

9. Het UBO-register en de uitwisseling van UBO-informatie (deel II)

MR. DR. J.A. BOOIJ

In Nederland zal de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) worden gewijzigd, ter implementatie van de Vierde Anti-witwasrichtlijn (hierna: de richtlijn). Onderdeel daarvan is de introductie van het UBO-register, waarvoor op 17 maart 2017 een aparte consultatie Implementatiewet UBO-register is gepubliceerd. Eind 2017 was hierover nog altijd geen wetsvoorstel verschenen. Wat betekent het UBO-register voor de praktijk van de belastingadviseur? Deze bijdrage is het tweede deel van een tweeluik.

In deel I (TFB 2018/1) ging ik in op de wijze waarop Nederland (mogelijk) uitvoering zal geven aan de verplichting om een register van *ultimate beneficial owners* (UBO-register) in te voeren. Deze verplichting vloeit voort uit de Vierde Anti-witwasrichtlijn die op 26 juli 2017 in werking is getreden.

In dit tweede deel bespreek ik of en in hoeverre er een wisselwerking is tussen de wijziging van de Bijstandsrichtlijn (Richtlijn 2011/16/EU) ten aanzien van uitwisseling van UBO-informatie en het UBO-register anderzijds. Ik sluit af met een conclusie.

1. Uitbreiding van de Bijstandsrichtlijn: uitwisseling van Wwft-gegevens

Bij Richtlijn van 6 december 2016 heeft de Raad van de Europese Unie een wijziging van de Bijstandsrichtlijn aangenomen. De wijziging houdt in dat aan art. 22 Richtlijn 2011/16/EU het volgende lid wordt toegevoegd:

'1 bis. Met het oog op de tenuitvoerlegging en handhaving van de wetgeving van de lidstaten ter uitvoering van deze richtlijn en teneinde te waarborgen dat de administratieve samenwerking waarin zij voorziet, functioneert, stellen de lidstaten bij wet vast dat belastingautoriteiten toegang hebben tot de in de artikelen 13, 30, 31 en 40 van Richtlijn (EU) 2015/849 van het Europees Parlement en de bedoelde mechanismen, procedures, documenten en inlichtingen.'

De lidstaten dienen de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die nodig zijn om aan deze richtlijn te voldoen uiterlijk 31 december 2017 vast te stellen en bekend te maken en deze vanaf 1 januari 2018 toe te passen.

De reden van deze wijziging is om belastingautoriteiten toegang te kunnen verlenen tot de zogeheten 'AML-gegevens', waarbij AML staat voor 'Anti-Money Laundering'.

Het betreft in Nederland gegevens die Wwft-plichtige instellingen volgens de Wwft dienen te onderzoeken en te bewaren. Volgens de preambule is dit noodzakelijk om de belastingautoriteiten beter te wapenen om hun werkzaamheden op grond van de Bijstandsrichtlijn te vervullen, alsmede om belastingontduiking en fraude doeltreffender te bestrijden.

In Nederland is genoemde richtlijn geïmplementeerd met de Wet implementatie EU-richtlijn toegang belastingautoriteiten tot witwasinlichtingen. De wet is op 1 januari 2018 in werking getreden. Hiermee is aan de verplichting van die richtlijn voldaan. Echter, nu het UBO-register nog niet is ingevoerd in Nederland (zie deel I van dit tweeluik) kan de vraag opkomen of daarmee materieel wel is voldaan aan de verplichting tot toegang van de AML-gegevens. Immers, deze kunnen nog niet op de voorgeschreven wijze in een register worden samengebracht.

1.1. Toegang tot AML-gegevens

De essentie van de nieuwe wet is te vinden in de toevoeging van een nieuw art. 10g aan de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: WIB), die, kort gezegd, inhoudt dat Onze Minister desgevraagd binnen een door hem te stellen termijn toegang verkrijgt tot de mechanismen, procedures, documenten en overige inlichtingen, bedoeld in art. 13, 30, 31 en 40 Richtlijn EU 2015/849 (de Vierde Anti-witwasrichtlijn).

Het gevolg hiervan is dat hiervoor gemandateerde belastingambtenaren (namens Onze Minister) deze informatie kunnen opvragen bij instellingen die aan de Wwft zijn onderworpen, zoals bij belastingadviseurs, accountants en advocaten.

Volledige toegang tot de Anti-witwasinlichtingen is volgens de memorie van toelichting noodzakelijk om te kunnen controleren of de door de financiële instellingen aangeleverde CRS-gegevens correct en volledig zijn. Alleen als de Belastingdienst volledige toegang krijgt tot de Anti-

witwasinlichtingen, kan hij adequaat controleren of de verstrekte CRS-gegevens juist zijn en daarnaast of bepaalde gegevens ten onrechte niet zijn verstrekt. Het woord 'toegang' in deze zin moet volgens de memorie van toelichting ruim worden uitgelegd. Het omvat zowel het inzien van de Anti-witwasinlichtingen als het gebruiken daarvan en kan aldus leiden tot het verzamelen en anderszins verwerken van persoonsgegevens, maar dan alleen voor zover dat nodig is met het oog op de tenuitvoerlegging en handhaving van de wetgeving van de EU-lidstaten ter uitvoering van Bijstandsrichtlijn en teneinde te waarborgen dat de administratieve samenwerking waarin zij voorziet, functioneert.

Art. 13, 30, 31 en 40 Vierde Anti-witwasrichtlijn – waar het nieuwe art. 10g WIB naar verwijst – worden, voor zover relevant, in beginsel geïmplementeerd in de Wwft of de Handelsregisterwet 2007 (zie deel I van dit tweeluik). Art. 13 en 40 van de richtlijn zien op cliëntenonderzoeksmaatregelen door de Wwft-meldingsplichtige entiteiten (meldingsplichtigen) en op het bewaren van bewijsstukken in dit verband. Meldingsplichtigen dienen ingevolge de richtlijn onderzoek te verrichten naar cliënten en de achtergrond en het doel van een beoogde zakelijke relatie of transactie. Met deze maatregelen moeten meldingsplichtige entiteiten voorkomen dat hun dienstverlening wordt misbruikt voor het witwassen van geld of voor het financieren van terrorisme en moeten zij transacties herkennen die in dat opzicht als ongebruikelijk moeten worden aangemerkt. Meldingsplichtige entiteiten zijn volgens de Vierde Anti-witwasrichtlijn, kort gezegd, kredietinstellingen (banken), financiële instellingen (andere financiële ondernemingen) en bepaalde natuurlijke personen of rechtspersonen handelend in het kader van hun beroepsactiviteiten. Hieronder vallen ook de belastingadviseurs, accountants en advocaten.

1.2. ALM-gegevens/bewaarplicht

In beginsel omvatten de onderzoeksmaatregelen die zijn voorgeschreven (en waarin Onze Minister inzage kan vragen) voor het cliëntenonderzoek samengevat de volgende onderdelen:

1. de identificatie van de cliënt en de verificatie van zijn identiteit op basis van documenten, gegevens of informatie uit een betrouwbare en onafhankelijke bron;
2. de identificatie van de uiteindelijk belanghebbende en het nemen van redelijke maatregelen om de identiteit van die persoon te verifiëren en wanneer het rechtspersonen, trusts, vennootschappen, stichtingen en soortgelijke juridische constructies betreft, het nemen van redelijke maatregelen om inzicht te verwerven in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt;
3. het beoordelen en inwinnen van informatie over het doel en de beoogde aard van de zakelijke relatie;
4. het doorlopend monitoren van de zakelijke relatie, met inbegrip van een nauwlettende controle van de tijdens de gehele duur van deze relatie verrichte transacties, indien noodzakelijk met inbegrip van de oorsprong van de geldmiddelen en het actueel houden van de docu-

menten, gegevens of informatie, in het bezit van de meldingsplichtige entiteit.

Met het oog op het voorkomen, opsporen of onderzoeken van mogelijke gevallen van witwassen of terrorismefinanciering wordt van meldingsplichtige entiteiten verlangd dat zij een afschrift van de documenten en inlichtingen die nodig zijn voor het naleven van de voorschriften met betrekking tot het cliëntenonderzoek en de bewijsstukken en registratiegegevens van transacties die nodig zijn voor het identificeren van een transactie bewaren gedurende vijf jaren vanaf het einde van de zakelijke relatie met hun cliënt of vanaf de datum van een incidentele transactie.

Art. 30 en 31 Vierde Anti-witwasrichtlijn zien op de verplichting voor het houden van informatie over uiteindelijk belanghebbenden in een centraal register, zie hierover deel I van dit tweeluik. Hiertoe dient toereikende, accurate en actuele informatie over wie de uiteindelijk belanghebbenden zijn te worden ingewonnen en bijgehouden, waaronder detailgegevens over de door de uiteindelijk belanghebbenden gehouden economische belangen. De definitie van uiteindelijk belanghebbenden in art. 3, lid 6, Vierde Anti-witwasrichtlijn bestaat, samengevat, uit een algemeen deel en drie onderdelen waarin een uitwerking wordt gegeven van wat ten minste onder dat begrip zou moeten worden verstaan. Het algemene deel van de definitie omschrijft een uiteindelijk belanghebbende als 'elke natuurlijke persoon (of personen) die de uiteindelijke eigenaar is (onderscheidenlijk zijn) van of zeggenschap heeft (onderscheidenlijk hebben) over de cliënt; of de natuurlijke persoon (personen) voor wiens (onderscheidenlijk wier) rekening een transactie of activiteit wordt verricht'. Vervolgens zijn drie onderdelen opgenomen waarin een uitwerking wordt gegeven van wat ten minste zou moeten worden verstaan onder een uiteindelijk belanghebbende voor vennootschapsrechtelijke entiteiten, trusts en juridische entiteiten als stichtingen en juridische constructies die vergelijkbaar zijn met trusts. Het betreft hier een niet-limitatieve opsomming van wie in die gevallen kwalificeert als uiteindelijk belanghebbende. In het eerste deel van dit tweeluik heb ik al gewezen op het probleem dat er voor de toepassing van de Wwft en het UBO-register verschillende definities van UBO worden gehanteerd, die ook weer afwijken van hetgeen in de Vierde Anti-witwasrichtlijn is neergelegd.

1.3. Sancties

Op het niet-nakomen van de verplichting om gegevens te verstrekken ten behoeve van de internationale gegevensuitwisseling (waaronder CRS-inlichtingen) staat reeds een bestuursrechtelijke sanctie op grond van art. 11, lid 1, WIB. Deze bepaling wordt nu uitgebreid. Dit houdt in dat indien het is te wijten aan opzet of grove schuld van degene die toegang tot de anti-witwasinlichtingen moet verlenen (in de praktijk zal dit een meldingsplichtige entiteit zijn; voor de onderhavige bepaling veelal een financiële instelling die verplicht is tot rapportage op grond van de CRS) dat die toegang niet, niet tijdig, niet volledig of niet juist is of

wordt nagekomen, dit een vergrijp vormt ter zake waarvan de Belastingdienst een bestuurlijke boete van ten hoogste het bedrag van de vierde categorie, bedoeld in art. 23, lid 4, Wetboek van Strafrecht, kan opleggen (thans ten hoogste € 20.750).

Ten aanzien van een bestuurlijke boete die op grond van de voorgestelde wijziging van art. 11, lid 1, WIB wordt opgelegd, is art. 11, lid 2 en 3, WIB eveneens van toepassing. Dat betekent dat ook voor die bestuurlijke boete geldt dat, in afwijking in zoverre van art. 5:45 Algemene wet bestuursrecht, de bevoegdheid tot het opleggen van de bestuurlijke boete vervalft vijf jaren na het einde van het kalenderjaar waarin de verplichting is ontstaan.

Met de voorgestelde wijziging van art. 11, lid 4, WIB wordt hoofdstuk IX van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: AWR) van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat indien sprake is van een strafrechtelijke overtreding, de betrokkene wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste zes maanden of een geldboete van de derde categorie, bedoeld in art. 23, lid 4, Wetboek van Strafrecht (thans ten hoogste € 8.300). Gebeurt het niet-nakomen opzettelijk, dan is sprake van een misdrijf, waarop naast een geldboete van de vierde categorie, bedoeld in art. 23, lid 4, Wetboek van Strafrecht, een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaren staat.

2. Enkele opmerkingen bij deze nieuwe wet

Onze Minister kan en mag volgens deze wet alleen de toegang tot de anti-witwasinformatie verkrijgen, *om te controleren of aan de verplichtingen ingevolge de Bijstandsrichtlijn wordt voldaan*. Denk hierbij aan het aanleveren van de juiste informatie inzake bankrekeningen, passieve meldingsplichtige entiteiten, informatie over *Country by Country reporting* en gegevens met betrekking tot rulings die zouden kunnen worden uitgewisseld.

Opmerkelijk is dat de richtlijn zich dus niet expliciet richt tot het uitwisselen van deze informatie (dat kunnen de Financiële Inlichtingen Eenheden (FIE's) van de verschillende landen al). De richtlijn vergroot wel de mogelijkheid van controle door de Belastingdienst op de juiste verwerking van de ALM-gegevens. Opgelet dient te worden of deze onderzoeken zich niet richten op onderzoeken naar de materiële belastingheffing. Immers, dat mag volgens deze wetgeving niet het doel zijn van deze onderzoeken.

In het kader van deze onderzoeken kan de Belastingdienst stuiten op belastingadviezen die zijn gegeven in het kader van het opzetten van bepaalde structuren. Wwft-plichtige instellingen (zoals notarissen en trustkantoren) plegen dergelijke adviezen te vragen voor hun dossier om er zeker van te zijn dat conform wet- en regelgeving wordt gehandeld. Een vraag die dan opkomt, is of het opvragen van deze stukken in strijd zou kunnen komen met het *fair play*-beginsel. Ik denk dat dat afhangt van de vraag of er bij de Belastingdienst 'Chinese walls' zijn en er een waarborg is dat deze stukken niet voor de belastingheffing of beboeting gaan worden gebruikt.

Andere vragen die in dit kader opkomen, zijn: wat gebeurt er met de stukken die zijn ontvangen door de Belastingdienst en kunnen deze ook voor andere doeleinden worden gebruikt? Kan de Belastingdienst nu ook toegang krijgen tot de AML-informatie aanwezig in de dossiers van belastingadviseurs?

Op grond van het huidige art. 28 WIB is de geheimhoudingsplicht, bedoeld in art. 67 AWR, van overeenkomstige toepassing op de inlichtingen die de Belastingdienst uit het buitenland ontvangt, alsmede op de inlichtingen die de Belastingdienst op grond van art. 8, 10b en 10c WIB ontvangt. Met de voorgestelde wijziging wordt deze geheimhoudingsplicht eveneens van overeenkomstige toepassing verklaard op de inlichtingen die zijn verkregen op grond van het voorgestelde art. 10g WIB.

Ik vraag mij af hoe dit in de praktijk werkt. Gezien de 'doelbinding' van de ontvangen gegevens, zou het zo moeten zijn, dat deze ontvangen gegevens *niet* worden gedeeld met andere ambtenaren die niet voor de gegevensvergarig zijn gemandateerd. Immers, anders is er een risico dat de gegevens voor een ander doel worden gebruikt dan waarvoor ze worden vergaard.

3. Conclusie en afronding

Het UBO-register, dat verplicht is gesteld na invoering van de Vierde Anti-witwasrichtlijn, is in Nederland niet tijdig geïmplementeerd. Na invoering (vermoedelijk in de loop van 2018) zullen de UBO's bij het handelsregister moeten worden geregistreerd. Wwft-plichtige entiteiten moeten hun eigen cliëntenonderzoek doen en hebben de plicht om onjuistheden in het handelsregister terug te melden.

De mogelijkheden om onder registratie uit te komen lijken beperkt. In de literatuur wordt wel gesproken over gebruikmaking van een Fonds voor Gemene Rekening of van entiteiten opgericht naar het recht van een ander land. In dat geval is het UBO-registratiesysteem van dat andere land van toepassing.

Belastingadvieskantoren zullen hun Wwft-beleid moeten aanscherpen en rekening moeten houden met de verplichting om de UBO-gegevens op de juiste wijze vast te leggen en dienen te regelen op welke wijze zij deze informatie van de cliënt kunnen krijgen.

Om discussie met de toezichthouder over juiste implementatie van de Wwft te vermijden, is het verstandig dat het beleid dat conform de Wwft dient te zijn, op de juiste wijze wordt uitgevoerd en vooral ook beslissingen ten aanzien van de interpretatie en de gevolgen van een cliëntenonderzoek goed moeten vastleggen. Hieronder valt ook de beslissing om al dan niet een terugmelding te doen aan het Handelsregister. Dit om beboeting en/of strafrechtelijke vervolging te voorkomen.

Op grond van de wijziging van de Bijstandsrichtlijn van 6 december 2016, is de WIB aangepast. Deze voorziet met ingang van 1 januari 2018 in de mogelijkheid voor Onze Minister om desgevraagd AML-informatie op te vragen, met het doel om tot een juiste uitwisseling van informatie

te komen. De informatie die de belastingadviseur vastlegt ten aanzien van het cliëntenonderzoek, de UBO-registratie, eventueel terugmeldingen aan het Handelsregister, enzovoort, kan dan desgevraagd door Onze Minister worden opgevraagd. In deze bijdrage heb ik aangegeven dat deze informatie echter niet voor de heffing kan worden gebruikt, gezien de 'doelbinding' waarin de wet voorziet.

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 (tegenaan 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 iets minder rechtsbescherming en meer verplichtingen en controle.

Over de auteur**Mr. dr. J.A. Booij**

Advocaat-belastingdeskundige/partner bij Booij Bikkers Advocaten en verbonden aan de Universiteit Leiden.