

UBO definitie bij fonds voor gemene rekening onder AMLR

info@dufas.nl

www.dufas.nl

Aan Ministerie van Financiën
Van DUFAS (the Dutch Fund and Asset Management Association)
Datum 27 september 2024
Contactgegevens Gerwin van de Steeg, manager regulatory a.i., gvds@dufas.nl

Op 19 juni jl. zijn de definitieve teksten van het AML Package in het Europese staatsblad gepubliceerd. In de anti-witwasverordening (AMLR) zijn bepalingen opgenomen ten aanzien van het vaststellen van de uiteindelijk belanghebbenden (UBO's) bij vennootschappen, andere juridische entiteiten en soortgelijke juridische constructies. Graag vragen wij middels deze notitie aandacht voor de UBO-bepaling bij een fonds voor gemene rekening.

Huidige situatie

Beleggingsinstellingen (abi) en instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe), beide als gedefinieerd in de Wft, kunnen in Nederland worden opgezet als rechtspersoon (bijv. een N.V. of een B.V.) of als een niet-rechtspersoon (bijvoorbeeld een commanditaire vennootschap of een fonds voor gemene rekening). Een fonds voor gemene rekening is een contractuele relatie tussen fondsbeheerder, bewaarder en participanten.

Onder de huidige Nederlandse wetgeving wordt voor het vaststellen van de UBO het fonds voor gemene rekening gelijkgesteld aan een trust. Met die keuze wijkt Nederland af van andere landen. Tot de UBO's van een trust of soortgelijke juridische constructie worden de volgende natuurlijke personen gerekend:

- de oprichter(s) van de trust of soortgelijke juridische constructie;
- de trustee(s) van de trust of degene(n) die in een soortgelijke juridische constructie een vergelijkbare positie heeft/hebben als een trustee in een trust;
- de eventuele protector(s) van de trust of soortgelijke juridische constructie;
- de begunstigden of participanten;
- elke andere natuurlijke persoon die door directe of indirecte eigendom of via andere middelen uiteindelijk zeggenschap uitoefent over de trust of soortgelijke juridische constructie.

Omdat een gereguleerd fonds voor gemene rekening potentieel honderden of duizenden particulieren als participant kan hebben, mag in bepaalde gevallen in plaats van individuele begunstigden, de groep van personen in wier belang de trust of soortgelijke juridische constructie hoofdzakelijk is opgericht of werkzaam is, worden geregistreerd. Indien de te registreren of geregistreerde soortgelijke juridische constructie een fonds voor gemene rekening is dat wordt aangeboden aan honderdvijftig personen of meer en wordt beheerd door een beheerder waaraan een vergunning als bedoeld in artikel 2:65 of artikel 2:69b, eerste lid, van de Wet op het financieel toezicht is verleend, mag worden volstaan met het registreren van de groep van begunstigden. Hierbij geldt dezelfde toets als de toets die wordt gehanteerd in het kader van de Wet op het financieel toezicht (Wft).

Eerder heeft DUFAS haar bezwaren geuit op de gelijkstelling van het fonds voor gemene rekening met een trust, bijvoorbeeld in de consultatiereactie van DUFAS op de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van trusts en soortgelijke juridische constructies, in mei 2020 evenals ten tijde van de consultatie van het Implementatiebesluit in augustus 2021. Gezien de aard van de juridische entiteit ligt het meer voor de hand de UBO-definitie van een personenvennootschap van overeenkomstige toepassing te verklaren op een fonds voor gemene rekening.

Helaas is er bij de invoering op basis van artikel 31 lid 10 van de 5^e anti-witwas Richtlijn (Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015) door Nederland opgave gedaan en is er daarmee voor gekozen om het fonds voor gemene rekening als soortgelijke juridische constructie aan te merken en gelijk te stellen met een trust, wat de nodige (praktische) bezwaren en complicaties wat tot grote verschillen heeft geleid met andere lidstaten. Uit de gepubliceerde lijst¹ blijkt dat in landen van de EU waar het eveneens is toegestaan om een abi of een icbe in de vorm van een (samengevat) contractueel fonds in te richten, deze niet zijn aangemeld als soortgelijke juridische constructie. In landen als Ierland, Frankrijk en Luxemburg met grote aantallen geregistreerde abi's en icbe's, is er in 2019 niet voor gekozen deze Nederlandse lijn te volgen. Daarmee is sinds die tijd een feitelijk concurrentienadeel voor Nederlandse fondsbeheerders ontstaan. Ook bij de implementatie en de uitvoering in het UBO Trust register, zoals deze door de Kamer van Koophandel moest worden opgezet, heeft dit voor de abi's en icbe's de nodige (praktische) bezwaren en complicaties tot gevolg gehad.

Uniforme behandeling instellingen voor collectieve beleggingen onder AMLR

In de definitieve op 20 juli 2024 van kracht geworden anti-witwasverordening (Verordening (EU) 2024/1624 van 31 mei 2024 (AMLR)² is in de preambule (119) opgenomen:

Om te zorgen voor de consistente identificatie van de uiteindelijk begunstigden van instellingen voor collectieve belegging, moeten geharmoniseerde regels inzake uiteindelijk begunstigden worden vastgesteld. Ongeacht of de instellingen voor collectieve belegging in de lidstaat bestaan in de vorm van een juridische entiteit met rechtspersoonlijkheid, als juridische constructie zonder rechtspersoonlijkheid of in enige andere vorm, moet de benadering van de identificatie van de uiteindelijk begunstigde in overeenstemming zijn met hun doel en functie.

Hieruit kan worden afgeleid dat het vaststellen van de UBO's van instellingen voor collectieve belegging op geharmoniseerde wijze dient plaats te vinden, waarbij het niet relevant is hoe de instellingen voor collectieve belegging vormgegeven.

Een instelling voor collectieve belegging wordt in artikel 2 lid 1 sub 6 onder e ALMR gedefinieerd met name als:

- een instelling voor collectieve belegging in effecten (icbe) als gedefinieerd in artikel 1, lid 2, van Richtlijn 2009/65/EG en haar beheermaatschappij zoals gedefinieerd in artikel 2, lid 1, punt b), van die richtlijn, of een beleggingsmaatschappij die overeenkomstig die richtlijn is toegelaten en geen beheermaatschappij heeft aangewezen, die rechten van deelneming in icbe's in de Unie beschikbaar stelt voor de aankoop;
- een alternatieve beleggingsinstelling (abi) zoals gedefinieerd in artikel 4, lid 1, punt a), van Richtlijn 2011/61/EU en de abi-beheerder zoals gedefinieerd in artikel 4, lid 1, punt b), van die richtlijn, die binnen het toepassingsgebied van artikel 2 van die richtlijn vallen;

Op basis van artikel 61 AMLR zijn de UBO's voor alle instellingen voor collectieve belegging de natuurlijke personen die voldoen aan de volgende voorwaarden:

- a) zij bezitten direct of indirect 25 % of meer van de rechten van deelneming in de instelling voor collectieve belegging;
- b) zij zijn in staat het beleggingsbeleid van de instelling voor collectieve belegging te bepalen of te beïnvloeden;
- c) zij hebben op andere wijze zeggenschap over de activiteiten van de instelling voor collectieve belegging.

¹ https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2019.360.01.0028.01.ENG

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1624>

Uit de bovenstaande bepalingen blijkt dat zowel abi's als icbe's in de vorm van een fonds voor gemene rekening een specifieke UBO-definitie kennen en na inwerkingtreding van de AMLR niet langer gelijk moeten worden gesteld met trusts, maar dat de geharmoniseerde benadering van artikel 61 AMLR van toepassing zal zijn.

Uit artikel 61 AMLR blijkt expliciet dat, in het geval van een abi of icbe, voor de vaststelling van een UBO wordt afgeweken van de artikelen 51 eerste lid, AMLR en artikel 58, eerste lid, AMLR. In plaats daarvan wordt de UBO in die gevallen vastgesteld op grond van artikel 61 AMLR.³ Meer concreet wordt met artikel 61 AMLR een kader gesteld voor de vaststelling van de UBO van abi's en icbe's. De vaststelling van de UBO is voor iedere abi en icbe hierdoor hetzelfde en niet afhankelijk van de rechtsvorm van het fonds. Dit sluit ook aan bij de ratio van overweging 19 van AMLR.

Express trusts en soortgelijke juridische constructies

De AMLR gaat ook in op de express trust en soortgelijke juridische constructies. Op de identificatie van UBO's voor juridische entiteiten die vergelijkbaar zijn met express trusts is artikel 57 AMLR van toepassing.

Ten aanzien van soortgelijke juridische constructies is in de preambule (116) opgenomen:

Juridische constructies die vergelijkbaar zijn met express trusts zijn constructies zonder rechtspersoonlijkheid die qua structuur of functie vergelijkbaar zijn. Doorslaggevend is niet de aanduiding van het soort juridische constructie, maar het voldoen aan de basiskennmerken van de definitie van een "express trust", met name het voornemen van de oprichter van de trust om de activa voor een bepaald doel, gewoonlijk van zakelijke of persoonlijke aard, zoals ten voordele van de begunstigden, onder het beheer en de zeggenschap van een bepaalde persoon te plaatsen. Om te zorgen voor een consistente identificatie van uiteindelijk begunstigden van juridische constructies die vergelijkbaar zijn met express trusts, moeten de lidstaten de Commissie voorzien van een lijst van de soorten juridische constructies die vergelijkbaar zijn met express trusts.

De AMLR laat lidstaten dus de ruimte om juridische constructies te identificeren die vergelijkbaar zijn met een specifieke trustvorm, de express trust. Wellicht ten overvloede vragen wij het Ministerie van Financiën om te bevestigen dat gereguleerde fondsen voor gemene rekening (zijnde abi of icbe) niet zullen worden opgenomen in de lijst van juridische constructies die vergelijkbaar zijn met express trusts, aangezien abi's en icbe's in de AMLR al expliciet afzonderlijk zijn gedefinieerd als instellingen voor collectieve belegging, waarop de specifieke bepaling van artikel 61 AMLR van toepassing is.

Op deze wijze worden dubbele lasten en concurrentienadeel voorkomen voor Nederlandse beheerders van abi's en icbe's.

Dufas is graag bereid tot nadere toelichting.

DUFAS: Dutch Fund and Asset Management Association

Sinds 2003 zet DUFAS zich in voor een gezonde vermogensbeheersector in Nederland. DUFAS telt ruim 50 leden: van grote assetmanagers die de Nederlandse pensioen- en verzekeringsvermogens beleggen tot kleinere, specialistische vermogensbeheerders. DUFAS vergroot het bewustzijn van de maatschappelijke relevantie van beleggen, helpt mee aan

³ Zie eerste volzin artikel 61 AMLR: "By way of derogation from Article 51, first paragraph and Article 58(1), the beneficial owners of collective investment undertakings shall be the natural persons who fulfil one or more of the following condition".

het ontwikkelen van sectorstandaarden en vertegenwoordigt de sector bij de invoering van nieuwe wet- en regelgeving. Daarnaast zet DUFAS zich in voor één Europese markt met gelijke regelgeving.