

WPNR 2012(6937) Het notarieel beroepsgeheim op de tocht, burger in de kou

Publicatie	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Aflevering	143 afl. 6937
Paginanummers	502-515
Publicatiedatum	30 juni 2012
Auteurs	Mr. J.G. Geertsma, Advocaat te Amsterdam. (jurjan.geertsma@boekeldeneree.com) Met dank aan prof. mr. B.C.M. Waaijer voor zijn waardevol commentaar op de eerdere versie.

Het notarieel beroepsgeheim op de tocht, burger in de kou

1. Algemeen

Op 27 september 2011 is de Wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wet en wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister en van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ('Wijzigingswet Wna') door de Eerste Kamer aangenomen.¹ Het betreft een aantal wijzigingen van de Wet op het notarisambt ('Wna') en de Wet op het centraal testamentenregister naar aanleiding van de evaluatie van de Wna door de Commissie Hammer-stein. Per 1 januari 2012 is een aantal van deze wijzigingen in werking getreden. Gelijktijdig is ook de Wet tot wijziging van de Wet op het notarisambt in verband met de invoering van een informatieplicht ten aanzien van gegevens betreffende de bijzondere rekening, bedoeld in art. 25 van die wet ('Wet informatieplicht derdengeldenrekening notariaat') in werking getreden.² In onderstaand artikel zullen de omvang en gevolgen van de doorbreking van de geheimhoudingsplicht ten opzichte van de toezichthouder, fiscus en het Openbaar Ministerie ('OM') ten gevolge van deze wetten worden besproken en tegen het licht worden gehouden van het maatschappelijk belang dat met de beroepsgeheimhouding wordt gewaarborgd.

1.1. De geheimhoudingsplicht

De geheimhoudingsplicht voor de notaris (hieronder ook: 'het beroepsgeheim') is neergelegd in art. 22 Wna. Hij is, voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald, ten aanzien van hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheden als zodanig kennis neemt tot geheimhouding verplicht. Schending van deze verplichting is strafbaar gesteld in art. 272 Wetboek van Strafrecht ('Sr'). Onlosmakelijk met de geheimhoudingsplicht van de notaris verbonden, is het functioneel verschoningsrecht. De grondslag hiervan is gelegen in het algemene rechtsbeginsel inhoudende dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.³

Algemene rechtsbeginselen worden geduid als ongeschreven regels, die verwijzen naar een belangrijke sociaal-ethische waarde, een (rechts)ideaal.⁴

Vranken noemt de algemene rechtsbeginselen "zedelijkheidspostulaten van het recht" en "de bruggehoofden van recht en ethiek, vertrekpunten voor zowel zedelijk als juridisch handelen".⁵ Het algemeen rechtsbeginsel ten grondslag liggend aan de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht is derhalve rechtsstatelijk beschouwd van zeer zwaar gewicht.

1.2. Waarborgen

Uit dit algemeen rechtsbeginsel volgt duidelijk dat het beroepsgeheim niet is toebedeeld

