

# 53. De notariële zorgplicht en de poortwachtersfunctie (art. 21 lid 2 Wna en art. 3 Wwft)

L.C. DUFOUR

De Kamer voor het Notariaat in Den Bosch heeft op 7 juni 2021 (ECLI:NL:TNORSHE:2021:15) een uitspraak gedaan die van belang is voor alle beroepsbeoefenaren die met de Wwft te maken hebben, van belang is. De Kamer oordeelde dat de notaris, ook tijdens het verscherpt cliëntenonderzoek en in zijn contacten met een (toekomstige) cliënt, waarvan hij vermoedt dat die betrokken is bij witwassen of andere strafbare feiten, onpartijdig, onafhankelijk en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te werk moet gaan.

## De feiten

De notaris was als projectnotaris betrokken bij de ontwikkeling van een bungalowpark. De directeur van een BV heeft de projectontwikkelaar (hierna ook te noemen: 'VOF') in juli 2020 bericht dat hij graag een nog te bouwen bungalow in het project wil kopen. De directeur zelf woont op Ibiza, de BV is gevestigd op een adres in Nederland. De koop-/aannemingsovereenkomst tussen de BV en de projectontwikkelaar is op 24 juli 2020 gesloten.

Na ontvangst van de koop-/aannemingsovereenkomst heeft de notaris de namen van de directeur en de BV gegoogeld en negatieve berichten over de directeur aangetroffen. De notaris heeft daarop met de vertrouwensnotaris overlegd. In lijn met het advies van de vertrouwensnotaris heeft een medewerkster van de notaris op 17 augustus 2020 telefonisch contact opgenomen met de directeur en hem naar aanleiding van dat telefoongesprek een mail gestuurd waarin zij schreef:

*'Naar aanleiding van ons telefoongesprek zojuist betreffende het aanleveren van stukken, graag ontvang ik van u:*

- een UBO verklaring
- een kopie van het aandeelhoudersregister
- de definitieve jaarrekening 2019 en halfjaarcijfers 2020 met accountantsverklaring
- verklaring van de herkomst van de gelden voor de aankoop van de grond van de recreatiebungalow
- de gelden dienen van een Nederlandse bank te komen en hiervan willen wij graag een afschrift ontvangen.

*Wanneer ik deze stukken heb ontvangen zal ik contact met u opnemen voor het maken van de afspraak voor het passeeren. (...)*

*Mocht u nog vragen hebben dan hoor ik dat graag van u.'*

De directeur heeft op dezelfde dag de medewerkster van de notaris geantwoord:

*'Ik geloof niet dat u iets te maken heeft met mijn jaarrekeningen cq een accountantsverklaring kan eisen. Wat een ridicule eis.....'*

*Verklaring herkomst heb ik al gegeven. Het staat u vrij de laatste jaarrekeningen bij de KvK op te vragen waaruit voldoende winst uit vastgoed blijkt.*

*Dat het geld van een Nederlandse bank moet komen is helemaal een absurd. We zijn onderdeel van de Europese Unie. Het geld komt gewoon van een rekening van [de BV].'*

Kort hierna heeft de medewerkster van de notaris de verkopend makelaar aangeraden de naam van de directeur te googelen.

De directeur heeft per e-mail van 28 augustus 2020 de medewerkster van de notaris gevraagd naar de stand van zaken met betrekking tot de levering van het perceel en haar verzocht hem de concept-akte van levering toe te sturen. Bij het uitblijven van een reactie van de (medewerkster van de) notaris, heeft de directeur op 2 september 2020 zijn e-mail van 28 augustus nog een keer gestuurd. Ondertussen heeft de directeur ook vele malen (volgens hem zeventien keer) tevergeefs geprobeerd de notaris telefonisch te bereiken. Bij e-mail van 7 september 2020 heeft de medewerkster van de notaris de directeur bericht dat de projectontwikkelaar contact met hem zal opnemen. Later op de dag heeft de verkopend makelaar de directeur per e-mail bericht dat de projectontwikkelaar de koop-/aannemingsovereenkomst heeft ontbonden. De reden die de makelaar opgaf voor de ontbinding waren de negatieve berichten over hem en zijn handelen.

De directeur en de BV hebben op 8 september 2020 een klacht tegen de notaris ingediend. De Kamer heeft de klacht als volgt samengevat:

'3.1. Klagers verwijten de notaris dat hij de levering van het perceel grond met de daarop te bouwen recreatiewoning had moeten verzorgen, maar dat hij bij de voorbereiding

hiervan onzorgvuldig heeft gehandeld, als gevolg waarvan de levering geen doorgang heeft gevonden. De klacht valt uiteen in de volgende drie klachtonderdelen.

1. De notaris heeft bij e-mail van 17 augustus 2020 zonder enige toelichting onjuiste en onredelijke eisen gesteld aan de BV en hij heeft ook niet aangegeven wat de gevolgen zouden zijn als klagers niet zouden voldoen aan deze eisen.
2. De notaris en zijn medewerkster hebben contact met klagers afgehouden, terwijl de notaris wel contact had met de VOF en de VOF heeft aangegeven de koop-/aannemings-overeenkomst te hebben ontbonden vanwege de negatieve informatie die de VOF van de notaris had ontvangen.
3. De notaris heeft de belangen van de VOF en klagers niet gelijkelijk behartigd.

### De beslissing

De Kamer stelt voorop dat de notaris met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te werk moet gaan en dient te voorkomen dat hij meewerkt aan werkzaamheden die in strijd zijn met het recht of de openbare orde. De Kamer vervolgt (r.o. 4.2): ‘Bij gereede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt is een notaris verplicht zijn diensten te weigeren, althans dient hij zich eerst door nader onderzoek te overtuigen van het geoorloofde karakter daarvan (artikel 21 lid 2 Wna). Uit artikel 17 Wna vloeit ook voort dat de notaris een onderzoeksplicht heeft om zijn wettelijke taak goed te kunnen vervullen: een zorgvuldig onderzoek is van belang om te voorkomen dat de notaris een schakel wordt in de totstandkoming van transacties die verband houden met fraude en witwassen.

‘4.3. Los van de identificatie- en verificatieverplichtingen voortvloeiend uit de Wna dient een notaris op grond van artikel 3 Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (hierna: Wwft) een cliëntenonderzoek te verrichten ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Een belangrijk onderdeel van het cliëntenonderzoek is het vaststellen van de identiteit van de uiteindelijk belanghebbende (de Ultimate Beneficial Owner (hierna: de UBO)) en het verifiëren van diens identiteit. Op een notaris rust dus in beginsel de verplichting een UBO vast te stellen.

4.4. Bij een vermoeden van witwassen of financieren van terrorisme moet een notaris bovendien een verscherpt cliëntenonderzoek verrichten als een zakelijke relatie of transactie naar haar aard of in verband met de staat waar de cliënt woonachtig of gevestigd is of zijn zetel heeft, een hoger risico op witwassen of financieren van terrorisme met zich brengt (artikel 8 Wwft).’

De Kamer oordeelt dat de notaris terecht de in de e-mail van zijn medewerkster van 17 augustus 2020 genoemde informatie over de BV bij de directeur heeft opgevraagd (r.o. 4.9).

De notaris heeft volgens de Kamer echter onvoldoende gecommuniceerd met de directeur. De notaris had de directeur de achtergrond van de vragen in de mail van zijn mede-

werkster van 17 augustus 2020 moeten uitleggen en hem moeten wijzen op de gevolgen van het niet verstrekken van de gevraagde stukken/informatie. Na de rappelmail van de directeur, had de notaris hem moeten laten weten dat hij voornemens was zijn dienst op te schorten zolang de directeur de opgevraagde informatie niet verstrekke. De Kamer rekent het de notaris aan dat hij de communicatie met de directeur heeft afgehouden, terwijl hij in die periode de projectontwikkelaar wel had bericht dat hij de leveringsakte niet kon passeren zolang hij niet over de bij de directeur opgevraagde informatie beschikte. Hierdoor heeft hij bij de directeur de indruk gewekt op een partijdige wijze betrokken te zijn bij de levering van het perceel grond en heeft de notaris zich onvoldoende ingespannen zijn rol als poortwachter aan de directeur kenbaar te maken. De Kamer heeft de notaris de maatregel van een berisping opgelegd.

### Commentaar

Deze uitspraak behandelt twee verschillende onderwerpen, i) de poortwachtersfunctie van de notaris en ii) de hoge eisen die aan de bejegening door/communicatie vaardigheden van een notaris worden gesteld. Het is belangrijk om die twee onderwerpen goed te onderscheiden. Doet de lezer dat niet, dan kan de indruk ontstaan dat de Kamer het onmogelijke van de notaris vergt (‘probeert de notaris zijn poortwachtersfunctie netjes uit te oefenen, is het ook niet goed!’).

Het klachtonderdeel dat ziet op de vragen die de notaris aan de directeur heeft gesteld in het kader van zijn poortwachtersfunctie is ongegrond. De notaris heeft terecht de bewuste informatie bij de directeur opgevraagd. De Kamer rekent het de notaris aan dat hij mails en vele telefoontjes van de directeur onbeantwoord heeft gelaten, dat hij de directeur niet heeft uitgelegd waarom hij de bewuste informatie op 17 augustus 2020 had laten opvragen en dat hij de directeur niet heeft gewezen op de consequenties van het niet verstrekken van de gevraagde informatie. Dat oordeel van de Kamer is goed te begrijpen, zoals dit voorbeeld illustreert: als een notaris een koper, ten aanzien waarvan hij geen enkele twijfel over de goede bedoelingen heeft, om betaling van de 10% waarborgsom uit de NVM-koopovereenkomst vraagt, en de koper antwoordt de notaris dat hij dat onzinnig vindt, dan verwachten we allemaal van de notaris (of zijn medewerkers) dat hij belt of mailt met deze koper en uitlegt waarom hij de waarborgsom moet overmaken en wat de gevolgen van het niet overmaken zijn. Als de notaris in dit voorbeeld niet in contact zou treden met de koper, maar wel de verkoper zou bellen om te vertellen dat de koper de waarborgsom niet had voldaan en dat de levering dus niet door kon gaan, ligt het voor de hand om dit klachtwaardig te vinden.

De notaris in de hier besproken tuchtspraak had de koper niet bekend mogen veronderstellen met de op hem als notaris rustende verplichtingen om cliëntenonderzoek te doen. De notaris had in reactie op de mail van de directeur van 17 augustus 2020 contact moeten opnemen om uit te leggen waarom zijn medewerkster de verzoeken deed. De

notaris had niet het verzoek kunnen intrekken of aanpassen; de Kamer vraagt van de notaris in een dergelijk geval wat meer toelichting te geven.

Dat een notaris onverminderd aan zijn vergaande zorgplicht en andere beroeps- en gedragsregels is gebonden als hij vermoedens heeft van strafbare feiten, blijkt ook uit de al wat oudere beslissing van de Notariskamer van het hof Amsterdam van 30 mei 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1968). Een notaris had het testament opgemaakt van een erflater, die grote hoeveelheden contant geld voorhanden had (onder andere in een PVC-buis onder een tegel op de achterplaats van zijn huis). Na zijn overlijden ontstond tussen de legatarissen en de erfgenaam een geschil over de omvang van de nalatenschap en de afgifte van de contanten en sieraden. Het conflict escaleerde, de erfgenaam en de legatarissen schakelden advocaten in. De advocaten weigerden medewerking te verlenen aan het in een notariële akte zichtbaar maken van het contante geld. Uit de uitspraak van de Kamer voor het Notariaat 's-Hertogenbosch van 18 juli 2016 (ECLI:NL:TNORSHE:2016:21) volgt dat de advocaten hadden voorgesteld dat het contante geld aan hen zou worden afgestaan, tegen afgifte van een 'reçu'. De notaris diende tuchtklachten in tegen de advocaten omdat hij vond dat zij onvoldoende deden om het witwassen van het vermoedelijk fiscaal niet verantwoordde contante geld te voorkomen. De notaris heeft in de correspondentie met de erfgenaam en zijn advocaat geschreven dat erflater met hem had gesproken over 'fiscaal niet verantwoord' of 'zwart' geld. De notaris heeft in de klachtprocedure tegen de advocaten deze mededelingen herhaald en de advocaten beschuldigd van het faciliteren van witwassen. Nadat de Raad van Discipline de klacht van de notaris tegen hen had afgewezen, hebben de advocaten een tuchtklacht tegen de notaris ingediend, over onder meer schending van zijn geheimhoudingsplicht. Het hof overwoog dat de mededelingen van erflater over 'fiscaal niet verantwoord' of 'zwart' geld als de notaris toevertrouwd hebben te gelden en dus onder zijn geheimhoudingsplicht vallen. Gelet echter op de bijzondere omstandigheden van het geval mocht de notaris in zijn correspondentie met de advocaat van de erfge-

naam zijn geheimhoudingsplicht doorbreken omdat de mogelijke aanwezigheid van fiscaal niet verantwoord of zwart geld, de rechtspositie van de erfgenaam direct raakte. Deze uitzondering op de geheimhoudingsplicht gold niet jegens andere notarissen, de deken en de Raad van Discipline in de tuchtprocedure tegen de advocaten. Dat andere notarissen en advocaten, waaronder de deken, een geheimhoudingsplicht hebben, deed daaraan niet af.

Ik zie niet goed hoe de notaris in deze situatie zijn poortwachtersfunctie had moeten vervullen. De notaris kon de betrokkenen niet dwingen om mee te werken aan het opmaken van een notariële boedelbeschrijving, aangezien daarvoor in casu geen verplichting bestond. Een melding op grond van de Wwft lag niet voor de hand omdat hij slechts waarnemer was van een transactie, die – via het door de advocaten af te geven 'reçu' – buiten hem om liep. Het indienen van een tuchtklacht tegen betrokken adviseurs (advocaten, accountants, andere notarissen) is dus ook geen oplossing laat deze casus zien. De notaris zal immers bij het formuleren van de klacht feiten moeten noemen, waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheden kennis heeft genomen en zo zijn geheimhoudingsplicht schenden.

Een notaris dient bij de uitoefening van zijn werkzaamheden altijd zijn wettelijke verplichtingen en de voor hem geldende beroeps- en gedragsregels in acht te nemen. Als een notaris het vermoeden van een strafbaar feit heeft, moet hij zowel zijn poortwachtersfunctie vervullen, als de kernwaarden van geheimhouding, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en de grootst mogelijke zorgvuldigheid naleven. Die verschillende verplichtingen zijn niet altijd eenvoudig gezamenlijk na te leven en in de casus uit 2017 bleek het zelfs voor de notaris onmogelijk. Gelet op de cruciale positie van de notaris bij het voorkomen van witwassen, kan ik me voorstellen dat de notariële tuchtrechter de goede naleving van de poortwachtersfunctie wat zwaarder laat wegen dan naleving van de beroeps- en gedragsregels.

Over de auteur

**L.C. Dufour**

Advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam.