

Het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies (I)

1. Inleiding

1.1 Door zijn populariteit in de internationale financierings-, fiscale en estate planningpraktijk is de trustfiguur decennialang een spraakmakend onderwerp geweest binnen het maatschappelijk debat. Deze figuur wordt immers niet enkel veelvuldig toegepast in 'common law' jurisdicties, doch komt ook steeds vaker voor in het rechtssysteem van landen met een continentaal stelsel.¹ Vanwege de complexiteit van de trust en de moeilijke assimilatie van Anglo-Amerikaanse trustrechtelijke beginselen met het Nederlandse recht, heeft de invoering van de trust in Nederland tot dusver geen vaste voet aan de grond gekregen. In plaats daarvan heeft het Nederlandse recht geopteerd om de rechtsgevolgen van de trust na te bootsen door gebruikmaking van trustachtige figuren zoals certificering, testamentair bewind, de kwaliteitsrekening, het fonds voor gemene rekening en de fidei-commis.

1.2 Het gebruik van trusts en trustachtige figuren in de rechtspraktijk heeft in bepaalde gevallen echter ook geleid tot malafide praktijken. In deze situaties gaan natuurlijke personen (en hun adviseurs) met kwade intenties op steeds geraffineerder wijze te werk, waardoor het ook lastiger wordt om inzicht te verkrijgen in hun handelen. Met het oog hierop is er een groeiende trend om transparantie ten aanzien van het financiële en fiscale stelsel te bewerkstelligen. Als gevolg van onder andere de perikelen rondom de Panama Papers, Paradise Papers en de financiering van terroristische organisaties, zijn diverse rechtsvormen – waaronder ook trusts en trustachtige figuren – en hun uiteindelijk belanghebbenden ofwel ultimate beneficial owners (*ook wel*: UBO) frequenter onder het vergrootglas gelegd. De afgelopen vijf jaren heeft de Europese Unie – door de Europese antiwitwaswetgeving aanzienlijk aan te scherpen en een aantal belangrijke wijzigingen hierin aan te brengen – getracht misbruik van het financiële stelsel tegen te gaan.² De meest recente en bijzondere verplichting die de Europese wetgever aan zijn lidstaten – waaronder Nederland³ – heeft opgelegd, behelst de verplichting tot de introductie van een centraal UBO-register voor trusts en trustachtige figuren, ook voor de landen die de trust als rechtsfiguur in hun rechtssysteem niet kennen.⁴

1.3 Ter implementatie van de eerdergenoemde verplichting is op 17 april 2020 het Voorontwerp van het Wetsvoorstel 'Implementatiewet regis-



Mr. K.R. Filesia*



Prof. mr. D.F.M.M. Zaman**

tratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies' gepubliceerd, waarover inmiddels (tot en met 15 mei 2020) een internetconsultatie heeft plaatsgevonden.⁵

* Onderzoeker verbonden aan de afdeling Notarieel Recht van de Universiteit Leiden.
(k.r.filesia@law.leidenuniv.nl)

** Hoogleraar Notarieel Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden en oud-notaris te Rotterdam.
(d.f.m.m.zaman@law.leidenuniv.nl)

1. Men denke onder andere aan landen als China, Japan, Zuid-Korea, Argentinië, Luxemburg, Malta, Tsjechië, Curaçao en Liechtenstein.
2. Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (Vierde anti-witwasrichtlijn) en Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU (Vijfde anti-witwasrichtlijn).
3. In casu wordt met 'Nederland' Europees Nederland bedoeld. Er hoeft in casu geen implementatie plaats te vinden in de wetgeving van de BES-eilanden. Zie hiervoor: MvT Voorontwerp, p. 2.
4. Art. 31 Vijfde anti-witwasrichtlijn. Zie ook overwegingen 26 en 27, Vijfde anti-witwasrichtlijn.
5. Het kabinet is voornemens het Voorontwerp na de zomer aan de Raad van State voor advies aan te bieden. <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-financien/documenten/kamerstukken/2020/07/03/aanbiedingsbrief-voortgang-plan-van-aanpak-witwassen>.

1.4 In deze tweedelige bijdrage zal allereerst kort de achtergrond van de Europese anti-witwasrichtlijnen ten aanzien van trusts en soortgelijke juridische constructies worden uiteengezet. Vervolgens zal het eerdergenoemde Voorontwerp aan een kritische beschouwing worden onderworpen. Daarna komen wij tot een conclusie met een aantal aanbevelingen aan de wetgever.

2. Achtergrond van de Vierde en Vijfde Europese anti-witwasrichtlijn ten aanzien van trusts en soortgelijke juridische constructies

2.1 Met de inwerkingtreding van de Vierde Europese anti-witwasrichtlijn op 25 juni 2015, is de verplichting tot de invoering van een centraal UBO-register geïntroduceerd.⁶ Deze verplichting behelst oorspronkelijk, naast de invoering van een UBO-register voor vennootschappen en rechtspersonen voor alle EU-lidstaten⁷, eveneens de invoering van een UBO-register voor express trusts voor die EU-lidstaten met een eigen trustwetgeving in hun rechtssysteem.⁸ De registratieplicht was in dat geval echter beperkt tot trusts waaraan ‘fiscale gevolgen’ zijn verbonden.⁹ In navolging hiervan heeft de minister van Financiën¹⁰ in 2016 in zijn contourenbrief over de introductie van het UBO-register aangekondigd dat Nederland – als gevolg van de afwezigheid van een eigen trustwetgeving – niet over zal gaan tot de invoering van een UBO-register voor trusts.¹¹

