

## ***De knellende schoen van Damocles***

Oftewel: is het Nederlandse UBO-register EVRM-proof?

Mr. M. Tydeman-Yousef & mr. P.A. Anthoni<sup>1</sup>

**(verschenen in WFR 2017-7214, 9 november 2017, blz. 1356)**

Misschien een herkenbaar tafereel: ook al kun je je voeten nog net in de felbegeerde nieuwe, maar net te krappe schoenen wurmen, het besef dat je er altijd last van zult hebben, hangt als het zwaard - of moeten we in dit geval zeggen de knellende schoen? - van Damocles boven je hoofd. Dit beeld kwam bij ons op toen we met verbazing lazen dat de Nederlandse wetgever bij de implementatie van het in de EU verplichte register met UBO-gegevens star blijft vasthouden aan een openbare vorm, ondanks diverse tegengeluiden vanuit de wetenschap en samenleving. Deze keuze kan de wetgever nog eens duur komen te staan, bijvoorbeeld als UBO's zich in hun veiligheid bedreigd voelen en de registratie in het UBO-register frustreren.

Dat het UBO-register er gaat komen, is een feit. Dat schrijft de vierde antiwitwasrichtlijn nou eenmaal voor om de financiële uitwassen in de vorm van terrorismefinanciering en witwaspraktijken te bestrijden; en het is ontegenzeggelijk een belangwekkend doel, dat aan de kern van onze (financiële en fysieke) veiligheid raakt. Voor de concrete vormgeving geeft deze richtlijn echter nog wel enige ruimte aan de lidstaten. Zo kan de nationale wetgever ervoor kiezen om het register openbaar toegankelijk te maken, dus door jan en alleman in te zien, of besloten, dat wil zeggen alleen open te stellen voor de autoriteiten, meldingsplichtige entiteiten en iemand met een 'legitiem belang'. Die laatste optie schrikt de Nederlandse wetgever af, want daarvoor moet het begrip legitiem belang worden ingevuld en dan zinkt de moed hem blijkbaar in de schoenen. Of is het de administratieve last waar de wetgever voor terugdeinst? Bij ieder verzoek zouden de ambtenaren dan immers moeten vaststellen of er daadwerkelijk sprake van is een legitiem belang. Hoe dan ook, de wetgever kiest voor een openbaar register vanuit pragmatische overwegingen. Het recht op privacy wordt daardoor met voeten getreden en dat knelt omdat het stukje privacy waar iedere burger recht op heeft, voor de UBO kennelijk niet meer opgaat. Zonder een deugdelijk onderzoek naar de vraag of de keuze voor een openbare vorm past binnen de fundamentele rechtsnormen, worden UBO-gegevens onthuld aan de hele wereld, met alle mogelijke gevolgen van dien. Geen wonder dat de aankondiging van een openbaar register veel onrust heeft teweeggebracht bij vermogende particulieren en familiebedrijven, die juist vanwege veiligheid anonimiteit verkiezen. Tot op zekere hoogte onderkent de wetgever dat ook, maar helaas komt er vervolgens geen beter passende vorm en slechts enkele privacywaarborgen als pleisters op de blaren.

De prangende vraag die door ons hoofd blijft echoën is dan ook of deze ingrijpende vormgeving wel noodzakelijk is om het door de richtlijn beoogde doel te bereiken. Is een openbaar register het juiste middel om dat doel te bereiken? In feite is onze vraag: is het openbare UBO-register EVRM-proof? Een belangrijke toets, omdat de rechter een nationale wet immers mag toetsen aan een verdrag, waaronder het EVRM. We trekken de stoute schoenen aan en onderwerpen het openbare UBO-register aan deze toets. Daarvoor is het nuttig eerst inzicht te krijgen in de systematiek van de EVRM-bepaling die het privacygrondrecht beschermt.

---

<sup>1</sup> Beiden zijn werkzaam bij PwC Knowledge Centre en verbonden aan Tilburg Institute for Family Business (TiFB). Daarnaast is Tydeman-Yousef als buitenpromovenda verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Het gaat om artikel 8 EVRM: een ieder heeft recht op respect voor zijn privacy, ook de UBO. Het UBO-register vormt een inbreuk op de privacy van de UBO. Inmenging van enig openbaar gezag in de uitoefening van het privacygrondrecht is volgens deze bepaling weliswaar toegestaan, maar alleen onder bepaalde cumulatieve voorwaarden. Allereerst moet de inbreuk bij de wet voorzien zijn. Dit betekent dat de inbreuk of beperking van het privacygrondrecht een wettelijke basis heeft die voor de burger kenbaar en voorzienbaar is. Vervolgens moet de inbreuk een bepaald legitiem belang dienen, namelijk een of meer van de volgende doelcriteria: 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 de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Tot slot moet de inbreuk noodzakelijk zijn in een democratische samenleving om een van de genoemde doelcriteria te vervullen.

