

# Wetswijziging Wna: afschaffing geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd?

Over de uitdijende macht van het BFT

## 1. Inleiding

1.1. Op 27 september 2011 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het Notarisambt ("Wna") door de Eerste Kamer aangenomen ("de gewijzigde Wna")<sup>1</sup>. Op 28 oktober 2011 is de wetswijziging gepubliceerd in het Staatsblad.<sup>2</sup> Het wetsvoorstel is op 3 december 2009 ingediend en is het vervolg op de aanbevelingen<sup>3</sup> van de Commissie Hammerstein<sup>4</sup> die de huidige Wna heeft geëvalueerd. In de eerste plaats zal op grond van de gewijzigde Wna een scheiding komen tussen het tuchtrecht en het toezicht. Het Bureau Financieel Toezicht ("BFT") wordt een afzonderlijke toezichthouder die zowel toezicht houdt op de financiën als op de naleving van de gehele Wna en de integriteit van het notariaat. De kamer van toezicht zal uitsluitend nog worden belast met tuchtrecht.

1.2. Bovendien is in de gewijzigde Wna ervoor gekozen de geheimhoudingsplicht van de notaris jegens het BFT en de intercollegiale kwaliteitstoetsers af te schaffen<sup>5</sup>. Tevens zal de notaris in een tuchtprocedure niet langer meer een verschoningsrecht toekomen<sup>6</sup>. Het BFT krijgt bij zijn toezicht volledige en onbeperkte inzage in de dossiers van de notaris. Wel heeft het BFT een afgeleide geheimhoudingsplicht. Door het toezicht volledig onder de bevoegdheid van het BFT te brengen, komt de zelfstandige onderzoekstaak van de voorzitter van de kamer van toezicht te vervallen. De voorzitter kan op grond van de wetswijziging slechts nog naar aanleiding van een klacht nader onderzoek instellen, welk onderzoek aan het BFT wordt opgedragen.

1.3. Naar alle waarschijnlijkheid zal de gewijzigde Wna op 1 juli 2012 in werking treden. Het is ons inziens opmerkelijk dat het wetsvoorstel door de Eerste Kamer is aangenomen. Immers, eerder had de Vaste Commissie voor Justitie van de Eerste Kamer in een voorlopig verslag nog haar zorgen over het wetsvoorstel geuit, met name over de beoogde doorbreking van het beroepsgeheim van de notaris<sup>7</sup>.

1.4. Wij delen deze zorgen. Laat ons voorop stellen dat wij de voorgestelde scheiding van toezicht en tuchtrechtspraak onderschrijven. De voorgestelde beperking van het beroepsgeheim van de notaris in het kader van de versterking van het toezicht door het BFT, gaat ons inziens echter veel te ver en tast de kern aan van het notariaat: het onvoorwaardelijke



Mv. mr. E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen\*



Mv. mr. D.M.S. Gribling\*

vertrouwen van klanten dat hetgeen zij de notaris toevertrouwen, ook vertrouwelijk blijft. De gewijzigde Wna vormt een ernstige ondermijning van dit vertrouwen, omdat de overheid nu vrije toegang krijgt tot die vertrouwelijke informatie. Het primaire doel achter de afschaffing van de geheimhoudingsplicht jegens het BFT, is dat zonder deze onbeperkte inzage, het BFT zijn toezichtstaak niet naar behoren zou kunnen uitvoeren. Deze afschaffing is derhalve primair gericht op een goed functionerend toezicht en tuchtrecht. Het primaire doel is derhalve niet criminaliteitsbestrijding<sup>8</sup>.

\* Advocaat te Amsterdam.  
(e.van.rijckevorsel@houthoff.com <mailto:e.van.rijckevorsel@houthoff.com>)  
(d.gribling@houthoff.com <mailto:d.gribling@houthoff.com>)  
Auteurs zijn betrokken geweest bij de behandeling van enkele in dit artikel aangehaalde uitspraken. Zij danken mrs. L.H. de Lange en A. Knigge voor het verstrekken van informatie respectievelijk het waardevolle commentaar op eerdere versies van dit artikel.

1. Het wetsvoorstel is op 3 december 2009 ingediend onder de naam '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' (Kamerstukken II, 2009/2010 D 32 250).

2. Staatsblad 2011, 470.

3. Kamerstukken II 2005/06, 23 706, nr. 62, bijlage.

4. De commissie onder leiding van de toenmalige president van het Gerechtshof Arnhem, mr. A. Hammerstein.

5. Art. 111a lid 3 en art. 61a lid 3 gewijzigde Wna.

6. Art. 94 lid 2 gewijzigde Wna.

7. Kamerstukken I 2010-2011, D, Voorlopig verslag van de Vaste Commissie voor Justitie, p. 5 alsmede R.J. Holtman, 'Drie aspecten van het Wetsvoorstel Hammerstein', JBN 2011-5, 27.

8. Uit de evaluatie van de Commissie Hammerstein blijkt dat - mede - gelet op de ontwikkelingen rondom malafide vastgoedtransacties in relatie tot de integriteit van de notaris, een meer actieve vorm van toezicht gewenst is. Ten aanzien van de wens tot afschaffing van de geheimhoudingsplicht wordt echter in algemene termen als reden gegeven dat onbeperkte inzage 'noodzakelijk is om het toezicht op de integriteit van het notariaat te kunnen uitvoeren'. In het kader van de criminaliteitsbestrijding heeft de wetgever zich apart uitgelaten. Op 18 maart 2011 is bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend waarin de notariële derdenrekening buiten het bereik van de geheimhoudingsplicht van de notaris wordt gebracht (Kamerstukken II 32 700, nr. 2.). Dit wetsvoorstel is inmiddels aangenomen door de Eerste Kamer en in het Staatsblad gepubliceerd (Staatsblad 2011, 557). Op 1 januari 2012 is deze wetswijziging in werking getreden (Staatsblad 2011, 625).

