

Per e-mail aan: consultatie@dnb.nl

Onderwerp: Consultatie DNB Wwft Q&As and Good Practices

Datum: 30 november 2023

Geachte heer, mevrouw,

Naar aanleiding van een discussie tussen de [bank] en Arriva Personenvervoer Nederland B.V. (hierna: “**Arriva**”) heeft Clairfort Advocaten namens Arriva aan DNB een vraag gesteld over de uitleg van het begrip staatsbedrijf. DNB heeft verzocht deze kwestie in te dienen als reactie op de Consultatie DNB Wwft Q&As and Good Practices. Met dit bericht wordt aan dat verzoek voldaan. Arriva ontvangt graag de visie van DNB op de onderhavige kwestie.

[bank] neemt het standpunt in dat Arriva kwalificeert als staatsbedrijf en merkt in dat kader commissarissen en bestuurders van Arriva aan als ‘politiek prominent personen’ (hierna: “**PEP**”). Een kwalificatie als PEP zou betekenen dat de commissarissen en bestuurders onderworpen moeten worden aan een verscherpt cliëntenonderzoek, wat in de praktijk uitvoerige vragen en informatieverzoeken betekent. Arriva meent dat zij niet kwalificeert als staatsbedrijf en dat de [bank] een onjuiste definitie van ‘staatsbedrijf’ hanteert. Dit wordt hierna toegelicht.

Visie [bank] in het kort

1. Arriva is volgens de [bank] een staatsbedrijf omdat uit de organisatiestructuur van Arriva blijkt dat de Duitse staat via Deutsche Bahn 100% eigendom en zeggenschap (en dus controle) heeft over Arriva. De [bank] definieert een staatsbedrijf als een bedrijf waar een staat controle op uitoefent (wat naar onze mening de definitie van een overheidsbedrijf betreft). De [bank] verwijst daarvoor naar bronnen van de EU en OECD die ingaan op het begrip ‘state owned enterprise’.
2. De [bank] stelt dat er in Nederlandse wetgeving geen dan wel geen eenduidige definitie van het begrip staatsbedrijf bestaat. De [bank] kijkt daarom naar wat er binnen de internationale en EU context gebruikelijk is. Het kenmerkende onderscheid van privatisering tussen staatsbedrijven en overheidsbedrijven dat Arriva maakt, ziet de [bank] niet terug in de bronnen die zij gebruikt. De [bank] gaat, zoals gezegd, uit van een definitie van staatsbedrijf waarbij het begrip ‘controle’ centraal staat.

Cliëntenonderzoek op grond van de Wwft

3. Instellingen die onder het bereik van de Wet ter voorkoming van witwassen financieren van terrorisme (hierna: “**Wwft**”) vallen, dienen op grond van artikel 3 van de Wwft cliëntenonderzoek uit te voeren naar onder meer: (i) de identiteit van haar cliënten, (ii) wie of welke persoon de uiteindelijk belanghebbende is/zijn, ook wel de ‘Ultimate Beneficial Owners’ (hierna: “**UBO**”), en (iii) het doel van de zakelijke relatie. Ook dient de instelling voortdurend controles uit te oefenen op haar cliënten.
4. Wanneer een instelling te maken heeft met een PEP, is er een verscherpt cliëntenonderzoek regime van toepassing. Een instelling dient conform artikel 8 lid 5 sub a Wwft te beschikken over passende risicobeheersystemen, waaronder op risico gebaseerde procedures, om te bepalen of de cliënt of de UBO een PEP is.



Begrip staatsbedrijf

5. De definitie van een PEP ex artikel 1 Wwft luidt als volgt: *“een natuurlijke persoon die een bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen prominente publieke functie bekleedt of heeft bekleedt”*. Op grond van artikel 2 lid 1 sub g van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 valt *“een lid van het leidinggevend lichaam, toezichthoudend lichaam of bestuurslichaam van een staatsbedrijf”* onder de definitie van PEP.¹ De wetsgeschiedenis en de Europese anti-witwasrichtlijnen bevatten geen definitie van ‘staatsbedrijf’ of anderszins een toelichting op dit begrip.
6. De Belastingdienst heeft een lijst met *“Prominente publieke functies in de definitie van politiek prominente personen (Politically Exposed Persons, PEP) in Nederland”* gepubliceerd.² Deze lijst is een uitwerking van artikel 2 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, witwassen. De functies die genoemd worden in deze lijst moeten in ieder geval onderworpen worden aan een verscherpt cliëntenonderzoek door instellingen.³ In deze lijst is onder paragraaf g. expliciet vermeld dat er in Nederland geen bedrijven zijn die aan de definitie staatsbedrijf voldoen. Echter, niet is vermeld hoe de definitie van staatsbedrijf luidt of waar die definitie gevonden kan worden.
7. In de Algemene leidraad Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) van het Ministerie van Financiën & Ministerie van Justitie en Veiligheid van 18 mei 2021 (hierna: **“de Leidraad”**) is een(zelfde) PEP-lijst opgenomen.⁴ Hierin staat onder meer:

