

33. UBO-registratie en vermogensstructurering

Met de naderende pensionering van de babyboomgeneratie groeit de aandacht voor continuïteit, controle en bescherming van familie- en ondernemingsvermogen. Directeuren-grotoaandeelhouders (hierna: DGA's) willen goede en flexibele beschermings- en continuïteitsregelingen treffen voor het door hen opgebouwde of voortgezette vermogen, niet alleen ten behoeve van zichzelf, maar ook voor volgende generaties. De bescherming van het vermogen ziet op verschillende stakeholders. Hier tussendoor zeilt het conceptwetsvoorstel dat de (openbare) registratie zal verplichten van uiteindelijk belanghebbenden van rechtspersonen en ondernemingen (hierna: het wetsvoorstel).¹ Deze naderende UBO-registratie zorgt ervoor dat de aandacht voor vermogens(her)structurering alleen maar groeit. Privacy is daarbij een woord dat steeds naar voren komt; privacy van vermogen tegenover concurrenten en personen die kwaadschiks zijn. Dit artikel behandelt het wetsvoorstel en de impact hiervan op de praktijk.

1. Inhoud wetsvoorstel¹

We hebben er lang op moeten wachten, maar op 31 maart 2017 is dan eindelijk (een deel van) het wetsvoorstel bekendgemaakt. Dit ziet op de implementatie van de door de EU opgelegde verplichting van de registratie van uiteindelijk belanghebbenden van rechtspersonen en ondernemingen, neergelegd in de Vierde Anti-witwasrichtlijn (hierna: de richtlijn).² Het betreft een voorstel tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007, de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme en de Wet op de economische delicten. Echter, de uitwerking van de richtlijn zal voorts in ruim veertig algemene maatregelen van bestuur (hierna: AMVB's) worden opgenomen, waaronder de definitie van het begrip uiteindelijk gerechtigde (ook wel UBO genoemd, naar het Engelse *ultimate beneficial owner*). Deze AMVB's zijn nog niet bekend.

Het wetsvoorstel regelt dat alle natuurlijke personen met een (direct en indirect) belang van 25% of meer dan wel van meer dan 25%³ in een rechtspersoon of onderneming worden geregistreerd. Registratie zal plaatsvinden in het Handelsregister. Uitgangspunt is dat de UBO-gegevens openbaar zijn. Wel wordt er een onderscheid gemaakt tussen gegevens die publiek toegankelijk zullen zijn en gegevens die alleen voor bevoegde overheidsinstellingen en de Financiële Inlichtingeneenheid toegankelijk zijn. Openbaar

zullen zijn: de naam, geboortemaand en -jaar, nationaliteit, woonstaat en de aard en omvang van het door de UBO gehouden economische belang. Deze omvang zal een percentage zijn, onderverdeeld in drie schijven; schijf 1: 25-50%, schijf 2: 50-75% en schijf 3: 75-100%. Beperkt openbaar zullen zijn: geboortedag, -plaats en -land, het woonadres, het burgerservicenummer of een buitenlands fiscaal identificatienummer en de bewijsstukken voor de aard en omvang van het economisch belang. Inschrijving vindt plaats ongeacht leeftijd; minderjarige UBO's moeten dan ook worden geregistreerd, waarbij een verzoek tot afscherming kan worden ingediend.⁴

2. Privacy

Het wetsvoorstel zorgt voor nogal wat ophef. In een tijd van internet en sociale media komen steeds meer vragen of we de toenemende mate van open(baar)heid allemaal wel moeten willen. Hacks, afpersingen en ontvoeringen zijn helaas in het verleden maar al te reëel gebleken. Heet hangijzer bij de UBO-registratie is met name de privacy. Er worden veel vraagtekens gezet bij de mate waarin is nagedacht over de gevolgen voor de privacy en de inbreuk daarop.⁵ Inbreuk op privacy dient te worden gerechtvaardigd. Is de UBO-

⁴ Afscherming van informatie over een UBO kan worden aangevraagd bij minderjarigheid, handelingsonbekwaamheid of wanneer door het openbaar maken van UBO-gegevens iemand wordt blootgesteld aan een risico van chantage, ontvoering, fraude, geweld of intimidatie. Zie de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, p. 15 e.v.

