

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



De privacy van de uiteindelijk belanghebbende (I)

De nieuwe Europese witwasbestrijdingsregeling heeft consequenties voor iedereen die aangemerkt wordt als 'uiteindelijk belanghebbende' (ubo). Daarbij heeft de bescherming van de persoonsgegevens van de ubo tot nu toe weinig aandacht gekregen.

Introductie

In twee artikelen zal aandacht worden gegeven aan de ubo in de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering en aan de privacy-aspecten van de nieuwe regelgeving.

Dit artikel behandelt het begrip uiteindelijk belanghebbende zoals gedefinieerd in Europese en Nederlandse regelgeving. Allereerst wordt de oorsprong van het begrip ubo besproken en wordt aandacht besteed aan het nieuwe principe dat iedere entiteit een ubo dient te hebben. Bij klassieke not-for-profit organisaties, zoals stichtingen die een ziekenhuis exploiteren, leidt dat er toe dat de statutair bestuurders ubo zijn.

Het tweede artikel gaat in op de gevolgen van de *Algemene Verordening Gegevensbescherming* voor de private partijen die de antiwitwasregeling en de terrorismefinancieringsregeling dienen na te leven.

De uiteindelijk belanghebbende in de bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering

In de schaduw van de op 25 mei 2018 in werking getreden Europese *Algemene Verordening Gegevensbescherming*¹ (AVG) hebben belangrijke ontwikkelingen plaats gevonden rondom de 'uiteindelijk belanghebbende' (ubo) van rechtspersonen en andere entiteiten. Die ontwikkelingen zijn het gevolg van de *Vierde Europese anti-witwasrichtlijn*² (AMLD4) en de op 30 mei 2018 vastgestelde richtlijn die belangrijke wijzigingen in AMLD4 aanbrengt³, ook wel de *Vijfde Europese anti-witwasrichtlijn* (AMLD5) genoemd. Deze richtlijnen, samen als 'AMLD' aan te duiden, hebben gevolgen voor de in de lidstaten geldende anti-witwasregeling⁴. AMLD4 diende op

26 juni 2017 in nationaal recht te zijn omgezet, waarin de Nederlandse overheid niet is geslaagd.

Het eerste wetsvoorstel, dat betrekking heeft op de wijziging van de nationale anti-witwaswet, de *Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme* (Wwft) is op 10 juli 2018 door de Eerste Kamer aangenomen. De Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn⁵, hierna: 'eerste implementatiewet', is op 25 juli 2018 in werking getreden⁶. Voorts is op dezelfde datum het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 (Uitvoeringsbesluit) in werking getreden en is op die datum de Uitvoeringsregeling Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme gewijzigd. Daarmee is AMLD4 gedeeltelijk geïmplementeerd.

Het voorstel voor een tweede implementatiewet is op 11 december 2018 in consultatie gebracht⁷ en bevat onder meer een uitbreiding van de groep ondernemingen die de Wwft moeten naleven.

1. Verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016, ELI <http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.
2. Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015, ELI <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/849/oj>.
3. Richtlijn (EU) 2018/843 van 30 mei 2018 van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn (EU) 2015/849 inzake de voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld of terrorismefinanciering, en tot wijziging van de Richtlijnen 2009/138/EG en 2013/36/EU, ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2018/843/oj>.
4. Die op de voorafgaande Europese anti-witwasrichtlijnen gebaseerd is, nl. de eerste tot en met derde richtlijn. Die richtlijnen zijn vervangen door AMLD4.
5. Wet van 11 juli 2018 tot wijziging van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme en enige andere wetten in verband met de implementatie van richtlijn (EU) 2015/849 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, tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad en tot intrekking van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2006/70/EG van de Commissie (PbEU 2015, L 141), alsmede in verband met de uitvoering van verordening (EU) 2015/847 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1781/2006 (PbEU 2015, L 141) (Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn), Staatsblad 2018, 239.
6. Besluit van 11 juli 2018 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, Staatsblad 2018, 240.
7. <https://www.internetconsultatie.nl/wijzigingaml4>.

Het wachten is op een derde wetsvoorstel, waarin aanvullende regelingen inzake de uiteindelijk belanghebbenden zullen worden opgenomen.

Op grond van AMLD4 en AMLD5 treden de volgende fundamentele wijzigingen op:

- de definitie van ‘uiteindelijk belanghebbende’ is aangepast, waardoor een ruimere groep natuurlijke personen onder de definitie komt te vallen;
- de betekening van het begrip ‘politiek prominente persoon’ (politically exposed person, ‘PEP’) is uitgebreid naar binnenlandse ‘PEP’s’;
- de meeste bij het handelsregister geregistreerde entiteiten (registratieplichtigen) moeten persoonsgegevens inzake hun eigen ubo’s in hun administratie opnemen en die persoonsgegevens up-to-date houden;
- de registratieplichtigen dienen de eigen ubo’s aan te melden bij een centraal register, het ‘ubo-register’ en moeten wijzigingen in de gegevens doorgeven;
- een specifieke set van gegevens in het ubo-register zal openbaar toegankelijk zijn, te weten ten minste de naam, de geboortemaand en het geboortjaar, de woonstaat en de nationaliteit van de ubo, alsmede tot de aard en omvang van het door de ubo gehouden economische belang⁸.

