaan door verschillende implementatie in de lidstaten, tot de verleden tijd moeten gaan behoren. In overweging 64 van de considerans van het voorstel van de verordening valt te lezen:

‘Vanwege de uiteenlopende interpretatie van de regels worden er verschillende methoden voor het identificeren van de uiteindelijk begunstigden van een bepaalde entiteit of constructie toegepast, onder meer omdat indirecte eigendom van een entiteit of constructie niet consistent wordt berekend. Omdat dit de beoogde transparantie in de weg staat, moeten de regels worden verduidelijkt om te komen tot een consistente definitie van “uiteindelijk begunstigde” en een consistente toepassing ervan op de hele interne markt.’

Hoewel de definitie van UBO in het voorstel van de verordening niet afwijkt van de huidige definitie, wordt die definitie voor de verschillende typen rechtsvorm in meer detail uitgewerkt. Die uitwerking lijkt op punten af te wijken van de huidige Nederlandse uitwerking en kent ook elementen in zich die wij in Nederland nu (nog) niet betrekken in het UBO-begrip. We hebben ervoor gekozen om in dit tweeluik niet vooruit te lopen op deze wetgevingsvoorstellen waarvan de inhoud en de datum van inwerkingtreding nog niet vaststaan. De materie is bij de huidige stand van zaken al ingewikkeld genoeg.

41 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor witwassen of terrorismefinanciering, COM/2021/420 def., 2021/0239(COD).