⁵ Zie in dit verband J.W.A. Schenk, "Met een UBO-register pak je de echte criminelen niet", *Belastingmagazine* 2017/3.

¹ Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017.

² Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015.

³ Uit de AMVB's moet dit nog blijken.

registratie daadwerkelijk zo effectief, dat het doel waarvoor de registratie wordt ingesteld, zal worden bereikt? En is de inbreuk op de privacy hiervoor gerechtvaardigd? We verwijzen specifiek naar de uitspraak van het Franse Constitutionele Hof in oktober 2016, waarbij een openbaar toegankelijk trust-register ongrondwettelijk werd verklaard, vanwege strijd met de privacy.⁶ Echter, de richtlijn is medio 2015 aangenomen en daarmee is de verplichting voor Nederland (en de overige EU-lidstaten) om de UBO-registers te implementeren ontstaan. De mate van openbaarheid en de wijze waarop de richtlijn wordt geïmplementeerd, staat nog open, maar zeker is wel dat de UBO-registratie er zal komen. Afgelopen jaar zijn er nog wijzigingen op de richtlijn voorgesteld.⁷

3. Gevolgen voor de praktijk

Onder andere vanwege de UBO-registratie zal er mogelijk meer gebruik worden gemaakt van niet-EU-rechtspersonen die binnen de EU aan het rechtsverkeer kunnen deelnemen, zoals Zwitserland, Curaçao of de Kanaal Eilanden. Deze niet-EU-lidstaten kennen (vooralsnog) geen verplichting tot UBO-registratie.⁸ We zagen in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw eenzelfde trend, toentertijd vanwege het voorkomen van het antecedentenonderzoek voor bv's en nv's en om de minimumkapitaaleisen te ontgaan. De ervaring leert dat DGA's van familiebedrijven nu al steeds vaker kiezen voor een flexibele regeling van de 'bovenbouw' (lees: familiekapitaal).⁹ In plaats van een (eenzijdig opgesteld) testament waarin de afwikkeling van het opgebouwde familiekapitaal na het leven wordt geregeld, wordt er steeds vaker gekozen om het familiekapitaal bij leven onder te brengen in een rechtsvorm of samenwerkingsverband. Door middel van dergelijke flexibele regelingen wil men zorgen voor continuïteit en bescherming van het (familie)vermogen, maar met behoud van controle. De UBO-registratie zou deze populariteit kunnen versterken. Er worden verschillende rechtsvormen of samenwerkingsverbanden gebruikt. De reden om voor een specifieke rechtsvorm te kiezen, ligt aan de wensen van de DGA. De meest voorkomende zijn de navolgende.

3.1. Stichting Administratiekantoor

⁶ ECLI:FR:CC:2016:591.QPC.

⁷ Voorstel tot wijziging van de Richtlijn door de Europese Commissie op 5 juli 2016 en door de Europese Raad op 19 december 2016.

⁸ Zie tevens de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, p. 2.

⁹ Hiermee wordt het niet-ondernemingsvermogen bedoeld. Wanneer het familievermogen een aanzienlijke omvang heeft, kan dit vermogen een onderneming an sich worden.