Hierna wordt het begrip uiteindelijk belanghebbende besproken en wordt ingegaan op de consequenties van de kwalificatie.

Definitie uiteindelijk belanghebbende

In het fiscale recht wordt het begrip ‘uiteindelijk belanghebbende’ (beneficial owner) al langer gebruikt en worden aan die kwalificatie allerlei consequenties verbonden. De beneficial owner komt voor in het OESO-modelverdrag⁹ en in VN-modelverdragen¹⁰ en in de op die modellen gebaseerde belastingverdragen. Het gaat kort gezegd om degene die feitelijk is gerechtigd tot inkomsten (dividend, rente, royalty’s en vergoedingen). Dit is een geheel andere definitie dan in de AML.

In de witwasbestrijding is eveneens het begrip ‘uiteindelijk belanghebbende’ geïntroduceerd, maar met een definitie die een veel grotere groep natuurlijke personen omvat. Dat komt omdat in de AML is losgelaten dat de uiteindelijk belanghebbende een werkelijk financieel belang in de entiteit dient te hebben. De verschillende definities kunnen een bron van verwarring worden¹¹.

Ubo in AMLD

In AMLD4 wordt de ubo gedefinieerd in art. 3 lid 6. In de Nederlandse versie wordt over ‘uiteinde-

lijk begunstigde’ gesproken¹². Ik zal het in Nederland meer gebruikelijke begrip ‘uiteindelijk belanghebbende’ blijven gebruiken.

In de bepaling worden allereerst basisprincipes geformuleerd: de ubo is de natuurlijke persoon die uiteindelijk eigenaar is of zeggenschap heeft over de cliënt en/of voor wiens rekening een transactie of activiteit wordt verricht¹³. Vervolgens zegt de bepaling dat daar “ten minste” onder wordt verstaan wat er in onderdelen a) tot en met c) is vermeld. Die onderdelen betreffen respectievelijk vennootschapsrechtelijke entiteiten (corporate entities), trusts en juridische entiteiten als stichtingen en juridische constructies die vergelijkbaar zijn met trusts. De woorden ‘ten minste’ kunnen er toe leiden dat nog meer natuurlijke personen – anderen dan genoemd in onderdelen a) tot en met c) van art. 3 lid 6 AMLD4 als ubo kwalificeren. Wie dat precies zullen zijn, wordt noch door de Europese, noch door de Nederlandse wetgever duidelijk gemaakt en evenmin is helder welk AML-belang daarmee gediend is.

Opvallend is het uitgangspunt dat iedere entiteit een ubo behoort te hebben, zonder vermelding van de reden. Als een ubo in ‘gewone zin’ (onder meer degene die meer dan een kwart van de aandelen in een kapitaalvennootschap houdt)¹⁴ ontbreekt, worden de leden van het hoger leidinggevend personeel als ubo aan gemerkt¹⁵. Dit is ook wel de ‘pseudo-ubo’ genoemd.¹⁶ De aanwijzing van het hoger leidinggevend personeel als ubo gebeurt met een cryptische zin, die onder meer in de parlementaire geschiedenis van het eerste Nederlandse wetsvoorstel ter implementatie van AMLD¹⁷ wordt herhaald, maar waarvan niemand de betekenis kan uitleggen. Die leden van het hoger leidinggevend personeel zijn ubo:

8. Art. 30 lid 5 AMLD.

9. Art. 10 tot en met 12, in 1977 ingevoerd. In Nederlandstalige fiscale verdragen wordt het als ‘uiteindelijk gerechtigde’ vertaald. Mogelijk dat men in de UK om die reden gekozen heeft voor ‘People with Significant Control’ als aanduiding voor de uiteindelijk belanghebbende in de witwasbestrijding.

10. Onder andere in de UN Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, art. 10 tot en met 12A.

11. Aangezien er binnen Europa in steeds grotere omvang financiële gegevens, fiscale gegevens en AML-gegevens zullen worden uitgewisseld, is goed denkbaar dat de fiscale ubo en de AML-ubo verward zullen worden.

12. AMLD5 brengt hier geen wijziging in.

13. Het staat er zowel in enkelvoud als meervoud, wat ik hier voor de leesbaarheid weglaat.

14. Art. 3 lid 6, a) sub i) AMLD4.

15. Art. 3 lid 6, a) sub ii) AMLD4.

16. B. Snijder-Kuipers en A.T.A. Tilleman in ‘De Vierde Witwasrichtlijn komt er aan: tips voor de General Counsel’, Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP), april 2016.

