Booij Bikkers
ADVOCATEN

Bezoekadres:
Nieuwe Gracht 124
2011 NM Haarlem
Postbus 5064
2000 GB Haarlem
T: +31 85 20 30 950
E: info@booijbikkers.nl
I: www.booijbikkers.nl

PERSOONLIJK & VERTROUWELIJK
Commissie
op de Implementatiewet registratie uiteindelijk
belanghebbenden van vennootschappen en
andere juridische entiteiten

Datum	28 juni 2019
Onze referentie	100054
Uw referentie	
Inzake	Commentaar op de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten

Geachte leden van de Commissie,

Wij hebben met veel belangstelling kennisgenomen van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten.
U treft hierbij aan ons commentaar op het implementatievoorstel.

Met vriendelijke groet,

J.A. Booij

Booij Bikkers advocaten is de handelsnaam van Booij Bikkers B.V. en is ingeschreven in de Kamer van Koophandel onder nummer 65757262. Op alle opdrachten die aan ons kantoor worden verstrekt, zijn de algemene voorwaarden van toepassing. Deze voorwaarden, waarvan de tekst is opgenomen op onze internetsite, bevatten een aansprakelijkheidsbeperking. In het geval de verzekeringsmaatschappij tot vergoeding overgaat, wordt de verzekeringsuitkering vermeerderd met het volgens de toepasselijke polisvoorwaarden verschuldigde eigen risico van Booij Bikkers. All instructions accepted and carried out by our firm are subject to our General Terms and Conditions. These terms can be found on our website, and contain a limitation of our professional liability.

Booij Bikkers
ADVOCATEN

Bezoekadres:
Nieuwe Gracht 124
2011 NM Haarlem
Postbus 5064
2000 GB Haarlem
T: +31 85 20 30 950
E: info@booijbikkers.nl
I: www.booijbikkers.nl

Betreft: Commentaar van Booij Bikkers Advocaten op de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten

Geachte leden van de Commissie,

Booij Bikkers Advocaten (hierna: Booij Bikkers) heeft met veel belangstelling kennisgenomen van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden van vennootschappen en andere juridische entiteiten (hierna: implementatievoorstel) en geeft hierbij graag haar commentaar op het implementatievoorstel.

1. Inleiding

De registratie van de uiteindelijk belanghebbende, oftewel de "Ultimate beneficial owner" (hierna: UBO) tracht een bijdrage te leveren aan transparantie binnen - soms ingewikkelde - vennootschappelijke structuren. Deze transparantie kan dan een bijdrage leveren aan het voorkomen dat het Nederlandse financiële stelsel wordt misbruikt voor witwassen en terrorismefinanciering. In haar huidige vorm gaat het Nederlandse implementatievoorstel een stuk verder dan de implementatievoorstellen van menig ander lidstaat van de EU. Booij Bikkers zal hier in het vervolg nader op ingaan.

2. Openbaarheid

Ondanks het feit, zoals vermeld in de memorie van toelichting[1] bij het implementatievoorstel, dat volgens art. 30 van de 4e EU Anti Witwasrichtlijn van de lidstaten wordt gevraagd een openbaar register in te voeren, komen verschillende lidstaten tot een andere conclusie.

Zo hebben in ieder geval de onderstaande lidstaten een andere afweging gemaakt en menen dat, naast overheid en opsporingsinstanties, personen of organisaties met een (te toetsen) legitiem belang toegang zouden moeten kunnen krijgen tot het register. Deze lidstaten/jurisdicties zijn: Duitsland, Frankrijk, Spanje, Italië, Oostenrijk, Cyprus, Gibraltar en Ierland. Deze verschillen in interpretatie zijn opvallend en zouden moeten leiden tot een heroverweging van alle belangen in Nederland. Hierbij valt nog op te merken dat de schriftelijke reactie vergeleken met de mondelinge toelichting van de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP) gedurende de ronde tafel bijeenkomst aangaande het implementatievoorstel nogal veel verschilden. Kennelijk heeft de AP inmiddels een andere mening dan weergegeven in haar brief[2].

