

Opmerkingen over de invoering van het UBO-register ten behoeve van het rondetafelgesprek op 22 mei 2019, Tweede Kamer

Door: mr.dr. J.A. Booij

1. Privacy

De openbaar toegankelijke UBO-gegevens, zijn een inbreuk op de privacy van de betrokkenen. Uit het EVRM en het EU Handvest volgt dat inmenging van enig openbaar gezag alleen is toegestaan als er (1) een wettelijke basis is, (2) er legitieme doelstellingen zijn en (3) de inmenging noodzakelijk en proportioneel is voor het bereiken doel.

Het gaat om het laatste gedeelte. Het doel van de regeling is het voorkomen van witwassen en terrorismefinanciering. Als reden voor de openbaarheid wordt gegeven dat hierdoor personen of organisaties beter geïnformeerd besluiten of zij met bepaalde entiteiten zaken willen doen, bovendien zou er een preventieve werking van uit kunnen gaan (blz 10 MvT).¹

De voorgestelde openbaarheid lijkt echter niet noodzakelijk en is mogelijk ook niet proportioneel. Er is dan strijd met het primaire EU recht of de internationale verdragen.

Er is veel maatschappelijk verzet tegen (onnodige) openbaarmaking van gegevens. Indien de regeling ongewijzigd wordt ingevoerd verwacht ik daarom dat veel UBO's die bezwaar hebben tegen deze algemene openbaarheid bezwaar zullen maken tegen het KvK besluit tot registratie van de UBO. Indien dat op bovenstaande grond gebeurt, heeft men een punt. Uiteindelijk zal het EHvJ hierover een uitspraak moeten doen.

Een bezwaarschrift heeft geen schorsende werking en de betrokken UBO's zullen dus een voorlopige voorziening moeten vragen aan de bestuursrechter om openbaarmaking te voorkomen. Dit zal in het kostenplaatje moeten worden meegenomen worden.

Het gaat er mijns inziens om dat de WWFT-instellingen en toezichthouders effectief samenwerken om een helder beeld te krijgen van de UBO's en de betrokken organisaties, opdat er een goede inschatting kan worden gemaakt op de risico's van witwassen en financiering van terrorisme. Algemene openbaarmaking zal daar geen bijdrage aanleveren, en leidt mogelijk tot misbruik van de registers door commerciële

¹ De AVG lijkt effectief buiten werking gesteld waar het gaat om de instelling van het UBO-register en het opzetten van de database. Echter, of dat ook geldt voor het delen van de informatie met derden en voor de databases die door derden worden aangelegd, is nog de vraag. Zie hieronder mijn opmerkingen over "vervuilde database".

partijen en speelt criminele organisaties juist in de hand (zij zien immers ook wat er geregistreerd is en zullen dat willen beïnvloeden of kunnen daar oneigenlijk gebruik van maken).

Ik ben wel voorstander van een ruimere inzagebevoegdheid door de WWFT-instellingen (in combinatie met een beperking van de openbare inzage). Op deze wijze kunnen de instelling juist beter helpen de juiste UBO informatie te verzamelen en te analyseren. In het kader van privacy bescherming zouden de instellingen zich dan wel moeten registreren om deze informatie in te zien en moeten aantonen dat zij belanghebbend zijn (bijvoorbeeld een bank waar men een rekening wil openen). Op deze wijze kan ook eenvoudig gecontroleerd worden of de instellingen de gegevens uit het register daadwerkelijk hebben geraadpleegd.

2. Rechtsbescherming

De registratie en de wijziging van UBO gegevens geschiedt bij besluit van de KvK. Tegen dit besluit is bezwaar/beroep mogelijk door belanghebbenden. Wie zijn belanghebbenden? In ieder geval de UBO. Om bezwaar te kunnen maken, moet de UBO op de hoogte worden gesteld van het besluit. Hoe zal dat gaan gebeuren? Gaat de KvK aan alle nieuwe UBO's een bericht sturen, met daarin opgenomen dat men bezwaar kan maken tegen dit besluit? Stel, de onderneming heeft als UBO een buitenlandse persoon opgegeven, wordt dan dit besluit aan dat adres gestuurd? In welke taal? Wat als dit besluit niet aankomt, of het adres onjuist blijkt te zijn? Vindt openbaarmaking dan wel plaats? Wie zijn de andere belanghebbenden die op de hoogte moeten worden gesteld van het besluit? Hoe kan een veronderstelde UBO bewijzen dat hij niet de UBO is van een rechtspersoon?

Zoals aangegeven denk ik dat veel UBO's bezwaar zullen maken tegen de algemene openbaarheid omdat zij niet inzien waarom deze inbreuk op de privacy noodzakelijk is voor de bestrijding van witwassen of terrorismebestrijding. Hoe gaat de KvK om met deze mogelijk massale bezwaren? Heeft de KvK voldoende menskracht om de administratieve verwerking aan te kunnen?

3. Verzamelen van de juiste informatie

Bij kleinere ondernemingen in Nederland met Nederlandse aandeelhouders zal het in de regel niet moeilijk zijn om de juiste informatie te verzamelen en aan de KvK door te geven. Een heldere instructie van de KvK, met bijvoorbeeld een stroomschema, zal daarbij kunnen helpen.

Het wordt ingewikkelder als de Nederlandse onderneming een onderdeel is van een internationaal bedrijf, met buitenlandse (uiteindelijke) aandeelhouders. Met name

als deze ook nog eens buiten de EU gevestigd/woonachtig zijn. Het kan lastig zijn te achterhalen wie als UBO moet worden aangemerkt en bovendien ook nog de juiste informatie te ontvangen. Zo moeten er documenten worden aangeleverd waaruit blijkt dat de identiteit van de UBO is geverifieerd, waarmee wordt onderbouwd waarom de persoon de status van UBO heeft en waarmee de aard en de omvang van het door de UBO gehouden economisch belang wordt aangetoond. Vaak zal dat informatie zijn betreffende aandelenbelangen, aandeelhoudersovereenkomsten, overeenkomsten van geldlening, winstdelingsovereenkomsten, optieregelingen, samenwerkingsovereenkomsten etc. In deze stukken staan echter ook namen en gegevens van derden die geen UBO zijn. Hier komt dus de vraag op: welke stukken moeten nu wel of niet worden overlegd, wat als de andere partijen van die overeenkomst verbieden dat die stukken worden gedeeld (staat in de overeenkomsten). Een ander probleem betreft de taal en (buitenlandse) juridische kwalificatie van rechtsverhoudingen. Hoe kan de onderneming weten dat de juiste stukken worden opgestuurd? In hoeverre heeft de directie van de onderneming ook een verantwoordelijkheid ten aanzien van de juistheid van inhoud van deze stukken? Met andere woorden, is het een kwestie van vragen aan de aandeelhouder en doorgeven wat er wordt gekregen, of moet men ook een inhoudelijke toets aanleggen? Wat zijn in dit kader de consequenties voor de directie van een onderneming als achteraf deze gegevens onjuist bleken te zijn?

Ik voorzie dat er in dit kader een uitgebreide compliance cultuur gaat ontstaan die zal meewerken aan het ontstaan van een bewustheid ten aanzien van de anti-witwasregelgeving, maar tegelijkertijd een veel grotere administratieve last bij de internationaal georiënteerde ondernemingen neerlegt als in het wetsvoorstel wordt aangenomen. De kans lijkt mij groot dat in eerste instantie onbewust en onbedoeld veel onvolledige en mogelijk onjuiste informatie wordt verstrekt.

4. Vervuiling van de database

De ontvangen UBO informatie wordt door de KVK gedeeld met andere UBO-registers in de EU en met toezichthouders. De belastingdienst kan en zal deze informatie ook gebruiken om deze op basis van de EU richtlijn betreffende de administratieve samenwerking op het gebied van de belastingen (DAC 5, 2016/2258/EU) uit te wisselen met andere belastingdiensten in de EU. De internationale toezichthouders kunnen de UBO informatie ook weer delen.

Dat betekent ook dat als er foute informatie in het register terecht komt, deze informatie gedeeld gaat worden langs verschillende wegen en een "eigen leven" gaat leiden. Op welke wijze kan foute informatie uit de verschillende systemen worden gehaald, als informatie al is uitgewisseld, en deze achteraf onjuist blijkt te zijn? Dit kan tot kafkaïaanse situaties leiden. In mijn tweeluik over het UBO-register in het Tijdschrift Formeel Belastingrecht eindig ik met:

Tot slot: ik zie een duidelijke ontwikkeling in de wens en mogelijkheden van (belasting)autoriteiten om gegevens uit verschillende registers en databases met elkaar te delen (nationaal en internationaal) en deze te gebruiken voor heffing, controle op de naleving van wet- en regelgeving, beboeting en strafrechtelijke vervolging. Met de wet- en regelgeving die is besproken in dit artikel komt de alwetende en registrerende overheid weer een stap dichterbij. Met geen of slechts geringe rechtsbescherming voor belanghebbenden en een verplichting tot medewerking onder dreiging van zware sancties. De verwezenlijking van het doel (tegengaan belastingfraude, witwassen, corruptie en financiering van terrorisme) vereist natuurlijk ingrijpende maatregelen. Ik mis echter een genuanceerde afweging van belangen met oog voor de gevolgen voor de goedwillende burger, nu het overheidsbelang (dat als algemeen belang wordt gepercipieerd) altijd als doorslaggevend wordt gezien. Zo drijven we langzaam maar zeker af naar een rechtsstaat met steeds minder rechtsbescherming en meer verplichtingen en controle.

5. Enkele cases

In het kader van de WWFT-cursussen die ik geef, heb ik voor de deelnemers enkele cases ontwikkeld met vraagpunten over het UBO-register. Deze deel ik graag met u om te laten zien hoe ingewikkeld deze problematiek kan zijn.

Enkele cases, met veel vragen.