17. Wetsvoorstel Implementatiewet vierde anti-witwasrichtlijn, kamerstukken 34 808.

“indien na uitputting van alle mogelijke middelen en op voorwaarde dat er geen gronden voor verdenking bestaan, geen van de personen als onder i) is achterhaald, of indien er enige twijfel bestaat of de achterhaalde persoon of personen de uiteindelijk begunstigde(n) is, respectievelijk zijn”.

De indruk wordt gewekt dat leidinggevend slechts bij uitzondering ubo zullen zijn, wat niet juist is. Er zijn vele situaties waarin de gewone ubo ontbreekt. Als de Europese regelgever goede redenen heeft om extra AML-aandacht te besteden aan bestuurders van rechtspersonen dan kan dat ook op een andere manier.

Überhaupt is de vraag waarom Europa kiest voor een zeer brede ubo-definitie, die er toe leidt dat een grote groep Europese burgers aan cliëntenonderzoek wordt onderworpen. De ubo's worden in nationale ubo-registers opgenomen en hun persoonsgegevens worden uitgewisseld tussen overheden en diverse andere betrokkenen.

Anders gezegd: mogen incidenten rondom een kleine groep personen, zoals Panama Papers, reden zijn om een zeer grote groep burgers, betrokken bij rechtspersonen, lastig te vallen met ingrijpende AML-maatregelen, met risico's voor de veiligheid van persoonsgegevens en op verspreiding van onjuiste informatie. Die maatschappelijke discussie wordt op dit moment nergens gevoerd.

Ubo in Uitvoeringsbesluit Wwft 2018

Nu op Europees niveau een ingewikkelde definitie van de ubo in een richtlijn zelf staat, lag het voor de hand dat de uitwerking in Nederland plaats vindt door middel van de Wwft. Dat is niet gebeurd; in Nederland is er voor gekozen de definitie van de ubo op te nemen in het Uitvoeringsbesluit.

De definitie van de ubo in de Nederlandse context staat in art. 3 van het Uitvoeringsbesluit. Bij kapitaalvennootschappen is dat kort gezegd degene die eigenaar is van of zeggenschap heeft over de vennootschap via het direct of indirect houden van meer dan 25 procent van de aandelen, van de stemrechten of van het eigendomsbelang in de vennootschap, met inbegrip van het houden van toonderaandelen of via andere middelen¹⁸. Bij kerkgenootschappen wordt degene aangewezen die bij ontbinding van het genootschap als rechtsoptvolger is benoemd. Bij overige rechtspersonen wordt is de ubo degene die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over de rechtspersoon via het direct of indirect houden van meer dan 25 procent van het eigendomsbelang, of het direct of indirect kunnen uitoefenen van meer dan 25 procent van

de stemmen bij besluitvorming ter zake van wijziging van de statuten van de rechtspersoon, dan wel het kunnen uitoefenen van feitelijk zeggenschap over de rechtspersoon¹⁹.

Statutair bestuurders als ubo

De hiervoor genoemde cryptische tekst over het hoger leidinggevend personeel keert terug in de Nederlandse uitwerking van de ubo-definitie. De bepaling inzake het hoger leidinggevend personeel wordt in het Uitvoeringsbesluit genoemd in relatie tot bv en nv²⁰; kerkgenootschap²¹; vereniging, onderlinge waarborgmaatschappij, coöperatie en stichting²² en tot slot de personenvennootschap.²³ In het Uitvoeringsbesluit wordt dit in een aparte bepaling uitgewerkt en voor rechtspersonen worden daar de statutair bestuurders onder verstaan en voor personenvennootschappen de vennoten. In het Uitvoeringsbesluit wordt inzake een grotere groep rechtspersonen een andere ubo-definitie geïntroduceerd dan AMLD4 voorschrijft. Zo worden kerkgenootschappen niet in art. 3 lid 6 AMLD4 genoemd.

Door de nieuwe ubo-definitie krijgt een grote groep statutair bestuurders van naar Nederlands recht opgerichte rechtspersonen de kwalificatie ‘uiteindelijk belanghebbende’. Velen van hen hebben geen zeggenschap²⁴ of eigendomsbelang in de betekenis van art. 3 lid 6 sub a) AMLD4. Hun positie als ubo heeft voor hen consequenties, onder meer dat een onderzoek naar de hoedanigheid van politiek prominente persoon plaats vindt en dat hun persoonsgegevens onderdeel zullen uitmaken van internationale uitwisseling van gegevens tussen overheidsinstellingen. Zij kunnen worden opgenomen in databases van ondernemingen die handelen in persoonsgegevens ten behoeve van de witwas- en terrorismefinancieringsbestrijding.

Politiek prominente persoon

Tijdens het cliëntenonderzoek dat Wwft-plichtige ondernemingen moeten uitvoeren zal moeten worden nagegaan of de ubo een PEP is. Als dat het geval is, levert dat volgens de Europese wetgever per definitie een verhoogd risico op witwassen en terrorismefinanciering op.