1.5. Deze ingrijpende inperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris is terug te voeren op het rapport van de Commissie Hammerstein. Volgens (het rapport van) de Commissie Hammerstein is het in het kader van een effectiever toezicht noodzakelijk dat de overheid – het BFT is immers een overheidsorgaan – inzage krijgt in hetgeen door een cliënt aan de notaris is toevertrouwd. De wetgever heeft deze aanbeveling overgenomen, waardoor de overheid onbeperkte controlerende bevoegdheden krijgt ten koste van het vertrouwen van de burger en ten koste van het ambt van de notaris. De overheid schuift aan tafel bij de notaris en zijn cliënt om zo optimale controle uit te kunnen oefenen. Daarmee krijgt het BFT in vergelijking met andere toezichthouders een unieke positie die naar onze mening niet wordt gelegitimeerd door het daarmee beoogde doel.

1.6. Het gaat nog verder, want – zoals gezegd – krijgt niet alleen het BFT een onbeperkte inzage in de dossiers, ook collega notarissen wordt dit recht in de gewijzigde Wna toegekend. Het toezicht op het notariaat wordt in de gewijzigde Wna namelijk tevens versterkt door de wettelijke vastlegging van de intercollegiale kwaliteitstoetsen van de KNB. Deze intercollegiale kwaliteitstoetsen vinden plaats op aanwijzing van de KNB en de toetsers krijgen een onbeperkt inzage in de dossiers van de notaris. Mocht de KNB dat nodig achten, dan kan zij als gevolg van voormelde kwaliteitstoetsen een klacht indienen bij de kamer. Ook in de tuchtprocedure komt de notaris vervolgens geen beroep toe op zijn verschoningsrecht. Wij menen dat de wetgever de vertrouwelijkheid ten onrechte het kind van de rekening laat zijn van het met de gewijzigde Wna beoogde doel. Volgens ons voldoet de huidige regelgeving die de geheimhoudingsplicht van de notaris wel waarborgt. Door de wetgever wordt bovendien ook niet duidelijk gemaakt dat – en op welke grond – de huidige regelgeving en reeds getroffen maatregelen niet voldoen<sup>9</sup>. De wetgever geeft bovendien onvoldoende aan wat volgens haar rechtvaardigt dat de overheid dergelijke vergaande bevoegdheden krijgt. Tot slot kan men zich afvragen of deze ontwikkeling wel toelaatbaar is in het licht van art. 8 EVRM.

1.7. De gewijzigde Wna lijkt dan ook een voorlopig sluitstuk te zijn van een ontwikkeling waarin de overheid, in de persoon van het BFT, de geheimhoudingsplicht van de notaris steeds verder heeft opengevoerd. In dit artikel zullen wij toelichten dat volgens ons met de afschaffing van het beroepsgeheim van de notaris jegens het BFT door de wetgever een onjuiste belangenafweging is gemaakt met als gevolg een disproportionele inbreuk op het meest essentiële onderdeel van het notariaat. Het is te betreuren dat de vragen en twijfels van de Vaste Commissie voor Justitie niet zijn weerslag hebben gehad in het wetsvoorstel. Een en ander te meer nu uit de meest

recente (tucht)rechtspraak blijkt dat de gewijzigde Wna niet aansluit bij de rechtsontwikkeling.

## 2. Huidige toezicht op het notariaat en overzicht (tucht)rechtspraak

2.1. Bij het huidige toezicht op het notariaat dient onderscheid te worden gemaakt tussen twee kolommen van toezicht. De eerste kolom betreft het toezicht zoals geregeld in de Wna. De tweede kolom betreft het toezicht krachtens de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme ("WWFT").<sup>10</sup> Hieronder zal blijken dat de huidige regelgeving de juiste balans biedt tussen de informatie- en onderzoeksbevoegdheden van het BFT als toezichthouder en de geheimhoudingsplicht van de notaris.

### *Eerste kolom: toezicht krachtens de Wna*

2.2. Sinds 1999 is het toezicht in het kader van de Wna krachtens art. 93 Wna opgedragen aan de kamers van toezicht. Het toezicht berust daarmee bij een onafhankelijke rechterlijke instantie. In art. 96 Wna is omschreven wat dit toezicht omvat: de naleving van de bepalingen van de Wna, de op grond daarvan uitgevaardigde algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen en verordeningen en besluiten van de KNB. De wetgever heeft daarbij een bijzondere rol toegekend aan de voorzitter van de kamer (art. 96 Wna).<sup>11</sup> Zo kan de voorzitter in het kader van dat toezicht een onderzoek gelasten. Een dergelijk onderzoek mag niet op één lijn worden geplaatst met een tuchtprocedure in de zin van art. 98 Wna.<sup>12</sup>

2.3. In art. 96 Wna is bepaald op welke wijze een dergelijk onderzoek dient te worden uitgevoerd, welke bevoegdheden de voorzitter in het kader van dat onderzoek mag uitoefenen en welke waarborgen daarbij in acht dienen te worden genomen. Het onderzoek kan aanleiding geven tot een klacht. Hierover beslist de voorzitter. Indien hiertoe wordt beslist en derhalve ambtshalve een klacht aanhangig

9. Denk aan de meldingsplicht van notarissen op grond van de WWFT, het verruimen van de mogelijkheid om de WOZ-waarde op te vragen door onder andere notarissen ten behoeve van de verbetering van transparantie van het vastgoedverkeer, en de diverse maatregelen die de KNB heeft genomen met het oog op de bestrijding van malafide praktijken in de vastgoedsector (beleidsregel beperking uitbetaling van gelden aan derden, het reglement contenten en een checklist ABC-transacties die notarissen een praktisch hulpmiddel biedt om risico's of misbruik tijdig te kunnen onderkennen).

