



Brussel, 16.9.2020
COM(2020) 560 final

**VERSLAG VAN DE COMMISSIE AAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE
RAAD**

waarin wordt beoordeeld of de lidstaten trusts en soortgelijke juridische constructies die door hun nationaal recht worden beheerst, naar behoren hebben geïdentificeerd en hebben onderworpen aan de verplichtingen van Richtlijn (EU) 2015/849

I. Inleiding

In de afgelopen decennia hebben criminelen de mondialisering van het financiële systeem en de handel evenals technologische innovatie uitgebuit om hun illegale middelen te verbergen en over de hele wereld te verplaatsen. Rechtspersonen en juridische constructies zijn het belangrijkste instrument dat wordt gebruikt om het witwassen van geld te verhullen als legitieme zakelijke handel, vaak via complexe structuren en netwerken, en worden soms ook ingezet voor het plegen van basisdelicten, waaronder belastingmisdrijven.

In de nasleep van de Panama Papers en Lux Leaks heeft de Europese Unie maatregelen genomen om de transparantie betreffende de uiteindelijk begunstigen van juridische entiteiten en constructies te waarborgen, met inbegrip van juridische constructies die onder het recht of het gewoonterecht van de lidstaten vallen en die een structuur of functie hebben die vergelijkbaar is met die van trusts.

Artikel 31 van Richtlijn (EU) 2015/849¹ (de antiwitwasrichtlijn) vereist dat trustees of personen die een gelijkwaardige positie bekleden in een soortgelijke juridische constructie:

- adequate, nauwkeurige en actuele informatie inwinnen en bijhouden over de uiteindelijk begunstigen van de constructie;
- hun status bekendmaken en tijdig informatie verstrekken over de uiteindelijk begunstigen van de constructie aan de meldingsplichtige entiteiten;
- informatie over de uiteindelijk begunstigen van de constructie indienen bij het centraal register van uiteindelijk begunstigen dat is opgezet in het land waar de trustee gevestigd of woonachtig is, of in het land waar de constructie een zakelijke relatie aangaat of onroerend goed verwerft wanneer de trustee buiten de EU gevestigd of woonachtig is; en
- een bewijs van inschrijving in het centraal register van uiteindelijk begunstigen of een uittreksel daarvan leveren wanneer zij een zakelijke relatie in een andere lidstaat wensen aan te gaan.²

De antiwitwasrichtlijn verplicht de lidstaten ook om doeltreffende, evenredige en afschrikkende maatregelen of sancties vast te stellen voor inbreuken op de bovengenoemde verplichtingen.

In het licht van de verscheidenheid aan trusts en juridische constructies die binnen de EU worden gebruikt, bepaalt artikel 31, lid 10, van de antiwitwasrichtlijn dat de lidstaten moeten aangeven welke juridische constructies een structuur of functie hebben die vergelijkbaar is met die van trusts en de Commissie in kennis moeten stellen van de categorieën, kenmerken,

¹ 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 (Voor de EER relevante tekst), PB L 141, 5.6.2015, blz. 73–117, als gewijzigd bij Richtlijn (EU) 2018/843 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2018, PB L 156 van 19.6.2018, blz. 43-74.

² Soortgelijke bepalingen met betrekking tot de transparantie betreffende de uiteindelijk begunstigen van rechtspersonen zijn te vinden in artikel 30 van de antiwitwasrichtlijn.

namen en, in voorkomend geval, de rechtsgrond van dergelijke constructies. De Commissie moet deze kennisgevingen bekendmaken in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Krachtens artikel 31, lid 10, van de antiwitwasrichtlijn moet de Commissie ook nagaan of de lidstaten naar behoren kennis hebben gegeven van en zich hebben gehouden aan de verplichtingen van de richtlijn inzake trusts en soortgelijke juridische constructies die onder hun nationaal recht vallen. Met dit verslag wordt aan deze verplichting voldaan op basis van de kennisgevingen van de lidstaten, hun mondelinge en schriftelijke inbreng via de Deskundigengroep witwassen en terrorismefinanciering, alsmede de analyses van de Financial Action Task Force (FATF) en de Organisatie voor Economische Ontwikkeling en Samenwerking (OESO) en academisch onderzoek.

II. Kennisgevingen van de lidstaten

Een eerste lijst van de kennisgevingen van de lidstaten werd gepubliceerd op 24 oktober 2019³ en werd tweemaal herzien, waarbij de meest recente lijst werd gepubliceerd op 27 april 2020.⁴ Deze derde lijst vormt de basis van de analyse in dit verslag.

Zestien lidstaten⁵ hebben aangegeven dat hun nationaal recht niet van toepassing is op trusts of soortgelijke juridische constructies.⁶

De overige lidstaten hebben als volgt kennisgegeven van trusts of soortgelijke juridische constructies die onder hun nationaal recht vallen:

- Drie lidstaten⁷ en het Verenigd Koninkrijk hebben meegedeeld dat de trusts onder hun rechtsstelsel vallen en drie andere lidstaten⁸ hebben meegedeeld dat de trusts op hun grondgebied worden erkend op basis van de bepalingen van het Verdrag van Den Haag van 1 juli 1985 inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts.⁹
- Zeven lidstaten¹⁰ hebben kennisgegeven van soortgelijke constructies die onder hun nationaal recht vallen.
- Twee lidstaten¹¹ hebben kennisgegeven van juridische constructies die niet uitdrukkelijk in hun nationaal recht zijn geregeld, maar die gebaseerd zijn op het algemene beginsel van de autonomie van de overeenkomstsluitende partijen en die door de jurisprudentie en rechtsleer zijn afgebakend. Met het oog op de omzetting van

³ PB 2019/C 360/05, blz. 28-29.

⁴ PB 2020/C 136/05, blz. 5-6.

⁵ Oostenrijk, België, Bulgarije, Kroatië, Denemarken, Estland, Finland, Griekenland, Letland, Litouwen, Polen, Portugal, Spanje, Slowakije, Slovenië en Zweden.

⁶ Hoewel dit ook het geval is voor Portugal, erkent een specifieke bepaling in het Portugese recht buitenlandse trusts en staat deze toe om uitsluitend in de vrijhandelszone van Madeira zakelijke activiteiten uit te oefenen. (Wetsbesluit 352-A/88, gewijzigd bij Wetsbesluit 264/90).

⁷ Cyprus, Ierland, Malta.

⁸ Italië, Luxemburg en Nederland hebben meegedeeld dat zij het Verdrag van Den Haag hebben geratificeerd. N.B. Ook Cyprus, Malta en het Verenigd Koninkrijk hebben het Verdrag van Den Haag van 1985 geratificeerd.

⁹ <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=59>.

¹⁰ Tsjechië, Frankrijk, Hongarije, Italië, Luxemburg, Roemenië en Nederland.

¹¹ Duitsland en Italië.

artikel 31 van de antiwitwasrichtlijn heeft Duitsland de bovengenoemde constructies uitdrukkelijk vermeld in zijn antiwitwaswetgeving.

Deze kennisgevingen worden in het volgende hoofdstuk geanalyseerd.

III. Overzicht van juridische constructies

De AML/CFT-regels omschrijven juridische constructies niet als zodanig, maar geven de op common law berustende trust als voorbeeld. Andere constructies worden relevant op basis van de gelijkheid van hun structuur of functie met die van een trust. Net als trusts maken deze constructies een scheiding of ontkoppeling mogelijk van de juridische eigendom en de uiteindelijk economische eigendom van activa. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat er sprake is van deelbaarheid van eigendom, een begrip dat typisch is voor common law, maar dat niet wordt erkend in het burgerlijk recht.¹² Soortgelijke juridische constructies omvatten over het algemeen een mechanisme waarbij het goed wordt toevertrouwd aan één persoon, die de eigendomstitel ervan bezit of het beheert ten behoeve van één of meer andere personen of voor een specifiek doel.¹³

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste kenmerken van trusts en andere belangrijke constructies met een soortgelijke structuur of functie als trusts besproken. De lijst is niet bedoeld om volledig te zijn.

III.1 Trusts

Trusts zijn juridische constructies die zijn ontwikkeld in rechtsgebieden met een common law-stelsel, waarbij een insteller bepaalde activa overdraagt aan een trustee die de controle over deze activa uitoefent in het belang van een of meer begunstigden die door de insteller worden bepaald. De activa in de trust vormen een afzonderlijk patrimonium van de trustee, terwijl andere partijen, zoals de insteller en de protector, er ook een zekere mate van controle of invloed op kunnen uitoefenen. De complexe structuur van trusts maakt de identificatie van de uiteindelijk begunstigden moeilijk en vereist verdere inspanningen om de ware aard van de trustverhouding te bepalen.¹⁴ Uit analyses van witwaspraktijken blijkt dat de risico's op misbruik van trusts toenemen wanneer meerdere deelnemers aan de trust samenvallen met dezelfde natuurlijke of rechtspersoon, of wanneer trusts in een buitenlands rechtsgebied worden opgericht.

De drie lidstaten en het Verenigd Koninkrijk hebben gemeld dat trusts worden beheerst door hun rechtstelsel, dat geheel of gedeeltelijk op common law berust. Ze identificeerden ofwel specifiek de *express trust*, zoals Ierland en het Verenigd Koninkrijk deden, of verwezen naar

¹² Sandor, I. (2015) „The legal institution of the trust in the economy and law of Eastern European countries”, *European Scientific Journal* april 2015 BIJLAGE 1857 – 7881, blz. 139-149

¹³ Sepp, K. (2017). „Legal Arrangements Similar to Trusts in Estonia under the EU’s Anti-money-laundering Directive”, *Juridica International*, 26 (56-65).

¹⁴ FAFT and Egmont Group (juli 2018), *Concealment of Beneficial Ownership*

trusts in het algemeen, zoals Cyprus¹⁵ en Malta¹⁶ deden. Cyprus heeft ook kennisgegeven van een subcategorie van trusts, namelijk de *internationale trusts*.¹⁷

Alle vier de bovengenoemde landen wijzen op trusts die vrijwillig door de partijen zijn opgericht, waardoor de trusts die van rechtswege worden opgelegd of die het gevolg zijn van het falen van een express trust, in het algemeen gedefinieerd als wettelijke, constructieve of resulterende trusts, worden uitgesloten. Dit weerspiegelt de bepalingen van de antiwitwasrichtlijn.

Trusts kunnen echter ook in andere lidstaten worden erkend. Ondanks het feit dat Litouwen bijvoorbeeld geen kennis heeft gegeven van een trust of een soortgelijke juridische constructie die volgens het nationaal recht zou worden erkend, wijst de literatuur erop dat het Litouwse burgerlijk wetboek (boek vier (materieel recht), deel I (dingen), hoofdstuk VI (rechten inzake trusts)) het begrip „trust” in het nationaal recht introduceert. Met name artikel 4.106 voorziet in uitgebreide rechten op de activa van de trustee, die in wezen gelijk zijn aan de rechten van de eigenaar. In het kader van deze constructie hebben zowel de eigenaar als de trustee *zakelijke* rechten op de activa, waardoor deze constructie zeer dicht bij de op common law berustende trust ligt.¹⁸

Drie andere lidstaten, namelijk Italië, Luxemburg en Nederland, hebben gemeld dat de trusts weliswaar niet onder hun nationaal recht vallen, maar dat zij in hun rechtsstelsel worden erkend op basis van de bepalingen van het Verdrag van Den Haag van 1985, dat zij hebben geratificeerd. Hoewel België geen kennis heeft gegeven van juridische constructies die in zijn nationaal recht worden erkend, blijkt uit de literatuur dat het land zich in een soortgelijke positie bevindt als deze drie lidstaten, aangezien het land het begrip „trust” heeft geïntegreerd in zijn burgerlijk wetboek van internationaal privaatrecht (hoofdstuk XII). Deze bepalingen staan niet toe dat trusts onder het Belgisch recht worden opgericht, maar wel dat trusts die onder buitenlands recht rechtmatig zijn opgericht, worden erkend.¹⁹

III.2 Juridische constructies die vergelijkbaar zijn met de door de antiwitwasrichtlijn geïdentificeerde en door de lidstaten gemelde trusts

Hoewel op common law berustende trusts nauwelijks als zodanig kunnen worden gereproduceerd in het burgerlijk recht, vertonen andere juridische constructies aanzienlijke overeenkomsten op het gebied van functie of structuur.²⁰ In deze constructies is de scheiding van de juridische eigendom en de uiteindelijk economische eigendom niet noodzakelijkerwijs net zo sterk als in trusts, maar ze creëren wel een fiduciaire obligatie die kan worden gelijkgesteld aan die in een trust.

¹⁵ Trustee Law (CAP 193)

¹⁶ Wet inzake trusts en trustees (hoofdstuk 331 van de Maltese wet)

¹⁷ International Trusts Law (Wet nr. 69(I)/92, zoals gewijzigd bij Wet nr. 20(I)/2012 en Wet nr. 98(I)/2013)

¹⁸ Sandor, I. (2016) „Different Types of Trust from an Ownership Aspect”, *European Review of Private Law*, 6-2016, blz. 1189–1216

¹⁹ Wautelet, P. (2005) „Le nouveau droit international privé belge”, *Euredia: Revue de Droit Bancaire et Financier*, blz. 111-134.

²⁰ Schmidt, K. (2016) „Trust as a Legislative Challenge: Bipolar Relation vs Quasi-Corporate Status? – Basic Trust Models in Legal Practice, Theory, and Legislation”, *European Review of Private Law* 6, blz. 995–1010.

III.2.a Fiducie

De *fiducie* behoort tot de juridische constructies die door de FATF en de antiwitwasrichtlijn specifiek zijn aangemerkt als vergelijkbaar met trusts. Deze juridische constructies zijn over het algemeen gebaseerd op een constructie waarbij drie partijen betrokken zijn en waarbij een of meer cedenten activa overdragen aan een fiduciair ten behoeve van een of meer geïdentificeerde begunstigten. Een dergelijke regeling houdt in dat de activa worden gescheiden van de persoonlijke activa van de cedent. Volgens deze constructie is de fiduciair verplicht de activa te beheren volgens de voorwaarden van de overeenkomst met de cedent.

De *fiducie* is een vrij gebruikelijke juridische constructie in Europa, vooral in Franstalige en Latijnse landen. De specifieke kenmerken van een *fiducie* kunnen variëren en worden aangepast op basis van de verschillende lidstaten en de respectieve nationale rechtsstelsels. Drie lidstaten hebben kennisgegeven van constructies van dit type die rechtstreeks door het nationaal recht worden geregeld. Dit is het geval voor de Franse *fiducie* (artikel 2013 van het Franse burgerlijk wetboek), de Luxemburgse *contrats fiduciaires* (wet van 27 juli 2003) en de Roemeense *fiducia* (artikelen 773-791 van het Roemeense burgerlijk wetboek).

In andere gevallen is een soortgelijke constructie gebaseerd op het algemene beginsel van de autonomie van de overeenkomstsluitende partijen en wordt deze afgebakend door rechterlijke uitspraken en rechtsleer. Dit is bijvoorbeeld het geval voor het door Italië gemelde fiduciaire mandaat (*mandato fiduciario*). Hoewel er geen nationale bepalingen zijn die dit type contract regelen, neemt dit gewoonlijk de vorm aan van een regeling die overeenkomt met die van een *fiducie*, met dezelfde gevolgen met betrekking tot de scheiding en overdracht van activa aan een fiduciair ten behoeve van een of meer begunstigten.

Net als de Italiaanse *mandato fiduciario*, is ook de Spaanse *fiducia* gebaseerd op de in artikel 1255 van het Spaanse burgerlijk wetboek vastgelegde autonomie van de overeenkomstsluitende partijen. In het kader van deze constructie heeft de fiduciair een eigendomstitel van de activa, die de eigendom niet aan hem overdraagt, maar hem toestaat als eigenaar op te treden ten aanzien van derden en het eigendom met volledige bevoegdheden te beheren.²¹ Deze constructie is niet door Spanje gemeld, omdat het van mening is dat dit type contract niet kan worden beschouwd als vergelijkbaar met een trust, in die zin dat het eigendomsrecht van de fiduciair alleen formeel is en er *stricto sensu* geen overdracht van eigendom plaatsvindt. Deze constructie verleent echter een effectieve, zij het beperkte, eigendomstitel aan de fiduciair, vergelijkbaar met die van andere trustachtige constructies die in dit verslag zijn geanalyseerd. De lagere mate van bescherming van de rechten van de begunstigde in vergelijking met een trust is ook vergelijkbaar met die van andere trustachtige constructies die hier zijn geanalyseerd. Bovendien doet het ontbreken van een openbare kennisgeving van het bestaan van de fiduciaire titel de fiduciair voorkomen als zijnde de enige eigenaar van de activa tegenover *bonafide* derden.

²¹ Martin, S. (2007) „Trusts in American law and some of their substitutes in Spanish law: Part II”, *Trusts & Trustees*, Vol. 13, nr. 7, blz. 242-251.

Al deze overeenkomsten wijzen erop dat de Spaanse *fiducia* een soortgelijke functie heeft als die van een trust, hetgeen de kennisgeving ervan op grond van artikel 31, lid 10, van de antiwitwasrichtlijn zou hebben gerechtvaardigd. Het is belangrijk op te merken dat dit geen op zichzelf staand geval is. Een ander voorbeeld waar de literatuur van mening is dat, tenzij bij wet verboden, constructies op basis van het Latijnse *fiducia* vergelijkbaar zijn met trusts in Nederland, dat deze constructie ook niet heeft gemeld.²²

Deze categorie zou verder kunnen worden uitgebreid met andere juridische constructies die in het nationaal recht worden erkend en die, ondanks enkele verschillen vergelijkbare kenmerken vertonen in de aard van de tussen de partijen aangegane verbintenis. Met betrekking tot deze groep is de *bizalmi vagyonkezelő* die door Hongarije is gemeld (Wet V van 2013 betreffende het burgerlijk wetboek en Wet XV van 2014 betreffende trusteees en de regels voor hun activiteiten) een relevant voorbeeld.²³ Volgens deze constructie heeft de trustee de plicht om het door de insteller in eigendom overgedragen onroerend goed op eigen naam te beheren, ten behoeve van de begunstigde, waarvoor de insteller verplicht is een vergoeding te betalen.

Een ander voorbeeld is de door Italië gemelde *vincolo di destinazione*, (artikel 2645 ter van het Italiaanse burgerlijk wetboek), die bestaat uit een regeling waarbij de eigenaar van een onroerend goed of een in openbaar register ingeschreven activa een obligatie voor dit onroerend goed vaststelt. Op grond van deze obligatie kunnen de activa alleen worden beheerd en gebruikt voor een specifiek doel dat door de eigenaar is vastgesteld.

²² van Veen, W. J.M. en Duin, H.M.C. (2016) „Dutch Trusts and Trust-Like Arrangements”, *European Review of Private Law*, 6-2016, blz. 973–994

²³ Zie Sandor (2016)

III.2.b *Treuhand*

De *Treuhand* behoort tot de juridische constructies die expliciet zijn geïdentificeerd als zijnde vergelijkbaar met trusts in zowel de FATF-normen als de antiwitwasrichtlijn. De *Treuhand* is een juridische constructie zonder rechtspersoonlijkheid die is afgeleid van het beginsel van de autonomie van de overeenkomstsluitende partijen, dat kenmerkend is voor de Duitse en Oostenrijkse rechtsstelsels. Volgens deze regeling draagt een persoon (*Treugeber*) bepaalde activa of eigendomsrechten over aan een andere persoon (*Treuhänder*), die gemachtigd is om dergelijke activa te beheren in overeenstemming met het contract tussen de twee partijen. Een dergelijke contractuele relatie kan verschillende functies vervullen. Zoals ook door de OESO²⁴ wordt erkend, dient ze meestal als een escrow-overeenkomst. Dit suggereert dat dit soort *Treuhand* niet als vergelijkbaar met trusts moet worden beschouwd.

Vanwege zijn flexibiliteit kan de *Treuhand* echter ook zo worden gestructureerd dat hij een functie heeft die vergelijkbaar is met die van een trust. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij een *Treuhand* die gebruikt wordt voor de overdracht en het beheer van bedrijfsaandelen²⁵. De OESO²⁶ heeft de AML/CFT-relevantie van dit type *Treuhand* bevestigd en heeft opgemerkt dat het onderworpen moet zijn aan transparantieverplichtingen met betrekking tot de uiteindelijk begunstigden.

De *Treuhand* is door geen enkele lidstaat gemeld. De lidstaten wezen op het gebrek aan vergelijkbaarheid tussen de *Treuhand* en een trust, vooral omdat de *Treuhänder* de activa niet gescheiden kunnen houden van het eigen patrimonium en omdat de constructies meestal worden gebruikt als een escrow-relatie.

De literatuur geeft aan dat de *Treuhand* eigenschappen vertoont die vergelijkbaar zijn met die van trusts, ondanks enkele structurele verschillen die inherent zijn aan de burgerrechtelijke oorsprong van de *Treuhand*. Het gemeenschappelijk gebruik van de *Treuhand* als een escrow-relatie wordt ook erkend. Toch lijkt dit, zoals hierboven opgemerkt, niet de enige functie die een *Treuhand* kan uitoefenen, aangezien hij bijvoorbeeld ook kan dienen als een particulier vermogensbeheermechanisme.²⁷ Uit de bovenstaande informatie en uit het feit dat zowel Oostenrijk als Duitsland de verplichting hebben ingevoerd voor de *Treuhand*-holdingmaatschappij om de uiteindelijk begunstigden van haar activa openbaar te maken, blijkt dat de *Treuhand* moet worden beschouwd als een juridische constructie die vergelijkbaar is met die van een trust.

III.2.c *Fideicomiso*

²⁴ OECD – Global Forum for Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes – Peer Review Report on Exchange of Information on Request – Oostenrijk 2018

²⁵ In deze gevallen hebben zowel Oostenrijk als Duitsland in hun nationaal recht bepalingen opgenomen die voorzien in de bekendmaking van de partijen bij de *Treuhand*. Zo geeft het Oostenrijkse register van de uiteindelijk begunstigden van rechtspersonen informatie over de Treugeber en de Treuhänder wanneer de *Treuhand* meer dan 25 % van een rechtspersoon bezit.

²⁶ OECD – Global Forum for Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes – Peer Review Report on Exchange of Information on Request – Oostenrijk en Duitsland 2018

²⁷ Zie Schmidt (2016).

De *fideicomiso* behoort tot de juridische constructies die expliciet zijn geïdentificeerd als zijnde vergelijkbaar met trusts in zowel de FATF-normen als de antiwitwasrichtlijn. Deze constructie komt het meest voor in Latijns-Amerika, waar ze gelijk staat aan de op common law berustende trust *inter vivos*. Gezien de geografische kenmerken ervan is deze constructie niet relevant voor de EU.

Andere juridische constructies in de EU hebben dezelfde oorsprong als de *fideicomiso* in het Latijn *fideicommissum* (bijvoorbeeld de *fideicommissis*, *fedecompresso*, *familiefideikommis*). In de meeste gevallen zijn deze constructies afgeschaft of staan ze alleen toe dat wettelijke voogden voor de activa van een minderjarige of een persoon met een ontwikkelingsachterstand zorgen. In de literatuur²⁸ wordt erkend dat deze constructies, waarbij een testateur een voogd aanwijst die bepaalde activa ten behoeve van een begunstigde beheert, structurele gelijkenissen vertonen met op common law berustende trusts. Zij moeten derhalve onder het toepassingsgebied van artikel 31 vallen. Geen van deze constructies is echter door de lidstaten gemeld.

In het geval van fidei-commissaire substitutie of constructies zoals het fidei-commis de residuo is de begunstigde van de activa daarentegen de enige eigenaar en worden de activa (of het restant daarvan) pas bij zijn of haar overlijden aan een begunstigde overgedragen. In deze gevallen kan de persoon die de activa beheert ten volle profiteren van zijn eigendom, zonder de beperkingen die gewoonlijk kenmerkend zijn voor een fiduciaire overeenkomst. Een dergelijke constructie is dus geen replicatie van de structuur of de functie van de trust van de scheiding van de eigendomstitel of het beheer van bepaalde activa van de uiteindelijk begunstigten ervan. De (eventuele) resterende eigendom van de activa van een andere begunstigde heeft geen invloed op de constructie, aangezien deze pas bij het overlijden van de eerste begunstigde van kracht wordt. Zoals verschillende lidstaten hebben opgemerkt, lijkt het er dus op dat deze constructies niet als vergelijkbaar met trusts moeten worden beschouwd.

III.2.d Svěrenský fond

Het *svěrenský fond* is door de Tsjechische Republiek gemeld (artikel 1448 e.v. van het Tsjechische burgerlijk wetboek). Het is een juridische constructie *sui-generis* die geen gelijkenis vindt in andere EU-lidstaten. In het kader van deze juridische constructie is noch de insteller, noch de trustee de eigenaar van de activa. Deze activa worden eigendom zonder eigenaar, om te worden beheerd door de trustee ten behoeve van de begunstigten. Niettegenstaande haar specifieke kenmerken vervult deze constructie dezelfde functie van de op common law berustende trust van een scheiding van de juridische eigendom en de uiteindelijk economische eigendom.²⁹

III.2.e Fondsen

²⁸ Honoré T. (2008) „On Fitting Trusts into Civil Law Jurisdictions”, *University of Oxford Legal Research Paper Series*, Document nr. 27/2008

²⁹ Zie Sandor (2016)

De EU-regels voor beleggingsfondsen zijn niet dwingend voor wat betreft de juridische structuur die dergelijke fondsen zouden kunnen aannemen. Als gevolg daarvan kunnen beleggingsfondsen de vorm aannemen van beleggingsmaatschappijen, trusts of soortgelijke juridische constructies. Beleggingsfondsen delen functionele overeenkomsten met trusts in die zin dat de beleggers door deze constructies afstand doen van hun recht om over hen te beslissen aan een gespecialiseerde beroepsbeoefenaar.³⁰ Een lidstaat gaf kennis van fondsen die onder deze typologie vallen, namelijk Nederland, dat het *fonds voor gemene rekening* (artikel 2 van de Wet op de vennootschapsbelasting van 1969) meldde, een specifiek type gesloten fonds.

Andere lidstaten hebben gekozen voor specifieke benaderingen voor beleggingsfondsen. Zo vereist Luxemburg bijvoorbeeld dat de *fonds communs de placement* en de *sociétés d'investissement à capital variable* hun uiteindelijke begunstigden bekendmaken op grond van artikel 30 van de antiwitwasrichtlijn. Uit de beschikbare informatie blijkt dat er geen gemeenschappelijke aanpak is voor fondsen (inclusief pensioenfondsen) en dat er vragen blijven bestaan over hoe om te gaan met de fondsen die een contractuele vorm hebben.

III.2.f Stichtingen

Stichtingen worden beschouwd als het burgerrechtelijk equivalent van een op common law berustende trust, aangezien ze voor soortgelijke doeleinden kunnen worden gebruikt³¹. De antiwitwasrichtlijn weerspiegelt deze gelijkwaardigheid en legt aan stichtingen dezelfde vereisten inzake economisch eigendom op als aan trusts en soortgelijke juridische constructies. Stichtingen hebben echter wel rechtspersoonlijkheid en kunnen als zodanig niet vallen in de categorie van soortgelijke juridische constructies als trusts. Er is slechts één melding gedaan van stichtingen met rechtspersoonlijkheid, die inmiddels is ingetrokken.

Duitsland heeft kennisgegeven van de *nichtrechtsfähige Stiftungen*, een soort stichting zonder rechtspersoonlijkheid, mits het doel van dergelijke stichtingen is de belangen van de oprichter te dienen, en „andere juridische structuren die qua structuur en functie met dergelijke stichtingen overeenkomen”. In de analyse van de OESO kunnen de *nichtrechtsfähige Stiftungen*, ongeacht hun doel, worden behandeld als een *Treuhand*. Dit rechtvaardigt de kennisgeving van deze constructie, hoewel de beschikbare informatie niet voldoende is om de beperking ervan te rechtvaardigen tot gevallen waarin de stichting alleen de belangen van de oprichter dient. De kennisgeving van „andere juridische structuren die qua structuur en functie overeenkomen met dergelijke stichtingen” lijkt te vaag om de doelstelling van de antiwitwasrichtlijn³² te verwezenlijken, namelijk het waarborgen van rechtszekerheid en gelijke concurrentievoorwaarden door duidelijk aan te geven welke juridische constructies in de hele Unie als vergelijkbaar met trusts moeten worden beschouwd.

III.3 Andere juridische constructies

³⁰ Kulms, R. (2016) „Trusts as Vehicles for Investment”, *European Review of Private Law*, 6-2016 (1091–1118)

³¹ FATF (oktober 2006), *Misbruik van bedrijfsvoertuigen, met inbegrip van trust- en bedrijfsdienstverleners*

³² Overweging 29 van Richtlijn (EU) 2018/843

In de literatuur worden ook juridische constructies geïdentificeerd die op grond van hun structuur als zijnde vergelijkbaar met trusts kunnen worden beschouwd, zoals de voogdij, het curatorschap en het beheer van overleden nalatenschappen. Deze constructies zijn echter niet door de lidstaten gemeld.

Anderzijds kunnen, zoals de FATF erkent, verschillende andere constructies worden gebruikt om de relatie tussen de uiteindelijk begunstigde en de activa te verhullen,³³ maar kunnen deze niet worden beschouwd als vergelijkbaar met trusts wat betreft hun structuur en functie. Voorbeelden van dergelijke constructies zijn:

- *Levensverzekeringscontracten* kunnen worden beschouwd als een functie die vergelijkbaar is met die van een trust.³⁴ Er bestaan echter reeds specifieke bepalingen betreffende deze producten in de antiwitwasrichtlijn en in de Solvabiliteit II-richtlijn,³⁵ en deze overeenkomsten moeten daarom afzonderlijk worden behandeld.
- *Escrow-overeenkomsten* worden opgesteld om de details van een procedure voor de overdracht van activa te bepalen. De escrow-agent staat garant voor beide partijen in de transactie en is zelf geen partij bij de transactie.
- Een *genomineerde* handelt in opdracht van een uiteindelijk begunstigde met betrekking tot bepaalde activa. Voor de overdracht van activa is een trust, een soortgelijke juridische constructie of een civielrechtelijke overeenkomst nodig om de relatie met de genomineerde te regelen.
- Voor andere constructies zoals *stille vennootschappen* is de beschikbare informatie niet doorslaggevend voor de vraag of deze al dan niet als zijnde vergelijkbaar met trusts moeten worden beschouwd.

IV. Onderwerping van juridische constructies aan de verplichtingen van de antiwitwasrichtlijn

Artikel 31 van de antiwitwasrichtlijn bepaalt dat trustees of personen met een gelijkwaardige positie in een soortgelijke juridische constructie onderworpen zijn aan een reeks verplichtingen met betrekking tot het bijhouden en indienen van informatie over de uiteindelijk begunstigden. Wat de handhaving van dergelijke verplichtingen betreft, biedt een overzicht van de kennisgevingen van de lidstaten een gefragmenteerd beeld, waaruit blijkt hoe ingewikkeld het is om de betrokken juridische constructies te identificeren en te classificeren.

De onderstaande samenvatting is gebaseerd op informatie die bij de lidstaten is verzameld vóór de uiterste datum voor de omzetting van de 5e antiwitwasrichtlijn³⁶, of kort daarna. Deze bijdragen bevatten niet altijd de toepasselijke wettelijke bepalingen en kunnen niet volledig weergeven of de lidstaten de bepalingen van artikel 31 van de antiwitwasrichtlijn

³³ FAFT and Egmont Group (juli 2018), *Concealment of Beneficial Ownership*

³⁴ Ibidem

³⁵ Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) (Voor de EER relevante tekst) (PB L 335 van 17.12.2009, blz. 1–155).

³⁶ Richtlijn (EU) 2018/843 (zie voetnoot 1).

correct hebben omgezet. Als een lidstaat deze niet correct omzet, wordt dit met passende procedures aangepakt.

De lidstaten die hebben gemeld dat trusts of soortgelijke juridische constructies onder hun nationaal recht vallen, hebben over het algemeen wetgeving aangenomen die deze constructies verplicht om adequate informatie over de uiteindelijk begunstigden in te winnen en bij te houden. In enkele lidstaten is deze wetgeving nog niet in werking getreden. Dergelijke verplichtingen vallen over het algemeen onder de verantwoordelijkheid van de trustee, en in sommige gevallen wordt gespecificeerd dat de informatie de identiteit van de deelnemers aan de trust moet bevatten, overeenkomstig artikel 31 van de richtlijn. De meeste van de bovengenoemde lidstaten passen dezelfde verplichtingen ook toe op andere juridische constructies die vergelijkbaar zijn met trusts. In sommige gevallen zijn deze constructies vastgesteld (bijv. de *fiducie*).

De meeste lidstaten die hebben aangegeven dat zij geen trusts of soortgelijke juridische constructies hebben die onder hun rechtsstelsel vallen, hebben wetgeving aangenomen die buitenlandse trusts en soortgelijke juridische constructies verplicht om passende informatie over de uiteindelijk begunstigden in te winnen en te rapporteren. In het algemeen wijst het brede karakter en de dubbelzinnigheid van de kennisgevingen erop dat het moeilijk is om de verschillende soorten relevante juridische constructies aan te pakken. In sommige gevallen is de informatie over de verplichtingen die aan buitenlandse trusts worden opgelegd onduidelijk, onnauwkeurig (bijvoorbeeld een verwijzing naar rechtspersonen) of ontbreekt deze.

Wat betreft de gemelde sancties en andere afschrikkende maatregelen voor het niet inwinnen en bijhouden van adequate informatie over de uiteindelijk begunstigden, laat de door de lidstaten gedeelde informatie een gefragmenteerd beeld zien. In het algemeen stellen de lidstaten die van trusts en soortgelijke juridische constructies verlangen dat zij informatie over de uiteindelijk begunstigden inwinnen, geldboetes van administratieve aard vast (bv. forfaitaire bedragen, boetes die per dag worden berekend). De bedragen variëren aanzienlijk (van enkele duizenden euro's tot een miljoen of meer) en kunnen op basis van verschillende parameters worden ingesteld of verhoogd. Een minderheid van de lidstaten maakte ook melding van sancties op strafrechtelijk niveau, waaronder gevangenisstraf, hoewel het onduidelijk is of de verstrekte informatie daadwerkelijk betrekking heeft op de registratievereisten voor bedrijven in het algemeen in plaats van op het verstrekken van informatie over de uiteindelijk begunstigden. Soortgelijke overwegingen gelden voor maatregelen zoals een exploitatieverbod of schrapping uit het handelsregister. In enkele gevallen zal het niet naleven van de nationale regels inzake transparantie en registratieverplichtingen leiden tot de nietigheid van dergelijke constructies.

De lidstaten die regels hebben ingevoerd die trusts en soortgelijke juridische constructies verplichten om informatie over de uiteindelijk begunstigden in te winnen en bij te houden, hebben ook geëist dat zij dergelijke informatie aan de meldingsplichtige entiteiten bekendmaken. De aanpak van de lidstaten lijkt in dit verband echter versnipperd. Verscheidene lidstaten hebben melding gemaakt van nationale wetgeving die de bepalingen van artikel 31 van de antiwitwasrichtlijn weerspiegelt. In sommige gevallen hebben de

lidstaten alleen aangegeven dat de trusts die verplicht zijn informatie over de uiteindelijk begunstigde te verstrekken, de trusts zijn die een zakelijke activiteit in de betrokken staat aangaan, zonder te wijzen op het aspect van de woonplaats van de trustee, wat dus onduidelijk blijft. Ten slotte hebben de lidstaten in andere gevallen algemene of onjuiste informatie verstrekt die geen betrekking heeft op de specifieke situatie van trusts of soortgelijke constructies.

De meeste lidstaten hebben niet voldoende informatie verstrekt om een duidelijk beeld te krijgen van de verplichting voor in een andere lidstaat gevestigde trusts om bij het zakendoen op hun grondgebied een bewijs van registratie te verstrekken. In verschillende gevallen was de input op dit punt ofwel te algemeen (bv. hij verwees naar de koppeling van nationale centrale registers van uiteindelijk begunstigden, die tegen maart 2021 moest zijn voltooid), ofwel onduidelijk, ontbrak, of gaf hij aan dat de relevante wetgeving nog niet in werking is getreden.

V. Conclusies

Er is geen sluitende analyse in de internationale AML-/CFT-gemeenschap van wat een soortgelijke juridische constructie als een trust inhoudt. Dit verslag biedt een eerste poging op EU-niveau om juridische constructies te analyseren die kunnen worden beschouwd als zijnde vergelijkbaar met de op common law berustende trust onder de wetten en gebruiken van lidstaten, op basis van de inbreng van de lidstaten en de analyses van de academische wereld.

Uit de analyse blijkt dat een groot aantal constructies overeenkomsten vertoont met de op common law berustende trust overeenkomstig de voorwaarden van artikel 31 van de antiwitwasrichtlijn. Juridische constructies zoals *Treuhand* of *fiducie*, enerzijds, kunnen op grond van hun functie als zijnde vergelijkbaar met trusts worden beschouwd, terwijl andere constructies zoals voogdij, curatorschap en beheer van overleden nalatenschappen op grond van hun structuur als vergelijkbaar kunnen worden beschouwd.

De kennisgevingen van de lidstaten uit hoofde van artikel 31, lid 10, van de antiwitwasrichtlijn bevatten niet alle bovengenoemde constructies, hetgeen wijst op het ontbreken van een gemeenschappelijke benadering van de kenmerken die bepalend zijn voor de gelijkenis met de op common law berustende trust. Deze kennisgevingen kunnen dus slechts een eerste poging zijn om vast te stellen welke soortgelijke constructies als die van trusts onder het nationaal recht van de lidstaten vallen.

Tegelijkertijd zorgt het ontbreken van een gemeenschappelijke aanpak voor de identificatie van constructies die vergelijkbaar zijn met trusts niet voor rechtszekerheid en gelijke concurrentievoorwaarden, en kan dit leiden tot mazen in de wet waardoor minder bekende constructies kunnen worden gebruikt in witwasconstructies, zoals het geval is geweest met rechtspersonen.³⁷ Om dit probleem aan te pakken zal de Commissie de mogelijkheid overwegen om een informele werkgroep op te zetten met academici, praktijkmensen,

³⁷ <https://www.globalwitness.org/en/blog/three-ways-uks-register-real-owners-companies-already-proving-its-worth/>

financiële inlichtingeneenheden en bevoegde autoriteiten om gemeenschappelijke objectieve en consistente criteria vast te stellen voor de identificatie van de relevante juridische constructies die onder hun nationaal recht vallen. Een dergelijke exercitie zou kunnen leiden tot de afgifte van een technisch document.

Bovendien blijkt uit een voorlopige analyse van de verplichtingen die de lidstaten aan dergelijke juridische constructies opleggen dat het doel om een samenhangend toezichts- en registratiekader tot stand te brengen wellicht nog niet is bereikt.

Tegelijkertijd blijkt uit het onderzoek dat op het gebied van fondsen de transparantie betreffende informatie over de uiteindelijk begunstigen per lidstaat kan verschillen op basis van de rechtsvorm van de fondsen. Dit zorgt voor een ongelijke mate van transparantie, die het verdient om te worden aangepakt met gemeenschappelijke specifieke regels voor fondsen, net zoals de antiwitwasrichtlijn al voorziet voor stichtingen.