

NOTITIE

Dossiernummer Persoonsgegevens 82270.01
Van Van Buttingha Wichers notarissen
Zuidbroek Notarissen
HVG Law
Teekens Karstens
Aan Ministerie van Financiën
Inzake **UBO-kwalificatie en het beheer van** zakelijke en/of financiële belangen
Datum 13 oktober 2022

Achtergrond

1. Diverse bewindspersonen hebben hun zakelijke en/of financiële belangen op afstand gezet. Dit in verband met:
 - a. de brief van de minister-president, minister van Algemene Zaken, van 20 december 2002 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal¹;
 - b. de brief van de minister-president, minister van Algemene Zaken, van 15 december 2021 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal inzake de motie Sneller.²
2. De wijze waarop zakelijke en/of financiële belangen op afstand gezet worden verschilt van geval tot geval. Desalniettemin zijn op hoofdlijnen de volgende twee situaties te onderscheiden:
 - a. de oprichting van een stichting door de (aanstaand) bewindspersoon gevolgd door het vaststellen van administratievoorwaarden door de stichting en ten slotte gevolgd door het ten titel van beheer overdragen van aandelen in een besloten vennootschap ('BV') door de (aanstaand) bewindspersoon aan de stichting waar tegenover de stichting certificaten uitgeeft aan de (aanstaand) bewindspersoon. Deze stichting wordt hierna aangeduid als 'STAK';
 - b. de oprichting van een stichting door de (aanstaand) bewindspersoon gevolgd door het sluiten van een beheerovereenkomst door de (aanstaand) bewindspersoon ter zake het beheer van vermogen van de (aanstaand) bewindspersoon, zoals vastgoed en/of een effectenportefeuille. Deze stichting wordt hierna aangeduid als 'Beheerstichting'. De Beheerstichting houdt geen aandelen in een BV zoals een STAK dat doet.

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2002-2003, 28 754, nr. 1.

² Tweede Kamer, vergaderjaar 2021-2022, 35 925 III, nr. 12.

3. Er is discussie ontstaan over de vraag wie als uiteindelijk belanghebbende (UBO) van de hiervoor bedoelde STAK of Beheerstichting moet worden aangemerkt op grond van de huidige UBO wet- en regelgeving. In deze notitie, die tot stand is gekomen in overleg met van Zuidbroek Notarissen, van HVG Law, van TeekensKarstens en van Van Buttingha Wichers notarissen, wordt een antwoord op deze vraag gegeven. Eerst wordt een nadere omschrijving gegeven van de twee te onderscheiden situaties van een STAK en een Beheerstichting.

Situatie 1: stappen bij de vorming van een STAK

4. Als de (aanstaand) bewindspersoon zakelijke en/of financiële belangen heeft via een BV waarvan deze de enig aandeelhouder en bestuurder is, en het de wens is dat deze BV op afstand wordt gezet, kan een STAK worden gevormd.
5. De eerste stap bij de vorming van een STAK is dat de (aanstaand) bewindspersoon een STAK opricht. In de statuten van STAK wordt onder meer vastgelegd dat STAK als doel heeft om aandelen in de BV te beheren ten behoeve van de oprichter (zijnde de (aanstaand) bewindspersoon) en om diens zakelijke en financiële belangen te behartigen. STAK wordt opgericht om belangen van de (aanstaand) bewindspersoon te behartigen zonder dat STAK een eigen vermogen realiseert. Bij de oprichting worden één of meer onafhankelijke bestuurders benoemd. Na oprichting van STAK kan de (aanstaand) bewindspersoon, zolang deze bewindspersoon is, geen bestuurders van STAK benoemen of ontslaan, dat kan dan alleen het bestuur zelf.
6. Na de oprichting van STAK stelt (het bestuur van) STAK de 'administratievoorwaarden' vast. Administratievoorwaarden betreffen de voorwaarden waaronder STAK de aandelen in de BV zal houden en waaronder STAK certificaten van die aandelen toekent aan de (aanstaand) bewindspersoon. Een van die voorwaarden is dat STAK alle inkomsten op de aandelen in de BV onverwijld uitkeert aan de houder van de certificaten. Een andere voorwaarde is dat STAK geen stemrechten in de algemene vergadering van de BV zal uitoefenen ten behoeve van de uitkering van dividend aan STAK (de enig aandeelhouder van de BV) zolang de certificaathouder bewindspersoon is. Een andere voorwaarde is dat de aandelen in de BV niet terug kunnen naar de (aanstaand) bewindspersoon zolang deze bewindspersoon is.
7. Na vaststelling van de administratievoorwaarden levert de (aanstaand) bewindspersoon de aandelen in de BV aan STAK en kent STAK tegelijkertijd certificaten toe aan de (aanstaand) bewindspersoon. Vanaf dat moment zijn de aandelen in de BV 'gecertificeerd' waarbij de (aanstaand) bewindspersoon (als certificaathouder) enerzijds en STAK anderzijds de rechten en plichten toekomen als vastgelegd in de administratievoorwaarden.

8. In aanvulling op de certificering van aandelen in de BV, kan STAK ook andere vermogensbestanddelen van de (aanstaand) bewindspersoon beheren. Daarvoor wordt dan een aparte beheersovereenkomst aangegaan tussen STAK en de (aanstaand) bewindspersoon. Bij de beheersovereenkomst ontvangt STAK een volmacht van de bewindspersoon om de desbetreffende andere vermogensbestanddelen te beheren. Zo kan bijvoorbeeld het beheer van een pand door STAK worden verzorgd als dat pand aan derden verhuurd wordt. In dat geval wordt in de beheersovereenkomst vastgelegd dat STAK de huurpenningen van het pand zal innen en voor het onderhoud van het pand zorgdraagt. Tevens wordt vastgelegd dat de netto-opbrengst van de verhuur periodiek, bijvoorbeeld maandelijks, aan de (aanstaand) bewindspersoon wordt uitgekeerd. Het pand wordt dus - in tegenstelling tot de aandelen in de BV - niet overgedragen aan STAK. Voor het beheer van een effectenrekening kan bijvoorbeeld via de beheersovereenkomst worden afgesproken dat STAK beleggingsbeslissingen kan nemen en naar keuze van de (aanstaand) bewindspersoon dividend uitkeert aan de (aanstaand) bewindspersoon of herbelegt. De effectenrekening wordt dus - in tegenstelling tot de aandelen in de BV - niet overgedragen aan STAK.
9. Indien vermogensbestanddelen mede-eigendom zijn van de partner van de (aanstaand) bewindspersoon, zal in de beheersovereenkomst ook worden vastgelegd op welke wijze met die situatie wordt omgegaan door STAK.
10. De exacte inhoud van de beheersovereenkomst vergt maatwerk, toegesneden op de specifieke omstandigheden die van toepassing zijn op STAK en de (aanstaand) bewindspersoon (en eventueel diens partner).

Situatie 2: stappen bij de vorming van een Beheerstichting

11. Als de (aanstaand) bewindspersoon zelf zakelijke en/of financiële belangen houdt in een of meer vermogensbestanddelen (anders dan via een BV), en het de wens is dat deze op afstand worden gezet, kan een Beheerstichting worden gevormd. Het op afstand zetten ziet op het beheer van (de belangen in) die vermogensbestanddelen en beoogt niet een overgang van die vermogensbestanddelen.
12. De eerste stap bij de vorming van een Beheerstichting is dat de (aanstaand) bewindspersoon de Beheerstichting opricht. De Beheerstichting heeft als doel om vermogensbestanddelen van de oprichter (zijnde de (aanstaand) bewindspersoon) te beheren ten behoeve van de oprichter en om diens zakelijke en financiële belangen te behartigen. De Beheerstichting wordt opgericht om belangen van de (aanstaand) bewindspersoon te behartigen zonder dat de Beheerstichting een eigen vermogen realiseert. Bij de oprichting worden één of meer onafhankelijke bestuurders benoemd. Na oprichting van de Beheerstichting kan de (aanstaand) bewindspersoon, zolang deze bewindspersoon is, geen bestuurders van de Beheerstichting benoemen of ontslaan, dat kan dan alleen het bestuur zelf.

13. Na de oprichting van de Beheerstichting wordt een beheersovereenkomst gesloten tussen de Beheerstichting en de (aanstaand) bewindspersoon en de partner in geval van mede-eigendom. Bij de beheersovereenkomst ontvangt de Beheerstichting een volmacht om de desbetreffende diverse vermogensbestanddelen van de (aanstaand) bewindspersoon te beheren. Zo kan bijvoorbeeld het beheer van een pand door de Beheerstichting worden verzorgd als dat pand aan derden verhuurd wordt. In dat geval wordt in de beheersovereenkomst vastgelegd dat de Beheerstichting de huurpenningen van het pand zal innen en voor het onderhoud van het pand zorgdraagt. Tevens wordt vastgelegd dat de netto-opbrengst van de verhuur periodiek, bijvoorbeeld maandelijks, aan de (aanstaand) bewindspersoon wordt uitgekeerd. Het pand wordt dus niet overgedragen aan de Beheerstichting. Voor het beheer van een effectenrekening kan bijvoorbeeld via de beheersovereenkomst worden afgesproken dat de Beheerstichting beleggingsbeslissingen kan nemen en naar keuze van de (aanstaand) bewindspersoon dividend uitkeert aan de (aanstaand) bewindspersoon of herbelegt. De effectenrekening wordt dus niet overgedragen aan de Beheerstichting.
14. Indien vermogensbestanddelen mede-eigendom zijn van de partner van de (aanstaand) bewindspersoon, zal in de beheersovereenkomst ook worden vastgelegd op welke wijze met die situatie wordt omgegaan door de Beheerstichting (het "partnerbelang").
15. De exacte inhoud van de beheersovereenkomst vergt maatwerk, toegesneden op de specifieke omstandigheden die van toepassing zijn op de Beheerstichting en de (aanstaand) bewindspersoon (en eventueel diens partner).

Algemene opmerking over het begrip 'UBO'

16. Per 27 september 2020 is het verplicht dat voor rechtspersonen en vennootschappen geregistreerd wordt welke perso(o)n(en) de UBO('s) zijn. Een 'UBO' is de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van, of zeggenschap heeft over, een vennootschap of andere juridische entiteit³.
17. In het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is uitgewerkt waaraan een persoon moet voldoen om als UBO aangemerkt te kunnen worden. Voor een besloten vennootschap ('BV') is dat onder meer als de persoon direct of indirect houder is van meer dan 25 procent van de aandelen, van de stemrechten of van het eigendomsbelang in de BV⁴.

³ Art. 10a WWFT.

⁴ Artikel 3 lid 1 sub a onder 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018

18. Voor een stichting is voorgeschreven dat een persoon UBO van de stichting is als deze⁵:
- direct of indirect houder is van meer dan 25% van het *eigendomsbelang* in de rechtspersoon; of
 - direct of indirect meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van de stichting; of
 - feitelijk zeggenschap over de stichting kan uitoefenen.
- Onder het begrip eigendomsbelang wordt verstaan het recht op uitkering uit het vermogen van de rechtspersoon zoals uit reserves, winst en een liquidatieoverschot⁶.
19. Als UBO heeft niet te gelden de persoon die er bij gebaat is dat STAK of de Beheerstichting vermogensbestanddelen beheert, als deze niet voldoet aan de criteria als vermeld onder randnummer 18.

UBO's bij een STAK

20. Ingeval gekozen wordt voor een STAK zal er zowel voor de STAK zelf als voor de BV een UBO vastgesteld moeten worden.

21. UBO bij de BV

21.1. Bestuurder(s)

De bestuurder(s) van STAK zullen als ("stemrecht") UBO van de BV kwalificeren als zij indirect, als bestuurder van STAK, ieder meer dan 25% van de stemrechten in het bestuur van STAK kunnen uitoefenen en STAK op haar beurt alle stemrechten in de algemene vergadering van de BV kan uitoefenen⁷.

21.2. Bewindspersoon

De persoon die alle certificaten van aandelen in de BV houdt heeft een eigendomsbelang van meer dan 25% in de BV en kwalificeert om die reden als UBO van de BV.

22. UBO bij STAK

22.1. Bestuurder(s)

De bestuurder(s) van STAK voldoen aan het criterium om als UBO van STAK te kwalificeren als elk van hen voor meer dan 25% van de stemmen mee kan besluiten tot statutenwijziging van STAK. Indien er bij STAK vier of meer bestuurders in functie zijn en iedere bestuurder een gelijk

⁵ Artikel 3 lid 1 sub c onder 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018

⁶ Artikel 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018

⁷ Persoonsgegevenswijst er hierbij op dat een andere te verdedigen zienswijze is dat de bestuurders van de STAK niet als UBO op grond van het stemrecht kunnen worden gezien omdat het stemrecht niet aan de natuurlijke personen zelf toekomt maar alleen aan hen toekomt in hun functie van bestuurder en zij als gevolg daarvan als UBO kunnen kwalificeren op grond van feitelijke zeggenschap.

aantal stemmen in het bestuur van STAK heeft, dan kwalificeren alle bestuurders van STAK als "pseudo" UBO⁸.

22.2. Bewindspersoon

In de parlementaire geschiedenis⁹ is het volgende opgemerkt over de certificaathouder als UBO van een STAK:

Wanneer de administratievoorwaarden bepalen dat STAK jegens de certificaathouders gehouden is een overeenkomstig dividend of andere uitkering rechtstreeks door te geven aan de certificaathouders, heeft de STAK geen keuzevrijheid om over het dividend van de BV te beschikken. STAK beheert dan slechts ten behoeve van de certificaathouders en functioneert als doorgeefluik. In dat geval is er bij een uitkering aan de certificaathouder geen sprake van een «uitkering uit het vermogen» van de Stichting Administratie Kantoor, die valt onder de definitie van «eigendomsbelang» in artikel 1 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.

22.3. Het enkele feit dat een certificaathouder alle certificaten houdt, leidt dus niet tot de kwalificatie van UBO. Er zijn situaties denkbaar dat een certificaathouder UBO is van STAK, maar die doen zich ten aanzien van een (aanstaand) bewindspersoon niet voor. Een certificaathouder kan bijvoorbeeld kwalificeren als UBO van STAK indien de certificaathouder zeggenschapsrechten heeft of op andere wijze een eigendomsbelang heeft (bijvoorbeeld door het recht op een (liquidatie)uitkering uit het vermogen van STAK in het geval STAK eigen vermogen zou hebben). Zoals hierna toegelicht doen deze situaties zich ten aanzien van de (aanstaand) bewindspersoon echter niet voor, in ieder geval niet zolang de bewindspersoon in functie is.

22.4. Ten aanzien van de mogelijkheid dat de certificaathouder zeggenschapsrechten heeft wordt opgemerkt dat als onderdeel van het op afstand zetten van de zakelijke en/of financiële belangen van een (aanstaand) bewindspersoon wordt vastgelegd dat de (aanstaand) bewindspersoon geen zeggenschapsrechten binnen de STAK toekomt zolang deze bewindspersoon is, behoudens het veto- of goedkeuringsrecht als het bestuur van STAK zou willen besluiten tot statutenwijziging of ontbinding van STAK. Dat veto- of goedkeuringsrecht levert nog geen zeggenschap op zoals bedoeld vermeld onder randnummer 18.

22.5. Ten aanzien van de mogelijkheid dat een certificaathouder recht heeft op een uitkering uit het vermogen van STAK wordt het volgende opgemerkt. In de statuten van een STAK voor bewindspersonen is opgenomen dat eventueel vermogen dat resteert na ontbinding van STAK zal worden aangewend door het bestuur van STAK overeenkomstig het doel van STAK. Daarmee wordt dat vermogen dus, conform het statutaire doel, in het belang van de (aanstaand) bewindspersoon aangewend. Het is daarbij echter niet goed voor te stellen dat STAK rechtstreeks een uitkering uit het vermogen van STAK aan de certificaathouder kan doen, omdat daarvoor allereerst vereist is dat STAK vermogen heeft gevormd. Ook omdat het doel

⁸ Zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c onder 2 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018
⁹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2010, 35 179, nr. C, p. 12

van STAK beperkt is en STAK als doorgeefluik¹⁰ fungeert, is het niet snel voorstelbaar dat STAK bij de uitoefening van haar activiteiten meer inkomsten geniet dan ter zake gemaakte kosten. In de administratievoorwaarden is immers vastgelegd dat alle inkomsten op de aandelen in de BV direct aan de certificaathouder moeten worden uitgekeerd. Indien er ook beheersactiviteiten voor andere vermogensbestanddelen worden verricht, wordt in de beheersovereenkomst vastgelegd dat voor de beheersactiviteiten geen vergoeding wordt betaald aan STAK, behoudens de kosten die STAK ter zake maakt.

- 22.6. Ten slotte is het van belang dat de wet een verbod oplegt aan een stichting om een uitkering (uit haar vermogen) te doen aan haar oprichter (zijnde de (aanstaand) bewindspersoon), aan de personen die deel uitmaken van de organen de stichting (zijnde de bestuurders) en aan anderen, tenzij de uitkeringen aan deze anderen een ideële of sociale strekking hebben¹¹. Dus als STAK al vermogen zou vormen, kan dat sowieso niet rechtsgeldig aan de oprichter (en de bestuurders van STAK) worden uitgekeerd, ook niet indien de uitkering een uitkering van het overschot na liquidatie van STAK betreft¹². Onder uitkering wordt door dit verbod verstaan een prestatie zonder gelijkwaardige tegenprestatie of een prestatie die onverplicht is. Als gelden worden uitgekeerd op grond van de certificering (uitkering van dividend die STAK ontvangt op de) aandelen in de BV of op grond van een beheerovereenkomst (STAK ontvangt inkomsten uit de beheerde vermogensbestanddelen en keert die onder aftrek van gemaakte kosten uit aan de certificaathouder), op basis van voormelde beheerovereenkomst, is er geen sprake van overtreding van dat verbod.

UBO's bij een Beheerstichting

23. Ingeval gekozen wordt voor een Beheerstichting zal er, zoals bij iedere stichting, ook voor de Beheerstichting een UBO vastgesteld moeten worden. Indien er bij de Beheerstichting vier of meer bestuurders in functie zijn en iedere bestuurder een gelijk aantal stemmen in het bestuur van de Beheerstichting heeft, dan kwalificeren alle bestuurders van de Beheerstichting als "pseudo" UBO¹³.

23.1. Bestuurder(s)

De bestuurder(s) van de Beheerstichting voldoen aan het criterium om als UBO van de Beheerstichting te kwalificeren als elk van hen voor meer dan 25% van de stemmen mee kan besluiten tot statutenwijziging van de Beheerstichting.

¹⁰ Vergelijk de in randnummer 22.2 geciteerde tekst uit Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2010, 35 179, nr. C, p. 12

¹¹ Zie artikel 2:285 lid 3 BW, welke bepaling ook van toepassing geacht wordt te zijn op uitkering van het overschot na liquidatie van STAK

¹² Dit betreft de heersende leer op dit punt. Persoonsgegevens wijst er bij dit punt nog op dat er op dit punt in de literatuur een genuanceerd ander geluid terug is te vinden, zie De Roo, *Bestuur van rechtspersonen (ZIFO nr. 34)* 2021, par. 6.3.5.1

¹³ Zoals bedoeld in artikel 3 lid 1 sub c onder 2 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018

23.2. Bewindspersoon

Ten aanzien van de mogelijkheid dat de (aanstaand) bewindspersoon zeggenschapsrechten heeft binnen de Beheerstichting wordt net als bij STAK¹⁴ opgemerkt dat als onderdeel van het op afstand zetten van de zakelijke en/of financiële belangen van een (aanstaand) bewindspersoon wordt vastgelegd dat de (aanstaand) bewindspersoon geen zeggenschapsrechten binnen de Beheerstichting toekomt zolang deze bewindspersoon is, behoudens het veto- of goedkeuringsrecht als het bestuur van de Beheerstichting zou willen besluiten tot statutenwijziging of ontbinding van de Beheerstichting. Dat veto- of goedkeuringsrecht levert evenwel geen zeggenschap op zoals bedoeld vermeld onder randnummer 18.

23.3. Zoals hiervoor ook bij de STAK al opgemerkt¹⁵, is het niet goed voor te stellen dat de (aanstaand) bewindspersoon rechtstreeks een uitkering uit het vermogen van de Beheerstichting kan ontvangen, omdat daarvoor allereerst vereist is dat de Beheerstichting vermogen heeft gevormd. Daar zal geen sprake van zijn als de Beheerstichting op grond van een beheersovereenkomst alle inkomsten, dus gelden en andere ontvangsten (eventueel na aftrek van de door de Beheerstichting ter zake gemaakte kosten), uit hoofde van het gevoerde beheer volledig aan de (aanstaand) bewindspersoon moet uitkeren. Bovendien geldt voor stichtingen het voormelde uitkeringsverbod¹⁶.

23.4. Daarbij komt dat, zoals hiervoor onder randnummer 13 opgemerkt, het uitgangspunt bij het op afstand zetten van de zakelijke en/of financiële belangen vanwege een of meer vermogensbestanddelen (anders dan via een BV) is dat de vermogensbestanddelen zelf niet worden overgedragen aan de Beheerstichting, maar eigendom en voor rekening en risico van de (aanstaand) bewindspersoon blijven. Slechts het beheer van de vermogensbestanddelen die eigendom zijn en blijven van de (aanstaand) bewindspersoon, wordt op grond van een beheersovereenkomst door de Beheerstichting verzorgd.

23.5. Het enkele feit dat een (aanstaand) bewindspersoon een beheersovereenkomst heeft gesloten met een Beheerstichting leidt dus niet tot de kwalificatie van UBO bij de Beheerstichting. Niet kan worden uitgesloten dat een (aanstaand) bewindspersoon UBO kan zijn van de Beheerstichting. Daarvoor is van belang dat de (aanstaand) bewindspersoon zeggenschapsrechten¹⁷ heeft (maar ook daar is geen sprake van zolang deze bewindspersoon is).

¹⁴ Zie randnummer 22.4

¹⁵ Zie randnummer 22.5

¹⁶ Zie randnummer 22.6

¹⁷ Of op andere wijze een eigendomsbelang heeft, hetgeen vanwege voormeld uitkeringsverbod niet snel voor te stellen is als de bewindspersoon de oprichter van de Beheerstichting is.

Conclusie

24. De conclusie is dat in het geval een (aanstaand) bewindspersoon zijn zakelijke en/of financiële belangen op afstand heeft geplaatst met behulp van een STAK of een Beheerstichting én het beheer daarvan is ingericht met behulp van administratievoorwaarden en/of een beheerovereenkomst zoals hiervoor beschreven, de (aanstaand) bewindspersoon op grond van de huidige wet- en regelgeving niet als UBO bij de STAK of de Beheerstichting kwalificeert. De (aanstaand) bewindspersoon kwalificeert wel als UBO bij de BV indien de aandelen daarvan gecertificeerd zijn en als zodanig worden gehouden door STAK en de (aanstaand) bewindspersoon meer dan 25% van de certificaten van die aandelen houdt.