

# 7. De notariële zorgplicht bij uitvoering van door andere adviseurs ontworpen plannen

H.J. DELHAAS EN L.C. DUFOUR

In zijn uitspraak van 15 juni 2021 (ECLI:NL:GHAMS:2021:1701) heeft de Notariskamer van het Hof Amsterdam een notaris een schorsing van zes maanden opgelegd omdat zij bij een complexe herstructurering van een familiebedrijf de notariële kernwaarden van deskundigheid en zorgvuldigheid in verschillende fasen bij herhaling heeft geschonden. De uitspraak lezend, ontstaat de indruk dat de notaris met goede bedoelingen te werk is gegaan, maar zich niet heeft gerealiseerd wat haar notariële zorgplicht in de verschillende fasen van de herstructurering betekende. Om de overwegingen van het hof te begrijpen is het nodig om vrij uitvoerig bij de feiten stil te staan.

## De feiten

Vader en moeder zijn de grondleggers van een grote agrarische onderneming. Hun drie kinderen, twee zoons en een dochter, zijn ook in de onderneming gaan werken. De notaris was de vaste notaris van de familie.

In 1999 zijn de ouders en de kinderen een maatschap aangegaan met het oog op gezamenlijke exploitatie en bedrijfsopvolging. De onderneming was werkzaam op drie terreinen: een varkenshouderij, een melkveebedrijf en verschillende nertsenfokkerijen. In de loop der jaren zijn verschillende vennootschappen, persoonlijke holdings en werkmaatschappijen, opgericht waardoor de onderneming een concernstructuur kreeg. Na het overlijden van moeder in 2007, heeft vader zich langzaam teruggetrokken uit de onderneming. Tot 2012 was de samenwerking tussen de kinderen goed, daarna is verschil van inzicht ontstaan tussen een zoon en de dochter enerzijds en de andere zoon (later: klager) anderzijds. De kinderen hebben toen advies ingewonnen bij een accountants- en belastingadvieskantoor omdat zij constateerden dat de concernstructuur niet optimaal was. In 2013 heeft deze adviseur een opzet gemaakt om tot een holdingstructuur te komen. Op 30 september 2013 heeft de notaris in verband met het opzetten van de holdingstructuur vijf vennootschappen opgericht waaronder de BV die later de Holding werd.

Op 21 februari 2014 hebben de kinderen een mondelinge koopovereenkomst gesloten op grond waarvan zij samen in totaal 85 hectare (ongeveer 127 voetbalvelden) landbouwgrond hebben verkocht aan de BV die later de Holding werd. De totale koopprijs bedroeg € 7.449.000. De percelen die klager verkocht vertegenwoordigden een waarde van € 3.249.380. De landbouwgrond is toen nog niet geleverd.

Tussen de zus en de adviseur ontstond in 2014 verschil van inzicht over de herstructurering. De zus heeft een nieuwe adviseur aangezocht. Deze nieuwe adviseur heeft – op basis van de plannen van de eerste adviseur – de voorbereiding van de herstructurering voortgezet. Bij brief van 9 februari 2015 heeft de adviseur aan de kinderen uitgelegd welke stappen nog moesten worden gezet om tot de beoogde structuur te komen.

De adviseur heeft in een e-mail van 3 april 2015 de notaris bericht over de stand van zaken met betrekking tot de herstructurering. In die e-mail heeft de adviseur een opsomming gegeven van de door de notaris te verrichten werkzaamheden, genummerd 1-15. De fusievoorstellen en de jaarrekeningen dienden voor 1 juli 2015 gedeponneerd te worden. De herstructurering diende in 2015 te worden afgerond, aldus de instructies van de adviseur.

Twee maanden later, op 19 juni 2015, heeft de adviseur aan de notaris een stappenplan gemaild waarin was vermeld welke akten voor 1 juli 2015 dienden te zijn gepasseerd en welke daarna. In die mail merkte de adviseur over de op 21 februari 2014 gesloten mondelinge koopovereenkomst op dat de koopsom van € 7.449.000 schuldig wordt gebleven en dat de kinderen onderling de voorwaarden en bepalingen hiervan regelen.

