



de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs Commissie Wetsvoorstellen

Aan de Vaste commissie voor Financiën van de
Tweede Kamer der Staten-Generaal

De heer S. Weeber
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Amsterdam, 24 mei 2019

**Betreft: Commentaar van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs op de
Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van
vennootschappen en andere juridische entiteiten**

Geachte leden van de Commissie,

De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs (hierna: de Orde) heeft met belangstelling kennisgenomen van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (hierna: implementatiewetsvoorstel) en geeft hierbij graag haar commentaar op het implementatiewetsvoorstel.

1. Inleiding

De UBO-registratie die het implementatiewetsvoorstel beoogt in te voeren, wordt gedragen door het uitgangspunt dat meer transparantie kan voorkomen dat het financiële stelsel wordt gebruikt voor witwassen of terrorismefinanciering. De Orde is het met het kabinet eens dat inzicht in de identiteit van uiteindelijk belanghebbenden (hierna ook: UBO's) van vennootschappen en andere juridische entiteiten een bijdrage kan leveren aan het effectiever tegengaan van terrorismefinanciering en witwassen. Dat doel kan ook worden bereikt zonder het opnemen van de UBO's in een openbaar register. Het is voldoende als alle toezichthouders over die gegevens beschikken. Daarom meent de Orde dat de publieke toegang tot UBO-gegevens die het implementatiewetsvoorstel en de gewijzigde vierde EU-antiwitwasrichtlijn¹ (hierna: de Richtlijn) met zich brengt, een onnodige, in sommige gevallen disproportionele inbreuk maakt op het recht op privacy van uiteindelijk belanghebbenden. De Orde realiseert zich dat de Richtlijn de nationale wetgever op dit punt weinig keus laat, maar hecht eraan dit te benadrukken.

¹ Richtlijn (EU) 2018/843 van 30 mei 2018 in samenhang met Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015, inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering.

De Commissie Wetsvoorstellen van de NOB reageert gevraagd en ongevraagd op fiscaal relevante (wets)voorstellen (en het voortraject daarvan) vanuit de expertise van haar leden. Belangrijke toetsstenen zijn rechtszekerheid (waaronder terugwerkende kracht), verenigbaarheid met het recht, uitvoerbaarheid, effectiviteit en efficiency, regeldruk en gevolgen voor het investeringsklimaat.

Transparantie lijkt, ook in het implementatiewetsvoorstel, steeds zonder – zichtbare – zorgvuldige onderbouwing of afweging boven het recht op privacy te worden gesteld. Naar de mening van de Orde is meer transparantie niet altijd een geschikt antwoord, aangezien dit ook kan leiden tot sterke toename van weinig zinvolle administratieve verplichtingen en tot wantrouwen. Hijink beargumenteert bijvoorbeeld dat het hoogst twijfelachtig is of transparantievoorschriften in het ondernemingsrecht daadwerkelijk bijdragen aan vertrouwen.²

Ten aanzien van de inhoud van het voorliggende implementatiewetsvoorstel constateert de Orde dat het daarin opgenomen begrippenkader in de wettekst of in de Memorie van Toelichting niet nader of weinig concreet wordt ingevuld. De Orde heeft hiervoor, gelet op de doelstellingen van het wetsvoorstel, begrip, maar vreest dat dit leidt tot rechtsonzekerheid en niet bijdraagt aan de realisatie van diezelfde doelstellingen. Met inachtneming van de sancties die het niet-naleven van de uit de implementatiewet voortvloeiende verplichtingen met zich brengen, suggereert de Orde met klem om het kabinet te verzoeken aan de hand van concrete voorbeelden de toepassing van het UBO-register in de praktijk te duiden. De Orde geeft in onderdeel 5 hierna enkele concrete voorbeelden.

2. Internetconsultatie

De Orde heeft eerder gereageerd op de internetconsultatie van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden.³ Op basis van de internetconsultatie is onder andere gekozen voor eenzelfde UBO-definitie voor zowel de cliëntidentificatieverplichtingen als de UBO-registratie. De Orde stelt deze wijziging op prijs.

