

Memo

Aan:	C.J.A.M Meijer Plv. hoofd afdeling Institutioneel beleid, Betalingsverkeer en Integriteit Directie Financiële Markten
Van:	Holland Quaestor Compliance Platform
CC:	D.T. Kharagjitsing (Directie Financiële Markten), Secretariaat Holland Quaestor
Datum:	17 september 2021
Betreft:	Kwalificatie van UBO's binnen cliëntstructuren van corporate services providers

1. Introductie en problematiek

Het Holland Quaestor Compliance Platform (hierna: het "Compliance Platform") is een in december 2020 opgericht gremium. Binnen het Compliance Platform komen compliance officers, werkzaam bij corporate services providers aangesloten bij Holland Quaestor (hierna: "HQ"), regelmatig bijeen om in vertrouwen met elkaar van gedachten te wisselen en 'best practices' te verkennen aangaande compliance gerelateerde thema's die zij in hun dagelijkse praktijk tegenkomen. Met de inwerkingtreding van de *Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten* (hierna de "**Wet UBO**"), is de kwalificatie (en registratie) van 'ultimate beneficial owners' (hierna: "**UBO's**") binnen door corporate services providers bediende cliëntstructuren één van die thema's.

De kwalificatie van UBO's binnen cliëntstructuren is al ruim 15 jaar onderdeel van de dagelijkse praktijk van de bij HQ aangesloten corporate services providers. De daarmee gepaard gaande analyse van cliëntstructuren beperkt zich niet tot uitsluitend die kwalificatie, maar omvat tevens een gedetailleerde analyse van de 'source of wealth', 'source of funds', 'negative press' en andere mogelijke integriteitsrisico's betreffende de feitelijk controlerende partij(en) binnen die cliëntstructuren.

Het eerste kernpunt van de problematiek is dat de kwalificatie van UBO's binnen cliëntstructuren door corporate services providers en andere juridische en financiële dienstverleners (bijvoorbeeld het notariaat) in de praktijk, veel vaker dan door wetgever en toezichthouder lijkt voorzien, leidt tot noodgedwongen en overmatige kwalificatie en registratie van zogenaamde pseudo-UBO's. Het Compliance Platform is tot de conclusie gekomen dat die noodgedwongen, overmatige kwalificatie en registratie van pseudo-UBO's tot onwenselijke en mogelijk zelfs ondermijnende uitkomsten leidt, zowel gelet op het doel van de Wet UBO, als de rol die de corporate services sector in dat kader als actief poortwachter geacht wordt en ook beoogt te spelen.

Het tweede kernpunt van de problematiek ontstaat doordat de Wtt de term pseudo-UBO niet kent. De Wtt maakt derhalve geen onderscheid tussen echte UBO's en pseudo-UBO's. Is er eenmaal een pseudo-UBO aangewezen, dan is op basis van de Wtt een vergelijkbaar cliëntenonderzoek vereist als voor een normale UBO. Dit leidt tot vreemde situaties in het geval van trustdirecteuren die als pseudo-UBO worden geïdentificeerd.

2. Doel UBO-wetgeving versus strikt wetstechnische toepassing UBO-kwalificatie

Het is het doel van de Wet UBO en het UBO-register in het bijzonder om “een waardevolle bijdrage te leveren aan het bereiken van meer transparantie over UBO's van in Nederland opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten in het licht van de bescherming van de integriteit van het financieel stelsel tegen het witwassen van geld, daarmee verband houdende basisdelicten zoals corruptie, fiscale misdrijven waaronder belastingontduiking en fraude, alsmede terrorismefinanciering.”¹

Om meer richting te geven aan de wijze waarop UBO's moeten worden gekwalificeerd heeft de wetgever in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 per type rechts- en personenvennootschap aangegeven welke categorieën van natuurlijke personen in ieder geval als UBO aangemerkt worden. De UBO-kwalificatie kan gebaseerd zijn op:

- bezit van aandelen, stemrechten of eigendomsbelang (recht op jaarlijkse winstuitkeringen, uitkeringen uit de totale reserves of het saldo bij liquidatie), of;
- formele (statuten) of feitelijke zeggenschap (contractuele afspraken in een leningsovereenkomst, of andere middelen, waaronder de criteria voor de consolidatie van de jaarrekening zoals het kunnen benoemen of ontslaan van de meerderheid van de bestuurders).