Lid van het leidinggevend lichaam, toezichthoudend lichaam of bestuurslichaam van een staatsbedrijf	Geen
---	------

8. Derhalve volgt ook uit de Leidraad dat er in Nederland geen staatsbedrijven zijn. De betrokken ministeries lichten echter niet toe welke definitie van staatsbedrijf wordt gehanteerd of waarom zij van mening zijn dat er in Nederland geen staatsbedrijven zijn.
9. Wij hebben daar de volgende gedachten bij. Bij staatsbedrijven lijkt het (in tegenstelling tot bij overheidsbedrijven, zie hierna) te gaan om niet-verzelfstandige ‘bedrijven’ binnen de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden.⁵ Een voorbeeld van een (voormalig)

¹ De opsomming van artikel 2 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 is ook terug te vinden in artikel 3 lid 9 van de vierde anti-witwasrichtlijn.

² https://www.belastingdienst.nl/wps/wcm/connect/bldcontentnl/themaoverstijgend/brochures_en_publicaties/wwft-prominente-publieke-functies

³ Idem, de tekst van de Belastingdienst bij de lijst luidt als volgt; *“Op deze lijst vindt u prominente publieke functies in de definitie van politiek prominente personen (Politically Exposed Persons, PEP) in Nederland. Dit is de uitwerking van artikel 2 van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, witwassen. Naar personen die een dergelijke functie vervullen, moet u een verscherpt cliëntenonderzoek verrichten.”*

⁴ Over deze PEP-lijst staat in paragraaf 5.4.5 van de Leidraad het volgende geschreven: Bijlage 11.1 bij deze leidraad bevat een lijst van de prominente publieke functies. Deze lijst is niet limitatief, maar de personen die deze prominente publieke functies bekleden, dienen in elk geval als Politiek Prominente Personen (PEP) te worden aangemerkt. Kwalificatie als PEP heeft tot gevolg dat een Wwft-instelling verscherpte cliëntenonderzoeksmatregelen moet verrichten.

⁵ Zie bijvoorbeeld de volgende definitie in artikel 13 lid 1 sub a van het Besluit aanwijzing rijkseigendommen die in eigendom, beheer en onderhoud overgaan op de gemeente Noordoostpolder: *het Rijk (Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie) onder- en bovengrondse leidingen met bijbehorende werken aanlegt, behoudt, onderhoudt, wijzigt, opruimt en laat liggen.*



staatsbedrijf zijn bijvoorbeeld de Nederlandse Staatsmijnen. De Nederlandse Staatsmijnen werden later verzelfstandigd en gingen de Koninklijke DSM N.V. heten. In Nederland zijn, naar ons beste weten, inmiddels alle staatsbedrijven verzelfstandigd of geprivatiseerd.⁶ Dat verklaart dus de stelling van de Nederlandse Staat (meer specifiek het Ministerie van Financiën en het Ministerie van Justitie en Veiligheid) dat er in Nederland geen staatsbedrijven (meer) zijn.⁷

10. Arriva (en ook Deutsche Bahn AG) is een bedrijf met eigen rechtspersoonlijkheid en kan reeds om die reden niet als staatsbedrijf worden aangemerkt.
11. Op 18 oktober 2023 is het document Consultatie DNB Wwft Q&As and Good Practices gepubliceerd. Pagina 41 vat Arriva op als een bevestiging van de lezing van Arriva, waar in voetnoot 124 verwezen wordt naar het hiervoor benoemde document van de Belastingdienst over PEP's.