18. Uitgezonderd uitgevende instellingen die zijn onderworpen aan openbaarmakingsvereisten als bedoeld in de richtlijn transparantie, dan wel aan vergelijkbare internationale standaarden.

19. Zie inzake de personenvennootschap en de trust art. 3 lid 1 sub d. en e.

20. Art. 3 lid 1 sub a onder 2° Uitvoeringsbesluit.

21. Art. 3 lid 1 sub b onder 2° Uitvoeringsbesluit.

22. Art. 3 lid 1 sub c onder 2° Uitvoeringsbesluit.

23. Art. 3 lid 1 sub d onder 2° Uitvoeringsbesluit.

24. Iemand met zeggenschap is al ubo op andere basis. Bijvoorbeeld: iemand die zeggenschap heeft in een bv, zoals omschreven in art. 3 lid 1 sub a onder 1° Uitvoeringsbesluit is ubo.

AMLD heeft tot gevolg dat – anders dan voorheen – het begrip PEP ook ‘binnenlandse’ PEP’s omvat. Het begrip PEP omvat staatshoofden, ministers, parlementsleden, leden van de Hoge Raad en dergelijke²⁵, hierna ‘primaire PEP’s’ en voorts wat ik ‘secundaire PEP’s’ noem, nl. de familierelaties²⁶ en personen bekend als naaste geassocieerde van de primaire PEP. De identiteit van de primaire PEP’s zal redelijk makkelijk te achterhalen zijn, bij de secundaire PEP’s is dat een stuk lastiger.

Als een ubo een PEP is, heeft dat grote gevolgen. In de not-for-profit leidt dat tot wel heel bijzondere gevolgen, zoals uit het navolgende voorbeeld blijkt.

Voorbeeld: een bestuurder van een kleine not-for-profit stichting is het kind van een lid van de Tweede Kamer. Die bestuurder is een PEP, wat voor de stichting betekent dat alle Wwft-plichten waar de stichting zaken mee doet, zoals de bank, de verzekeringsmaatschappij, het administratiekantoor en de advocaat, extra cliëntenonderzoek moeten doen vanwege het bij de stichting per definitie aanwezig geachte verhoogde risico op witwassen en terrorismefinanciering. Dat onderzoek betreft niet alleen de cliëntenacceptatie maar ook permanente monitoring van de zakelijke relatie met de stichting, met inbegrip van een nauwlettende controle van de tijdens de gehele duur van de zakelijke relatie met de stichting verrichte transacties, waarbij extra maatregelen moeten worden genomen vanwege het verhoogde AML-risico²⁷. In dit voorbeeld is niet alleen het kind van het kamerlid PEP, ook de andere bestuurders van de stichting zijn PEP geworden als gevolg van de aanwezigheid in het bestuur van het familielid van het lid van de Tweede Kamer. Volgens beantwoording van vragen uit de Tweede Kamer²⁸ komt dat omdat het begrip ‘naaste geassocieerde’ van een PEP ook medebestuurders omvat. Leden van de Eerste Kamer zijn eveneens PEP’s, wat tijdens de behandeling in de Eerste Kamer van de eerste implementatiewet kritische vragen opleverde, aangezien er al een Nederlandse bank was die bij leden van de Eerste Kamer allerlei persoonsgegevens opvroeg vooruitlopend op de wijziging van de Wwft²⁹.

Grote groep natuurlijke personen ubo

Geconstateerd kan worden dat in AMLD het oorspronkelijke begrip uiteindelijk belanghebbende is verlaten en dat deze regelgeving een ruime groep natuurlijke personen onder de definitie ‘ubo’ heeft gebracht.

Zowel ten aanzien van de ubo als bij de PEP kan de vraag worden gesteld waarom gekozen wordt voor definities die tot gevolg hebben dat persoonsgegevens worden verzameld en uitgewisseld inzake een zeer ruime groep natuurlijke personen, waarvan het grootste deel niets met witwassen of terrorismefinanciering te maken heeft. Een antwoord op die vragen heb ik in de officiële publicaties inzake AMLD en de eerste implementatiewet niet kunnen vinden.

De anti-witwaswetgeving leidt tot aantasting van de grondrechtelijke vrijheden. Een dergelijke aantasting is op grond van het evenredigheidsbeginsel alleen toegestaan als het noodzakelijk is om gerechtvaardigde doelen te bereiken.

Een en ander roept ook de vraag op waarom geen alternatieve maatregelen zijn onderzocht, zoals frauduleus achtige bepalingen die zich richten op degenen die rechtspersonen en constructies misbruiken of verbeteringen in het rechtspersonenrecht.

In het tweede artikel ga ik in op de aspecten op het gebied van de Algemene Verordening Gegevensbescherming.

Mw. mr. E.C. Timmer*

(wordt vervolgd)

25. Art. 2 Uitvoeringsbesluit.

26. Echtgenoot van de PEP of persoon gelijkwaardig met de echtgenoot (‘levenspartner’), kind van de PEP, diens echtgenoot of levenspartner en de ouder van de PEP.