2.2 Alhoewel de trust in het Nederlandse recht niet voorkomt, kent het Nederlandse recht echter wel een aantal trustachtige rechtsfiguren.¹² In dat kader was het niet geheel duidelijk of voor de in het Nederlandse recht voorkomende trustachtige figuren tevens een UBO-registratieplicht zou gaan gelden.¹³ Zo werd met betrekking tot het fonds voor gemene rekening vanuit de rechtspraak en de politiek de vraag gesteld of een dergelijke figuur aan de UBO-registratieplicht diende te voldoen.¹⁴ De minister van Financiën heeft toentertijd aangegeven dat de verplichting tot registratie van UBO-gegevens voor fondsen voor gemene rekening vooralsnog niet zou plaatsvinden.¹⁵

2.3 Met de inwerkingtreding van de Vijfde anti-witwasrichtlijn is echter de verplichting tot het instellen van een UBO-register voor trusts en trustachtige figuren gewijzigd en verder uitgebreid.¹⁶ Waar EU-lidstaten zonder een eigen trustwetgeving aanvankelijk op grond van de Vierde anti-witwasrichtlijn geen UBO-register voor trusts dienden in te stellen, verplicht de Vijfde anti-witwasrichtlijn thans wel tot een dergelijke invoering. Daarnaast is het vereiste dat aan de trust ‘fiscale gevolgen’ moet zijn verbonden, komen te vervallen.¹⁷ Naast trusts, die-

nen tevens ‘soortgelijke juridische constructies’ te worden geregistreerd in het UBO-register. Voor wat betreft de Nederlandse trustachtige rechtsfiguren heeft de wetgever nu bepaald dat voor de toepassing van de Vijfde anti-witwasrichtlijn in ieder geval het fonds voor gemene rekening aangemerkt zal worden als ‘soortgelijke juridische constructie’, hetgeen betekent dat de UBO-registratieplicht in ieder geval voor deze rechtsfiguur gaat gelden.¹⁸

2.4 De introductie van het UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies in het Nederlandse rechtstelsel diende uiterlijk op 10 maart 2020 te geschieden.¹⁹ Nederland heeft de voornoemde implementatiedatum niet kunnen halen. De instelling van het UBO-register voor trusts en trustachtige figuren zal naar verwachting in de loop van 2021 worden gerealiseerd.

3. De ‘Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies’

3.1 Het Voorontwerp

De minister van Financiën heeft reeds in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel ‘Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere

6. Artt. 30 en 31 Vierde anti-witwasrichtlijn.
7. Zie voor een uitgebreide uiteenzetting hierover o.a.: B. Snijder-Kuipers, ‘Het UBO-register’, *WPNR* 2017/7169; B. Snijder-Kuipers, ‘Het UBO-register’, *Ondernemingsrecht* 2019/86; B. Snijder-Kuipers, ‘Het UBO-register in 2020’, *JBN* 2019/6; D. van Lierop, ‘Het UBO-register: de achtbaan dendert door’, *KWEP* 2020/1.
8. Artt. 30 en 31 Vierde anti-witwasrichtlijn.
9. Art. 31 lid 4 Vierde anti-witwasrichtlijn.
10. Mede namens de minister van Justitie en Veiligheid.
11. *Kamerstukken II* 2015/16, 31477, nr. 10, p. 3.
12. Deze rechtsfiguren vallen echter niet altijd onder het bereik van het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, ‘s-Gravenhage 1 juli 1985, *Trb.* 1985, 141.
13. Art. 31 lid 8 Vierde anti-witwasrichtlijn. Zie ook: *Kamerstukken II* 2015/16, 31477, nr. 12, p. 12.
14. *Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 6, p. 18-19. Zie ook reacties Internetconsultatie Voorontwerp Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten. <https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden/reacties>.
15. *Kamerstukken II* 2017/18, 34808, nr. 15, p. 5-6.
16. Art. 31 Vijfde anti-witwasrichtlijn.
17. Art. 31 lid 1 Vijfde anti-witwasrichtlijn.
18. Art. 31 lid 10 Vijfde anti-witwasrichtlijn. Zie ook: Lijst van trusts en soortgelijke juridische constructies die vallen onder het recht van de lidstaten en waarvan de Commissie in kennis is gesteld, *PbEU* 2019/C 434/13; *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, 3, p. 13 en p. 34.
19. Art. 67 lid 1 Vijfde anti-witwasrichtlijn.

juridische entiteiten²⁰ (*hierna*: Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten) bekendgemaakt dat voor de invoering van het Nederlandse UBO-register voor trusts en soortgelijke juridische constructies, een separaat wetsvoorstel zal worden ingediend.²¹ Als onderdeel van de implementatie van de voornoemde registratieverplichting is op 17 april 2020 daartoe het Voorontwerp van het wetsvoorstel ‘Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies’ (*hierna*: het Voorontwerp) gepubliceerd en aan een internetconsultatie onderworpen. Het Voorontwerp heeft betrekking op het wettelijke kader voor de registratie van de informatie van uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies en bestrijkt in elk geval de volgende onderwerpen:

- a. De definitie van een trust of een soortgelijke juridische constructie;
- b. De definitie van een UBO;
- c. De entiteiten waarvan UBO-informatie dient te worden geregistreerd;
- d. De UBO-informatie die moet worden geregistreerd;
- e. De toegang tot het UBO-register;
- f. De personen die de UBO-informatie moeten aanleveren;
- g. Het beheer van het Nederlandse Trust UBO-register;
- h. De terugmeldplicht; en
- i. Sancties bij niet naleving.

Ter invulling van deze onderwerpen heeft de Nederlandse wetgever – voor zover de Europese antiwitwaswetgeving ruimte heeft toegelaten – aansluiting gezocht bij de Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten.²²

3.2 De registratieplicht van een trust of een soortgelijke juridische constructie krachtens het Voorontwerp

I. De definitie van trusts en trustees

3.2.1 De Nederlandse wet kent geen eigen definitie van de trustfiguur noch een registratieplicht daarvan in het handelsregister. Teneinde te bepalen of er sprake is van een trust, opdat deze onder de registratieplicht van het Voorontwerp valt, heeft de Nederlandse wetgever – evenals bij art. 1 lid 2 van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (*hierna*: Wwft) – voor een definitie van de trust, aansluiting gezocht bij het Haags Trust Verdrag (*hierna*: HTV).²³

Ingevolge art. 2 lid 1 HTV heeft de term ‘trust’ betrekking op:

“rechtsbetrekkingen die - bij rechtshandeling onder de levenden of terzake des doods - in het

leven worden geroepen door een persoon, de insteller, wanneer goederen onder de macht van een trustee worden gebracht ten behoeve van een begunstigde of voor een bepaald doel.”²⁴

Voorts dient een rechtsfiguur, om als een trust in de zin van het HTV te worden aangemerkt, op grond van art. 2 lid 2 HTV de volgende kenmerken te hebben:

- a. de goederen van de trust vormen een afgescheiden vermogen en zijn geen deel van het vermogen van de trustee;
- b. echtstapel met betrekking tot de goederen van de trust staat ten name van de trustee of ten name van een ander voor rekening van de trustee;
- c. de trustee heeft de bevoegdheid en de plicht, terzake waarvan hij verantwoording schuldig is, om in overeenstemming met de bepalingen van de trust en de bijzondere verplichtingen, waaraan hij van rechtswege is onderworpen, de goederen van de trust te besturen en te beheren of er over te beschikken.

3.2.2 Uit het Voorontwerp is thans niet geheel duidelijk of trusts die aan de toetsing van art. 2 HTV worden onderworpen, ook dienen te voldoen aan het schriftelijkheidsvereiste van art. 3 HTV. Naar wij aannemen vindt een toetsing aan art. 2 HTV in casu plaats voor zowel trusts die mondeling – ook al zal dat bewijsproblemen kunnen opleveren – als schriftelijk in het leven zijn geroepen.

3.2.3 De definitie van de trust krachtens het HTV heeft een ruim materieel toepassingsbereik.²⁵

20. De Eerste Kamer heeft deze wet op 23 juni 2020 aangenomen. De wetgever heeft in casu gekozen voor een gedifferentieerde inwerkingtreding, waarbij diverse onderdelen van deze wet op verschillende tijdstippen in werking zullen treden. De registratieplicht voor de uiteindelijk belanghebbenden van rechtspersonen en personenvennootschap zal in ieder geval vanaf 27 september 2020 gaan gelden. Zie hiervoor: Besluit van 3 juli 2020 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten, *Stb.* 2020, 232.

21. *Kamerstukken II* 2018/19, 35179, nr. 3, p. 2.

22. MvT Voorontwerp, p. 8.

23. Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts, 's-Gravenhage 1 juli 1985, *Trb.* 1985, 141; art. 1 Voorontwerp; MvT Voorontwerp, p. 9.

24. Art. 2 HTV; MvT Voorontwerp, p. 9.

25. M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57.

Een trust in de zin van het HTV heeft derhalve niet noodzakelijkerwijs gelijklopend te zijn aan één of meer van de Anglo-Amerikaanse trustvormen. Zolang de kenmerken van een rechtsfiguur corresponderen met de in art. 2 leden 1 en 2 HTV genoemde kenmerken, wordt de rechtsfiguur als een trust aangemerkt.²⁶ Voorts maakt het Voorontwerp geen onderscheid in origine van de te registreren trusts. Aangezien de UBO-registratieplicht wordt gekoppeld aan de definitie van de trust ingevolge art. 2 HTV, zijn voor de registratieplicht ingevolge het Voorontwerp de volgende rechtsfiguren relevant:

- i. Anglo-Amerikaanse trusts;
- ii. trusts die voorkomen in continentale rechtstelsels;
- iii. trustachtige figuren die voorkomen in continentale rechtstelsels, waaronder Nederland, mits zij voldoen aan de eisen van art. 2 HTV.^{27, 28}

3.2.4 Uit het bovenstaande kan worden afgeleid dat – vanwege het ruime toepassingsbereik van de eerder besproken trustdefinitie en de daarmee samenhangende kenmerken – trustachtige figuren die naar Nederlands recht in het leven zijn geroepen en die aan de eisen van art. 2 HTV voldoen, voor registratiedoeleinden evenzeer als een trust zouden kunnen worden aangemerkt.²⁹ Wij vermoeden dat de wetgever over de eventuele gevolgen hiervan nog niet heeft nagedacht.

3.2.5 Naast de definitie van een trust verwijst het Voorontwerp voor de definitie van een trustee eveneens naar het HTV.³⁰ De kenmerken van een trust zijn voor het vaststellen of er sprake is van een trustee relevant, in het bijzonder het feit dat de trustee – overeenkomstig de trustvoorwaarden en het van toepassing zijnde trustrecht – over de trustgoederen beschikt, zonder dat deze goederen deel uitmaken van het vermogen van de trustee.³¹

II. De definitie van soortgelijke juridische constructies en beheerders van de constructies

3.2.6 De rechtsfiguren die op grond van het HTV als een trust worden beschouwd, zijn in dit kader niet de enige rechtsfiguren met een UBO-registratieplicht. 'soortgelijke juridische constructies' worden immers gelijkgesteld met de trust.³² Waar in het Voorontwerp wordt gesproken van een trust, wordt daaronder mede een soortgelijke juridische constructie verstaan.³³ Dit impliceert dat ook personen die een vergelijkbare functie met de trustee van een trust bekleden, gelijkgesteld worden aan de trustee.³⁴ Zodoende worden zij onderworpen aan dezelfde kwalificatietoets die voor de trustee op grond van het HTV geldt.³⁵ Voor wat betreft de definitie van een soortgelijke constructie heeft de Nederlandse wetgever hier-

aan een eigen invulling gegeven. Blijkens art. 2 lid 3 van het Voorontwerp wordt onder 'soortgelijke juridische constructie' verstaan:

“bij overeenkomst of samenstel van overeenkomsten tot stand gebracht fonds zonder rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een onderneming of rechtspersoon als bedoeld in de Handelsregisterwet 2007, waarin de deelnemers vermogen bijeenbrengen dat voor gezamenlijke rekening wordt belegd of anderszins wordt aangewend ten behoeve van de uiteindelijk belanghebbenden van dat fonds, alsmede een juridische constructie die is opgenomen in de geconsolideerde lijst, bedoeld in art. 31, tiende lid, van de vierde anti-witwasrichtlijn.”

Teneinde een rechtsfiguur als een 'soortgelijke juridische constructie' in de zin van het Voorontwerp te kwalificeren, zijn derhalve de volgende materiële kenmerken essentieel:

- a. het ontbreken van rechtspersoonlijkheid en de uitsluiting van ondernemingen in de zin van de Handelsregisterwet 2007;³⁶
- b. het bijeenbrengen van vermogen door de deelnemers;
- c. het vermogen wordt voor gezamenlijke rekening aangewend;
- d. het vermogen wordt aangewend ten behoeve van de uiteindelijk belanghebbenden(en).³⁷

26. M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-57.

27. Vgl. M.E. Koppenol-Laforce, *Het Haagse Trustverdrag* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1997, p. 56-59.

28. Men bedenke wel dat trusts en trustachtige figuren die voldoen aan de definitie van een andere EU-lidstaat, dan wel op de geconsolideerde lijst van 'soortgelijke juridische constructies' van de Europese Commissie zijn opgenomen, in beginsel niet onder de Nederlandse UBO-registratieplicht vallen. In dat geval bestaat er reeds een registratieplicht voor trusts en trustachtige figuren in de desbetreffende EU-lidstaten op grond van Vierde en Vijfde anti-witwasrichtlijn.

29. Thans bestaan onduidelijkheden over de vraag welke rechtsfiguren in casu op basis van de huidige definitie van de trust, al dan niet als trust zouden kunnen worden aangemerkt. Wij merken hierbij op dat het testamentair bewind en de kwaliteitsrekening in ieder geval niet onder het HTV vallen. Zie ook: HR 13 juni 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF3413, NJ 2004/196 m.nt. W.M. Kleijn; M.E. Koppenol-Laforce, in: *T&C Vermogensrecht 2019*, commentaar op art. 2 Haags Trustverdrag 1985 (online, bijgewerkt 1 juli 2019).

30. Art. 1 Voorontwerp jo. art. 2 lid 2 HTV.

31. Art. 2 lid 1 Voorontwerp; MvT Voorontwerp, p. 10.

32. Zie ook: MvT Voorontwerp, p. 10.

33. Art. 2 lid 1 Voorontwerp.

34. Art. 2 lid 2 Voorontwerp.

35. Art. 2 lid 2 jo. art. 1 Voorontwerp.

36. Volgens de MvT worden de uiteindelijk belanghebbenden van rechtspersonen en personenvennootschappen reeds opgenomen in het UBO-register voor vennootschappelijke entiteiten. Zie hiervoor: MvT Voorontwerp, p. 10.

37. MvT Voorontwerp, p. 10.

3.2.7 Evenals de definitie van de trust op grond van de HTV, is de definitie voor 'soortgelijke juridische constructie' materieelrechtelijk van aard.³⁸ Dit impliceert dat rechtsfiguren als 'soortgelijke juridische constructie' worden beschouwd en derhalve aan de UBO-registratieplicht moeten voldoen, indien er voldaan is aan de gestelde wettelijke vereisten. Ook in dit geval doet het land waarin de 'soortgelijke juridische constructie' is opgericht, voor registratiedoeleinden niet ter zake. Voor het Nederlandse recht geldt dat volgens de conceptmemorie van toelichting in ieder geval open en besloten fondsen voor gemene rekening onder de definitie van 'soortgelijke juridische constructies' vallen.³⁹ Daarnaast heeft de Nederlandse wetgever bepaald dat fondsen voor gemene rekening op de geconsolideerde lijst van trusts en soortgelijke juridische constructies als bedoeld in art. 31 lid 10 Vijfde anti-witwasrichtlijn, die door de Europese Commissie is gepubliceerd (*hierna: Geconsolideerde lijst*), als zodanig worden aangewezen.⁴⁰

3.2.8 Alhoewel de definitie voor 'soortgelijke juridische constructie' een materieelrechtelijk karakter heeft, kent deze definitie – anders dan de trustdefinitie – door de gebezigde formulering een beperktere reikwijdte, waardoor bepaalde trustachtige figuren in het Nederlandse rechtssysteem – bijvoorbeeld het fidei-commis – voor registratiedoeleinden, van de definitie van 'soortgelijke juridische constructie' worden uitgezonderd.⁴¹ De Nederlandse wetgever heeft niet gemotiveerd waarom enkel het fonds voor gemene rekening als 'soortgelijke juridische constructie' registratieplichtig is. Wel kan uit de conceptmemorie van toelichting worden afgeleid dat – door het gebruik van de bewoordingen 'in ieder geval' – de Nederlandse lijst van 'soortgelijke juridische constructies' niet limitatief is. Met deze bewoordingen heeft de Nederlandse wetgever de mogelijkheid opengelaten om in de toekomst meerdere Nederlandse trustachtige figuren te scharen onder de definitie 'soortgelijke juridische constructies'.⁴²

III. Trustvormen en soortgelijke juridische constructies die voor registratiedoeleinden van belang zijn

3.2.9 Trusts en soortgelijke juridische constructies hebben op grond van het Voorontwerp, de verplichting om hun uiteindelijk belanghebbenden in het UBO-register in te schrijven. De trustfiguur kent diverse verschijningsvormen en de vraag die rijst is op welke soorten trusts de registratieplicht toepasselijk is. Daarnaast hebben ook soortgelijke juridische constructies – voor Nederland in het bijzonder het fonds voor gemene rekening – dezelfde registratieplicht. In het onderstaande worden de soorten trusts en soort-

gelijke juridische constructies, alsmede de reikwijdte van de registratieverplichting besproken.

Trusts

3.2.10 Blijkens art. 2 en 3 HTV is de toepassing van het HTV beperkt tot *express trusts*. Dit impliceert dat enkel trusts die ten gevolge van een intentie van de oprichter in het leven zijn geroepen, in casu voor registratiedoeleinden van betekenis zijn. Alle andere soorten trusts die niet krachtens een rechtshandeling strekkende tot de creatie van de trust zijn ingesteld, vallen derhalve niet onder de registratieplicht van het Voorontwerp.⁴³

Voor wat betreft de *express trusts* zijn voor de registratieverplichting, in ieder geval de volgende *express trust* categorieën⁴⁴ van belang:

- a. Trusts gedifferentieerd naar het tijdstip van hun totstandkoming, t.w.:
 - i. Trusts die gedurende het leven van de oprichter in het leven zijn geroepen, ofwel *inter vivos trusts*;
 - ii. Trusts die bij uiterste wilsbeschikking in het leven zijn geroepen, ofwel *testamentary trusts*;
- b. Trusts gedifferentieerd naar het doel waarvoor zij in het leven zijn geroepen, t.w.:
 - i. Trusts die ten behoeve van *beneficiaries* zijn gecreëerd, ofwel *private express trusts*;
 - ii. Trusts die uitsluitend een algemeen nut beogen, ofwel *charitable trusts*;

38. MvT Voorontwerp, p. 10.

39. MvT Voorontwerp, p. 10.

40. Het fonds voor gemene rekening zal aldus in de andere EU-landen voor registratiedoeleinden van rechtswege als 'soortgelijke juridische constructie' worden beschouwd. Zie hiervoor: art. 31 lid 10 Vijfde anti-witwasrichtlijn; Lijst van trusts en soortgelijke juridische constructies die vallen onder het recht van de lidstaten en waarvan de Commissie in kennis is gesteld, *PbEU* 2019/C 434/13 (Geconsolideerde lijst); MvT Voorontwerp, p. 10.

41. Zie in dit kader: art. 31 lid 1 Vijfde anti-witwasrichtlijn die expliciet bepaalde vormen van de fidei-commis vermeldt. Zie ook: de Geconsolideerde lijst, waarbij België heeft bepaald dat de fidei-commis de residuo als 'soortgelijke juridische constructie' dient te worden opgenomen.

42. MvT Voorontwerp, p. 10.

43. Men denke bijvoorbeeld aan trusts die van rechtswege of op grond van een rechterlijke uitspraak tot stand komen.

44. Voor een uitgebreidere uiteenzetting zie onder andere: J.A. McGhee, *Snell's Equity*, London: Sweet & Maxwell 2020, p. 653 e.v.; D.J. Hayton, *Underhill & Hayton. The Law of Trusts and Trustees*, London: Butterworths/LexisNexis 2016, p. 117 e.v.

- c. Trusts gedifferentieerd naar de bevoegdheden die aan de trustee zijn toegekend, t.w.:
- i. Trusts waarbij direct na hun totstandkoming de bij trustakte aangewezen beneficiarissen een vooraf in de trustakte vastgesteld aandeel in het trustfonds verkrijgen, aangeduid als *fixed trusts*;
 - ii. Trusts bij welke aan de trustee discretionaire bevoegdheden zijn toegekend op grond waarvan hij kan bepalen wie als *beneficiary* wordt aangewezen en welk aandeel precies de beneficiary in het trustfonds verkrijgt, aangeduid als *discretionary trusts*.

Het fonds voor gemene rekening

3.2.11 De wetgever heeft daarnaast bepaald dat het fonds voor gemene rekening (*hierna*: FGR) op basis van de Nederlandse definitie voor 'soortgelijke juridische constructie' – het is immers de enige 'soortgelijke juridische constructie' die Nederland volgens de wetgever vooralsnog kent – onder de registratieplicht valt. Naar onze mening is het echter verdedigbaar dat het FGR – gezien de trustdefinitie en de daarmee samenhangende kenmerken – reeds op basis van art. 2 HTV als een trust voor registratiedoeleinden kan worden aangemerkt.⁴⁵

3.2.12 Voor registratiedoeleinden zijn de volgende vormen van het FGR voor de registratieplicht van belang:

- a. Het open FGR;⁴⁶ en
- b. Het besloten FGR.⁴⁷

Het lijkt dat de wetgever het onderscheid tussen het open en besloten karakter van het FGR baseert op de fiscaalrechtelijke wetgeving, dat van belang is voor de heffing van de inkomstenbelasting, de vennootschapsbelasting, de omzetbelasting en de dividendbelasting. Vanuit fiscale optiek wordt een FGR gezien als een samenwerkingsverband voor en door participanten zonder rechtspersoonlijkheid met (doorgaans) een zelfstandige beheerder en (doorgaans) een zelfstandige bewaarder. Naar huidig recht kennen wij immers het FGR niet als een specifieke civielrechtelijke rechtsfiguur.⁴⁸

3.2.13 Voorts wordt het FGR – onder voorwaarden – als beleggingsfonds tevens aan financieelrechtelijke bepalingen onderworpen.⁴⁹ De Wet op het financieel toezicht (*hierna*: Wft) reguleert onder meer (open) beleggingsinstellingen. Hieronder vallen zowel beleggingsmaatschappijen als beleggingsfondsen, die gelden of andere goederen ter collectieve belegging vragen of verkrijgen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen. Bij een beleggingsmaatschappij gaat het dan om een rechtsper-

soon die deze activiteiten ontplooit. Voor het beleggingsfonds is in art. 1:1 Wft de volgende definitie opgenomen:

“een niet in een beleggingsmaatschappij ondergebracht vermogen waarin ter collectieve belegging gevraagde of verkregen gelden of andere goederen zijn of worden opgenomen teneinde de deelnemers in de opbrengst van de beleggingen te doen delen.”

Een beleggingsfonds kent op basis van de Wft een beheerder en een bewaarder, waaraan diverse regulatoire voorwaarden zijn verbonden.

3.2.14 De Wft-definitie wijkt af van de fiscale benadering en beide kwalificaties wijken op hun beurt weer af van de veelal in civielrechtelijke zin gehanteerde kwalificatie. In de laatstbedoelde zin wordt het FGR immers veelal beschouwd als maatschap⁵⁰, vennootschap onder firma, commanditaire vennootschap of contract *sui generis*.⁵¹ De civielrechtelijke kwalificatie zal, aldus de minister in het kader van de behandeling van een eerder wetsvoorstel tot modernisering van de personenvennootschap, meestal afhangen van de omstandigheden van het geval.⁵² Veelal zal daarbij relevant zijn of de participanten ook beoogd hebben met elkaar een samenwerking aan te gaan.

IV. Trustachtige figuren in de vorm van een personenvennootschap of een rechtspersoon

3.2.15 In bepaalde gevallen doet zich de situatie voor dat trustachtige figuren in de vorm van een personenvennootschap of een rechtspersoon worden opgericht. Men denke aan situaties waarin een stichting administratiekantoor in het kader van certificering wordt opgericht of, zoals hierboven is besproken, een FGR, al dan niet

45. Paragraaf 3.2.1 t/m 3.2.5. Vgl. echter ook: J.C.A. Tonino, 'Vermogensscheiding in het wetsvoorstel ter implementatie van de AIFM-richtlijn: nog steeds op zee, land in zicht?', *FR* 2012/10, p. 358-359.

46. Zie ook: art. 2 lid 3 Wet Vpb 1969.

47. MvT Voorontwerp, p. 10.

48. Tot 1934 was in de artt. 57 en 58 van het Wetboek van Koophandel de Handeling voor gemene rekening neergelegd, maar die is vanwege de gelijkenis met de stille maatschap afgeschaft.

49. Zie ook: D.F.M.M. Zaman & M.S. Koppert-van Beek, 'De kwalificatie van het fonds voor gemene rekening', *Ondernemingsrecht* 2008/109, paragraaf 2.2 e.v.

50. Bij de vraag of er sprake is van een maatschap kunnen we ons baseren op de materiële criteria als opgesomd in HR 2 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3876, *NJ* 2012/75 m.nt. P. van Schilfgaarde (*Astense Dierenartspraktijk*).

51. Vgl. D.F.M.M. Zaman & M.S. Koppert-van Beek, 'De kwalificatie van het fonds voor gemene rekening', *Ondernemingsrecht* 2008/109.

52. *Kamerstukken II* 2004/05, 28764, nr. 3, p. 6; *Kamerstukken II* 2004/05, 28764, nr. 5, p. 9.

bedoeld, wordt vorm gegeven als maatschap, commanditaire vennootschap, vennootschap onder firma of beleggingsmaatschappij.⁵³ Is er sprake van een zodanige situatie, dan bestaat – op voet van het bepaalde in art. 2 lid 3 van het Voorontwerp – een registratieplicht overeenkomstig de Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten.⁵⁴ Vanwege zijn vennootschappelijk karakter komt de registratieplicht die geldt voor een dergelijke trustachtige figuur op grond van het Voorontwerp, te vervallen. Een adequate kwalificatie is derhalve uiterst relevant.

V. Volgorde ter bepaling van de Nederlandse UBO-registratieplicht

3.2.16 Ten slotte zij opgemerkt dat bij de vaststelling van de UBO-registratieplicht voor een rechtsfiguur, het kan voorkomen dat een rechtsfiguur – op grond van de door het Voorontwerp gebezigde definities – zowel als een trust als een 'soortgelijke juridische constructie' kan kwalificeren. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan het FGR dat zowel als een trust als een 'soortgelijke juridische constructie' kan worden aangemerkt. Daarnaast kan zich de situatie voordoen waarbij het FGR wordt vormgegeven als een (stille) maatschap die geen onderneming drijft.⁵⁵ In onze optiek kan een dergelijke maatschap vanwege haar vorm zowel onder het bereik van het Voorontwerp als onder de Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten vallen.⁵⁶ De vraag rijst dan in welke volgorde de kwalificatietoets dient te geschieden. Naar onze mening zal eerst moeten worden vastgesteld of de desbetreffende rechtsfiguur onder de registratieplicht van de Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten valt. Is dat niet het geval, dan dient aan de hand van de gehanteerde definitie van de trust moeten worden bepaald of de rechtsfiguur als een trust kan worden aangemerkt. Valt de rechtsfiguur onder de Implementatiewet vennootschappelijke entiteiten noch onder de definitie van de trust, dan zal daarna een toetsing moeten plaatsvinden aan hand van de definitie van 'soortgelijke juridische constructie'.

Andere soortgelijke juridische constructies

3.2.17 De intentie van de oprichter is niet enkel doorslaggevend voor trusts die onderworpen worden aan de registratieverplichting.⁵⁷ Als gevolg van de gelijkstelling van de soortgelijke juridische constructies met trusts geldt deze intentie van de oprichter mede voor soortgelijke juridische constructies. Ingeval er sprake is van soortgelijke juridische constructies die niet op de Geconsolideerde lijst zijn opgenomen (daar staat het FGR dus wel op), dient aldus steeds te worden bepaald of deze zijn opgericht krachtens een daartoe strekkende rechtshandeling van de oprichter.⁵⁸

VI. De reikwijdte van de registratieverplichting

3.2.18 Niet alle *express* trusts of soortgelijke juridische constructies die door een wilsuiting van de oprichter zijn opgericht, vallen onder de reikwijdte van het Voorontwerp. Onder de registratieverplichting vallen uitsluitend de *express* trusts, FGR's en andere soortgelijke juridische constructies die door een wilsuiting van de oprichter in het leven zijn geroepen, en:

- waarvan de trustee of beheerder in Nederland woonachtig of gevestigd is; of
- waarvan de trustee of beheerder buiten de Europese Unie woonachtig of gevestigd is én namens de trust of soortgelijke juridische constructie in Nederland een zakelijke relatie aangaat of onroerend goed verwerft.⁵⁹

Dit impliceert derhalve dat voor de toepasselijkheid van de registratieverplichting via de trustee c.q. beheerder een band met Nederland vereist is hetzij door de woonplaats c.q. vestiging van de trustee, dan wel als de trustee c.q. beheerder buiten de EU is gevestigd (stel bijvoorbeeld de Verenigde Staten) èn er sprake is van een zakelijke relatie of verwerving van onroerend goed in Nederland. De laatstbedoelde voorwaarden vereisen nadere toelichting.

Wat is een zakelijke relatie in dit verband?

Op grond van art. 1 lid 1 Wwft wordt onder 'zakelijke relatie' begrepen:

“zakelijke, professionele, of commerciële relatie tussen een instelling en een natuurlijke persoon, rechtspersoon of vennootschap, die verband houdt met de professionele activiteiten van die instelling en waarvan op het tijdstip dat het contact wordt gelegd, wordt aangenomen dat deze enige tijd zal duren.

53. Vgl. D.F.M.M Zaman & M.S. Koppert-van Beek, 'De kwalificatie van het fonds voor gemene rekening', *Ondernemingsrecht* 2008/109; J.W. Van der Velden, 'Fondsen voor gemene rekening: wel of geen maatschap?', *FR* 2015/4; de in noot 49 aangehaalde uitspraak.

54. De Nederlandse wetgever heeft inmiddels bepaald dat de stichting in al haar verschijningsvormen – waaronder ook de STAK – vanwege haar rechtspersoonlijkheid en vorm beter past in het UBO-register voor vennootschappelijke entiteiten. Zie in dit kader: Nota van Toelichting Uitvoeringsbesluit 2018, p. 22-23 (*Stb.* 2018, 241).

55. Krachtens het bepaalde in het nieuwe art. 5 Hrw 2007 jo. art. 2 Hrb 2008 wordt bepaald of er sprake is van een onderneming, teneinde te bepalen of er een inschrijfplicht op grond van de voornoemde wetgeving in de Kamer van Koophandel ontstaat.

