



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het einde van de notaris als klassieke geheimhouder?

Es, P.C. van; Stichting LNSC Leiden

Citation

Es, P. C. van. (2011). Het einde van de notaris als klassieke geheimhouder? In *Ars Notariatus* (Vol. 147, pp. 23-29). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3192176>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3192176>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Ars Notariatus

147

Het nieuwe notariskantoor

*46e Landelijk Notarieel Studentencongres
Onder redactie van:
Stichting LNSC Leiden*



2011

STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP
AMSTERDAM

KLUWER, DEVENTER

Het einde van de notaris als klassieke geheimhouder?

Dhr. dr. mr. P.C. van Es

1. *Inleiding*

Het thema van dit congres is het 'nieuwe' notariskantoor en dit is een thema waar men twee kanten mee uitkan. Het ijkpunt van het nieuwe kan in het verleden worden gezocht. Het gaat dan in wezen om het huidige notariskantoor vergeleken met het oude notariskantoor. Dat is wat met nieuw bedoeld wordt wanneer de verpakking van mijn Bolletje-beschuiten melding maakt van een vernieuwde receptuur. Wij kunnen ook het heden als ijkpunt nemen en dan kan het nieuwe notariskantoor het notariskantoor in de verre toekomst zijn. Ik kies graag voor dit laatste uitgangspunt omdat dat appelleert aan een diepgeworteld verlangen om Jules Vernes-achtige vergezichten te schetsen. Zou je zwevende ergonomische bureaustoelen hebben die zich altijd automatisch op de juiste – meest verantwoorde – hoogte ten opzichte van het bureau bevinden, zodat rugklachten tot het verleden behoren? Deze stoelen kunnen op de markt worden gebracht onder de thans al bestaande merknaam 'Newton was wrong'.

Sinds enige tijd (namelijk sinds het verschijnen van het decembernummer van het *Notariaat Magazine* in 2010) weet ik ook dat iets zinnigs zeggen over de toekomst een vak apart is, en wel dat van de futuroloog.

Het eerste enthousiasme over het feit dat ik als amateur-futuroloog zou mogen optreden, ebde al snel weg toen ik mij realiseerde dat mijn toekomstvoorspellingen moesten zien op de geheimhoudingsplicht van de notaris. Zouden er op dat terrein spectaculaire Jules Vernes-achtige vergezichten te schetsen zijn, zo vroeg ik mij af. Ik zal dat pogen te doen, en wel onder de titel: 'Het einde van de notaris als klassieke geheimhouder?'

2. *Ogem/notaris Maas*

Ter introductie moet ik u eerst – zij het heel kort – meenemen naar het bekende Ogem/notaris Maas-arrest.¹ In dit arrest wordt buiten twijfel gesteld dat de notaris behoort tot de klassieke geheimhouders. De Hoge Raad spreekt over:

“de beperkte groep van personen die uit hoofde van de aard van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun

¹ HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173.

hoedanigheid wordt toevertrouwd, en aan wie in verband daarmee tevens het recht toekomt zich te dien aanzien ook ten overstaan van de rechter van het afleggen van getuigenis te verschonen”

Tot dit illustere gezelschap van klassieke geheimhouders behoren, naast de notaris, ook de arts, de geestelijke en de advocaat.

Aan de grondslag van het verschoningsrecht van de klassieke geheimhouders wijdt de Hoge Raad in r.o. 3.1 vervolgens de volgende algemene overweging:

“De grondslag van dit verschoningsrecht moet worden gezocht in een in Nederland geldend algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat bij zodanige vertrouwenspersonen 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 besprokene om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden.”

In r.o. 3.6 overweegt de Hoge Raad vervolgens dat de hier gegeven belangenafweging alleen in ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ anders kan uitvallen. Een voorbeeld uit de jurisprudentie is de omstandigheid dat de notaris verdacht wordt van een ernstig strafbaar feit, zoals het vormen van een crimineel samenwerkingsverband met bepaalde cliënten.²

3. *Verschoningsrecht en geheimhoudingsplicht*

Men kan het hier gegeven regime dat de Hoge Raad geeft ten aanzien van de geheimhouding in rechte (verschoningsrecht) mijns inziens gemakkelijk transporteren naar de geheimhouding buiten rechte. De ratio van de geheimhoudingsplicht buiten rechte is dezelfde als die van het verschoningsrecht: het dient het algemeen belang dat ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking tot bepaalde vertrouwenspersonen kan wenden. Ook hier kunnen zich botsingen met andere maatschappelijke belangen voordoen, maar ook hier geldt dat het belang van vertrouwelijkheid in beginsel wijkt voor andere belangen, behoudens ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’.

Een futuroloog moet af en toe terugkijken, dus ik geef een voorbeeld uit het preadvies van Mostart uit 1934. Een medicus ontdekt dat een spoorwegmachinist lijdt aan vallende ziekte. Moet de arts spreken of zwijgen? Beide standpunten kunnen zich, zoals Mostart het uitdrukt, beroepen op het ‘*salus rei publicae suprema lex*’; het algemeen belang dus. Enerzijds is het duidelijk dat het van groot belang is dat een bloedig spoorwegongeluk wordt voorkomen. Anderzijds is het van groot belang dat toekomstige patiënten zich nog vrij voelen openheid van zaken te geven. Durft men niet meer de volle waarheid te vertellen, dan wordt: “*den medicus de gelegenheid onthouden (...) niet slechts den patiënt te helpen,*

² Zie bijv. HR 30 oktober 2007, LJN BA5611. De enkele omstandigheid dat een notaris als verdachte wordt aangemerkt, is niet toereikend; zie Rb. Utrecht 30 juli 2010, LJN BN8673.

*doch ook om de maatschappij, op ander wijze dan door schending der geheimhouding, te beschermen tegen de ongewenste gevolgen van de feiten en omstandigheden, die hem in vertrouwen werden meegedeeld.”*³

Het is dus het ene belang op dit moment tegenover het belang van allen die zich ooit in de toekomst tot een hulpverlener willen wenden. Zij kunnen slechts optimaal worden geholpen als zij openheid van zaken durven te geven. Ik begrijp het Ogem/notaris Maas-arrest zo dat dit laatste belang in beginsel altijd voorgaat.

In dit licht vraag ik mij soms af of de wens om artsen verplicht te stellen kindermishandeling te melden niet wat kortzichtig is.⁴ Zijn kinderen daar echt mee geholpen? Bestaat niet het risico dat bepaalde ouders niet meer met hun kind naar de huisarts durven te gaan? Het kind zou alsdan de optimale medische behandeling worden onthouden en de huisarts wordt de gelegenheid ontnomen om ‘op andere wijze dan door schending der geheimhouding’ te trachten de mishandeling te doen stoppen.

Het is buitengewoon lastige materie, maar het is goed om het eens vanuit dit perspectief te bezien.

4. *De bijzondere positie van de notaris ten opzichte van andere geheimhouders*

Terug naar de titel: ‘Het einde van de notaris als klassiek geheimhouder?’ Anders dan u wellicht denkt, doel ik hiermee niet op de uitholling van de geheimhoudingsplicht in het kader van de WWFT of de voorgestelde regels met betrekking tot het toezicht op de integriteit van de notaris.⁵ Ook doel ik niet op het zeer recente wetsvoorstel ten aanzien van de verplichting gegevens te verschaffen over de notariële derdenrekening.⁶

Waar ik op doel is een mijns inziens wenselijke ontwikkeling die zou moeten inhouden dat er bij het bepalen van de grenzen van de geheimhoudingsplicht meer rekening wordt gehouden met de bijzondere positie die de notaris – ten opzichte van andere geheimhouders – inneemt. De notaris zou niet meer zonder meer op één lijn gesteld moeten worden met de (overige) klassieke geheimhouders. Ik zal dit hieronder uitwerken, aan de hand van twee kenmerkende verschillen tussen de notaris en de andere vertrouwenspersonen. Die twee verschillen zijn:

1. het feit dat de notaris, meer dan andere geheimhouders, het risico loopt te worden ingezet als instrument bij het plegen van een misdrijf; en
2. het feit dat de notaris in veel gevallen de belangen van meer dan één partij dient te behartigen.

3 C.M.J. Mostart, *Het ambtsgeheim van den Notaris*, Preadvies voor Broederschap van Candidaat-Notarissen 1934, p. 31.

4 Zie bijv. *de Volkskrant* 19 januari 2011, p. 11 over een wetsvoorstel van de SP en zie M.R. Bruining, *Over sommige kinderen moet je praten*, (oratie Leiden) 2006, p. 53.

5 Kamerstukken I 2010/2011, 32 250, A.

6 Kamerstukken II 2010/2011, 32 700, nr. 2.

5. *Notaris als instrument bij het plegen van een misdrijf*

Het kan tot de taak van de overige klassieke geheimhouders behoren om bijstand te verlenen bij het regelen van de gevolgen van een misdrijf. De advocaat kan worden geroepen de dader als verdachte te verdedigen. Een arts zal de verwondingen die iemand opliep bij een roofoverval behandelen. En de geestelijke tot slot, is altijd bereid te luisteren als de boef zijn hartje lucht.

Als het regelen van de gevolgen van een misdrijf een deel van iemands taak is, dan is het duidelijk dat deze persoon vertrouwelijk over de gegevens betreffende het misdrijf moet kunnen beschikken, omdat hij anders zijn taak niet goed kan uitvoeren.

Voor de notaris ligt dit allemaal anders. Wanneer hij bijstand verleent aan iemand die een misdrijf heeft gepleegd, functioneert hij als regel als instrument bij het plegen van een nieuw misdrijf. Te denken valt aan de financiering van een huis met crimineel geld of andere vormen van witwassen. Ook los van een eerder misdrijf kan men een misdrijf plegen door middel van een handeling waarbij een notaris betrokken is. Hierbij valt te denken aan oplichting van een bank door het plegen van hypotheekfraude. In al deze gevallen moet de notaris op grond van artikel 21 lid 2 Wna dienst weigeren, maar hij zal dit alleen doen als hij op de hoogte is van alle relevante feiten, hetgeen natuurlijk niet altijd het geval is.

Hoe nu om te gaan met een situatie waarin de notaris een vertrouwensrelatie is aangegaan met een persoon ten aanzien van wie geldt dat de notaris – als hij van tevoren alles had geweten – zijn diensten had geweigerd? Gevallen dus waarin de cliënt de notaris een rad voor ogen heeft gedraaid. Ik zou in dit soort gevallen willen bepleiten dat de notaris in de openbaarheid mag en moet treden wanneer hij erachter komt dat hij door zijn cliënt is voorgelogen en als gevolg daarvan heeft gefunctioneerd als instrument bij het plegen van een ernstig strafbaar feit. Hij kan hier achter komen door eigen informatie of door informatie van het Openbaar Ministerie. Wij hebben het dan over een tot stand gekomen vertrouwensrelatie die nooit tot stand had mogen komen. Onder het Ogem/notaris Maas-regime geniet een dergelijke relatie bescherming zolang de notaris niet zelf verdacht wordt van een ernstig strafbaar feit, maar ik zie er geen bezwaar tegen om deze typisch notariële situatie aan de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht te onttrekken. Vrijgave van het relevante dossier ten behoeve van het Openbaar Ministerie zou dan in deze gevallen – waarin de notaris geen verdachte is – mogelijk moeten zijn.

Het bovenstaande sluit aan bij de volgende opmerking die Hamith Breedveld in *Notariaat Magazine* maakte:

“Als je achteraf ontdekt dat je onbedoeld hebt meegewerkt aan een hypotheek- of btw-fraude – waarom zou je dan niet mogen meewerken aan de waarheidsvinding? Geef mij één reden waarom dat niet zou kunnen.”⁷

⁷ *Notariaat Magazine* september 2008, p. 13.

6. *Notaris als vertrouwenspersoon van twee partijen*

Een notaris dient zijn ambt op grond van artikel 17 Wna op onpartijdige wijze uit te oefenen. Een bijzonderheid van de notariële ambtsuitoefening is dat de notaris regelmatig met twee partijen te maken heeft, wier belangen hij zich in gelijke mate moet aantrekken. Te denken valt aan het opstellen van een leveringsakte van een registergoed of van aandelen in een bv.

Kraan geeft in zijn preadvies uit 2007 het voorbeeld van een verkoper van een huis die de notaris toevertrouwt dat hij met zijn buurman al een tijdje is verwickeld in een geschil over het grensverloop en dat hij blij is dat hij daar nu vanaf is. Kraan geeft dan vervolgens als zijn mening te kennen:

“In het algemeen geldt dat gegevens die aan de notaris worden meegedeeld en die van belang zijn voor de rechtspositie van iemand wiens belangen de notaris dient te behartigen, niet als toevertrouwd hebben te gelden in die zin dat de notaris deze gegevens mag – of moet – meedelen aan de ander.”

Ik ben het met het resultaat eens, maar niet met de redenering. De informatie is toevertrouwd en de notaris mag op grond van de Ogem/notaris Maas-doctrine – met haar bijna absolute geheimhoudingsplicht – hierover niet spreken. Het punt is dus dat de Ogem/notaris Maas-doctrine niet goed is toegesneden op de situatie waarin de notaris de belangen van twee partijen behartigt en ten aanzien van twee partijen als vertrouwenspersoon fungeert. In zo'n geval moet de geheimhoudingsplicht mijns inziens wijken voor de informatieplicht.⁸

In dit verband is ook het pleidooi van Waaijer in zijn oratie van belang dat een notaris de wederpartij moet inlichten over relevante informatie die boven water komt bij zijn cliëntenonderzoek op grond van de WWFT.⁹ De geheimhoudingsplicht zou hier zijns inziens niet aan in de weg moeten staan en ik ben het daar – naar wenselijk recht – mee eens.

Waaijer maakt nog de volgende interessante opmerking:

“Misschien zijn we met het gedachtegoed van de Hoge Raad, of althans de uitleg die daaraan in de literatuur is gegeven, wel te ver doorgeschoten.”¹⁰

7. *Het spel der juristen*

Het hierboven staande citaat van Waaijer lijkt in kritische zin te verwijzen naar een hobby waar juristen zich graag mee bezighouden. Er is een uitspraak van de Hoge Raad in een individueel geval. Juristen bedenken daaromheen uitvoerige theorieën. Die theorieën worden vervolgens als het gedachtegoed van de Hoge Raad gepresenteerd en daarop wordt dan weer kritiek geuit.

8 Dit is in overeenstemming met het Belgische recht; zie C. De Wulf, 'De notaris – Onpartijdig raadsman en behoeder van evenwicht', *JBN* augustus 2010 (nr. 33), p. 7.

9 B.C.M. Waaijer, *Wat was was voordat was was was*, oratie Amsterdam (UvA) 2009, p. 14.

10 B.C.M. Waaijer, *Wat was was voordat was was was*, oratie Amsterdam (UvA) 2009, p. 16.

Maak ik mij daaraan ook schuldig? Er is een arrest uit 1986 over het *verschoningsrecht* en daaruit leid ik af dat de Hoge Raad uitgaat van een bijna absolute *geheimhoudingsplicht* van de klassieke geheimhouders, en daarop heb ik – voor wat betreft de notaris – dan weer kritiek.

Zelf denk ik dat de stap van het verschoningsrecht naar de geheimhoudingsplicht buiten rechte gemakkelijk gemaakt kan worden. Zoals ik hiervoor al heb gezegd is de ratio van beide dezelfde, te weten: het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot bepaalde vertrouwenspersonen moet kunnen wenden. Dit maatschappelijk belang verdraagt zich niet met onzekerheid over de omvang van de geheimhoudingsplicht. De Hoge Raad verwoordt dit in r.o. 3.6 van het Ogem/notaris Maas-arrest ten aanzien van het verschoningsrecht als volgt:

“Het hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, zoals in de beschikking van de R-C werd voorgestaan, tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.”

Dit geldt mijns inziens ook voor de geheimhoudingsplicht buiten rechte. De grondslag komt daaraan te ontvallen als de omvang van geval tot geval wordt bepaald door een belangenafweging van de vertrouwenspersoon of van de rechter.¹¹

Tot zover stap één in het spel der juristen. De kritiek kwam hiervoor al aan de orde. Het juk van de Ogem/notaris Maas-doctrine verdraagt zich niet met de bijzondere positie van de notaris in het rechtsverkeer. Ik pleit zeker niet voor een meer open afweging van belangen, maar voor concrete uitzonderingen op de regel dat het met het aangaan van een vertrouwensrelatie met de notaris gemoeide belang alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden wijkt voor andere belangen.

De cliënt hoeft er wat mij betreft niet altijd zeker van te zijn dat hij alles in vertrouwen aan de notaris kan meedelen. Twee gevallen waarin dat wat mij betreft zou moeten gelden heb ik hiervoor uitgewerkt. Ten eerste het geval waarin de notaris – naar achteraf blijkt – gefunctioneerd heeft als onwetend instrument bij het plegen van een ernstig misdrijf en ten tweede het geval waarin de notaris het belang van twee partijen op onpartijdige wijze dient te behartigen.

¹¹ Zie ook Van Mourik, WPNR 2007/6724, p. 799 die – in zijn bespreking van mijn KNB-pleidvies uit 2007 – mijn mening deelt dat het Hof Amsterdam 25 juli 1996, WPNR 1996/6235 (Brandstichtende hypotheekgever) de plank misloeg met de volgende overweging: “Bij een conflict van concurrerende notariële beroepsplichten waarbij de geheimhoudingsplicht staat tegenover de plicht zorgvuldigheid te betrachten, wordt voorrang van de ene plicht boven de andere telkens in concreto bepaald door van de omstandigheden van het geval afhankelijke afweging van op het spel staande, met het nakomen van die onderscheiden plichten gemoeide afzonderlijke belangen.” Onjuist lijkt mij ook de volgende opmerking die staatssecretaris Teeven maakte bij de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op het notarisambt (Handelingen II 2010/2011, 44, 44-5-8): “De belangrijkste waarborg van het ambtsgeheim vormt de toetsing en afweging door de rechter van het belang van geheimhouding per concreet geval.”

8. *Tot slot*

Tot zover mijn toekomstbeeld. Als het goed is gelden deze uitzonderingen op de geheimhoudingsplicht als u over tien of twintig jaar op uw zwevende stoel zit in uw digitale kantoor.

Komt daarmee een einde aan de notaris als klassieke geheimhouder? Ach, dat klinkt zo dramatisch. De titel is slechts gekozen om uw aandacht te trekken. Het toekomstbeeld behelst in ieder geval wel dat de klassieke geheimhouders niet meer allen over dezelfde Ogem/notaris Maas-kam geschoren worden.