Op andere punten is het implementatiewetsvoorstel niet of nauwelijks aangepast en is de houdbaarheid van de inbreuk op het recht op privacy niet alsnog beoordeeld. In dit verband wordt in de Memorie van Toelichting volstaan met een verwijzing naar de implementatieverplichting die voortvloeit uit de Richtlijn. Naar de mening van de Orde heeft de Nederlandse wetgever op basis van verschillende verdragen (waaronder het EVRM) echter steeds de verplichting om zelfstandig een toets ter zake van het recht op privacy aan te leggen, zeker nu die toetsing bij de totstandkoming van de Richtlijn naar mening van de Orde onvoldoende is aangelegd.⁴ De Orde geeft de suggestie om de betrokken ministers te vragen om een zelfstandige toetsing van het recht op privacy uit te voeren.⁵

² J.B.S. Hijink, ‘Vertrouwen en transparantie’ (Ondernemingsrecht 2019/35).

³ <https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden/reactie/9bb3fd97-10ec-4e0f-ae9b-5b6561f5b434>.

⁴ Zie ook Anthoni en Tydeman, ‘De knellende schoen van Damocles’, WFR 2017/216.

⁵ De Orde verwijst hierbij tevens naar de uitspraak van het Franse constitutionele hof (Le Conseil Constitutionnel 25 juli 2016, ECLI:FR:CC:2016:2016.591.QPC). Daarin is bepaald dat niet alleen de openbare toegankelijkheid, maar het gehele Franse trustregister in strijd is met het recht op privacy zoals vervat in de Franse grondwet (welk recht overeenkomt met het EVRM-privacygrondrecht). De doelstelling van het Franse trustregister (de bestrijding van belastingfraude en economische/financiële criminaliteit) was weliswaar in lijn met de Franse grondwet, maar werd disproportioneel geacht wegens onvoldoende onderbouwing van de toegevoegde waarde van het openbare karakter.

3. Weging door Autoriteit Persoonsgegevens en Belastingdienst

De Orde is verrast door het enerzijds weinig kritische wetgevingsadvies van de Autoriteit Persoonsgegevens en anderzijds door de kritische uitvoeringstoets van de Belastingdienst. Deze zeer verschillende geluiden lijken moeilijk met elkaar te rijmen.

De Belastingdienst wijst naar de mening van de Orde terecht op de fraudegevoeligheid van het implementatiewetsvoorstel en het risico dat de registratie contraproductief uitwerkt. Dit risico op contraproductiviteit heeft eerder ook het hoofd van het Anti-Money Laundering Centre van de FIOD genoemd.⁶ De Orde stelt voor om de betrokken ministers te vragen hoe zij het risico op een contraproductieve werking wegen, aangezien twee belangrijke betrokken overheidsinstanties sterke twijfels hebben geuit.

4. Uitzonderingen en vrijstellingen UBO-registratieplicht

4.1 Uitzondering voor bijzondere persoonsgegevens AVG

De uitzonderingen voor UBO-registratieverplichtingen lijken enigszins willekeurig te zijn gekozen. Kerkgenootschappen zijn uitgezonderd van de UBO-registratieverplichting omdat *‘centrale registratie van natuurlijke personen als UBO van een kerkgenootschap in een openbaar register een indirecte registratie door de overheid van de religie van die UBO’s betekent.’* ‘Godsdienst of levensovertuiging’ is volgens de AVG (artikel 9 lid 1) een bijzonder persoonsgegeven, zodat zeer terughoudend moet worden omgegaan met verwerking daarvan.