Indien op basis van bovenstaande criteria geen of slechts met onvoldoende zekerheid een UBO kan worden aangewezen, kent de Wet UBO de terugvaloptie van de zogenaamde “pseudo-UBO”: het hoger leidinggevend personeel, zoals bijvoorbeeld de statutaire bestuursleden van de betreffende juridische entiteit.

Juist die terugvaloptie, het registreren van het hoger leidinggevend personeel als pseudo-UBO van de betreffende juridische entiteit, is ons inziens niet in lijn met het hiervoor genoemde eigenlijke doel van de Wwft en de Wet UBO in het bijzonder: het bevorderen van transparantie ten aanzien van wie er bij de betreffende juridische entiteit - al dan niet achter de schermen - ‘aan de touwtjes trekt’. Daarbij moet opgemerkt worden dat de gegevens van de bestuurders van een juridische entiteit openbaar raadpleegbaar zijn in het Handelsregister en geen inzicht bieden in wie de uiteindelijke eigenaar is of wie de uiteindelijke zeggenschap in de juridische entiteit heeft. De terugvaloptie dient dan ook zoveel mogelijk vermeden te worden. Vermoedelijk mede om die reden hebben verschillende EU/EEA-lidstaten ervoor gekozen geen terugvaloptie op te nemen in hun nationale UBO-wetgeving.² Uit de nog maar jonge praktijk in dit kader, blijkt daarentegen echter dat die terugvaloptie in Nederland

¹ Memorie van Toelichting op de Wet UBO, pagina 9.

² Duitsland, Letland, Noorwegen, Zweden.

3. Identificeren van (pseudo-)UBO leidt in de praktijk tot ongewenste situaties

De kwalificatie van UBO's door leden van HQ binnen hun cliëntstructuren geschiedt op basis van en in lijn met de Wwft en de heldere definitie van feitelijke zeggenschap die daarin opgenomen is. In de gevallen dat er binnen een cliëntstructuur iemand geïdentificeerd kan worden met meer dan 25 procent van het eigendomsbelang, dan wel meer dan 25 procent stemgerechtigheid, zijn er dan ook geen problemen bij het bepalen van een UBO volgens de Wet UBO.

In de praktijk zijn er daarentegen verschillende voorbeelden waarbij dat niet opgaat. Zo zijn bijvoorbeeld veel cliëntstructuren genoteerd aan een beurs buiten de EU. Binnen dergelijke aandeelhoudersstructuren bestaat soms niemand met meer dan 25% aandeelhoudersbelang, zoals gedefinieerd in de Wet UBO. Dit soort situaties doet zich ook voor bij veel andersoortige constructies, waarvan enkele voorbeelden zijn opgenomen als annex 1 bij deze notitie. In deze voorbeelden is het aan de Wtt- en/of Wwft-gereguleerde instelling om binnen de cliëntstructuur iemand met feitelijke zeggenschap te kwalificeren als de UBO van de Nederlandse rechtspersoon. Deze personen zijn bijvoorbeeld de CEO of voorzitter van de raad van bestuur van de 'ultimate parent company'. Hier treedt een cruciaal verschil op met de Wet UBO. De Wet UBO vereist dat corporate services providers iemand als (pseudo-)UBO kwalificeren op het niveau van de Nederlandse entiteit, in plaats van op het niveau van de 'ultimate parent company'. De Nederlandse entiteit wordt geleid door haar (statutaire) bestuur, dat verantwoordelijk is voor het beheer van de betreffende Nederlandse entiteit. De strategische beslissingen ten aanzien van de bredere structuur waarvan de Nederlandse entiteit onderdeel uitmaakt, worden in de praktijk echter genomen op het niveau van de 'ultimate parent company'.

Dientengevolge worden corporate services providers en andere Wtt- en/of Wwft-instellingen in de praktijk door de Wet UBO gedwongen een UBO aan te wijzen op lokaal niveau, waarmee onbedoeld en ongewenst de daadwerkelijke UBO achter de betreffende cliëntstructuur verborgen blijft, zoals ook is aangekaart in de motie van Tweede Kamerlid R. Leijten d.d. 21 februari 2018.⁴

Tevens doet de situatie zich voor dat verschillende poortwachters uiteenlopende UBOs identificeren. De ene poortwachter meent bijvoorbeeld een echte UBO te hebben gevonden op basis van stemrecht of feitelijke zeggenschap, terwijl de andere poortwachter simpelweg het hoger leidinggevend personeel van de vennootschap als pseudo-UBO aanwijst en als zodanig registreert in het UBO-register.

Tenslotte is er het onwenselijke neveneffect dat bij de uitvoering van het cliëntenonderzoek onder de Wtt een trustdirecteur, die als pseudo-UBO is aangemerkt voor een bepaalde zakelijke relatie, namens het trustkantoor de verplichting heeft zijn eigen vermogen met zekerheid vast te stellen (art 27 lid 2 sub d Wtt 2018) en vervolgens ook met zoveel mogelijk zekerheid moet vast stellen dat zijn eigen vermogen uit een legitieme bron afkomstig is (art 27 lid 2 sub e Wtt 2018), terwijl hij of zij feitelijk geen UBO is.

³ Per 18 mei 2021 hebben er binnen bij HQ aangesloten corporate services providers naar schatting reeds vele honderden registraties van een trustdirecteur als (pseudo-)UBO plaatsgevonden.

⁴ <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2018Z03172&did=2018D06359>

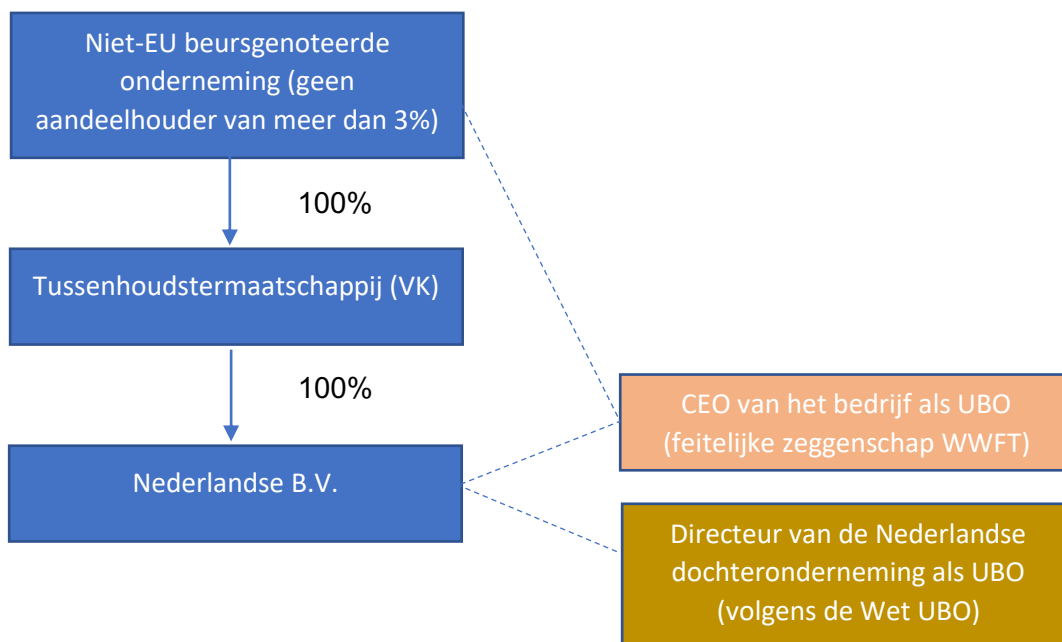
4. Mogelijke oplossingen

Zoals hierboven uiteengezet ontstaat de problematiek van het veelvuldig aanwijzen van de locale directie als pseudo-UBO met name door het gemakshalve gebruiken van de terugvaloptie naar hoger leidinggevend personeel van de vennootschap. De wetgeving zou dit kunnen voorkomen door in de mogelijkheid te voorzien dat ook hoger leidinggevend personeel van de aandeelhouder van de vennootschap of van een groepsmaatschappij (bijvoorbeeld de “ultimate parent company”) als pseudo-UBO kan worden aangewezen.

De oplossing voor het tweede kernprobleem, zijnde de disconnect tussen de wet UBO, de Wwft en de Wtt, zou kunnen zijn dat de term pseudo-UBO wordt opgenomen in een herziene versie van de Wtt. De Wtt zou dan ook kunnen worden aangepast in die zin dat het cliëntenonderzoek met betrekking tot pseudo-UBOs risicogebaseerd of slechts voor zover relevant dient plaats te vinden, daarbij in ieder geval onderscheid makend tussen een echte UBO en een pseudo-UBO.

Annex – Voorbeelden van (pseudo-)UBO kwalificatie in cliënt structuren waarbij wetgeving onvoldoende eenduidigheid biedt

Voorbeeld I – Niet-EU beursgenoteerde structuur



Voorbeeld II – Joint venture structuur