10. De WWFT is op 1 augustus 2008 in werking getreden als opvolger van de Wet Identificatie bij Dienstverlening ("WID") en de Wet melding ongebruikelijke transacties ("Wet Mot").

11. *Kamerstukken II 1993/1994*, 23 706, nr. 3, MvT, p. 13; *Kamerstukken II 1995/1996*, 23 706, nr. 6, p. 30.

12. Hof Amsterdam 9 november 2006, 737/2006 NOT, LJN: AZ2208, overweging 9.1.

wordt gemaakt, dan dient de procedure zoals voorzien in art. 98 en 99 Wna in acht te worden genomen.

2.4. Sinds 1999 is het BFT in deze kolom belast met het (financieel) toezicht op de privéadministratie en de kantooradministratie van de notaris (art. 110 Wna). De wetgever was toen al beducht voor de rol die het BFT zou kunnen spelen en heeft daarom de noodzaak voor een duidelijke legitimatie benadrukt. In de toelichting op deze bepaling, die bij de derde nota van wijziging is ingevoegd in het wetsvoorstel, heeft de minister dan ook benadrukt<sup>13</sup>:

“Het Bureau Financieel Toezicht mag als bestuursorgaan uitsluitend taken verrichten ongeacht of dit nu hoofd- of neventaken zijn, die bij of krachtens de wet aan hem zijn opgedragen.”

2.5. Daarmee heeft de minister uitdrukking gegeven aan het legaliteitsbeginsel. Hierom is in het eerste lid van art. 110 Wna een nauwkeurige omschrijving opgenomen van de inhoud van deze toezichtstaak. In art. 112 Wna is voorts omschreven welke verplichting de notaris in het kader van dit toezicht jegens het BFT in acht dient te nemen.

2.6. De taak die het BFT, onder verantwoordelijkheid van de voorzitter, uitoefent is beperkt. Kort gezegd richt deze vorm van toezicht zich op de financiële administratie van de notaris. Weliswaar bevat het tweede lid van die bepaling de mogelijkheid om bij wijze van algemene maatregel van bestuur deze toezichtstaak uit te breiden indien die taken verband houden met het toezicht zoals omschreven in het eerste lid, maar tot op heden heeft de regelgever deze mogelijkheid ongebruikt gelaten.

2.7. Het financieel toezicht door het BFT in het kader van de Wna is thans nog onderworpen aan een eigensoortig regiem. Zo is afdeling 5.2 van de Awb niet van toepassing op deze vorm van toezicht. Voorts wordt in art. 112 Wna bepaald welke bevoegdheden het BFT bij de uitoefening van deze toezicht houdende taak kan uitoefenen. Deze zijn uitdrukkelijk toegesneden op de – beperkte – taak van het BFT waarbij het de wetgever voor ogen stond dat de voorzitter uiteindelijk het laatste woord heeft.

2.8. Indien het BFT bij de uitoefening van zijn taak op zaken stuit die aanleiding zouden kunnen geven tot oplegging van een tuchtrechtelijk maatregel, dan kan het BFT zijn bevindingen in de vorm van een klacht aan de voorzitter overdragen (art. 112 lid 3 Wna). Ook kan het bestuur van het BFT de voorzitter vragen een onderzoek te gelasten (art. 96 lid 2 Wna). Een dergelijk onderzoek vindt dan plaats door of onder leiding van de voorzitter, binnen de door de voorzitter aangegeven kaders.<sup>14</sup> Zo kan de voorzitter het BFT op zijn beurt weer opdragen het onderzoek uit te voeren.

### **Tweede kolom: toezicht krachtens de WWFT**

2.9. In 2003 heeft het BFT een toezichthoudende taak erbij gekregen die geheel losstaat van de aan hem toebedeelde taak in het kader van de Wna en die door het BFT geheel zelfstandig wordt uitgevoerd: het toezicht op de naleving door bepaalde beroepsgroepen van (destijds de WID en de Wet Mot en thans) de WWFT.

2.10. Deze vorm van toezicht strekt niet tot het bewaken van de financiële huishouding van een notaris op grond van de Wna maar heeft uitsluitend tot doel toe te zien op (i) de naleving van de meldingsplicht zoals opgenomen in art. 16 WWFT<sup>15</sup> en (ii) de verstrekking van de in die bepaling genoemde gegevens, indien aanleiding bestaat een melding te doen (witwassen van vermogen uit zware criminaliteit en bestrijding van terrorisme). Deze vorm van toezicht is onderworpen aan een ander regiem dan het toezicht onder de Wna.

2.11. Zo is afdeling 5.2 van de Awb op deze vorm van toezicht *wel* van toepassing. Krachtens deze afdeling zijn aan het BFT voor de uitoefening van deze taak vergaande (onderzoeks)bevoegdheden toegekend. Daar staat tegenover dat de wetgever zich in 2003 volledig bewust was van het belang van een goed beschermde geheimhouding, juist tegenover een overheid. Een geheimhouder tegen wie het onderzoek zich richt kan zich namelijk verschonen (art. 5:20 Awb). De minister heeft in zijn toelichting (het belang van) de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris benadrukt.<sup>16</sup> Dit belang wordt in de rechtspraak ook met zoveel woorden erkend. Wij wijzen bijvoorbeeld op de beslissing van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 25 oktober 2007, in welke beslissing werd geoordeeld dat het BFT het verschoningsrecht van de notaris in het kader van het toezicht krachtens de WWFT dient te respecteren.<sup>17</sup>

2.12. In deze zaak had het BFT in hoger beroep aangevoerd dat het zijn toezichthoudende taak inzake de Wet Mot en de WID niet naar behoren kon vervullen, indien het niet de voor dat toezicht vereiste gegevens van de notaris zou ontvangen. Het-

13. *Kamerstukken II 1997/1998, 23706, nr. 20, p. 9.*

14. *Vgl. Gerechtshof Amsterdam 30 juni 2009, LJV: BJ0677.*

15. *Voorheen neergelegd in art. 9 Wet Mot.*

16. *Kamerstukken II 2004/2005, 29 990, nr. 7, p. 24; Staatscourant 10 september 2003, nr. 174 pag. 18.*

17. *Notariskamer hof 25 oktober 2007, nrs. 139/07, 140/07 en 141/07, LJV: BB6709.* Voor de advocatuur heeft het Hof van Discipline, het hoogste tuchtrechtelijke college in de advocatuur, de geheimhoudingsplicht bij deze vorm van toezicht eveneens benadrukt in zijn beslissingen van 11 september 2009, nrs. 5362, 5363 en 5364, LJV: YA 0027, YA 0028 respectievelijk YA 0029; zie tuchtrecht.nl.

zelfde argument als waarmee de wetgever nu de geheimhoudingsplicht jegens de overheid afschaft. Het hof oordeelde:

“Nu in de aan het Hof voorgelegde zaken enerzijds sprake is van het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking om bijstand en advies tot een notaris moet kunnen wenden en anderzijds het - eveneens - maatschappelijk belang dat aan de Wet Mot en WID ten grondslag is gelegd, behoort een belangenafweging plaats te vinden. Naar het oordeel van het Hof leidt die afweging van belangen niet tot de gevolgtrekking dat de notaris gehouden is de door het BFT gevorderde inlichtingen te verstrekken. Aan dat oordeel ligt ten grondslag het vertrouwen dat men in het algemeen mag hebben in het notariaat, alsmede de resterende mogelijkheden om achteraf op te treden als een transactie in de openbaarheid komt en blijkt dat die - ten onrechte - niet is gemeld. [...] Voorts is de noodzaak om de naleving van de Wet Mot en de WID door het notariaat te kunnen controleren, niet een zo zwaarwegend vereiste van algemeen belang dat daarvoor zonder wettelijke grondslag het beroepsgeheim kan worden beperkt. Aldus wordt immers aan het wezen van het beroepsgeheim, zoals dat hiervoor is omschreven, afbreuk gedaan, terwijl niet is gebleken dat vorderingen als de onderhavige de enige mogelijkheid bieden om de juiste naleving van de Wet Mot en de WID te verzekeren.”

#### **Omzeiling verschoningsrecht door BFT**

2.13. Zoals hiervoor is uiteengezet, is duidelijk – en ook zo door de Notariskamer van het Gerechtshof te Amsterdam bevestigd – dat de notaris jegens de WWFT toezichthouders in het kader van de naleving van de WWFT zijn geheimhoudingsplicht in acht moet nemen. In een ontwikkelde samenleving met een onafhankelijk functionerende rechterlijke macht, mag deze uitkomst niet verbazen. In de praktijk heeft het BFT echter meermaals gepoogd dit verschoningsrecht van de notaris toch te omzeilen door het onderzoek bij de notarissen niet op grond van de WWFT maar op grond van de Wna uit te voeren.

2.14. Deze strategie is als volgt. De afdeling WWFT van het BFT verzoekt de voorzitter van de kamer op grond van art. 96 lid 2 Wna een onderzoek te gelasten naar een notaris, waarbij tevens wordt verzocht naleving van de WWFT onder de reikwijdte van dit onderzoek te brengen. Vervolgens verzoekt het BFT de voorzitter dit onderzoek aan het BFT zelf op te dragen. Op het moment dat de voorzitter op grond van art. 96 lid 2 jo lid 5 Wna het door het BFT verzochte – ruim geformuleerde – onderzoek aan het BFT opdraagt, kan het BFT het onderzoek uitvoeren zonder te worden gehinderd door de geheim-

houdingsplicht van de notaris. Afdeling 5.2 van de Awb is immers niet van toepassing op het toezicht op grond van de Wna.

2.15. Meerdere kamers van toezicht hebben in het verleden – naar onze mening te gemakkelijk – geoordeeld dat de hierboven omschreven werkwijze van het BFT en de voorzitter is geoorloofd en niet in strijd zou zijn met de Wna. Zo oordeelde de kamer van toezicht te 's-Gravenhage<sup>18</sup> reeds op 12 december 2007 dat art. 96 lid 1 Wna de kamers van toezicht – als organen bekleed met tuchtrechtspraak – belast met het toezicht op de naleving van bepalingen die betrekking hebben op de beroepsuitoefening van de notaris *in brede zin*. Hieronder vallen volgens deze uitspraak ook diens verplichtingen op grond van de WID en de Wet Mot (thans WWFT). De kamer oordeelde dat de plaatsvervangend voorzitter die op de voet van art. 96 lid 2 Wna is belast met de uitvoering van ‘enig’ onderzoek, vrij is het BFT op te dragen een onderzoek in te stellen. Deze opdracht kan volgens de kamer worden gericht tot het BFT *in volle omgang*, dat wil zeggen met inbegrip van de sector WID/Wet Mot (thans WWFT) van het BFT. De toezichthoudende taak van de kamer omvatte volgens deze uitspraak immers ook het toezicht op de naleving van de notariële verplichtingen ingevolge de WID en de Wet Mot (thans WWFT). Voorzitter heeft de Kamer van Toezicht te Arnhem op 17 mei 2010 voortgezet.<sup>19</sup> De kamer oordeelde in dit verband:

