

Your World First

C/M/S/

Law . Tax

Consultatie Implementatiewet
registratie uiteindelijk belanghebbenden

april 2017

CONSULTATIE IMPLEMENTATIEWET REGISTRATIE UITEINDELIJK BELANGHEBBENDEN

1. ALGEMEEN

Met grote belangstelling hebben wij kennis genomen van de consultatieversie van de wijziging van de Handelsregisterwet 2007, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en de Wet op de economische delicten in verband met de registratie van uiteindelijk belanghebbenden ter implementatie van de vierde anti-witwasrichtlijn (Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden) (het '**Wetsvoorstel**') en de memorie van toelichting met betrekking tot het Wetsvoorstel (de '**Memorie van Toelichting**').

Het Wetsvoorstel strekt tot implementatie van de verplichting tot het houden van een centraal register met informatie over uiteindelijk belanghebbenden, in het Engels 'ultimate beneficial owner' ('**UBO**'), van in Nederland opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten, voortvloeiend uit Europese richtlijn 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering van 20 mei 2015 (de '**Richtlijn**').

2. WIJZIGING RICHTLIJN

Een consultatie over implementatie van de Richtlijn achten wij zeer zinnig. De Europese Commissie heeft op 5 juli 2016 een voorstel gepresenteerd om de Richtlijn aan te passen. Er zijn vervolgens meerdere reacties en wijzigingsvoorstellen gekomen op dit wijzigingsvoorstel, waaronder van de Council of Bars and Law Societies of Europe, de Europese Raad, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en commissies van het Europees Parlement.

Het is opmerkelijk dat er een consultatie wordt uitgeschreven op een moment dat nog niet duidelijk is hoe de Richtlijn definitief komt te luiden. Duidelijk is dat de Richtlijn wordt aangepast, echter zolang de tekst niet definitief is, lijkt het niet zinvol om de Richtlijn vast te leggen in nationale wetgeving.

Wij begrijpen wel de noodzaak van de wetgever om in actie te komen gezien de eis uit de Richtlijn dat de lidstaten de Richtlijn uiterlijk 26 juni 2017 dienen te hebben geïmplementeerd. De Europese Commissie zou echter dienen te bepalen dat implementatie wordt uitgesteld. Hierna volgen niettemin onze bevindingen ten aanzien van het Wetsvoorstel zoals dat nu is gepresenteerd.

3. DEFINITIE UITEINDELIJK BELANGHEBBENDE

De definitie van UBO in het Wetsvoorstel is: 'de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over een onderneming of rechtspersoon'.

Deze zeer ruime en niet toegelichte definitie baart zorgen. In de Richtlijn is de definitie van 'uiteindelijk begunstigde' toegelicht, zodat handvatten worden gegeven wanneer in ieder geval wordt toegekomen aan het criterium van UBO.

In de Memorie van Toelichting is over de uitwerking van de definitie bepaald dat het "vanuit een oogpunt van uitvoerbaarheid van belang is dat de betreffende ondernemingen en rechtspersonen, waarvan de UBO-informatie in het handelsregister zal worden opgenomen, duidelijkheid wordt geboden over hoe zij kunnen bepalen wie hun uiteindelijke eigenaar is of wie zeggenschap over hen heeft.

Om die reden wordt voorgesteld om een grondslag op te nemen om in het Handelsregisterbesluit 2008 per type onderneming en rechtspersoon te bepalen wie dient te worden beschouwd als uiteindelijk belanghebbende. Deze uitwerking in het Handelsregisterbesluit 2008 zal één op één aansluiten bij de nadere uitwerking die in het Uitvoeringsbesluit Wwft zal worden gegeven van het begrip UBO uit artikel 1 van de Wwft.”.

Het is dus lastig om op dit moment commentaar te geven op de uiteindelijk toe te passen definitie van UBO. Uit het oogpunt van duidelijkheid zouden wij ervoor pleiten om de (eensluidende) definitie van UBO in de Handelsregisterwet 2007 en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme op te nemen. Verder dient deze definitie concreet te zijn, zodat geen onduidelijkheid bestaat over de vraag wie als UBO dient te worden gekwalificeerd. Met de huidige definitie in de wet en een uitwerking in Uitvoeringsbesluiten, waarbij wordt gewerkt met onduidelijke criteria, ontstaat geen duidelijkheid.

Men dient zich ervan bewust te zijn dat deze definitie met zich meebrengt dat ook een houder van een minderheidsbelang onder deze definitie kan vallen zonder dat deze zeggenschap heeft.

Ook wordt in de Memorie van Toelichting aangeduid welke entiteiten ‘sowieso’ een UBO hebben.¹ De Richtlijn bepaalt daarnaast dat de natuurlijke personen die behoren tot het hoger leidinggevend personeel kortgezegd onder de omstandigheid dat er geen UBO kan worden aangewezen als UBO kwalificeren.

Wij vragen ons af of de Memorie van Toelichting niet een (onterecht) breder bereik heeft dan de Richtlijn voor wat betreft de entiteiten die geraakt worden, gezien de uitwerking van de definitie van uiteindelijk begunstigde in de Richtlijn. Verenigingen, coöperaties en onderlinge waarborgmaatschappijen zijn geen vennootschappen en vallen ook niet onder uitwerking (c) van het begrip ‘uiteindelijk begunstigde’ in de Richtlijn. Wij zien niet in waarom deze rechtspersonen verplicht worden UBO-informatie te registreren, terwijl de Richtlijn dat niet eist.

Er wordt verondersteld dat de genoemde entiteiten altijd een UBO hebben. Wij zien niet in wat het voordeel is om leden die behoren tot het hoger leidinggevend personeel als UBO te laten kwalificeren (wat zou dan het te melden economisch belang zijn van zo’n lid behorende tot het hoger leidinggevend personeel dat geen belang heeft in de entiteit?) of überhaupt altijd een UBO te moeten registreren. Als er geen UBO is, dan is er geen UBO.

4. OPENBAAR REGISTER

De Memorie van Toelichting bepaalt dat de Richtlijn de lidstaten de keuze geeft omtrent de vraag wie toegang hebben tot het register. Artikel 30 lid 5 Richtlijn schrijft voor dat de UBO-informatie in alle gevallen toegankelijk is voor: (a) bevoegde autoriteiten en de Financiële inlichtingen eenheid, (b) meldingsplichtige instellingen in het kader van hun cliëntenonderzoek en (c) alle personen of organisaties die een legitiem belang kunnen aantonen. Tevens geeft overweging 15 bij de Richtlijn aan dat lidstaten over de mogelijkheid beschikken om krachtens hun nationale recht bredere toegang toe te staan. De toegang tot de gegevens moet ingevolge de Richtlijn worden verleend overeenkomstig de regels inzake gegevensbescherming. Nederland heeft gekozen voor een – op bepaalde punten – openbaar register.

1 besloten vennootschappen, naamloze vennootschappen, stichtingen, verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid, rederijen, maatschappen, vennootschappen onder firma, commanditaire vennootschappen, coöperaties, onderlinge waarborgmaatschappijen, Europees economisch samenwerkingsverbanden, Europese naamloze vennootschappen (SEs) en Europese coöperatieve vennootschappen (SCEs). De verplichting zal ook gelden voor verenigingen zonder volledige rechtsbevoegdheid (voor hen is registratie in het handelsregister facultatief) die zijn geregistreerd in het handelsregister. Er wordt nog onderzocht of in aanvulling hierop ook een verplichting tot het registreren van UBO-informatie zou moeten gaan gelden voor fondsen voor gemene rekening in de zin van artikel 2, derde lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969. Indien het antwoord bevestigend luidt, dan zal dit door middel van een wijziging van de Handelsregisterwet 2007 worden gerealiseerd, aangezien voor deze fondsen op grond van de huidige wet geen verplichting tot inschrijving in het handelsregister geldt.

De informatie die voor een ieder raadpleegbaar is, betreft: naam, geboortemaand en -jaar, nationaliteit, woonstaat en aard en omvang van het door de UBO gehouden economische belang.

De grote vraag is waarom Nederland dit zo zou moeten implementeren? Uiteraard ondersteunen wij het tegengaan van belastingontduiking, financiering van terrorisme en witwassen. De invoering van het UBO-register draagt hier zeker aan bij. Echter stellen wij ons de vraag of de uitwerking van de Richtlijn, waarbij het UBO-register openbaar is gemaakt, wel proportioneel is. Het recht op privacy en veiligheid komt in de verdrinking. Een voorstelling van afpersing, bedreiging of ontvoering is gemakkelijk gemaakt. De afweging van de belangen vinden wij onzorgvuldig en doorslaan in het nadeel van de privacy en veiligheid van UBO's. Kwaadwillende partijen zullen waarschijnlijk manieren vinden om hun vermogen veilig te stellen (wellicht een vlucht naar rechtspersonen buiten de Europese Unie), terwijl de goedwillende partijen hun privacy en daarmee hun veiligheid in het geding zien komen. De goeden lijden onder de slechten. De waarborgen² die worden geboden zijn ons inziens niet toereikend om UBO's deugdelijk te beschermen.

Met betrekking tot de waarborg van afscherming van informatie wordt in de Memorie van Toelichting gesteld dat dit ziet op gegevens die voor een ieder toegankelijk zijn – naam, geboortemaand en -jaar, nationaliteit en woonstaat – met uitzondering van de aard en omvang van het door de uiteindelijk belanghebbende gehouden economische belang (weergegeven, waar het gaat om percentages aandelen, stemrecht of eigendom, in bandbreedtes van 25, 50, 75 en 100%). Al wij het goed begrijpen wordt dan in het UBO-register een UBO aangeduid zonder naam e.d., maar mét vermelding van een percentage. De vraag is wat hier de zin van is.

Sowieso lijkt een percentage in de vorm van bandbreedtes überhaupt een niet volledig beeld te schetsen, aangezien een percentage aandelen niet altijd een uitputtend beeld geeft over de zeggenschap over een vennootschap. Omdat dit niet is uitgewerkt in het Wetsvoorstel, kunnen wij hier geen deugdelijk commentaar op leveren. Ook op dit punt pleiten wij ervoor om een eensluidende definitie van het te omschrijven economisch belang in de Handelsregisterwet 2007 en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme op te nemen.

Daarnaast is de argumentatie in de Memorie van Toelichting wat ons betreft niet steekhoudend op het punt dat “het verschil tussen de variant waarin een ieder toegang krijgt tot het register met UBO-informatie en de variant waarin de drie beschreven categorieën toegang krijgen tot het register is, waar het gaat om het te verwachten aantal organisaties of personen dat toegang zou moeten krijgen tot de UBO-informatie, aanzienlijk kleiner zal zijn dan op het eerste gezicht lijkt gezien de groepen genoemd onder (b) en (c)³ groot en divers van karakter zijn.”. Deze conclusie wordt wat ons betreft te gemakkelijk getrokken en is niet afdoende onderbouwd.

Het argument dat “op het vlak van de omvang van de administratieve lasten voor de afnemers en de uitvoeringslasten voor de Kamer van Koophandel een groot verschil bestaat tussen de variant waarin de drie beschreven categorieën toegang krijgen tot het register en de variant van een openbaar register”, achten wij eveneens niet steekhoudend. Volgens de Memorie van Toelichting moet namelijk “In de variant met de drie beschreven categorieën een meldingsplichtige instelling bij ieder verzoek om UBO-informatie aantonen dat zij een meldingsplichtige instelling is en dat zij toegang

² (i) Een verplichte online registratie van degene die informatie opvraagt, (ii) betaling van een vergoeding als onderdeel van de toegang, (iii) afnemers anders dan specifiek aangewezen bevoegde autoriteiten en de Financiële inlichtingen eenheid krijgen inzage in de beperkte set UBO-informatie die als minimum wordt voorgeschreven in de richtlijn en (iv) afscherming van alle informatie over een UBO behalve de informatie over aard en omvang van het door de UBO gehouden economisch belang, indien een UBO minderjarig is of anderszins (aantoonbaar) handelingsonbekwaam, alsmede een mogelijkheid tot afscherming van alle informatie over een UBO behalve de informatie over aard en omvang van het door de UBO gehouden economisch belang, indien de UBO door het openbaar beschikbaar maken van diens gegevens blootgesteld wordt aan een risico op fraude, ontvoering, chantage, geweld of intimidatie.

³ Volgens de Memorie van Toelichting zijn naar verwachting in Nederland en in andere lidstaten veel personen en organisaties die zich bezig houden met de onderwerpen witwassen en terrorismefinanciering en de daarmee verband houdende basisdelicten zoals corruptie, fiscale misdrijven en fraude. Deze personen en organisaties met een aantoonbaar legitiem belang kwalificeren krachtens de richtlijn voor toegang tot UBO-informatie in het handelsregister.

vraagt tot de UBO-informatie in het kader van cliëntenonderzoek. De Kamer van Koophandel zal dan ieder van die aanvragen op juistheid moeten beoordelen." Dit onderscheid wordt nu ook al gemaakt; zo hebben notarissen meer inzage in persoonlijke gegevens. Dit leidt niet tot problemen.

Vervolgens wordt gesteld: "Voor personen en organisaties met een legitiem belang is de omvang van de lasten niet anders: zij zullen bij ieder verzoek moeten aantonen dat sprake is van een legitiem belang en de Kamer van Koophandel dient dan te controleren of daadwerkelijk sprake is van een legitiem belang als bedoeld in de richtlijn. In geval van een openbaarheid van UBO-informatie voor een ieder hoeft degene die de (beperkte) informatie wil inzien niet aan te tonen dat hij recht heeft op toegang en hoeft de Kamer van Koophandel dit niet te beoordelen." Ook hier kan de vraag worden gesteld, wat weegt zwaarder? De veiligheid en bescherming van UBO's of de administratieve last voor de Kamer van Koophandel.

In de Memorie van Toelichting wordt in dit kader aandacht besteed aan het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en Wet bescherming persoonsgegevens. Er wordt ons inziens 'doelgeredeneerd' om het openbare karakter van het register te verantwoorden. Onze hiervoor beschreven bezwaren zijn ook op dit onderdeel van toepassing.

In artikel 28 lid 5 Handelsregisterwet 2007 wordt bepaald dat slechts aan de Financiële inlichtingen eenheid of een krachtens artikel 28 lid 2 aangewezen bevoegde autoriteit in het kader van de uitoefening van haar taak of bevoegdheid gegevens en bescheiden van een UBO worden verstrekt gerangschikt naar natuurlijk persoon. Wij zijn van mening dat deze bepaling geen waarborg is dat niet op een andere wijze een rangschikking naar natuurlijk persoon kan plaatsvinden, zoals door websites die persoonsgegevens verkopen. Dit maakt dat de gegevens van personen met belangen in meerdere entiteiten wel heel gemakkelijk op straat kunnen komen te liggen, hetgeen niet de bedoeling zal van de Richtlijn.

5. INSCHRIJVING VAN EEN VENNOOTSCHAP IN HET HANDELSREGISTER

In de Memorie van Toelichting wordt bepaald dat degene aan wie de onderneming toebehoort of iedere bestuurder verplicht is tot het doen van de inschrijving van de UBO-informatie of – als die er niet zijn – degene die met de dagelijkse leiding is belast. De opgave dient te worden gedaan op het moment van de eerste inschrijving van de onderneming of rechtspersoon of – als de onderneming of rechtspersoon al is ingeschreven – door middel van een aanvullende opgave.

Artikel 2:180 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de bestuurders verplicht zijn de vennootschap te doen inschrijven in het handelsregister en een authentiek afschrift van de akte van oprichting en van de daaraan ingevolge artikel 204 gehechte stukken neer te leggen ten kantore van het handelsregister. Lid 2 van artikel 2:180 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt vervolgens: De bestuurders zijn naast de vennootschap hoofdelijk aansprakelijk voor elke tijdens hun bestuur verrichte rechtshandeling waardoor de vennootschap wordt verbonden in het tijdvak voordat de opgave ter eerste inschrijving in het handelsregister, vergezeld van de neer te leggen afschriften, is geschied.

De vraag komt op of het handelsregister – bij een, naar het oordeel van het handelsregister, onvolledige inschrijving van de UBO-informatie – inschrijving van de vennootschap mag weigeren? Dit is zeer relevant, mede gezien het bepaalde in het aangehaalde lid 2 van artikel 2:180 van het Burgerlijk Wetboek.

6. TE DEPONEREN DOCUMENTEN

Artikel 15a lid 3 sub a bepaalt dat in het handelsregister ten aanzien van een UBO afschriften worden gedeponeerd van de documenten op grond waarvan de gegevens, bedoeld in het tweede lid, onderdelen a, b, c en d, zijn geverifieerd.

Voor wat betreft onderdelen die gaan over de persoonsgegevens van de UBO, zal dit veelal een identificatiedocument, zoals een paspoort zijn. Het lijkt verstrekkend om dergelijke documenten te moeten aanleveren bij het handelsregister. De Richtlijn stelt deze eis niet en wij zien dan ook geen reden om deze documenten aan het handelsregister te moeten overleggen. Het is een verzwarende eis van de Richtlijn en praktisch niet altijd uitvoerbaar, in het bijzonder wanneer er geen direct contact is met de UBO.

Artikel 15a lid 3 sub b bepaalt dat in het handelsregister ten aanzien van een UBO onder meer afschriften worden gedeponeerd van de documenten waaruit de aard en omvang van het economisch belang, bedoeld in het tweede lid onderdeel e, blijken. In de Memorie van Toelichting staat opgenomen dat voor wat betreft de documentatie waarmee wordt onderbouwd waarom een persoon de status van UBO heeft, kan worden gedacht aan statuten, uittreksels uit het aandeelhoudersregister, een maatschapsovereenkomst dan wel de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een vennootschap onder firma.

Het aandeelhoudersregister dient uiteraard volledig en juist te zijn bijgewerkt. Verder valt op dat (een omschrijving van rechten uit) een aandeelhoudersovereenkomst niet wordt genoemd, terwijl dat weldegelijk relevant kan zijn voor het bepalen van zeggenschap.

7. LASTENVERZWARING

De Memorie van Toelichting beschrijft de financiële gevolgen en regeldruk als gevolg van invoering van het UBO-register. De tijdsbesteding en genoemde kosten zijn volgens ons volstrekt arbitrair. Uit ervaring is ons bekend dat er veel vragen over zullen worden gesteld, met name aan notarissen. Een en ander levert weldegelijk een hogere lastenverzwaring op dan gemeld.

8. TEKSTUEEL

Waarom is gekozen voor splitsen van artikel 10b van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme? Wij menen dat artikel 10b in zijn geheel kan komen te luiden als volgt: Een instelling die gereede twijfel heeft over de juistheid van een gegeven of het ontbreken daarvan omtrent een uiteindelijk belanghebbende van een onderneming of een rechtspersoon in het handelsregister, bedoeld in artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007, doet hiervan melding aan de Kamer van Koophandel, genoemd in artikel 2 van de Wet op de Kamer van Koophandel.

9. CONCLUSIE

Uiteraard ondersteunen wij het tegengaan van belastingontduiking, financiering van terrorisme en witwassen. Zoals blijkt uit het voorgaande valt op de timing van implementatie en de implementatie van de Richtlijn nog heel wat af te dingen.

Het is opmerkelijk dat er een consultatie wordt uitgeschreven op een moment dat nog niet duidelijk is hoe de Richtlijn definitief komt te luiden. Daarnaast baart de zeer ruime en niet toegelichte definitie van UBO zorgen.

Ook blijft onvrede over het feit dat het UBO-register (hoe 'beperkt' ook) openbaar wordt. Waarom Nederland heeft gekozen voor een openbaar register kunnen wij niet rijmen met het recht op privacy en veiligheid voor UBO's.

Wij stellen vragen bij hoe wordt omgegaan met – volgens het handelsregister – niet complete of niet juiste informatie met betrekking tot een UBO op het moment dat de vennootschap dient te worden ingeschreven in het handelsregister.

De documenten die worden genoemd in de Memorie van Toelichting die in het handelsregister dienen te worden gedeponeerd waaruit de aard en omvang van het economisch belang blijken, lijken niet een volledig beeld te schetsen over de gewenste aan te leveren informatie.

Ten slotte zijn wij het niet eens met het geschetste beeld van de lastenverzwaring en achten wij een tekstuele verbetering wenselijk.

Gieneke van Nierop

Kandidaat-notaris

gieneke.vannierop@cms-dsb.com

020 301 64 55