De notaris heeft op 23 juni 2015 aan de kinderen en de adviseur bericht dat in die week de door de adviseur ingezette herstructurering gedeeltelijk werd afgewikkeld. Hiervoor moesten de kinderen een groot aantal stukken ondertekenen. Die dag heeft ze in verschillende e-mails concepten van oprichtingsakten, akten van inbreng en de bijbehorende besluiten, verklaringen en volmachten ter ondertekening aan de kinderen gemaild. In het concept van de akte van inbreng onderneming voor de op te richten Varkenshouderij BV is vermeld: ‘Onder gemelde inbreng en levering is géén registergoed begrepen.’. Op 24 juni 2015

heeft de notaris aan de kinderen concepten met de bijbehorende volmachten gestuurd in verband met het leveren (verhangen) van de aandelen in vier van de in 2013 opgerichte werkmaatschappijen naar de Holding BV.

Tijdens een bespreking met de adviseur op die 24ste juni 2015 heeft klager tegen zijn broer en zus gezegd dat hij de aan hem voorgelegde notariële stukken niet zal ondertekenen.

De adviseur heeft in de maanden daarna verder gesproken met de kinderen over de stoeve samenwerking, de uitwerking van de herstructurering en het vastleggen van de mogelijkheid voor klager om bij uittreding één derde van het bedrijf inclusief de varkenshouderij over te nemen. Op 1 september 2015 heeft klager in een bespreking met zijn broer en zus en de adviseur gezegd meer tijd nodig te hebben om te beslissen over de mogelijke beëindiging van de samenwerking. Na een onaangekondigd bezoek van vader, broer en zus (ter zake waarvan klager later aangifte van huisvredebreuk heeft gedaan), waarin zij bij klager hebben aangedrongen op medewerking aan de herstructurering, heeft klager alsnog zijn akkoord gegeven op de uitvoering van de beoogde herstructurering.

Op 15 oktober 2015 waren klager en zijn partner bij de notaris voor het opmaken van het testament van zijn partner. Voordat de notaris de testamentsbespreking met de partner voerde, heeft zij ook met klager gesproken. Klager heeft toen aan de notaris zijn zorgen kenbaar gemaakt over de problemen in de onderlinge samenwerking met zijn broer en zus.

Op 21 oktober 2015 hebben de kinderen met de notaris en de adviseur een bespreking gevoerd. Tijdens deze bijeenkomst hebben de kinderen de volmachten ondertekend die de notaris op 23 en 24 juni 2015 had gemaald.

Eind oktober 2015 heeft de adviseur concepten van de inbrengbeschrijvingen aan de notaris en aan de accountant gestuurd.

Op 31 oktober 2015 heeft de notaris aan de kinderen, aan de adviseur en aan de accountant de stukken ter ondertekening toegestuurd in verband met de voorgenomen driehoeksfusies waarbij alle activa van de BV's van de kinderen uiteindelijk in de Holding BV zouden komen.

Op 9 november 2015 heeft een medewerker van de notaris, gevolmachtigd door klager, de inbrengbeschrijving ondertekend waarbij klager activa en passiva inbracht in een nog op te richten Varkenshouderij BV. Op de inbrengbeschrijving staan bij activa onder andere bedrijfsgebouwen en terreinen ter waarde van € 2.131.814 en vorderingen met een waarde van € 3.333.156 vermeld. Eveneens op 9 november 2015 heeft de notaris, met gebruikmaking van de op 21 oktober 2015 door de kinderen ondertekende volmachten, o.a. Varkenshouderij BV opgericht, de statuten van Holding BV gewijzigd en de akte gepasseerd waarbij de aandelen in de werkmaatschappijen door de persoonlijke holdings van de kinderen werden overgedragen aan Holding BV. In de akte van inbreng voor Varkenshouderij BV staat vermeld: '*Onder gemelde inbreng en levering is géén registergoed begrepen.*'. Op 9 november 2015 heeft een gevolmachtigde medewerkster van de notaris drie fusie-

voorstellen ondertekend waarbij Varkenshouderij BV als verdwijnende vennootschap opging in Holding BV.

