

## Rode draad Goed of fout, min of meer: grip op ethiek en integriteit

De Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie heeft ethiek en integriteit als thema voor haar op 6 oktober aanstaande te houden najaarscongres gekozen. De titel van het congres luidt 'Goed of fout, min of meer: grip op ethiek en integriteit'. Vooruitlopend op dat congres is al aandacht aan de thematiek besteed tijdens verschillende regiobijeenkomsten voor het notariaat. Ter verdere overdenking belicht de

redactie het onderwerp graag in de vorm van een serie artikelen, een Rode Draad. Het gaat om wezenlijke onderwerpen, voor de beroepsuitoefening van notarissen en van andere juridische beroepsbeoefenaren.

De redactie dankt de auteurs voor hun bijdragen.

*De redactie*

### De notaris en zijn eigen akte: wordt vervolgd?\*



*Prof. mr. B.C.M. Waaijer\**

#### I. Inleiding

Het woord integriteit is afgeleid van het Latijnse 'integritas' en staat voor wezenlijke noties als onbevangenheid, onbedorvenheid, reinheid, onbaatzuchtigheid en onpartijdigheid. Op die onpartijdigheid wil ik nader ingaan. Onpartijdigheid wordt gezien als kernwaarde van de notaris. Dat komt ook in de Wet op het notarisambt krachtig naar voren, onder meer in art. 17 lid 1 Wna waarin is opgetekend dat de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze behartigt. De notaris is bestuursorgaan en uit die typering volgt de opdracht dat hij zijn taak zonder vooringenomenheid vervult (art. 2:4 Awb). Dat onpartijdig optreden behoort plaats te vinden in de context waarbinnen de notaris dient te opereren, te weten die van ambtenaar én van ondernemer die voor de betaling van zijn diensten afhankelijk is van de opdrachtgever. Een waardevolle maar o zo moeilijke opdracht; naar mijn stellige overtuiging veel moeilijker dan die van partijdig adviseur. In deze bijdrage wil ik één aspect daarvan nader bezien: wat betekent onpartijdigheid van de notaris met betrekking tot de door hem zelf gepasseerde authentieke akte, voor uit die akte voortvloeiende vervolgzaken? Ik stel mijzelf in dat kader de vraag of en zo ja, in hoeverre, de onpartijdige notaris na het verlijden van een akte nog verdere betrokkenheid past bij diezelfde akte.

Verdedigd wordt dat de notaris partijdig kan optreden. Dergelijk optreden is dan wel geen wettelijke werkzaamheid maar zou als buitenwettelijke werk-

zaamheid daarmee niet onverenigbaar worden geacht.<sup>1</sup> Ook komt aan de orde de vraag of en zo ja, in hoeverre, voor de partijdige notaris na zijn initiële ambtelijke werkzaamheden nog ruimte is voor daaruit voortspuitende verdere werkzaamheden.

Bij mijn zoektocht naar beantwoording van beide vragen beperk ik mij tot enkele soorten vervolgzaken. Aan de orde komen de notaris die na het passeren van de akte aan de slag wil gaan als uitlegger van zijn eigen akte, als bindend adviseur, als bewindvoerder van één van de partijen bij zijn akte en als executeur en/of afwikkelingsbewindvoerder dan wel levensexecuteur of toezichthouder op die persoon.<sup>2</sup>

\* Hoogleraar Notarieel recht Vrije Universiteit Amsterdam, bijzonder hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit van Amsterdam, redacteur van het WPNR en juridisch adviseur. (boudewijn.waaijer@dentons.com)

\*\* Dit artikel is het eerste in de Rode draad: Goed of fout, min of meer: grip op ethiek en integriteit

1. H.W. Heyman, De positie van de notaris. Onpartijdigheid versus partijadvies, p. 293 e.v. in: Heden verschenen voor mij ..., 1995, Soons-bundel, par. 3.  
2. Zo blijft bijvoorbeeld buiten beschouwing vervolgzaken als boedelnotaris van de notaris die zelf de uiterste wil passeerde. Vergelijk daarover B.M.E.M. Schols, Boedelnotaris en/of betrokken notariële executeur? WPNR 06/6672.

Voor dergelijke vragen is aanleiding. De problematiek is van alle tijd. Recentelijk werd in dit tijdschrift een serie artikelen geplaatst over het fenomeen levenstestament. Teneinde de levenstestateur te beschermen tegen onjuist gebruik keert in die artikelen de roep om toezicht op de gevolmachtigde, of zo u wilt opdrachtnemer, met regelmaat terug. Zou dat toezicht kunnen worden opgedragen aan de notaris die het levenstestament heeft opgemaakt? Ik lees dat er enthousiasme bestaat over een toezichthoudende rol van de notaris in de bijdrage van Brinkman en Van Anken in WPNR 17/7131. Ook als die het levenstestament zelf heeft opgemaakt?

## II. Algemene gedachte rond vervolgwerkzaamheden

De primaire vraag is of na het verlijden van een akte, de werkzaamheden van de notaris met betrekking tot die akte niet als afgerond behoren te gelden en of hij met betrekking tot die akte een verzoek om vervolgwerkzaamheden niet zou moeten weigeren? De eerste gedachte zou kunnen zijn dat de notaris vanwege zijn eerdere betrokkenheid bij die akte toch bij uitstek degene moet kunnen zijn voor verder werk. Zijn betrokkenheid bij het passeren van de akte impliceert toch de grootst mogelijke achtergrondkennis, die waardevol is voor verder, efficiënt vervolgwerk? Daar staat tegenover dat de notaris bij vervolgwerkzaamheden dient voort te bouwen op zijn eigen, eerdere akte. Kan hij de onafhankelijkheid opbrengen om voldoende kritisch zijn eigen eerdere werk te bejegenen? Stel dat de notaris wordt gevraagd om uitleg van zijn eigen akte. Kan hij dan nog wel de distantie opbrengen om een, niet aanstonds voor een leek zichtbare, ongelukkige redactie bloot te leggen?<sup>3,4</sup> Met een bepaalde uitleg zou de notaris als redacteur van de akte mogelijk aansprakelijkheid over zich af kunnen roepen.<sup>5</sup> Dan is het *conflict of interest* een gegeven.

Twee kanten van een medaille. Ik meen dat algemene abstinentie van vervolgwerkzaamheden als deontologische norm te ver gaat. Ook al is het goed valkuilen voor ogen te houden, wet en (hierna te noemen) rechtspraak dwingen niet tot die categorische onthouding. Een dergelijke rigide richtsnoer zou ook het kind (van doelmatigheid van notariële rechtsbedeling) met het badwater (van rechtvaardige zuiverheid) doen weggooiden.

## III. Uitleg

Dat (wets)teksten altijd en eeuwig weer vragen oproepen, weten juristen maar al te goed. Ook al zijn die teksten geschreven door gespecialiseerde, deskundige juristen, ook al zijn die teksten vóór vaststelling door vele deskundigen bekeken, zoals wetten door de juristen van de Raad van State en door kamerleden, dat kan niet voorkomen dat uitleg nodig is. A-fortiori roepen dan ook notariële akten vragen op. Die akten worden door notariële juristen opgesteld maar zo interne toetsing daarvan door

kantoorgenoten in de praktijk al nodig wordt geacht, dan is die toetsing vanwege de noodzaak tot kostenbeheersing voor de cliënt, aan grenzen gebonden. Aandacht kost geld, dat de cliënt niet graag uitgeeft. En de cliënt zelf is normaliter geen deskundige op het terrein van de interpretatie van juridische teksten. Hoe dient de notaris te handelen wanneer hem om uitleg van de door hem zelf verleden akte wordt gevraagd?<sup>6</sup>

Steun voor de gedachte dat de notaris zijn eigen akte moet kunnen uitleggen, is te vinden in jurisprudentie van de notariële tuchtrechter. In een uitspraak van de Notariskamer van het hof Amsterdam van 30 juni 2015 spreekt deze uit dat het de beklagde notaris in beginsel vrijstond uitleg te geven over zijn eigen akte van huwelijksvoorwaarden.<sup>7</sup> Ook in de literatuur blijkt onthouding van uitleg van de eigen akte, de notaris niet te worden voorgehouden.<sup>8</sup> Maar dan blijkt wel behoedzaam opereren het devies.

Waar het om gaat is dat ook de werkwijze van de notaris na het passeren van de akte, zodanig moet zijn dat hij onverminderd optreedt binnen de voor hem beroepshalve geldende normen. Van betekenis daarbij is natuurlijk dat een vraag naar uitleg zal opkomen wanneer de tekst blijkbaar niet evident eenduidig is en verschillende zienswijzen vragen om duidelijkheid over de juiste lezing. In dat spanningsveld zal de notaris onpartijdig moeten optreden.

3. Over distantie als aspect van onpartijdigheid: G.J.C. Lekkerkerker, De notaris en zijn eigen waarde; een kijk op het beroep, beroepsplichten en realiteiten van het hier en nu, p. 35, in: De goede notaris, over notariële deontologie, preadvies KNB 2010.
4. Bij wijze van voorbeeld noem ik het geval genoemd in KvN Den Bosch 16 januari 2017, ECLI:NL:TNORSHE:2017:2 waarin de notaris na discussie over de uitleg van het door haar gemaakte testament vasthield aan haar zienswijze. Een adviserend hoogleraar en de belastingdienst volgden een andere uitleg. In de uitspraak komt m.i. onvoldoende tot uiting dat de notaris hier terughoudender had behoren te zijn.
5. Zie ook A-G Huydecoper in zijn conclusie bij het hierna te noemen arrest Notaris als bindend adviseur, ECLI:NL:PHR:2009:BK1548, onder 11 en 12.
6. A.H.M. Santen, De positie van de notaris ten opzichte van zijn eigen akte, in: Een kapitein, twee schepen, Luijtenbundel, Zwolle, 1984, p. 354-357.
7. ECLI:NL:GHAMS:2015:2669. In de casus over de uitleg van een herroepen legaat van een woning ten gunste van de dochter van erflater, beslist door de Kamer voor het Notariaat op 27 maart 2015 ECLI:NL:TNOR:AMS:2015:9, is deze strenger: onder de gegeven omstandigheden had de notaris de twee kinderen van de erflater, die over de inhoud van het testament van mening verschilden, zonder meer naar de civiele rechter moeten verwijzen. In hoger beroep lees ik een genuanceerder oordeel van de Notariskamer van het hof (ECLI:NL:GHAMS:2016:460). Saillant is dat ondanks de tuchtrechtelijke bezwaren tegen het advies van de berispte notaris datzelfde advies in de civielrechtelijke procedure betekenisvol bleek, Rechtbank Amsterdam 16 december 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9032.
8. W.D. Kolkman, Uitleg van uiterste wilsbeschikkingen, in: Uitleg van notariële akten, Ars Notariatus 160, Wolters Kluwer, 2015, p. 126.

Voor het rechterlijk proces gelden beginselen die ook hier van belang zijn. In de eerste plaats houdt onpartijdigheid in dat de notaris in geval van een verzoek van een van de partijen aan hem, de andere partij(en) van dat verzoek in kennis stelt. Wat is daarvan de achtergrond? De tuchtrechter is hier jammerlijk niet scheutig met toelichting. Ik meen dat het hier gaat om het beginsel van *equality of arms*. Beide partijen moeten ervan op de hoogte zijn dat de notaris om zijn juridische oordeel wordt gevraagd. Door kennisname van de vraagstelling zal iedere partij in de gelegenheid zijn, diens kant van de zaak naar voren te brengen en eventueel de vraagstelling aan te passen. In de tweede plaats past het de notaris aan te geven dat zijn oordeel er, althans zonder nadere afspraken, een is van een juridisch deskundige. Dat oordeel is dus betekenisvol maar beslecht niets. Ieder van partijen zal ook na dat advies kunnen blijven vasthouden aan zijn zienswijze. Het is slechts de rechter die uiteindelijk een afdwingbare uitleg geeft. Ik geef daarmee zelf betekenis aan het verwijt van de tuchtrechter aan de notaris wanneer deze wordt tegengeworpen dat hij zijn uitleg heeft gegeven ‘zonder enig voorbehoud’.<sup>9</sup> Een derde aandachtspunt is dat partijen in de gelegenheid moeten worden gesteld zich over het advies uit te laten.<sup>10</sup> Dat zal mogelijk zijn wanneer de notaris zijn advies in eerste instantie uitdrukkelijk als voorlopig, en dus als concept uitbrengt en pas definitief maakt na wederhoor. Ook hier resoneren procesrechtelijke beginselen die temeer opgeld doen bij het nader te bespreken bindend advies. Ten slotte een aandachtspunt van andere orde. De notaris zal zich bij zijn uitleg niet mogen bedienen van kennis die onder zijn geheimhoudingsplicht viel. In de eerder genoemde casus over de uitleg van een herroepen legaat van een woning aan de dochter van erflater, voerde de notaris niet verifieerbare uitlatingen en de bedoeling van de erflater aan. De tuchtrechter meende dat de notaris zich tenminste had moeten afvragen of die informatie niet toevertrouwd was.

#### IV. De notaris als bindend adviseur

##### IV.1. Inleiding

Wederom is de preliminaire vraag of de notaris met betrekking tot zijn eigen akte überhaupt als bindend adviseur mag optreden. Ook hier zou ik menen dat dit niet categorisch dient te worden uitgesloten. Ik merk op dat ook in het kader van een dergelijk advies uitlegvragen een belangrijke rol zullen (kunnen) spelen. De gedachte dat een optreden als bindend adviseur niet per se onmogelijk behoeft te zijn, dient evenwel met meer terughoudendheid te worden uitgesproken dan bij de eerder besproken vraag of de notaris een uitleg mag geven van zijn eigen akte. De reden daarvan is de status van de uitspraak van de notaris: zijn advies is nu bindend en dus veel minder vrijblijvend. Zo is er gewoonlijk niet voorzien in de mogelijkheid van een hogere voorziening. Zeker wanneer de notaris als enige bindend

adviseur oordeelt en er met het bindend advies grote financiële belangen zijn gemoeid, zoals in het hierna te bespreken Notaris als bindend adviseur-arrest, dient de notaris zich bewust te zijn van de eisen die aan zijn advies worden gesteld.

##### IV.2. Algemene opmerkingen over het bindend advies

Hoe moet dat bindend advies dan worden gegeven? De wet geeft enige richting in titel 7:15 handelend over de vaststellingsovereenkomst, meer in het bijzonder in art. 7:904 BW. Lid 1 van dat artikel leert dat indien gebondenheid aan een beslissing van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing vernietigbaar is. Die maatstaf is een strenge: gebondenheid moet onaanvaardbaar zijn; dat is bepaald een andere maatstaf dan dat de beslissing minder gelukkig of minder wenselijk zou zijn. In het kader van een bindend advies zal onpartijdig en onafhankelijk optreden geboden zijn. Die wijze van optreden is voor de notaris in het algemeen wezenlijk en zijn optreden als bindend adviseur ligt dus in de lijn daarvan. De praktijk leert desondanks dat het verkeer kan lopen.

##### IV.3. Notaris als bindend adviseur-arrest<sup>11</sup>

De notaris in kwestie (N) verricht diensten voor een onderneming die zich bezighoudt met het ontwerpen, bouwen en leveren van grote, luxe jachten. Sedert 1986 was de scheepsbouwkundige S nauw bij deze jachtenbouwer betrokken en werd samengewerkt. In 2000 wordt besloten de samenwerking ingrijpend te wijzigen door een ontvlechting van belangen. N wikkelt de verkoop van het aandelenbelang van S af. Hij deelt S in dat kader op 12 juli 2000 mee: ‘je gaat met mij als notaris akkoord, hoewel je bekend bent met het feit, dat ik ook als adviseur voor de koper (de jachtenbouwer, BW) optreedt’. Uiteindelijk worden de aandelen van S op 25 januari 2001 geleverd aan de jachtenbouwer. De samenwerking wordt vervolgens op andere leest geschoeid: de jachtenbouwer sluit met S een – door N voorbereide – managementovereenkomst en consultancyover-

9. Notariskamer hof Amsterdam 9 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:460.

10. Notariskamer hof Amsterdam 30 juni 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2669, onder de toevoeging: dit geldt temeer nu N wist dat de huwelijkse voorwaarden onderwerp van geschil waren in een echtscheidingsprocedure.

11. HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK1548 (Notaris als bindend adviseur). Eerder werd voor het arrest aandacht gevraagd door V.A.E.M. Meijers, in: De goede notaris, Over notariële deontologie, preadvies KNB 2010, par. 1.3.

eenkomsten. Die overeenkomsten bevatten een non-concurrentiebeding. In 2003 wenst de jachtenbouwer de samenwerking met S geheel te beëindigen. In dat verband wordt ook gesproken over het non-concurrentiebeding. In augustus 2003 wordt een, naar ik veronderstel onderhandse, beëindigingsovereenkomst getekend. Daarin is een geschillenregeling opgenomen. Overtreding van het non-concurrentiebeding door S betekent ‘verbeurte van een dwangsom van EUR 1.540.000 per overtreding, onverminderd het recht van S om aanvullende schadevergoeding te vorderen’. N zal als bindend adviseur geschillen beslechten. N is dan bezig zijn werkzaamheden als notaris te beëindigen. Bij KB van 23 december 2003 wordt hem eervol ontslag op verzoek verleend per 1 juli 2004. S verricht vervolgens activiteiten waarvan de jachtenbouwer meent dat daarmee de beëindigingsovereenkomst wordt overtreden en legt op 14 maart 2004 het daardoor ontstane geschil met S aan N voor. N neemt het geschil in behandeling. Op 1 april 2004 bezoekt N, zonder dat S daarvan op de hoogte is, de jachtenbouwer en stelt deze op de hoogte van zijn aanstaande defungeren als notaris. Op 7 juni 2004 heeft N S veroordeeld tot betaling van de boete van EUR 1.540.000. S legt zich daar niet bij neer. Hij roept de ongeldigheid van het bindend advies in.

Na de procedure bij de rechtbank, zet ook het hof de omstandigheden van het geval uiteen. Naar voren komt dat N de vaste (partij)adviseur was van de jachtenbouwer. In een tuchtprocedure had N verklaard dat hij niet onafhankelijk en onpartijdig was.<sup>12</sup> Dat werd ondersteund doordat op 1 april 2004 N uitsluitend de jachtenbouwer liet weten dat hem ontslag als notaris was verleend. Het hof hecht bijzondere betekenis aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de bindend adviseur, gezien de grote belangen die op het spel stonden. Het hof meent dat de eisen van art. 7:904 BW met voeten zijn getreden, waarbij met name relevant is dat S in de gegeven omstandigheden niet ervan op de hoogte was of behoefde te zijn dat N niet onafhankelijk en onpartijdig in het geschil stond en dat S er niet mee heeft ingestemd dat N als niet-onpartijdig en niet-onafhankelijk bindend adviseur zou optreden ten aanzien van de uitleg. De Hoge Raad meent dat dit oordeel van het hof niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

Op zichzelf is het mogelijk dat een bindend adviseur partijdig en afhankelijk is. Een partij bij het bindend advies kan afstand doen van het recht op een adviseur met die kwaliteiten. De Hoge Raad noemt dat ook in zijn rechtsoverweging 4.3. Maar zoals ook uit de conclusie van A-G Huydecoper volgt, is zodanige afstand delicaat en zullen daar hoge eisen aan moeten worden gesteld; op de problematische kanten van zodanige afstand zal tenminste geattendeerd moeten worden.<sup>13</sup> Ook voor de notaris zijn dat belangwekkende aanwijzingen.

Interessant is tevens het pleidooi van de A-G om onverkorte handhaving van de klachtplicht van de partij bij het bindend advies (i.c. S, aan wie door N toch bij de levering van de aandelen was meegedeeld dat N de jachtenbouwer als adviseur bijstond) zoals neergelegd in art. 6:89 BW in dergelijke gevallen te negeren. Daaraan legt hij ten grondslag dat de (mede) in het belang van S werkzame deskundige (i.c. N) op wie hij met recht meende te moeten vertrouwen in een probleemsituatie is gebracht. Wie zou verlangen dat een partij als S zelf al in een vroeg stadium in het geweer komt tegen het beschamen van zijn vertrouwen te protesteren, onttrekt ‘een dragend bestanddeel aan de norm die hier kan worden ingeroepen, en die de in dit geval benadeelde zou moeten beschermen. Die norm wordt dan van een inhoudelijk zinvolle tot een lege huls’ (Conclusie nr. 21).

#### V. De notaris als kameleon

Hiermee komen we op een punt van algemener strekking. Wezenlijk voor de wettelijke werkzaamheden van de notaris is onpartijdig en onafhankelijk optreden (art. 17 Wna). Zoals gezegd is partijdig optreden van de notaris daarmee niet per definitie onverdedigbaar.<sup>14</sup> Ik wijs op art. 18 lid 1 Verordening Beroeps- en gedragsregels (VBG): De notaris die naar buiten optreedt als partijadviseur maakt jegens belanghebbenden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt. Op grond van deze bepaling is een partijdige opstelling dus niet categorisch uitgesloten. In de notariële praktijk wordt die ruimte naar mijn inschatting vooral benut door notarissen werkend op interdisciplinaire kantoren met een Angelsaksische praktijk.

Verdergaand is nog een overgang van (voor dezelfde personen) eerst onpartijdig of juist partijdig handelen naar een voor hen partijdig of onpartijdig optreden. Zo een omslag van partijdig naar onpartijdig of omgekeerd, bij optreden voor dezelfde personen, al is toegestaan (waarover aanstonds meer), is daarvoor tenminste noodzakelijk dat de notaris die cruciale overgang onmiskenbaar duidelijk maakt. De notaris die voor dezelfde personen andere, wezenkenmerken inzet, zal tenminste net als de kameleon fel van kleur moeten verschieten. In het arrest Notaris als bindend adviseur, was er geen overgang van partijdig naar onpartijdig maar bleek fataal dat

12. ECLI:NL:GHAMS:2005:AU3484.

13. Conclusie ECLI:NL:PHR:2009:BK1548, onder 19.

14. Anders R. Boonacker, De onpartijdigheid van de notaris, diss. UvA 2006, p. 23. Ook op dit punt kritisch besproken door M.J.A. van Mourik, in *WPNR* 08/6747, p. 244 e.v. Vergelijk in dit kader ook F.W.J.M. Schols, Over de notaris, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en wezensvreemde elementen? *AA* 54 (2005), nr. 11.

de notaris zijn zeker aanvankelijke partijdigheid, voor zijn latere bindend advies onvoldoende had duidelijk gemaakt.

Die overgang van partijdig naar onpartijdig kan bij interdisciplinair samenwerken wel in bepaalde vorm mogelijk zijn. Het kan het voorkomen dat een partij bij een akte van de notaris eerder is bijgestaan door een partijdig optredend, aan hetzelfde kantoor verbonden advocaat. Ongeacht of dat leidt tot het passeren van een akte, is een optreden van de notaris dan alleen mogelijk als alle betrokkenen, waaronder de notaris, daarmee instemmen op grond van aan hen vooraf verstrekte informatie (art. 18 lid 2 VBG).

Dat ‘kameleontisch functioneren’ een hoge mate van zorgvuldigheid vergt, blijkt ook uit de navolgende uitspraak waarin de omslag van onpartijdig naar partijdig centraal staat.

#### VI. De notaris als latere bewindvoerder van een partij bij zijn eerdere akte

Relevant is een uitspraak van de hoogste tuchtrechter, de Notariskamer van het hof Amsterdam van 19 april 2016.<sup>15</sup> De notaris N in kwestie begeleidde man en vrouw bij de verwerving van een registergoed, de vestiging van een recht van hypotheek, een samenlevingsovereenkomst en testamenten. In de samenlevingsovereenkomst zijn afspraken gemaakt over betalingen van rente voor de hypothecaire geldlening. Zes jaar nadien verlaat de vrouw de woning, de man blijft daar wonen. De vrouw vraagt kort daarna de notaris om hulp bij haar financiële problemen. Daarop stelt N voor een meerderjarigenbewind over haar goederen te laten instellen met een stichting tot bewindvoerder; N is enig bestuurder van die stichting. Nadat het bewind is ingesteld met de stichting tot bewindvoerder, laat de man van zich horen omdat van de zijde van de vrouw in eerste instantie betalingen van rente voor de hypothecaire geldlening uitblijven; ook de man raakt daardoor in de financiële problemen. De man dient bij de tuchtrechter klachten in over het optreden van N. Het hof onderschrijft de klacht dat N daarmee na zijn eerdere werkzaamheden partijdig is gaan optreden. Dit had hij moeten voorkomen.

‘Ook indien de klager er vooraf mee zou hebben ingestemd dat hij als bewindvoerder zou optreden, had de notaris ervoor moeten waken dat hij niet in deze situatie zou belanden.’

Die laatste toevoeging is belangwekkend. Het hof staat hier een overgang van onpartijdig naar partijdig zelfs met *informed consent* niet toe.<sup>16</sup> De onmogelijkheid van die overgang is niet duidelijk op te maken uit de tekst van de VBG 2011. De richtlijn van het hof lijkt mij evenwel in de lijn van art. 20 VBG oud.<sup>17</sup> Lid 1 van dat vervallen artikel bepaalde dat de notaris diende te voorkomen dat in een zaak die hij

als notaris behandelt voor twee of meer partijen en waarin een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict is ontstaan of dreigt te ontstaan, een kantoorgenoot in dat conflict voor één of enkele van de partijen gaat optreden. In de toelichting op die regel werd uitdrukkelijk aangegeven dat instemming van partijen daar geen verandering in kon brengen.

Zoals altijd lette men ook hier op de omstandigheden van het geval. Al in de aanloop tot zijn benoeming tot bewindvoerder moest de notaris duidelijk zijn dat een confrontatie met de partner van de vrouw, voor wie de notaris eerder als onpartijdig ambtenaar optrad, onvermijdelijk was. Wellicht ten overvloede merk ik op dat wanneer een dergelijke botsing niet inherent is aan het functioneren van de notaris als bewindvoerder, het aanvaarden van de functie van bewindvoerder mijns inziens niet is uitgesloten.

#### VII. De notaris als executeur of levens-executeur

##### VII.1. In de akte te verankeren vervolgwerkzaamheden?

Wat te denken van de notaris die een testament verlijdt waarin zijn eigen benoeming als executeur is opgenomen? Een belangrijk verschil met de eerder genoemde gevallen van notariële vervolgwerkzaamheden is dat die vervolgwerkzaamheden al direct in de initiële, notariële akte worden verankerd.<sup>18</sup> Een zodanige benoeming is geen verboden begunstiging (art. 20 Wna) en schendt het bevoordelingsverbod van art. 4:61 BW niet.<sup>19</sup> Overigens clausuleer ik die uitkomst door wel de voorwaarde te stellen dat daarvoor nodig is dat de hoogte van de beloning van de notaris redelijkerwijs in overeenstemming is te brengen met de van hem gevraagde werkzaamheden, dus loon naar werken. Ook wordt geleerd dat een benoeming tot afwikkelingsbewindvoerder niet door deze artikelen wordt verhinderd.<sup>20</sup>

15. ECLI:NL:GHAMS:2016:1382.

16. Voor een ander geval waarin de notaris als boedelnotaris in de nalatenschap van vader werd aangezocht en in dezelfde periode (de chronologie is niet duidelijk uit de uitspraak op te maken) zich presenteert als partijdig in zijn bijstand tijdens de procedure tot onderbewindstelling van het vermogen van moeder: ECLI:NL:GHAMS:2017:491.

17. Verordening van de KNB van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182. In de toelichting op de VGB 2011 wordt naar art. 20 VBG (oud) verwezen.

18. Al is er hier gelijkenis met de casus die leidde tot het arrest Notaris als bindend adviseur, waarin de opdracht als bindend adviseur op te treden voor het geschil werd vastgelegd in de, naar ik veronderstel, onderhandse beëindigingsovereenkomst.

19. Hierover B.M.E.M. Schols, Boedelnotaris en/of betrokken notariële executeur? *WPNR* 06/6672, par. 2.1, met literatuurverwijzingen.

20. B.M.E.M. Schols, t.a.p. die zich aansluit bij Asser-Perrick (2005), nr. 540. Vgl. ook Melis/Waaijer, *De Notariswet*, achtste druk 2012, par. 9.2.

### VII.2. Van optreden voor één partij naar partijdig optreden

Een ander belangrijk verschil met de eerder genoemde gevallen van notariële vervolgwerkzaamheden is dat degene die daarom vraagt, de testateur, uiteraard de enige partij was bij de uiterste wil. Hoe trad de notaris op bij het verlijden van zijn akte en hoe zijn de werkzaamheden als executeur of afwikkelingsbewindvoerder te duiden? Eerst de positie van de notaris bij het verlijden van de uiterste wil. Doet hij dat als onpartijdig handelend ambtenaar? Die karakterisering is hier niet passend. Van onpartijdig (of partijdig) handelen dient te worden gesproken wanneer er meerdere partijen zijn. Ik leerde daarbij van H.W. Heyman, die ons voorhoudt dat het bij partijdigheid niet primair gaat om het optreden vóór één partij, maar meer om het optreden tégen een andere partij.<sup>21</sup> En wat als de notaris vervolgens na het overlijden van de testateur uitvoering wil geven aan zijn benoeming tot executeur of afwikkelingsbewindvoerder? Maakt zijn handelen als vertegenwoordiger van de erfgenamen hem tot onpartijdige? Met Schols zou ik de notaris hier duiden als partijnotaris. Hij is partijdig in de zin dat hij optreedt in opdracht van de erflater en diens wil desnoods uitvoert tegen de wil van de erfgenamen.<sup>22</sup> Dat geldt mijns inziens nog sterker voor de notaris die is benoemd als levensexecuteur of als diens toezicht-

houder. Aangenomen dat de notaris zijn partijdig handelen naar voren brengt, acht ik aldus gezien dat vervolgoptreden dus niet principieel bezwaarlijk.

### VIII. Conclusie

Waar draait het om wanneer de notaris overweegt in het verlengde van de door hem verleden akte werkzaamheden te verrichten? Alvorens die vervolgwerkzaamheden te verrichten, dient de notaris de aard van zijn initiële werkzaamheden te analyseren. Die kunnen partijdig, onpartijdig of, zoals in het geval wanneer die opdrachtgever enig partij is bij de initiële werkzaamheden, geen van beide zijn: neutraal, zij het in het belang van de opdrachtgever. Vervolgens dient de notaris de aard van zijn vervolgwerkzaamheden te bezien en moet hij bekijken of die daar bij kunnen aansluiten. Kan die vraag bevestigend worden beantwoord, dan ligt de weg voor vervolgwerk open. Uit de jurisprudentie kunnen ook daarvoor waardevolle richtlijnen volgen.

21. H.W. Heyman, De positie van de notaris. Onpartijdigheid versus partijadvies, p. 293 e.v. in: Heden verschenen voor mij ..., 1995, Soons-bundel, ook aangehaald door B.M.E.M. Schols, t.a.p.

22. Ik volg hier graag B.M.E.M. Schols, t.a.p., par. 3.3.