Ook belangrijk in dit kader is dat Luxemburg een andere overweging maakt. De lidstaat maakt onderscheid tussen een register voor trusts en een register voor overige rechtspersonen. Het register voor trusts mag alleen door de autoriteiten worden geraadpleegd, anderen krijgen geen toegang. Het register voor overige entiteiten is weer volledig openbaar, maar ook hier zijn er rechtsmiddelen: een entiteit of UBO mag om afscherming van zijn/haar gegevens verzoeken. Dit

[1] Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 179, nr. 3
[2] Brief d.d. 6 november 2018 Kenmerk z2018-21145 Verzoek om wetgevingsadvies

Booij Bikkers advocaten is de handelsnaam van Booij Bikkers B.V. en is ingeschreven in de Kamer van Koophandel onder nummer 65757262. Op alle opdrachten die aan ons kantoor worden verstrekt, zijn de algemene voorwaarden van toepassing. Deze voorwaarden, waarvan de tekst is opgenomen op onze internetsite, bevatten een aansprakelijkheidsbeperking. In het geval de verzekeringsmaatschappij tot vergoeding overgaat, wordt de verzekeringsuitkering vermeerderd met het volgens de toepasselijke polisvoorwaarden verschuldigde eigen risico van Booij Bikkers. All instructions accepted and carried out by our firm are subject to our General Terms and Conditions. These terms can be found on our website, and contain a limitation of our professional liability.

gebeurt volgens de publicaties[3] alleen in uitzonderlijke gevallen, maar in het algemeen kan worden gesteld dat meer jurisdicties de mogelijkheid kennen bepaalde informatie af te schermen indien het risico op misbruik door derden/criminelen (risico op afpersing, ontvoering of het ten onrechte aannemen van andermans identiteit) aantoonbaar hoog is. Ook hier is een toets moment - veelal wordt hier een rechterlijke uitspraak gevraagd - van toepassing. Deze systematiek voor het afschermen van bepaalde gegevens bestaat ook in Nederland, alleen is hier de Kamer van Koophandel beslissingsbevoegd. De vraag is of de Kamer van Koophandel voldoende is toegerust om in zulke vraagstukken een onpartijdig besluit te vellen waarin alle belangen worden gewogen. Het is geruststellend dat een verzoek tot afscherming dat in behandeling is schorsende werking heeft, en dat derhalve de informatie totdat er een beslissing is in ieder geval niet gepubliceerd wordt in het register.

In conclusie is Booij Bikkers van mening dat het, in het kader van het toenemend belang dat wordt gehecht aan privacy, aanbeveling verdient om het Nederlandse UBO register toegankelijk te maken voor toezichthouders en opsporingsdiensten. Derden met een legitiem belang zouden, na toetsing door een onafhankelijke rechter, ook (beperkte) toegang moeten kunnen krijgen.

Naar onze mening zal, in geval van het beperken van de toegang tot de registers naar personen met een legitiem belang, ook het draagvlak van het UBO-register groeien bij individuen die niet zo snel zouden neigen naar openbaarmaking van hun identiteit.

In de literatuur wordt wel vaker gevraagd of, bijvoorbeeld, een journalist of een medewerker van Transparancy International een legitiem belang zou bezitten om toegang te krijgen tot de registers? Dat is een goede vraag. Het onderwerp wordt dan ook in alle lidstaten waar een legitiem belang clausule is/wordt ingevoerd verschillend bediscussieerd. Eenduidigheid op dit vlak is er momenteel in ieder geval nog niet. Overigens kiezen bepaalde lidstaten, zoals Oostenrijk, ervoor om het legitiem belang voor toegang tot de registers te beperken tot preventie en voorkoming van witwassen en terrorismefinanciering. In beginsel hebben dan ook (onderzoeks)journalisten in Oostenrijk geen toegang tot de registers, aangezien zij geen wettelijke taak hebben toebedeeld gekregen in de zin van de Wwft (of een AML-richtlijn). Wwft instellingen hebben toegang indien zij de informatie nodig hebben voor een onderzoek naar een eigen (toekomstige) cliënt.

3. Detailaspecten

In de Nederlandse context zal de uitvoerbaarheid van het implementatievoorstel best goed te realiseren zijn. Te denken valt hierbij aan een midden- of kleinbedrijf met een aantal familieleden als (groot) aandeelhouders. Nog los van de vraag of de eigenaren en hun kinderen zitten te wachten door eenieder te kunnen worden opgezocht.

Algemeen gezegd laat het implementatievoorstel nog veel ruimte voor interpretatie. De handelwijze van besturen van entiteiten zijn niet eenduidig genoeg en er worden geen voorbeeldgevallen geschetst die een meer eenduidig handelingspatroon zouden bevorderen.

Hierboven is kort een casus geschetst met een relatief simpele aandeelhouder en UBO-structuur. Zodra men echter denkt aan (in Nederland naar Nederlands recht opgerichte) entiteiten welke onderdeel uitmaken van een internationale structuur wordt het een stuk ingewikkelder.