27. Art. 13 lid 1 AMLD4.

28. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/ah-tk-20182019-783.html>.

29. Voorlopig verslag van de vaste commissie van financiën, vastgesteld 17 april 2018, kamerstuk 34808 nr C. Als bijlage is de geanonimiseerde vragenbrief van betrokken bank gevoegd.

* Advocaat.
(ellen.timmer@pellicaan.nl)

Stichting tot Bevordering der Notariële Wetenschap



De privacy van de uiteindelijk belanghebbende (II, slot)

In het eerste deel van deze serie besprak ik de verbreding van het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' in de regelgeving op het gebied van bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering. In dit artikel komen de consequenties van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) voor ondernemingen die zich aan deze regelgeving dienen te houden ('Wwft-plichtigen') aan de orde.

Introductie

De Vierde Europese anti-witwasrichtlijn¹ (AMLD4) en de Vijfde Europese anti-witwasrichtlijn (AMLD5), samen ook als AMLD aangeduid, hebben gezorgd voor verbreding van het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' (ubo) in de Nederlandse antiwitwaswet, de *Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme* (Wwft). In het vorige artikel is de nieuwe definitie besproken, die er onder andere toe leidt dat in veel gevallen de statutair bestuurders van een rechtspersoon ubo worden. Bij iedere ubo moet worden onderzocht of hij of zij een politiek prominente persoon (PEP) is.

De Wwft vormt de grondslag voor verwerking van persoonsgegevens door onder andere Wwft-plichtigen en door entiteiten die hun ubo in het ubo-register moeten inschrijven ('registratieplichtigen'). De AVG is van toepassing op die verwerking van persoonsgegevens. De consequenties van de toepasselijkheid worden in dit artikel besproken.

Verwerking van persoonsgegevens

Op grond van AMLD dienen in Nederland persoonsgegevens inzake ubo's te worden verwerkt door onder andere:

- registratieplichtigen, zoals nv's, bv's, stichtingen, verenigingen en personenvennootschappen;
- Wwft-plichtige ondernemingen, zij verwerken persoonsgegevens inzake de ubo's van hun cliënten/opdrachtgevers;
- de houder van het ubo-register, te weten de Kamer van Koophandel.

Gegevenshandelaren

In AMLD wordt geen aparte aandacht besteed aan een vierde categorie, namelijk de gegevenshandelaren² die persoonsgegevens relevant voor de witwasbestrijding, hierna ook als 'AML' aangeduid, en sanctieregelgeving verhandelen en ter beschikking stellen aan onder meer Wwft-plichtigen. Voorbeelden van dergelijke gegevenshandelaren zijn Company Info, Graydon, World-Check en Experian. Of er wel een grondslag op grond van de AVG is voor hun gegevensverwerking, is de vraag. Vele gegevenshandelaren (of aan hen gelieerde partijen) houden zich naast het leveren van AML-persoonsgegevens ook bezig met het leveren van persoonsgegevens inzake kredietwaardigheid en persoonsgegevens ten behoeve marketing.

De gegevenshandelaren staan niet onder enig toezicht en op de kwaliteit van hun verzameling van persoonsgegevens is geen zicht. In 2017 zijn in het buitenland diverse cybersecurity schandalen inzake gegevenshandelaren bekend geworden, zoals de immense datalekken bij Alteryx, Equifax en Dow Jones. Nu misbruik van persoonsgegevens een steeds grotere omvang aanneemt, is er alle aanleiding voor toezicht op de gegevenshandelaren. Een toezicht dat verder gaat dan de AVG.

De uitwisseling door gegevenshandelaren van persoonsgegevens met Wwft-plichtigen, zoals banken, roept vele vragen op, die niet door AMLD worden beantwoord. In AMLD is volstaan met de bepaling dat Wwft-plichtigen uitsluitend persoonsgegevens mogen verwerken met oog op bestrijding van witwassen en terrorismefinanciering en dat verwerking voor andere doeleinden, zoals commerciële doeleinden, verboden is³. Vooralsnog ga ik er van uit dat AMLD er toe leidt dat bij gegevenshandelaren geen grondslag (meer) bestaat voor de verwerking van AML-gerelateerde persoonsgegevens.

1. Richtlijn (EU) 2015/849 van 20 mei 2015, ELI <http://data.europa.eu/eli/dir/2015/849/oj>.

2. In het Engels vaak 'data brokers' genoemd.

3. Art. 41 lid 1 AMLD4.

Verwerking persoonsgegevens op grond van AMLD

AMLD 4 brengt meerdere soorten verwerking van persoonsgegevens met zich mee. Allereerst bij de registratieplichtigen zelf, voorts bij Wwft-plichtigen zoals banken en notarissen en tot slot bij overheidsinstanties zoals de houder van het ubo-register (de Kamer van Koophandel).

Vennootschappen en andere juridische entiteiten (registratieplichtigen) zijn op grond van AMLD verplicht tot het inwinnen en bijhouden van toereikende, accurate en actuele informatie over wie hun ubo's zijn, waaronder detailgegevens over de door die ubo's gehouden economische belangen⁴. Voor een concern met honderd werkmaatschappijen, betekent dat dat al die honderd werkmaatschappijen gegevens van hun eigen ubo moeten administreren.

AMLD bevat uitvoerige bepalingen die er toe leiden dat Wwft-plichtigen in het kader van het cliëntenonderzoek grote hoeveelheden persoonsgegevens dienen te verzamelen. De kernbepaling in dit verband is art. 13 AMLD, dat onder meer verplicht tot doorlopende monitoring van de zakelijke relatie met cliënten, met inbegrip van een nauwlettende controle van de tijdens de gehele duur van de relatie verrichte transacties.

Art. 30 AMLD verplicht de lidstaten om een register van uiteindelijk belanghebbenden (ubo-register) tot stand te brengen, toegankelijk voor bevoegde autoriteiten en FIU's, alsmede voor Wwft-plichtigen. In AMLD4 is opgenomen dat het register ook toegankelijk moet zijn voor personen of organisaties met een legitiem belang. AMLD5 brengt daar wijziging in, "any member of the general public" krijgt toegang tot een beperkte set van gegevens. Op de openbaarheid worden zeer beperkte uitzonderingen toegelaten.

In Nederland zal het ubo-register worden gehouden door de Kamer van Koophandel (KvK) en is onderdeel van het handelsregister. De Nederlandse uitwerking van de ubo-register-regelgeving is nog niet bekend is⁵. De vraag is of de KvK de persoonsgegevens inzake de ubo's zal leveren aan de gegevenshandelaren. Als dat gebeurt, zullen laatstgenoemden op eenvoudige manier de ontbrekende persoonsgegevens (zoals geboortedag, adres, telefoonnummers) aan de dataset kunnen toevoegen.

Overigens is er de nodige kritiek op de handel in persoonsgegevens door de KvK, wat heeft geleid tot vragen van leden van de Tweede Kamer⁶. De Autoriteit Persoonsgegevens heeft een advies over mogelijke verbeteringen in het beschermen

van de privacy van ondernemers in relatie tot het handelsregister aangekondigd. Tijdens de behandeling van een wetsvoorstel tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 is meegedeeld dat de te nemen privacy-maatregelen in een afzonderlijk wetsvoorstel zullen worden opgenomen⁷.

Advies Europese toezichthouder voor gegevensbescherming

De Europese toezichthouder voor gegevensbescherming (European Data Protection Supervisor, 'EDPS') heeft adviezen over AMLD4 en AMLD5 uitgebracht. In 2013 is het eerste advies bekend gemaakt. Het begeleidende persbericht draagt als kop "*EDPS finds major deficiencies in anti-money laundering proposals*"⁸. Naar aanleiding daarvan is het ontwerp van AMLD4 aangepast, maar niet alle aanbevelingen zijn opgevolgd. In 2017 is door EDPS het tweede advies uitgebracht⁹ naar aanleiding van het ontwerp voor AMLD5.

EDPS maakt zich zorgen over het gebruik van de in het kader van AML verzamelde persoonsgegevens voor andere doelen, zoals de belastingheffing. De toezichthouder dringt er op aan dat regelingen worden getroffen die er voor zorgen dat uiteindelijk belanghebbenden op de hoogte zijn van de verwerking van hun persoonsgegevens¹⁰.

In het advies van 2 februari 2017 benadrukt EDPS nogmaals dat ook voor verwerking van AML-gegevens de beginselen van de AVG gelden: elke verwerking van persoonsgegevens dient een legitiem, specifiek en goed geïdentificeerd doel te hebben en de verwerking dient noodzakelijk en proportioneel te zijn. EDPS betwijfelt of die evenredigheid er wel is als maatregelen om belastingontwijking te voorkomen op één lijn worden gezet met het risico op ter-

4. Art. 30 lid 1 AMLD4.

5. Er is een internetconsultatie gehouden en het wetsvoorstel werd dit voorjaar verwacht. Bij brief van 20 april 2018 liet de minister van financiën weten dat indiening van het wetsvoorstel wordt uitgesteld tot begin 2019, kamerstukken 34808 nr. 17.

6. Op 19 april 2018 zijn vragen van kamerleden over het gebruik van informatie uit het handelsregister voor reclamadoeleinden ingezonden, kenmerken 2018Z07426, 2018Z07429, 2018Z07431. Uit de beantwoording, die in juni en augustus 2018 heeft plaats gevonden, blijkt dat er overleg tussen de KvK en de Autoriteit Persoonsgegevens plaats vindt.

7. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34687-10.html>.

8. Persbericht van 4 juli 2013, EDPS/2013/07.

9. Opinion 1/2017, EDPS Opinion on a Commission Proposal amending Directive (EU) 2015/849 and Directive 2009/101/EC.

10. Er is een logische uitzondering voor gegevens inzake melding van ongebruikelijke transacties.

reuraanslagen (het laatste risico rechtvaardigt ingrijpendere maatregelen). Op de openbaarheid van het ubo-register heeft de toezichthouder zware kritiek: toegang tot informatie over uiteindelijk belanghebbenden dient alleen te worden verschaft aan entiteiten belast met wetshandhaving. Bij de totstandkoming van AMLD5 is dit advies van EDPS genegeerd.

AMLD en databescherming

In de tekst van AMLD komt bescherming van persoonsgegevens beperkt aan de orde. In algemene zin wordt melding gemaakt van toepasbaarheid van de databeschermingsregelgeving. Daarbij lijken degenen die AMLD tot stand hebben gebracht niet bekend zijn met de AVG. In art. 41 AMLD4 wordt naar de inmiddels vervallen Europese privacyrichtlijn verwezen. Dat heeft overigens geen gevolgen.¹¹

Hierna bespreek ik een aantal belangrijke verplichtingen op grond van de AVG.

Grondslag verwerking persoonsgegevens

Op basis van de AML-regels kunnen door de betrokken partijen persoonsgegevens worden verwerkt inzake onder andere de ubo. De registratieplichtigen, de KvK en de Wwft-plichtigen zijn allen verwerkingsverantwoordelijk in de zin van de AVG en ontleen hun grondslag aan de Wwft.

De positie van de gegevenshandelaren is een hoofdstuk apart: bij hen ontbreekt een wettelijke grondslag voor hun activiteiten en toestemming kan voor hun activiteiten meestal geen grondslag voor verwerking zijn. Waarschijnlijk ontbreekt een verwerkingsgrondslag, tenzij deze ontleend kan worden aan de verantwoordelijke. Dat heeft dan een verwerkersrol van de gegevenshandelaar tot gevolg, met een andere juridische positie.

Overigens is mij bekend dat gegevenshandelaren veronderstellen dat zij verwerkingsverantwoordelijk zijn. Een analyse inzake de grondslag voor de verwerking heb ik nog niet aangetroffen.

Informatieplicht

De AVG schrijft voor dat de natuurlijke personen wiens persoonsgegevens worden verwerkt ('betrokkenen') worden geïnformeerd, wat voor de positie van ubo's relevant is.

In art. 41 lid 3 AMLD4 staat dat Wwft-plichtigen informatie over de verwerking van persoonsgegevens verschaffen aan hun cliënten. In veel gevallen zijn zij niet de 'betrokkenen' in de zin van de AVG. De toegevoegde waarde van deze bepaling lijkt beperkt.

Op grond van art. 13 en 14 AVG dient iedere verwerkingsverantwoordelijke de betrokkene te informeren over de verwerking van persoonsgegevens. De informatievoorziening dient ook het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en het bestaan van profilering te omvatten.¹² Op de uitzondering dat het verstrekken van de informatie onmogelijk blijkt of onevenredig veel inspanning zou vergen¹³, zal in het kader van de Wwft naar verwachting geen beroep kunnen worden gedaan. Zie in dat verband ook het advies van EDPS, die van mening is dat buitengewoon belangrijk is dat de ubo's over de gegevensverwerking worden geïnformeerd.

Inzagerecht en rectificatierecht

Ubo's kunnen aan de AVG een inzagerecht¹⁴ en rectificatierecht¹⁵ ontleen. Het inzagerecht omvat informatie over het bestaan van geautomatiseerde besluitvorming en profilering en de daaraan ten grondslag liggende principes¹⁶. De AVG bevat de verplichting om een kopie van de verwerkte persoonsgegevens aan de ubo te verstrekken, als deze daar om vraagt¹⁷.

Wwft-plichtigen dienen voorzieningen te treffen om een correcte naleving van dit voorschrift te waarborgen. Profilering is één van de kernprincipes van AMLD, zeker bij de grotere ondernemingen, zodat zij er goed aan doen zich voor te bereiden op beantwoording van vragen inzake de monitoring technieken.

Vergetelheid

Degene wiens persoonsgegevens op grond van de AML-regels worden verwerkt, kan in theorie beroep doen op het recht op gegevenswissing¹⁸. Nu de grondslag voor de verwerking de AML-regelgeving is, zal zo'n beroep alleen slagen als de gegevens in strijd met de regels verwerkt zijn. Voorbeeld daarvan is het ten onrechte als ubo aanmerken van een persoon. Ook de KvK als houder van het ubo-register kan met dergelijke verzoeken te maken krijgen.

11. Art. 94 lid 2 AVG bepaalt dat verwijzingen naar de oude richtlijn moeten worden gelezen als verwijzingen naar de AVG.

12. Art. 13 lid 2 sub f), art. 14 lid 2 sub f) AVG.

13. Art. 14 lid 5 sub b) AVG.

14. Art. 15 AVG.

15. Art. 16 AVG.

16. Art. 15 lid 1 sub h) AVG en art. 22 AVG.

17. Art. 15 lid 3 AVG.

18. Art. 17 AVG.

Data-minimalisatie

Het principe van data-minimalisatie uit de AVG is ook op het verzamelen van persoonsgegevens op grond van de AML-regelgeving van toepassing. Of dat in de praktijk zal plaats vinden is de vraag. EDPS maakt zich er in de adviezen zorgen over dat Wwft-plichtigen uit angst voor sancties veel meer zullen verzamelen dan nodig, om maar ‘gedekt’ te zijn en adviseert daarom de te vergaren persoonsgegevens nader te omschrijven. Dat is in AMLD niet gebeurd.

Bewaarplicht

De AML-regelgeving biedt een grondslag voor het bewaren van persoonsgegevens en geeft aan dat de gegevens na afloop van de bewaartermijn verwijderd moeten worden. Art. 40 AMLD geeft als hoofdregel dat de gegevens van het cliëntenonderzoek worden bewaard tot vijf jaar na het einde van de zakelijke relatie met de cliënt of na de datum van de transactie. Bij duurzame zakelijke relaties betekent dit dat de persoonsgegevens zeer langdurig zullen worden bewaard, want er is bij zakelijke relaties geen verplichting om oude gegevens, bijvoorbeeld ouder dan tien jaar, te verwijderen. Het is de vraag of een dergelijk lange bewaartermijn met de AVG in overeenstemming is.

Persoonsgegevens inzake strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten

Bij de verwerking van persoonsgegevens inzake strafrechtelijke veroordelingen en strafbare feiten vereist de AVG toezicht van de overheid, tenzij sprake is van Europese of nationale regelgeving die passende waarborgen voor betrokkenen biedt. Aangezien dergelijke gegevens in het kader van de ubo-verplichtingen verwerkt zullen worden, zal de Nederlandse wetgever daar voorzieningen voor moeten treffen.

Privacy Impact Assessment

EDPS heeft in zijn advies aangegeven dat de verwerking van persoonsgegevens in de AML-regelgeving een hoog risico inhoudt voor de rechten en vrijheden van natuurlijke personen. Dat betekent dat verwerkingsverantwoordelijken zoals de KvK en de grotere Wwft-plichtigen in de situaties beschreven in de AVG een gegevensbeschermingseffectbeoordeling moeten laten uitvoeren¹⁹.

Functionaris voor gegevensbescherming

Wwft-plichtigen komen met de verwerking van persoonsgegevens al snel in de sfeer van een verplichte functionaris voor gegevensbescherming (FG)²⁰. Dat is terecht aangezien het hier een verwerking betreft met hoge risico's voor betrokkenen. Ik betwijfel of de rol van FG gecombineerd kan worden met die van Wwft-verantwoordelij-

ke²¹ of Wwft-compliance functionaris²², nu de FG onafhankelijk dient te opereren²³.

Uitzonderingen

Op de toepasselijkheid van de AVG op de gegevensverwerking op grond van de AML-regels zijn een beperkt aantal uitzonderingen, die zijn te vinden in de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming (UAVG). Enige artikelen van de AVG²⁴ kunnen door een werkingsverantwoordelijke buiten toepassing worden gelaten voor zover dat noodzakelijk en evenredig is ter waarborging van de voorkoming van en het onderzoek naar strafbare feiten²⁵. Voor bij de wet ingestelde registers als het ubo-register geldt art. 21 AVG (recht van bezwaar) niet en zijn bepaalde artikelen van de AVG²⁶ niet van toepassing, indien bij of krachtens de wet een bijzondere procedure voor de verbetering, aanvulling, verwijdering of afscherming van gegevens is geregeld²⁷.

Tot slot

In het voorgaande besprak ik dat de bescherming van de persoonsgegevens van de ubo een belangrijk issue is, waaraan door de Europese en Nederlandse wetgever tot nu toe beperkte aandacht is besteed. Dat zal moeten veranderen nu de nieuwe regels inzake uiteindelijk belanghebbende en ubo-register op afzienbare termijn in Nederland geïmplementeerd zal moeten zijn.

Blijft de vraag of AMLD-regelgeving inzake de ubo wel in overeenstemming is met de Europeesrechtelijke grondbeginselen, onder meer van evenredigheid.

Mw. mr. E.C. Timmer*

19. Art. 35 AVG.

20. Art. 37 tot en met 39 AVG.

21. Art. 2d lid 1 Wwft.

22. Art. 2d lid 2 Wwft.

23. Art. 38 AVG.

24. Art. 12 tot en met 21 en art. 34 AVG.

25. Art. 41 UAVG.

26. Art. 15, 16, 18 en 19 AVG.

27. Art. 47 UAVG.

* Advocaat.
(ellen.timmer@pellicaan.nl)