Evenwel kan de Orde zich voorstellen dat er ook stichtingen en verenigingen zijn waarbij het zijn van ‘UBO’ daarvan een bijzonder persoonsgegeven blootlegt. ‘Lidmaatschap van een vakbond’, ‘gezondheid’ en ‘seksuele leven’ zijn andere voorbeelden van bijzondere persoonsgegevens, waarvoor evenwel geen uitzondering is opgenomen.⁷ Bovendien vallen geloofsgemeenschappen die een andere rechtsvorm dan kerkgenootschap hebben gekozen, integraal onder de UBO-registratieplicht, terwijl van hun UBO’s de religie wordt geregistreerd. Is het mogelijk om de uitzondering voor UBO-registratieverplichtingen te verbreden? Of is het wellicht mogelijk om hiervoor een optionele uitzondering met marginale toetsing in te voeren?

4.2 Geen UBO-registratieverplichting bij laag risico

Verenigingen zonder volledige rechtsbevoegdheid die geen onderneming drijven, verenigingen van eigenaren en ‘overige privaatrechtelijke rechtspersonen’ zijn vrijgesteld van de UBO-registratieverplichting, omdat deze volgens de Memorie van Toelichting een laag risico op witwassen of financieren van terrorisme kennen.

Naar de mening van de Orde geldt dit ook voor stichtingen administratiekantoor (STAK’s) en ANBI-verenigingen en -stichtingen.

- Deze specifieke juridische entiteiten registreren reeds hun bestuurders.

⁶ Seminar van Transparency International Nederland, ter lancering van het onderzoeksrapport Behind the scenes. Beneficial ownership transparency in the Netherlands op 4 april 2017; zie www.transparency.nl/nieuws/2017/04/transparantie-ubowitwaspraktijken.

⁷ Zie hierover M. Tydeman-Yousef, ‘What’s in a name?’, WFR 2013/1246.

- STAK's drijven zelf geen onderneming. De door een STAK uitgegeven certificaten representeren een verplichting van de STAK jegens de certificaathouder ten aanzien van de onderliggende (gecertificeerde) vermogensbestanddelen. Ziet de Orde het goed dat een certificaathouder die geen andere relatie heeft tot de STAK niet als uiteindelijk belanghebbende van de STAK kwalificeert? De certificaathouder heeft immers een vordering ten aanzien van de STAK, maar in de regel geen eigendomsbelang, stemrecht bij statutenwijziging of feitelijke zeggenschap in de STAK. Als de door een STAK uitgegeven certificaten relateren aan aandelen die door de STAK in administratie worden gehouden, worden de certificaathouders overigens reeds meegenomen bij de UBO-registratie van de onderliggende vennootschap.
- ANBI's zijn onderworpen aan omvangrijke ANBI-regelgeving en -toezicht.
- In algemene zin merkt de Orde op dat het bestuur van een ANBI in het maatschappelijk verkeer niet zal worden beschouwd als de 'uiteindelijk belanghebbende' van (het vermogen van) de ANBI. Door de registratie van dat bestuur als uiteindelijk belanghebbende kan een onjuist beeld ontstaan. Mede in dit kader komt de vraag op of voor personen die het UBO-register raadplegen, zichtbaar is in welke hoedanigheid een natuurlijk persoon als uiteindelijk belanghebbende van een juridische entiteit is aangemerkt, als 'pseudo'-UBO of anderszins (zie ook paragraaf 5 hierna)?

De Orde suggereert om op basis van het voorgaande de betrokken ministers te vragen een uitzondering voor STAK's en ANBI's te maken.

Verder kan overwogen worden ook een uitzondering te maken ten aanzien van (andere) not-for-profit entiteiten die veel brancheregels en toezicht kennen, zoals onderwijs en zorg.

4.3 Afschermen UBO-informatie

Wat betreft het automatisch afschermen van UBO-informatie van een minderjarige geeft de Memorie van Toelichting aan dat een dergelijke automatische afscherming niet past binnen de Richtlijn. De Orde ziet evenwel dat in andere EU-landen (zoals België) de afscherming in deze gevallen wel automatisch zal plaatsvinden. Hoe verhoudt zich dit tot de Memorie van Toelichting dat de Richtlijn deze mogelijkheid niet zou bieden? België is immers evenzeer gebonden aan dezelfde richtlijn, maar interpreteert die blijkbaar anders. Het registreren van een minderjarige UBO zou overigens ook direct als verzoek tot afscherming kunnen worden beschouwd, zodat direct een geval specifieke afweging kan worden gemaakt. Kan in elk geval dit automatisme worden ingebouwd in de UBO-registratie?

4.4 Besloten behandeling bezwaar en beroep

In de Memorie van Toelichting is opgemerkt dat de UBO-informatie wordt afgeschermd tijdens de periode waarin bezwaar kan worden gemaakt en beroep kan worden ingesteld, dus tijdens de bezwaar- en beroepsfase. Is de beslotenheid gedurende de behandeling van bezwaar en beroep ook in alle fases gewaarborgd? De Orde dringt erop aan om – zoveel mogelijk – de behandeling van beroep bij de nationale en Europese rechter besloten te maken.

5. Begrippenkader

De Orde constateert dat het begrippenkader in het implementatiewetsvoorstel niet duidelijk omlind is. Hoewel begrijpelijk vanuit de doelstellingen van het UBO-register, geeft de Orde de suggestie om het kabinet te verzoeken om aan de hand van concrete voorbeelden aan te geven hoe de implementatiewet in de praktijk zal moeten worden toegepast om rechtsonzekerheid en onduidelijkheden in de praktijk te voorkomen.

Voorbeelden van vragen die opkomen zijn de volgende:

1. Stel een besloten vennootschap (A BV) heeft vier aandeelhouders die ieder een volledig gelijk belang houden waarbij geen formeel of feitelijk andere afspraken over winstgerechtigdheid of zeggenschap zijn gemaakt. Artikel 10a lid 1 van het implementatiewetsvoorstel geeft de hoofdregel van het UBO-begrip en in artikel 10a lid 3 wordt verwezen naar het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 waarin per categorie is beschreven wie in elk geval als UBO moet worden aangemerkt. Kunnen de vier aandeelhouders ieder als UBO worden gekwalificeerd? Dat lijkt de Orde niet logisch op basis van uitwerking van het UBO-begrip, maar op basis van de hoofdregel kan dit niet worden uitgesloten. Kan een belang van minder dan 25 procent leiden tot kwalificatie als UBO? Zo ja, in welke situaties zou zich dat kunnen voordoen?
2. Indien een besloten vennootschap (X BV) in gelijke delen 100 stemrechtloze aandelen heeft uitgegeven aan drie aandeelhouders en in gelijke delen 100 winstrechtloze aandelen heeft uitgegeven aan drie andere aandeelhouders, hoe verloopt dan de UBO-registratie? Dienen in totaal zes UBO's te worden geregistreerd (drie UBO's als houders van meer dan 25 procent eigendomsbelang en drie UBO's als houders van meer dan 25 procent van de stemrechten)? Wordt het voor personen die het UBO-register raadplegen zichtbaar in welke hoedanigheid de UBO's van X BV worden geregistreerd (aandelen, stemrechten, eigendomsbelang, andere middelen of 'pseudo'-UBO)?
3. Indien een besloten vennootschap (Y BV) vijf 20%-aandeelhouders (natuurlijke personen) heeft en er bovendien geen (andere) natuurlijke personen zijn die een kwalificerend (meer dan 25 procent) belang houden in Y BV (via aandelen, stemrechten, eigendomsbelang of andere middelen), dienen een of meer statutaire bestuurders te worden geregistreerd als 'pseudo'-UBO. Wie dient als UBO te worden geregistreerd, indien het statutaire bestuur van Y BV wordt gevormd door een besloten vennootschap (Z BV)? Het bestuur van Z BV (doorkijken naar boven tot de eerste natuurlijk persoon) of de UBO's van Z BV? Is de uitkomst anders, indien Z BV is opgericht naar buitenlands recht? Hoe moeten in dit kader de uitlatingen van de Minister van Financiën inzake trustkantoren worden geduid?⁸
4. Een besloten vennootschap (C BV) heeft al haar aandelen gecertificeerd door middel van een STAK en de certificaten worden in gelijke delen gehouden door 100 onafhankelijke certificaathouders, C BV heeft drie statutaire bestuurders (natuurlijke personen) en de STAK heeft drie statutaire bestuurders (natuurlijke personen). Wie dient als UBO te worden geregistreerd van C BV? Een of meer statutaire bestuurders van C BV als 'pseudo'-UBO?

⁸ Zie de brief van de Minister van Financiën van 5 maart 2018, 2017/18, 34808 nr. 15.

5. Voor beursgenoteerde vennootschappen geldt dat zij geen UBO hoeven te registreren, indien zij zijn onderworpen aan de openbaarmakingsvereisten van de Richtlijn transparantie⁹ of aan vergelijkbare internationale openbaarmakingsvereisten. Indien een dergelijke beursgenoteerde vennootschap een 100%-dochtermaatschappij heeft, geldt dezelfde uitzondering op deze registratieverplichting dan ook voor deze dochtermaatschappij?

Op grond van artikel 23 lid 4 van de Richtlijn transparantie kan de Europese Commissie een besluit uitvaardigen, waaruit volgt welke derde landen voldoen aan de toets van ‘vergelijkbare internationale openbaarmakingsvereisten’. Tot op heden is een dergelijk besluit nog niet uitgevaardigd. Betekent dit dat een 100%-dochtermaatschappij van een bijvoorbeeld aan de NYSE beursgenoteerde vennootschap wel haar UBO’s moet registreren in Nederland (en dus geen gebruik kan maken van deze uitzondering)? Geldt de uitzondering uitsluitend voor een direct door de beursvennootschap gehouden 100%-dochtermaatschappij of (logischerwijs) ook voor een indirect gehouden 100%-dochtermaatschappij?

6. Registratieverplichting voor uitkeringen door stichtingen

De Orde betwijfelt of de opmerking in de Memorie van Toelichting juist is, dat iemand die een uitkering krijgt van meer dan 25 procent van ‘het uitgekeerde bedrag’ als UBO kwalificeert op basis van het implementatiewetsvoorstel en het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018.¹⁰ De Orde vraagt zich allereerst af of hierbij wordt bedoeld op ‘het voor uitkering vatbare bedrag in een bepaald boekjaar’ in plaats van ‘het uitgekeerde bedrag’? Verder wordt in artikel 1 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 eigendomsbelang gedefinieerd als ‘*recht op uitkering uit het vermogen van een rechtspersoon of personenvennootschap, waaronder de winst of de reserves, of op overschot na vereffening*’. Naar het de Orde voorkomt, is er een relevant verschil tussen het feitelijk ontvangen van meer dan 25 procent van het totaalbedrag dat in enig jaar toevallig voor uitkering vatbaar is, en het hebben van een recht op uitkering van meer dan 25 procent van het vermogen van de stichting.

De Orde geeft de suggestie om de betrokken ministers te vragen om in te gaan op dit verschil en aan te geven of de opmerking in de Memorie van Toelichting nuancering verdient op basis van de uitleg van het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. De Orde vraagt zich voorts af of in dit verband nog onderscheid kan worden gemaakt tussen stichtingen die als STAK fungeren, en overige stichtingen?

Daarnaast merkt de Orde op dat het implementatiewetsvoorstel het begrip uitkering niet definieert. In het stichtingenrecht is geen sprake van ‘een voor uitkering vatbaar bedrag’. Het implementatiewetsvoorstel brengt een Fremdkörper in boek 2 BW.

Overigens is de Orde van mening dat de registratieverplichting die dit wetsvoorstel voor stichtingen introduceert, niet gerechtvaardigd wordt door de richtlijn noch door de Wwft 2018 en het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 en in feite niet in dit implementatiewetsvoorstel

⁹ Richtlijn 2004/109/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2004.

¹⁰ Memorie van Toelichting ‘Artikelsgewijs’, ‘Artikel III (Burgerlijk Wetboek)’, pagina 46.

thuishoort. De Orde geeft in overweging deze wijziging in het BW uit het implementatiewetsvoorstel te halen.

7. Overige knelpunten

7.1 Ontbreken benodigde UBO-informatie

Het implementatiewetsvoorstel gaat niet in op het geconstateerde knelpunt dat entiteiten die verplicht zijn hun UBO te registreren, niet altijd beschikken over de benodigde UBO-informatie en die ook niet kunnen achterhalen. Te denken valt aan situaties, waarin een vennootschap onderdeel uitmaakt van een concern en informatie over de volledige aandeelhoudersstructuur niet met het gehele concern wordt gedeeld. De Orde vraagt zich af hoe hiermee moet worden omgegaan. Welke inspanning wordt van de verantwoordelijke personen binnen dergelijke vennootschappen verwacht om de UBO-informatie te achterhalen en welke documentatie moet door deze vennootschappen worden aangelegd om desgevraagd aan te tonen dat aan de inspanningsverplichting is voldaan? Biedt de wettelijke verplichting in dat geval voldoende ruimte voor de entiteit op wie de registratieverplichting rust, om terug te vallen op registratie van de ‘pseudo’-UBO (het statutair bestuur, volgens artikel 3 lid 6 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018)?

7.2 Koppeling zware handhavings- en sanctiemogelijkheden aan duidelijke regelgeving

Ter zake van de handhaving- en sanctiemogelijkheden merkt de Orde op dat deze zeer ruim zijn. De keuze daarvoor is uiteraard aan de politiek. De Orde acht het echter redelijk om zware handhavings- en sanctiemogelijkheden alleen te koppelen aan volstrekt duidelijke regelgeving. Onderhavig wetsvoorstel is dit niet. De Orde zou meer handvatten omtrent toepassing van de handhavings- en sanctiemogelijkheden zeer op prijs stellen. Wanneer is iemand daadwerkelijk te laat met het aanleveren van de vereiste gegevens? Wordt vooraf een waarschuwing gegeven? Zijn er nog boetematigende omstandigheden? Zo ja, welke?

7.3 Verhouding meldingsplichtige instellingen en UBO-registratie

De Orde meent dat een redelijke uitleg van artikel 30 lid 8 van de Richtlijn is dat een meldingsplichtige instelling volledig mag afgaan op het UBO-register in een laag risicosituatie, doch dat in een verhoogd risicosituatie nadere informatie wordt ingewonnen. De instelling vertrouwt dan niet ‘uitsluitend’ op de UBO-registratie. De waarde van de registratie voor de instellingen zou hierdoor sterk toenemen en de administratieve last dienovereenkomstig afnemen, daarom vraag de Orde hierbij nogmaals of deze interpretatie klopt.

8. Slot

Uiterlijk op 10 maart 2021 moet de Europese Commissie in samenwerking met de lidstaten de nationale UBO-registraties koppelen via het Europees centraal platform. De Orde acht het van belang dat de UBO-informatie die daarin wordt ontsloten, zo eenduidig mogelijk is. De EU/EER-lidstaten wijken bij de implementatie van de UBO-registratie – net als Nederland – op verschillende punten af van de Richtlijn. De UBO-informatie die vervolgens EU-breed wordt ontsloten, zal daardoor niet eenduidig zijn, met alle mogelijk verwarrende gevolgen van dien. Daarom roept de Orde het kabinet op om (via de EU) zoveel mogelijk tot een eenduidige UBO-registratie te komen. Dat zal ook bijdragen aan een ‘level playing field’ in de EU.

De Orde is graag bereid bovenstaande reactie nader toe te lichten en daartoe in overleg te treden.

Hoogachtend,
de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs

mr. J.A.R. van Eijdsen
voorzitter Commissie Beroepszaken

drs. R.A. van der Jagt
voorzitter Commissie Wetsvoorstellen