[3] Zoals onder andere: The UBO register: an update by Price Waterhouse Cooper December 2018

Complexe structuur

Zo moet het bestuur van de Nederlandse entiteit haar UBO(s) doorgeven aan het register bij de Kamer van Koophandel. Afhankelijk van hoe complex de aandeelhoudersstructuur is samengesteld kan dit een hele opgave zijn. Het Nederlandse bestuur zal in beginsel met name "zakendoen" met zijn of haar directe aandeelhouder. Dat hoeven nog lang niet de UBO of UBOs van de gehele structuur te zijn. Het bestuur zal dus moeten gaan navragen bij haar aandeelhouders wie er als UBO kwalificeert. Indien het bij de aandeelhouders om Europese bedrijven gaat zal dat nog relatief eenvoudig zijn dit na te gaan aangezien ook de entiteit/aandeelhouder deze gegevens lokaal zal moeten aanleveren in haar lidstaat. Indien de aandeelhouders echter zijn gevestigd buiten de Unie wordt het alweer een stuk lastiger. Er ontstaat dan een situatie waarin het bestuur van goede wil kan zijn maar afhankelijk is van de medewerking van buiten de Unie gevestigde aandeelhouders/UBOs. Indien de Nederlandse entiteit ook nog deelnemingen heeft welke in andere lidstaten zijn gevestigd zullen zij op hun beurt benaderd worden met dezelfde vraag om UBO-informatie.

Hierbij ontstaat namelijk meteen ook de (rechts)ongelijkheid: indien een 100% deelneming van een concern in een land is gevestigd met een volledig openbaar register, maar in de lidstaat van vestiging van de aandeelhouder deze informatie afgeschermd is en alleen toegankelijk voor mensen met een aantoonbaar legitiem belang, is deze bepaling in het thuisland in feite nietig aangezien de informatie in het land van de deelneming voor eenieder is in te zien. Voorbeeld: een Duitse UBO zal er dan ook moeite mee kunnen hebben zijn UBO-informatie aan de Nederlandse directie van zijn 100% dochter in Nederland te verstrekken aangezien deze informatie in Nederland volledig openbaar is en in Duitsland niet.

In een, zoals boven omschreven, complexe structuur valt eveneens nog te bezien of de leiding van de Nederlandse entiteit per definitie zal worden ingelicht over veranderingen van (mogelijk meerdere) UBO's van het bedrijf waarvoor hij/zij verantwoordelijk is. Hoe kan de leiding dit in alle gevallen weten?

Indien zij van een dergelijke wissel van UBO pas een jaar na dato kennis krijgen, zijn zij dan al in overtreding van de wet? Krijgt de leiding hoe dan ook een sanctie opgelegd omdat zij niet de juiste en actuele informatie voorhanden hadden? Dit lijkt niet proportioneel aangezien zij te goeder trouw dachten over de juiste informatie te beschikken.

In een dergelijk geval zijn de UBO's weliswaar verplicht tot medewerking, maar indien zij geen medewerking (willen) verlenen wordt deze gedraging strafbaar gesteld in de Wed (Wet op de economische delicten). De vraag is of dit in verhouding tot de sancties welke kunnen worden opgelegd aan de in Nederland verantwoordelijke, gepast lijkt.

Voorbeeld: Een Chinese UBO van een complexe structuur die niet in een openbaar register wil genoemd worden. Hij zou in een dergelijk geval kunnen besluiten bewust geen medewerking te verlenen aan de leiding van zijn Nederlandse (sub)deelneming. De leiding van de onderneming wordt hiervoor bestraft. De Chinese UBO krijgt eventueel ook een straf opgelegd waarvan de tenuitvoerlegging in ieder geval twijfelachtig zal blijken. De Nederlandse entiteit zal evenwel zeer veel last krijgen van een dergelijke situatie omdat alle Wwft poortwachters welke met deze onderneming te maken krijgen meldingen aan de FIU zullen doen omdat onbekend lijkt wie de daadwerkelijke UBO is.

Voorbeeld: Stel in bovengenoemd scenario krijgt de Nederlandse leiding van de entiteit onderbouwing aangeleverd vanuit China waarin de heer X wordt beschreven als UBO van de

Nederlandse entiteit. Dit is echter opzettelijk door de Chinese moederonderneming foutief ingevuld met als doel de daadwerkelijke UBO buiten het register te houden. Hoe ver rijkt dan de verificatieplicht van de Nederlandse bestuurders? Kunnen zij zomaar uitgaan dat de informatie te goeder trouw is afgegeven? Hebben zij een verderstrekkende verplichting? En zo ja, waaruit blijkt deze verplichting? In de Wwft lijkt het duidelijk, echter behoeft de leiding van de Nederlandse onderneming niet Wwft plichtig te zijn.

In paragraaf §2.2.4 op blz.7 van de memorie van toelichting[4] staat opgenomen: "De opsomming in de onderdelen a tot en met c betreft nadrukkelijk geen limitatieve opsomming van criteria, maar een omschrijving van de gevallen waarin in ieder geval sprake is van een UBO." Veder wordt in dit kader in paragraaf §3.2.2[5] nog verwezen naar de memorie van toelichting bij de implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn en de nota van toelichting bij het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018. Voor de voorbeelden hieronder bieden ook de memorie van toelichting en de nota geen afdoende indicatie wie in deze gevallen als UBO zou moeten worden beschouwd. Booij Bikkers beseft natuurlijk dat de materie zeer uitgebreid is en het niet praktisch is om alle gevallen in de wet op te nemen, maar aanvullende guidance (liefst in Europees verband, vanwege de latere uitwisseling van gegevens) zou door alle marktpartijen gewaardeerd worden, de eenduidigheid bevorderen en de kwaliteit van de informatie in het register ten goede komen.

Voorbeeld 'Orphan SPV-Special purpose vehicles'
In de praktijk van financiële dienstverleners in de structured finance (de initiator, bijvoorbeeld een bank) die bepaalde vorderingen 'securitiseren' (ook effectisering of vertiteling genoemd). Binnen deze structuren worden entiteiten opgezet welke de vorderingen "verpakken" en vervolgens obligaties aanbieden aan investeerders. Veelal worden hiervoor securitisatie SPV's opgezet welke worden gehouden door een Stichting. Voor de volledigheid moet worden genoemd dat deze structuren niet belasting gedreven zijn maar andere voordelen bieden voor de originators, zoals balansverkorting en verhoging van de liquiditeit. Deze SPV's (deze entiteit heet zo omdat zij voor alleen deze bedoeling is gecreëerd) zijn "limited recourse" en "bankcrupty remote" opgezet en zijn dan ook volledig zelfstandig en onafhankelijk (zogeheten orphan structures). Dit brengt "by design" met zich mee dat deze entiteiten geen UBO hebben aangezien deze anders in geval van faillissement van een van de partijen de transactie mee ten onder zou kunnen gaan. Veelal zijn ook Nederlandse trustkantoren betrokken bij deze transacties. Hoe stelt de wetgever zich dat voor? Is dan het trustkantoor de pseudo UBO? Of de eigenaar van het trustkantoor? Dit valt momenteel niet op te maken vanuit het implementatievoorstel.

Aanbeveling: Het verdient aanbeveling om ook in dergelijke, in de praktijk veel voorkomende situaties, de wens van de wetgever duidelijk te maken. Dit voorkomt dat verschillende marktpartijen een eigen interpretatie aan de wetgeving toekennen en in het ene geval een andere UBO registreren dan een andere partij met hetzelfde vraagstuk.

Pseudo UBO
Ook bij het vraagstuk van de pseudo UBO zijn er nog onduidelijkheden. Zo is het op termijn de bedoeling de registers binnen de unie aan elkaar te koppelen. Indien in het Nederlandse register een pseudo UBO staat vermeld, is het gegeven dat het hierbij gaat om een pseudo UBO ook zichtbaar. Met andere woorden, kan een buitenstaander uit de gegevens in het register opmaken of een bepaalde natuurlijke persoon als "daadwerkelijke" uiteindelijk belanghebbende, of als pseudo UBO is geregistreerd?

4 Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 179, nr. 3, blz.7
5 Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 35 179, nr. 3, blz.20

Booij Bikkers
ADVOCATEN

Aanbeveling: Het verdient aanbeveling om pseudo UBO ook daadwerkelijk als zodanig het kenmerk pseudo UBO mee te geven in het register zodat dit van meet af aan helder is.

Vervuiling van de database
Meerdere instanties hebben het implementatievoorstel inmiddels beoordeeld. De kans is natuurlijk aanwezig dat er in de database veel fouten zullen optreden en de inschatting of data actueel en correct is zal moeilijk te maken zijn. Wie is verantwoordelijk voor de controle van het register? Kunnen Wwft instellingen die over andere informatie beschikken (via hun klant) correcties (of voorstellen tot correctie) aanbrengen? Bij welke instantie? Wie gaat de juistheid toetsen? En hoe gaat het proces dan verder? Wordt de entiteit zelf benaderd door het register met de vraag welke informatie nu juist is?

Zoals hierboven beschreven zijn er nog veel voorbeelden te noemen welke een voor meerdere uitleg vatbare UBO-registratie nog verder kunnen verduidelijken. Het doel van het register is echter eenduidigheid en transparantie. Booij Bikkers vraagt zich dan ook af of dit doel met het implementatievoorstel wordt gediend. Onze verwachting is dat de sector die hiermee te maken zal krijgen in ieder geval grote behoefte zal hebben aan voorbeelden welke de wetgever mee kan geven om in complexe gevallen toch tot een juiste UBO-registratie te komen.

Uiteraard is Booij Bikkers graag bereid om dit commentaar verder toe te lichten en hierover in overleg te treden.

Booij Bikkers
mr. dr. J.A. Booij

28 juni 2019