

Aan zijne Excellenties:

De Minister van Financiën
De Minister van Veiligheid en Justitie
De Minister van Economische Zaken

Arnhem, 19 april 2017

Referentie: WRR VTN implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden
Betreft: commentaar in het kader van internetconsultatie

Hooggeachte heren,

Met belangstelling heeft ondergetekende kennis genomen van de consultatieversie van de 'Implementatiewet registratie uiteindelijk belanghebbenden' met memorie van toelichting.

Hierbij doe ik u mijn reactie daarop toekomen, welke reactie u openbaar mag maken.

Deze reactie bestaat uit de volgende onderdelen:

1. Inleiding en korte beschouwing
2. Foute citering van richtlijn: centraal register hoeft niet openbaar te zijn
3. Bescherming van grondrechten
4. Effectiviteit van de voorgestelde wettelijke maatregelen

1. Inleiding en korte beschouwing

In de media is er aandacht besteed aan de onrust die is ontstaan bij menig directeur/aandeelhouder en vermogende particulier met belangen in ondernemingen. Met name vrezen deze rechtssubjecten voor schending van hun privacy en ongewenste inmenging in de persoonlijke levenssfeer - weliswaar om uiteenlopende redenen, maar alle veroorzaakt door het aangekondigde wetsvoorstel en de keus om het centrale register openbaar te maken.

Het aangekondigde wetsvoorstel bevat maatregelen welke verder reiken dan waartoe lidstaten gehouden zijn gelet op de met de richtlijn nagestreefde doelen. Ter bescherming van grondrechten zijn eventuele inbreuken daarop enkel mogelijk voor zover deze noodzakelijk zijn en bij wettelijk voorschrift zijn geregeld. Daar schort het aan in het concept wetsvoorstel en de gegeven toelichting in de concept memorie van toelichting.

Richtlijnen houden jegens de lidstaten een resultaatsverbintenis in, in die zin dat het de lidstaten vrij staat om vorm en middelen te kiezen voor implementatie, zolang de effectieve werking van de richtlijn wordt gewaarborgd.¹

2. Foute citering van richtlijn: centraal register hoeft niet openbaar te zijn

'Foute' citering van richtlijn is een beetje overdreven, maar ik merk wel op dat in de concept memorie van toelichting (hierna: concept MvT) de suggestie wordt gewekt dat het centraal register openbaar zou moeten zijn. Dit leid ik af uit de volgende passage in

¹ artikel 288 VWEU

paragraaf 3.2, pagina 4 laatste alinea van de concept MvT, welke refereert aan artikel 30 uit de richtlijn:

"(...) Het derde lid bepaalt dat lidstaten ervoor zorgen dat de informatie over UBO's wordt gehouden in een centraal register. De richtlijn noemt daarbij een handelsregister, een vennootschapsregister of een ander openbaar register als opties om deze verplichting te implementeren." [onderstreping RK]

Dit is een onjuiste weergave van de tekst van die bepaling. De luidt namelijk:

"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." [onderstreping RK]

Daaruit blijkt dat het de lidstaten is toegestaan om een openbaar register te voeren en dat geen sprake is van een verplichting. De concept MvT meldt aanvankelijk niet dat het een keuzemogelijkheid is, en logischerwijs bevat paragraaf 3.2 dan ook geen motivatie waarom een dergelijk register openbaar zou moeten zijn. Het argument 'omdat het uitvoeringstechnisch handig is' en leidt tot geringere uitvoeringskosten snijdt zo op het eerste oog geen hout. Dit, omdat ook als een centraal register niet-openbaar is er nog steeds gebruik kan worden gemaakt van de reeds bestaande infrastructuur (Handelsregisterwet 2007 en Kamer van Koophandel en Fabrieken).

Wellicht kan de reeds onder punt 1. genoemde onrust die is ontstaan bij groepen rechtssubjecten enigszins verminderen als een duidelijke motivatie wordt gegeven waarom het register openbaar moet zijn. Het valt namelijk niet in te zien waarom het niet-openbaar zijn van het register minder goed zou bijdragen aan het bereiken van de nagestreefde doelen van de richtlijn. De keuze voor openbaarheid van het register is niet intrinsiek gemotiveerd.

Verderop in de concept MvT (paragraaf 4.1.6.2. op pagina 14 en verder) wordt wel aangegeven dat het openbaar register een keuzemogelijkheid is, maar de 'framing' heeft als het ware zijn werk dan al gedaan. Overigens blijft ook daar motivatie voor de keuze voor openbaarheid beperkt tot, in essentie, de stelling dat 'transparantie' goed is. Dat is echter geen dragende motivatie voor een keuze om persoonsgegevens die grondrechtelijk beschermd zijn, voor eenieder openbaar toegankelijk te maken - ongeacht de motie Klaver.

De wijze waarop de richtlijn wordt aangehaald in de concept MvT is dan ook in zekere zin misleidend omdat hierdoor wordt verhuld dat er intrinsiek (i.e. inhoudelijk en functioneel) geen dragende argumenten zijn voor het openbaar maken van het centrale register. Is het puur en alleen gedaan omdat de Tweede Kamer dat graag wil?

3. Bescherming van grondrechten

3.1. Spelregels voor beperking van grondrechten

Bescherming van persoonsgegevens en eerbiediging van het privé-leven en het familie- en gezinsleven zijn grondrechten.² Beperkingen van deze rechten moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij nood-

² artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

zakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang (...) beantwoorden.³

Simpelgezegd houdt dit in dat in de wet moet zijn vastgelegd:

- dat in de wet moet zijn vastgelegd welke concrete inbreuken op de grondrechten zijn toegestaan, EN
- dat die beperking niet verder gaat dan noodzakelijk is ter realisatie van een erkend doel van algemeen belang.

Ter vergelijking: de EU garandeert vier verkeersvrijheden (personen, goederen, kapitaal en diensten) maar staat beperkingen daarop toe wanneer daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Een kenmerk van onze rechtsstaat is dat rechtsbescherming duidelijk is vormgegeven en gemotiveerd. Hierna wordt aangegeven dat het concept voorstel van wet onvoldoende voorziet in wettelijke normstelling en dat de noodzaak van inbreuk op grondrechten onvoldoende duidelijk is gemaakt.

3.2. Ontoereikende rechtvaardiging voor inbreuk op grondrechten

In de concept MvT wordt in paragraaf 4.1.6.2. nader ingegaan op de schending van het grondrecht ter bescherming van persoonsgegevens. Echter wordt niet gemotiveerd waarom die schending (het eenieder toegang verlenen tot bepaalde ubo-gegevens) *noodzakelijk* is in het kader van het bereiken van de doelen van de richtlijn.

Het aangevoerde argument dat openbaarheid de 'transparantie' zou bevorderen is de facto geen argument dat verklaart waarom die transparantie noodzakelijk is voor realisatie van de met de richtlijn nagestreefde doelen: transparantie is juist het gevolg van de schending van grondrechten en niet een rechtvaardiging daarvoor. Het is momenteel populair om aan te dringen op 'transparantie', maar onze rechtsstaat vereist dat er een wettelijk referentiekader is, waarin duidelijk is vastgelegd wanneer inbreuk is toegestaan en waarom; dit geldt evenzeer bij uitvoering van moties uit de Tweede Kamer.

De contourenbrief waaraan in de concept MvT wordt gerefereerd is geen wetgeving en om die reden zal zonder een wettelijke regeling waarin de situaties waarin inbreuk is toegestaan wordt geconcretiseerd en gemotiveerd, strijd opleveren met het handvest. De waarborgen, althans dat is de pretentie (zie ook hierna), voor bescherming van de persoonsgegevens zijn volgens de concept MvT gelegen in online registratie van eenieder die die gegevens raadpleegt. De persoon echter wiens te beschermen gegevens worden geraadpleegd, krijgt geen informatie over wie de opvraging heeft gedaan. Deze belang-hebbende krijgt hooguit een categorie personen of organisaties voorgeschoteld die de aanvraag heeft gedaan.

Dit is geen waarborg: immers kan nog steeds iedereen persoonsgegevens raadplegen zonder dat die inbreuk adequaat is gemotiveerd en zonder dat er een wettelijk referentiekader is wanneer sprake is van een 'legitiem belang' (zie verderop); de concept MvT houdt het op algemeenheden. Hierdoor kwalificeert de toegang voor eenieder tot het openbare register als een onrechtmatige schending van de bescherming van persoonsgegevens.

3.3. Wat is een legitiem belang?

Op de voet van artikel 30 lid 5 letter c) van de richtlijn kan eenieder die een legitiem belang kan aantonen toegang krijgen tot het centrale register. Niet is aangegeven wat dat legitiem belang precies is; welk referentiekader daartoe van toepassing is.

³ artikel 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

In algemene zin wordt verwezen naar de richtlijn, maar de richtlijn komt ook niet tot concrete normering van het begrip 'legitiem belang' - om die reden ligt het op de weg van de lidstaten om hier zelf invulling aan te geven op basis van het nationaal recht. Rechtsbescherming wordt illusoir als dat begrip niet concreet en wettelijk wordt ingevuld. Zonder een dergelijk wettelijk referentiekader kan immers ook de Kamer van Koophandel - zoals wordt voorgesteld in de laatste alinea van paragraaf 4.1.6.2. van de concept MvT - niet beoordelen wanneer sprake is van een legitiem belang.

Paragraaf 7.4.3. van de concept MvT vermeldt in de koptekst 'legitiem belang', maar ook hier wordt niet geconcretiseerd - het blijft vaag wanneer iemand een legitiem belang heeft.

Paragraaf 7. van de concept MvT behandelt de bescherming van persoonsgegevens. hier worden de eisen waaraan de verwerking van persoonsgegevens moeten voldoen weliswaar weergegeven (paragraaf 7.1, letters a), b) en c)), maar ook hier wordt verzuimd om daar concreet invulling te geven aan het begrip 'legitiem belang'. De veronderstelde wettelijke basis, zoals weergegeven in paragraaf 7.2. ontbeert concrete normstelling, hegeen maakt dat de gepretendeerde wettelijke basis in wezen niet aanwezig is.

De wetgever danst om de spreekwoordelijke hete brij heen, maar wordt nergens concreet.

3.4. Legitieme doelstelling?

Zoals hiervoor meermalen aangehaald is het voor rechtmatige inbreuk op bescherming van persoonsgegevens vereist dat zulks noodzakelijk is (zie hierna punt 3.5) gelet op het te dienen belang. Gememoreerd wordt in paragraaf 7.3 dat artikel 2 van de Handelsregisterwet 2007 de doeleinden beschrijft van het handelsregister. Bescherming van (doelen van de richtlijn) het financieel stelsel tegen misbruik voor witwassen en financiering van terrorisme staan daar niet bij vermeld.

Het is een gegeven dat de doelen van de richtlijn zijn gedefinieerd als van algemeen belang, maar, de Handelsregisterwet 2007 is niet voor dat specifieke doel in het leven geroepen - althans blijkt dat niet uit de wet.

3.5. Noodzakelijkheid en proportionaliteit?

Paragraaf 7.4. bespreekt noodzakelijkheid en proportionaliteit. Hierbij wordt verwezen naar de in paragraaf 4.1.6.2. genoemde waarborgen, waarop hiervoor reeds commentaar is geleverd. Daargelaten dat die waarborgen in mijn perceptie niet toereikend zijn, zeggen eventuele waarborgen niets over de noodzakelijkheid van openbaarheid van een centraal register. Waarborgen en noodzaak zijn twee verschillende grootheden.

Meldingsplichtige instellingen in de zin van de WWFT zijn de poortwachters van het financiële systeem, aldus de concept MvT. Voor die groep lijkt toegang tot het centrale register inderdaad van groot belang, gelet op de realisatie van de met de richtlijn nagestreefde doelen. Afgezien hiervan wordt in deze paragraaf nergens geconcretiseerd waarin de noodzaak is gelegen dat andere personen of instellingen toegang tot het centrale register moeten hebben.

Het vermelden van achtenswaardige bestrijders van witwassen en financiering van terrorisme, is niet hetzelfde als duidelijk maken waarom de noodzaak bestaat die groep personen toegang te geven tot het centrale register - nog daargelaten dat niet duidelijk is waar het hier over gaat: gaat het bijvoorbeeld om onderzoeksjournalisten of stichtingen met ideële doelstellingen op dit gebied?

Het blijft allemaal erg vaag en dat is slecht voor de rechtszekerheid en maakt effectieve rechtsbescherming navenant lastiger.

4. Effectiviteit van de voorgestelde wettelijke maatregelen

Als laatste punt is het van belang om vast te stellen of en hoe het mogelijk is om de effectiviteit van de voorgestelde wet te toetsen.

Idealiter zou daarvoor een set relevante en meetbare parameters gedefinieerd moeten worden en zou - voorafgaand de inwerkingtreding - een nulmeting gedaan moeten worden. Alleen op die manier kan worden gemeten in hoeverre de wet effect sorteert op de geformuleerde parameters.

In de concept MvT wordt hieraan hoegenaamd geen aandacht gegeven.

Afrondend

Met respect voor diegenen die hebben meegewerkt aan het opstellen van het concept wetsvoorstel en de concept memorie van toelichting, ontberen deze stukken op cruciale onderdelen scherpte en duidelijkheid. Ook intrinsieke motivatie voor de keuze voor een openbaar register is flinterdun, zo deze al aanwezig is. Niet valt in te zien waarom een niet-openbaar register niet even effectief zal zijn: ook dan krijgen diegenen toegang die dat noodzakelijkerwijs nodig hebben. Het enkele gegeven dat een motie uit de Tweede Kamer daarvoor aanleiding vormt, is een te smalle basis wanneer daarmee de rechtsbescherming in het nauw komt. Onrust bij velen is het gevolg.

Dit concept wetsvoorstel en concept MvT lijken, gelet op de impact op de grondrechten van rechtssubjecten, ontoereikend op het gebied van rechtsnormering. Juist vanwege het belang dat aan de richtlijn mag worden toegekend - een belang dat ondergetekende zeker onderschrijft - verdient dit wetsvoorstel het om meer duidelijkheid te verschaffen met het oog op de rechtszekerheid.

Het is een uitdaging om een wettelijk referentiekader te creëren dat enerzijds voldoende duidelijkheid creëert voor rechtssubjecten en anderzijds voldoende ruimte laat voor rechterlijke toetsing en werkbaarheid voor de praktijk. Desalniettemin zal de wetgever toch nog een inspanning moeten leveren om die duidelijkheid te creëren, zodat niet in later stadium deze regelgeving aanleiding geeft tot vermijdbare geschillen aangaande grondrechten.

Het zal de werking van deze wet, de rechtsbescherming en implementatie van de richtlijn ten goede komen.

Hoogachtend,

TAXetera

R.P. Kaarsemaker BEc RB