“In art. 96 lid 5 Wna staat niet dat [het onderzoek dat de voorzitter van de Kamer aan het BFT heeft opgedragen] door het BFT slechts betrekking kan hebben op de kantoor- en privé-administratie van de notaris. Het kan dus meer omvattend zijn. [...] Het ruime toezicht van art. 96 lid 1 Wna omvat ook een onderzoek tot naleving van de Wet Mot en de WID (thans WWFT), aangezien de eer en het aanzien van het notarisambt in het spel zijn.”

2.16. De geheimhoudingsplicht van de notaris jegens het BFT wordt naar onze mening op oneigenlijke wijze omzeild indien het WWFT-onderzoek bij de notaris niet op grond van de WWFT wordt uitgevoerd, maar op grond van de Wna. Immers, in dat geval heeft de afdeling WWFT van het BFT de voor-

18. Kamer van Toezicht 's-Gravenhage, tussenuitspraak 12 december 2007, L/JN: YC0055. Het - in eerste instantie - door het BFT ingestelde hoger beroep tegen deze uitspraak, is later ingetrokken, waarna de uitspraak definitief is geworden.

19. Kamer van Toezicht Arnhem, 17 mei 2010, L/JN: YC0473, overweging 3.5.

zitter verzocht op de voet van de Wna toezicht uit te oefenen op en onderzoek te doen naar de naleving van normen die vallen buiten het bereik van het toezicht door de voorzitter. En dat terwijl het BFT nota bene op grond van de WWFT eigen toezichtstaken en bevoegdheden heeft en daarnaast de naleving van de WWFT, anders dan eerder genoemde kamers oordeelden, niet valt onder het toezicht van de voorzitter. Het toezicht van de voorzitter omvat ingevolge art. 96 lid 1 Wna immers de naleving van de bepalingen van de Wna, van de op grond daarvan uitgevaardigde algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen, alsmede van de verordeningen en andere besluiten van de KNB. Het toezicht op de naleving van de WWFT valt daar uitdrukkelijk niet onder. Dit is exclusief aan het BFT opgedragen.

2.17. De WWFT (althans de WID en de Wet Mot) bestond bovendien nog niet bij de invoering van art. 96 lid 1 Wna zodat ook op die grond moeilijk verdedigbaar is dat het toezicht van de voorzitter ook het toezicht op naleving van de WWFT omvat. Door op verzoek van het BFT een onderzoek te gelasten naar de naleving van de WWFT, wordt door de voorzitter getreden buiten de grenzen van het aan hem opgedragen toezicht op grond van de Wna. Hierdoor ontstaat een doorkruising van toezichtregiems en vermening van bevoegdheden op grond waarvan het BFT de geheimhoudingsplicht van de notaris kan doorbreken.

2.18. De Kamer van Toezicht te Amsterdam<sup>20</sup> heeft dit onderkend door te overwegen dat:

“(…) ten aanzien van het toezicht op de naleving van de WID en de Wet Mot door de wetgever is gekozen voor een procedure waarbij aan de notaris een verschoningsrecht is toegekend. De bevoegdheid van de voorzitter om een onderzoek te gelasten waarbij aan de notaris geen verschoningsrecht toekomt, omvat niet de naleving van de WID en de Wet Mot. Dit zijn immers geen op grond van de Wna uitgevaardigde algemene maatregelen van bestuur of ministeriële regelingen en ook geen verordeningen of besluiten van de KNB. Er is ook geen goede grond om de naleving van die wetten toch onder de bevoegdheid van de voorzitter van de kamer te laten vallen. Het toezicht is immers gewaarborgd door de opdracht daartoe aan het BFT, terwijl voorts niet aan te nemen valt dat de wetgever heeft beoogd het aan de notaris in dit kader gegeven verschoningsrecht via de omweg van een door de voorzitter van de kamer gelast onderzoek illusoir te maken.”

2.19. De kamer oordeelde dan ook – voor zover relevant – dat de onderzoeksresultaten van het BFT, voor zover betrekking hebbend op de naleving van de WID en de Wet Mot (thans WWFT), buiten beschouwing dienden te worden gelaten.

2.20. Op 30 november 2010<sup>21</sup> heeft ook het hof een duidelijke lijn getrokken tussen de beide takken van toezicht en geoordeeld dat wat het BFT in het kader van zijn Mot-toezicht te weten komt, niet mag worden gebruikt voor het Wna toezicht:

“In artikel 18 van de Wet Mot wordt bepaald: “Het is aan een ieder die uit hoofde van de toepassing van deze wet of van krachtens deze wet genomen besluiten enige taak vervult of heeft vervuld verboden van gegevens of inlichtingen, die ingevolge deze wet zijn verstrekt of ontvangen, verder of anders gebruik te maken of daaraan verder of anders bekendheid te geven dan voor de uitvoering van zijn taak of door deze wet wordt geëist.”<sup>22</sup>

Uit de tekst van dit artikel kan worden afgeleid dat de toezichthoudende taken van het BFT ten aanzien van het notariaat in het kader van de Wna en in het kader van de Wet Mot gescheiden dienen te worden uitgeoefend. In de praktijk is dat ook het geval, nu de Sector Financieel Toezicht de toezichthoudende taken krachtens de Wna uitoefent, terwijl aan de Sector WWFT (toezicht krachtens de WWFT, voorheen Wet Mot en WID) het toezicht ingevolge de Wet Mot is opgedragen. Verder brengt de tekst van genoemd artikel mee, dat het BFT hetgeen haar bekend is geworden door de uitoefening van het toezicht krachtens de Wet Mot, niet mag gebruiken voor andere doeleinden dan door de Wet Mot beoogd, en dus bijvoorbeeld niet voor het toezicht houden krachtens de Wna.