Partner van een parlementariër is bestuurder van een ANBI stichting, met een fors vermogen.

Het bestuur van de stichting heeft haar als UBO opgegeven in het register.

De vraag is of dat juist is.

Zorgen van geregistreerde:

- Omdat zij als PEP wordt aangemerkt, zullen WWFT instellingen een verscherpt onderzoek doen. Wat zijn daar de consequenties van voor de Stichting? Kan de stichting, of de bestuurder nog wel een bankrekening openen?
- Wat gaan overheidsinstanties doen met deze registratie, in wetenschap dat de Stichting een fors vermogen heeft?
- Heeft het zin bezwaar te maken, wie is dan de UBO?

Een Nederlands technisch bedrijf met 500 werknemers is overgenomen door een conglomeraat van Chinese bedrijven. Hoe komt de directie er achter wie de UBO is? Welke inspanningsverplichting rust er op de CEO?

Uiteindelijk krijgt hij doorgegeven dat de UBO de heer [Chinese naam] is, met daarbij Chinese documenten gevoegd. Is dat voor hem voldoende om deze persoon als UBO te registreren? Als hij niet de juiste informatie krijgt, wat moet de CEO doen? Hij is mogelijk wel strafbaar! Dan maar aftreden? Wie wil er dan nog directeur worden?

Een criminele UBO woonachtig buiten de EU is niet van plan om zijn identiteit prijs te geven. Hij geeft aan de directie van de Nederlandse vennootschap een willekeurige naam door van iemand die in Zuid-Afrika woont. Deze persoon bestaat echt, maar heeft niets met de organisatie te maken. Er wordt een setje nep documenten aangeleverd die echt lijken. De directie heeft geen vermoeden dat het niet goed zit.

Heeft de directie verzaakt en is deze strafbaar/beboetbaar?

Zal de Zuid-Afrikaanse nep-UBO een besluit van de KVK toegestuurd krijgen waaruit blijkt dat hij als UBO is geregistreerd, opdat hij tijdig bezwaar kan maken?

Een in Nederland wonende vermogende particulier met diverse vennootschappen, heeft bezwaren tegen de openbaarheid van het UBO-register. Zijn adviseur adviseert hem om zijn belangen onder te brengen in een buitenlandse stichting in een land waar geen openbaar UBO-register is. Gaat dit werken?

Zullen UBO's vaker de toevlucht nemen tot het gebruik van buitenlandse entiteiten om niet aan de Nederlandse openbaarmakingseisen te hoeven voldoen?

De belastingdienst haalt informatie op uit het UBO register en wisselt deze informatie uit met een lidstaat. Daarna blijkt dat de UBO informatie niet juist is, gebaseerd op een melding van een WWFT instelling. Op welke wijze wordt deze fout hersteld in het kader van de uitwisseling met de belastingdienst van de ander lidstaat?

Een persoon blijkt als UBO te zijn aangemerkt van een bepaalde NL vennootschap en is het daarmee niet eens. Krijgt hij het KVK besluit toegestuurd? Hoe kan hij bewijzen dat hij geen UBO is? Krijgt hij inzage in het dossier, inclusief alle documenten waaruit zou blijken dat hij UBO zou zijn?

Een in Engeland gevestigd belastingadvieskantoor dat een Nederlands bedrijf heeft geadviseerd, staat onder Engels AML/CFT toezicht. Echter, de vraag is of de Nederlandse terugmeldverplichting ook voor dit buitenlandse bedrijf geldt. Immers, in Engeland valt niets te melden (betreft niet het Engelse UBO-register). Als de terugmeldverplichting ook zou gelden voor dit Engelse bedrijf, hoe kan dat gehandhaafd worden, met namen wanneer Engeland niet meer onderdeel van de EU zal uitmaken? Hetzelfde probleem geldt voor een Nederlands belastingadvieskantoor dat een advies geeft voor een bedrijf uit een ander land. Het cliëntenonderzoek zal zich daartoe moeten richten. Is er voor dit bedrijf enige terugmeldverplichting?

6. Concrete aanbevelingen

- a. Beperk (vooralsnog) openbaarheid gegevens, dan wel beperk de toegang tot deze gegevens tot alleen die personen die een aantoonbaar belang hebben in het kader van de bestrijding van witwassen en financiering van terrorisme.
- b. Bereid de KvK voor op veel vragen, bezwaarschriften en een complexe administratie en stel meer menskracht en geld ter beschikking. Bereid de administratieve rechtspraak voor op veel rechtszaken.
- c. Zorg voor een sluitend en veilig systeem dat ervoor zorgt dat databases niet worden vervuild en dat fouten door de gehele keten hersteld kunnen worden, ook in het buitenland. Zorg ervoor dat alleen op juistheid geverifieerde informatie wordt uitgewisseld.
- d. Geef WWFT instellingen meer mogelijkheid om in samenwerking met de opsporingsinstanties de juistheid van de documentatie te verifiëren. De poortwachtersfunctie kan daardoor effectiever worden uitgevoerd.