aan de notaris ten behoeve van hemzelf, maar ten behoeve van de maatschappij, de rechtsstaat, de burger. Laatstgenoemde moet er op kunnen vertrouwen dat hetgeen hij aan de notaris te kennen geeft onder diens discretie berust en blijft berusten. Daartoe zijn mijns inziens twee waarborgen van belang. Ten eerste zijn het beroepsgeheim en het verschoningsrecht in hun omvang tamelijk absoluut. Een relativering zal al snel leiden tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid voor de burger, omdat hij in het algemeen geen onderscheid kan maken tussen verschillende soorten notariële werkzaamheden, hij zich daarbij niet kan realiseren wat onder de reikwijdte van het verschoningsrecht van de notaris valt en hij hierop derhalve niet kan anticiperen.⁶ Algemeen wordt aangenomen dat de burger zonder deze zekerheid eerder een vrees voor openbaarmaking zal bekomen en daardoor terughoudend zal zijn in zijn informatievoorziening aan de notaris. Dat raakt de effectiviteit van het notariaat en bewijst de rechtsstaat een slechte dienst. Ten tweede is het beroepsgeheim niet een (voor)recht maar een zorg(plicht) van de notaris. Hij zelf dient te bepalen of informatie moet worden beschouwd als hem in zijn hoedanigheid van notaris toevertrouwde informatie en daarmee vallend onder zijn beroepsgeheim. Slechts indien er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat zijn oordeel onjuist is, kunnen justitiële autoriteiten van de inhoud van die informatie kennis nemen om dit oordeel te toetsen.⁷ Dat de beslissing bij de notaris ligt, volgt logischerwijs uit het algemeen rechtsbeginsel dat het algemene vertrouwen van de burger op geheimhouding hoger stelt dan de waarheidsvinding. De burger mag er op vertrouwen dat de notaris het toevertrouwde niet prijs geeft. Als een ander hierover zou beslissen, zou dat de vertrouwensrelatie aantasten. Indien deze beslissing bij instanties als het OM en de fiscus komt te liggen, is het vanuit hun taakstelling te verwachten dat de balans eerder ten behoeve van de waarheidsvinding en de richtige heffing van belastingen zal doorslaan. Het beroepsgeheim dient het goed functioneren van het notariaat. De notaris en zijn beroepsgroep kan daarover het beste waken en heeft daarbij het grootste belang. Met het voorgaande is overigens niet gezegd dat het beroepsgeheim onbeperkt is. Zij is beperkt tot informatie die aan de notaris in zijn hoedanigheid is vertrouwd. Het behoort niet als dekmantel voor duistere praktijken te dienen, zodat het verschoningsrecht zich niet uitstrekt over de voorwerpen van het strafbare feit en die tot het begaan daarvan hebben gediend.⁸ De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat voor overige aan de notaris toevertrouwde gegevens slechts in 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' de belangen van waarheidsvinding kunnen prevaleren.⁹ De rechter beslecht uiteindelijk in een concreet geval de discussie over de reikwijdte van het beroepsgeheim.

2. De Wijzigingswet Wna

2.1. Doorbreking van de geheimhoudingsplicht

De Wijzigingswet Wna bevat een doorbreking van de geheimhoudingsplicht van de notaris jegens i) de toezichthouders van het Bureau Financieel Toezicht ('BFT') (art. 111a, derde lid Wna), ii) de kwaliteitstoetsers van de KNB (art. 61a, derde lid Wna)¹⁰ en iii) de onderzoeksrechter en tuchtrechter (art. 94, tweede lid en 99a, vijfde lid Wna). De strekking van deze bepalingen is dat de notaris en zijn medewerkers ten opzichte van deze functionarissen niet gehouden zijn aan de geheimhoudingsplicht. Er is aldus een wettelijke uitzondering gecreëerd. In 2007 had het Hof Amsterdam in het kader van een proefproces van het BFT nog geoordeeld dat het toezicht op de naleving van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme volgens het hof "niet een zo zwaarwegend vereiste van algemeen belang" is, dat daarvoor zonder wettelijke grondslag het beroepsgeheim kan worden beperkt.¹¹ De achtergrond van de beperking van de geheimhoudingsplicht zijn de belangen van een effectief toezicht op de integriteit en kwaliteit van het notariaat, een volledige toetsing door de KNB en een goede uitoefening van de tuchtrechtspraak. Met de Wijzigingswet Wna wordt beoogd adequate voorzieningen te treffen om tegen te gaan dat een notaris zijn ambtsgeheim kan misbruiken door zich met een beroep op het verschoningsrecht te onttrekken aan enige vorm van toezicht.¹² Dat laatste is overigens moeilijk verenigbaar met de overwegingen uit de eerder genoemde hofbeslissing, waarin het hof betrok dat men in het algemeen vertrouwen mag hebben in het notariaat en dat er bovendien mogelijkheden zijn om achteraf op te treden.¹³

2.2. Omvang doorbreking

Het nieuwe art. 111a Wna luidt:

“1. De bij besluit van het bestuur van het Bureau aangewezen personen die werkzaam zijn bij het Bureau, zijn belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens deze wet. Van dat besluit wordt mededeling gedaan in de Staatscourant.

2. In aanvulling op artikel 5:17 van de Algemene wet bestuursrecht is een toezichthouder als bedoeld in het eerste lid, bevoegd om inzage te vorderen in persoonlijke gegevens en bescheiden, voorzover deze betrekking hebben op de persoonlijke financiële administratie van de notaris.

