

Bij Kabinetsmissive van 18 juni 2010, no.10.001629, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Justitie na overleg met de Minister van Financiën, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet inzake de 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 artikel 25 van die wet (informatieplicht derdengeldenrekening notariaat), met memorie van toelichting.<sup>1</sup>

Het wetsvoorstel is één van de aangekondigde maatregelen ter bestrijding van misbruik, fraude en criminaliteit in de vastgoedsector.<sup>2</sup> Het wetsvoorstel introduceert een wettelijke plicht voor de notaris om aan de Belastingdienst en in het kader van strafrechtelijk onderzoek aan de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris desgevraagd bepaalde gegevens te verstrekken inzake betalingen die zijn verricht via de bijzondere rekening van de notaris. Daarmee wordt de geheimhoudingsplicht van de notaris zoals neergelegd in artikel 22 van de Wet op het notarisambt (Wna) beperkt. Het doel van het wetsvoorstel is een juiste heffing en effectieve invordering van belastingen en de bestrijding van malafide praktijken in de vastgoedsector.

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen over de rechtvaardiging van de beperkingen van de geheimhoudingsplicht van de notaris en de reikwijdte van de voorgestelde bepalingen. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel nader dient te worden overwogen.

#### 1. Algemeen

Volgens de toelichting is de afgelopen jaren gebleken dat er rond de handel in onroerend goed diverse vormen van illegale activiteiten worden ontplooid. De notaris vervult in het kader van zijn ambtsuitoefening een sleutelrol bij vastgoedtransacties. De gelden die verband houden met transacties zullen via de zogeheten bijzondere rekening van de notaris worden gestort en betaald. Ondanks de maatregelen die de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) heeft genomen om frauduleuze praktijken in het vastgoed tegen te gaan, zijn malafide transacties niet altijd voor een notaris als zodanig herkenbaar, aldus de toelichting. Inzicht in de herkomst en bestemming van gelden waarmee bepaalde transacties worden gefinancierd, kan voor de Belastingdienst en opsporingsinstanties van groot belang zijn bij de heffing en invordering van belastingen en bij de opsporing van misdrijven. Vanwege het zwaarwegende maatschappelijke belang van een correcte heffing en inning van belastingen, een effectieve bestrijding van fraude met vastgoed, het tegengaan van witwassen of verbergen van gelden die uit criminele activiteiten zijn verkregen, de bestrijding van georganiseerde criminaliteit en de bestrijding en voorkoming van

<sup>1</sup> Per 1 september 2010 is in werking getreden de Wet tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State. Sinds die datum kent de Raad van State – naast de al bestaande Afdeling bestuursrechtspraak – een Afdeling advisering. Gelet op de onmiddellijke werking van genoemde wet, worden adviesaanvragen bij de Raad van State van vóór 1 september 2010 na die datum afgedaan door de Afdeling advisering van de Raad van State.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2009/10, 29 911, nr. 16.

financiering van terrorisme wordt een uitzondering gemaakt op de geheimhoudingsplicht van de notaris.<sup>3</sup>

De Afdeling leidt uit de toelichting, de considerans en het wetsvoorstel af dat het voorstel twee doeleinden heeft: (1) een correcte heffing en een effectieve invordering van belastingen en (2) de bestrijding van vastgoedfraude en -criminaliteit. De Afdeling gaat hierna eerst in op de vraag in hoeverre de voorgestelde beperkingen van de geheimhoudingsplicht van de notaris gerechtvaardigd zijn voor deze doeleinden. Vervolgens maakt zij een aantal opmerkingen over de reikwijdte van de voorgestelde bepalingen.

## 2. Rechtvaardiging beperkingen geheimhoudingsplicht

Het wetsvoorstel beperkt de geheimhoudingsplicht – en daarmee tevens het verschoningsrecht<sup>4</sup> – van de notaris. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is het verschoningsrecht van de notaris erkend als algemeen rechtsbeginsel. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is de grondslag voor het verschoningsrecht van de notaris gelegen in het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de beroepsbeoefenaar moet kunnen wenden. Het verschoningsrecht van de notaris is evenwel niet absoluut. Er kunnen zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt, moet prevaleren boven het verschoningsrecht.<sup>5</sup>

Een beperking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht dient zodanig te zijn dat de bescherming die het ambtsgeheim aan de vertrouwelijkheid tussen de notaris en zijn cliënt biedt, zoveel mogelijk wordt gewaarborgd. De beperking dient met andere woorden te voldoen aan de eisen van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.

### *a. Correcte heffing en effectieve invordering van belastingen*

De Afdeling interpreteert dit doel aldus dat het gaat om de reguliere heffing en invordering van belastingen. Zij is van oordeel dat de voorgestelde beperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris ten behoeve van dit doel niet voldoet aan de eis van noodzakelijkheid.

De noodzaak om voor reguliere heffing en invordering van belastingen de geheimhoudingsplicht van de notaris te beperken, is naar het oordeel van de Afdeling niet afdoende aannemelijk gemaakt. Noch de toelichting noch de onderliggende rapporten bevatten een zorgvuldige analyse van de problemen die de Belastingdienst ondervindt bij de reguliere heffing en invordering van belastingen als gevolg van het gebruik dat wordt gemaakt van bijzondere rekeningen van notarissen. De Afdeling gaat er vanuit dat de geheimhoudingsplicht van de notaris slechts in hoogst uitzonderlijke situaties kan worden beperkt, opdat een ieder vrij en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde van de diensten van de notaris gebruik kan maken. Dit geldt te meer voor de gevallen waarin inschakeling van de notaris wettelijk is voorgeschreven, zoals bij transacties met betrekking tot onroerend goed. De toelichting geeft geen overtuigende motivering waaruit in algemene zin volgt dat met de uitoefening van een bevoegdheid op grond van de Algemene wet inzake rijksbelastingen, de Invorderingswet 1990 onderscheidenlijk de Algemene douanewet

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, Algemeen, punt 2 getiteld "Doel en strekking van dit wetsvoorstel".

<sup>4</sup> Het verschoningsrecht van notarissen is neergelegd in artikel 218 Wetboek van Strafvordering, artikel 63 Invorderingswet 1990 en artikel 53a Algemene wet inzake rijksbelastingen.

<sup>5</sup> Zie o.m. Hoge Raad, 1 maart 1985, NJ 1985, 173 en Hoge Raad, 18 december 1998, NJ 2000, 341,

zodanig zware maatschappelijke belangen gemoeid zijn, dat deze prevaleren boven de geheimhoudingsplicht van de notaris.

De Afdeling is er niet van overtuigd dat de reguliere heffing en invordering van belastingen een beperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris rechtvaardigen. De Afdeling adviseert daarom het voorstel op dit punt te heroverwegen.

*b. Effectieve bestrijding van fraude en criminaliteit in het vastgoed*

Anders dan het doel reguliere heffing en invordering is de Afdeling van oordeel dat een effectieve bestrijding van misbruik, fraude en criminaliteit in de vastgoedsector een beperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris kan rechtvaardigen, mits de noodzaak daartoe genoegzaam is aangetoond.

Uit de toelichting maakt de Afdeling op dat dit wetsvoorstel een oplossing beoogt te bieden voor de gevallen dat malafide transacties niet altijd voor een notaris als zodanig herkenbaar zijn. De toelichting geeft echter onvoldoende inzicht in de structuur en de omvang van deze problematiek. Voor zover misbruik van bijzondere notariële rekeningen een wezenlijk probleem oplevert dat vraagt om een oplossing door middel van wetgeving, geeft de toelichting een ontoereikend antwoord op de vraag waarom beperking van de geheimhoudingsplicht hiervoor het geëigende middel is. De Afdeling wijst er in dit verband op dat de afgelopen jaren al tal van maatregelen zijn genomen en aangekondigd ten behoeve van een effectievere bestrijding van misbruik, fraude en criminaliteit in de vastgoedsector. Sommige van die maatregelen hebben specifiek betrekking op de notarissen.<sup>6</sup> De Afdeling mist in de toelichting een beschouwing waaruit volgt dat deze maatregelen niet toereikend zijn om een oplossing te bieden voor het gestelde probleem.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en toereikend te motiveren dat een beperking van de geheimhoudingsplicht van de notaris noodzakelijk is voor de bestrijding van vastgoedfraude en -criminaliteit.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

3. Reikwijdte voorgestelde bepalingen

Indien het wetsvoorstel wordt beperkt tot het doel effectieve bestrijding van vastgoedfraude en -criminaliteit en bovendien de noodzaak daartoe is aangetoond, is de Afdeling van oordeel dat naar de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit de voorgestelde bepalingen te ruim zijn geformuleerd.

*a. Voorgestelde artikel 25, achtste lid, Wna*

<sup>6</sup> Verwezen wordt onder meer naar het volgende: de meldingsplicht van notarissen op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme, het wetsvoorstel tot wijziging van de Wna naar aanleiding van de evaluatie van de Wna dat onder andere versterking van het toezicht op het notariaat beoogt, de per 1 juli 2009 inwerkinggetreden wet tot wijziging van onder meer de Wna in verband met het verruimen van de mogelijkheden tot het spoedshalve tuchtrechtelijk optreden tegen advocaten en notarissen, 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 contanten en een checklist ABC-transacties die notarissen een praktisch hulpmiddel biedt om risico's of misbruik tijdig te kunnen onderkennen).

Allereerst dient het doel van de informatieplicht van de notaris in de wettekst tot uitdrukking te komen: effectieve bestrijding van vastgoedfraude en -criminaliteit.<sup>7</sup> Op deze manier wordt verzekerd dat de informatieplicht beperkt is tot dat doel. Daarnaast merkt de Afdeling in het kader van de subsidiariteitseis het volgende op. De toelichting meldt dat de Belastingdienst de gezochte informatie eerst zal trachten te achterhalen via een onderzoek bij de partijen zelf die betrokken zijn bij de desbetreffende transactie, handeling of betaling. Als dit niet lukt en de Belastingdienst de gezochte informatie niet of moeilijk op een andere wijze kan verkrijgen, zal hij zich wenden tot de notaris.<sup>8</sup> De wijze waarop deze bevoegdheid zal worden uitgeoefend, zal in een beleidsregel van de Belastingdienst worden neergelegd, aldus de toelichting. De Afdeling acht het in het licht van de beoogde subsidiariteit van belang dat uit de tekst van het voorstel zelf blijkt dat deze inbreuk op de geheimhoudingsplicht van de notaris als laatste middel kan worden ingezet.

De Afdeling adviseert het voorstel conform het vorenstaande aan te passen.

*b. Voorgestelde artikel 25, negende lid, Wna*

Volgens deze bepaling dient de notaris op verzoek van de opsporingsambtenaar, de officier van justitie of de rechter-commissaris gegevens te verstrekken met betrekking tot de bijzondere rekening die deze vordert uit hoofde van de uitoefening van *een bevoegdheid* op grond van het Wetboek van Strafvordering.

De Afdeling is van oordeel dat de informatieplicht van de notaris te ruim is geformuleerd. Er ontbreekt allereerst een beperking naar het doel waarvoor de gegevens moeten worden verstrekt: bestrijding van vastgoedfraude en -criminaliteit. Dit moet in de wetstekst worden opgenomen, zodat de uitzondering op de geheimhoudingsplicht beperkt wordt tot die gevallen.

Bovendien is de informatieplicht niet beperkt tot gevallen van verdenking van een strafbaar feit. Een beperking tot een verdenking van een strafbaar feit acht de Afdeling nodig gelet op de inbreuk die op de geheimhoudingsplicht van de notaris wordt gemaakt. In dit verband verwijst de Afdeling tevens naar het advies van de KNB.<sup>9</sup> De Afdeling adviseert het wetsvoorstel aan te passen.

Voorts geeft het voorgestelde artikel 25, negende lid, naast de officier van justitie en de rechter-commissaris ook de opsporingsambtenaar de bevoegdheid om aan de notaris gegevens te vragen. De toelichting gaat daar niet op in. Aangezien het om een bevoegdheid gaat die inbreuk maakt op de geheimhoudingsplicht van de notaris, dient deze te worden toegekend aan een zo beperkt mogelijke groep functionarissen. Naar het oordeel van de Afdeling gaat het te ver om iedere opsporingsambtenaar de bevoegdheid te geven om gegevens over de derdengeldenrekening van de notaris te vragen.

De Afdeling adviseert de informatieplicht van de notaris in het voorgestelde artikel 25, negende lid, te beperken tot de officier van justitie en de rechter-commissaris.

<sup>7</sup> In dit verband wordt verwezen naar een opmerking van soortgelijke strekking in het advies van de Raad van State van 10 december 2009 over het ontwerpbesluit tot wijziging van enige fiscale uitvoeringsbesluiten en enkele andere besluiten (Stb. 615) (zaak nr. W06.09.0511/III). Op advies van de Raad is in de tekst van het desbetreffende besluit opgenomen "in het kader van de bestrijding van vastgoedcriminaliteit".

<sup>8</sup> Toelichting op artikel I.

<sup>9</sup> Advies van 1 september 2008, kenmerk RA/GdS, blz. 2.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,