Deze derde voorwaarde (noodzakelijkheid) vormt de belangrijkste toetsingsgrond en bevat twee componenten: het noodzakelijkheids criterium (er moet een dringende noodzaak voor de inbreuk zijn) en het proportionaliteitscriterium. Dit laatste criterium houdt allereerst in dat de beperking van het grondrecht proportioneel of evenredig moet zijn aan het beoogde doel. Daarnaast omvat dit criterium ook het subsidiariteitsbeginsel, dat meebrengt dat het beoogde doel - in alle redelijkheid - niet op een andere, voor de betrokkene minder ingrijpende manier kan worden bereikt.

Schematisch weergegeven bestaat de toetsing of een privacybeperkende overheidsmaatregel geoorloofd is, uit drie stappen:

1. Is er een wettelijke basis voor de maatregel?
2. Dient de maatregel een legitiem doel?
3. Is de maatregel noodzakelijk, dat wil onder meer zeggen proportioneel tot het legitieme doel en de minst ingrijpende optie om dat doel te bereiken?

Nu zal het eerste vereiste niet zoveel problemen opleveren. Voor het openbare register komt inderdaad een wettelijke basis, die duidelijk in de samenleving wordt bekendgemaakt. So far so good.

Ook het tweede vereiste zal naar verwachting niet voor knelpunten zorgen. In een naar transparantie hunkerende samenleving dient het register een gerechtvaardigd doel om financiële uitwassen uit te roeien.

Maar de 'pasproblemen' openbaren zich bij de derde voorwaarde. Is de openbare vorm wel noodzakelijk? Er wordt bijvoorbeeld geopperd dat onderzoeksjournalisten effectiever dan de overheid gebruik zullen maken van de informatie in het UBO-register. Maar voor die groep gebruikers kan de toegang prima via het 'legitiem belang' lopen. Als zij hun effectiever gebruik van de gegevens in het UBO-register kunnen aantonen, dan krijgen ze toegang. Waarom moet iedere willekeurige derde de UBO-gegevens kunnen inzien? Staat die vergaande mate van transparantie nog wel in evenredige verhouding tot het nagestreefde doel? En is er echt geen alternatief dat minder ingrijpt in het privacygrondrecht van de UBO? Wonderlijk genoeg gaat de wetgever niet in op deze vragen. Met name de laatste vraag verdient zorgvuldige aandacht. Want het minder ingrijpende alternatief is er wel degelijk: een besloten register, dat alleen toegang biedt aan de bevoegde autoriteiten, meldingsplichtige entiteiten en personen met een legitiem belang. De nadelen van die route benoemt de wetgever wel: een verwachting dat het toetsen van het legitiem belang arbeids- en kostenintensief zal zijn. Maar een inhoudelijke toetsing ontbreekt.

Waarom worden deze nadelen niet afgewogen tegen het grote privacynadeel - lees vooral: (gevoelens van) onveiligheid - van de desbetreffende UBO's? Nu heeft de wetgever wel enige 'margin of appreciation' bij het beoordelen of er een noodzaak tot de inbreuk op het privacygrondrecht bestaat en hoe groot die noodzaak is, maar die ruimte is niet onbeperkt. Dat het besloten register een reëel alternatief is, blijkt uit het feit dat de meeste Europese landen (twee derde!!) hun voorkeur hiervoor hebben uitgesproken, zoals Duitsland, Frankrijk en Noorwegen. Daarentegen kiest een minderheid (slechts een derde) voor een openbaar register, waaronder Denemarken, Portugal en Zweden.

Het voorstel van de Nederlandse wetgever om een openbaar UBO-register in te voeren doorstaat volgens ons niet de ECRM-toets. Het blijft namelijk knellen bij de derde voorwaarde, het noodzakelijkheidsvereiste. De wetgever heeft tot nu toe niet overtuigend aangetoond dat er een dringende noodzaak bestaat voor het openbare karakter van het register, en evenmin dat de inbreuk op het privacyrecht van de UBO bij de keuze voor de openbare vorm in evenredige verhouding staat tot het beoogde doel en geen minder ingrijpend alternatief kent. Kijk, dat is duidelijk waar de schoen wringt!