3. Ten behoeve van de uitoefening van het toezicht door de aangewezen personen, bedoeld in het eerste lid, zijn de notaris en de onder zijn verantwoordelijkheid werkzame personen ten opzichte van de aangewezen personen niet gehouden aan de geheimhoudingsplicht, bedoeld in artikel 22.”

Hoewel de letterlijke tekst van art. 111a, derde lid Wna ruimte lijkt te bieden voor een uitleg waarbij het de notaris is die bepaalt of zijn geheimhoudingsplicht aan verstrekking van informatie in de weg staat, blijkt uit de toelichting dat de toezichthouder onbeperkte inzage in de dossiers krijgt. Bij de uitoefening van het toezicht vervalt het verschoningsrecht van de notaris en kan er geen beroep worden gedaan op art. 5:20 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (‘Awb’) om medewerking aan toezichthandelingen te weigeren.¹⁴ De beperking is doelgebonden, dat wil zeggen dat deze enkel geldt voor het toezicht, de kwaliteit en de tuchtrechtspraak, en alleen ten opzichte van degenen die belast zijn met de verwezenlijking van deze doelen. De toelichting duidt met name op de inzage in cliëntendossiers, zodat aan de hand daarvan kan worden beoordeeld wat de desbetreffende notaris aan werkzaamheden heeft verricht en welke overwegingen hij daarbij heeft gehanteerd.¹⁵ De doelbinding van de doorbreking van de geheimhoudingsplicht wordt gevormd door het toekennen van een van de notariële geheimhoudingsplicht afgeleide geheimhoudingsplicht met een overeenkomstig verschoningsrecht aan de toezichthouder, kwaliteitsstoetsers en tuchtrechter. Deze afgeleide geheimhoudingsplicht is niet als zodanig in de wet opgenomen, maar volgt - kennelijk - uit een teleologische interpretatie van de art. 111a jo. 22 Wna.

2.3. Het maatschappelijk belang van vertrouwelijkheid in de Wijzigingswet Wna

Volgens de staatssecretaris wordt het maatschappelijk belang van vertrouwelijkheid tussen notaris en cliënt dat met de geheimhoudingsplicht wordt beschermd in de Wijzigingswet Wna voldoende gewaarborgd omdat de doorbreking van de geheimhoudingsplicht doelgebonden is.¹⁶ Is dit het geval? De Wijzigingswet Wna roept in dit verband namelijk een aantal vragen op. Hoe ver strekt de doorbreking? Deze lijkt namelijk verder te gaan dan de enkele inzage in cliëntendossiers. Doordat in art. 111a, eerste lid Wna (nieuw) de medewerkers van het BFT worden aangemerkt als toezichthouders in de zin van art. 5:11 Awb, komen aan hen alle bevoegdheden van titel 5.2 Awb toe. Dit is een verschil met art. 96, eerste lid Wna (oud), dat deze titel juist buiten toepassing stelde. Dit betekent dat de geheimhoudingsplicht ook niet van toepassing is indien een toezichthouder inlichtingen vordert (art. 5:16 Awb), inzage in zakelijke gegevens en bescheiden vordert (art. 5:17 Awb), daarvan kopieën maakt (art. 5:17, tweede lid Awb) of overige medewerking vordert (art. 5:20 Awb). De bevoegdheden van de toezichthouder zijn derhalve veel ruimer en de doorbreking is daarmee verstrekkender. De staatssecretaris heeft kenbaar gemaakt dat het BFT adequate voorzieningen zal dienen te treffen om de geheimhouding van vertrouwelijke informatie te waarborgen.¹⁷ Wat zijn deze voorzieningen en hoe adequaat zijn deze? Hoe wordt naleving gecontroleerd? Op dit moment is dit nog volstrekt onbekend. Hoe duidelijk is de Wijzigingswet Wna? De afgeleide geheimhoudingsplicht voor de toezichthouder is hierin niet expliciet opgenomen, terwijl deze als waarborg van de doorbreking van de geheimhoudingsplicht van de notaris