56. art. 2 lid 3 Voorontwerp en art. 3 lid 1 sub d jo. art. 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

57. Art. 2 en 3 HTV.

58. Art. 2 en 3 HTV jo. art. 2 lid 1 Voorontwerp.

59. Art. 3 lid 1 Voorontwerp; MvT Voorontwerp, p. 33.

Het begrip ‘zakelijke relatie’ is naar onze mening niet duidelijk. Vallen bijvoorbeeld alle adviezen van een meldingsplichtige instelling⁶⁰ onder deze definitie en daarmee onder de registratieplicht?⁶¹ En wat is de precieze reikwijdte van het begrip ‘zakelijke relatie’? Duidelijke criteria zijn in casu wenselijk en onzes inziens zelfs noodzakelijk, teneinde vervuiling van het UBO-trustregister te voorkomen. Bovendien ontbreekt een toelichting op zowel hetgeen bedoeld wordt met ‘enige tijd’ als op het tijdsbestek waarmee rekening moet worden gehouden. Is dat een periode van twee maanden, zes maanden of een jaar? Zowel de Europese als de Nederlandse wetgever zwijgen hierover.⁶²

Daarenboven roept ook het vereiste ‘verwerving van onroerend goed’ vragen op. Het is markant dat de Europese wetgever het woord ‘verwerving’ in plaats van het woord ‘verkrijging’ bezigt.⁶³ De eerste gedachte die in ons opkomt is dat de Europese wetgever met het woord ‘verwerven’ op een actieve verkrijging doelt en dit derhalve eng moet worden uitgelegd.⁶⁴ Echter, mede gelet op de ratio en de achtergrond van de Europese antiwitwaswetgeving, dient ‘verwerving van onroerend goed’ juist ruim te worden opgevat en zou kennelijk onzes inziens bij de interpretatie hiervan onder meer aan de volgende vormen van verkrijgingen van eigendom moeten worden gedacht:

1. De wijzen waarop onroerend goed in het civiele recht kunnen worden verkregen, namelijk:
 - a. verkrijgingen onder algemene titel zoals fusie en splitsing;
 - b. derivatieve verkrijgingen onder bijzondere titel⁶⁵, zoals overdrachten;
 - c. bepaalde vormen van originele verkrijgingen onder bijzondere titel zoals verjaring en natrekking, maar ook
2. De wijzen van verkrijging in het fiscale recht, namelijk:
 - a. directe verkrijgingen;
 - b. indirecte/fictieve verkrijgingen;⁶⁶ en
3. Diverse vormen van eigendom zoals bijvoorbeeld:
 - a. voorwaardelijke eigendom, in het bijzonder verkrijgingen onder opschortende voorwaarde;
 - b. economische eigendom; en
 - c. blote eigendom.

3.2.19 Behalve de rechtsfiguren die tot de trust of de ‘soortgelijke juridische constructie’ worden gerekend en waarop derhalve een registratieverplichting rust, kunnen alle rechtsfiguren die door een andere EU-lidstaat als trust of ‘soortgelijke juridische constructie’ zijn aangemerkt en op de Geconsolideerde lijst van de Europese Commissie zijn opgenomen, naar Nederlands recht regis-

tratieplichtig zijn.⁶⁷ Blijkens de conceptmemorie van toelichting komt een dergelijke UBO-registratieplicht echter slechts aan bod wanneer ook de trustee c.q. de beheerder voldoet aan de criteria voor registratie in Nederland én de registratie van de juridische constructie niet reeds in een ander EU-lidstaat is geschied.⁶⁸

3.2.20 Vanwege de syntactische meerduidige formulering van het eerdergenoemde, is het niet geheel duidelijk wat de Nederlandse wetgever precies met deze toelichting beoogt. Naar wij vermoeden bedoelt de wetgever met de zinsnede ‘wanneer de trustee voldoet aan de criteria voor registratie in Nederland’, dat vereist is dat de trust of soortgelijke juridische constructie een band met Nederland heeft. Onzes inziens zou het vreemd zijn als de Nederlandse wetgever de trustees en beheerders van trusts en trustachtige figuren die naar het recht van een andere EU-lidstaat zijn opgericht, aan de Nederlandse registratiecriteria onderwerpt. Als gevolg van het feit dat deze rechtsfiguren reeds aangewezen zijn als trusts c.q. soortgelijke juridische constructie door andere EU-lidstaten, zien wij geen aanleiding tot het doen van een toetsing naar Nederlands recht van de rechtsfiguur en de trustee c.q. beheerder. Rechtsfiguren uit andere EU-lidstaten die op de Geconsolideerde lijst voorkomen, worden namelijk van rechtswege aangemerkt als trust of soortgelijke juridische constructie, hetgeen betekent dat ook de trustee c.q. beheerder als zodanig wordt beschouwd.

(wordt vervolgd)

60. Een instelling als bedoeld in art. 1 jo. 1a Wwft.

61. Men denke bijvoorbeeld aan een adviseur die een aantal legal opinions afgeeft aan een buitenlandse entiteit. Vgl. ook: art. 1a leden 4 en 5 Wwft.

62. Het enige dat in dit kader is vermeld, is dat met de woorden ‘enige tijd’ incidentele transacties worden uitgesloten. Zie hiervoor: *Kamerstukken II 2007/08, 31238, nr. 3, p. 14.*

63. Art. 31 lid 3bis Vijfde anti-witwasrichtlijn.

64. Het Van Dale Nederlands woordenboek definieert het begrip ‘verwerven’ als: “door arbeid, verdienste, moeite verkrijgen.”

65. Met betrekking tot het genoemde onder 1 sub b is het ook de vraag of beperkte genotsrechten, zoals vruchtgebruik, onder het begrip ‘verwerven’ vallen. Duidelijkheid is hier wel gewenst.

66. Zie in dit verband ook: de consultatiereactie van de Vereniging Ondernemingsrecht Notarissen.

67. MvT Voorontwerp, p. 10 en de Geconsolideerde lijst.

68. Art. 3 lid 2 Voorontwerp en MvT Voorontwerp, p. 10.