[...]

Het Hof is van oordeel dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat het BFT bij de uitoefening van het toezicht conform de Wet Mot kennis heeft gekregen van feiten, welke het BFT niet verkregen zou kunnen hebben zonder gebruikmaking van de bevoegdheden als bedoeld in Afdeling 5.2 van de Awb. Uit artikel 18 van de Wet Mot leidt het Hof [...] af dat deze kennis niet gebruikt mag worden voor andere doeleinden dan door de Wet Mot beoogd. Hieruit volgt naar het oordeel van het Hof dat, nu het onderzoek [...] in het kader van de WID en de Wet Mot betrof, het BFT enkel ontvankelijk kan worden verklaard ten aanzien van de klachten, die betrekking hebben op overtreding van

20. KvT Amsterdam 14 september 2010, te vinden op tucht-recht.nl onder L/JN nummer: YC0514.

21. Notariskamer Hof Amsterdam, 30 november 2010, zaaknummer 200.031.996/01 NOT, L/JN: BO5772. Het hof spreekt in deze uitspraak enkel over de Wet Mot en laat de WID buiten beschouwing aangezien in deze casus (een mogelijke overtreding van) de WID niet aan de orde was.

22. Een identieke tekst is thans opgenomen in art. 22 WWFT.

de Wet Mot door de notaris. Ten aanzien van de overige klachten, die betrekking hebben op ander mogelijk klachtwaardig handelen van de notaris, oordeelt het Hof derhalve dat het BFT niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.”

2.21. Ten slotte heeft de Notariskamer van het hof onlangs, op 22 november 2011, expliciet geoordeeld dat een door de voorzitter van de kamer van toezicht op de voet van art. 96 lid 5 Wna geïnitieerd onderzoek, geen basis kan vormen voor toezicht op de naleving van de WWFT.<sup>23</sup> Het hof oordeelde:

“7.4 Naar het oordeel van het hof volgt uit artikel 96 lid 1 Wna dat het – in dat artikel geregelde – toezicht van de kamer niet de controle op de naleving door de notaris van de WWFT omvat. Dat brengt mee dat de voorzitter ook niet de bevoegdheid heeft – gelet dus op zijn wettelijke toezichthoudende taak – een onderzoek te gelasten inzake de naleving van de WWFT door de notaris.

7.4.1 Gevolg daarvan is dat het BFT niet bevoegd is om een onderzoek uit te voeren naar de naleving door de notaris van de WWFT in het kader van een op grond van artikel 96 Wna gedaan verzoek/in het kader van een op artikel 96 Wna gebaseerde opdracht van de (plaatsvervangend) voorzitter. Het vorenstaande leidt tot de slotsom dat het onderzoek bij de notaris inzake de naleving van de WWFT door het BFT niet gebaseerd kan zijn op artikel 96 Wna.”

2.22. Met deze uitspraak heeft het hof de hiervoor aangehaalde uitspraak van de Kamer van Toezicht te Arnhem van 17 mei 2010<sup>24</sup> gedeeltelijk vernietigd en heeft het de sluiproute van het BFT - althans voorlopig - afgesloten.

### 3. Afschaffing beroepsgeheim niet gerechtvaardigd

3.1. In het licht van hetgeen de wetgever bij invoering van art. 5:20 Awb nog meende en de hiervoor geschetste ontwikkeling in de rechtspraak, valt niet te begrijpen waarom de wetgever thans in de gewijzigde Wna de overheid vrije toegang verschaft tot al hetgeen een cliënt een notaris heeft toevertrouwd. De wetgever voert als rechtvaardiging slechts aan dat het noodzakelijk is dat het BFT de mogelijkheid heeft tot onbeperkte inzage in de dossiers van de notaris ten einde het toezicht op de integriteit van het notariaat te kunnen uitvoeren. Een en ander omdat het BFT op grond van de nieuwe Wna het gehele beroepsmatig handelen van de notaris mag beoordelen en niet slechts financieel toezicht meer houdt.<sup>25</sup> De wetgever geeft geen rechtvaardiging voor het feit dat vanwege de enkele taakverruiming van het BFT de voorgestelde vergaande bevoegdheden noodzakelijk zijn geworden. Met andere woorden, de wetgever heeft ons (nog) niet ervan overtuigd dat met het afschaffen van de geheimhouding

van de notaris jegens het BFT, een zorgvuldige balans is gevonden tussen effectief toezicht en het beschermen van het maatschappelijk belang van het ambtsgeheim. Wat ons betreft bestond een goede balans, waarbij de geheimhouding van de notaris werd geëerbiedigd en het BFT haar bevoegdheden kon uitoefenen.

3.2. Overigens menen wij dat deze vergaande inbreuk door de wetgever niet wordt goedge maakt door het enkele feit dat een afgeleide geheimhoudingsplicht is opgenomen in de Wna. Immers, de cliënt kan geen informatie meer aan de notaris toevertrouwen zonder erop bedacht te moeten zijn dat de overheid aan tafel zit. Een afgeleide geheimhoudingsplicht verandert hier niets aan.

3.3. Een ander punt van zorg is de vraag hoe de notaris zich zal moeten verweren in een klachtprocedure waarin de klager een derde – niet zijnde een (oud-)cliënt van de notaris – is.<sup>26</sup> Uit de tekst van art. 94 lid 2 van de gewijzigde Wna volgt in algemene bewoordingen dat de notaris zich in een tuchtprocedure jegens de kamer niet langer kan beroepen op zijn verschoningsrecht. Wij menen dat hiermee niet ook zijn verschoningsrecht jegens een (klagende) derde is komen te vervallen. Een dergelijke vergaande consequentie heeft de wetgever volgens ons niet voor ogen gehad. Eén en ander volgt ook niet uit de parlementaire stukken, noch uit enig ander document (zoals het rapport van de Commissie Hammerstein). Bovendien, zou de wetgever dit oogmerk wel hebben gehad, dan zou dat tot gevolg hebben dat een willekeurige derde door middel van het indienen van een klacht jegens een notaris, iedere door hem of haar gewenste informatie eenvoudig boven tafel kan krijgen.

3.4. De vraag is dan ook hoe de notaris onder de gewijzigde Wna in zijn verweer moet omgaan met zijn verschoningsrecht jegens een derde klager. Behandeling van de zaak achter gesloten deuren – zonder dat klager in het verweer van de notaris wordt gekend – is niet de oplossing. De Notaris-

23. Notariskamer hof 22 november 2011, zaaknummer: 200.068.136/01 NOT, nog niet gepubliceerd.

24. L.J.N.: YC0473.

25. *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

26. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan iemand die in eerste instantie door een erfflater als erfgenaam was benoemd, maar in een later testament – dat door de notaris vlak voor het overlijden van erfflater is gepasseerd – niet meer als erfgenaam wordt genoemd. In het geval deze persoon meent dat erfflater ten tijde van het passeren van het laatste testament niet meer *compos mentis* was, kan hij een klacht indienen jegens de notaris. De notaris heeft dan jegens deze klager zijn geheimhoudingsplicht in acht te nemen.

kamer van het hof heeft immers geoordeeld dat in dat geval het recht van klager op een eerlijke procesvoering – waaronder begrepen het recht op hoor en wederhoor – wordt miskend.<sup>27</sup> Het is zorgelijk dat uit de parlementaire geschiedenis van de gewijzigde Wna niet blijkt dat deze consequentie onder ogen is gezien.

3.5. Een volgende vraag is hoe de gewijzigde Wna – en de daarin voorgestelde verruiming van de bevoegdheden van het BFT – zich verhoudt tot de trias politica. Het is – gelet op de wijze waarop bijvoorbeeld de AFM opereert – niet ondenkbaar dat het BFT in zijn nieuwe rol als algemeen toezichthouder open normen zal gaan invullen en richtlijnen zal gaan formuleren.<sup>28</sup> Nu het vervolgens ook het BFT is dat de bevoegdheid krijgt te onderzoeken of de notaris handelt volgens deze – door hemzelf vervaardigde – richtlijnen en normen en het tot slot eveneens het BFT is dat de notaris een administratieve boete kan opleggen, komt de scheiding der machten volgens ons wel erg in het gedrang. Het kan niet de bedoeling zijn dat het BFT toezicht houdt op de naleving van zijn eigen normen en richtlijnen.

#### 4. Tot slot: strijd met art. 8 EVRM?

4.1. Tot slot rijst de vraag hoe deze inperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris zich verhoudt tot art. 8 (lid 1) EVRM, welk artikel het recht op eerbiediging van “*privé-, familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie*” behelst. Een vraag die volgens ons in onvoldoende mate onder ogen is gezien tijdens de parlementaire behandeling.

4.2. Lid 1 bepaalt ieders recht op ‘*respect voor zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie*’. Lid 2 bepaalt:

‘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.’

4.3. Op basis van art. 8 lid 2 EVRM kan aldus een aantal criteria worden afgeleid waaraan moet zijn voldaan, wil een inbreuk op dit grondrecht gelegitimeerd zijn:

1. Is sprake van een inmenging van het openbaar gezag?
2. Zo ja, is deze inmenging bij de wet voorzien?
3. Is deze inmenging in een democratische samenleving noodzakelijk in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land etc.?

4.4. De inbreuk door het BFT op de door art. 8 EVRM beschermde belangen lijkt te voldoen aan de eerste twee criteria. Immers in casu is in de eerste plaats sprake van een inmenging van het openbaar gezag; te weten een inmenging door het BFT (eerste criterium). Daarnaast is ook voldaan aan het tweede criterium. Het verschoningsrecht van de notaris valt onder de bescherming van art. 8 EVRM nu burgers de notaris zaken toevertrouwen die hun privéleven, familie- en gezinsleven en correspondentie beslaan en erop mogen vertrouwen dat deze zaken toevertrouwd blijven, zonder inmenging van het openbaar gezag. Nu de beperking op het verschoningsrecht van de notaris is neergelegd in de Wna – een wet in formele zin – is ook aan de tweede voorwaarde voldaan.

4.5. Wat ons betreft is het echter nog maar de vraag of de inmenging in het belang van een democratische samenleving is (derde criterium). Het doel van de afschaffing van de geheimhoudingsplicht van de notaris is immers beperkt. Het beoogt een effectief toezicht op het notariaat te bevorderen, alsmede een effectieve intercollegiale toetsing en een goed functionerend tuchtrecht, in welk verband door de wetgever tevens is gewezen op de huidige verbrokkeling van toezicht op het notariaat.<sup>29</sup>

4.6. Allereerst wordt naar onze mening met deze argumentatie van de wetgever niet duidelijk gemaakt waarom het huidige systeem onvoldoende functioneert en derhalve genoemde verregaande inmenging noodzakelijk is. Natuurlijk kan de overheid effectiever toezicht houden indien de geheimhoudingsplicht opzij kan worden geschoven, maar is dit ook noodzakelijk? Die vraag speelt temeer waar de huidige ‘verbrokkeling’ vooral de noodzakelijke prijs lijkt te zijn van de eerbiediging van de trias politica. Ten tweede is de wens om de effectiviteit van het toezicht te versterken op zichzelf geen rechtvaardigingsgrond in de zin van art. 8 EVRM en is dan ook onvoldoende om de inmenging in de vorm van de voorgestelde beperking van de geheimhoudingsplicht te rechtvaardigen. Weliswaar wordt als bijkomend oogmerk nog wel genoemd een effectievere criminaliteitsbestrijding in het belang van de nationale veiligheid, echter dit wordt uitdrukkelijk niet genoemd als primair oogmerk.<sup>30</sup> Dit – meer secun-

27. Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 23 februari 2006, LJV: AV 3044.

28. Op 15 november 2011 heeft het BFT alle notarissen een brief gezonden, welke brief naar onze mening kan worden beschouwd als een vooraankondiging van dit beleid.

29. P.C. van Es, ‘De beperking van de notariële geheimhoudingsplicht in het Wetsvoorstel Hammerstein’, JBN 2011 (5) 28.

30. Kamerstukken II, 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 2 en 15.

daire – oogmerk van de wetgever lijkt dan ook op zichzelf niet een inmenging te legitimeren. In elk geval ontbreekt een deugdelijke onderbouwing waaruit blijkt dat juist op dit punt een noodzaak in een democratische samenleving bestaat.

4.7. Zelfs al zou de opsporing en preventie van criminaliteit het voornaamste doel zijn geweest van de regeling, wat op zichzelf een legitieme grond kan zijn om een schending van art. 8 EVRM te rechtvaardigen, dan nog dient de noodzaak te worden aangetoond en dient rekening te worden gehouden met het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel.<sup>31</sup> Het moet gaan om een dringende maatschappelijke behoefte waaraan op een zo min mogelijk indringende wijze wordt tegemoetgekomen. Daarbij dienen dan verschillende belangen mee te wegen zoals de relevante 'redelijke privacyverwachting' die aanwezig is bij het verschaffen van gegevens aan een notaris.<sup>32</sup> Ook in dit verband is relevant dat naar ons oordeel reeds een goed functionerend systeem bestaat.

4.8. Ook Kranenborg en Verhey stellen zich op het standpunt dat de wetgever met de voorgestelde maatregelen het proportionaliteits- en het subsidiariteitsbeginsel overschrijdt, gelet op het verstrekende karakter van de maatregelen, afgezet tegen het ontbreken van een dringende maatschappelijke behoefte. Er bestaat immers al een functionerende regeling, ten aanzien waarvan door de wetgever niet is aangegeven waarom deze niet zou voldoen.<sup>33</sup> Volgens de schrijvers valt niet in te zien waarom in het licht van de verruimde bevoegdheden van het BFT opeens wel noodzakelijk is geworden dat de overheid vrijere toegang krijgt tot wat een notaris is toevertrouwd.<sup>34</sup>

## 5. Conclusie

5.1. Zoals in de inleiding reeds betoogd menen wij dat de wetgever de kern van het notariaat aantast door het beroepsgeheim van de notaris jegens het BFT (en collega-notarissen en de kamer) in te perken. Er is onvoldoende balans tussen het doel van de gewijzigde Wna – effectief toezicht en het bevorderen van integriteit en kwaliteit – enerzijds en het belang van het notariële ambtsgeheim en de vertrouwensrelatie tussen de notaris en de klant anderzijds. De wetgever heeft naar onze mening niet met kracht van argumenten aangetoond waarom volgens haar de voorgestelde afschaffing noodzakelijk en proportioneel is. Evenmin heeft zij aangetoond waarom de huidige wet- en regelgeving, waarbij het beroepsgeheim van de notaris wel wordt eerbiedigd, in haar ogen niet voldoet en kennelijk zodanig niet voldoet dat zij in het belang van een democratische samenleving rechtvaardigt dat nota bene de overheid alle dossiers van de notaris mag inzien en controleren. De door de overheid afgedwongen inbreuk op de geheimhoudingsplicht lijkt dan ook strijdig te zijn met art. 8 EVRM.

5.2. Indien de regeling inderdaad in strijd zou zijn met art. 8 EVRM, kan de notaris met een rechtstreeks beroep op dit artikel het BFT alsnog toegang weigeren tot zijn dossiers. Gelet op art. 94 Grondwet vindt het nationale recht immers geen toepassing als dit niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Waarschijnlijk is het laatste woord hierover aldus nog niet gezegd.

31. EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04, NJ 2009, 410; Marper en S./het Verenigd Koninkrijk.

32. EHRM 25 oktober 2005, nr. 2428/05; Wypych/Polen.

33. H.R. Kranenborg, L.F.M. Verhey, 'Wet bescherming persoonsgegevens in Europees perspectief', *Kluwer 2011*, p. 25-26.

34. Zie ook EHRM 25 maart 1992, *Series A 233*; Campbell vs Verenigd Koninkrijk, r.o. 46.