moet gelden. Juist dan ligt het voor de hand de afgeleide geheimhoudingsplicht expliciet in de Wna op te nemen. Voor de burger zou dit kenbaarder zijn en hem daardoor meer zekerheid en vertrouwen geven. Voor de toezichthouder zou het een duidelijke vermaning zijn zich het belang van de vertrouwelijkheid aan te trekken. Een goede reden om dit buiten de wet te houden ontbreekt, ook omdat voor medewerkers van de notaris de afgeleide geheimhoudingsplicht wel in art. 22 Wna is opgenomen. Een soortgelijke onvolkomenheid heeft Van den Haak geduid voor wat betreft de gegevensoverdracht van ter gelegenheid van kwaliteitstoetsing door de KNB verkregen vertrouwelijke informatie aan de toezichthouder.¹⁸ Ook dit is niet in de wet terug te vinden.

2.4. De waarborging richting toezichthouder en justitie

Hoe is het maatschappelijk belang van vertrouwelijkheid gewaarborgd in de verhouding tussen toezichthouder en andere instanties zoals het OM of de fiscus? De algemene informatieverstrekking en het doen van aangifte worden onderscheiden. De toezichthouder zal niet spontaan vertrouwelijke informatie aan deze instanties mogen verstrekken. Hij wordt omringd door geheimhoudingsplichten: de directe geheimhoudingsplicht op grond van art. 2:5 Awb, de geheimhoudingsplicht ex art. 110, achtste lid Wna en de afgeleide geheimhoudingsplicht op grond van de art. 111a jo. 22 Wna. De toezichthouder zal derhalve zeer zorgvuldig met kennisname en ontvangst van vertrouwelijke informatie dienen om te gaan. Ook voor hem geldt dat schending een overtreding van art. 272 Wetboek van Strafrecht ('Sr') oplevert. Maar hoe moet de toezichthouder reageren, indien hij wordt geconfronteerd met verzoeken en/of vorderingen van deze instanties strekkende tot afgifte of inzage van informatie? Hij loopt in dat geval tegen de vraag aan of zijn afgeleide geheimhoudingsverplichting aan verstrekking in de weg staat en of hij aldus gebruik dient te maken van zijn afgeleid verschoningsrecht. Kan de toezichthouder deze afweging überhaupt maken? Het uitgangspunt is immers dat de notaris bepaalt of informatie als aan hem toevertrouwde informatie moet worden beschouwd. De toezichthouder kan dit niet beoordelen - het betreft ook een *afgeleide* geheimhoudingsplicht - en zal bovendien sneller geneigd zijn de balans ten gunste van de waarheidsvinding te laten uitvallen. Het maatschappelijke belang van vertrouwelijkheid komt hier in het gedrang. Dit kan worden ondervangen door expliciet te bepalen dat de instanties zich dan tot de notaris dienen te wenden. Melden zij zich toch bij de toezichthouder, dan dient deze afgifte of inzage te weigeren en de verzochte informatie onder couvert aan bijvoorbeeld de rechter-commissaris te verstrekken, die op zijn beurt de notaris zal vragen zich uit te laten over de vraag of de informatie valt onder zijn verschoningsrecht.

Hoe dient de toezichthouder om te gaan met het aantreffen van vermoedelijke strafbare feiten? In de toelichting op de wetswijziging wordt uitgebreid gewezen op de uit art. 162, eerste lid, onder b Wetboek van Strafvordering ('Sv') voortvloeiende aangifteverplichting voor ambtenaren die kennis krijgen van een strafbaar feit met de opsporing waarvan zij niet zijn belast.¹⁹ Deze verplichting geldt onder andere bij kennisname van een misdrijf dat is begaan door een ambtenaar die daarbij een bijzondere ambtsplicht heeft geschonden of daarbij gebruik heeft gemaakt van macht, gelegenheid of middel hem door zijn ambt geschonken. De notaris kan als ambtenaar in de zin van art. 162 Sv worden aangemerkt, zodat indien een ambtenaar van het BFT kennis draagt van een misdrijf gepleegd door een notaris, hij daarvan aangifte dient te doen bij het OM.²⁰ Dit is volgens de staatssecretaris een uitzondering op de afgeleide geheimhoudingsplicht voor de toezichthouders. Dit komt er op neer dat de toezichthouder aangifte moet doen tegen een notaris, indien hij kennis krijgt van een misdrijf als bedoeld in art. 162, eerste lid onder b Sv, maar dat hij in dat geval geen informatie mag verstrekken dat herleidbaar is tot cliënten. De toezichthouder mag bij het doen van aangifte tegen een notaris aangeven aan welke strafbare feiten deze zich schuldig heeft gemaakt en een beschrijving geven van de specifieke handelingen van de notaris die daaraan ten grondslag liggen.²¹ De toezichthouder krijgt hiermee een complexe opdracht. Daargelaten dat ten onrechte van hem wordt verwacht dat hij kwalificeert aan welke strafbare feiten de notaris zich volgens hem schuldig zou hebben gemaakt, zal het veelal onmogelijk zijn een dusdanige beschrijving te geven van specifieke handelingen van een notaris zonder dat deze herleidbaar is tot (specifieke) cliënten. De toezichthouder stelt zich in dat laatste geval bloot aan het risico van schending van zijn

geheimhoudingsverplichting zoals strafbaar gesteld in art. 272 Sr, terwijl het niet voldoet aan de aangifteverplichting niet (strafrechtelijk) is gesanctioneerd. Het is de vraag wat de waarde is van zo een algemene aangifte dat een notaris volgens de toezichthouder een valsheid in geschrifte heeft gepleegd of deelneemt aan een criminele organisatie, en waartoe dat dient. Met enige argusogen bekeken, valt op dat deze - reeds bestaande - aangifteverplichting expliciet in de toelichting wordt genoemd en dat in dezelfde passages daaraan de toepassing van dwangmiddelen door justitie wordt gekoppeld. Het lijkt een teken aan de wand dat het OM zich in de toekomst bij de beoordeling van de inzet van dwangmiddelen jegens een notaris of zijn cliënten veelal op het standpunt zal stellen dat deze (mede) op basis van een algemene aangifte van de toezichthouder kunnen worden ingezet. Een (eenvoudig te formuleren) verdenking van ernstige strafbare feiten, die de kern raken van het werk van een notaris, kan immers al bijdragen aan de kwalificatie van *zeer* uitzonderlijke omstandigheden.²² Het grootste zorgpunt is wellicht dat in de wetsgeschiedenis niet meer wordt gesproken over 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' maar enkel over 'uitzonderlijke omstandigheden'.²³ De Wijzigingswet Wna leidt tot veel meer onduidelijkheid en onzekerheid over het beroepsgeheim dan het belang van vertrouwelijkheid rechtvaardigt. Er komt een zorgplicht voor dit belang bij de toezichthouder te liggen, die dit vanuit zijn taakstelling niet kan beschermen en zonder dat dit met duidelijke wettelijke waarborgen is omkleed. De burger heeft hierbij het nakijken.

3. De Wet informatieplicht derdengeldenrekening notariaat

3.1. Beperking van de geheimhoudingsplicht

Met de Wet informatieplicht derdengeldenrekening notariaat is de notaris verplicht informatie te verstrekken aan de Belastingdienst en het OM over de geldstromen die lopen via de bijzondere rekening als bedoeld in art. 25, eerste lid Wna. De notaris is verplicht om een bijzondere rekening (derdengeldenrekening of kwaliteitsrekening) aan te houden bij een bank voor gelden die aan de notaris in verband met zijn werkzaamheden ten behoeve van derden worden toevertrouwd. Uitgangspunt was dat de geheimhoudingsplicht van de notaris zich ook uitstrekt omtrent de gegevens van transacties die via deze bijzondere rekening lopen.²⁴ Dat geldt nu niet meer in volle omvang. Deze wijziging dient volgens de staatssecretaris de bestrijding van misbruik, fraude en criminaliteit in de vastgoedsector en de richtige heffing en effectieve inning van belastingen.²⁵

Art. 25, achtste en negende lid Wna luidt sinds 1 januari 2012:

“8. De notaris verstrekt, in uitzondering op zijn geheimhoudingsplicht, bedoeld in artikel 22, aan de inspecteur of de ontvanger, bedoeld in artikel 2 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, artikel 2 van de Invorderingswet 1990 dan wel artikel 1:3 van de Algemene douanewet, indien deze dit, daartoe gemachtigd door Onze Minister van Financiën, verzoekt uit hoofde van de uitoefening van een bevoegdheid op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Invorderingswet 1990 onderscheidenlijk de Algemene douanewet:

- a) de namen, adressen en woonplaatsen van de personen die betrokken zijn bij betalingen naar of vanaf de bijzondere rekening in verband met een in het verzoek specifiek aangeduide transactie of handeling waaraan de notaris zijn medewerking heeft verleend, alsmede de omvang van die betalingen en de nummers van de bankrekeningen waarvan door die personen gebruik is gemaakt;
- b) de aard van de transactie of handeling waarop een in het verzoek specifiek aangeduide betaling naar of vanaf de bijzondere rekening betrekking heeft, alsmede de namen, adressen en woonplaatsen van de personen die daarbij betrokken zijn, de omvang van de betalingen en de nummers van de bankrekeningen waarvan door die personen gebruik is gemaakt.

Bij het verstrekken van de hiervoor genoemde gegevens wordt hun

onderling verband door de notaris aangeduid.

9. De notaris, verstrekt, in uitzondering op zijn geheimhoudingsplicht, bedoeld in artikel 22, aan de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris, de gegevens met betrekking tot de bijzondere rekening die deze vordert uit hoofde van de uitoefening van een bevoegdheid op grond van het Wetboek van Strafvordering.”

In de wet is aldus een tweetal informatieplichten voor de notaris opgenomen. Ten eerste de verplichting om de fiscus des verzocht de genoemde gegevens behorende bij de specifiek aangeduide transactie of handeling (sub a) en/of behorende bij de specifiek aangeduide betaling naar of vanaf de bijzondere rekening (sub b) te verstrekken. Ten tweede de verplichting om de opsporingsambtenaar, officier van justitie en/of rechter-commissaris de met betrekking tot de bijzondere rekening gevorderde gegevens te verstrekken.

3.2. Het maatschappelijk belang van vertrouwelijkheid in de Wet informatieplicht derdengeldenrekening

De wettelijke regeling valt op door haar beknoptheid maar blinkt niet uit in duidelijkheid over de waarborging van de vertrouwelijkheid. Voor fiscale informatieverzoeken bepaalt de wet nog welke soort gegevens dienen te worden verstrekt en dat een voorafgaande machtiging van de Minister van Financiën is vereist; voor wat betreft vorderingen van justitie wordt enkel verwezen naar het Wetboek van Strafvordering. De toelichting vermeldt wel een aantal nadere waarborgen. Ten eerste blijkt dat enkel de notaris bevoegd is tot verstrekking en dat de plicht geen betrekking heeft op verstrekking van (afschriften van) bepaalde documenten.²⁶ Ten tweede is opgenomen dat de fiscus alleen informatie opvraagt op grond van een concreet verzoek ten aanzien van specifieke transacties, handelingen of betalingen en dat dit alleen zal worden gedaan indien daartoe gereede aanleiding bestaat en de benodigde informatie niet op andere wijze kan worden verkregen.²⁷ Van ‘gereede aanleiding’ is sprake wanneer de omstandigheden van het concrete geval voldoende rechtvaardiging vormen voor het doen van een informatieverzoek bij de notaris. Hierbij spelen omstandigheden van een verhoogd risico van belastingontduiking of -fraude, de omstandigheid dat de gegevens van belang kunnen zijn voor het onderzoek en niet of moeilijk op andere wijze kunnen worden verkregen en het gewicht van de zaak een rol.²⁸ De fiscus bepaalt zelf of deze rechtvaardiging aanwezig is. De staatssecretaris heeft benadrukt dat uit de machtiging door de Minister van Financiën volgt dat de fiscus terughoudend moet zijn met deze informatieverzoeken en dat dit in een beleidsregel zal worden verwoord.²⁹ Dit is recent neergelegd in het Besluit Informatieverstrekking notaris.³⁰ Ten derde wordt voor justitie in de toelichting vastgehouden aan de verwijzing naar het Wetboek van Strafvordering, weliswaar met de aantekening dat het in de rede ligt dat afspraken over de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden jegens notarissen met de KNB en het OM worden neergelegd in een aanwijzing van het OM.³¹

In de wet zijn deze ‘waarborgen’ niet terug te vinden. De wettelijke regeling is mede daardoor te summier en vaag en schiet daarmee te kort voor wat betreft de waarborging van het belang van vertrouwelijkheid. Dit leidt tot onduidelijkheid en onzekerheid over de reikwijdte van beroepsgeheim. Bovendien schiet het wetsvoorstel zijn doel, dat met name wordt gerechtvaardigd met de bestrijding van vastgoedfraude, ruimschoots voorbij, doordat het niet enkel betrekking heeft op vastgoedtransacties maar op alle notariële transacties en handelingen. Het is daarnaast ongewenst dat de wetgever het aan de fiscus en het OM overlaat om via beleidsregels invulling te geven aan (de waarborging van) het beroepsgeheim. In plaats van aan de over de vertrouwelijkheid wakende notaris wordt dit nu aan immer informatiebehoevende overheidsinstanties overgelaten. Met het Besluit Informatieverstrekking notaris zet de fiscus duidelijk de toon en blijkt dat hij een ruimere uitleg dan de wet en wetsgeschiedenis nastaat, waarbij het met name gaat om ‘het kunnen’ van de fiscus en ‘het moeten’ van de notaris. Gewezen kan worden op het stellen van vervolgvragen door de inspecteur en op de ruime eis dat de gevraagde informatie betrekking moet hebben op een zo specifiek mogelijk aangeduide transactie of handeling

die van belang *kan* zijn voor de heffing of invordering van belasting òf de opsporing. Ten aanzien van dat laatste ontbreekt bovendien de wel in de wetsgeschiedenis genoemde voorwaarde dat een opsporingsambtenaar enkel een verzoek doet na verkregen toestemming van de officier van justitie.³² De

wet is een duidelijkere en zekerdere kenbron van het recht dan een beleidsregel die eenvoudig en snel kan worden gewijzigd. De ideeën die over het beroepsgeheim bij sommige instanties leven zijn in de wetsgeschiedenis duidelijk beschreven - een beletsel, een 'blackbox' of een dekmantel - maar geven weinig vertrouwen voor de waarborging van de vertrouwelijkheid. Vergelijk in dat geval ook de kritische noot van professor Mevis dat het uitgangspunt dat het belang van het verschoningsrecht wel eens boven dat van strafrechtelijke rechtshandhaving uit zou kunnen gaan, kennelijk zelfs bij het OM nog maar beperkt aanwezig is.³³ Het is vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en vertrouwen voor de burger onbegrijpelijk dat de wetgever de verantwoordelijkheid voor het zorg dragen van een maatschappij waarin men zich vrijelijk en zonder vrees tot de notaris kan wenden afneemt van de notaris, dat het notariaat zich dit laat welgevallen, dat de wetgever dit vervolgens niet naar zichzelf toetrekt maar dit in handen stelt van de fiscus en het OM. Zij dienen nu kennelijk te oordelen of gewenste gegevens vallen onder de uitzondering van de geheimhoudingsplicht van de notaris en zij dienen nu kennelijk bij de vraag naar de inzet van hun bevoegdheden alle in het geding zijnde belangen, waaronder de belangen die het beroepsgeheim beoogt te beschermen, af te wegen.³⁴ De rol van de rechter, die in deze gevallen niet meer de beslissing van de notaris toetst, maar de rechtmatigheid van de informatiegaring van de instanties, wordt vele malen beperkter en indien dit al leidt tot een vaststelling van een onrechtmatigheid is het de vraag welke sanctie hieraan wordt verbonden. Een te lichte sanctie zullen de instanties op de koop toe nemen. De burger, zonder feitelijke hoeder van zijn belangen, kan zijn knopen gaan tellen, te meer nu in dat laatste geval de vertrouwelijkheid van de gegevens al is verloren.

4 Tot slot

De wetswijzigingen zijn een forse doorbreking van de geheimhoudingsplicht van de notaris ten behoeve van de toezichthouder, de fiscus en het OM. Zij schieten echter te kort in waarborging van het maatschappelijke belang bij vertrouwelijkheid, doordat zij te veel onduidelijkheid en onzekerheid oproepen over de omvang en gevolgen van deze doorbreking. De te ontwaren trend waarin de toezichthouder, de fiscus en het OM in plaats van de notaris beoordelen of er sprake is van vertrouwelijke informatie en of er situaties zijn die doorbreking van de geheimhoudingsplicht rechtvaardigen, is daarnaast vanuit het belang van de bijstand- en adviesbehoevende burger zorgwekkend te noemen. De wetgever en het notariaat laten deze burger anno 2012 in de kou staan.

Voetnoten

- 1 Wet van 29 september 2011 tot wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wet en wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister en van de Wet ter voorkoming van witwassen en ?nanciering terrorisme, Stb. 2011, 470.
- 2 Wet informatieplicht derdengeldenrekening notariaat, Stb. 2011, 557; inw. tr. 1 januari 2012, Stb. 2011, 625.
- 3 HR 1 maart 1985, NJ 1986/173, ro. 3.6 (Ogem/notaris Maas).
- 4 Remmelink, J., *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer, Gouda Quint, 1996, p. 71.
- 5 Vranken, J.B.M., *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, p. 86.
- 6 HR 1 maart 1985, NJ 1986/173, ro. 3.6 (Ogem/ notaris Maas); Heyman, H.W., Inleiding, in: *Meer spreken, minder zwijgen? Over geheimhouding, informatieplicht en verschoningsrecht van de notaris*, Den Haag, Sdu, 2007, p. 10 en 12.
- 7 HR 12 februari 2002, NJ 2002, 439.

- 8 Art. 98, tweede lid Wetboek van Strafvordering; HR 22 november 1991, NJ 1992, 315.
- 9 HR 30 oktober 2007, NJ 2008, 114 en 115; zie ook Waaijer, B.C.M., *Relativering van het verschoningsrecht. Over zeer uitzonderlijke omstandigheden*, *WPNR*, 08/6759, p. 471-474.
- 10 Art. 61a Wna is op 1 januari 2012 reeds in werking getreden; *Stb.* 2011, 587.
- 11 Hof Amsterdam, 25 oktober 2007, LJN BB6708.
- 12 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 8.
- 13 Zie noot 7.
- 14 Kamerstukken II 32250, nr. 3, p. 30. Zie ook, Van Es, P.C., 'De beperking van de notariële geheimhoudingsplicht in het Wetsvoorstel Hammerstein', *JBN* 2011/28, p. 2.
- 15 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 7.
- 16 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 8.
- 17 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 14-15.
- 18 Van den Haak, H.F., *Wijziging van de Wet op het notarisambt c.a. Vijf desiderata*, *WPNR*, 11/6888, p. 441-451.
- 19 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 9.
- 20 Deze bepaling is overigens in beginsel niet van toepassing op andere functioneel verschoningsgerechtigden zoals de advocaat, arts of geestelijke, aangezien zij veelal geen ambtenaar zijn.
- 21 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 9.
- 22 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 9.
- 23 Kamerstukken II, nr. 32250, nr. 3, p. 6, 9, 15.
- 24 HR 18 december 1998, NJ 2000, 341 (Ontvanger/Van Olst).
- 25 Kamerstukken II, nr. 32700, nr. 3, p. 1-2.
- 26 Kamerstukken II, 32700, nr. 3, p. 10.
- 27 Kamerstukken II, 32700, nr. 3, p. 6-7.
- 28 Kamerstukken II, 32700, nr. 6, p. 15.
- 29 Kamerstukken II, 32700, nr. 6, p. 15;
- 30 Besluit Informatieverstrekking notaris, 27 februari 2012, BLKB2012/52M.
- 31 Kamerstukken II, 32700, nr. 3, p. 12.
- 32 Kamerstukken II, 32700, nr. 3, p. 12: ik zie geen zwaarwegende redenen waarom dat niet ook zou gelden in geval van opsporing van fiscale feiten.
- 33 Noot prof. P.A.M. Mevis bij Rechtbank Utrecht 30 juli 2010, NJ 2011, 443.
- 34 Besluit Informatieverstrekking notaris, 27 februari 2012, BLKB2012/52M, onder 2.1 c.