De stichting administratiekantoor (hierna: STAK) is een stichting die als doel heeft het beheren van vermogen. De STAK wordt veelvuldig gebruikt bij bedrijfsoverdracht; de STAK houdt de aandelen in een bv en geeft hiervoor certificaten uit, zodat op deze wijze zeggenschaps- (stem- en vergader)rechten en economische (winst- en liquidatie)rechten van elkaar worden gescheiden. De STAK wordt ook steeds meer gebruikt voor het certificeren van familievermogen. Hierbij kan worden gedacht aan gelden, beleggingsportefeuilles of kunst. Het vermogen wordt ingebracht in de STAK – al dan niet – tegen uitgifte van certificaten of andere financiële instrumenten. De voorwaarden waaronder de certificaten worden gehouden, zoals zeggenschapsrechten, winstrechten, royeerrechten, worden opgenomen in separate administratievoorwaarden. Deze voorwaarden zijn niet openbaar. De stichting valt niet onder het jaarrekeningenrecht; alleen bij de zogenoemde 'grote' stichting zullen jaarstukken moeten worden gepubliceerd.¹⁰ De stichting wordt ingeschreven in het Handelsregister. Ook valt de stichting onder de UBO-registratie. Vraag is wie UBO is van een STAK. Zijn dit de certificaathouders vallend onder het UBO-begrip en/of de bestuurders? En hoe gaat het met bestuurders werken? Zullen er bij drie bestuurders drie UBO's zijn en bij vier of wellicht bij vijf geen UBO? En zo er geen UBO is, wie is dan de (pseudo-)UBO? Vele vragen die zullen moeten worden beantwoord in AMVB's. In één van onze reacties op het conceptwetsvoorstel (internetconsultatie) hebben wij betoogd onder meer de STAK en Stichting Beheerder wel onder de UBO-registratie te laten vallen, maar slechts beperkt openbaar te laten zijn. De registratie van UBO's zal dan wel gewoon plaatsvinden, maar de UBO-informatie zal dan slechts inzichtelijk zijn voor bevoegde autoriteiten en de Financiële Inlichtingeneenheid. Wij zijn van mening dat de richtlijn hiertoe de mogelijkheid biedt. Dit zou belangrijke bezwaren van dga's en families op de UBO-registratie wegnemen, met behoud van het doel van de registratie.¹¹

3.2. Fonds voor gemene rekening

Een fonds voor gemene rekening (hierna: FGR) is een fonds ter verkrijging van voordelen voor de participanten in dat fonds door het voor gemene rekening beleggen of anderszins aanwenden van gelden. Van de participatie in het fonds moet blijken uit verhandelbare participatiebewijzen.¹²

¹⁰ Boek 2 titel 9 BW.

¹¹ Voor een uitgewerkte redenering (register 2; trust en trustachtige) verwijzen we graag naar onze reactie op de website: www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden (Reactie van J.W.A. Schenk).

¹² Art. 2 Wet VPB 1969.

Een FGR is een fonds dat wordt omschreven in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: Wet VPB 1969) en niet in het civiele recht. Een FGR wordt civielrechtelijk gezien als een samenwerkingsverband en beheerst door het contractenrecht (contract sui generis).¹³ Omdat de FGR geen rechtspersoonlijkheid heeft, kan het geen zelfstandig drager zijn van rechten en plichten. Er is dan ook een bewaarder die het juridisch eigendom ten titel van bewaring en voor rekening en risico van de participanten houdt, en een beheerder die het vermogen beheert. Een stichting kan fungeren als beheerder/bewaarder.¹⁴

Een FGR kan besloten of open zijn. Bij een besloten FGR, dat fiscaal transparant is, zijn de participatiebewijzen niet vrij verhandelbaar. Bij een open FGR zijn de participatiebewijzen vrij verhandelbaar. Een open FGR is niet fiscaal transparant. Een FGR wordt niet ingeschreven in het Handelsregister.¹⁵ Ook jaarstukken worden niet gepubliceerd. Er wordt nog nader onderzocht of de FGR onder de verplichting van UBO-registratie zal vallen.¹⁶ Wanneer een stichting fungeert als beheerder/bewaarder, zou deze wellicht wel onder de verplichting van UBO-registratie vallen (als separate rechtspersoon).