Staatsbedrijven in Nederlandse wetgeving

12. In het verleden bestond op grond van artikel 88 lid 1 Comptabiliteitswet 1976⁸ in samenhang met de Bedrijvenwet 1927⁹ de mogelijkheid voor de Staat der Nederlanden (de Staat) om zogenoemde staatsbedrijven op te richten, indien voor een onderdeel van het rijk een afwijkend beheer wenselijk was. Voorwaarde was dat voor de oprichting van een staatsbedrijf een instellingswet vereist was.¹⁰ Voorbeelden van staatsbedrijven zijn (waren) het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie (PTT) en de Staatsdrukkerij en Staatsuitgeverij.¹¹
13. Aan het einde van de vorige eeuw is het instituut van staatsbedrijf in onbruik geraakt door de privatisering van staatsbedrijven waardoor er momenteel in Nederland geen staatsbedrijven meer zijn.¹² Daarnaast is het niet mogelijk om nieuwe staatsbedrijven op te richten, omdat deze

⁶ Wel kent Nederland agentschappen (verzelfstandigde organisaties binnen de ministeries van het Rijk) zoals Rijkswaterstaat en ZBO's (zelfstandige bestuursorganen). ZBO's zijn geen onderdeel van een ministerie, staan dus op meer afstand en hebben vaak eigen rechtspersoonlijkheid.

⁷ In geldende Nederlandse wet- en regelgeving komt nog wel één staatsbedrijf voor, het Staatsbedrijf der Posterijen, Telegrafie en Telefonie. Het staatsbedrijf lijkt met name nog in wetten voor te komen ten behoeve van mensen die daar gewerkt hebben en daar rechten aan kunnen ontlenen. Zie bijvoorbeeld de Personeelwet PPT Nederland NV en de Personeelwet Postbank N.V. Gezien de privatisering van post en telefonie gaat het vermoedelijk echter niet om een actief staatsbedrijf.

⁸ Artikel 88 lid 1 Wet van 8 december 1976, houdende regeling van het beheer van 's Rijks financiën (Comptabiliteitswet 1976): *"Bij de wet kunnen onderdelen van de Rijksdienst als Staatsbedrijf worden aangewezen."*

⁹ Wet van 21 juli 1927 (Stb. 259), houdende algemene bepalingen nopens de takken van Rijksdienst, welke krachtens art. 88 der Comptabiliteitswet voor een afzonderlijk beheer worden aangewezen (Bedrijvenwet).

¹⁰ Artikel 88 lid 2 en 3 Comptabiliteitswet 1976.

¹¹ Er zijn vele andere staatsbedrijven geweest, maar we hebben ons beperkt tot een tweetal voorbeelden.

¹² Wet van 13 juli 2002 tot vaststelling van de Wet inzake het beheer van de financiën van het Rijk (Stb. 2002, 413), zoals deze wet laatstelijk is gewijzigd bij de wet van 18 oktober 2004, Stb. 596, p. 69; In 1989 werd de PTT geprivatiseerd en werd het opgesplitst in KPN en TNT. In 1988 werd de Staatsdrukkerij en Uitgeverij verzelfstandigd tot de vennootschap Sdu.



mogelijkheid is geschrapt uit de Comptabiliteitswet 1995¹³ en de Bedrijvenwet is ingetrokken in 1994.¹⁴

14. Er is, anders dan de [bank] stelt, geen gebrek aan een uitwerking van de definitie van de term staatsbedrijf, maar het is op basis van de huidige wetgeving niet (meer) mogelijk om een staatsbedrijf op te richten en is gebruik van dat begrip in geldende wetgeving dus niet opportuun. De [bank] kan derhalve wel degelijk afgaan op hoe in Nederland invulling aan dit begrip is gegeven.

Staatsbedrijven in Duitsland

15. Ook in Duitsland is de vierde anti-witwasrichtlijn geïmplementeerd en geldt de regel dat leden van de bestuurs-, leidinggevende en toezichthoudende organen van staatsbedrijven kwalificeren als PEP's.¹⁵ Echter, ook in Duitsland komt deze categorie in de praktijk niet voor. Door de privatisering van staatsbedrijven bestaan er vanaf het einde van de 20^e eeuw geen traditionele staatsbedrijven meer in Duitsland.¹⁶ Naar ons besten weten kwalificeren alle huidige Duitse bedrijven die onder controle staan van de Duitse Staat uitsluitend als 'overheidsbedrijf' doordat zij privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten. Zo is bijvoorbeeld Deutsche Bahn AG sinds 1994 een overheidsbedrijf.¹⁷ In dat jaar is de Duitse Grondwet gewijzigd met als gevolg dat de federale spoorwegen sindsdien als commerciële privaatrechtelijke ondernemingen moeten worden geëxploiteerd.¹⁸

Europese bronnen

16. De OECD definieert een 'stated owned enterprise' voor het doel van de betreffende richtlijnen als volgt: *"any corporate entity recognised by national law as an enterprise, and in which the state exercises ownership, should be considered as an SOE. This includes joint stock companies, limited liability companies and partnerships limited by shares. Moreover statutory corporations, with their*

¹³ Wet van 10 juli 1995 tot wijziging van de Comptabiliteitswet verband houdende met onder andere de introductie van agentschappen, de integratie van de begrotingsartikelen «personeel» en «materieel» en een nadere aanpassing van de financiële verantwoordingsprocedure (zesde wijziging van de Comptabiliteitswet).

¹⁴ De intrekking van de Bedrijvenwet 1928 is, op grond van artikel IV, vierde lid, en artikel II, tweede lid, van de Wet van 19 december 1991 (Stb. 752), houdende herziening van de Comptabiliteitswet 1976 met uitzondering van de bepalingen inzake de Algemene Rekenkamer (Vierde wijziging van de Comptabiliteitswet 1976), inmiddels geëffectueerd bij koninklijk besluit van 15 juni 1994, Stb. 460.

¹⁵ Artikel 1 paragraaf 12 onder 1h Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz - GwG); dit artikel is de Duitse implementatie van artikel 3 lid 9 sub g 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-witwas Richtlijn).

¹⁶ I. Ewald, "Privatisierung staatlicher Aufgaben", Brühl/Rheinland 2004, p. 72-89.

¹⁷ I. Ewald, "Privatisierung staatlicher Aufgaben", Brühl/Rheinland 2004, p. 76.

¹⁸ Art. 87e Abs. 3 S. 1 Grundgesetz: *"Eisenbahnen des Bundes werden als Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form geführt. Diese stehen im Eigentum des Bundes, soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfaßt [...]"*.



legal personality established through specific legislation, should be considered as SOEs if their purpose and activities, or parts of their activities, are of a largely economic nature.”¹⁹

17. De OECD definieert ‘controle’ van state owned enterprises als volgt: *“enterprises that are under the control of the state, either by the state being the ultimate beneficiary owner of the majority of voting shares or otherwise exercising an equivalent degree of control. Examples of an equivalent degree of control would include, for instance, cases where legal stipulations or corporate articles of association ensure continued state control over an enterprise or its board of directors in which it holds a minority stake. Some borderline cases need to be addressed on a case-by-case basis.”*
18. Het gaat hierbij dus om (ver)zelfstandig(d)e bedrijven met eigen rechtspersoonlijkheid waarvan de staat het (mede)eigendom heeft. Dat is ook logisch in die zin dat als geen sprake is van een aparte juridische entiteit er niet zo iets is als ‘corporate governance’ (het onderwerp van de betreffende OECD-richtlijnen). De OECD definitie vertoont (treffende) overeenkomsten met het begrip ‘overheidsbedrijf’ zoals dat volgt uit de Nederlandse wetgeving:
 - a. Op grond van artikel 25g lid 1 Mededingingswet is een overheidsbedrijf een: *“a) ondernemingen met een privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid, niet zijnde een personenvennootschap met rechtspersoonlijkheid, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon, al dan niet tezamen met een of meer andere publiekrechtelijke rechtspersonen, in staat is het beleid te bepalen; en b) een onderneming in de vorm van een personenvennootschap, waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon deelneemt.”*
 - b. Op grond van artikel 1.1 Aanbestedingswet is een overheidsbedrijf: *“een bedrijf waarop een aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kan uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften”.*
19. Oftewel, een overheidsbedrijf bezit privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid en de overheid oefent controle uit op het bedrijf.
20. Op grond van artikel 1 van Bijlage II bij de vierde anti-witwasrichtlijn²⁰ worden ‘overheidsbedrijven’ expliciet benoemd als een factor of bewijs van een potentieel lager risico op grond waarvan een vereenvoudigd cliëntenonderzoek kan worden toegepast. Voor staatsbedrijven voorziet de vierde anti-witwasrichtlijn in een streng(er) regime voor wat betreft het cliëntenonderzoek. De begrippen ‘staatsbedrijf’ en ‘overheidsbedrijf’ zijn dus ook op grond van de vierde anti-witwasrichtlijn van elkaar te onderscheiden begrippen.
21. Echter, de vierde anti-witwasrichtlijn bevat geen definities van ‘staatsbedrijf’ of ‘overheidsbedrijf’ of anderszins een toelichting op deze begrippen (wat de bron lijkt voor de discussie tussen de [bank] en Arriva). Om die reden kijkt de [bank] naar OECD en EU publicaties zoals de OECD Guidelines on

¹⁹ Idem, p. 14.

²⁰ 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.



Corporate Governance of State-Owned Enterprises – 2015 edition²¹ en de Institutional Paper State-Owned Enterprises in the EU: Lessons learnt and Ways Forward in a Post-Crisis Context van het directoraat-generaal Economische en financiële zaken van de Europese Commissie.²² In beide documenten wordt het begrip State-owned enterprise gedefinieerd op basis van het ‘controle’-begrip:

Zie de definitie van de OECD hiervoor.

Op basis van de Institutional Paper zijn State owned enterprises “*those companies where, for various reasons, the state exercises control. The ownership arrangements and the governance structures vary across countries and sectors. On one extreme, the government may own only a minority share and the company enjoys relative managerial and organizational autonomy; on the other side of the spectrum, companies may be fully owned by the state and follow instructions from their line Minister.*”²³ De Institutional Paper definieert ‘controle’ van state owned enterprises als volgt: “*those non-financial companies where the state exercises control, regardless of the size of ownership.*”²⁴

22. In het kader van het voorgaande maken wij de volgende kanttekeningen:

- a. OECD publicaties genieten in de praktijk gezag, maar hebben geen bindende kracht. Ook de publicatie van de Europese Commissie betreft geen wetgeving of een stuk met bindende kracht.
- b. Europese wetgeving kent een definitie van overheidsonderneming (in de Nederlandse wetgeving opgenomen als overheidsbedrijf). In die definitie staat het controlebegrip centraal wat onderstreept dat het bij het controlebegrip – ook in een EU context – gaat om overheidsbedrijven (en niet om staatsbedrijven). Zie onderstaande definitie uit Richtlijn 2014/25/EU. De uitleg van de [bank] is derhalve niet in lijn met Europese wetgeving.²⁵ Bovendien is het vaste rechtspraak dat aan begrippen in EU-wetgeving een autonome en uniforme uitleg moet worden gegeven.

2. „Overheidsonderneming”: onderneming waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelname of de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften.

Het vermoeden van overheersende invloed bestaat in een van de volgende gevallen wanneer een aanbestedende dienst, direct of indirect:

²¹ <https://www.bicg.eu/wp-content/uploads/2017/07/OECD-2015.pdf>.

²² https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2022-07/ip031_en.pdf.

²³ https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2022-07/ip031_en.pdf, p. 1.

²⁴ https://economy-finance.ec.europa.eu/system/files/2022-07/ip031_en.pdf, p. 6.

²⁵ Meer precies geldt dat bewoordingen van een Unierechtelijke bepaling die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele EU autonoom en uniform uitgelegd moeten worden, waarbij rekening moet worden gehouden met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling (zie HvJ EU 19 september 2000, Linster, C 287/98, punt 43, en HvJ EU 22 december 2010, Mercredi, C 497/10).



- a) de meerderheid van het geplaatste kapitaal van het bedrijf bezit;*
- b) over de meerderheid van de stemrechten verbonden aan de door genoemd bedrijf uitgegeven aandelen beschikt;*
- c) meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van het bedrijf kan aanwijzen.*

- c. De uitleg van de [bank] brengt met zich dat het verlichte regime voor overheidsbedrijven in de praktijk nooit kan worden toegepast omdat, zo lijkt het, alle overheidsbedrijven door haar als staatsbedrijf worden aangemerkt en derhalve het onderscheid dat de vierde anti-witwasrichtlijn maakt tussen staatsbedrijven en overheidsbedrijven zinledig wordt. Daarmee wordt geen recht gedaan aan de context van de begrippen en het doel van de betrokken regeling.
- d. In de Institutional Paper worden Nederlandse 'state owned enterprises' genoemd zoals ProRail, TenneT, de Nederlandse Spoorwegen, ProRail en Schiphol. Deze ondernemingen kwalificeren in Nederland enkel als 'overheidsbedrijven' dan wel slechts als deelneming van de Staat en *niet* als staatsbedrijven. Wat onderstreept dat het begrip 'state owned enterprise' in de Institutional Paper niet begrepen moet worden als 'staatsbedrijf' in de zin van de vierde anti-witwasrichtlijn of Nederlandse regelgeving en de uitleg van de [bank] derhalve niet gevolgd kan worden.

Met vriendelijke groet,

Clairfort Advocaten

C.A.M. Lombert