De notaris heeft op 16 december 2015 aan de adviseur een overzicht gestuurd van de nog te passeren akten. De adviseur heeft het overzicht doorgestuurd aan de zus met een toelichting en de gevolgen van het eventueel niet verder doorvoeren van de herstructurering. De adviseur heeft de notaris vervolgens op verzoek van de zus gevraagd om de levering van de landbouwgrond aan Holding BV die dag in orde te maken omdat de bank voor de financieringsaanvraag de juridische eigendom van de landbouwgrond in de Holding BV wilde hebben. De notaris heeft die middag volmachten aan de kinderen voor de levering van de landbouwgrond gemaald. De adviseur heeft de kinderen per e-mail uitgenodigd voor een bespreking op 21 december 2015. Klager heeft in antwoord op de uitnodiging van de adviseur gemaald dat hij vragen heeft, waarover hij eerst wilde overleggen, voor eventuele ondertekening van de volmacht. Die dag zijn familieleden opnieuw bij klager thuis geweest en hebben zij er bij hem op aangedrongen dat hij de volmacht zou ondertekenen ten behoeve van de levering van de landbouwgrond aan Holding BV. Klager heeft die volmacht toen ook ondertekend.

Op 21 december 2015 heeft de notaris de leveringsakte gepasseerd waarbij de kinderen uitvoering gaven aan de mondelinge koopovereenkomst van 21 februari 2014 en 85 hectaren landbouwgrond voor € 7.449.000 aan Holding BV leverden. In de leveringsakte is vermeld dat verkopers (de kinderen) afstand hebben gedaan van hun vorderingsrecht op koper (Holding BV) uit hoofde van de koopprijs en koper het bedrag van de koopprijs schuldig erkent, onder nader overeen te komen voorwaarden. Verkoper heeft koper kwijting verleend voor de betaling van de koopprijs. In een telefoongesprek met de bank op 29 december 2015 over een noodfinanciering van € 600.000 is het klager duidelijk geworden dat de financieringsovereenkomst ook zonder zijn akkoord tot stand kon komen omdat het concern vanuit de holding werd bestuurd en in de holding besluiten bij meerderheid van stemmen konden worden genomen. Klager heeft later die dag de notaris gebeld en onder andere verteld dat zijn broer, zus en/of vader hem hebben bedreigd en dwang op hem hebben uitgeoefend om de stukken in verband met de herstructurering te ondertekenen. In dat gesprek heeft de notaris opgemerkt dat zij met deze kennis de door klager ondertekende volmacht niet kan gebruiken (zie de uitspraak van de kamer voor een transcriptie van dit door klager opgenomen gesprek ECLI:NL:TNORSHE:2019:28). Later die dag heeft de notaris een 46 pagina tellende akte van rectificaties verleend met gebruikmaking van de volmachten die de kinderen op 21 oktober 2015 hadden ondertekend. Met deze akte van rectificaties is onder meer de akte van inbreng betreffende Varkenshouderij BV zodanig gerectificeerd dat deze nu wel vermeldt dat onder de inbreng en levering ook registergoederen zijn begrepen.

Op 30 december 2015 hebben de notaris en klager weer telefonisch contact gehad waarbij de notaris zich heeft afgevraagd of zij de volmachten die klager eerder had onderte-

kend nog kon gebruiken voor de verdere uitvoering van de herstructurering. In de middag heeft klager een e-mail aan de notaris gestuurd waarin hij schreef de financieringsaanvraag voor de bank te hebben ondertekend, de afspraken met zijn broer en zus omtrent de herstructurering te hebben ondertekend en dat hij de opschorting van zijn medewerking per direct ongedaan maakte. Na ontvangst van dit bericht heeft de notaris op basis van de op 21 oktober 2015 ondertekende volmachten twee akten van fusie gepasseerd waarbij Holding BV o.m. Varkenshouderij BV overnam. Als gevolg van de herstructurering zijn zowel de registergoederen die klager aan Holding BV had geleverd, als zijn vordering op Holding BV ter zake de koopprijs, in Holding BV gekomen, waardoor de vordering door vermenging is tenietgegaan en is omgezet in agio.

Op 12 september 2016 hebben de broer en zus klager ontslagen als directeur van Holding BV.

Vanaf september 2016 zijn verschillende procedures aanhangig tussen klager enerzijds en de broer en zus anderzijds om tot ontvlechting van de onderneming te komen.

Op 9 oktober 2018 heeft klager een klacht tegen de notaris ingediend. Nadat de kamer de klacht bij beslissing van 16 september 2019 gegrond had geoordeeld en een berisping had opgelegd, heeft het hof op het hoger beroep van klager de notaris zes maanden geschorst.

