

HET UBO-REGISTER EN CENTRAAL AANDEELHOUDERSREGISTER

Praktische en juridische (waaronder privacy) aspecten van de voorstellen rond het UBO- en centraal aandeelhoudersregister

HET UBO-REGISTER EN CENTRAAL AANDEELHOUDERSREGISTER

Praktische en juridische (waaronder privacy) aspecten van de voorstellen rond het UBO- en centraal aandeelhoudersregister

Verslag van de debatmiddag over de implicaties van het invoeren van een CAHR en UBO-registratie gehouden op 30 maart 2017 op de Vrije Universiteit Amsterdam

Met een inleiding van:
prof. mr. W.J.M. van Veen

en bijdragen van:
mr. dr. B. Snijder-Kuipers
prof. mr. D.F.M.M. Zaman en mr. N.A.M. Platenburg
mr. E. van Liere
prof. mr. B.E.P. Myjer

 Wolters Kluwer

Deventer – 2017

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.H2Rplus.nl

ISBN 978 90 13 14510 6
NUR 827-715

© 2017 Wolters Kluwer Nederland BV

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Wolters Kluwer Nederland BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Wolters Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Wolters Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.wolterskluwer.nl.

Inhoudsopgave

Inleiding	7
<i>Prof. mr. W.J.M. van Veen</i>	
Naast het vennootschappelijk aandeelhoudersregister en het UBO-register thans het derde initiatiefwetsvoorstel inzake het Centraal Aandeelhoudersregister: driemaal is scheepsrecht?	9
<i>Prof. mr. D.F.M.M. Zaman en mr. N.A.M. Platenburg</i>	
Het UBO-register	27
<i>Mr. dr. B. Snijder-Kuipers</i>	
Het strafrechtelijk sanctiestelsel rondom de UBO-registratie	37
<i>Mr. E. van Liere</i>	
Na de Quote 500-bende niet ook nog eens een UBO-bende?	49
<i>Prof. mr. B.E.P. Myjer</i>	
Verslag van de discussie	63
<i>Mr. K.H.M. de Roo</i>	
Uitspraak Franse Constitutionele Hof d.d. 25 juli 2016	67

Introductie

Op 31 maart jl. werd het ambtelijk voorontwerp van de ‘Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden’ ter consultatie aan het publiek voorgelegd. Het concept wetsvoorstel voorziet in de invoering van een centraal register met informatie over de uiteindelijk belanghebbende (‘ultimate beneficial owner’, of UBO) van vennootschappen en andere juridische entiteiten. Onder UBO worden (te) kort gezegd, verstaan de persoon of personen die uiteindelijk de zeggenschap uitoefenen over de juridische entiteit en/of de persoon of personen ten behoeve van wie een transactie of activiteit door die entiteit wordt verricht. Hieronder valt in ieder geval de aandeelhouder die een uiteindelijk belang houdt van meer dan 25%, en indien een dergelijke aandeelhouder niet kan worden aangewezen, de natuurlijke persoon of personen die behoort of behoren tot het hoger leidinggevend personeel. Deze laatste categorie zal bijvoorbeeld voor beursgenoteerde vennootschappen en stichtingen relevant zijn.

De verplichting tot invoering van een UBO-register vloeit voort uit de Vierde antiwitwasrichtlijn (de Richtlijn).¹ Hiertoe wordt wijziging voorgesteld van de Handelsregisterwet 2007, de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) en de Wet op de economische delicten. Daarbij komt dat de aanhoudende roep om invoering van een centraal aandeelhoudersregister (CAHR), inmiddels is gematerialiseerd in een initiatiefwetsvoorstel.² Beide wetsvoorstellen hebben ingrijpende gevolgen, onder meer voor de privacy van de (uiteindelijk) aandeelhouders en uiteindelijk belanghebbenden van rechtspersonen.

Over de implicaties van het invoeren van een CAHR en UBO-registratie organiseerde het ZIFO op 30 maart jl. een debatmiddag. Als inleiders traden op mr. dr. B. Snijder-Kuipers, kandidaat-notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek en docent bij de vakgroep privaot- en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, hoogleraar te Leiden en verbonden aan Loyens&Loeff, mr. E. van Liere, advocaat bij Van Doorne en prof. mr. B.E.P. Myjer, oud-rechter bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en emeritus hoogleraar Vrije Universiteit te Amsterdam. In deze bundel zijn de uitgewerkte voordrachten opgenomen, waarbij met de op 31 maart verschenen consultatie

1 Richtlijn 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering.

2 Over een eerder voorstel voor invoering van een CAHR (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 608) verwijs ik naar D.F.M.M. Zaman, ‘Een centraal en openbaar aandeelhoudersregister?’, in: *Wie is de aandeelhouder? Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*, ZIFO-reeks dl. 3, Deventer: Kluwer 2011.

documenten en hetgeen tijdens de debatmiddag is gewisseld, nog rekening kon worden gehouden. Het verslag van het debat is opgetekend door mr. K.H.M. de Roo, als AIO verbonden aan de Vrije Universiteit en eveneens opgenomen in deze bundel.

Zaman en Platenburg geven in hun bijdrage een beschrijving van de context waarin de wetgevingsinitiatieven tot invoering van het UBO-register en het CAHR zijn te plaatsen. Zij leggen daarbij verbanden tussen de beide registers, belichten de belangrijkste keuzes die daarbij zijn gemaakt en plaatsen hierbij kritische kanttekeningen. In haar bijdrage belicht Snijder de Europese en nationale wetgevingsprocessen en de belangrijkste consequenties van de Vierde anti-witwasrichtlijn voor Wwft-instellingen in Nederland. Vervolgens behandelt zij het toepassingsbereik van de Wwft en implicaties van de implementatie van de Richtlijn voor de praktijkvoering van Wwft-instellingen gevolgd door een behandeling van de sancties. Van Liere completeert het beeld door het strafrechtelijke sanctiestelsel rondom de UBO-registratie voor Wwft-instellingen inzichtelijk te maken.

Een onderwerp waarover veel zorg bestaat en dat ook tijdens de debatmiddag en de in deze bundel opgenomen bijdragen aan de orde is gesteld, betreft het antwoord op de vraag of de voorgestelde regelingen geen ontoelaatbare inbreuk maken op de privacy van de betrokken aandeelhouders en/of UBO's. Het betreft hier met name de werking van het recht op privacy zoals dat onder meer tot uitdrukking is gebracht in art. 8 EVRM. Dit thema wordt nader uitgewerkt door Myjer. Hij beschrijft dat het recht op privacy kan botsen met het recht op vrije meningsuiting van art. 10 EVRM, dat ook het recht op het verwerven van informatie omvat. Myjer brengt in zijn bijdrage het toetsingskader in beeld en de wijze waarop het Europese Hof voor de Rechten van de Mens bij botsing van grondrechten zoals het recht op privacy en het recht op vrije meningsuiting in zijn recente jurisprudentie tot een beslissing komt. Myjer laat zich niet verleiden tot een uitspraak of het (quasi) openbaar maken van persoonlijke gegevens van aandeelhouders of UBO's in strijd is met het recht op privacy. Het laatste woord is hierover nog niet gezegd.

Wino van Veen

Naast het vennootschappelijk aandeelhoudersregister en het UBO-register thans het derde initiatiefwetsvoorstel inzake het Centraal Aandeelhoudersregister: driemaal is scheepsrecht?

Prof. mr. D.F.M.M. (Niek) Zaman¹ en mr. N.A.M. (Nadine) Platenburg²

1. Inleiding

1.1. De maatschappelijke discussie rondom uiteindelijke belanghebbenden die hun identiteit achter juridische entiteiten verbergen en het financiële stelsel misbruiken, bereikte in 2016 een hoogtepunt door de onthullingen uit de “Panama Papers” en “Bahama Leaks”. In maart 2017 werd deze discussie weer aangewakkerd doordat bekend werd dat tussen 2010 en 2014 via honderden banken minstens 20 miljard dollar aan crimineel Russisch geld is witgewassen.³ Deze ophef staat niet op zichzelf: de ontwikkelingen moeten worden gezien tegen de achtergrond van de internationale strijd tegen fraude, belastingontduiking, terrorisme, witwassen en misbruik van rechtspersoonlijkheid. Onderdeel van deze strijd is de oprichting van de “Financial Action Task Force” (FATF), een intergouvernamenteel samenwerkingsverband opgericht door 37 landen om witwassen en terrorismefinanciering aan te pakken. De FATF heeft in 2012 een veertigtal aanbevelingen gedaan die de deelnemende landen in acht moeten nemen.⁴ De G8 heeft als reactie daarop besloten om actief het misbruik van rechtspersonen te beperken.⁵ En ook de G20 leiders hebben publiekelijk aangegeven dat zij het belangrijk vinden om misbruik van rechtspersonen tegen te gaan en hebben beloofd om volgens de FATF-aanbevelingen te zullen handelen.⁶ De geüpdatete aanbevelingen uit 2012 vormen de basis voor de vierde anti-witwasrichtlijn (AMLD4) die in 2015 is aangenomen.⁷ Deze richtlijn wordt in Nederland geïmplementeerd in de Wet ter voorkoming van

1 Hoogleraar notarieel ondernemingsrecht, Universiteit Leiden, adviseur Loyens&Loeff N.V.

2 Onderwijs- en onderzoeksmedewerker, Universiteit Leiden.

3 Zie <<https://www.theguardian.com/world/2017/mar/20/british-banks-handled-vast-sums-of-laundered-russian-money>>.

4 Deze aanbevelingen worden regelmatig aangepast.

5 Zie reactie van de G8, te raadplegen via <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/207532/G8-Action-Plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements.pdf>.

6 Zie verklaring van de G20 van 6 september 2013, te raadplegen via <<http://www.g20.utoronto.ca/2013/2013-0906-declaration.html>>.

7 AMLD4 is de afkorting voor de ‘Fourth Anti-Money Laundering Directive’: Richtlijn 2015/849/EU van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering (*PbEU* 2015, L 141).

witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Een ander onderdeel van de internationale strijd is dat alle EU-lidstaten tijdens de informele Ecofin van 22 en 23 april 2016 zijn overeengekomen over te gaan op systematische uitwisseling van informatie over uiteindelijk belanghebbenden. Inmiddels steunen ruim vijftig landen, waaronder Nederland, in principe dit initiatief. Ook is een nieuwe EU-richtlijn aanvaard die lidstaten verplicht om belastingdiensten toegang te verlenen tot bepaalde in de AMLD4 genoemde informatie, waaronder ook de informatie over uiteindelijk belanghebbenden. Tevens dient de Belastingdienst toegang te krijgen tot informatie die door meldingsplichtige instellingen wordt verzameld in het kader van het cliëntenonderzoek.^{8,9}

1.2. Ook bij de nationale misbruikbestrijding is het toezicht op rechtspersonen al vele decennia een belangrijk speerpunt. In 1992 verscheen het voorontwerp voor wijziging van het aandeelhoudersregister met daarin een belangrijke rol voor de notaris en een inzagerecht voor personen met een opsporingsbevoegdheid en de Minister van Justitie. Deze ontwerpregeling is echter nooit ingevoerd.¹⁰ Na afschaffing van het preventief toezicht bij oprichting en statutenwijzigingen van NV's en BV's, trad in 2011 de Wet controle op rechtspersonen (Wcr) in werking. Deze wet is erop gericht om het voorkomen en bestrijden van misbruik van rechtspersonen te verbeteren door middel van doorlopend toezicht op rechtspersonen door een netwerk bestaande uit een groot aantal partijen met Dienst Justis in de centrale rol. Risico's worden gesignaleerd zodat opsporende en handhavende instanties kunnen optreden en misstanden kunnen aanpakken.¹¹

1.3. De Wcr zou in de toekomst adequaat moeten gaan aansluiten op een nieuw te houden centraal aandeelhoudersregister (CAHR). Dit register werd in een eerste initiatiefnota van 2011 voorgesteld door de Kamerleden Groot en Recourt (beiden PvdA).¹² In december 2012 maakte de (toenmalige) minister van Veiligheid en Justitie Opstelten bekend te besluiten tot oprichting van een centraal register, met dien verstande dat het naar zijn mening niet openbaar toegankelijk zou moeten

8 Zie Brief van de staatssecretaris van Financiën Wiebes van 17 januari 2017 betreft aanpak van belastingontduiking, kenmerk 2017-0000009651, p. 3-4.

9 Richtlijn 2016/2258/EU van de Raad van 6 december 2016 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft toegang tot anti-witwasinlichtingen door belastingautoriteiten.

10 Zie M. van Offen en D.F.M.M. Zaman, *Nieuwe bepalingen omtrent uitgifte en levering van aandelen op naam*, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht 1994, Tjeenk Willink, Zwolle.

11 In 2013 vond een evaluatie plaats van de Wcr. Zie Dienst Justis, *Evaluatie Wet Controle op Rechtspersonen. Een verslag over doeltreffendheid en effecten van de wet in de praktijk*, november 2013. Op basis van dit rapport concludeerde Opstelten dat de producten die Justis levert van toegevoegde waarde zijn voor de opsporende en handhavende instanties voor het toezicht op rechtspersonen. Tevens is het aantal risicomeldingen flink gestegen. Het toezicht op rechtspersonen levert daarmee een belangrijke bijdrage aan het voorkomen en bestrijden van misbruik van rechtspersonen. Er bestaat echter nogal wat kritiek op deze evaluatie. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat de evaluatie door Dienst Justis zelf is uitgevoerd. Zie bijvoorbeeld M.J. Kroeze, 'Evaluatie Wet controle op Rechtspersonen: een wassen neus?', *Ondernemingsrecht* 2014/36.

12 Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2. Dit was de aanleiding voor de ZIFO-debatmiddag van 31 maart 2011. Zie J.B. Huizink, D.F.M.M. Zaman, T.C.J. Klein Bronsvort, E.P.M. Vermeulen en A.F. Verdam, *Wie is de aandeelhouder? Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*, ZIFO-reeks dl 3, Deventer: Kluwer 2011.

zijn.¹³ Slechts bepaalde overheidsdiensten zouden in het kader van “controle, toezicht en handhaving”, toegang tot het register moeten krijgen. Twee andere Kamerleden, Gesthuizen en Merkies (beiden SP), hebben in november 2014, zonder succes overigens, met een tweede initiatiefnota opnieuw gepoogd om ook alle beroepsgroepen en instellingen met Wwft-verplichtingen inzage te laten krijgen in het CAHR om daarmee “de transparantie, rechtszekerheid en het voorkomen van misbruik en witwaspraktijken te verbeteren”.¹⁴

1.4. Onderdeel van de reeds genoemde AMLD4, is de invoering van het zogenaamde ‘ultimate beneficial owner-register’ (UBO-register). Dit register werd de prioriteit van het kabinet omdat de instelling van dit register een afdwingbare Europeesrechtelijke verplichting is. De gelijktijdige ontwikkeling van beide registers (CAHR én UBO-register) zou tevens leiden tot knelpunten in de uitvoerbaarheid en betaalbaarheid.¹⁵

1.5. De Tweede Kamerleden Gesthuizen (SP) en Groot (PvdA) hebben als reactie hierop recent een nieuwe poging gedaan om, naast het UBO-register, te komen tot een CAHR. Daartoe hebben zij op 19 januari 2017 wederom een initiatiefwetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.^{16,17}

Dit laatste wetsvoorstel (het “Huidige Wetsvoorstel”) met betrekking tot het CAHR is de aanleiding voor deze bijdrage. Het zal worden vergeleken met het eerste initiatiefwetsvoorstel uit 2011 en de diverse kritiekpunten zullen worden behandeld. Gezien de samenhang van de beide registers zal, naast het CAHR, eerst de huidige status en legitimiteit van het UBO-register summier worden besproken.

2. Status UBO-register¹⁸

2.1. Op 26 juni 2017 dient de Wwft gewijzigd te zijn om te voldoen aan de AMLD4. Een onderdeel van de AMLD4 is het reeds genoemde UBO-register dat wordt ingericht om de UBO’s – de grootaandeelhouders en degenen met zeggenschap – van rechtspersonen en andere juridische entiteiten te registreren. Het UBO-register gaat in dit opzicht verder dan het CAHR, omdat bij het CAHR registratie van iedere aandeelhouder van alleen BV’s en besloten NV’s plaatsvindt. Over de

13 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4.

14 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 095, nr. 2.

15 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 10, p. 6. Dit terwijl Nederland het UBO-register eerst van de hand wees en de voorkeur gaf aan het besloten CAHR. Zie Brief van de minister van Buitenlandse Zaken van 1 maart 2013, *Kamerstuk* 22112, 1578.

16 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661.

17 Doordat Groot niet meer op de kandidatenlijst van de PvdA stond, zal Nijboer (PvdA) de actieve behandeling van het initiatiefwetsvoorstel leiden. Onbekend is of de SP verder (politieke) steun gaat geven bij de uitvoering hiervan. Zie J. Hendriks, ‘Initiatiefwetsvoorstel centraal aandeelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand’, *Notariaat Magazine* editie 1, februari 2017, p. 9.

18 Zie over het UBO-register ook de bijdrage van Snijder-Kuipers in deze uitgave.

contouren van het Nederlandse UBO-register bestond lange tijd onzekerheid.¹⁹ Het UBO-register zou worden behandeld in een apart wetsvoorstel dat eind 2016 geconsulteerd zou worden; op 31 maart 2017 is deze consultatie uiteindelijk van start gegaan.²⁰

In de concept Memorie van Toelichting bij deze consultatie, is nog steeds 26 juni 2017 als uiterlijke implementatiedatum genoemd, maar het is onmogelijk deze datum te halen gezien het vereiste wetgevingsproces. Het streven is wel om de AMLD4 zo spoedig mogelijk te hebben omgezet in nationale wet- en regelgeving.²¹ Het is bovendien de vraag of het raadzaam is om de Nederlandse implementatie in hoog tempo voort te zetten aangezien er op Europees niveau nog zoveel cruciale ontwikkelingen plaatsvinden. Op EU-niveau is een drang naar meer transparantie te ontdekken, mede ingegeven door de onthullingen in de media omtrent de eerdergenoemde Panama Papers/Bahama Leaks en de aanhoudende terroristische dreiging. De Europese Commissie stelde in juli 2016 onder andere voor om verregaande openbaarheid van UBO-registers toe te staan.²² Inmiddels is door verschillende commissies van het Europees Parlement een positie ingenomen met betrekking tot de openbaarheid van het register. Ook EU-burgers zonder 'legitiem belang' kunnen dan inzage krijgen in het UBO-register. In maart 2017 is namens het Europees Parlement onderhandeld met de Raad van Europese ministers over de aanpassingen van de vierde anti-witwasrichtlijn.²³ De aangepaste richtlijn moet met gekwalificeerde meerderheid van stemmen door de Raad worden aangenomen, na een akkoord van het Europees Parlement. De lidstaten hebben vervolgens 12 maanden de tijd om de richtlijn in nationale wetten en regels om te zetten. Zij beschikken evenwel over een langere periode (24 of 36 maanden) voor de uitvoering van de verschillende bepalingen inzake de UBO-registers.²⁴

2.2. Het UBO-register laat nogmaals zien dat er een spanningsveld bestaat tussen transparantie enerzijds en privacy anderzijds. In dit licht is een vrij recente

19 Er bestond alleen een brief van het kabinet van 10 februari 2016 en een reactie op Kamervragen (*Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 10 en *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 12). In de brief wordt een zestal zaken behandeld, namelijk (1) de entiteiten van welke de UBO's worden geregistreerd, (2) personen/entiteiten die toegang krijgen tot het register en (privacy)waarborgen, (3) welke informatie wordt verstrekt, (4) wie gaat informatie aanleveren aan het UBO-register, (5) beheer van het UBO-register en (6) de verhouding tot het CAHR.

20 Zie <<https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetregistratieuiteindelijkbelanghebbenden>>. Een ieder kan tot 28 april 2017 reageren.

21 Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 2, 6 en 27. Wel krijgen entiteiten na inwerkingtreding van de Implementatiewet nog 18 maanden de tijd om opgave van de UBO-informatie te doen. Een periode van 2.5 jaar wordt uitgetrokken zodat de KvK alle UBO-informatie kan invoeren.

22 Zie Voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van Richtlijn 2015/849/EU van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering van 5 juli 2016 (COM(2016) 450 final).

23 Zie <<http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/20170227IPR64164/citizens-should-get-access-to-data-on-firm-owners-to-fight-money-laundering>>.

De Raad pleit echter voor toegang op basis van een 'legitiem belang', dus geen publieke toegang. Zie Persmededeling van de Raad van 20 december 2016, <<http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2016/12/20-money-laundering-and-terrorist-financing/>>.

24 Zie Persmededeling van de Raad van 20 december 2016, <<http://www.consilium.europa.eu/nl/press/press-releases/2016/12/20-money-laundering-and-terrorist-financing/>>.

uitspraak omtrent het Franse trustregister relevant. Deze uitspraak laat zien dat een openbaar register met persoonsgegevens in strijd kan zijn met het recht op privacy. In 2013 is in Frankrijk een register ingevoerd dat ervoor zorgt dat gegevens over trusts en hun UBO's die op enige manier banden hebben met Frankrijk, bekend worden gemaakt aan de Franse Belastingdienst. Het Franse 'Conseil constitutionnel' heeft in 2016 bepaald dat niet alleen de openbare toegankelijkheid, maar ook het Franse trustregister *an sich* in strijd is met art. 2 van de Grondwet (recht op privacy).²⁵ De doelstelling van de Franse regeling is de bestrijding van belastingfraude en economische/financiële criminaliteit. Het nastreven van deze doelstelling is in lijn met de Franse Grondwet. De privacy inbreuk kan gerechtvaardigd worden, mits deze inbreuk niet verder gaat dan strikt noodzakelijk voor het bereiken van de doelstelling. In deze zaak is naar het oordeel van de rechter de maatregel disproportioneel, omdat onvoldoende is onderbouwd waarom ongelimiteerde publieke toegang bijdraagt aan het doel van het register. Er hadden daarom grenzen gesteld moeten worden aan de groep van inzagegerechtigden. Het Franse trustregister verschilt overigens aanzienlijk van het UBO-register.²⁶ Het is dan ook nog maar de vraag in hoeverre deze uitspraak invloed gaat hebben op de definitieve besluitvorming die nu plaatsvindt binnen de EU omtrent de UBO-registers. De Franse uitspraak herinnert de Nederlandse wetgever er in ieder geval wel aan dat een keuze voor een openbaar register waarin iedereen tegen betaling kan kijken, goed onderbouwd dient te worden. Wanneer een Europese rechter het CAHR toetst aan art. 8 EVRM, kunnen mogelijk problemen ontstaan met betrekking tot onder andere de proportionaliteit.²⁷

3. Opzet Huidige Wetsvoorstel en verschillen met eerdere initiatieven

3.1. Naar huidig recht moet alleen de enig aandeelhouder van een besloten NV en BV door de vennootschap worden geregistreerd in het Handelsregister.²⁸ Van de 800.000 geregistreeerde vennootschappen bij de KvK hebben ongeveer 615.000 vennootschappen een enig aandeelhouder. Dit betekent dat van 75% van alle vennootschappen in Nederland bovenstaande informatie met betrekking tot de aandeelhouder al vrij te raadplegen is.²⁹ Volgens het Huidige Wetsvoorstel moet het CAHR ervoor zorgen dat bepaalde nog nader bij AMVB vast te stellen

25 Zie Le Conseil constitutionnel 21 oktober 2016 ECLI: FR: CC: 2016: 2016.591.QPC, r.o. 6. Dit arrest is elders in deze bundel opgenomen.

26 Het UBO-register heeft betrekking op juridische entiteiten en niet op trusts.

27 Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat het middel waarmee beoogd wordt de nagestreefde doelstelling te bereiken passend is, een wezenlijke bijdrage aan die doelstelling levert en niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is. Zie ook de bijdrage van Myjer in deze uitgave.

28 Dit is verplicht op grond van de Twaalfde Richtlijn 89/667/EEG van de Raad van 21 december 1989 inzake het vennootschapsrecht betreffende eenpersoonsvennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (*PbEU* 1989, L 395).

29 Zie de reactie van de NVB op het voorstel tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Burgerlijk Wetboek van 5 maart 2015, p. 2, te raadplegen via <https://www.nvb.nl/media/document/001302_consultatie-reactie-wetsvoorstel-handelsregisterwet-2007-en-burgerlijk-wetboek.pdf>. Het kabinet heeft het zelfs over 80% van de geregistreeerde vennootschappen waarbij sprake is van registratie van de enig aandeelhouder. Zie Conceptregeling Wijziging van de Handelsregisterwet 2007 en het Burgerlijk Wetboek van januari 2015, p. 14, te raadplegen via <<https://www.internetconsultatie.nl/handelsregister/document/1462>>.

informatie over aandelen op naam en de houders, vruchtgebruikers en pandhouders van deze aandelen in BV's en niet-beursgenoteerde NV's, centraal, digitaal en gestructureerd verzameld wordt. Het voorgestelde register is in tegenstelling tot het oorspronkelijke voorstel van Recourt en Groot niet openbaar toegankelijk: alleen de Belastingdienst en andere, aangewezen publieke diensten hebben inzage in het register "voor de uitvoering van hun wettelijke taken op het gebied van controle, toezicht, handhaving en opsporing". Ook notarissen kunnen het register raadplegen voor de uitvoering van hun wettelijke taken in het rechtsverkeer en daarnaast hebben de op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme aangewezen instellingen (Wwft-instellingen) inzage ten behoeve van de uitvoering van hun Wwft-verplichtingen tot cliëntenonderzoek. Deze uitbreiding tot Wwft-instellingen is opmerkelijk aangezien de motie van Gesthuizen en Merkies uit 2015 om de groep van inzagegerechtigden uit te breiden met alle Wwft-instellingen destijds geen steun van de minister kreeg.

3.2. De doelstellingen van het Huidige Wetsvoorstel zijn ten opzichte van de eerdere initiatiefnota's uitgebreid. Het CAHR zou niet alleen bij moeten dragen aan de voorkoming en bestrijding van financieel-economische criminaliteit door middel van rechtspersonen, maar ook aan de rechtszekerheid in het rechtsverkeer.³⁰ Ook wordt het CAHR door de indieners gezien als noodzakelijke aanpassing van de registratie van aandelenbelangen aan de eisen van de moderne tijd. De toevoeging van deze twee nieuwe doelstellingen: bevordering van rechtszekerheid en modernisering van de registratie van aandelenbelangen, juichen wij zeer toe. Zaman heeft daar tijdens een ZIFO Debatmiddag in 2011 ook al voor gepleit.³¹ De vraag is echter of het Huidige Wetsvoorstel wel aan deze doelstellingen voldoet.

3.3. Op grond van de Registratiewet 1970 en de bijbehorende Uitvoeringsregeling zijn notarissen sedert 2013 verplicht akten uiterlijk op de eerstvolgende werkdag elektronisch in te schrijven in het door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) gehouden repertorium. Deze registratie vindt plaats via het zogenoemde Platform Elektronische Communicatie (PEC). De Belastingdienst heeft inzage in het aktenregister en het repertorium. In aansluiting op dit bestaande proces worden notarissen op basis van een uitbreiding van de Registratiewet 1970 verplicht de relevante gegevens over aandelen en aandeelhouders (juist, tijdig en volledig) elektronisch in te schrijven in het nieuwe centraal aandeelhoudersregister dat wordt gehouden door de KNB.³² Het register wordt derhalve kennelijk alleen gevuld door

30 Zaman pleitte hier al eerder voor. Zie D.F.M.M. Zaman, 'Een centraal en openbaar aandeelhoudersregister?', in: J.B. Huizink, D.F.M.M. Zaman, T.C.J. Klein Bronsvort, E.P.M. Vermeulen en A.F. Verdam, *Wie is de aandeelhouder? Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*, ZIFO-reeks dl. 3, Deventer: Kluwer 2011, p. 12-14 en 16.

31 Zie D.F.M.M. Zaman, t.a.p. vorige noot.

32 Vernieuwend aan het Huidige Wetsvoorstel is dat er een sanctie bestaat indien de notaris niet voldoet aan zijn verplichting tot juiste, volledige en tijdige inschrijving van bepaalde notariële akten in het CAHR. Deze sanctie zal mogelijk bijdragen aan de betrouwbaarheid van het register. Zie het voorgestelde art. 14 lid 2 van de Registratiewet 1970. Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 16.

informatie uit notariële akten. In het wetsvoorstel wordt de vergelijking gemaakt met de koppeling tussen het repertorium en het Centraal Testamentenregister en het Centraal Levenstestamentenregister. Een belangrijk verschil met de eerdere wetsvoorstellen is dat de KNB, in plaats van de Kamer van Koophandel (KvK), als beheerder van het CAHR wordt aangedragen. De ontsluiting van het CAHR voor overheidsdiensten, notarissen en aangewezen Wwft-instellingen zou volgens het wetsvoorstel via de genoemde bestaande digitale structuur van de KNB op efficiënte wijze plaatsvinden.

3.4. In tegenstelling tot het eerdere initiatiefwetsvoorstel van Recourt en Groot, staat in het Huidige Wetsvoorstel niet welke gegevens door de notaris moeten worden ingeschreven in het register. Dit zal nader worden bepaald in een nog op te maken ministeriële regeling. In een reactie op het eerdere wetsvoorstel liet Opstelten weten dat het vestigen van beperkte rechten (vruchtgebruik en pandrecht) op niet-beursgenoteerde aandelen op naam reeds in het aandeelhoudersregister van de vennootschap wordt bijgehouden. De registratie van beperkte rechten in het CAHR was naar zijn mening niet noodzakelijk voor de uitvoering van controle en toezicht.³³ In het thans voorliggende wetsvoorstel wordt aangekondigd om ook de gegevens over vruchtgebruikers en pandhouders van aandelen op naam in het kapitaal van besloten en niet-beursgenoteerde naamloze vennootschappen te registreren vanwege de mogelijkheid dat het stemrecht wordt overgedragen aan een derde.

Met betrekking tot de gegevens die worden ingeschreven in het CAHR, zou mogelijk een probleem kunnen ontstaan met het proportionaliteitsbeginsel. Het HvJ EU heeft immers in 2014 beslist dat een richtlijn buiten werking gesteld moest worden omdat 'it (...) even applies to persons for whom there is no evidence capable of suggesting that their conduct might have a link, even an indirect or remote one, with serious crime.'³⁴ Bij het CAHR worden de gegevens van *alle* aandeelhouders van besloten en niet-beursgenoteerde naamloze vennootschappen geregistreerd.

4. Het Centraal aandeelhoudersregister versus het vennootschappelijk aandeelhoudersregister

4.1. Op grond van art. 2:85 en 2:194 BW zijn besturen van naamloze en besloten vennootschappen verplicht een aandeelhoudersregister bij te houden. Volgens het Huidige Wetsvoorstel staat het CAHR hier los van en heeft het een andere opzet en een ander doel. Dat moge zo zijn, maar de ook al eerder door Zaman in 2011

³³ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4.

³⁴ Zie HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), r.o. 58.

gestelde vraag is of beide registers niet op een of andere wijze gecombineerd kunnen worden.

Opvallend is dat het Huidige Wetsvoorstel aangeeft dat het bijdraagt aan de rechtszekerheid in het rechtsverkeer en aan de modernisering van de registratie van aandelenbelangen. Het is juist dat de betrouwbaarheid van aandeelhoudersregisters, indien al beschikbaar en niet zoekgeraakt, nog steeds te wensen overlaat. Dit wordt inderdaad deels veroorzaakt door het feit dat de vennootschap zelf het register bijhoudt, maar een andere oorzaak is dat voor uitgifte en levering van aandelen inschrijving in het register niet constitutief is.³⁵ Het register is veelal ook niet up-to-date ten aanzien van andere gegevens van aandeelhouders. Er zijn immers geen (noemenswaardige) sancties. Vanuit die gedachte zou een nieuwe regeling voor het (besloten) Vennootschappelijk aandeelhoudersregister als onderdeel van het centraal en digitaal aandeelhoudersregister zowel innovatief zijn als (meer) rechtszekerheid bieden ten aanzien van de juistheid en volledigheid van het register.

Maar er zou bijvoorbeeld ook een voorbeeld kunnen worden genomen aan het Verenigd Koninkrijk waar twee registers gecombineerd worden in de regeling aangaande het Britse equivalent van het UBO-register; het ‘Persons with Significant Control Register’ (PSC register). Bij het Handelsregister en bij het UBO register speelt de vennootschap een (belangrijke) rol bij de aanlevering van de gegevens. Bij het CAHR is het uitgangspunt ‘dat de notaris verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van de gegevens die hij in het register inschrijft en de tijdigheid van de inschrijving.’ Erdkamp meent dat door het gebruik van notariële akten de informatie zuiver is. Als het CAHR gevoed wordt door aandeelhouders en directeuren dan zou dit niet het geval kunnen zijn omdat zij niet altijd weten wat van belang is en ook kunnen zij bewust dingen verzwijgen.³⁶ In het Verenigd Koninkrijk dragen vennootschappen wel bij aan de informatievoorziening van het PSC register omdat zij worden geacht een eigen PSC register bij te houden. Vervolgens dient de vennootschap deze informatie in het PSC register bij de Companies House jaarlijks te controleren en indien nodig aan te vullen door middel van de zogenaamde ‘Confirmation Statement’.³⁷ Er kleven echter ook nadelen aan deze regeling. Een nadeel is dat veranderingen die optreden in het door de vennootschap gehouden register, alleen tijdens de jaarlijkse ‘Confirmation Statement’ worden doorgegeven. Dit draagt niet bij aan de betrouw-

35 In Duitsland is de “Gesellschafterliste” van het Handelsregister bepalend voor de uitoefening van de rechten door een aandeelhouder in een GmbH jegens de vennootschap. Ook is in Duitsland het gevolg van een inschrijving in de “Gesellschafterliste” dat een derde te goeder trouw hierop af mag gaan. Zie D.F.M.M. Zaman, ‘Een centraal en openbaar aandeelhoudersregister?’, in: J.B. Huizink, D.F.M.M. Zaman, T.C.J. Klein Bronsvort, E.P.M. Vermeulen en A.F. Verdam, *Wie is de aandeelhouder? Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*, ZIFO-reeks dl. 3, Deventer: Kluwer 2011, p. 13.

36 Zie J. Hendriks, ‘Initiatiefwetsvoorstel centraal aandeelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand’, *Notariaat Magazine* editie 1, februari 2017, p. 7.

37 Zie Department for Business Innovation & Skills, *Register of People with Significant Control. Guidance for Companies, Societates Europaeae and Limited Liability Partnerships*, april 2016, p. 18-26, <<https://www.icsa.org.uk/assets/files/free-guidance-notes/psc-register-guidance-for-companies-ses-and-llps.pdf>>.

baarheid van het register bij de Companies House. Een ander nadeel is dat geen enkel bewijs vereist is dat de betrouwbaarheid van de door de vennootschap aangeleverde informatie aantoont. Zoals bijvoorbeeld bewijs van adres of onderliggende stukken.³⁸ Om deze nadelen te ondervangen en te komen tot een aanbeveling voor het Nederlandse CAHR, zou denkbaar zijn een door de vennootschap gehouden register waarbij de notaris een controlerende rol krijgt en verantwoordelijk is voor het aanleveren van de betreffende informatie bij de beheerder, die deze informatie bijhoudt in een centraal register. Het aanleveren van informatie gebeurt bovendien niet eenmaal per jaar, maar steeds als er een verandering voordoet.

Het Huidige Wetsvoorstel draagt in ieder geval niet bij aan de bevordering van de rechtszekerheid. Het geeft enkel een procedurele regeling op grond waarvan relevante aandeelhoudersinformatie uit notariële akten op eenvoudige wijze toegankelijk gemaakt kan worden ten behoeve van specifieke (publieke) doelgroepen.

4.2. Het Huidige Wetsvoorstel stelt dat notarissen het register kunnen raadplegen voor de uitvoering van hun wettelijke taken in het rechtsverkeer. Het is de vraag wat het CAHR voor notarissen toevoegt, zolang zij ook de gewone titelrecherche moeten doen onder meer door inzage in het Vennootschappelijk aandeelhoudersregister. Indien er verschillen tussen beide registers worden geconstateerd, waar dient de notaris dan vanuit te gaan? Beide registers zullen bovendien geen derdenwerking hebben. Aangezien de indieners stellen dat het CAHR ‘als belangrijke aanvullende recherchebron voor notarissen zal gaan functioneren’, nemen wij aan dat de bevindingen op grond van de gebruikelijke recherche vooralsnog de juiste zijn en blijven.³⁹

5. Doelstellingen CAHR

5.1. Zoals hierboven vermeld, zijn er, naast misbruikbestrijding, twee andere doelstellingen opgenomen in het nieuwe initiatiefwetsvoorstel, namelijk de rechtszekerheid in het rechtsverkeer en het CAHR als noodzakelijke aanpassing van de registratie van aandelenbelangen aan de eisen van de moderne tijd. Laatstgenoemde doelstelling wordt echter nergens verder toegelicht waardoor de vraag is of deze doelstelling niet in strijd is met het beginsel van doelbinding dat inhoudt dat persoonsgegevens enkel verwerkt mogen worden voor welbepaalde, uitdrukkelijk omschreven en gerechtvaardigde doeleinden.⁴⁰ Doordat het principe van doelbin-

38 In Nederland dient de UBO-status bewezen te worden aan de hand van bijvoorbeeld statuten, uittreksels uit het aandeelhoudersregister, een maatschapsovereenkomst dan wel de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een vennootschap onder firma. Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 31.

39 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661, nr. 3, p. 5.

40 Zie art. 5 Algemene Verordening Gegevensbescherming. Het belang hiervan komt ook terug bij het UBO-register, zie de opinie van de European Data Protection Supervisor (EDPS) van 2 februari 2017 inzake de voorstellen van de EC tot aanpassing van de Richtlijn 2015/849/EU en Richtlijn 2009/101/EC, p. 16.

ding wordt ondermijnd, is het mogelijk dat strijd ontstaat met het proportionaliteitsbeginsel.⁴¹

5.2. Daarnaast is het opvallend dat in de MvT gememoreerd wordt dat de doelstelling van het CAHR meebrengt dat het register een besloten karakter heeft. Openbaarheid zou niet noodzakelijk zijn om de aangegeven doelstelling van het register te verwezenlijken en zou vanwege de privacy van de betrokken aandeelhouders ook niet wenselijk zijn.⁴² Opgemerkt kan worden dat onduidelijk is naar welke van de eerder besproken drie doelstellingen verwezen wordt, maar wij nemen aan dat bedoeld wordt op het voorkomen en bestrijden van financieel-economische criminaliteit, zoals het voorkomen en bestrijden van misbruik van het financieel stelsel (witwassen en terrorismefinanciering). Het argument van de initiatiefnemers van het Huidige Wetsvoorstel dat *openbaarheid van het CAHR niet noodzakelijk* is om de betreffende doelstelling te bereiken, is opmerkelijk als gekeken wordt naar de wijzigingen die de Europese Commissie op 5 juli 2016 heeft voorgesteld om de AMLD4 aan te passen. De doelstelling van het UBO-register is namelijk nagenoeg hetzelfde als die van het CAHR maar uit de effectbeoordeling blijkt dat vanuit het oogpunt van kosten, effecten en legitimiteit een *publieke toegang* tot de UBO-informatie, de meest geschikt bevonden optie is.⁴³

6. Inzage CAHR

6.1. De Belastingdienst en andere aangewezen publieke diensten hebben inzage om hun wettelijke taken op het gebied van controle, toezicht, handhaving en opsporing te kunnen uitvoeren. Notarissen hebben inzage ten behoeve van de uitvoering van hun wettelijke taken in het rechtsverkeer. De kring van inzagegerechtigden lijkt beperkt, echter aangewezen Wwft-instellingen zijn inzagegerechtigd om aan hun Wwft-verplichtingen (cliëntenonderzoek) te kunnen voldoen. In het Huidige Wetsvoorstel wordt niet aangegeven wanneer een Wwft-instelling als een aangewezen wwft-instelling gekwalificeerd wordt. Het kan zijn dat de groep van aangewezen Wwft-instellingen zeer groot wordt: van een besloten register is dan

41 De EDPS maakt zich zorgen over de proportionaliteit van het openbare UBO-register: 'In cases where the purposes for data processing are defined in broad or vague terms, where the data controllers have a completely different relation with the purpose pursued, both in terms of structure, resources and ability of each controller to comply with the rules in certain specific circumstances, the principle of purpose limitation is formally and substantially undermined, with the consequence that also the principle of proportionality will not be duly implemented.' Zie opinie van de EDPS van 2 februari 2017 inzake de voorstellen van de EC tot aanpassing van de Richtlijn 2015/849/EU en Richtlijn 2009/101/EC, p. 8.

42 Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661, nr. 3, p. 6.

43 Zie Voorstel van de Europese Commissie tot wijziging van Richtlijn 2015/849/EU van het Europees parlement en de Raad van 20 mei 2015 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering van 5 juli 2016 (COM(2016) 450 final). Dit terwijl in de oorspronkelijke AMLD4 niet werd aangegeven dat één van de twee varianten (variant 1: een openbaar register, variant 2: een register met drie categorieën gebruikers waaronder personen met een 'legitiem belang') een meerwaarde zou hebben bij het tegengaan witwassen en terrorismefinanciering. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 12.

geen sprake meer. Bovendien kan een instelling zich vrij eenvoudig onder de groep van Wwft-instellingen scharen.⁴⁴ Opvallend is dat een makelaar, wat een niet beschermd beroep is, zich een Wwft-instelling mag noemen. Maar ook bijvoorbeeld juweliers en autohandelaren kunnen dit doen.⁴⁵

6.2. In het eerdere initiatiefwetsvoorstel van Merkies en Gesthuizen werd gepleit voor inzage in het CAHR voor *alle* Wwft-instellingen. Om de privacy van de aandeelhouders te waarborgen zou wettelijk vastgelegd moeten worden dat Wwft-instellingen verplicht zijn tot geheimhouding of hen per inzage laten tekenen voor geheimhouding.⁴⁶ Deze motie heeft geen steun van Opstelten gekregen: de onderzoeksplicht van de door Wwft aangewezen private instellingen zoals banken en makelaars, valt buiten de aangegeven wettelijke taken waarvoor inzage in het CAHR is toegestaan. Opstelten was voor een besloten CAHR. Bovendien wees hij op de mogelijkheid dat op verzoek van de aandeelhouder of bestuurder van de vennootschap door de KvK tegen kostprijs een gewaarmerkt uittreksel van de eigen gegevens verstrekt kon worden. Ondanks dat de motie geen steun kreeg van de minister, leek het wel alsof hij de mogelijkheid wilde openhouden om enige transparantie toe te staan: “In samenspraak met MKB [zou] bezien worden hoe het bedrijfsleven met publiek-private samenwerking geholpen kan worden met toegang tot informatie uit het centraal aandeelhoudersregister, zonder afbreuk te doen aan het besloten karakter.”⁴⁷

Van der Steur leek de deur nog meer open te houden. Het kabinet zou de motie tot verdere openstelling meewegen in de besluitvorming over het CAHR danwel de vormgeving van het UBO-register. Gekeken zou worden of instellingen die ingevolge de anti-witwasregelgeving verplicht zijn cliëntonderzoek en UBO-onderzoek uit te voeren, rechtstreeks inzage zouden moeten krijgen in het CAHR als hulpmiddel bij het UBO-onderzoek.⁴⁸

Een soortgelijke discussie is aan de gang bij de invoering van het UBO-register. Wwft-instellingen en andere instellingen die een verplichting hebben tot het doen van UBO-onderzoek, hebben slechts toegang tot de beperkte set UBO-gegevens. Van hen wordt verwacht dat zij meer informatie – bijvoorbeeld adresgegevens – verzamelen om aan hun wettelijke verplichtingen te voldoen en dat zij dit in hun eigen administratie bewaren.⁴⁹ Het kabinet reageert hier als volgt op: ‘Gelet op de privacy van de UBO’s hebben we besloten dat deze aanvullende informatie niet publiek

44 Art. 1 lid 1 sub a Wwft.

45 Dit zijn namelijk handelaren van goederen in grote waarde: bepaalde bepalingen van de WWFT gelden wanneer een betaling plaatsvindt in contanten van € 15.000 of meer.

46 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 095, nr. 2.

47 Zie *Handelingen II* 2014/15, 29, p. 7.

48 Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 32 608, nr. 7.

49 Dit is overigens in lijn met de ongewijzigde AMLD4 (art. 30 lid 8) die expliciet voorschrijft dat meldingsplichtige instellingen zich bij hun cliëntonderzoek ‘niet uitsluitend verlaten op het (...) centraal register.’

beschikbaar zal zijn.^{50,51} Bovendien is het kabinet terughoudend om de groep van inzagegerechtigden uit te breiden omdat het ook gaat om commerciële marktinstellingen die dan toegang krijgen tot informatie die voor publieke doelen en handhavingstaken is verzameld.⁵²

6.3. In dit kader is de reeds genoemde Franse uitspraak relevant. De Franse maatregel werd disproportioneel bevonden, omdat onvoldoende was onderbouwd waarom ongelimiteerde publieke toegang bijdraagt aan het doel van het register. Er hadden daarom grenzen gesteld moeten worden aan de groep van inzagegerechtigden. Het CAHR zal alleen toegankelijk zijn voor de Belastingdienst, en andere aangewezen bestuursorganen, notarissen en aangewezen Wwft-instellingen. Deze laatste groep instellingen maakt de mate van toegang echter een stuk meer publiek. Er zal onderbouwd moeten worden waarom deze mate van toegang bijdraagt aan het doel van het register, anders zullen grenzen gesteld moeten worden aan deze groep van inzagegerechtigden om strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel te voorkomen.

6.4. Uit het bovenstaande blijkt dat het kabinet overwegend negatief staat tegenover iedere uitbreiding van de groep inzagegerechtigden met Wwft-instellingen. Vooral het argument van Opstelten en Dijsselbloem met betrekking tot de onderzoeksplicht van de door Wwft aangewezen private instellingen die niet strookt met de doelstellingen van het CAHR, is zeer overtuigend. De vraag zou daarom moeten zijn of het überhaupt noodzakelijk is dat Wwft-instellingen inzage in het CAHR krijgen. Zoals Snijder-Kuipers voorstelt, zou de groep van inzagegerechtigden ook alleen beperkt kunnen worden tot aangewezen publieke diensten ten behoeve van de uitvoering van hun wettelijke taken op het gebied van controle, toezicht, handhaving en opsporing en notarissen die het CAHR voorzien van de benodigde gegevens.⁵³

6.5. In het Huidige Wetsvoorstel staat: ‘Doordat de informatie in het centraal aandeelhoudersregister alleen raadpleegbaar wordt voor de rijksbelastingdienst, andere, aangewezen publieke diensten, notarissen en aangewezen Wwft-instellingen en voor deze partijen een geheimhoudingsplicht gaat gelden, blijft de privacy van betrokken aandeelhouders geborgd.’ Het is, zoals hierboven gesteld, nog niet bekend of de groep van inzagegerechtigden daadwerkelijk zo beperkt is om als waarborg te kunnen dienen. De geheimhoudingsplicht daarentegen kan wel bijdragen aan de privacybescherming. Bij de toetsing aan proportionaliteit spelen

50 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 12, p. 9.

51 Deze visie is tot op heden onveranderd. Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 25. Ten aanzien van Wwft-instellingen wordt voorgesteld om aan deze groep gebruikers uitsluitend toegang te geven tot de beperkte set UBO-gegevens uit het oogpunt van privacybescherming.

52 Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 13; *Handelingen II* 2015/16, 83, item 23, p. 3.

53 Zie <<https://fd.nl/opinie/1189879/zorgvuldigheid-niet-uit-oog-verliezen-bij-registreren-gegevens-aandeelhouders>>.

deze privacy(waarborgen) een belangrijke rol. Het belang van deugdelijke waarborgen wordt benadrukt in de *Dataretentie*-,⁵⁴ *Schrems*-⁵⁵ en *Zakharov*-zaak.⁵⁶ Een legitiem regime dient bepalingen te bevatten ‘die kunnen waarborgen dat zij daadwerkelijk beperkt is tot het strikt noodzakelijke.’⁵⁷ Het UBO-register kent vier waarborgen, namelijk (1) registratie van gebruikers, (2) vergoeding voor inzage, (3) inzage van beperkte UBO-informatie door gebruikers anders dan specifiek aangegeven autoriteiten en (4) indien een risico bestaat op kidnapping, chantage, geweld of intimidatie of bij minderjarigheid of handelingsonbekwaamheid van de UBO, wordt per individueel geval bekeken of afscherming van (bepaalde) UBO-informatie mogelijk is.⁵⁸ Hierbij moet natuurlijk wel worden meegewogen dat het UBO-register openbaar is en daarom meer uitgebreide waarborgen nodig heeft dan bijvoorbeeld het CAHR met beperkte toegankelijkheid. Maar bevat het CAHR soortgelijke (privacy)waarborgen? En zijn deze waarborgen voldoende?

In het Huidige Wetsvoorstel wordt, naast bovenvermeld citaat, hierover (nog) niets opgemerkt. Een ander voorbeeld van een mogelijke waarborg heeft te maken met het feit dat niet alleen de toegang tot registers, maar ook het *gebruik* van niet-openbare gegevens door toezicht- en opsporingsinstanties mogelijk tot problemen kan leiden.⁵⁹ Om de privacy te waarborgen is het van belang om ‘access control’ en ‘usage control’ in te zetten. Doordat alleen bepaalde instanties toegang krijgen tot informatie, is sprake van een vorm van ‘access control’. Nadat toegang is verleend tot de gegevens, is echter geen garantie te geven dat de gegevens op de juiste manier worden gebruikt. Daarom dient ook ‘usage control’ plaats te vinden.⁶⁰ In de *Dataretentie*-zaak is de betreffende richtlijn ongeldig verklaard mede doordat deze ‘onvoldoende garanties biedt dat de bewaarde gegevens doeltreffend worden beschermd tegen het risico van misbruik en tegen elke onrechtmatige raadpleging en elk onrechtmatig gebruik ervan.’⁶¹ Derhalve heeft het ontbreken van waarbor-

54 Zie HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*).

55 Zie HvJ EU 6 oktober 2015, C-263/14, ECLI:EU:C:2015:650, r.o. 91 (*Maximilian Schrems vs. Data Protection Commissioner*).

56 Zie EHRM 4 december 2015, 47143/06, ECLI:CE:ECHR:2015:1204JUD004714306, r.o. 302 (*Roman Zakharov vs. Russia*).

57 Zie HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 65 (*Digital Rights Ireland*).

58 De effectiviteit van deze waarborgen kan natuurlijk worden betwist maar een toetsing daarvan valt buiten het bereik van deze bijdrage.

59 KNB vindt onbeperkte/ongeclausuleerde toegang tot informatie voor de aangewezen publieke diensten en het notariaat onwenselijk. Zie reactie KNB op consultatie inzake voorstel van wijziging van de Handelsregisterwet 2007 van 5 maart 2015, p. 2, te raadplegen via <<http://www.knb.nl/stream/reactie-knb-op-consultatie-voorontwerp-wetsvoorstel-cahr-05-03-2015>>. Zaken zoals de zaak waarin een ambtenaar de Quote 500-bende van informatie voorzag (Rechtbank Den Haag 27 september 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:12297) of de zaak waarin een politiemedewerker autodieven kentekeninformatie verschaft (Rechtbank Rotterdam 16 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ1562), laten zien dat het gebruik beter gereguleerd dient te worden.

60 Zie S. Choenni, M.S. Bargh, C. Roepan en R. Meijer, ‘Privacy and Security in Smart Data Collection by Citizens’, in: J. Ramon Gil-Garcia e.a. (red.), *Smarter as the New Urban Agenda. A Comprehensive View of the 21st Century City*, Springer International Publishing 2015, p. 355, 358 en 364.

61 Zie HvJ EU 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, r.o. 66 (*Digital Rights Ireland*).

gen omtrent het gebruik van het CAHR een negatieve invloed op de proportionaliteit.⁶²

7. Gefaseerde invulling van het CAHR

De redactie van het NTFR is gelukkig met het feit dat geen inhaalslag is beoogd. De overheid beschikt namelijk al over de aktes die voorheen zijn verleden en geregistreerd bij de Belastingdienst.⁶³ Echter, met het CAHR wordt beoogd om onder andere aandeelhoudersinformatie op *één centrale plaats* te verzamelen. Een inhaalslag lijkt daarom juist uiterst zinvol. Gefaseerde invulling zou immers betekenen dat het CAHR pas als een (enigszins) betrouwbaar register kan worden gezien nadat er bij iedere vennootschap een transactie (c.q. inschrijving) heeft plaatsgevonden na inwerkingtreding van de wet. Groot had ook liever gezien dat bij invoering van het CAHR bestaande akten ook werden ingeschreven, maar dit staat niet in het Huidige Wetsvoorstel.⁶⁴ Het kabinet zal waarschijnlijk niet afwijzend reageren indien aan het voorstel wordt toegevoegd dat alle bestaande akten ook worden ingeschreven. In een reactie op het eerste initiatiefwetsvoorstel liet Opstelten namelijk weten dat het CAHR gevuld moet worden met bestaande gegevens over aandeelhouders zoals gegevens die al bij de overheid bekend zijn om een zo compleet mogelijk beeld te krijgen. Bijvoorbeeld de gegevens van alle enig aandeelhouders uit het Handelsregister en de gegevens van aandeelhouders van vennootschappen die worden opgegeven voor de vennootschapsbelasting.⁶⁵ De vraag is dan wel wat de daaraan verbonden kosten zijn en wie deze gaan dragen.

8. Houder CAHR

8.1. De KNB wordt als houder van het CAHR verantwoordelijk voor het goed functioneren van het systeem en het register. Het ministerie had eerder de KvK voorgesteld. Van doorslaggevend belang was dat de doelstelling van het CAHR het beste past bij het doel van het Handelsregister. Het zou, aldus het ministerie, niet logisch zijn om de KNB aan te wijzen gelet op het grote verschil tussen de positie van de KNB als publiekrechtelijke organisatie, de wettelijke taak van de KNB en de doelstelling van het CAHR.⁶⁶ De reeds genoemde aktenregistratie door de KNB

62 Met betrekking tot de *regulering* van het gebruik kan een voorbeeld worden genomen aan de autorisatieregeling van de GBA. Ten aanzien van de *controle* van het gebruik bij aangewezen autoriteiten kan periodiek worden gecontroleerd of de aanvrager nog steeds een aangewezen autoriteit is (basistoets). Een voorbeeld kan genomen worden aan het kentekenregister. Dit is tevens een register met openbare en niet-openbare gegevens. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 219, nr. 3, p. 13-14. Bij anderen dan de aangewezen autoriteiten kunnen periodiek steekproeven door de KvK worden gehouden waarbij het gebruik van de betrokken UBO-gegevens wordt gecontroleerd.

63 Zie commentaar redactie NTFR, 'Initiatiefwetsvoorstel Wet centraal aandeelhoudersregister', *NTFR* 2017/184.

64 Zie J. Hendriks, 'Initiatiefwetsvoorstel centraal aandeelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand', *Notariaat Magazine*, editie 1, februari 2017, p. 9.

65 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4

66 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 5.

via het Centraal Digitaal Repertorium (CDR) zorgt er echter voor dat de digitale infrastructuur met de individuele notarissen die nodig is voor inschrijving in het CAHR al grotendeels beschikbaar is.⁶⁷ Hierdoor zou het goedkoper en efficiënter zijn om het CAHR hierop aan te laten sluiten.

8.2. De KvK speelt reeds een belangrijke rol bij het vergaren van informatie over ondernemingen en rechtspersonen en bij het beheren van het Handelsregister, het register met civielrechtelijke bestuursverboden en het UBO-register. De uitbreiding van het Handelsregister met het CAHR zou hier goed op aansluiten: de informatie betreffende rechtspersonen, bestuurders en aandeelhouders is hierdoor *op één centrale plaats* aanwezig.⁶⁸ Maar een voordeel van de KNB zou kunnen zijn dat de beperkte toegankelijkheid van het CAHR nagestreefd kan worden: het CDR is ook slechts voor bepaalde instanties toegankelijk. Dit terwijl het Handelsregister van de KvK het beginsel van openbaarheid volgt omdat dit voortvloeit uit de maatschappelijke functies van het betreffende register, namelijk het bevorderen van de rechtszekerheid in het economisch verkeer en het bevorderen van de economische belangen van handel, industrie, ambacht en dienstverlening. Het UBO-register volgt ten aanzien van de openbaarheid het Handelsregister: een beperkte set gegevens kan door een ieder worden ingezien.⁶⁹

Het is echter voor de KvK niet onmogelijk om, ondanks het beginsel van openbaarheid, bepaalde gegevens af te schermen.⁷⁰ Ook hier volgt het UBO-register het Handelsregister: afscherming van (bepaalde) UBO-informatie bij een risico op bijvoorbeeld ontvoering of intimidatie wordt zelfs als één van de vier reeds genoemde (privacy)waarborgen van het UBO-regime beschouwd.⁷¹ De mogelijkheid tot gegevensafscherming bij de KvK bestaat, de vraag is echter of het CAHR een dergelijke waarborg gaat krijgen. In het Huidige Wetsvoorstel wordt hierover (nog) niets opgemerkt. Indien de groep van Wwft-instellingen ruim uitvalt, is het denkbaar om gegevens af te schermen ten aanzien van specifieke Wwft-instellingen wanneer sprake is van bijvoorbeeld een risico op ontvoering.

8.3. Daarnaast is het opmerkelijk dat in het Huidige Wetsvoorstel staat dat de KNB geen toezichthoudende taak krijgt; toezicht wordt gedaan door de Belastingdienst. De Belastingdienst zal volgens de indieners het UBO-register moeten matchen met het CAHR en moeten kijken of het klopt wat er staat.⁷² De vraag is hoe de Belastingdienst dit gaat doen en of het efficiënt is dat nog een derde partij betrokken wordt bij het CAHR. De gegevens van het Handelsregister en het UBO-register worden ondergebracht bij de KvK, indien ook de gegevens van het

⁶⁷ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661, nr. 3.

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 5.

⁶⁹ Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 14 en zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 656, nr. 3.

⁷⁰ Zie art. 23 Handelsregisterwet 2007 jo. art. 51 lid 3 Handelsregisterbesluit 2008.

⁷¹ Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 31 477, nr. 10, p. 3-4.

⁷² Zie J. Hendriks, 'Initiatiefwetsvoorstel centraal aandeelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand', *Notariaat Magazine* editie 1, februari 2017, p. 7.

CAHR hieraan toe worden gevoegd, kunnen de gegevens gekoppeld worden door één instantie: de KvK. Naast het koppelen van gegevens is de KvK, in tegenstelling tot de KNB, in staat om na onderzoek wijzigingen door te voeren. Hiermee wordt voorkomen dat zij gegevens in het register moet laten staan waarvan duidelijk is dat deze fout zijn. 'Het zou bijvoorbeeld kunnen gebeuren dat een bestuursorgaan constateert dat gegevens mogelijk niet juist zijn, daar een melding over doet, en dat daar dan niets mee gedaan kan worden doordat de ingeschrevene niet reageert op een verzoek om opheldering. Dat zou het vertrouwen in het register (terecht) ondermijnen.'⁷³

Tevens kan worden opgemerkt dat in het wetsvoorstel wijziging Handelsregisterwet 2007 dat nu bij de Tweede Kamer ligt, de rol en slagvaardigheid van de KvK wettelijk versterkt wordt om malafide praktijken te bestrijden.⁷⁴ Dit gegeven werpt de vraag op of het niet efficiënter en effectiever is om het beheer van het CAHR ook bij de KvK onder te brengen met het oog op de voorkoming en bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering.⁷⁵

8.4. Zelfs de indieners van het Huidige Wetsvoorstel hadden overigens in eerste instantie geen voorkeur voor een beheerder.⁷⁶ Zowel de KNB als de KvK hebben immers hun voor- en nadelen. Er zou, als compromis, ook nog gedacht kunnen worden aan een combinatie door de KNB een rol te laten spelen bij het vullen van het CAHR, want het CDR is inderdaad handig. Met het oog op efficiëntie en effectiviteit lijkt het echter verstandig om het uiteindelijke beheer bij de KvK neer te leggen. Hierdoor is alle informatie met betrekking tot rechtspersonen en aandeelhouders op één centrale plaats bij elkaar. Doordat de grotere rol van de KvK nu wettelijk is vastgelegd kan de KvK niet alleen gemakkelijk gegevens koppelen, en indien nodig corrigeren, maar ook actief melding maken van malafide praktijken bij opsporingsinstanties. Het is opvallend dat de KvK en diens ambtenaren een bepaalde rol krijgen toegedicht terwijl de KvK geen opsporingsinstantie is. Daarom is het wenselijk dat de regering hieromtrent een duidelijk standpunt inneemt.

⁷³ Zie *Kamerstukken II 2005/06*, 30 656, nr. 3, p. 8.

⁷⁴ Een voorbeeld van de grotere rol is dat er nu een wettelijke basis is voor de KvK om signalen die duiden op bepaalde vormen van malafide handelen actief door te geven aan toezichhouders/opsporingsinstanties. Een ander voorbeeld is dat de regels voor ontbinding van rechtspersonen door de KvK worden aangescherpt. Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34 687, nr. 3, p. 1 e.v.

⁷⁵ 'Het kabinet wil fraude in het handelsverkeer zo veel mogelijk voorkomen en zo effectief mogelijk bestrijden. Bij deze brede en integrale benadering past ook een rol voor het handelsregister en, in bredere zin, voor de KvK, bij het bestrijden en voorkomen van malafide praktijken in het handelsverkeer. In de evaluatiebrief is aangegeven dat het van belang is die rol van de KvK te ondersteunen en, waar nodig, te faciliteren. Voortbouwend op bestaande maatregelen en initiatieven worden – om malafide praktijken te beteugelen en zodoende het bonafide ondernemerschap te bevorderen – de volgende wijzigingen doorgevoerd, toegespitst op de rol van de KvK.' Zie *Kamerstukken II 2016/17*, 34 687, nr. 3, p. 4.

⁷⁶ Zie J. Hendriks, 'Initiatiefwetsvoorstel centraal aandeelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand', *Notariaat Magazine* editie 1, februari 2017, p. 6.

9. Rechtszekerheid

9.1. ‘De juistheid, volledigheid en tijdigheid en hiermee de betrouwbaarheid van deze inschrijvingen is hiermee gegeven, waarmee het centraal aandelhoudersregister ook als een (gedeeltelijke) objectieve toets fungeert voor de juistheid van het UBO-register’, aldus de indieners van het Huidige Wetsvoorstel.⁷⁷ Het CAHR zelf is niet volledig omdat sommige gegevens niet in dit register worden opgenomen. Het register bevat alleen gegevens van BV’s en besloten NV’s. Daarnaast wordt het CAHR slechts gevoed door notariële akten. Rechtshandelingen die niet via een notariële akte tot stand komen, komen niet in het CAHR terecht. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de overgang van aandelen via vererving of een overdracht van certificaten via onderhandse overeenkomst. De rechtszekerheid wordt door het CAHR niet verbeterd en van een (gedeeltelijk) objectieve toets voor het UBO-register is dus geen sprake.

9.2. Het overdragen van certificaten via onderhandse akte zou dus een ontwijkingmogelijkheid kunnen zijn. Erdkamp draagt dezelfde oplossing aan die ook al eerder door Recourt en Groot is aangedragen: een verplichte notariële akte voor de overdracht van certificaten van aandelen in BV’s en niet-beursgenoteerde NV’s.⁷⁸ Opstellen zag voor het verplicht stellen van een notariële akte voor de overdracht van certificaten geen aanleiding, omdat dit zou leiden tot meer lasten zonder dat het meerwaarde oplevert voor burgers of bedrijfsleven.⁷⁹ Wat wel een oplossing zou kunnen zijn is dat inschrijving in het CAHR een constitutief vereiste wordt voor de overdracht of uitgifte van aandelen en certificaten van aandelen.⁸⁰

9.3. Daarnaast wordt in het Huidige Wetsvoorstel gesteld dat ‘de KNB (...) geen controlerende taak [heeft] ten aanzien van de juistheid en volledigheid van de door notarissen ingeschreven informatie en de tijdigheid van de inschrijving. Uitgangspunt bij het centraal aandelhoudersregister is dat de notaris verantwoordelijk is voor de juistheid en volledigheid van de gegevens die hij in het register inschrijft en de tijdigheid van de inschrijving.’⁸¹ Maar wie is dan verantwoordelijk voor de juistheid en volledigheid van gegevens met betrekking tot rechtshandelingen die zonder notariële akte tot stand komen? Gedacht kan worden aan het voorstel dat is gedaan in paragraaf 4.1 om de vennootschap een rol te geven bij het aanleveren van de UBO-informatie. Deze rol kan echter ook anders vormgegeven worden door een terugmeldplicht voor vennootschappen, maar bijvoorbeeld ook voor aangewezen

⁷⁷ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661, nr. 3, p. 10.

⁷⁸ Zie J. Hendriks, ‘Initiatiefwetsvoorstel centraal aandelhoudersregister. Zuivere informatie uit de eerste hand’, *Notariaat Magazine* editie 1, februari 2017, p. 9 en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 608, nr. 2.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 2012/13, 32 608, nr. 4.

⁸⁰ Zie D.F.M.M. Zaman, ‘Een centraal en openbaar aandelhoudersregister?’, in: J.B. Huizink, D.F.M.M. Zaman, T.C.J. Klein Bronsvort, E.P.M. Vermeulen en A.F. Verdam, *Wie is de aandeelhouder? Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen*, ZIFO-reeks dl. 3, Deventer: Kluwer 2011, p. 12-14. Hierdoor ontstaat ook een koppeling tussen het Vennootschappelijk register en het CAHR.

⁸¹ Zie *Kamerstukken II* 2016/17, 34 661, nr. 3, p. 11.

autoriteiten, in te voeren. Bij zowel het Handelsregister als het UBO-register wordt een dergelijke plicht ingevoerd die bijdraagt aan de betrouwbaarheid van de registers.^{82,83} Bij het Handelsregister wordt een terugmeldplicht voor bestuurders indien zij twijfelen aan de juistheid van gegevens, ingevoerd.⁸⁴ En bij het UBO-register krijgen meldingsplichtige instellingen en autoriteiten die een rol hebben in het kader van het tegengaan van witwassen, terrorismefinanciering of andere vormen van financieel economische criminaliteit, de plicht opgelegd om afwijkende gegevens door te geven.

10. Samenvatting

Het CAHR zorgt ervoor dat bepaalde gegevens over aandelen en aandeelhouders (en ook vruchtgebruikers en pandhouders) op één centrale plaats aanwezig zijn. Dit draagt mogelijk bij aan de voorkoming en bestrijding van criminaliteit via BV's en besloten NV's en het register dient mogelijk als aanvullende informatiebron voor titelrecherche en voor Wwft-instellingen. De registratie is actueel en betrouwbaar want deze is gebaseerd op notariële akten. Bovendien is het een voordeel dat deze registratie aansluit op het huidige CDR (conform CTR). Het is echter de vraag of het Huidige Wetsvoorstel ervoor gaat zorgen dat er sprake gaat zijn van driemaal is scheepsrecht. Er kleeft ook een aantal nadelen aan het voorstel. De misbruikbestrijding is namelijk beperkt tot BV's en NV's, dit is anders bij het UBO-register en de Wcr. De CAHR biedt ook geen rechtszekerheid. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat de inhoud van het CAHR niet volledig is en doordat de registratie beperkt is tot notariële akten (dus bijvoorbeeld niet op grond van verkrijging krachtens erfrecht). Een ander nadeel is dat het CAHR een op zichzelf staand register is dat niet is gekoppeld aan de gegevens van de KvK en de gegevens van het UBO-register. Bovendien kan de huidige vormgeving zorgen voor een mogelijke strijd met privacywetgeving doordat op verschillende punten niet voldaan wordt aan de proportionaliteitstoets. Dit wordt mede veroorzaakt door het feit dat het CAHR semipubliek is door toegang te verlenen aan aangewezen Wwft-instellingen. Wie deze instellingen zijn, zal nog moeten blijken.

82 Doordat de registers niet uitsluitend op zelfrapportage gebaseerd zijn, draagt dit bij 'aan het doel dat de informatie in het handelsregister over UBO's toereikend, accuraat en actueel is.' Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 19.

83 De terugmeldplichten betreffende UBO-informatie door Wwft-instellingen, aangewezen bevoegde autoriteiten en de Financiële Inlichtingen Eenheid worden pas nader uitgewerkt indien de andere terugmeldingsplichten in de Handelsregisterwet 2007 in werking zijn getreden. Dit omdat een goed functioneren van deze plichten het nodige vergt van zowel de KvK als de Wwft-instellingen, bevoegde autoriteiten en de Financiële Inlichtingen Eenheid. Zie Concept memorie van toelichting bij Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, 31 maart 2017, p. 20.

84 Ten aanzien van authentieke en niet-authentieke gegevens. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 30 656, nr. 3, p. 7-8 en *Kamerstukken II* 2016/17, 34 687, nr. 3, p. 2-3.

Het UBO-register

Mr. dr. B. (Birgit) Snijder-Kuipers¹

1. Inleiding

Op 30 maart 2017 spraken we over het nieuwe UBO-register. Een dag later werd het wetsvoorstel Implementatiewet uiteindelijk belanghebbenden openbaar gemaakt tezamen met een Memorie van Toelichting. In deze bijdrage wordt een verslag van de voordracht gegeven. Het nieuwe wetsvoorstel zal ook aan de orde komen.

De wetgever heeft aangegeven de term UBO-register niet te hanteren omdat de gegevens van de UBO onderdeel uitmaken van het handelsregister. Dat levert een dilemma op nu mijn voordracht de titel ‘Het UBO-register’ had. De titel heb ik daarom toch maar gehandhaafd. Ik verwacht overigens ook dat in het taalgebruik de term UBO-register gehanteerd zal blijven worden. In het vervolg zal ik het hebben over registratie van UBO-gegevens in het handelsregister.

In deze bijdrage komen vijf onderwerpen aan de orde. Allereerst het Europese en nationale wetgevingsproces. Daarna de belangrijkste consequenties van de Vierde anti-witwasrichtlijn² voor Wwft-instellingen in Nederland. Het derde onderwerp is het toepassingsbereik van de Wwft. Als vierde onderwerp komt de (registratie van de) UBO aan bod. Tot slot worden de mogelijke sancties besproken.

2. Wetgeving

Zowel op Europees als op nationaal niveau is het wetgevingsproces grillig te noemen. Witwasregelgeving in Nederland is gebaseerd op een Europese richtlijn. De Vierde anti-witwasrichtlijn is in 2015 aangenomen en bepaalt dat deze richtlijn uiterlijk 27 juni 2017 opgenomen moet zijn in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) in Nederland. De Vierde anti-witwasrichtlijn is de opvolger van de Derde anti-witwasrichtlijn³ en de PEP-richtlijn.⁴ De PEP-richtlijn geeft een specifieke regeling voor personen met een hoge maatschappelijke positie, zoals regeringsleiders en hoge legerofficieren en voor rechters van hoge rechterlijke instanties, zoals de Hoge Raad. Kort gezegd is

1 Kandidaat-notaris bij De Brauw Blackstone Westbroek, docent bij de vakgroep privaot en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen en fellow aan het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Directive (EU) 2015-849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015.

3 Directive (EU) 2005-60 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005.

4 Directive (EU) 2006-70 of the European Parliament and of the Council of 1 August 2006.

verscherpt cliëntenonderzoek vereist indien de cliënt of de UBO (de uiteindelijk belanghebbende) een politiek prominent persoon is.

Intussen is er ook een zevental wijzigingen op de Vierde anti-witwasrichtlijn voorgesteld. Het laatste wijzigingsvoorstel is van 19 december 2016. De voorgestelde wijzigingen zijn ingrijpend. Zo wordt bijvoorbeeld voorgesteld de UBO-grens te verlagen naar 10%. Of dat voorstel uiteindelijk aangenomen wordt, is op het moment van schrijven van deze bijdrage nog onbekend. Vooral nog kan uitgegaan worden van de Vierde anti-witwasrichtlijn zoals die is vastgesteld (met een grens voor de UBO van meer dan 25%). Soms wordt al gesproken van een concept voor een Vijfde anti-witwasrichtlijn. Dat lijkt onjuist. De voorgestelde wijzigingen hebben allemaal betrekking op de Vierde anti-witwasrichtlijn.

Er zijn intussen twee wetsvoorstellen voor de Wwft in Nederland bekend geworden. In augustus 2016 vond een eerste consultatie over het wetsvoorstel tot wijziging van de Wwft plaats, de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn. Op 31 maart 2016 vond een tweede consultatie plaats, de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden. Laatstgenoemd wetsvoorstel heeft gevolgen voor de Handelsregisterwet 2007 en de Wwft. De Handelsregisterwet 2007 wordt gewijzigd omdat de UBO-gegevens in het handelsregister worden opgenomen.

De overheid heeft aangekondigd het wetsvoorstel Wwft eind juni 2017 bij de Tweede Kamer in te dienen. Dat heeft tot gevolg dat tijdige invoering van de nieuwe Wwft op basis van de Vierde anti-witwasrichtlijn niet haalbaar lijkt. Vooral nog kan uitgegaan worden van wijziging van de Wwft per 1 januari 2018 (of later).

Het is curieus dat de definitie van UBO niet volledig in de Wwft of in de Handelsregisterwet wordt opgenomen, maar in een algemene maatregel van bestuur (AMvB) wordt ingekleurd. Het UBO-begrip is één van de kernbegrippen uit de Vierde Witwasrichtlijn en hoort thuis in een wet in formele zin en niet in gedelegeerde regelgeving. Vooral ook niet omdat daarmee het overleg over het kernbegrip uit de wet wordt onttrokken aan het parlementair debat.

Op een later moment zal ook een consultatie worden ingesteld voor het Handelsregisterbesluit 2008. Vooral nog ga ik er wel vanuit dat het UBO-begrip als vastgelegd in de huidige Wwft gehandhaafd blijft.

3. Consequenties

3.1. Inleiding

De te wijzigen Wwft heeft grote consequenties voor de Wwft-instellingen. Nieuwe procedures, meer en uitgebreider cliëntenonderzoek en een wetgever die elk half jaar zowel op internationaal als op nationaal niveau bevoegd is nadere (meestal strengere) eisen op te leggen aan Wwft-instellingen. Vier belangrijke consequenties worden besproken.

3.2. *Cliënten*

Allereerst komt de vraag aan de orde wanneer de nieuwe procedure voor welke cliënten geldt. De gewijzigde Wwft treedt in werking op 1 januari 2018. Advocaten, notarissen, belastingadviseurs en accountants die vanaf 1 januari 2018 een nieuw dossier openen, zijn verplicht cliëntenidentificatie te verrichten conform de gewijzigde Wwft. De nieuwe regeling is dus niet van toepassing op lopende dossiers en evenmin voor bestaande cliënten die op 1 januari 2018 als vaste cliënt zijn te beschouwen maar waarvan op dat moment geen dossier in behandeling is. Om misverstand te voorkomen is het aan te raden deze werkwijze in het kantoorbeleid Wwft expliciet vast te leggen.

Voor banken en verzekeraars lijkt een andere benadering te gelden. Voor deze Wwft-instellingen en andere Wwft-instellingen die doorlopend transacties met hun cliënten aangaan, lijkt te gelden dat het volledige cliëntenbestand vanaf 1 januari 2018 aan de nieuwe Wwft moet voldoen. Dat heeft grote gevolgen voor de organisatie en de werkdruk van deze Wwft-instellingen. Het is van belang ruim van tevoren daar al op te anticiperen en de processen zo in te richten dat naleving gewaarborgd is.

3.3. *Compliance officer Wwft*

Voor, kort gezegd grote kantoren, geldt dat een verplichte compliance officer Wwft moet worden aangesteld. De Wwft formuleert deze verplichting⁵ als volgt:

“Indien van toepassing en voor zover evenredig aan de aard en omvang van de instelling, beschikt een instelling over een onafhankelijke en effectieve compliance functie.”

Dat deze verplichting niet voor alle Wwft-instellingen geldt, maar uitsluitend voor grote kantoren, leid ik af uit de verwijzing naar aard en omvang van de instelling. Voor bijvoorbeeld een eenmanskantoor is het niet zinvol een compliance officer Wwft aan te wijzen.

In de toelichting⁶ wordt opgemerkt dat de functie van compliance officer Wwft betrekking heeft op de controle van de naleving van de wettelijke regels en het Wwft-beleid van de instelling zelf. Daarnaast is de compliance officer Wwft belast met het melden van ongebruikelijke transacties en het verstrekken van informatie aan FIU-Nederland.⁷ FIU-Nederland is de organisatie waar ongebruikelijke transacties, elektronisch, moeten worden gemeld. Op basis van de melding van ongebruikelijke transacties wordt nader onderzoek gedaan en vastgesteld of sprake is van een verdachte transactie. Als een transactie als verdacht wordt aangemerkt, kan een strafrechtelijk onderzoek worden ingesteld.

⁵ Art. 2d lid 2 Wwft.

⁶ MvT, p. 27.

⁷ Art. 2d lid 3 Wwft.

De compliance functie moet onafhankelijk en effectief moeten worden uitgevoerd. Niet wordt aangegeven wanneer sprake is van onafhankelijkheid. Betekent dit dat een werknemer niet de functie van compliance officer Wwft mag vervullen? En zou dat ook betekenen dat een partner van een advocatenkantoor niet onafhankelijk is? Ik meen dat zowel een werknemer als een partner van een advocatenkantoor de functie van compliance officer Wwft mogen vervullen.

De onafhankelijkheid van de compliance officer Wwft moet duidelijk in het Wwft- kantoorbeleid worden beschreven. De eis van onafhankelijk vat ik zo op dat de compliance officer Wwft voldoende vrijheid bij de uitoefening van de functie moet hebben om aan de wettelijke taak te kunnen voldoen. Overigens merk ik daarbij op dat de compliance officer Wwft uiteraard niet individueel verantwoordelijk kan worden gehouden voor niet-naleving van wet en regelgeving of kantoorbeleid door de individuele beroepsbeoefenaar.

De compliance officer Wwft is verantwoordelijk om concrete regels en procedures op te stellen om cliënten te identificeren maar de individuele advocaat of notaris blijft verantwoordelijk voor cliëntidentificatie op juiste wijze. Veel grote kantoren hebben al een compliance officer in functie. Het ligt voor de hand dat deze compliance officer ook de functie van compliance officer Wwft zal krijgen. Uiteraard is het ook mogelijk iemand anders binnen de organisatie met deze functie te vereren.

3.4. *Auditor Wwft*

Indien een compliance officer Wwft is agesteld, heeft dit automatisch tot gevolg dat ook een onafhankelijke auditor moet worden aangewezen die de compliance officer Wwft moet controleren.⁸ In de wet en in de toelichting wordt geen nadere invulling gegeven aan de onafhankelijkheidseis.

De onafhankelijkheidseis kan rigide worden opgevat. Dat zou betekenen dat een accountant deze rol moet vervullen, misschien zelfs wel een andere accountant dan de vaste accountant. Dat lijkt mij een te strenge opvatting. Ik meen dat deze functie ook door anderen dan accountants kan worden uitgeoefend. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de interne controller. Het is aan te raden intern een reglement of beleidsnotitie op te stellen waarin de taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de auditor zijn vastgelegd.

In het beleid kan bijvoorbeeld worden vastgelegd dat de auditor jaarlijks het werkplan van de compliance officer Wwft met de compliance officer Wwft bespreekt. In dat gesprek kan dan onder meer aan de orde komen (i) of de gestelde doelen zijn behaald en (ii) wat de aandachtspunten voor de compliance officer Wwft zijn voor het komende jaar.

⁸ Art. 2d lid 4 Wwft.

3.5. Reglement meldingen

Medewerkers van grote Wwft-instellingen moet de mogelijkheid worden geboden anoniem overtreding van de Wwft intern te melden.⁹ Net als bij de compliance officer Wwft en de auditor voor de compliance officer Wwft verwijst de wet naar aard en omvang van de onderneming om vast te stellen of een dergelijk reglement vereist is. Kort gezegd, een meldreglement is vereist indien de Wwft-instelling verplicht is een compliance officer Wwft te benoemen.

Bij het opstellen van het reglement kan aansluiting gezocht worden bij de klokkenluidersregeling. Er is wel een groot verschil. De mogelijkheid van anoniem melden moet bestaan. Bij overtreding van de regels die voortvloeien uit de Wwft moet op anonieme wijze melding gemaakt kunnen worden via een specifiek, onafhankelijk kanaal. Dat zou de compliance officer Wwft kunnen zijn (mits een andere persoon wordt aangewezen voor zover het een melding betreft over het functioneren van de compliance officer Wwft zelf). Het is ook mogelijk iemand anders in deze vertrouwensfunctie te benoemen.

Het waarborgen van de anonimiteit verdient bijzondere aandacht. Via email, ook al is het een emailadres dat slechts voor een persoon toegankelijk is, waarborgt de anonimiteit wellicht onvoldoende. Gedacht kan ook worden aan het deponeren van een schriftelijke melding op een plaats (meldbus) die toegankelijk is voor alle medewerkers en waarbij gewaarborgd is dat medewerkers geen inzage hebben in de inhoud daarvan en geen meldingen kunnen verwijderen.

Dit reglement moet uiterlijk bij de inwerkingtreding van de Wwft in werking treden. Dat wil ook zeggen dat medewerkers op de hoogte moeten worden gesteld van de inhoud en werking van het meldreglement.

4. Toepassingsbereik

Op basis van de consultatie van de Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden, is duidelijk geworden van welke rechtspersonen en entiteiten de UBO-gegevens geregistreerd moeten worden. Aansluiting is gezocht bij rechtspersonen¹⁰ en ondernemingen¹¹ zoals blijkt uit de Handelsregisterwet 2007. De volgende rechtspersonen worden geregistreerd: NV, BV, stichting, formele vereniging, informele vereniging die is geregistreerd in handelsregister, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, rederij, maatschap, vof, cv, EESV, SE en SCE.

De wet maakt een aantal uitzonderingen op de inschrijfplicht. Die uitzonderingen zijn opgenomen vanwege een laag witwasrisico. Vooralsnog zijn van UBO-registratie uitgezonderd:¹² eenmanszaak, publiekrechtelijke rechtspersoon, vereniging van eigenaars, bijzondere rechtspersoon als hofje en boemark en kerkgenootschap. De

⁹ Art. 20a Wwft.

¹⁰ Art. 6 Handelsregisterwet 2007.

¹¹ Art. 5 Handelsregisterwet 2007.

¹² MvT, p. 10, 11.

kerkgenootschappen worden wellicht op een later moment ook onder het toepassingsbereik van de regelgeving gebracht.

Bij een volgende wijziging van de Handelsregisterwet worden ook buitenlandse rechtspersonen met een onderneming of vestiging in Nederland en fondsen voor gemene rekening onder het toepassingsbereik van de registratie van de UBO geplaatst. Die wijziging is niet te verwachten voor 2019.

5. UBO

5.1. Definitie

Het UBO-begrip is één van de centrale begrippen uit de witwaswetgeving. Kort gezegd is een UBO een natuurlijk persoon die uiteindelijk de beslissingen neemt in een entiteit. Een UBO van een rechtspersoon is degene die meer dan 25% van de aandelen houdt, een economisch belang houdt van meer dan 25% of zeggenschap heeft in de rechtspersoon. Vanuit de politiek is (en wordt) getracht door het UBO-begrip het gebruik van stromannen te voorkomen of in elk geval inzichtelijk te maken.

Een UBO van een rechtspersoon¹³ is in de Vierde anti-witwasrichtlijn¹⁴ als volgt gedefinieerd:

“beneficial owner” means any natural person(s) who ultimately owns or controls the customer and/or the natural person(s) on whose behalf a transaction or activity is being conducted and included at least [curs. BSK]

(a) in the case of corporate entities:

(i) the natural person(s) who ultimately owns or controls a legal entity through direct or indirect ownership of a sufficient percentage of the shares or voting rights or ownership interest in that entity, including through bearer shareholdings, or through control via other means, other than a company listed on a regulated market that is subject to disclosure requirements consistent with Union law or subject to equivalent international standards which ensure adequate transparency of ownership information.

A shareholding of 25% plus one share or an ownership interest of more than 25% in the customer held by a natural person shall be an indication of direct ownership. A shareholding of 25% plus one share or an ownership interest of more than 25% in the customer held by a corporate entity, which is under the control of a natural person (s), or by multiple corporate entities, which are under the control of the same natural person(s), shall be an indication of indirect ownership. This applies without

¹³ Voor trusts en andere juridische entiteiten, zoals stichtingen en personenvennootschappen geldt een andere definitie. Die definitie is vastgelegd in art. 3.6, onder b en c.

¹⁴ Art.3.6.a. De Engelstalige tekst is hier bewust als primaire bron opgenomen. De ervaring leert dat de Nederlandse vertaling niet altijd een juiste vertaling van de Engelstalige tekst is.

prejudice to the right of Member States to decide that a lower percentage may be an indication of ownership or control. Control through other means may be determined, inter alia, in accordance with the criteria in Article 22(1) to (5) of Directive 2013/34/EU of the European Parliament and of the Council;

- (ii) *if, after having exhausted all possible means and provided there are no grounds for suspicion, no person under point (i) is identified or if there is any doubt that the person(s) identified are the beneficial owner(s), the natural person(s) who hold the position of senior managing official(s), the obliged entities shall keep records of the actions taken in order to identify the beneficial ownership under point (i) and this point;*'

De wet geeft nog drie andere UBO-begrippen, te weten voor de trust, voor stichtingen en andere juridische entiteiten en voor die gevallen waarin geen UBO aanwezig is, de zogeheten Pseudo-UBO.¹⁵ De trust kent zelfs vijf categorieën van UBO. Dat zijn (i) de oprichter, (ii) de trustee, (iii) de protector, (iv) de beneficiaries en (v) degene die zeggenschap heeft. Nederland kent geen trust. In Nederland is aangegeven dat een stichting niet onder de trust-categorie opgenomen wordt. Voor de UBO van een stichting wordt gekeken naar de definitie van een UBO voor rechtspersonen.

In de Wwft is een afzonderlijk UBO-definitie voor personenvennootschappen opgenomen.¹⁶ UBO van een personenvennootschap is degene die een winstrecht heeft van meer dan 25%, bij ontbinding recht heeft op een aandeel in de gemeenschap van meer dan 25%, meer dan 25% van de stemmen kan uitoefenen bij besluitvorming of feitelijke zeggenschap heeft.

In het wetsvoorstel Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden wordt een UBO gedefinieerd als 'de natuurlijke persoon die de uiteindelijk eigenaar is van of zeggenschap heeft over een onderneming of rechtspersoon'. Voor het vaststellen van het belang, is bepaald dat directe en indirecte belangen bij elkaar worden opgeteld.

Een voorbeeld. A houdt direct 24% van de aandelen in BV. Daarnaast houdt A via een personal holding 10% van de aandelen in BV.

Voor de Wwft is A houder van 34% van de aandelen in BV en om die reden UBO. De direct en indirecte belangen worden bij elkaar opgeteld. In praktijk kan dit tot ingewikkelde berekeningen leiden. Niet altijd is eenvoudig vast te stellen wie UBO is.

Bij het optellen van directe en indirecte belangen verdient de situatie dat bijvoorbeeld een personenvennootschap of een trust deel uitmaakt van het concern aandacht. Nu elke rechtspersoon en entiteit een eigen UBO-definitie kent, wordt de UBO-definitie bepaald door de soort (rechts) persoon van de cliënt. Als een BV cliënt is, geldt de UBO-definitie van BV ook indien bijvoorbeeld een Trust aandeelhouder van de BV is. De aanwezigheid van een trust, die een andere

¹⁵ Zie 5.2.

¹⁶ Art. 3 lid 4 sub b Wwft.

UBO-definitie kent, leidt niet ook tot het toepasselijk zijn van de UBO- definitie van de trust.

In het Handelsregisterbesluit 2008 zal per type onderneming en rechtspersoon worden opgenomen wie UBO is. In het Uitvoeringsbesluit Wwft wordt dit verder uitgewerkt.¹⁷

5.2. *Pseudo-UBO*

Nieuw is de invoering van de Pseudo-UBO. De Vierde anti-witwasrichtlijn schrijft voor dat elke entiteit verplicht een UBO heeft. Deze verplichting geldt ook voor beursvennootschappen, hoewel ook voor beursvennootschappen vereenvoudigd cliëntenonderzoek van toepassing blijft. Als een entiteit geen échte UBO heeft, bijvoorbeeld omdat geen aandeelhouder meer dan 25% van de aandelen houdt, moet een Pseudo-UBO worden aangewezen. De Pseudo-UBO is de hoger leidinggevende van de entiteit.

Ik adviseer om de voorzitter van het statutair bestuur als Pseudo-UBO aan te merken en deze te registreren als UBO bij de entiteit.

5.3. *UBO-registratie*

De gegevens van de UBO worden opgenomen in het handelsregister. Aan de Kamer van Koophandel heb ik een concreet voorstel gedaan hoe deze registratie opgenomen kan worden, namelijk na de gegevens over de aandeelhouder en voor de gegevens van de statutair bestuurder. De gegevens kunnen worden opgenomen onder de titel 'UBO'. Een deel van de gegevens van de UBO wordt openbaar en een deel van de gegevens van de UBO is alleen in te zien door opsporingsinstanties. Onderzocht wordt of deze niet-openbare gegevens ook voor notarissen inzichtelijk zou moeten zijn.

De openbare informatie bestaat uit naam, geboortemaand, geboortejaar, nationaliteit, woonstaat en aard en omvang van het belang.

De aard en omvang van het belang wordt onderverdeeld in vier categorieën, te weten vanaf 25%, 50%, 75% en 100%. In de consultatie is door de KNB voorgesteld twee bandbreedtes te hanteren, namelijk (i) van meer dan 25% tot 50% en (ii) meer dan 50%. De grens van de eerste categorie lijkt een omissie in het wetsvoorstel. Als beoogd is aan te sluiten bij de Vierde anti witwasrichtlijn, zou de eerste categorie moeten aanvangen bij meer dan 25% (in plaats van 'vanaf 25%'). Bij deze voorgestelde indeling is doorslaggevende zeggenschap zichtbaar. Daarnaast voorkomt deze indeling onnodige lastenverzwaring voor het bedrijfsleven.

¹⁷ MvT, p. 8.

De te registreren niet-openbare informatie bestaat uit de volgende gegevens: geboortedag, geboorteplaats, geboorteland, adres, BSN nummer of TIN nummer (fiscaal identificatienummer), aard, nummer, plaats en datum van uitgifte van het identiteitsdocument (afschrift) en het document waarmee de UBO-status wordt onderbouwd.

UBO-gegevens worden als niet-authentieke gegevens worden aangemerkt. Dit wijkt af van de wetssystematiek. Uitgangspunt is dat authentieke gegevens in de Handelsregisterwet en niet-authentieke gegevens in het Handelsregisterbesluit worden de opgenomen.

Er volgt nog een AMvB¹⁸ voor (i) indeling klassen voor omvang van het belang van de UBO en (ii) over te leggen documentatie op grond waarvan de UBO wordt vastgesteld.

Elke rechtspersoon en onderneming heeft 18 maanden na inwerkingtreding van de gewijzigde Wwft de gelegenheid de registratie van de UBO te doen.

Tot slot nog een waarschuwing voor alle advocaten, notarissen, fiscalisten en andere Wwft-instellingen. De openbare UBO-gegevens zijn niet alle gegevens die nodig zijn om een volledig cliëntenonderzoek te doen. De adresgegevens zijn bijvoorbeeld alleen zichtbaar voor overheidsinstanties. Daarvoor blijven zij dus afhankelijk van andere bronnen, zoals de cliënt, openbare registers of onafhankelijke bureaus. Daarnaast mag het cliëntenonderzoek niet uitsluitend gebaseerd zijn op de UBO-gegevens uit het handelsregister. Minstens twee bronnen zijn vereist voor identificatie.¹⁹ Als tweede bron kan bevestiging van de juistheid van de gegevens door cliënt worden verzocht onder overlegging van de niet-openbare gegevens zoals die aan het handelsregister zijn opgegeven.

6. Sancties

Overtreding van de Wwft kan op verschillende manieren worden gesanctioneerd. Van belang daarbij is om aan te geven dat de sancties cumulatief opgelegd kunnen worden.

Voor Wwft-instellingen met een wettelijk tuchtrecht, zoals advocaten en notarissen, gelden tuchtrechtelijke sancties. Aan Wwft-instellingen die geen wettelijk tuchtrecht kennen, kan bestuursrechtelijk een last onder dwangsom²⁰ of een bestuurlijke boete²¹ worden opgelegd. De verschuldigde bedragen zijn zeer fors. Dit kan bijvoorbeeld 10% van de netto-omzet per overtreding bedragen of driemaal het bedrag van het voordeel dat door de overtreder door de overtreding is verkregen.²² Daarnaast kunnen civielrechtelijke sancties worden opgelegd, bijvoorbeeld vanwege

18 MvT, p. 24.

19 Zie ook B. Snijder-Kuipers en A.T.A. Tilleman, 'Aandachtspunten bij uitbesteding CDD', *Tijdschrift voor Compliance* 2015/1, p. 9-17.

20 Art. 29 Wwft.

21 Art. 30 Wwft.

22 Zie voor een gedetailleerd overzicht art. 31, 32 en 32a Wwft.

onrechtmatige daad. Voor strafrechtelijke sancties verwijs ik graag naar de bijdrage van Van Liere in deze bundel.

Ook worden een aantal nieuwe sancties in de Wwft opgenomen. De toezichthouder heeft allereerst de bevoegdheid bij niet-naleving een concrete instructie²³ te geven. Dat wordt een aanwijzing genoemd. Daarnaast is publicatie van niet-naleving een sanctiemogelijkheid.²⁴ Tot slot noem ik de reputatieschade. Door elk van de hiervoor genoemde sancties maar ook door invloed van de media voor al dan niet terechte niet-naleving van witwaswetgeving, kan de naam van de Wwft-instelling negatief in de publiciteit komen.

De nieuwe Wwft is een uitdaging voor elke Wwft-instelling.

²³ Art. 28 Wwft.

²⁴ Art. 32g e.v. Wwft.

Het strafrechtelijk sanctiestelsel rondom de UBO-registratie

Mr. E. (Ed) van Liere¹

1. Inleiding

De huidige Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft) is gebaseerd op de Derde anti-witwasrichtlijn² en de zogeheten PEP-richtlijn.³ In de loop der jaren zijn diverse aanpassingen in de Wwft doorgevoerd. Nadere aanpassing volgt binnen afzienbare tijd op grond van de door Snijder-Kuipers besproken Vierde anti-witwasrichtlijn.⁴

Zoals Snijder-Kuipers naar voren brengt kan overtreding van de Wwft op verschillende manieren worden gesanctioneerd. Verwezen zij naar haar bijdrage in deze bundel. Ik volsta met een bespreking van de strafrechtelijke sancties in samenhang met het doel en de strekking van de Wwft, meer in het bijzonder in relatie tot de registratie van uiteindelijk belanghebbenden, oftewel “*ultimate beneficial owners*” (UBO’s).⁵

De Vierde-antiwitwasrichtlijn strekt, net als de Derde anti-witwasrichtlijn, tot het *voorkomen* van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering. Conform deze richtlijnen is in de Wwft een sleutelrol weggelegd voor wat de wetgever de “*poortwachters*” van het stelsel noemt; de als “*instellingen*” aangeduide normadressanten, waaronder banken, advocaten, notarissen, fiscalisten en accountants.⁶ Zij allen verkeren in een functionele positie die met zich meebrengt dat zij witwassen en het financieren van terrorisme, gewild of ongewild, kunnen faciliteren.

In de kern gaat het bij witwassen om het verhullen van de werkelijke aard of herkomst van opbrengsten uit misdrijven; vanuit de illegale bron “*upstream*”. Bij terrorismefinanciering behoeft de herkomst van de gelden geen misdrijf te zijn, maar ligt het accent op het versluieren van de terroristische doeleinden; de bestemming “*downstream*”. Ontdaan van alle finesses: in beide gevallen staat het maskeren van de geld- en/of goederenstromen centraal.

¹ Advocaat bij Van Doorne.

² Directive (EU) 2005-60 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005.

³ Directive (EU) 2006-70 of the European Parliament and of the Council of 1 August 2006.

⁴ Directive (EU) 2015-849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015.

⁵ In aanvulling op de Debatmiddag van 30 maart 2017 wordt in deze schriftelijke bijdrage tevens verwezen naar het op 31 maart 2017 in consultatie gebrachte Ontwerp tot 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), aangeduid als de UBO-registratie.

⁶ Art. 1 Wwft.

Het versluieren van de werkelijke aard of herkomst van opbrengsten uit misdrijven kan belanghebbenden in staat stellen om buiten het zicht van de autoriteiten, waaronder de fiscus, te blijven en het verkregen vermogen zonder interventie van deze autoriteiten aan te wenden. Het beschikbaar kunnen maken van geldstromen ten behoeve van het financieren van terrorisme vergroot om vanzelfsprekende redenen het risico op terroristische aanslagen. Het is volgens de Memorie van Toelichting bij het concept van de Implementatiewet voor de UBO-registratie dan ook van groot maatschappelijk belang dat daders van witwassen en financiers van terrorisme hun identiteit niet verborgen kunnen houden achter, wat de Minister van Financiën noemt, “*verhullende juridische structuren*”. Het *key word* is: *transparantie*.

De maatschappelijke discussie rondom uiteindelijke belanghebbenden die hun identiteit achter juridische entiteiten kunnen verbergen, bereikte vorig jaar een hoogtepunt door de onthullingen uit de “*Panama Papers*” en “*Bahama Leaks*”, zoals toegelicht in de bijdrage van Zaman en Platenburg elders in deze bundel. Terecht memoreren zij dat de discussie recent weer aangewakkerd is doordat bekend werd dat tussen 2010 en 2014 via honderden banken minstens 20 miljard dollar aan crimineel Russisch geld is witgewassen. Dit gepubliceerde voorbeeld van *the Russian Laundromat* komt hierna als *case study* aan de orde.

Omtrent de achtergrond van de internationale en nationale aanpak van fraude, belastingontduiking, terrorisme, witwassen en misbruik van rechtspersoonlijkheid zij nader verwezen naar de bijdrage van Zaman en Platenburg in deze bundel.

Binnen dit bestek bespreek ik niet de vraag of privacy bepalingen in verdragen inzake de Rechten van de Mens de openbaarheid van het UBO-register kunnen beperken. Ik verwijs wat dat betreft naar de bijdrage van Myjer elders in deze bundel.

De Minister beoogt met het geconcipeerde register in ieder geval een bijdrage te leveren aan het bereiken van meer transparantie over UBO's van ondernemingen en rechtspersonen. Dit gebeurt in het licht van de bescherming van de integriteit van het financieel stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, alsook daaraan ten grondslag liggende delicten (“*gronddelicten*”), zoals corruptie, fiscale misdrijven en andere vormen van fraude.

2. Vereenvoudigde structuur van witwassen

De structuur van een gemiddelde witwasoperatie kan in vereenvoudigde vorm verdeeld worden in drie fases:

- de eerste fase is dat de opbrengst van een misdrijf (het gronddelict) geïntegreerd wordt in het betalingssysteem van de financiële wereld (de fase van “*placement*”). Dit kan een storting van contant geld op een bankrekening zijn. Bijvoorbeeld de opbrengst van handel in verdovende middelen of de aanwending van chartale steekpenningen. Het kan ook een mutatie van giraal geld van de ene naar de andere bankrekening betreffen. Bijvoorbeeld de girale opbrengst van een beleggings- of vastgoedfraude. De bankrekening pleegt in dit soort gevallen niet altijd op naam van de direct belanghebbende te staan, maar

bijvoorbeeld wel op naam van een entiteit waarin de betrokkene bij de witwasoperatie een (indirect) belang heeft. De entiteit kan dan vertegenwoordigd zijn door een “*stroman*”. Voor de belanghebbende(n) kan relevant zijn dat de rekening wordt aangehouden in een jurisdictie waar een relatief strikt bankgeheim speelt of waarin de regulering van de bancaire sector gebreken vertoont. Ook kan voor de belanghebbende relevant zijn dat de tenaamstelling van de rekening niet zonder meer de identiteit van houder c.q. begunstigde onthult. Denk aan het gebruik van een code- of nummerrekening. Moderner en actueler lijkt het gebruik van alternatieve betaalmethoden of -middelen, zoals *bitcoins*. Dit biedt voor belanghebbenden nog veel meer mogelijkheden voor behoud van anonimiteit;

- de tweede fase ziet op het verdere verhullen en verbergen van de werkelijke aard, herkomst en doeleinden van de gelden c.q. betaalmiddelen, al dan niet door vervreemding of het omzetten van middelen (de fase van “*layering*”). Het kan daarbij gaan om een versluierd gebruik van het financiële systeem door relatief veel mutaties van gelden en middelen via diverse rekeningen in diverse jurisdicties met verschillende prestatieomschrijvingen. Ook kan het daarbij gaan om het inwisselen van middelen uit alternatieve betaalmethoden voor chartaal en giraal geld. Met behulp van juridische en economische structuren kunnen de herkomst en het doel van de middelen en gelden verder gemaskeerd worden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het gebruik van omschrijvingen en titels voor de betalingen die de ware aard, herkomst en het doel van de gelden niet prijs geven. Nog complexer wordt de situatie ingeval niet alleen de geldstroom moeilijk te volgen, althans te reconstrueren is (“*follow the money*”), maar ook de papierstroom (“*papertrail*”) van betrokken (rechts-)personen, al dan niet via functionele dienstverleners met een geheimhoudingsplicht, zoals fiscalisten, en met een verschoningsrecht, zoals notarissen en advocaten. De trustsector kan voor belanghebbenden in deze fase eveneens een belangrijke rol vervullen;
- de derde fase betreft ten slotte de integratie van gelden of goederen in de “*bovenwereld*” van de (bijna) witgewassen gelden (de fase van “*integration*”). Met deze gelden kunnen dan reguliere goederen van waarde worden aangeschaft. Te denken is aan relatief dure woningen, auto’s, jachten en andere luxe gebruiksgoederen. Maar denk ook aan beleggingen in aandelen, obligaties en vastgoed. De rendementen kunnen op hun beurt ook weer indirect de opbrengsten van de oorspronkelijke gronddelicten zijn, maar op enig moment zal er een zodanige vermenging met rendementen uit een legale bron kunnen zijn dat, achteraf, niet meer met grote mate van nauwkeurigheid vast te stellen is of de bron ooit legaal dan wel illegaal was.

Een vergelijking met de vereenvoudigde structuur van mogelijke terrorismefinanciering in drie fases levert het volgende beeld op:

- de eerste fase kan zijn dat niet alleen de opbrengst van een strafbaar feit geïntegreerd wordt in een betalingssysteem, een illegale bron, maar ook het aanwenden van bijvoorbeeld donaties aan een stichting voor een legaal doel zonder winstoogmerk (ook een vorm van “*placement*”). Dit kunnen bijvoor-

beeld stortingen op rekening van de stichting zijn, oftewel in principe een legale bron.

- de tweede fase kan niet alleen het verhullen en verbergen van de herkomst van de gelden zijn, maar bovenal het verhullen en verbergen van het uiteindelijke doel van de gelden c.q. betaalmiddelen, te weten het financieren van vormen van terrorisme, al dan niet in tussenstappen door vervreemding of het omzetten van middelen vergelijkbaar met de vele varianten van “*layering*” bij witwassen.
- De laatste fase (“*integration*”) is dan de feitelijke aanwending van de gelden c.q. betaalmiddelen om een terroristische actie voor te bereiden of uit te voeren.

3. Case study: the Russian Laundromat

Een illustratief voorbeeld van een recente witwasoperatie kan ontleend worden aan, zoals aangegeven, de Russische *Laundromat*.⁷ Volgens de hierop betrekking hebbende publicaties zouden via deze operatie miljarden dollars aan Russische tegoeden zijn witgewassen en weggesluisd naar Europa. De vermeende oorsprong: “*zwart geld*” uit Rusland (lees: geld van misdrijf afkomstig, hetzij uit corruptie, hetzij een andere compromitterende herkomst; in strafrechtelijke termen het “*gronddelict*”). Dit geld werd via rekeningen van Russische banken op rekeningen van Moldavische banken geboekt (“*placement*”). Bij deze “*placement*” waren dus financiële instellingen als functionele dienstverleners betrokken (“*follow the banker*”).

De rekeningen stonden in het geval van de gepubliceerde Russische Laundromat op naam van *off shore limiteds*; A en B. Belanghebbende bij dit alles was C. Bij de oprichting, het gebruik en het in stand houden van de entiteiten zullen de nodige andere functionele dienstverleners betrokken zijn geweest, waaronder juridische en administratieve dienstverleners. Zij faciliteerden de formele structuur (“*layering*”).

Eén van de onderzoekers lichtte in een interview toe:

“Money-laundering schemes have a number of layers. I know some bankers who work, let’s say, in the middle of this pyramid. They have relationships with about 10 banks. So imagine that you have US\$ 100 and its origin is doubtful. You just go to such a banker and tell him that you need this money somewhere in Hong Kong. If you don’t have a company or a bank account there, the banker will sell you one – they have plenty of companies all over the world. They buy such entities from law firms, which register shell companies. So you give 100 dollars to the banker and in a couple of days you receive 96 or 97 dollars, depending on the commission (charged) in Hong Kong, or any other place in the world.”

Uit de perspublicaties van de Russische Laundromat blijkt dat A en B op papier een leenovereenkomst sloten waarbij A bijvoorbeeld 200 miljoen dollar uitleende aan

⁷ Zie nader: www.reportingproject.net/therussianlaundromat.

B. Krachtens de overeenkomst stond een andere entiteit van C voor betaling van rente en aflossing garant (“eveneens een aspect van *layering*”). Niet valt uit te sluiten dat voor het opmaken van de hierop betrekking hebbende documentatie ook professionele dienstverleners betrokken waren.

B loste niet af, waardoor A zich op papier genoodzaakt zag B in rechtte aan te spreken en de garantie van de entiteit van C in te roepen. Via Moldavische rechters werd vervolgens een formele titel verkregen om de entiteit van C uit hoofde van de garantie betalingen te laten verrichten (ook een onderdeel van “*layering*”).

Daarmee kwam A via juridische en financiële dienstverlening te beschikken over de nodige gelden van indirect C nadat de Russische valuta ook konden zijn omgezet in US dollars.

Via de rekening van A bij de Moldavische bank werd vervolgens het geld overgeboekt naar een andere rekening van A bij een bank in Letland. Deze laatste rekening voorzag in een saldo in euro’s. Daarmee konden de oorspronkelijke Russische valuta verder worden omgezet in Europese valuta, waarna de gelden konden worden aangewend voor de betaling van goederen en beleggingen (“*integration*”).

Naar verluidt waren minimaal 19 Russische banken bij de operatie betrokken. Meer dan 20 rechters in 15 verschillende Moldavische rechtbanken zouden hebben meegeholpen aan het witwassen van het Russische geld. De fictieve leningen bedroegen tussen de 100 miljoen en 800 miljoen dollar per keer, aldus de betrokken journalisten. Een gepubliceerd citaat van een 31-jarige Moldaviër die – op papier – grootaandeelhouder zou zijn geweest van één van de entiteiten van C:

“I’ll clarify one thing for you. This is how business is done in Moscow. There’s nothing new about it. They looked me up, they found me for the transfers. It wasn’t just me, there were many others.”

4. Strafbaarstelling witwassen

De onderdelen van een dergelijke structuur en witwasoperatie verklaren het doel en de strekking van de anti-witwasrichtlijnen alsmede het toepassingsbereik van de Wwft, dat wil zeggen zowel de variëteit van het aantal instellingen dat aan de verplichtingen van de Wwft is onderworpen als de dienstverlening die eronder valt en de vormen van entiteiten ter zake waarvan een cliënten onderzoek moet worden uitgevoerd alvorens de professionele dienst kan worden verleend.⁸ Witwassen is in het Wetboek van Strafrecht (Sr) strafbaar gesteld in de art. 420 bis e.v. Art. 420bis Sr luidt, voor zover van belang:

“1 Als schuldig aan witwassen wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes jaren of geldboete van de vijfde categorie:

⁸ Art. 1 en 3 Wwft.

a. hij die van een voorwerp de werkelijke aard, de herkomst, de vindplaats, de vervreemding of de verplaatsing verbergt of verhult, dan wel verbergt of verhult wie de rechthebbende op een voorwerp is of het voorhanden heeft, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf;

b. hij die een voorwerp verwerft, voorhanden heeft, overdraagt of omzet of van een voorwerp gebruik maakt, terwijl hij weet dat het voorwerp – onmiddellijk of middellijk – afkomstig is uit enig misdrijf.

2 Onder voorwerpen worden verstaan alle zaken en alle vermogensrechten.”

Onder voorwerpen zijn dus zowel chartaal als giraal geld begrepen.

Het bestanddeel “*middellijk*” maakt duidelijk dat ook indirecte opbrengsten uit een misdrijf onder de witwasbepalingen vallen. Sterker nog, ook in de laatste fase van “*integration*” kan de aanwending van voorwerpen terug te leiden zijn tot een eerder gepleegd misdrijf ten gevolge waarvan de opbrengt nooit zodanig wit gewassen kan worden dat een legale status verkregen wordt.

Maar ook ingeval de herkomst van saldi op bijvoorbeeld een niet gefiscaliseerde bankrekening niet (meer) kan worden vastgesteld kan sprake zijn van witwassen. Indien en voor zover de saldi en de renteopbrengst niet deugdelijk zijn aangegeven bij de fiscus brengt de Hoge Raad wat dat betreft weinig beperkingen aan. De Hoge Raad aanvaardt dat in een dergelijk geval de opzettelijke overtreding van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (Awr) in ieder geval als (nieuw) gronddelict voor het witwassen van de saldi en renteopbrengsten kan worden aangemerkt.⁹

Verbergen en verhullen zijn in dit verband in beginsel alle gedragingen die geschikt en bestemd zijn om de werkelijke aard, herkomst, vindplaats, en dergelijke te maskeren. Voor verbergen en verhullen is niet vereist dat de verdachte het goed in feitelijke of juridische zin onder zich heeft; ook de adviseur die een constructie bedenkt en uitvoert om een voorwerp, dat zich in de macht van zijn opdrachtgever bevindt, de schijn van legaliteit te geven, kan verbergen of verhullen in de zin van art. 420bis Sr.¹⁰

Verwerven, voorhanden hebben en overdragen hebben dezelfde betekenis als in de helingsbepalingen.¹¹ Echter, voor de heler geldt de regel dat hij niet ook de “*steler*” kan zijn. Deze regel is in beginsel niet van toepassing op de witwasser. Maar als het verwerven en voorhanden hebben de opbrengsten van een eigen misdrijf betreft, vereist de Hoge Raad voor overtreding van art. 420bis Sr wel een handeling die erop was gericht “*om zijn criminele opbrengsten veilig te stellen*” dan wel dat “*de gedragingen van de verdachte ook (kennelijk) gericht zijn geweest op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat geldbedrag*”.¹²

Daarmee werd beoogd te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf beging (bijvoorbeeld een fietsendief) en die het door middel van dat misdrijf

⁹ HR 7 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2774.

¹⁰ Kamerstukken II 2000/01, 27 159, 7, p. 1-2.

¹¹ Art. 416 e.v. Sr.

¹² HR 26 oktober 2010, NJ 2010/655, HR 19 november 2013, NJ 2014/74 en HR 28 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:188.

verkregen voorwerp verwierf en onder zich hield, zich automatisch ook schuldig maakte aan het (gewoon) witwassen van het voorwerp, een misdrijf waarop een gevangenisstraf van maximaal zes jaar is gesteld.

De wetgever achtte de nuance van de Hoge Raad kennelijk onbevredigend. Met een nieuw art. 420 bis. 1 is het zogeheten eenvoudig witwassen strafbaar gesteld: “Witwassen dat enkel bestaat uit het verwerven of voorhanden hebben van een voorwerp dat onmiddellijk afkomstig is uit enig eigen misdrijf wordt als eenvoudig witwassen gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie”.¹³ Deze strafbepaling neutraliseert de kwalificatie-eisen van de Hoge Raad ten aanzien van het gewone witwassen in de zin van art. 420bis Sr.

Het financieren van terrorisme is afzonderlijk strafbaar gesteld in art. 421 Sr.

5. Wwft

Een in de Wwft aangewezen instelling dient bij elke cliënt (en met deze cliënt verband houdende transactie) het risico te beoordelen of de klant betrokken is c.q. kan zijn bij witwassen en/of het financieren van terrorisme. Zie wat dat betreft de risico's bij *placement*, *layering* en *integration*.

De Wwft gaat uit van open normen (“*principle based*”) en kent een risico georiënteerde benadering (“*risk based*”). Dat wil zeggen: het is aan de betrokken instellingen en aan de branche waarbinnen ze werkzaam zijn om deze open normen in te vullen, onder andere via een adequaat en risicogericht cliëntenonderzoek in de vorm van een “*Customer Due Dilligence*” (CDD).

Een dergelijke CDD kan voor elke instelling vooraf gaan met het stellen van de vraag waarom de klant zich tot de betrokken instelling wendt (“*Why me?*”). Zo zal een notaris met een familierechtpraktijk de gebruikelijke introductievragen kunnen stellen ingeval een natuurlijk persoon zich tot hem/of haar wendt met een relatief eenvoudige vraag over het opmaken van een testament. Maar ingeval dezelfde notaris benaderd wordt door een hem of haar onbekende prospect met het verzoek een gecompliceerde vastgoedtransactie te begeleiden zal de notaris zich af dienen te vragen waarom nu juist zijn of haar functionele diensten worden gevraagd. Daar kan uiteraard een goede reden voor bestaan, waaronder bijvoorbeeld een betrouwbare verwijzing door een collega of bestaande klant, maar de toelichting zal wel bevredigend dienen te zijn. Vervolgens zal de vraag moet worden beantwoord of de gevraagde expertise ook daadwerkelijk kan worden verleend. En zo zijn er talloze voorbeelden te geven waarbij een professioneel kritische instelling bij een verzoek tot dienstverlening reeds kan strekken tot het voorkomen van een cliënt- of transactie acceptatie, waarbij achteraf vraagtekens in het kader van de Wwft kunnen worden geplaatst.

¹³ Ingevoerd bij wet van 23 augustus 2016, Stb. 2016, 313 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht met het oog op het verbeteren van de mogelijkheden tot bestrijding van het verwerven en voorhanden hebben van uit misdrijf afkomstige voorwerpen en in werking getreden op 1 januari 2017.

Vanuit de beroepsgroep ondersteunt de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) het notariaat in de correcte naleving van de Wwft. Zo biedt de KNB haar leden onder meer een handleiding met bijlagen voor de toepassing van de Wwft aan. Daarnaast is er een checklist voor de behandeling van zogenoemde ABC-transacties en een lijst met aandachtspunten voor de behandeling van aandelenoverdrachten. Ook hebben leden via de KNB beschikking over de meest gestelde vragen en antwoorden over de Wwft. Soortgelijke initiatieven zijn door andere beroepsgroepen ontplooid.

Elke instelling in de zin van de Wwft dient telkenmale het relevante risico van de te verlenen dienst en de cliënt vast te stellen. Oftewel, na een bevredigend antwoord op de vraag *Why me?*, geldt bij acceptatie van de opdracht in ieder geval *Know Your Customer* (KYC), alvorens in beginsel de dienst wordt verleend.

Bij het vormen van een oordeel over de risico's kunnen de volgende vervolgvragen een rol spelen: wie is precies de cliënt, waar komt hij vandaan en wat wil hij exact? En: wat verwacht de cliënt van de dienstverlener in samenhang met de professioneel kritische vraag: is dit normaal? Bijzondere aandacht moet worden geven aan risico's die bijvoorbeeld ontstaan door het gebruik van nieuwe technologieën, zoals betalingen via internet of via mobiele telefoons.

In de Wwft is een expliciete verplichting opgenomen om op risico gebaseerde en adequate maatregelen te nemen om te verifiëren of de cliënt ten behoeve van zichzelf optreedt dan wel ten behoeve van een derde.¹⁴ Als dit laatste het geval is, dan kwalificeert die derde ook als cliënt. Anders gezegd, de dienstverlener moet in het kader van de CDD vaststellen of hij in zijn contacten al dan niet te maken heeft met een "stroman".

Verder verplicht de Wwft, met name vanwege de risicogeorïenteerde benadering, de identiteit van de eventuele UBO te identificeren en te verifiëren in samenhang met het verkrijgen van een deugdelijk inzicht in de eigendoms- en zeggenschapsstructuur van de cliënt.

Binnen dit bestek volgt geen uitgebreide bespreking, maar de Wwft kent drie soorten cliëntenonderzoeken, afhankelijk van het potentiële risico:

- bij relatief laag risico kan volstaan worden met een *vereenvoudigd* cliëntenonderzoek; dit onderzoek geldt onder andere voor kredietinstellingen en financiële ondernemingen uit Nederland of de EU, beursgenoteerde ondernemingen in de EU, diverse Nederlandse en Europese overheidsinstanties en instanties met een publieke taak;¹⁵
- Bij een normaal risico moet een *standaard* cliëntenonderzoek volgen; dit onderzoek geldt voor alle diensten die onder de Wwft vallen;¹⁶
- Bij hoog risico dient overgegaan te worden op een *verscherpt* cliëntenonderzoek. Dit onderzoek geldt in ieder geval, maar niet uitsluitend, indien de cliënt niet fysiek aanwezig is of de cliënt een politiek prominent persoon in de zin van een *Politically Exposed Person* (PEP) betreft.¹⁷

14 Art. 3 lid 2 onder f Wwft.

15 Art. 6 en 7 Wwft.

16 Art. 3 Wwft.

17 Art. 8 Wwft.

De gegevens van het onderzoek dienen te worden vastgelegd opdat controle op de naleving van de Wwft achteraf tot de mogelijkheden behoort.¹⁸

Uiteindelijk beoogt een CDD te voorkomen dat een faciliteit wordt verleend in het kader van witwassen of het financieren van terrorisme, hetzij bij *placement*, hetzij bij *layering* of bij *integration*.

Maar de Wwft is meer dan de enkele verplichting om een deugdelijke CDD uit te voeren alvorens de dienst in beginsel wordt verleend. De gegevens die een instelling verkrijgt uit het cliënten onderzoek moeten actueel gehouden worden.¹⁹ Hierin ligt besloten dat een instelling periodiek de gegevens die ingevolge de CDD zijn verzameld, waaronder het risicoprofiel van de cliënt, de contactgegevens en informatie over de UBO(s), controleert en zo nodig bijwerkt. De relatie dient dus met regelmaat gemonitord te worden vanuit het perspectief van *risk management*.

De Wwft bevat afzonderlijk de verplichting om (voorgenomen) *ongebruikelijke* transacties te melden aan de Financiële Inlichtingen Eenheid; de Nederlandse Financial Intelligence Unit (FIU).²⁰ Een transactie geldt onder andere als ongebruikelijk in geval van een indicatie dat sprake zou kunnen zijn van witwassen of financiering van terrorisme. Onder een transactie wordt verstaan: elke handeling of samenstel van handelingen van of ten behoeve van een cliënt waarvan de instelling ten behoeve van haar dienstverlening aan die cliënt heeft kennisgenomen.

De meldingsplicht is van overeenkomstige toepassing indien een CDD niet adequaat kan worden afgerond of een zakelijke relatie moet worden beëindigd terwijl er tevens indicaties zijn ontstaan dat de desbetreffende cliënt betrokken is bij witwassen of financieren van terrorisme.²¹

Een direct of causaal verband tussen de ongebruikelijke transactie en de werkzaamheden van de instelling is geen vereiste. De enkele wetenschap van ongebruikelijke aspecten van een transactie kan reeds de wettelijke meldingsplicht activeren. Neem het voorbeeld van de notaris die gevraagd is zijn diensten te verlenen voor een ABC-levering in een (gecompliceerde) vastgoedtransactie. Ingeval hij pas na een adequate CDD kennisneemt van een ongebruikelijk prijsverschil tussen de AB- en de BC-transactie, zal hij bij gebreke van een deugdelijke onderbouwing onverwijld tot melding bij de FIU moeten overgaan. De cliënt en anderen mogen over de melding niet geïnformeerd worden, het verbod tot *tipping off*.²²

Na melding bepaalt de FIU of sprake is van een redelijke verdenking van een strafbaar feit. Zo ja, dan wordt de ongebruikelijke transactie als verdachte transactie doorgegeven aan opsporingsinstanties opdat strafrechtelijke stappen genomen kunnen worden. Zo nee, dan kan de FIU, zo nodig, nadere inlichtingen vragen bij de meldingsplichtige.²³ De betrokken instelling dient vervolgens de verlangde

18 Art. 33, 34 en 38 Wwft.

19 Art. 3 lid 7 Wwft.

20 Art. 16 Wwft.

21 Art. 16 lid 4 Wwft.

22 Art. 23 Wwft.

23 Art. 17 Wwft.

informatie te verstrekken. De FIU zal ook onbeperkt toegang krijgen tot de UBO-registratie conform het in consultatie gebrachte concept.

Deze wettelijke meldings- en informatieplichten beogen eveneens te voorkomen dat instellingen in het kader van de Wwft betrokken raken bij *placement*, dan wel *layering* of *integration*. Daarnaast beogen zij de informatiepositie van de nationale en internationale opsporingsinstanties te verbeteren.

Het mag duidelijk zijn dat de Wwft elke instelling verplicht tot relatief grote *awareness* omtrent de risico's van potentiële betrokkenheid bij witwassen en financieren van terrorisme. Art. 35 Wwft schrijft dan ook expliciet voor dat een instelling ervoor zorg moet dragen dat haar werknemers, voor zover relevant voor de uitoefening van hun taken, bekend zijn met de bepalingen van de Wwft en periodiek opleidingen krijgen die hen in staat stellen een ongebruikelijke transactie te herkennen en een cliëntenonderzoek goed en volledig uit te voeren.

6. Het strafrechtelijk sanctiestelsel

Schending van het bepaalde in de Wwft levert een economisch delict in de zin van art. 1 onder 2^o Wet op de Economische Delicten (WED) op. Een dergelijk delict is een misdrijf indien en voor zover de gedraging opzettelijk is begaan.²⁴ Voor dit misdrijf kan een gevangenisstraf worden opgelegd van ten hoogste twee jaren, een taakstraf of een geldboete van de vierde categorie (maximaal € 20.500 bij natuurlijke personen; bij rechtspersonen: € 82.000).²⁵ Formeel is een zogeheten afroomboete denkbaar (maximaal € 820.000).²⁶ Daarnaast zijn ook bijkomende straffen (waaronder stillegging onderneming, verbeurdverklaring, openbaarmaking vonnis) en het opleggen van maatregelen (waaronder ontneming wederrechtelijk verkregen voordeel) mogelijk.²⁷ Tot slot moet onder omstandigheden rekening gehouden worden met een verdenking wegens bijvoorbeeld medeplegen of medeplichtigheid aan witwassen of het financieren van terrorisme.

Bij invoering van het UBO register zal volgens het huidige concept ook de schending van de nieuwe verplichting voor rechtspersonen en ondernemingen om toereikende accurate en actuele informatie over hun UBO's in te winnen en bij te houden in de WED worden opgenomen, gelijk de voorgestelde meewerkverplichting voor UBO's alsmede de geïntroduceerde terugmeldingsplicht voor Wwft-instellingen.

Ingevolge art. 47 van de Handelsregisterwet 2007 is het reeds verboden te handelen in strijd met dan wel niet te voldoen aan een bij of krachtens deze wet gestelde verplichting tot het doen van een opgave voor inschrijving in het handelsregister. Schending van de verplichting levert eveneens een economisch delict op. Het verbod zal ook betrekking krijgen op het doen van opgave voor de inschrijving van UBO-informatie.

²⁴ Art. 2 WED.

²⁵ Art. 6 WED.

²⁶ Art. 6 lid 1 WED.

²⁷ Art. 7 en 8 WED.

7. Projectmatige aanpak

Het toezicht op de naleving van de Wwft wordt projectmatig uitgevoerd via het Anti Money Laundering Centre (AMLC); een samenwerking van FIOD, Politie, de Nederlandse FIU, het Bureau Financieel Toezicht (BFT), de Belastingdienst Holland Midden/Bureau Toezicht Wwft, DNB, AFM en het Openbaar Ministerie (OM).

Eén van de doelstellingen is ieder half jaar een cluster zaken op te sporen, te vervolgen en te laten berechten. Een voorbeeld uit de tweede helft van 2016:²⁸ De FIOD ging over tot verhoor van twee notarissen en een kandidaat-notaris wegens de verdenking dat zij ongebruikelijke transacties niet tijdig meldden en geen deugdelijk cliëntenonderzoek uitvoerden. Daarnaast werden personeelsleden van een auto lease bedrijf, twee autohandelaren en een belastingadviseur gehoord. Alle onderzoeken maakten deel uit van een specifiek ‘niet-melders project’ van de ALMC.

Het onderzoek tegen één van de notarissen had betrekking op enkele met elkaar samenhangende vastgoedtransacties. De aanleiding: drie personen – waarvan twee net meerderjarig- kochten voor ruim € 2.000.000 een bedrijfspand met toebehoren. Vervolgens werd een hypotheek gevestigd van € 1.800.000 euro ten behoeve van een financier uit Azië. De vader van de meerderjarige personen stond borg. De FIOD vermoedde dat de notaris onvoldoende cliëntenonderzoek in de zin van de Wwft had uitgevoerd. Zo zou het ontstaan van de relatie met de financier onvoldoende vastgesteld zijn. Na de aankoop verkocht één van de kopers het registergoed aan een vierde persoon. Laatstgenoemde werd voor de helft eigenaar tegen betaling van de helft van het aankoopbedrag. Uit de leveringsakte volgde niet welk bedrag onderling werd verrekend en welk bedrag was overgenomen, aldus de FIOD. De FIOD onderzocht meer in het bijzonder of de notaris deze transactie(s) had moeten melden in het kader van de Wwft.

En zo zijn er de afgelopen jaren diverse andere zaken voorwerp van strafrechtelijk onderzoek geworden. Een aantal daarvan is inmiddels berecht. De opgelegde geldboetes liggen veelal in de orde van grootte van enkele tienduizenden euro's.²⁹

8. (Nabije) toekomst

In een op 17 januari 2017 gedateerde brief aan de Voorzitter van de Tweede Kamer kondigde de Staatssecretaris van Financiën een aantal maatregelen aan tegen internationale belastingontduiking.³⁰ Daarin wees hij ook op de reeds in gang gezette ontwikkelingen, zoals de automatische inlichtingenuitwisseling op grond van de Common Reporting Standard (CRS). Meer dan honderd landen hebben zich inmiddels bereid verklaard om volgens één internationale standaard inlichtingen uit te gaan wisselen over rekeningen die worden gehouden bij financiële instellingen

²⁸ www.om.nl.

²⁹ Zie bijvoorbeeld uitspraken Rb. Amsterdam 28 februari 2017 ECLI:NL:RBAMS:2017:1116 en ECLI:NL:RBAMS:2017:1117.

³⁰ Kenmerk 017-0000009651.

door buitenlandse rekeninghouders, aldus de Staatssecretaris. Volgens hem zal met name de “*verplichte doorkijk*” naar UBO’s van een entiteit die een financiële rekening aanhoudt een belangrijk element zijn in het aanpakken van belastingontduiking.

Op nationaal niveau kondigt de Staatssecretaris onder andere een aanpassing van het “*fiscaal verschoningsrecht*” in de zin van art. 53a Awr aan. De Staatssecretaris erkent dat aan het functioneel verschoningsrecht van notarissen en advocaten in dit verband het algemene rechtsbeginsel ten grondslag ligt dat de waarheidsvinding moet kunnen wijken voor het (zwaarwegend) maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.

Echter, de reikwijdte van de wettelijke bepaling over het fiscale verschoningsrecht is volgens de Staatssecretaris “zeer breed en in ieder geval voor advocaten en notarissen te ongericht”. Naar zijn mening moet bijvoorbeeld worden voorkomen dat bepaalde fiscaal relevante feiten, zakelijke handelingen en transacties aan het oog van de Belastingdienst worden onttrokken door daarvoor een geheimhouder “te gebruiken”. Verder vindt hij, net als al geldt ter zake van het notariaat, dat de Belastingdienst meer inzicht moet kunnen hebben in de financiële transacties die door advocaten voor een cliënt worden verricht via een (bijzondere) rekening.

De Staatssecretaris kondigt in zijn brief het voornemen aan om de reikwijdte van het wettelijke fiscale verschoningsrecht te beperken tot bepaalde juridische werkzaamheden. Het verschoningsrecht zou dan gehandhaafd kunnen blijven voor bepaalde juridische werkzaamheden die aansluiten bij de vrijstelling uit de Wwft, oftewel voor werkzaamheden betreffende de bepaling van de rechtspositie van de cliënt, diens vertegenwoordiging en verdediging in rechte, het geven van advies voor, tijdens en na een rechtsgeding of het geven van advies over het instellen of vermijden van een rechtsgeding.³¹ De Staatssecretaris is van plan een voorstel tot aanpassing van het fiscale verschoningsrecht nog in 2017 in consultatie te brengen. Wellicht een onderwerp voor een nieuwe debatmiddag?

31 Art. 1 lid 2 Wwft.

Na de Quote 500-bende niet ook nog eens een UBO-bende?

Prof. mr. B.E.P. (Egbert) Myjer¹

Wat duidelijker gezegd: kunnen aan de privacybepalingen in verdragen inzake de rechten van de mens argumenten worden ontleend om geen openbaar UBO-register in te stellen?

1. Inleiding en vraagstelling

Woninginbraken plannen op basis van de Quote 500-lijst van rijkste Nederlanders. Dat leek een paar jaar geleden de modus operandi te zijn geweest van een bende uit de Haagse Spoorwijk.

Met dat voorbeeld voor ogen is niet onbegrijpelijk dat het vooruitzicht van een openbaar UBO-register enige onrust heeft doen ontstaan bij particulieren die een groot financieel belang hebben in (familie)bedrijven en die tot nu toe hebben weten te ontkomen aan opname in de Quote 500-lijst. Er zou niet ook nog eens een UBO-bende moeten komen.

Aan mij werd daarom de vraag gesteld wat te zeggen over de vraag of aan de privacybepalingen in verdragen inzake de rechten van de mens argumenten kunnen worden ontleend om geen openbaar UBO-register in te stellen. Daarbij werd mij gewezen op een beslissing van het Franse Constitutionele Hof van 21 oktober 2016 (2016-591 QPC), waarbij onconstitutioneel werd verklaard de tweede alinea van artikel 1649 AB van de algemene wet op de belastingen, in de redactie van 6 december 2013, waarbij was bepaald:

“Il est institué un registre public des trusts. Il recense nécessairement les trusts déclarés, le nom de l’administrateur, le nom du constituant, le nom des bénéficiaires en la date de constitution du trust.”

Het Constitutionele Hof had daarbij als eerste rechtsoverweging gesteld:

“3. La liberté proclamée par l’article 2 de la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l’enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d’intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif.”

¹ Oud-rechter Europees Hof voor de Rechten van de Mens, emeritus hoogleraar rechten van de mens, Vrije Universiteit Amsterdam.

Naar het oordeel van het Constitutionele Hof bestond er onvoldoende duidelijkheid waarom al die privacygevoelige gegevens in een openbaar register moesten staan. Daarmee maakte die bepaling een disproportionele inbreuk op het grondwettelijk beschermde privéleven:

“6. La mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l’administrateur d’un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n’a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n’a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l’administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l’objectif poursuivi. Par conséquent, sans qu’il soit besoin d’examiner les autres griefs, le deuxième alinéa de l’article 1649 AB du code général des impôts doit être déclaré contraire à la Constitution.”

In de Franse zaak ging het om meer transparantie in verband met trusts, maar zou eenzelfde redenering op basis van de privacybepalingen in het EHRM niet ook kunnen opgaan voor een openbaar UBO-register?

2. Caveat: verwacht van mij niet het verlossende antwoord

Ik heb de vraagstellers laten weten dat ik die vraag niet verder ga beantwoorden dan: Dataproductie is geen absoluut recht; het moet keer op keer worden afgewogen tegen andere te beschermen belangen. Maar over wat moet worden afgewogen kan ik wel wat meer vertellen. In mijn mailwisseling met de vraagstellers schreef ik:

“De casus lijkt me duidelijk. Er moet op basis van de vierde witwasrichtlijn een UBO-register bestaan. Er staat aangegeven wie tenminste toegang moet krijgen tot het register. Daarbij staat de restcategorie van lieden die daarvoor een legitiem doel hebben. De landen mogen zelf bezielen of er een min of meer beperkt of een openbaar register is. Nederland schijnt voor het laatste te hebben gekozen.

Is dat alles strijdig met artikel 7 Grondrechtenhandvest of met artikel 8 EVRM? (..)

Ik begrijp dat het voor mensen uit het veld interessant kan zijn te horen wat een oud-rechter van het EHRM daar nu van vindt. Juist daar zit bij mij een begin van aarzeling of ik aan de uitnodiging gevolg moet geven. Ik kan aan de hand van reeds bestaande jurisprudentie uitleggen dat en waarom het EHRM voor een bepaalde weg heeft gekozen. Daarom kan ik ook rustig annoteren in de NJ. Daar gaat het om bestaande arresten.

Maar ik ben sinds mijn verkiezing tot het EHRM voorzichtig geworden mij te uiten over wat een eventuele uitkomst van mogelijk bij het EHRM aan te brengen zaak zou kunnen zijn. Juist omdat toehoorders – welke uitleg ik ook zou geven – daaraan een grotere waarde dreigen te hechten dan bij een andere ‘ingewijdene’ het geval zou zijn. En verder, omdat ik nog steeds op de lijst van ad hoc-rechters sta (...) en soms in Nederlandse zaken mee moet beslissen.

Ik constateer met een glimlach dat het Franse Constitutionele Hof blijkbaar nog rechtstreeks de Declaratie uit 1789 aanhaalt als leidend beginsel. En ook dat men het kunnen raadplegen van een openbaar register vol privacygevoelig materiaal zonder voldoende waarborgen voor degene om wiens privacy het gaat, strijdig vindt met de gegarandeerde privacy.

Wat betekent dit alles? Ik kan – in relatie tot de Nederlandse invulling van de Richtlijn – een praatje houden over a. de manier waarop het EHRM met de implementatie van EU-richtlijnen pleegt om te gaan (omzichtig, equivalent level of protection) en b. hoe artikel 8 EVRM in elkaar zit en welke interpretatiemethoden daarvoor gelden (bijv. practical and effective).

Maar ik zou me in een geval als het onderhavige niet willen uitlaten over de uiteindelijke vraag: wat denkt die oud-rechter Myjer nu over de vraag of het EHRM de Nederlandse invulling al dan niet strijdig zal vinden met artikel 8 EVRM.

En dan is het de vraag of je niet beter iemand kan vragen die zich niet zo beperkt voelt door zijn vorige beroep.

Maar als je al tevreden bent met de beperkte inbreng, aarzel dan niet dat te zeggen.”

Ik kreeg als antwoord terug:

“Ik denk eerlijk gezegd dat niemand verwacht dat je gezien je betrokkenheid bij het EHRM het achterste van tong laat zien. Men zal vooral zeer geïnteresseerd zijn in het kader waarbinnen de openbaarmaking van persoonlijke gegevens vanuit oogpunt van bescherming van privacy moet worden beoordeeld en hoe het EHRM naar mag worden verwacht de toets zal uitvoeren.”

3. Bescherming van privacy behoort tot de grondrechten

Op donderdag 16 maart 2017 (de dag na de verkiezingen voor de Tweede Kamer) stond in landelijke kranten een paginagrote advertentie van Amnesty International:

*“Beste Onderhandelaars,
Zullen we voordat het spel begint nog even de regels doornemen? Nu de verkiezingsuitslag bekend is, beginnen de onderhandelingen om tot een nieuwe regering te komen. Hoe die ook verlopen, het resultaat zal in ieder geval in overeenstemming moeten zijn met de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het fundament onder onze beschaving. Voor de zekerheid drukken we de tekst hieronder nog even af. Amnesty International wenst u veel succes en wijsheid.”*

Een van die artikelen is artikel 12:

“Niemand zal worden onderworpen aan willekeurige inmenging in zijn persoonlijke aangelegenheden, in zijn gezin, zijn tehuis of zijn briefwisseling, noch aan enige aantasting van zijn eer en goede naam. Tegen een dergelijke inmenging of aantasting heeft een ieder recht op bescherming door de wet.”

Nadien is dat artikel uit de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (1948) ook opgenomen in internationale en bindende verdragen.

4. Het verdragsrechtelijk kader

Uitwerking van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens in internationale verdragen.

a. Wereldwijd: art. 17 International Covenant on Civil and Political Rights (1966):

*“1. Niemand mag worden onderworpen aan willekeurige of onwettige inmenging in zijn privé leven, zijn gezinsleven, zijn huis en zijn briefwisseling, noch aan onwettige aantasting van zijn eer en goede naam.
2. Een ieder heeft recht op bescherming door de wet tegen zodanige inmenging of aantasting.”*

b. Raad van Europa: art. 8 Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (1950):

*“1. Een ieder heeft recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie.
2. Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.”*

c. Europese Unie: Grondrechtenhandvest (2000):

*“Artikel 7 Eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven.
Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.
Artikel 8 Bescherming van persoonsgegevens
1. Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens.
2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.
3. Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving van deze regels.”*

Ik merk daarbij terzijde op dat het interessant is te kunnen zien dat alleen in de jongste bepalingen eerbiediging van het privéleven en de bescherming van persoonsgegevens als twee aparte rechten staan vermeld. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft in zijn jurisprudentie bescherming van persoonsgegevens laten vallen onder artikel 8 EVRM.

5. Andere relevante Europese teksten

- a. Raad van Europa: *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* (1981);
- b. *European Union data protection law*:
 - (i) Richtlijn 95/46/EG van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (richtlijn gegevensbescherming)
 - (ii) Verordening 2016/679 van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)

Uit de preambule van die laatste verordening citeer ik:

“(4) *De verwerking van persoonsgegevens moet ten dienste van de mens staan. Het recht op bescherming van persoonsgegevens heeft geen absolute gelding, maar moet worden beschouwd in relatie tot de functie ervan in de samenleving en moet conform het evenredigheidsbeginsel tegen andere grondrechten worden afgewogen. Deze verordening eerbiedigt alle grondrechten alsook de vrijheden en beginselen die zijn erkend in het Handvest zoals dat in de Verdragen is verankerd, met name de eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven, woning en communicatie, de bescherming van persoonsgegevens, de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en van informatie, de vrijheid van ondernemerschap, het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht, en het recht op culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid.*”

Het is een kernachtige samenvatting van waar het op staat: het recht op bescherming van persoonsgegevens heeft geen absolute werking. Er zal altijd een belangenafweging moeten plaatsvinden.

6. Systeem art. 8 EVRM:

In zaken waarin privacybescherming aan de orde is, pleegt het EHRM altijd volgens een vast stramien van vragen te werken:

- is sprake van inmenging op recht als bedoeld in artikel 8 lid 1? Zo nee, dan is daarmee al duidelijk dat er geen sprake kan zijn van schending van artikel 8. Zo ja:
- is de inmenging bij wet voorzien (kwaliteitseisen aan een wet te stellen: toegankelijkheid, voorzienbaarheid). Zo nee, dan is op basis hiervan al een schending. Zo ja:
- dient de inmenging een in artikel 8 lid 2 vermeld legitiem doel (nationale veiligheid, openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het

- voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen)? Zo nee, dan is op basis hiervan een schending. Zo ja:
- is de inmenging noodzakelijk ter bereiking van het beoogde legitieme doel? Is het proportioneel? (waaronder begrepen: een subsidiariteittoets: kan in redelijkheid ook met een mindere worden volstaan). Zo nee: dan is op basis hiervan een schending. Zo ja: einde oefening: geen schending.

Ik merk daarbij op dat in het bijzonder de vraag naar de proportionaliteit in de praktijk van groot belang blijkt te zijn. Staten die partij zijn bij het EVRM hebben een bepaalde vrije beoordelingsmarge (*margin of appreciation*) over hoe op nationaal niveau invulling wordt gegeven aan die grondrechten. Naarmate er grotere consensus bestaat tussen Staten kan die marge kleiner zijn.

7. Soms is sprake van botsende grondrechten

Bijvoorbeeld: recht op eerbiediging privéleven (artikel 8 EVRM) versus vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM). Ik merk nu reeds op dat vrijheid van meningsuiting ook omvat de vrijheid inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat ook bij botsende grondrechten telkens een belangenafweging moet worden gemaakt en dat het niet zo is dat bijvoorbeeld privacybescherming automatisch belangrijker is dan de persvrijheid. Ik citeer ter illustratie uit het arrest van de Grote Kamer van 7 februari 2012 in de zaak Von Hannover tegen Duitsland (2):

“104. The Court reiterates that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 of the Convention in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States’ margin of appreciation, whether the obligations on the State are positive or negative. There are different ways of ensuring respect for private life and the nature of the State’s obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue (...).

Likewise, under Article 10 of the Convention, the Contracting States have a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent an interference with the freedom of expression protected by this provision is necessary (...).

105. However, this margin goes hand in hand with European supervision, embracing both the legislation and the decisions applying it, even those delivered by an independent court (...). In exercising its supervisory function, the Court’s task is not to take the place of the national courts, but rather to review, in the light of the case as a whole, whether the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation are compatible with the provisions of the Convention relied on (...).

106. In cases such as the present one, which require the right to respect for private life to be balanced against the right to freedom of expression, the Court considers that the outcome of the application should not, in theory, vary according to whether it has been lodged with the Court under Article 8 of the Convention by the person who was the subject of the article, or under Article 10 by the publisher. Indeed, as a matter of

principle these rights deserve equal respect (...). Accordingly, the margin of appreciation should in theory be the same in both cases.

107. Where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts (...)."

8. Onder vrijheid van meningsuiting valt volgens EHRM onder omstandigheden ook het recht op toegang tot informatie van gegevens die de Staat onder zich heeft

In de jurisprudentie van het EHRM op artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) wordt van oudsher veel gewicht toegekend aan de mogelijkheid van de pers en van non gouvernementele organisaties (NGO's) om hun rol van 'public watchdog' te kunnen spelen. Datzelfde geldt ook voor wetenschappers en voor politici (inclusief politici van de oppositie).

In dat verband is van belang dat de Grote Kamer van het EHRM in het recente arrest van 8 november 2016 in de zaak *Maygar Helsinki Bizottsag tegen Hongarije* zich nader heeft uitgelaten over de vraag of en zo ja in welke mate artikel 10 ook meebrengt een recht op toegang tot informatie van gegevens die de Staat onder zich heeft.

Ik citeer gemakshalve uit de samenvatting van het belang van dit baanbrekende arrest in het Annual Report 2016 van het EHRM. Reeds nu is duidelijk dat het ook hier om een belangenafweging gaat. Ook is in dit arrest uitvoerig aandacht besteed aan het belang van de pers en NGO's:

*"1. This judgment is noteworthy for its detailed review and clarification of the Court's case-law on the extent to which Article 10 guarantees a right of access to State-held information. While the Court did not recognise a separate right of access as such, it clarified the *Leander v. Sweden* principles accepting that, in certain circumstances, such a right could be drawn from the right to freedom of expression and it set out the criteria by which this assessment could be made on a case by case basis.*

*In particular, the 'standard jurisprudential position', set out in *Leader* and confirmed in, inter alia, *Guerra and Others v. Italy*, *Gaskin v. the United Kingdom* and *Roche v. the United Kingdom*, was that Article 10 neither conferred a right of access to State-held information nor embodied a corresponding obligation on the authorities to provide it. That did not, the Grand Chamber found, exclude the existence of such a right or obligation in other circumstances. That was already the case in cases such as *Gillberg v. Sweden* where one arm of State had recognised a right to receive information but another arm had frustrated or failed to give effect to that right.*

The Grand Chamber therefore examined whether a right of access could be gleaned from Article 10 in the present set of circumstances. To so do it reviewed the travaux préparatoires concerning Article 10 and the opinions of the Court and Commission on draft Protocol No. 6, which allowed it to find that there might be weighty arguments in favour of reading into Article 10 an individual right of access to State-held information

and a corresponding obligation on the State to provide it. Its comparative review of 31 Contracting States, the emerging consensus at the international level, the EU Charter of Fundamental Rights and other EU provisions as well as various Council of Europe instruments, also led the Grand Chamber to find that there was now a “broad consensus, in Europe (and beyond), on the need to recognise an individual right of access to State-held information in order to assist the public in forming an opinion on matters of general interest”. The Court was not therefore “prevented from interpreting Article 10(1) ... as including a right of access to information”.

Having regard to the Court’s case-law (which had evolved in favour of the recognition, under certain conditions, of a right to freedom of information, not as a separate right, but as an inherent element of the freedom to receive and impart information enshrined in Article 10) as well as to the European and international trends noted above, the Court considered that the time had come to clarify the Leander principles. The Grand Chamber did so as follows. A right of access to State-held information and the corresponding obligation might arise, firstly, where disclosure of the information has been imposed by judicial order (such as in Gillberg but not at issue in the present case) and, secondly, where “access to the information is instrumental for the individual’s exercise of his or her right to freedom of expression and, in particular ‘the freedom to receive and impart information’ where its denial constitutes an interference with that right” (relevant to the present case).

The Grand Chamber then set down the criteria to be applied to determine, on a case-by-case basis, whether a particular denial of access would amount to an interference with freedom-of-expression rights: the purposes of the information requested; the nature of the information sought; the role of the applicant; and whether the information was ready and available. Applying those criteria, the Grand Chamber found that the failure to provide the information sought by the applicant NGO constituted an interference with its rights protected by Article 10 of the Convention.

2. In answering whether that interference was necessary in a democratic society, the Grand Chamber was required to balance the applicant’s expression rights against the protection to be accorded to the data sought by the applicant.

The Grand Chamber found (having referred to the Council of Europe’s Data Protection Convention and the Court’s case-law) that the Article 8 interests invoked were “not of such a nature and degree” as could warrant bringing Article 8 into play in the balancing exercise. In so finding, the Court had regard to the context (the data related to the conduct of professional activities in public proceedings, did not concern the substance of that work and did not, therefore, affect their private lives) and to the fact that disclosure of this information could be considered to have been foreseeable.

Although Article 8 did not therefore come into play, the protection of the data remained a legitimate aim permitting only a proportionate restriction on expression. Finding that the public interest involved outweighed the need to protect data “not outside the public domain”, the Grand Chamber concluded that there had been a violation of Article 10 of the Convention.”

Ik citeer nog een stukje uit het arrest zelf, waarin het EHRM ingaat op de reden waarom de informatie is gevraagd. In die overwegingen gaat het EHRM in op de speciale rol van de pers en NGO's:

“164. A logical consequence of the two criteria set out above – one regarding the purpose of the information request and the other concerning the nature of the information requested – is that the particular role of the seeker of the information in “receiving and imparting” it to the public assumes special importance. Thus, in assessing whether the respondent State had interfered with the applicants’ Article 10 rights by denying access to certain documents, the Court has previously attached particular weight to the applicant’s role as a journalist (..) or as a social watchdog or non-governmental organisation whose activities related to matters of public interest (..).

165. While Article 10 guarantees freedom of expression to “everyone”, it has been the Court’s practice to recognise the essential role played by the press in a democratic society (..) and the special position of journalists in this context. It has held that the safeguards to be afforded to the press are of particular importance (..). The vital role of the media in facilitating and fostering the public’s right to receive and impart information and ideas has been repeatedly recognised by the Court, as follows:

“The duty of the press is to impart – in a manner consistent with its obligations and responsibilities – information and ideas on all matters of public interest. Not only does it have the task of imparting such information and ideas: the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of ‘public watchdog’ (..).”

166. The Court has also acknowledged that the function of creating various platforms for public debate is not limited to the press but may also be exercised by, among others, non-governmental organisations, whose activities are an essential element of informed public debate. The Court has accepted that when an NGO draws attention to matters of public interest, it is exercising a public watchdog role of similar importance to that of the press (..) and may be characterised as a social “watchdog” warranting similar protection under the Convention as that afforded to the press (..). It has recognised that civil society makes an important contribution to the discussion of public affairs (..).

167. The manner in which public watchdogs carry out their activities may have a significant impact on the proper functioning of a democratic society. It is in the interest of democratic society to enable the press to exercise its vital role of “public watchdog” in imparting information on matters of public concern (..), just as it is to enable NGOs scrutinising the State to do the same thing. Given that accurate information is a tool of their trade, it will often be necessary for persons and organisations exercising watchdog functions to gain access to information in order to perform their role of reporting on matters of public interest. Obstacles created in order to hinder access to information may result in those working in the media or related fields no longer being able to assume their “watchdog” role effectively, and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (..).

168. Thus, the Court considers that an important consideration is whether the person seeking access to the information in question does so with a view to informing the public in the capacity of a public “watchdog”. This does not mean, however, that a right of access to information ought to apply exclusively to NGOs and the press. It reiterates that a high level of protection also extends to academic researchers (..) and authors of literature on matters of public concern (..). The Court would also note that given the

important role played by the Internet in enhancing the public's access to news and facilitating the dissemination of information (...), the function of bloggers and popular users of the social media may be also assimilated to that of "public watchdogs" in so far as the protection afforded by Article 10 is concerned."

9. Hoe zit het met dat UBO-register?

a. Allereerst dit: het is een EU Richtlijn (2015/849) die voorziet in een UBO-register.

Aangenomen mag worden dat men bij de opstelling van de Richtlijn op EU-niveau ook rekening heeft gehouden met de bepalingen van het Grondrechtenhandvest (en artikel 8 EVRM) en andere in verband met gegevensbescherming relevante Europese teksten. Uiteindelijk moet ook het Hof van Justitie EU (Luxemburg) zich over de Richtlijn kunnen uitlaten.

Wat nu als er over de nationale uitvoering van de Richtlijn zou worden geklaagd bij het EHRM? Hierbij past nog een kleine opmerking over de relatie tussen het EHRM en het Hof van Justitie EU. In het Verdrag van Lissabon en in het Veertiende Protocol bij het EVRM was voorzien in de mogelijkheid dat de EU partij zou worden bij het EVRM. In een advies van 18 december 2014 stelde het Hof van Justitie EU evenwel dat het ontwerp toetreding onverenigbaar is met het recht van de Unie. Juist in dat ontwerp was er in voorzien dat in zaken gebaseerd op EU-recht die aan het EHRM werden voorgelegd en waarover het Hof van Justitie EU zich niet niet had kunnen uitlaten, eerst onder de aandacht van het Hof van Justitie EU zouden worden gebracht. Dat is nu niet meer het geval.

b. En dan de Richtlijn zelf: de informatie over uiteindelijk begunstigden staat vermeld in de algemene overwegingen 12 tot en met 15 en wordt geregeld in artikel 30. Uit overweging 14 citeer ik:

"De noodzaak van nauwkeurige en actuele informatie over de uiteindelijk begunstigde is een bepalende factor bij het opsporen van criminelen die hun identiteit anders achter een vennootschapsrechtelijke structuur kunnen verbergen. (...) De lidstaten moeten er (...) voor zorgen dat andere personen (dan de bevoegde autoriteiten en de FIE's, EM) die zich met betrekking tot witwassen en terrorismefinanciering, en de daarmee verband houdende basisdelicten, zoals corruptie, fiscale misdrijven en fraude, op een rechtmatig belang kunnen beroepen overeenkomstig de voorschriften inzake gegevensbescherming toegang krijgen tot de gegevens betreffende uiteindelijk begunstigden. Personen die zich op een rechtmatig belang kunnen beroepen, moeten toegang krijgen tot gegevens omtrent de aard en de omvang van het gehouden financieel belang, als berekend bij benadering."

En overweging 15 vervolgt dan met:

"Daartoe moeten de lidstaten over de mogelijkheid beschikken om krachtens hun nationaal recht bredere toegang toe te staan dan op grond van deze richtlijn is vastgelegd."

De tekst van artikel 30 luidt dan:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat binnen hun grondgebied opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun uiteindelijk begunstigen zijn, inwinnen en bijhouden, waaronder detailgegevens over de door de uiteindelijk begunstigen gehouden economische belangen. De lidstaten zorgen ervoor dat die entiteiten verplicht zijn om, naast de informatie over hun juridisch eigenaar, aan de meldingsplichtige entiteiten informatie over de uiteindelijk begunstigde te verstrekken wanneer de meldingsplichtige entiteiten cliëntenonderzoeksmaatregelen toepassen overeenkomstig hoofdstuk II.

2. De lidstaten verlangen dat de in lid 1 bedoelde informatie tijdig toegankelijk is voor de bevoegde autoriteiten en de FIE's.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de in lid 1 bedoelde informatie in elke lidstaat wordt gehouden in een centraal register, bijvoorbeeld een handelsregister, een vennootschapsregister als bedoeld in artikel 3 van Richtlijn 2009/101/EG van het Europees Parlement en de Raad (1), of een openbaar register. De lidstaten stellen de Commissie in kennis van de kenmerken van die nationale mechanismen. De in die database bijgehouden informatie over de uiteindelijk begunstigen kan in overeenstemming met de nationale regelingen worden verzameld.

4. De lidstaten verlangen dat de in het in lid 3 bedoelde centraal register bijgehouden informatie toereikend, accuraat en actueel is.

5. De lidstaten zorgen ervoor dat de informatie over de uiteindelijk begunstigde in alle gevallen toegankelijk is voor:

a) de bevoegde autoriteiten en de FIE's, zonder enige beperking;

b) de meldingsplichtige entiteiten, in het kader van het cliëntenonderzoek overeenkomstig hoofdstuk II;

c) alle personen of organisaties die een legitiem belang kunnen aantonen.

De onder c) bedoelde personen of organisaties hebben toegang tot de naam, de geboortemaand en het geboortjaar, de nationaliteit en de woonstaat van de uiteindelijk begunstigde, alsmede tot de aard en omvang van het door de uiteindelijk begunstigde gehouden economische belang. Voor de toepassing van dit lid wordt toegang tot de informatie over de uiteindelijk begunstigde verleend overeenkomstig de regels inzake gegevensbescherming en kan verplichte onlineregistratie en betaling van een vergoeding worden verlangd. De vergoeding die voor de verkregen informatie wordt aangerekend, mag de daaraan verbonden administratiekosten niet overschrijden.

6. Het in lid 3 bedoelde centraal register zorgt ervoor dat de bevoegde autoriteiten en de FIE's tijdig en onbeperkt toegang hebben tot de in lid 1 bedoelde informatie zonder dat de betrokken entiteit daarvan weet heeft. Het centraal register verleent de meldingsplichtige entiteiten eveneens tijdig toegang tot die informatie wanneer deze cliëntenonderzoeksmaatregelen nemen.

7. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde autoriteiten en de FIE's in staat zijn de bevoegde autoriteiten en de FIE's van andere lidstaten snel de in leden 1 en 3 bedoelde informatie te verstrekken.

8. De lidstaten verlangen dat de meldingsplichtige entiteiten bij het voldoen aan hun voorschriften inzake cliëntenonderzoek overeenkomstig hoofdstuk II, zich niet uitsluitend verlaten op het in lid 3 bedoelde centraal register. Aan die voorschriften wordt voldaan met behulp van een op risico gebaseerde aanpak.

9. De lidstaten kunnen in uitzonderlijke omstandigheden per geval voorzien in een uitzondering op de in lid 5, onder b) en c), bedoelde toegang tot alle of tot een gedeelte van de informatie over de uiteindelijk begunstigen), indien die toegang voor de uiteindelijk begunstigde blootstelling aan een risico op fraude, ontvoering, chantage, geweld of intimidatie inhoudt of indien de begunstigde minderjarig of anderszins handelingsonbekwaam is. Krachtens dit lid verleende uitzonderingen zijn niet van toepassing op kredietinstellingen en financiële instellingen, noch op de in artikel 2, lid 1, punt 3), onder b), bedoelde meldingsplichtige entiteiten die openbare ambtenaren zijn.

10. Uiterlijk op 26 juni 2019 dient de Commissie bij het Europees Parlement en bij de Raad een verslag in met een evaluatie van de voorwaarden en de technische kenmerken en procedures die nodig zijn voor een veilige en doeltreffende interconnectie van de in lid 3 bedoelde centrale registers via het centrale platform dat is ingesteld bij artikel 4 bis, lid 1, van Richtlijn 2009/101/EG. Dat verslag gaat in voorkomend geval vergezeld van een wetgevingsvoorstel.”

De Richtlijn biedt dus de mogelijkheid om toegang tot het UBO-register te beperken tot de artikel 30 lid 5 genoemde categorieën maar laat uitdrukkelijk de mogelijkheid open een bredere toegang toe te staan. Wie zouden bij de beperkte toegang een legitiem belang kunnen aantonen? In dat verband is van belang voor ogen te houden dat de reden van de Richtlijn is gelegen in het tegengaan van witwassen en de financiering van terrorisme. Dat is niet alleen een taak voor de overheid zelf en voor degenen die zich beroepshalve met geldstromen bezighouden maar uiteindelijk ook voor degenen die een anderssoortig legitiem belang kunnen aantonen. En dat zijn naar mijn oordeel zeker degenen die – in de woorden van het arrest van 8 november 2016 in de zaak *Maygar Helsinki Bizottsag* tegen Hongarije – als *public watchdog* kunnen worden aangemerkt: pers, NGO's, wetenschappers.

Het vervolmaken van de Quote 500-lijst levert naar alle waarschijnlijkheid gelet op de reden van de Richtlijn geen legitiem belang op, een echte financieel onderzoeksjournalist zal dat belang waarschijnlijk wel kunnen aantonen. En artikel 30 lid 5 van de Richtlijn is duidelijk: zo iemand heeft slechts toegang tot een (beperkt) aantal gegevens: naam, de geboortemaand en het geboortjaar, de nationaliteit en de woonstaat van de uiteindelijk begunstigde, alsmede tot de aard en omvang van het door de uiteindelijk begunstigde gehouden economische belang. En de Richtlijn kent een extra waarborg: in uitzonderlijke gevallen met een risico op fraude, ontvoering, chantage, geweld of intimidatie kan zich de uitzonderingssituatie voordoen zoals bedoeld in artikel 30 lid 9.

Even terzijde: moeilijkheid is wel dat in Nederland niet duidelijk is wie als journalist kan worden aangemerkt. Er bestaat in Nederland geen verplichte inschrijving bij de Nederlandse Vereniging van Journalisten of van het zich onderwerpen aan de klachtenbehandeling door de Raad voor de Journalistiek. Het is niet onredelijk te veronderstellen dat een 'vrije persvogel' meer zijn best zal moeten doen om aan te tonen dat hij een legitiem belang heeft. Maar uiteindelijk is niet onwaarschijnlijk dat de te verschaffen UBO-gegevens ook bij een beperkte legitieme toegang vrij algemeen bekend zouden kunnen worden. En tegen die

achtergrond zal ook moeten worden beoordeeld of het dan wel zinvol is een systeem met beperkte toegang op te tuigen.

10. Is dan een openbaar UBO-register in strijd met artikel 8 EVRM?

Zoals reeds in het begin aangekondigd ga ik die vraag niet beantwoorden. Wel is duidelijk dat het in aantekening 6 genoemde vragenlijstje voor de eerste vragen gemakkelijk lijkt te kunnen worden beantwoord:

- (i) er is sprake van inmenging op een recht als bedoeld in artikel 8 lid 1 EVRM;
- (ii) de inmenging is gebaseerd op een EU-Richtlijn en zal nader bij wet worden voorzien;
- (iii) de inmenging dient een in artikel 8 lid 2 genoemd legitiem doel.

Rest de vraag of het openbaar maken van een UBO-register noodzakelijk is, d.w.z. proportioneel ter bereiking van dat legitieme doel. En daar komt dan de afweging: zijn er voldoende waarborgen om misbruik tegen te gaan? Is de algemene toegankelijkheid van een beperkt aantal gegevens (naam, de geboortemaand en het geboortjaar, de nationaliteit en de woonstaat van de uiteindelijk begunstigde, alsmede tot de aard en omvang van het door de uiteindelijk begunstigde gehouden economische belang) disproportioneel belastend? Zijn er, los van het verschaffen van een beperkt aantal gegevens, voldoende andere waarborgen om misbruik tegen te gaan? Ik noem daarbij de mogelijkheid die staat aangegeven in artikel 30 lid 9 Richtlijn en de manier waarop daaraan op nationaal niveau invulling wordt gegeven. Is de daarvoor te volgen procedure van voldoende kwaliteit en is uiteindelijk voorzien in de mogelijkheid van toegang tot de onafhankelijke rechter. Zijn er op nationaal niveau nog andere waarborgen (bijvoorbeeld het bijhouden wie het openbaar register heeft geraadpleegd en het inpassen van evaluatiemomenten). En er zijn vast nog wat andere dingen te verzinnen.

Waar het uiteindelijk op aankomt is dat het legitieme doel – het tegengaan van witwassen en financiering van terrorisme – niet als ongewenst neveneffect gaat hebben het creëren van een UBO-bende.

Verslag van de discussie

Mr. K.H.M. de Roo

De op de presentaties volgende discussie werd geleid door prof. mr. W.J.M. van Veen. Aan de discussie namen deel prof. mr. B.E.P. Myjer, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.B. Huizink, mr. E. van Liere, mr. B. Snijder-Kuipers, mr. A.J.S.M. Tervoort, mr. R.J.C. van Helden, mr. H.M.C. Duin, mr. H.E. Urlus, mr. I. Abassi en prof. mr. W.J.M. van Veen.

Van Helden vraagt Snijder-Kuipers hoe ver de controle naar de UBO dient te gaan. Indien de cliënt zelfstandig de UBO aanwijst, moet hij dan aktes overleggen waaruit blijkt dat deze aangewezen UBO daadwerkelijk meer dan 25 procent heeft?

Naar de inschatting van **Snijder-Kuipers** is dit inderdaad wat de wetgever beoogt. De wet zegt dat je bij een laag risico mag afgaan op de cliënt. Als er daarentegen sprake is van een hoog risico, is nader onderzoek vereist. Hoe dit nader onderzoek in de praktijk vorm moet krijgen is niet voorshands duidelijk omdat het gaat om open normen, zo geeft Snijder-Kuipers aan. Grotere instellingen en kantoren zullen daarbij gebruik maken van systemen als World-Checks en Dow Jones, terwijl kleine- en middelgrote bedrijven dergelijke systemen niet zullen hebben. Er zijn ook andere systemen op de markt. Bovendien kan gedacht worden aan het opvragen van gegevens bij een andere jurist. Snijder-Kuipers benadrukt echter huiverig te zijn voor UBO-verklaringen die worden afgegeven door advocaten en notarissen. Dit is naar haar mening onwenselijk. De afspraak zou moeten zijn dat de vennootschap de UBO-verklaring afgeeft.

Urlus vraagt Van Liere of het voorstelbaar is dat een compliance officer aan zijn kantoorgenoot moet vragen of deze laatste kan vaststellen hoe iedere euro die in een transactie betrokken is, verkregen is, omdat op een gegeven moment in Jemen een misdrijf is gepleegd waardoor de transactie in een ander daglicht is komen te staan.

In antwoord op de vraag van Urlus geeft **Van Liere** aan, dat in een dergelijk geval een vaststelling als bedoeld door Urlus inderdaad vereist is. Indien voldoende aanleiding bestaat om te veronderstellen dat een transactie ongebruikelijk is vanwege de context van een gepleegd misdrijf, dan dient op basis van deze veronderstelling de herkomst van het betrokken geld te worden vastgesteld.

In verband met de presentatie van Zaman geeft **Dortmond** aan drie korte vragen te hebben over het Centraal Aandeelhoudersregister. Hij voert daarbij de hypothetische casus op, waarbij 'Cor Ruptie' aan zijn witwasvriendjes wil zeggen dat zij hun aandelen ten titel van beheer kunnen overdragen aan hem, zodat zij volledig buiten het register vallen. De vraag aan Zaman is, of dit juist is. Dit wordt door **Zaman** beaamd. Verder merkt **Dortmond** op, dat het juist is dat coöperaties

niet onder de regeling vallen, en dat ‘Cor Ruptie’ daarom ook zijn witwasvriendjes kan aanbevelen een coöperatie op te richten. Ook dit wordt door **Zaman** bevestigd. Ten slotte vraagt **Dortmond** of, wanneer de Ondernemingskamer aandelen ten titel van beheer overdraagt aan een persoon, deze persoon ook in het aandeelhoudersregister komt. Volgens **Zaman** heeft Dortmund op alle drie door hem gemaakte punten gelijk.

Huizink merkt op dat er een vraag is die al de gehele middag met betrekking tot meerdere onderwerpen bij hem opkwam. Binnen het insolventierecht is het tegengaan van faillissementsfraude een erg belangrijk thema. En wanneer wordt gekeken naar hoe dat in de praktijk werkt, dan is het resultaat buitengewoon teleurstellend, aldus Huizink. Steeds is daarbij het probleem dat de opsporingsinstanties geen tijd hebben of onvoldoende kwaliteit hebben, als gevolg waarvan er problemen zijn die niet enkel met wetgeving opgelost kunnen worden. Een vergelijkbare vraag rijst bij de hier ter discussie staande problematiek. De vraag voor Van Liere is daarom of de FIOD en het OM überhaupt wel in staat zijn de hier gecreëerde zware taken uit te voeren.

In reactie stelt **Van Liere** dat naar zijn inschatting een gemiddeld FIOD-ambtenaar zal zeggen dat de bestaande bevoegdheden voldoende zijn, maar dat nood is aan mankracht en budget.

Huizink stelt dat dit precies hetzelfde is als wat er in het insolventierecht aan de hand is: mankracht en budget – en dat zit er niet in.

Van Liere besluit dat een en ander uit kabinetskringen zal moeten gaan blijken.

De **voorzitter** geeft het woord aan Duin.

Duin heeft een vraag aan Snijder-Kuipers over vaststelling van de UBO bij de trust. Snijder-Kuipers had het over de aanknopings bij bepaalde functies, zoals de protector en de beneficiary. Die functies kunnen ook vervuld worden door rechtspersonen, waar dan weer natuurlijke personen achter zitten. De vraag aan Snijder-Kuipers luidt hoe ver in een dergelijk geval voorbij de rechtspersoon gekeken moet worden voor de vaststelling van de UBO.

Nederland kent geen trust, zo geeft **Snijder-Kuipers** aan, waardoor de UBO bij trusts wordt geregistreerd in het UBO-register van het land waar de trust is. Voorts stelt zij ten aanzien van de vraag hoe ver in het door Duin aangedragen geval gekeken moet worden, dat op dat moment een rechtspersoon geïdentificeerd moet worden. Daarbij geldt dat de vereisten cumulatief zijn, en dat de betrokken functies – zoals de insteller en de beneficiaries – bij familiebedrijven als groep worden aangemerkt. Voor al deze verschillende categorieën dient een UBO te worden aangemerkt, als ging het om cliënten, aldus Snijder-Kuipers.

In reactie op het antwoord van Snijder-Kuipers vraagt **Duin** of, indien er een protector is die rechtspersoon is op de Kaaimaneilanden, je dan moet kijken naar wie de bestuurder van die rechtspersoon is.

Dit is niet het geval volgens **Snijder-Kuipers**. In dergelijke situaties moet gekeken worden naar de rechtspersoon en een vertegenwoordiger daarvan. De vertegenwoordiger moet je in persoon zien. Om die reden worden er ook steeds ‘UBO-pakketjes’ gemaakt. Grote bedrijven hebben dit soort pakketjes klaarliggen en hebben gewoonlijk drie tot vier personen in dienst die zich met dergelijke vragen

bezighouden. Zeker voor de trust is dit een enorme administratieve belasting, zo geeft Snijder-Kuipers aan. Daarom bevreemdt het haar dat de wetgever in de memorie van toelichting aangeeft dat er geen sprake is van zware lasten. Het zou volgens haar beter zijn geweest eerlijk te communiceren over de toename in administratieve lasten en de politieke overwegingen die deze toename rechtvaardigen.

Abassi geeft aan een vraag te hebben aan Snijder-Kuipers met betrekking tot het toepassingsgebied van de Wwft. Is een bank, die elders in de EU gevestigd is en op cross-border basis in Nederland diensten verricht, in Nederland ook gebonden aan de meldplicht, in die zin, dat hij een buitengewone transactie moet melden aan de FIU in Nederland? Of kan hij volstaan met een melding aan de FIU in de home member state?

In principe moet je dan naar de Nederlandse FIU, aldus **Snijder-Kuipers**. Daaraan voegt zij toe dat op dit moment op Europees niveau naar deze materie gekeken wordt in het kader van de amendementen op de richtlijn. Daarbij wordt bijvoorbeeld de situatie beschouwd waarin twee FIU's bevoegd zijn en de vraag bij welke van deze twee FIU's een melding gedaan moet worden. Dat is iets wat nog uitgewerkt moet worden. Op dit moment cumuleert het, zo stelt Snijder-Kuipers, waardoor het kan zijn dat je over hetzelfde feit melding moet maken in twee verschillende lidstaten. Dat heeft volgens haar iets raars.

Abassi merkt op dat dit vanuit prudentieel oogpunt wellicht verstandig lijkt, maar dat dit inderdaad tot tegenstrijdigheden leidt. Bij de nieuwe richtlijn lijkt een grotere samenwerking te zijn voorzien tussen de verschillende FIU's, waaruit je wellicht zou kunnen afleiden dat een melding bij de ene FIU automatisch doorgestuurd wordt naar de andere FIU.

Snijder-Kuipers vult hierop aan dat er uiteindelijk ook op dit gebied een praktisch probleem bestaat, te weten dat er niet overal Engels gesproken wordt. Indien in Nederland een melding wordt gedaan in het Nederlands, en deze wordt gedeeld met de Franse FIU, dan kan men de doorgestuurde informatie niet begrijpen.

De **voorzitter** geeft het woord aan Tervoort.

Tervoort heeft een vraag voor Myjer. Het is duidelijk dat er een afweging gemaakt moet worden tussen de rechten van de pers op informatie en de rechten van degenen die privacy behoeven. Het valt Tervoort op dat Myjer geen differentiatie aanbrengt in wat de pers is, en met name in welk verband de pers deze informatie wil hebben. Het lijkt Tervoort belangrijk dat de pers veel rechten heeft als het gaat om maatschappelijke misstanden, maar dat men bij de afweging tussen de persvrijheid en het recht op privacy ook zou moeten letten op het maatschappelijk belang van het feit dat openbaar wordt gemaakt.

In reactie op de vraag van Tervoort repliceert **Myjer** dat hij heeft geprobeerd die nuance wel te maken. Daarbij geeft hij aan, dat er inderdaad een moeilijkheid bestaat waar het de definitie van pers betreft. In Nederland is daar geen duidelijkheid over. Zo laat de vraag zich stellen of ook bloggers onder het persbegrip vallen en of zij ook een legitiem belang kunnen hebben. Wat volgens Myjer in ieder geval duidelijk is, is dat degenen die aangesloten zijn bij de Nederlandse Vereniging van

Journalisten als pers kwalificeren. Bij een beperkt openbare regeling zal het legitieme belang verband moeten houden met het verkrijgen van helderheid over financiële stromen die samenhangen met witwassen en vergelijkbare praktijken. Maar op het moment dat het blad Quote zijn belang zou onderbouwen met de stelling dat daarmee de Quote 500 inhoudelijk verbeterd kan worden, dan zou je kunnen vragen of daar wel sprake is van een legitiem belang, aldus Myjer.

De **voorzitter** stelt tot slot zelf een vraag aan Myjer. Deze heeft betrekking op de vereiste proportionaliteit. Speelt daarmee nu ook de vraag, zo vraagt de voorzitter, of het gekozen instrument geschikt is voor het doel waarvoor het gebruikt wordt? Hij doelt daarbij op het feit dat witwasoperaties en terrorismefinanciering vaak een internationaal karakter hebben. We weten nu dat men in Frankrijk mogelijk zal zeggen dat een openbaar register niet mag; een oordeel dat andere landen misschien zullen volgen. Vormt dit dan in de Nederlandse context een valide argument waarmee betoogd kan worden dat openbaarheid niet proportioneel is? Er komt volgens de voorzitter immers allerlei informatie naar boven, maar het uiteindelijke doel – het bestrijden van internationale fraude – kun je er niet mee bereiken, nu in veel andere lidstaten geen sprake is van openbaarheid.

Hierop vult **Snijder-Kuipers** aan, dat de groep volgens haar zo groot is dat er in feite altijd sprake is van openbaarheid. Dit is volgens haar een groot bezwaar. Vanuit de Wwft bezien kan een persoon bijvoorbeeld stellen dat hij fiscalist is, als gevolg waarvan het legitieme belang van deze persoon niet meer ter discussie staat. De richtlijn suggereert dus dat er keuze bestaat, maar deze is illusoir omdat in feite beide registertypen openbaar zijn.

Myjer wil in dit verband aangeven dat Straatsburg zich enigszins terughoudend opstelt ten opzichte van materie die te maken heeft met de Europese regelgeving waar het Luxemburgse Hof over gaat. In de tijd dat er sprake van was dat de EU partij zou worden bij het EVRM – wat door het Luxemburgse Hof voorlopig is tegengehouden – was in ieder geval in de regelgeving die toen voorlag opgenomen, dat wanneer het Luxemburgse Hof nog niet een uitspraak heeft gedaan of heeft kunnen doen over EU-regelgeving die in Straatsburg aan de orde is, er een aparte procedure wordt gestart opdat het Luxemburgse Hof daar toch iets over kan zeggen.

De **voorzitter** geeft aan dat inmiddels de geplande tijd voor de discussie is overschreden. Hij dankt de sprekers voor hun bijdragen en de aanwezigen voor hun aandacht en deelname aan de discussie.

Uitspraak Franse Constitutionele Hof d.d. 25 juli 2016

Décision n° 2016-591 QPC
du 21 octobre 2016
(Mme Helen S.)

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 25 juillet 2016 par le Conseil d'État (décision n° 400913 du 22 juillet 2016), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour Mme Helen S., par Mes Stéphanie Aufénil, Marine Dupas et Stanislas Pannetier, avocats au barreau de Paris. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2016-591 QPC.

Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit du deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

Au vu des textes suivants:

- la Constitution;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel;
- le code général des impôts;
- la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité;

Au vu des pièces suivantes:

- les observations présentées pour la requérante par la SCP Matuchansky-Poupot-Valdelievre, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 22 août 2016;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le 22 août 2016;
- les pièces produites et jointes au dossier;

Après avoir entendu Me Olivier Matuchansky, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, et Me Aufénil pour la requérante, et M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 11 octobre 2016;

Et après avoir entendu le rapporteur;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT:

1. Le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts, dans sa rédaction issue de la loi du 6 décembre 2013 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Il est institué un registre public des trusts. Il recense nécessairement les trusts déclarés, le nom de l'administrateur, le nom du constituant, le nom des bénéficiaires et la date de constitution du trust ».
2. La requérante soutient que ces dispositions méconnaissent le droit au respect de la vie privée et sont entachées d'incompétence négative dans des conditions portant atteinte à ce droit dès lors qu'elles donnent au public un accès entièrement libre et non encadré à des données confidentielles relatives à la constitution d'un trust. Ces dispositions méconnaîtraient également le principe d'égalité devant la loi.

– *Sur le fond:*

3. La liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 implique le droit au respect de la vie privée. Par suite, la collecte, l'enregistrement, la conservation, la consultation et la communication de données à caractère personnel doivent être justifiés par un motif d'intérêt général et mis en oeuvre de manière adéquate et proportionnée à cet objectif.
4. Le registre public des trusts institué par le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts recense tous les trusts, au sens de l'article 792-0 bis du même code, dont la déclaration est rendue obligatoire par les premier et cinquième alinéas du même article. Ces trusts sont ceux dont l'administrateur, le constituant ou au moins l'un des bénéficiaires a son domicile fiscal en France ou ceux qui comprennent un bien ou un droit qui y est situé. Pour chaque trust recensé, ce registre précise la date de sa constitution ainsi que les noms de son administrateur, de son constituant, et de ses bénéficiaires. Le quatrième alinéa de l'article 1649 AB renvoie à un décret en Conseil d'État le soin de préciser les modalités de consultation de ce registre public.
5. En favorisant, par les dispositions contestées, la transparence sur les trusts, le législateur a entendu éviter leur utilisation à des fins d'évasion fiscale et de blanchiment des capitaux. Il a ainsi poursuivi l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales.
6. La mention, dans un registre accessible au public, des noms du constituant, des bénéficiaires et de l'administrateur d'un trust fournit des informations sur la manière dont une personne entend disposer de son patrimoine. Il en résulte une atteinte au droit au respect de la vie privée. Or, le législateur, qui n'a pas précisé la qualité ni les motifs justifiant la consultation du registre, n'a pas limité le cercle des personnes ayant accès aux données de ce registre, placé sous la responsabilité de l'administration fiscale. Dès lors, les dispositions contestées portent au droit au respect de la vie privée une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi. Par conséquent, sans qu'il

soit besoin d'examiner les autres griefs, le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts doit être déclaré contraire à la Constitution.

– *Sur les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité:*

7. Selon le deuxième alinéa de l'article 62 de la Constitution:
« Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». En principe, la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel. Cependant, les dispositions de l'article 62 de la Constitution réservent à ce dernier le pouvoir tant de fixer la date de l'abrogation et de reporter dans le temps ses effets que de prévoir la remise en cause des effets que la disposition a produits avant l'intervention de cette déclaration.
8. En l'espèce, aucun motif ne justifie de reporter les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Celle-ci intervient donc à compter de la date de publication de la présente décision.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE:

Article 1er. – Le deuxième alinéa de l'article 1649 AB du code général des impôts dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière est contraire à la Constitution.

Article 2. – La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1er prend effet dans les conditions prévues au paragraphe 8 de cette décision.

Article 3. – Cette décision sera publiée au *Journal officiel* de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