3.3. Commanditaire vennootschap

Een commanditaire vennootschap (hierna: CV) is een samenwerkingsverband tussen één of meer behorend vennoten en één of meer commanditaire of stille vennoten ter uitoefening van een bedrijf.¹⁷ Hierbij treedt de behorend vennoot naar buiten toe op, zorgend voor de leiding en dagelijkse gang van zaken van de CV, en deze kan de CV ook binden. De commanditaire vennoot is hier uitdrukkelijk van uitgesloten op straffe van hoofdelijke aansprakelijkheid. De commandiet is slechts een geldschiet van de CV.¹⁸ De CV komt tot stand door middel van een (onderhandse of notariële) overeenkomst tussen de vennoten en wordt (naast minimale bepalingen in het Wetboek van Koophandel) beheerst door het vrije contractenrecht. De CV heeft geen rechtspersoonlijkheid. Wederom zien we hier vaak een stichting optreden als beheerder in de vorm van behorend

13 Een FGR wordt beschouwd als een niet in de wet benoemde overeenkomst, een contract sui generis. De regels omtrent gemeenschap van Boek 3 titel 7 BW zijn van toepassing. Een juiste invulling van de overeenkomst is van belang om te voorkomen dat een FGR niet als zodanig kwalificeert, maar als personenvennootschap. Zie in dit verband HR 10 januari 1968, NJ 1968/134 (Union II) en meer recent ECLI:NL:HR:2017:339.

14 Een stichting beheerder/bewaarder beheert en houdt het juridisch eigendom van het vermogen ten titel van beheer c.q. bewaring en voor rekening en risico van de participanten.

15 Tenzij de FGR een onderneming drijft, zie art. 5 Hrw.

16 Zie de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, p. 11.

17 Art. 19 Wetboek van Koophandel.

18 Art. 21 Wetboek van Koophandel.

vennoot.

Een CV wordt ingeschreven in het Handelsregister. Ook valt de CV onder de UBO-registratie. Jaarstukken worden slechts gepubliceerd wanneer alle behorend vennoten kapitaalvennootschappen naar buitenlands recht zijn. Een stichting behorend vennoot valt daar niet onder, zelfs niet als deze is opgericht door buitenlandse rechtspersonen. Een besloten CV is fiscaal transparant, een open CV niet.

3.4. Stichting particulier fonds

Een stichting particulier fonds, ook wel SPF of DPF genoemd, is een rechtsvorm opgericht naar het recht van Curaçao, Sint Maarten of Bonaire, Sint Eustatius en Sint Maarten (hierna: BES) en waarschijnlijk volgend jaar ook mogelijk naar Arubaans recht.¹⁹ De SPF is een bijzondere vorm van een stichting. Anders dan bij de klassieke stichting kan in een SPF vermogen worden opgebouwd en worden uitgekeerd ten behoeve van de insteller van de stichting en/of familieleden; een SPF heeft in tegenstelling tot de Nederlandse stichting namelijk geen vermogensklem.²⁰ De SPF mag echter geen onderneming drijven op straffe van statusverlies; de SPF wordt dan een klassieke stichting met vermogensklem.

De SPF lijkt op een trust. Het grote verschil is echter dat een SPF rechtspersoonlijkheid heeft. Het vermogen is juridisch, maar niet fiscaal afgescheiden (van het vermogen) van de insteller.²¹ De insteller noch curator of beslaglegger heeft een claim op het ingebrachte vermogen. Controle over het vermogen kan de insteller uitoefenen door middel van oprichtersrechten in de statuten van de SPF, een *letter of wishes* en eventueel een raad van beschermelingen.²²

Een SPF kan feitelijk naar Nederland worden verplaatst en in het Handelsregister worden ingeschreven. De SPF zal niet onder de verplichting van UBO-regis-

19 DPF staat voor Dutch private foundation. De SPF wordt geregeld in art. 50 e.v. Burgerlijk Wetboek Bonaire, Sint Eustatius en Sint Maarten, Burgerlijk Wetboek Curaçao en Burgerlijk Wetboek Sint Maarten.

20 Art. 2:285 lid 3 BW.

21 Voor de toepassing van de Nederlandse fiscale wetgeving is de APV transparant. Het vermogen van een APV wordt op basis van art. 2.14a Wet IB 2001 toegerekend aan degene die het vermogen heeft afgezonderd. Na overlijden van de inbrenger wordt het vermogen naar verhouding toegerekend aan de erfgenamen. Zie voor het APV-regime art. 2.14a Wet IB 2001.

22 De *letter of wishes* is onder *common law* een zeer gebruikelijke vorm van instructie. De *letter of wishes* is een instructie van de insteller van bijvoorbeeld een (familie)stichting of SPF aan het bestuur, de raad van commissarissen of raad van beschermelingen. In een *letter of wishes* kunnen regelingen worden opgenomen die niet mogelijk zijn in een testament. Zo kan een gemeenschappelijke regeling over generaties worden gecreëerd. Dit is anders dan bij een testament, met uitzondering van de tweetrapsmaking. Tevens kan de SPF een vervanging regelen van het testamentair bewind; dit kan alleen worden ingesteld voor een beperkte duur, terwijl bij een *letter of wishes* er geen beperking is in de looptijd.

tratie vallen, aangezien Curaçao, Sint Maarten en BES zogenoemde Landen en Gebieden Overzee zijn en de richtlijn daar geen gelding heeft.²³ Op BES en Curaçao zijn overigens geen plannen voor het instellen c.q. opnemen van een UBO-register.²⁴ Jaarstukken worden niet gepubliceerd (noch op BES, noch in Nederland). De SPF valt ook niet onder Wet formeel buitenlandse rechtspersonen. De SPF is fiscaal transparant, tenzij er wordt geopteerd voor de belaste SPF op Curaçao.²⁵

4. Spanningsvelden

Bij het gebruik van verschillende rechtssystemen of samenwerkingsverbanden en bij de invulling van statuten en overeenkomsten kunnen verschillende spanningsvelden ontstaan. Zo is er bijvoorbeeld aan de ene kant het 'strikte' Burgerlijk Wetboek, maar met beschermende bepalingen, en aan de andere kant het 'vrije' overeenkomstenrecht, met flexibiliteit maar minder beschermende bepalingen. Verder kan het zo zijn, dat bij gebruik van verschillende rechtssystemen of samenwerkingsverbanden voor een ander doel dan oorspronkelijk door de wetgever bedacht, bepaalde situaties niet goed op elkaar aansluiten, goed zijn geregeld of dat er zelfs conflictsituaties ontstaan. Hier moet men bedacht op zijn bij het opzetten en invullen van de structuur, ook in het kader van de naderende UBO-registratie. Zo wordt een juiste inkleding van de governance bijvoorbeeld (de bepalingen die zien op bestuur, toezicht en controle) extra belangrijk. Een goede governance kan een bijdrage leveren aan de continuïteit en bescherming van het (familie)vermogen, maar met behoud van controle. Echter, bij het

23 Zie ook de memorie van toelichting op het wetsvoorstel.

24 Zie de memorie van toelichting op het wetsvoorstel, p. 2.

25 Er kan worden geopteerd voor een heffing van 10% op Curaçao.

verkrijgen van (de) feitelijke macht bestaat het risico op kwalificatie als UBO.

5. Conclusie

Een van de grootste bezwaren tegen de UBO-registratie is privacy. Men vreest misbruik van gegevens door concurrenten, journalisten of door criminelen. Transparantie naar toezichthouders (DNB, AFM) en opsporingsambtenaren (FIOD, OM) staat buiten kijf. De UBO-registratie zou daar wel van waarde kunnen zijn bij het bestrijden van witwassen, terrorismefinanciering en belastingontduiking. Echter, openheid jegens concurrenten, de bureaus of criminelen, waarmee de kans op misbruik van gegevens wordt vergroot, beschouwt men als uiterst bezwaarlijk. Misbruik is in het verleden zeer reëel gebleken. Dit kan een rol spelen wanneer een structuur moet worden opgezet of aangepast. Het draait niet alleen om de onderneming; de familie speelt een even grote rol. Er worden dan ook veel vraagtekens gezet bij de mate waarin is nagedacht over de gevolgen voor de privacy en de inbreuk daarop ten behoeve van transparantie. De inbreuk op privacy dient immers te worden gerechtvaardigd en niet het recht daarop.

Mr. J.W. Schenk

Notaris en partner bij HVK Stevens, niet-uitvoerend bestuurder bij Eurokeg B.V. en hoofdredacteur van LexLumen modellen

Mw. mr. A.B.D. Kootstra

Senior kandidaat-notaris bij HVK Stevens