## De beslissing

Het hof stelt net als de kamer voorop dat klager niet als professionele partij bij deze juridisch en fiscaal gecompliceerde herstructurering betrokken was. De notaris mocht er in de gegeven omstandigheden niet zonder meer op vertrouwen dat klager, als gevolg van de betrokkenheid van een adviseur en accountant, kon overzien welke gevolgen de herstructurering zou hebben voor zijn (juridische) positie binnen het familiebedrijf. De gevolgen van de herstructurering waren onder meer dat registergoederen en vorderingen van klager zijn ingebracht in de B.V.-structuur, alsmede dat belangrijke aandeelhoudersbesluiten binnen Holding B.V. – anders dan in de tot dan toe bestaande structuur – niet met algemene stemmen hoefden te worden genomen. Het hof onderschrijft het oordeel van de kamer dat de zorgen informatieplicht van de notaris ten opzichte van klager hier meebracht dat zij diende te controleren of klager over de verschillende onderwerpen reeds geïnformeerd was. Volgens het hof klemde dit te meer nu de kinderen een gezamenlijke adviseur hadden en de verhouding tussen de kinderen verstoord was (r.o. 5.3).

De notaris heeft tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door op 29 december 2015 de akte van rectificaties te passeren zonder bij de kinderen na te gaan of de afspraken die de notaris in overleg met de adviseur in die akte wilde vastleggen, daadwerkelijk overeenstemden met hun wil. De notaris had na het telefoongesprek met klager op 30 december 2015, waarin zij zich had afgevraagd of zij de volmachten die klager eerder had ondertekend nog kon gebruiken voor de verdere uitvoering van de herstructurering, niet zomaar

mogen aannemen dat zijn later die dag verstuurd e-mail waarin hij schreef dat de vennoten de afspraken omtrent de herstructurering hadden ondertekend en hij de opschorting van zijn medewerking per direct ongedaan maakte, overeenstemde met zijn vrije wil (r.o. 5.4).

De notaris is onzorgvuldig te werk gegaan bij de akte van oprichting en de akte van inbreng betreffende Varkenshouderij BV. De notaris had geen genoeg mogen nemen met een bij volmacht ondertekende inbrengbeschrijving van klager. Dit klemt temeer nu de inbrengbeschrijving (met daarop vermeld ‘*bedrijfsgebouwen en terreinen*’ ter waarde van € 2.131.814) niet overeenstemde met hetgeen in de akte van inbreng stond vermeld (‘*g  en registergoed*’). Ook al mag een notaris in beginsel afgaan op de juistheid van een inbrengbeschrijving, het simpelweg doornemen van de (korte) inbrengbeschrijving en de akte van inbreng had ertoe moeten leiden dat de notaris dit verschil tussen beide documenten had kunnen en moeten constateren. Dit had haar vervolgens aanleiding moeten geven ofwel met klager contact op te nemen om zijn wil te controleren ten aanzien van zijn inbreng in Varkenshouderij BV, ook voor wat betreft zijn vordering van € 3.333.156, ofwel met de adviseur contact op te nemen om een juiste inbrengbeschrijving op te vragen. Dit is niet gebeurd en dat heeft geleid tot ernstige gevolgen voor betrokkenen en onenigheid over de geldigheid van de inbreng, aldus de het hof (r.o. 5.5).

Het hof was evenmin te spreken over de door de notaris op 29 december 2015 verleden akte van rectificaties. In de diverse gerectificeerde akten was geen sprake van een kennelijke misslag als bedoeld in art. 45 lid 2 Wna. Op het moment dat geen sprake is van een kennelijke schrijffout of kennelijke misslag moet herstel plaatsvinden door middel van een partij-akte van verbetering (r.o. 5.8).

De notaris had de door de kinderen op 21 oktober 2015 ondertekende volmachten niet mogen gebruiken voor de akte van rectificaties. Deze volmachten boden volgens het hof geen enkel aanknopingspunt voor het passeren van de rectificatieakte. Het alsnog inbrengen van registergoederen is geen wijziging van ondergeschikt belang noch valt dit onder de (rest)bevoegdheid waarmee de gevolmachtigde alles mag doen wat nodig, nuttig of wenselijk is. Er was juist sprake van een inhoudelijk belangrijke wijziging waardoor de notaris de rectificatieakte niet had kunnen passeren zonder alle partijen bij deze akte (1) in te lichten, (2) een concept van de akte toe te sturen en (3) volmachten toe te sturen (r.o. 5.8).

De notaris is tekortgeschoten in de op haar jegens klager rustende informatieplicht door hem niet te informeren over de gevolgen van het inbrengen van zijn vordering van € 3.333.156. Voorts is de notaris tekortgeschoten in haar informatieplicht door aan klager de forse wijziging in de structuur niet toe te lichten, alsook de gevolgen van die wijziging (r.o. 5.9). De notaris heeft op 23 en 24 juni 2015 een grote hoeveelheid stukken, waaronder de statutenwijziging, aan de kinderen gemaild. In de begeleidende e-mails

heeft de notaris geen enkele toelichting op de conceptstatuten gegeven. Niet gebleken is dat de notaris die toelichting later heeft gegeven. Het geven van een toelichting was volgens het hof hier wel op zijn plaats omdat vanuit Holding BV besluiten tot schorsing en ontslag van een bestuurder met maximaal twee derde meerderheid van de stemmen kunnen worden genomen. Dit was een ingrijpende wijziging ten opzichte van de voor de herstructurering in de v.o.f. vereiste unanimiteit (r.o. 5.12).

Tot slot gaat het hof in op de rol van de notaris en de reikwijdte van de notariële zorgplicht als de notaris uitvoering geeft aan een door andere (specialistische) adviseurs ontworpen plan.

*‘Dat een structuur door professionele adviseurs is opgezet, betekent geenszins dat de notaris zich lijdelijk moet opstellen en alleen maar moet uitvoeren hetgeen in de structuur is bedacht. Van een zorgvuldig notaris mag worden verwacht dat deze te allen tijde kritisch blijft ten aanzien van hetgeen van hem of haar gevraagd wordt. Onduidelijkheden en mogelijke risico’s moeten besproken worden en dit moet ook worden vastgelegd in het dossier. Het is het hof niet gebleken dat de notaris klager en/of de andere partijen – vanuit notarieel oogpunt – heeft gewezen op de gevolgen en mogelijke risico’s van het niet uitvoeren van bepaalde onderdelen van de herstructurering dan wel het wijzigen van de volgorde. Het hof kan zich dan ook verenigen met het oordeel van de kamer dat de notaris in de gegeven omstandigheden te weinig invulling heeft gegeven aan haar controleplicht en haar informatieplicht en dat zij de (kinderen als) oprichters, voordat zij een aanvang zou maken met de uitvoering van de herstructurering door de eerste akten te gaan passeren, had moeten informeren over de specifieke risico’s als de beoogde herstructurering niet volledig zou worden afgerond.’*

Over de in weerwil van het bepaalde in art. 2:312 BW op 9 november 2015 bij volmacht ondertekende fusievoorstellen, heeft klager niet geklaagd. Een klacht op dat punt was naar alle waarschijnlijkheid ook gegrond verklaard.

### **Rol en regie notaris in een transactie met andere adviseurs**

De herstructurering was opgezet door adviseurs, die de notaris hebben verzocht om de voor de uitvoering daarvan vereiste notariële werkzaamheden te verrichten. Het hof maakt duidelijk dat dat niet afdoet aan de zorgplicht die op de notaris rust. De notaris mag zich namelijk niet lijdelijk opstellen en alleen maar uitvoeren wat voor de structuur is bedacht. Van een zorgvuldig notaris mag worden verwacht dat deze te allen tijde kritisch blijft ten aanzien van hetgeen van hem of haar wordt gevraagd. Onduidelijkheden en mogelijke risico’s moeten worden besproken.

Het hof heeft hiermee duidelijk gemaakt dat de notaris de regie dient te houden over de werkzaamheden die tot haar

domein behoren en daarbij niet alleen mag afgaan op de andere adviseurs.

In de tuchtjurisprudentie komen vaker voorbeelden voorbij waarbij externe adviseurs een rol spelen. In een tuchtzaak uit 2017 ging het over een transactie die voornamelijk fiscaal gedreven was en die was opgezet door fiscalisten van een gerenommeerd kantoor. In die kwestie werd geoordeeld dat de notaris geen nader onderzoek behoefde te verrichten of vragen te stellen. De regierol lag in die kwestie namelijk bij de fiscalist, zodat de notaris kon volstaan met een marginale toetsing (KvhN ’s-Hertogenbosch 20 juni 2016, ECLI:NL:TNORSHE:2016:31). In hoger beroep hield dit oordeel van de kamer stand. Het hof overwoog dat niet was betwist dat de ingeschakelde adviseurs deskundig waren op hun terrein en verder is niet gebleken dat de reputatie van deze deskundigen in het geding was (Hof Amsterdam 21 februari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:482).

Maar er zijn ook voorbeelden waarin de notaris niet teveel mag afgaan op de betrokken adviseurs, althans: de notaris dient de werkwijze af te stemmen met de partijen en mag niet alleen afgaan op de adviseurs. Zo heeft het hof geoordeeld dat de notaris op zijn minst had moeten controleren of hij ermee kon volstaan om de stukken alleen aan de adviseur te sturen. Het viel de notaris in dat geval ernstig te verwijten dat in een van de bij het passeren van de akte gebruikte volmachten een wezenlijke voorwaarde is toegevoegd of gewijzigd en dat een daaruit voortvloeiende akte voor de notaris is verleden zonder dat hij zich er van heeft verzekerd dat deze toevoeging of wijziging in overeenstemming is met de wil van alle partijen. Bij de motivering van de maatregel heeft het hof expliciet meegewogen dat de notaris in het geheel geen regie heeft gevoerd over de onder zijn verantwoordelijkheid vallende activiteiten en werkzaamheden (Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4469).

### **Strafmaat, discrepantie**

Het hof heeft het optreden van de notaris zeer zwaar bestraft; uit de motivering van de maatregel blijkt dat het hof het gebeurde ernstig genoeg vond voor de zwaarste maatregel die de Wet op het Notarisambt biedt, te weten ontzetting uit het ambt. Het hof heeft overwogen op welke punten de notaris is tekortgeschoten (schending informatieplicht, te weinig regie gevoerd en onvoldoende deskundig en zorgvuldig opgetreden). Daar staat een aantal verlichtende omstandigheden tegenover. Opvallend aan deze tuchtprocedure is het grote verschil tussen de opgelegde maatregelen. De kamer voor het Notariaat en het hof Amsterdam kwamen weliswaar beiden tot gegrondverklaring van de klachten, maar de kamer heeft de notaris de maatregel van berisping opgelegd en het hof heeft een schorsing van zes maanden opgelegd. De uitkomst van het hoger beroep zal de notaris rauw op haar dak zijn gevallen.

In de jurisprudentie zien we vaker een discrepantie tussen de strafoplegging door de kamer en door het hof. Dit maakt dat het voor notarissen soms lastig is een inschatting te maken van hun procespositie; is het verstandig hoger

beroep in te stellen of is dat met het oog op een mogelijk zwaardere maatregel in hoger beroep onverstandig? Notarissen kunnen lastig bepalen welke maatregel passend zal worden geacht bij de verweten gedraging. Het zou de rechtszekerheid ten goede komen als in min of meer vergelijkbare gevallen ook min of meer vergelijkbare maatregelen worden opgelegd.

Een notaris heeft recent een uitvoerig strafmaatverweer gevoerd en het hof daarbij een aantal met zijn zaak vergelijkbare gevallen voorgehouden. Het hof bleek daar niet gevoelig voor en wees erop dat iedere zaak op zich staat (Hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4): *‘Het hof is van oordeel dat, anders dan de notaris stelt, uit deze vergelijking niet vanzelfsprekend hoort te volgen dat een lichtere of zelfs geen maatregel zou moeten worden opgelegd. De keuze voor een bepaalde maatregel is niet alleen afhankelijk van de aard van de verweten gedraging, maar ook van de omstandigheden van het geval. Dat kunnen zowel verlichtende als verzwarende omstandigheden zijn.’* Het gaat dus niet alleen om de aard van de gedraging, maar óók de omstandigheden van het geval spelen een rol en dat maakt de kansen in beroep voor een individuele notaris lastig voorspelbaar. In de literatuur is recent het één en ander geschreven over de onvoorspelbaarheid van de maatregel en subjectieve onderdelen die een rol kunnen spelen bij de maatregel (wij wijzen bijvoorbeeld op H.F.M. Hofhuis, Reactie op ‘Dient de notaris tijdens een tuchtprocedure inzicht te tonen in de laakbaarheid van zijn gedrag?’, WPNR 2021/7332, p. 540-541).

Hierna volgt een aantal voorbeelden waarin zich dergelijke verschillen voordeden.

- Een notaris die van de kamer een berisping had gekregen, kreeg van het hof een schorsing van vier weken; deze notaris had gedurende een periode van zeven jaren te weinig gedaan en had een aantal malen zijn excuses aangeboden, maar toch te weinig actie ondernomen (Hof Amsterdam 10 augustus 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2227);
- Een notaris die door de kamer voor een periode van vier weken werd geschorst, kreeg van het hof een schorsing van zes maanden en ontliiep, evenals in onderhavige zaak, op het nippertje een ontzetting uit het ambt. De notaris had in dat geval onvoldoende zorgvuldig gehandeld en de belangen van klager veronachtzaamd (Hof Amsterdam 31 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4469);
- Maar soms is een kamer strenger dan het hof. Een kandidaat-notaris die onvoldoende zorgvuldig heeft gehandeld bij het opstellen en passeren van een testament kreeg van de kamer twee maanden schorsing, welke maatregel door het hof werd teruggebracht naar twee weken (Hof Amsterdam 17 december 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:4354).

Uit deze voorbeelden blijkt, dat het dus onzeker blijft of beroep kans op succes heeft. Toch is er wel iets te zeggen over onderdelen die een rol spelen bij het bepalen van de maatregel, aangezien de strafmaatregel de laatste jaren uitvoeriger wordt gemotiveerd. Uitgangspunt is dat de op

te leggen maatregel passend en geboden moet zijn. Omstandigheden die daarbij regelmatig worden meegewogen zijn de aard van het klachtwaardig gedrag, goede bedoelingen, (op de zitting) getoond berouw, het tuchtrechtelijk verleden en door de notaris getroffen maatregelen ter voorkoming van herhaling (Zie hierover B.C.M. Waaijer, ‘Dient de notaris tijdens een tuchtprocedure inzicht te tonen in de laakbaarheid van zijn gedrag?’, WPNR 2021/7325, p. 385-391).

Een aspect dat daarnaast ook met enige regelmaat bij de maatregel wordt meegewogen, is of de notaris inzicht heeft getoond in de onjuistheid van zijn handelen. In deze zaak heeft het hof in de motivering van de strafmaat meegewogen dat de notaris heeft erkend dat zij fouten heeft gemaakt en inzicht heeft getoond in de onjuistheid van haar handelen. Het hof heeft hieraan toegevoegd dat de notaris oprecht overkwam. In dit geval heeft het ten gunste van de notaris gewerkt.

In andere voorbeelden uit de jurisprudentie blijkt ook dat de notaris bij het strafmaatverweer baat kan hebben bij enige nederigheid; in een tuchtzaak werd bijvoorbeeld meegewogen dat de notaris de fout heeft erkend, zijn excuses heeft aangeboden voor de gang van zaken en extra rentekosten heeft vergoed (Hof Amsterdam 7 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:84). Een notaris had, zo blijkt uit een andere tuchtzaak, een aantal Wwft-verplichtingen niet nageleefd, voor welk tuchtrechtelijk vergrijp in de regel een schorsing zou worden opgelegd. Maar omdat de notaris in kwestie een aantal maatregelen heeft genomen, zich heeft ingespannen herhaling te voorkomen en oprecht berouwwol overkwam tijdens de zitting, kreeg hij (slechts) een berisping (KvhN Den Haag 25 juli 2018 ECLI:NL:TNORDHA:2018:13).

Maar de notaris die de onjuistheid van zijn handelen niet of onvoldoende inziet, kan daar nadeel van ondervinden. Zo overwoog het hof recent (Hof Amsterdam 12 januari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:4): *‘De notaris blijft herhalen dat hij met betrekking tot klachtonderdeel ii. anders had kunnen handelen, in plaats van dat hij ronduit erkent dat hij een fout heeft gemaakt.’* In een andere zaak oordeelde het Hof vergelijkbaar bij de motivering van de maatregel (Hof Amsterdam 24 maart 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1031): *‘Bovendien heeft de notaris onvoldoende blijk gegeven van inzicht in het verwijtbare van zijn handelen en nalaten. De notaris heeft wel op de zitting verteld dat het hem enorm spijt wat er gebeurd is, en dat hij alle contacten met [X] heeft verbroken. Maar hij heeft niet gezegd dat hetgeen hij heeft gedaan en nagelaten onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar was.’*

Wij menen dat de tuchtrechter terughoudend zou moeten omgaan met het verbinden van conclusies aan de proceshouding van beklagde notarissen. Op grond van art. 6 EVRM heeft een ieder het recht op verdediging. Daar komt bij dat het erkennen van fouten serieuze gevolgen kan hebben voor de dekking onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Tenslotte komt in meerdere (ook hiervoor besproken) uitspraken naar voren dat de tuchtrechter meent dat de notaris berouwwol of oprecht is overgekomen tijdens de

zitting, hetgeen ten faveure van de notaris kan werken. Ook dit is lastig, want wordt de goede toneelspeler hier beloond ten opzichte van de notaris die zijn emoties minder toont, maar ook dergelijke gevoelens heeft? De oplegging van een maatregel zou zo weinig mogelijk subjectieve oordelen moeten inhouden.

Bij de vaststelling van de hoogte van de maatregel kan ook een rol spelen of en zo ja, op welke wijze, de notaris heeft gehandeld naar aanleiding van geconstateerde fouten; heeft de notaris verbeteringen getroffen in zijn werkprocessen? Een goed voorbeeld hiervan kan worden gevonden in de hiervoor aangehaalde uitspraak waarin een notaris met het oog op de Wwft verplichtingen een aantal maatregelen had getroffen om in de toekomst adequaat te kunnen handelen (KvhN Den Haag 25 juli 2018, ECLI:NL:TNORDHA:2018:13). Goed gedrag wordt dus beloond. Wij kunnen begrijpen dat de tuchtrechter hiermee de goede bedoelingen niet de kop in wil drukken. Tegelijkertijd waren de getroffen maatregelen ook gewoon in lijn met wat de regelgeving van de notaris verwacht, zodat het ook enigszins merkwaardig is dat dit aldus wordt 'beloond'. In een andere zaak kreeg een notaris een berisping, hoewel het hof een zwaardere maatregel op zijn plaats achtte. Het hof woog mee dat de notaris de schade van klagers had vergoed en heeft uitgelegd welke maatregelen hij heeft getroffen om te voorkomen dat in de toekomst vergelijkbare situaties zouden ontstaan (Hof Amsterdam 29 november 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:5115).

## Conclusie

De notaris dient, óók als andere adviseurs of specialisten zijn betrokken bij een transactie, telkens bij betrokkenen na te gaan of zij weten en begrijpen wat er gebeurt, wat het doel van de transactie is, welke stappen dienen te worden gezet, wat de consequenties van die stappen zijn etc. Uit de jurisprudentie blijkt dat de notaris de regie dient te voeren over dat onderdeel van de transactie dat op zijn of haar bordje ligt. Met betrekking tot die werkzaamheden rust op de notaris de zorgplicht in al haar facetten.

Over de strafmaat in een tuchtprocedure hebben wij beschreven dat het voor notarissen lastig is een weging te maken van kansen in hoger beroep door de onvoorspelbaarheid ten aanzien van de op te leggen maatregel. Hoezeer wij ook begrijpen dat subjectieve omstandigheden hierbij een rol spelen, zou het de rechtszekerheid ten goede komen als op de één of andere wijze wat meer houvast zou kunnen worden gegeven aan notarissen. Wij realiseren ons dat dit alles behalve eenvoudig is, maar roepen hof en kamers op wat meer richting te geven op dit punt door onder meer objectieve omstandigheden in de motivering te noemen. Een (dreiging van een) schorsing heeft immers grote gevolgen voor de notaris én zijn onderneming.

### Over de auteurs

**H.J. Delhaas**

Werkzaam bij WIJ advocaten te Amsterdam.

**L.C. Dufour**

Advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam.