



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De onpartijdigheid van de notaris

Boonacker, R. Th. F

**Publication date**

2006

**Document Version**

Final published version

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Boonacker, R. T. F. (2006). *De onpartijdigheid van de notaris*. [Thesis, fully internal, Universiteit van Amsterdam].

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De onpartijdigheid van de notaris

Robert Boonacker

Copyright©2006 by Robert Boonacker.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced or transmitted in any form or by any means, electronic or mechanical, including photocopy, recording, or any information storage and retrieval system, without written permission from the author ([boonack@worldonline.nl](mailto:boonack@worldonline.nl)).

ISBN-10: 90-9020804-6

ISBN-13: 978-90-9020804-6

De onpartijdigheid van de notaris

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Universiteit van Amsterdam  
op gezag van de Rector Magnificus prof. Mr. P.F. van der Heijden  
ten overstaan van een door het college voor promoties ingestelde commissie,  
in het openbaar te verdedigen in de Aula der Universiteit

op donderdag 2 november 2006 te 10.00 uur

door Robert Theunis Frans Boonacker

geboren te Rotterdam

Promotiecommissie:

Promotor: prof. dr. J.P.M. Stubbé

Overige leden: prof. mr. P.H.M. Gerver  
prof. mr. H.W. Heyman  
prof. mr. A.J. Hoekema  
prof. mr. L.C.A. Verstappen  
prof. dr. J.W. Zwemmer

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

## Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	V
Lijst van geraadpleegde en verkort aangehaalde literatuur	IX
Lijst van afkortingen	XI
Algemene inleiding	1

### Hoofdstuk 1: Onpartijdigheid in de Wet op het notarisambt 1999 (WNA)

1.1.	Inleiding	3
1.2.	Het voorstel van wet van 3 mei 1994	3
1.3.	Het eerste technische commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap op het eerste wetsontwerp van de Wet op het Notarisambt d.d. 18 augustus 1994	9
1.4.	Het verslag van de vaste Commissie voor Justitie, vastgesteld 14 oktober 1994	10
1.5.	Nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996	11
1.6.	Gewijzigd voorstel van wet, 26 juni 1996	13
1.7.	De mening van P.H.M. Gerver	13
1.8.	Het tweede technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap van oktober 1996	14
1.9.	Nota naar aanleiding van het nader verslag, ontvangen 29 augustus 1997	14
1.10.	Tweede nota van wijziging, ontvangen 29 augustus 1997	16
1.11.	Derde technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap van september 1997	16
1.12.	Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 24 oktober 1997	17
1.13.	Memorie van Antwoord, ontvangen 29 juni 1998	18
1.14.	Nadere Memorie van Antwoord, ontvangen 20 november 1998	21
1.15.	Conclusies uit de parlementaire behandeling van art. 2, eerste lid WNA en art. 17, eerste lid WNA met betrekking tot het begrip onpartijdigheid van de notaris	23
1.16.	Uitwerking van art. 17, eerste lid in een aparte wetsbepaling?	23
1.17.	Reacties in de literatuur op de parlementaire behandeling van de WNA met betrekking tot de onpartijdigheid van de notaris	24
1.18.	De eerste reactie van de KNB op de invoering van de WNA; art. 22, eerste lid van de Beroeps- en gedragsregels	26
1.19.	De tweede reactie van de KNB: de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking	32
1.20.	De notaris als bestuursorgaan; de Raad van State over art. 2:4 Awb	35
1.21.	De situatie in de Bondsrepubliek Duitsland	39
1.22.	Tot welke gevolgen leidt het verbod van art. 17, eerste lid WNA? Zijn deze gevolgen voor de individuele notaris kenbaar?	40
1.23.	De tweede reactie van Heyman (Iustrumbundel Vevanos 2000)	47
1.24.	De tweede reactie van Waaijer Melis-Waaijer over interdisciplinaire samenwerking	56
1.25.	Literatuur over het verbod dat achter de woorden "op onpartijdige wijze" in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat	59
1.26.	Jurisprudentie over interdisciplinaire samenwerking	64
1.27.	Is partijadvies een exclusief verschijnsel van interdisciplinaire samenwerking?	68

1.28.	Wat betekent onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?	68
1.29.	Melis-Waaijer over onpartijdigheid	71
1.30.	Blokland over onpartijdigheid	73
1.31.	Huijgen/Pleysier over onpartijdigheid	74
1.32.	Kocken over onpartijdigheid	74
1.33.	Gambon over onpartijdigheid	83
1.34.	Van den Haak over onpartijdigheid	84
1.35.	De Nederlandse bijdrage aan het XXIVe Wereldcongres van het Congres International Du Notariat Latin over onpartijdigheid	88
1.36.	Evaluatie van de WNA. Hammerstein en de Minister van Justitie over (het speelveld van de) onpartijdigheid	88
1.37.	Conclusies	91

## **Hoofdstuk 2:**

### **Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland**

2.1.	Inleiding	93
2.2.	De Europese Unie; het rapport Marinho	93
2.3.	Het notariaat in de Bondsrepubliek Duitsland	94
2.4.	Het notariaat in België	100
2.5.	Het notariaat in Frankrijk	101
2.6.	Het XXIVe Wereldcongres van de UINL in Mexico City (18 tot en met 23 oktober 2004)	103
2.7.	Conclusies	105

## **Hoofdstuk 3:**

### **Wat is onpartijdigheid?**

3.1.	Inleiding	107
3.2.	Theories of fair divisions	108
3.3.	Justice as mutual advantage; the Nash solution	110
3.4.	Fair division; the arbitrator	114
3.5.	Barry over onpartijdigheid	117
3.6.	Kocken over Barry	118
3.7.	Schijn van partijdigheid bij rechters	119
3.8.	Conclusies	119
3.9.	Het antwoord op de onderzoeksvraag: wat betekent onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?	122

## **Hoofdstuk 4:**

### **Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris (Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)**

4.1.	Inleiding	123
4.2.	Er bestaat geen definitie van onpartijdigheid; gezond-verstand-benadering onvoldoende; context; met rechtspraak wordt nog geen rekening gehouden	123
4.3.	Kocken; zelfbepaling; ontmoedigen strategisch handelen	123
4.4.	Keuze van justice as mutual advantage als rechtstheorie	124
4.5.	De notaris als arbitrator	127
4.6.	Verdienste werk Barry: hoe moet arbitrator omgaan met onderhandelingen tussen ongelijke partijen?	129
4.7.	Compenserende onpartijdigheid	129
4.8.	Kocken heeft onderzoek gedaan naar compenserende onpartijdigheid	131
4.9.	Ging de parlementaire behandeling WNA over onpartijdigheid of over compenserende onpartijdigheid?	132
4.10.	Sinds wanneer wordt het begrip compenserende onpartijdigheid	

	in de literatuur gebruikt?	133
4.11.	Compenserende onpartijdigheid = bijzondere waarschuwingsplicht	133
4.12.	Keuze tussen respecteren van ongelijkheid (onpartijdigheid) en bijzondere waarschuwingsplicht	135
4.13.	Handhaven bijzondere waarschuwingsplicht: protocol	135
4.14.	Nadere analyse arrest Groningse huwelijksvoorwaarden; kritiek op het arrest	136
4.15.	Hoe voldoet een notaris aan de bijzondere waarschuwingsplicht?	137
4.16.	Pleidooi voor gedetailleerde wetgeving over omgaan met bijzondere waarschuwingsplicht; safe harbour rules	141
4.17.	Voorstel voor in de wet op te nemen regels	142
4.18.	Het Duitse Beurkundungsgesetz kan tot voorbeeld dienen	143

### **Hoofdstuk 5: Tot slot**

Tot slot	147
----------	-----

### **Zusammenfassung**

Zusammenfassung	151
-----------------	-----

### **Bijlagen bij hoofdstuk 2**

Bijlage 2.1.: Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 174, 175 en 176	155
Bijlage 2.2.: tekst § 3 Abs. 1 BeurkG.	157
Bijlage 2.3.: passages uit de parlementaire behandeling van de Belgische notariswet 2000	158

### **Bijlagen bij hoofdstuk 3**

Bijlage 3.1.: Barry, Volume I, p. 374 en 375	161
Bijlage 3.2.: Barry, Volume II, p. 114 en 115	161
Bijlage 3.3.: Barry, Volume II, p. 115	162
Bijlage 3.4.: Barry, Volume II, p. 50	162
Bijlage 3.5.: Barry, Volume I, p. 285	162
Bijlage 3.6.: Barry, Volume I, p. 10	162
Bijlage 3.7.: Barry, Volume I, p. 10	162
Bijlage 3.8.: Barry, Volume I, p. 13	163
Bijlage 3.9.: Barry, Volume I, p. 13 en 14	163
Bijlage 3.10.: Barry, Volume I, p. 14	163
Bijlage 3.11.: Barry, Volume I, p. 42	165
Bijlage 3.12.: Barry, Volume I, p. 42	165
Bijlage 3.13.: Barry, Volume I, p. 28	166
Bijlage 3.14.: Barry, Volume I, p. 28 en 29	166
Bijlage 3.15.: Barry, Volume I, p. 50	166
Bijlage 3.16.: Barry, Volume I, p. 51	166
Bijlage 3.17.: Barry, Volume I, p. 51, 53 en 54	167
Bijlage 3.18.: Barry, Volume I, p. 76	168
Bijlage 3.19.: Barry, Volume I, p. 76	168
Bijlage 3.20.: Barry, Volume I, p. 78	168
Bijlage 3.21.: Barry, Volume I, p. 101 en 102	168
Bijlage 3.22.: Barry, Volume I, p. 102	168
Bijlage 3.23.: Barry, Volume I, p. 103	169
Bijlage 3.24.: Barry, Volume I, p. 107 en 108	169
Bijlage 3.25.: Barry, Volume I, p. 259	170



Bijlage 3.26.: Barry, Volume II, p. 17 en 18	170
Bijlage 3.27.: Barry, Volume II, p. 18	170
Bijlage 3.28.: Barry, Volume II, p. 19	171
Bijlage 3.29.: Barry, Volume II, p. 112	171
Bijlage 3.30.: Barry, Volume II, p. 112	171

## Lijst van geraadpleegde en verkort aangehaalde literatuur

- Arndt/Lerch/Sandkühler H. Arndt, K. Lerch en G. Sandkühler  
Bundesnotarordnung, 5, neu bearbeitete  
Auflage, Köln, BRD 2003
- Barry, Volume I B. Barry, Theories of Justice, A Treatise on  
Social Justice Volume I, Berkeley CA USA  
1989
- Barry, Volume II B. Barry, Justice as Impartiality, A Treatise on  
Social Justice, Volume II, Oxford UK 1995
- Blokland P. Blokland. Teksten en toelichting op de Wet  
op het notarisambt, Lelystad, tweede,  
gewijzigde druk 2001
- Boks D.T. Boks, Notariële aansprakelijkheid,  
Deventer 2002
- Deckers E. Deckers, L'impartialité du Notaire, son tendon  
d'Achille, Bruxelles 2004
- Ehrhardt/Douverne/Schmitz F. Ehrhardt, G. Douverne en B. Th. Schmitz,  
Handbuch für Notare, Köln, BRD 1998
- Gaupp Dr Rolf Gaupp, die Unparteilichkeit des Notars:  
Eine Garantie des Vertragsrechts, Heilbronn 2003
- Hammerstein Rapport Commissie Evaluatie Wet op het  
Notarisambt, Het beste van twee werelden,  
Den Haag, september 2005
- Huijgen/Pleysier De wetgeving op het notarisambt door  
W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, tweede druk  
2001
- Kocken C.L.B. Kocken, De hand van de notaris,  
Amsterdam 1997
- Melis-Santen-Waaijer J.C.H. Melis, De Notariswet, zesde druk,  
Zwolle 1991 bewerkt door A.H.M. Santen en  
B.C.M. Waaijer
- Melis-Waaijer J.C.H. Melis, de Notariswet, zevende, geheel  
herziene druk, Deventer 2003, bewerkt door  
B.C.M. Waaijer
- Mendus Susan Mendus, Impartiality in Moral and  
Political Philosophy, Oxford, UK 2002
- Michielsens André Michielsens, De Nieuwe Notariswet,  
België 1999
- Pillebout J.F. Pillebout, Droit professionnel notarial,  
cinquième édition Jean Yaigre, Frankrijk 2000

Savoure	D. Savoure, L'impartialité du Notaire: garantie de l'ordre contractuel, Paris 2004
Ter Voert/Kuppens	Marijke Ter Voert en Jos Kuppens, Schijn van partijdige rechters, Meppel 2002
Verstappen	L.C.A. Verstappen, oratie, De practycke van de notaris, Ars Notariatus, CVI, Deventer 2001

## Lijst van afkortingen

Abs.	Absatz
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BeurkG	BeurkundungsGesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BNotO	BundesNotarOrdnung
CNUE	Conférence des Notariats de l'Union Européenne
HR	Hoge Raad
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
NJB	Nederlands Juristen Blad
PW	Periodiek Woordenboek
RLNot	Allgemeine Richtlinien für die Berufsausübung der Notar
RvS	Raad van State
UINL	Union International du Notariat Latin
V-N	Vakstudienieuws
WNA	Wet op het notarisambt
WNA-oud	Wet op het notarisambt 1842
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie



## Algemene inleiding

De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. (art. 17, eerste lid Wet op het notarisambt 1999, hierna WNA)

De notaris die nalaat de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze te behartigen is daarvoor tuchtrechtelijk aansprakelijk. (art. 98, eerste lid WNA)

Bij iedere notariële handeling speelt de vraag of de betrokken notaris bij die handeling de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze behartigt.

Ook in mijn eigen notariële praktijk deed zich de vraag voor of ik in een concrete situatie wel onpartijdig optrad. Bijvoorbeeld bij een wijziging van de statuten van een aan de beurs genoteerde vennootschap waarbij aan het bestuur van de vennootschap meer en aan de algemene vergadering navenant minder bevoegdheden werden toegekend. Handelde ik, als partijadviseur van het bestuur, daar wel op onpartijdige wijze jegens de algemene vergadering van aandeelhouders?

Het standaardantwoord op deze vraag wordt gegeven door art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels.

*De notaris passert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

Daarnaast heeft Waaijer een artikel gepubliceerd<sup>1</sup>, waarin de Memorie van Antwoord van de WNA<sup>2</sup> wordt geciteerd:

*Een notaris die een akte passeert mag dus niet uitsluitend de belangen van één van de partijen behartigen. Een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet passeren.*

Duidelijk is dat deze passage, zoals Waaijer zelf concludeert, mij verbiedt om de akte van statutenwijziging te verlijden, wanneer ik als adviseur van het bestuur was opgetreden.

Hier doet zich een tegenstelling voor die mij tot de onderhavige studie heeft aangezet.

De paragrafen 1.1. tot en met 1.27. van hoofdstuk 1 van deze studie bevatten een op zichzelf staande analyse van deze tegenstelling. In deze analyse ga ik na wat de parlementaire behandeling van de WNA en de literatuur ons leren over dit voor de dagelijkse praktijk van de notaris zo belangrijk onderwerp.

---

<sup>1</sup> B.C.M. Waaijer, "Een nieuwe Wet op de notarisambt of een nieuwe notariswet: What's in a name. Over wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden", W.P.N.R. 1999/6363, p. 485 en 486

<sup>2</sup> *Kamerstukken I 1997/1998*, 23 706, nr 331b, p. 15

Tijdens deze analyse kwam ik tot de enigszins onthutsende conclusie dat het woord onpartijdigheid te pas en te onpas wordt gebruikt, maar dat niemand zich tijdens de parlementaire behandeling van de WNA heeft afgevraagd wat de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA nu precies betekenen.

In deze studie heb ik mij tot taak gesteld om vast te stellen welke betekenis aan die woorden moet worden toegekend. Meer algemeen geformuleerd luidt mijn onderzoeksvraag:  
wat betekent onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?

Daartoe is onderzocht en in kaart gebracht wat hierover in de Nederlandse notarieel-juridische literatuur wordt geleerd. Daarvan wordt in de paragrafen 1.28. tot en met 1.36. van hoofdstuk 1 verslag gedaan.

Vervolgens doe ik in hoofdstuk 2 verslag van mijn onderzoek welke gezichtspunten met betrekking tot het begrip onpartijdigheid de literatuur ons biedt over de respectieve notariswetten in de Bondsrepubliek Duitsland, België en Frankrijk.

Hoofdstuk 3 gaat over het begrip onpartijdigheid binnen de moraalfilosofie en de game theory. Aan het slot van dat hoofdstuk beantwoord ik de vraag wat onpartijdigheid van de notaris betekent.

Hoofdstuk 4 bevat een synthese van de in hoofdstuk 3 theoretisch getrokken conclusies en de dagelijkse praktijk van de WNA.

In hoofdstuk 5 vat ik deze studie kort samen.

## Hoofdstuk 1

### Onpartijdigheid in de Wet op het notarisambt 1999 (WNA)

#### 1.1. Inleiding

Op 1 oktober 1999 is de Wet op het notarisambt 1999 (hierna: WNA) in werking getreden.

Het eerste voorstel van wet van de WNA is op 3 mei 1994 ingediend<sup>3</sup> en de parlementaire behandeling van de WNA heeft dus meer dan 5 jaar geduurd. In de parlementaire behandeling heeft de overgang van het stelsel van vaste naar vrije tarieven het primaat gehad. Aan de voor- en nadelen van het stelsel van vrije tarieven is dan ook het overgrote deel van de parlementaire behandeling gewijd. Uiteindelijk is besloten het stelsel van de vrije tarieven gefaseerd in te voeren.

De overige onderdelen van het wetsvoorstel hebben als gevolg van het primaat van de tarievendiscussie naar mijn mening niet de (volledige) aandacht gekregen die deze onderdelen verdienen.

Eén van die onderdelen is het begrip onpartijdigheid en de gevolgen die de introductie van dit begrip in de WNA voor de notariële praktijk heeft.

In dit hoofdstuk wordt het begrip onpartijdigheid aan de hand van de parlementaire behandeling van de WNA en de uiteindelijke tekst van de WNA geanalyseerd. In deze analyse wordt ook de mening van de relevante literatuur en jurisprudentie betrokken en wordt waar nodig een vergelijking met de voorganger van de WNA, de Wet op het Notarisambt 1842 (hierna: WNA-oud) en de met betrekking tot die WNA-oud verschenen literatuur en jurisprudentie gemaakt.

De paragrafen 1.2. tot en met 1.27. bevatten een op zichzelf staande analyse van in de Algemene inleiding genoemde tegenstelling tussen art. 22 , eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels en de parlementaire behandeling van de WNA. In deze paragrafen wordt het speelveld van de onpartijdigheid afgebakend. Er wordt in die paragrafen niet gepoogd de onderzoeksvraag wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent te beantwoorden. Die poging wordt in de paragrafen 1.28 tot en met 1.36.gedaan.

#### 1.2. Het voorstel van wet van 3 mei 1994

- 1.2.1. Het eerste voorstel van wet van 3 mei 1994<sup>4</sup> bevatte een niet onbelangrijk nieuwtje. Voorgesteld werd om het begrip onpartijdig in de WNA op te nemen. Dit was een koerswijziging met betrekking tot de WNA-oud, waarin het begrip onpartijdig/onpartijdigheid niet letterlijk was opgenomen. In de in art. 18 WNA-oud opgenomen ambtseed zwoer de notaris:

*dat ik mijnen post met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid zal waarnemen*

Het woord onzijdig(heid) werd in de WNA-oud verder niet meer genoemd. Van den Haak verdedigt dat onzijdigheid en onpartijdigheid niet met elkaar mogen worden vereenzelvigd.<sup>5</sup> Volgens van den Haak heeft de term onzijdigheid

<sup>3</sup> Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 1 en 2

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 1 en 2

<sup>5</sup> H.F. van den Haak, "Een evenwichtskunstenaar", WPNR 1997/6291, p. 782



## Hoofdstuk 1

veeleer de gevoelswaarde van passieve neutraliteit, terwijl in het begrip onpartijdigheid een actief handelen van de notaris is opgesloten. Deze mening deel ik. Door de introductie van het begrip onpartijdigheid in de ambtseed (art. 3 WNA) is deze omslag van passief naar actief handelen aldaar belichaamd.

- 1.2.2. Voorgesteld werd om naast deze ambtseed de onpartijdigheid in een regel met betrekking tot de ambtsuitoefening op te nemen. Het voorgestelde art. 15, eerste lid luidde:

### Ambtsuitoefening

*1. De notaris behartigt op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen*

In dit voorgestelde artikel vallen reeds de contouren te ontwaren van het huidige art. 17, eerste lid WNA, dat luidt:

*1. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.*

Het voorgestelde art. 15, eerste lid en het uiteindelijk ingevoerde art. 17, eerste lid WNA vormt de kernbepaling waarin de onpartijdigheid van de notaris is vastgelegd.

Het is dus de moeite waard om aan de Memorie van Toelichting op het voorstel van de wet<sup>6</sup> de argumentatie te ontleen voor het opnemen van het voorgestelde art. 15, eerste lid.

De Memorie van Toelichting stelt in haar inleiding:

*Dat wetgeving tot regeling van het notarisambt niet kan ontbreken vloeit voort uit de in de wet neergelegde positie van de notaris als onpartijdige juridische deskundige, aan wie op tal van plaatsen de uitsluitende bevoegdheid is toegekend tot het verlijden van akten die voorwaarde zijn voor de rechtsgeldigheid van bepaalde rechtshandelingen en die een executoriale titel opleveren.*

*De verantwoordelijkheid van de wetgever voor een goede regeling van het notarisambt, waarin waarborgen zijn neergelegd voor de deskundigheid, de betrouwbaarheid, de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van deze functionaris aan wie het verlenen van bijstand aan de rechtsgenoten en het handhaven van de goede orde op deze terreinen van het burgerlijk recht is toevertrouwd, is daarmee gegeven.*

*De derde titel van het wetsvoorstel bevat bepalingen betreffende de uitoefening van het notarisambt.....*

*In deze titel zijn in de eerste plaats vastgelegd de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de notaris (artikel 15). Het is van belang deze beide kenmerken van de beroepsuitoefening in de wet vast te leggen.*

Het artikelsgewijs commentaar vermeldt bij art. 15:

### *Artikel 15*

*De bepaling van het eerste lid, dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen behartigt, komt thans niet in de wet voor. Wel is deze verplichting opgenomen in de door de Koninklijke Notariële Broederschap vastgestelde Beroeps- en gedragsregels voor*

---

<sup>6</sup> Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 3

*notarissen. De onpartijdigheid geldt alleen voor de verrichting door de notaris van de aan hem bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden. Als bijv. de notaris als adviseur optreedt, is deze bepaling niet van toepassing. Wel is de bepaling van toepassing op akten die op verzoek van een partij in notariële vorm worden opgemaakt, zoals bijv. een akte betreffende een samenlevingscontract, omdat deze akten onder de wettelijke werkzaamheden van de notaris vallen (artikel 2, eerste lid).*

*De notaris behartigt de belangen van «alle bij de rechtshandeling betrokken personen». Zo rust op de notaris die een akte verlijdt waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, de jegens alle belanghebbenden geldende verplichting zich zo volledig en nauwkeurig mogelijk ervan te vergewissen dat die vertegenwoordiger bevoegd is tot het namens de vertegenwoordigde verrichten van de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Deze verplichting vloeit voort uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen, welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen (Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991, 1473). Voorts zij gewezen op de jurisprudentie die aan de orde is gekomen bij het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1992 (NJ 1993, 188) en in de daarbij behorende noot is samengevat.*

*De notaris kan moeilijk onpartijdig zijn, als hij niet volledig onafhankelijk zijn ambt kan uitoefenen. Vandaar dat in lid 2 is bepaald dat de notaris zijn ambt niet mag uitoefenen in dienstbetrekking of enig ander verband waardoor zijn onafhankelijkheid wordt of kan worden beïnvloed. Als de notaris bestuurder is van zijn notarispraktijkvennootschap en hij tevens daarvan grootaandeelhouder is, is er geen sprake van een verband dat zijn onafhankelijkheid beïnvloedt. Hij heeft immers de volledige zeggenschap over die vennootschap.*

Bij nadere analyse van deze inleiding en van het artikelsgewijs commentaar blijkt dat hierin geen definitie van het begrip onpartijdig(heid) is opgenomen. Blijkbaar achtte de wetgever voldoende duidelijk wat met het begrip onpartijdig(heid) wordt bedoeld. Zeker is dit niet. In de inleiding en het artikelsgewijs commentaar is niet te lezen waarom een (poging tot) definitie van het begrip onpartijdig(heid) achterwege is gebleven.

De inleiding van de Memorie van Toelichting zegt niet meer dan dat het van belang is de onpartijdigheid als kenmerk van de beroepsbeoefening in de wet vast te leggen.

- 1.2.3. Het artikelsgewijs commentaar bij art. 15, eerste lid begint met – terecht - op te merken dat de bepaling van het voorgestelde art. 15, eerste lid, dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen behartigt, thans niet in de WNA-oud voorkomt. Zonder het met zoveel woorden te zeggen, is de wetgever blijkbaar van mening dat het begrip onpartijdigheid iets anders inhoudt dan het begrip onzijdigheid van art. 18 WNA-oud. Waarom dat zo is, en waar dan het verschil zit, legt de wetgever niet uit. Het artikelsgewijs commentaar vermeldt vervolgens dat de verplichting, dat de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen op onpartijdige wijze behartigt – op dat moment – is opgenomen in de door de Koninklijke Notariële Broederschap<sup>7</sup> vastgelegde Beroeps- en gedragsregels voor notarissen. Het artikelsgewijs commentaar geeft echter niet aan in welk artikel van de Beroeps- en gedragsregels deze verplichting was opgenomen.

---

<sup>7</sup> In deze studie wordt met de afkorting KNB in het spoor van Titel VII van de WNA de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie aangeduid; in samenhang hiermee wordt de voor de invoering van de WNA bestaan hebbende privaatrechtelijke vereniging met haar volledige naam Koninklijke Notariële Broederschap aangeduid.

## Hoofdstuk 1

Ik neem aan dat het artikelsgewijs commentaar doelt op het bepaalde in hoofdstuk 1, Regel 1 van de bedoelde Beroeps- en gedragsregels. Regel 1 luidde op dat moment:

### Regel 1 Algemeen

- 1. De notaris behandelt de hem opgedragen zaken overeenkomstig de algemeen geldende normen van zorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer. Onder notaris wordt in deze regels ook de kandidaat-notaris verstaan voorzover uit de aard van zijn positie niet het tegendeel voortvloeit.*
- 2. De notaris betracht te allen tijde de zorg, die noodzakelijk is ten opzichte van degenen voor wie hij optreedt. Hij onthoudt zich van elke handeling die afwijkt van hetgeen in zijn ambt betaamt en afbreuk zou kunnen doen aan het vertrouwen in het notariaat.*
- 3. De notaris neemt bij de behandeling van de hem opgedragen zaken op onpartijdige wijze de belangen van alle betrokken personen in acht.*
- 4. De notaris kan optreden als adviseur voor één partij. Hij neemt daarbij het bepaalde in lid 1 en 2 van deze regel in acht. De notaris moet zijn positie aan de wederpartij duidelijk kenbaar maken.*
- 5. De notaris houdt zijn juridische en fiscale kennis op peil, en breidt deze kennis zo nodig uit, opdat hij degene die van zijn diensten gebruik maakt volgens de eisen van de tijd van dienst kan zijn.*

Gevoeglijk kan worden aangenomen dat het artikelsgewijs commentaar doelt op de verplichting in Regel 1, derde lid.

De tekst van het voorgestelde art. 15, eerste lid lijkt immers op Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels, maar is daarmee niet identiek. In die zin is de opmerking dat de verplichting dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen behartigt, reeds in de op dat moment bestaande Beroeps- en gedragsregels was opgenomen tekstueel onjuist.

Hiervoor heb ik bewust Regel 1 van de Beroeps- en gedragsregels in zijn geheel geciteerd. Op die manier wordt duidelijk dat Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels geen absolute verplichting inhoudt. Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels maakt een uitzondering op de verplichting die in Regel 1, derde lid is opgenomen.

Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels maakt het mogelijk dat de notaris kan optreden als adviseur van één partij en regelt dat alsdan het bepaalde in Regel 1, derde lid niet in acht hoeft te worden genomen.

De tweede volzin van Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels gebiedt de notaris immers slechts het bepaalde in het eerste en tweede lid van die Regel in acht te nemen.

In de notariële praktijk van vóór 1 oktober 1999 was het gevolg van het bepaalde in Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels dat een notaris een notariële akte kon verlijden bij de totstandkoming waarvan hij<sup>8</sup> als partijadviseur van een partij was betrokken, mits de andere partij daarmee had ingestemd. Uit de toelichting op Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en

---

<sup>8</sup> Met excuses aan de vrouwelijke notarissen, wordt in navolging van de WNA steeds gekozen voor de mannelijke vorm

gedragsregels blijkt dat het niet voldoende was dat de notaris zijn positie aan de wederpartij duidelijk kenbaar maakte, maar dat tevens noodzakelijk was dat de betrokken partijen het daarover eens waren en de notaris daartoe de opdracht gaven.<sup>9</sup>

Er bestond dus vóór 1 oktober 1999 met betrekking tot het verlijden van akten een belangrijke uitzondering op het onpartijdigheidsvereiste van Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels.

- 1.2.4. Alvorens mijn betoog te vervolgen moet hier eerst uitgelegd worden dat het voorstel van wet van 3 mei 1994 nog een tweede, eveneens niet onbelangrijk nieuwtje bracht.

Dit nieuwtje was opgenomen in het voorgestelde art. 2 en bestond uit het onderscheid tussen aan de notaris bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden, in de wandeling ook wel aangeduid als wettelijke werkzaamheden, en andere werkzaamheden, ook wel aangeduid als buitenwettelijke werkzaamheden.

Art. 2, eerste lid van het voorstel van wet van 3 mei 1994 luidde:

*1. Het ambt van notaris houdt de bevoegdheid in om authentieke akten te verlijden in de gevallen waarin de wet dit aan hem opdraagt of een partij zulks van hem verlangt en andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden te verrichten.*

Het artikelsgewijs commentaar op art. 2, eerste lid geeft niet aan dat de voorgestelde wetsbepaling een afwijking was van het op dat moment geldende systeem. De noodzaak van het onderscheid is in de verdere parlementaire behandeling nog onderwerp van een verhit debat geweest. Op dit debat kom ik later in dit hoofdstuk nog te spreken. Op dit moment volstaat de opmerking dat het ontwerp van wet het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden introduceerde.

De volgende passage van het artikelsgewijs commentaar op art. 15 refereert aan dit onderscheid. Het commentaar stelt dat de onpartijdigheid alleen geldt voor de wettelijke werkzaamheden en dat art. 15, eerste lid – het gebod van onpartijdigheid – niet van toepassing is als "bijv. de notaris als adviseur optreedt".

Het artikelsgewijs commentaar op art. 15 lijkt te suggereren dat Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels betrekking had op wettelijke werkzaamheden en dat Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels betrekking had op buitenwettelijke werkzaamheden.

Die suggestie is evenwel onjuist. De WNA-oud noch de Beroeps- en gedragsregels kenden het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden. Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels had ook betrekking op de wettelijke werkzaamheden.

Het artikelsgewijs commentaar stelt daarmee om die reden naar mijn mening te ongenueanceerd dat voor de wettelijke werkzaamheden de in art. 15, eerste lid opgenomen verplichting reeds in de Beroeps- en gedragsregels was opgenomen. De in art. 15, eerste lid opgenomen verplichting gold onder de Beroeps- en gedragsregels niet voor de notaris, die een akte verleed bij de

---

<sup>9</sup> B.C.M. Waaijer, "Een nieuwe Wet op het notarisambt of een nieuwe notariswet; What's in a name? Over wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden", WPNR 1999/6363, p. 485 en 486. Zie ook paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk.

## Hoofdstuk 1

totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één partij was betrokken, mits de andere partij daarmee had ingestemd. In die zin acht ik de tekst van het artikelsgewijs commentaar onvolledig en daarom onjuist.

- 1.2.5. Uit de geciteerde tekst van het artikelsgewijs commentaar kan – achteraf en in samenhang met het vervolg van de parlementaire behandeling, waarover hierna meer – wel de bedoeling van de wetgever worden afgeleid dat met betrekking tot wettelijke werkzaamheden de verplichting van het op onpartijdige wijze behartigen van de belangen van de bij de rechtshandeling betrokken personen een absolute verplichting is, in die zin dat er op het nakomen van de verplichting geen uitzonderingen bestaan. De in Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels opgenomen uitzondering op het bepaalde in Regel 1, derde lid die inhield dat de notaris kan optreden als adviseur van één partij, mits hij zijn positie aan de wederpartij duidelijk kenbaar maakt en de betrokken partijen daarmee instemden, kon dus onder het voorgestelde art. 15, eerste lid niet blijven voortbestaan.
- 1.2.6. Uit de verwijzing naar het begrip "op onpartijdige wijze" in Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels zou verder kunnen worden afgeleid dat verwezen werd naar een eenduidig begrip. De Beroeps- en gedragsregels bevatten echter geen definitie van het begrip "op onpartijdige wijze". De verwijzing naar de Beroep- en gedragsregels was dus op zich geen reden om in het artikelsgewijs commentaar een (poging tot) definitie van het in art. 15, eerste lid geïntroduceerde begrip "op onpartijdige wijze" achterwege te laten.
- 1.2.7. Het artikelsgewijs commentaar vermeldt verder dat de verplichting van de notaris om de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen te behartigen voortvloeit uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen, welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Het artikelsgewijs commentaar verwijst naar de arresten Credit Lyonnais Bank/notaris T (HR 28 september 1990, NJ 1991, 1473) en Meijer/Thesing Vastgoed B.V. (HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188). In hoofdstuk 4 zal ik uiteenzetten dat de verhouding tussen de zwaarwegende zorgplicht van de notaris en de onpartijdigheid van de notaris gecompliceerder is dan deze passage van het artikelsgewijs commentaar doet vermoeden. In hoofdstuk 4 trek ik de conclusie dat de onpartijdigheid van de notaris niet voortvloeit uit de zwaarwegende zorgplicht zoals door het artikelsgewijs commentaar wordt gesuggereerd. Ik geef er de voorkeur aan hier verder niet op deze uiteenzetting vooruit te lopen.
- 1.2.8. De inleiding van het artikelsgewijs commentaar vermeldt nog dat het voorstel van wet van 3 mei 1994 niet zo maar uit de lucht is komen vallen. Het artikelsgewijs commentaar vermeldt dat er in februari 1991 aan de Koninklijke Notariële Broederschap, de voorzitters van de Kamers van Toezicht over de notarissen en de kandidaat-notarissen en het Centraal Bureau van Bijstand advies is gevraagd over een door het Ministerie van Justitie opgestelde voorontwerp met toelichting voor de Notariswet. De inleiding vermeldt verder dat dit voorontwerp in goed overleg met de Koninklijke Notariële Broederschap nader is uitgewerkt en dat, nadat in april 1992 nog technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap over het voorontwerp Notariswet was ontvangen, het gehele voorontwerp in samenwerking met de Koninklijke Notariële Broederschap volledig is herzien. De inleiding op het artikelsgewijs commentaar suggereert dat de voorgestelde artikelen en het artikelsgewijs commentaar de instemming van de Koninklijke Notariële Broederschap had. Dat is een opzienbarende suggestie. In paragraaf 1.2.4. van dit hoofdstuk gaf ik aan dat het artikelsgewijs commentaar op art.

15, eerste lid niet deugt. Ik neem aan dat dit punt aan de toenmalige Koninklijke Notariële Broederschap evenmin is ontgaan, zodat voor een andersluidende suggestie geen ruimte is. Laten we dus bezien wat het eerste technische commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap op het eerste wetsontwerp van de Wet op het notarisambt<sup>10</sup> ons over de reactie van de Koninklijke Notariële Broederschap leert.

1.3. Het eerste technische commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap op het eerste wetsontwerp van de Wet op het Notarisambt d.d. 18 augustus 1994

1.3.1. In de Algemene Opmerkingen van het eerste technisch commentaar staat te lezen

*De KNB constateert met genoegen dat de meest elementaire aspecten van de notariële ambtsuitoefening, zoals de onpartijdigheid, de onafhankelijkheid, de geheimhoudingsplicht en de informatieplicht, thans een wettelijke regeling krijgen.*

1.3.2. Het is echter niet alleen botertje tot de boom. De Koninklijke Notariële Broederschap kan zich niet vinden in het voorgestelde art. 2, eerste lid, waarin het onderscheid tussen wettelijke werkzaamheden en buitenwettelijke werkzaamheden is geïntroduceerd (zie paragraaf 1.2.4. van dit hoofdstuk) en merkt op:

*Ook voor degene die de notaris inschakelt, bestaat het onderscheid tussen wettelijke (ambtelijke) en buitenwettelijke (niet-ambtelijke) werkzaamheden niet:*

*voor hem is dat onderscheid verwarrend. De notaris wordt als notaris ingeschakeld. Zo zijn de bepalingen over de onpartijdigheid (artikel 15), de ministerieplicht (artikel 18), de geheimhoudingsplicht (artikel 19) en het tuchtrecht (artikelen 93 e.v.) terecht ook toepasselijk in het geval de notaris "buitenwettelijke (niet-ambtelijke) werkzaamheden" verricht.*

Blijkbaar was het voorgestelde art. 2, eerste lid in minder goede samenwerking met de Koninklijke Notariële Broederschap tot stand gekomen als in de inleiding tot het voorstel van wet van 3 mei 1994 werd gesuggereerd.

Ik wijs erop dat de Koninklijke Notariële Broederschap van mening is dat de bepalingen over de onpartijdigheid in het voorgestelde art. 15, eerste lid "terecht" ook van toepassing zijn op buitenwettelijke werkzaamheden.

In de visie van de Koninklijke Notariële Broederschap klopt deze opmerking. Wanneer er geen verschil wordt gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden is de voorgestelde wet op alle werkzaamheden van toepassing. De visie van de Koninklijke Notariële Broederschap is daarmee een weergave van Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels, zoals hiervoor in paragraaf 1.2.4. van dit hoofdstuk is besproken.

Opvallend is hier dat de Koninklijke Notariële Broederschap in dit verband geen woord wijdt aan Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels, de uitzondering op Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels.

1.3.3. Opvallend is verder dat door de Koninklijke Notariële Broederschap geen opmerking is gemaakt naar aanleiding van het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid. Omdat dit artikelsgewijs commentaar mede was gebaseerd op het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden was

---

<sup>10</sup> d.d. 18 augustus 1994

## Hoofdstuk 1

er alle aanleiding voor de Koninklijke Notariële Broederschap om hierop in te gaan.

Hoe dit ook zij, er is door de Koninklijke Notariële Broederschap geen commentaar gegeven op het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid. Mijn in paragraaf 1.2.8. van dit hoofdstuk geuite vermoeden dat het de Koninklijke Notariële Broederschap niet zal zijn ontgaan dat het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid niet deugt wordt door het uitblijven van enige reactie niet bevestigd.

- 1.3.4. Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels inhoudende dat een notaris wel een notariële akte kan verlijden, bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen is betrokken, wanneer de andere partij daarmee instemt blijft onbesproken.

Het gevolg daarvan is dat het Ministerie van Justitie denkt dat deze situatie zich onder het voorgestelde art. 15, eerste lid niet meer kan voordoen en dat de Koninklijke Notariële Broederschap denkt – door de ontkenning van het bestaan van het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden – dat deze situatie zich nog steeds onverminderd kan voordoen. Voor deze diametraal andere gedachten is de individuele notaris de dupe. (In deze studie wordt met het begrip individuele notaris bedoeld op de man in het veld, de man van vlees en bloed). Mag de notaris de akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is, nu wel of niet verlijden, wanneer de andere partij daarmee instemt?

- 1.4. Het verslag van de vaste Commissie voor Justitie, vastgesteld 14 oktober 1994<sup>11</sup>

- 1.4.1. Na deze inleidende beschietingen was het de beurt aan het parlement, in de hoedanigheid van de vaste Commissie van Justitie. Met name de leden van de SGP-fractie waren goed bij de les en stelden de volgende vragen:

*Indien de prijs voor zijn dienst door de markt wordt bepaald, vrezen deze leden dat zich een ontwikkeling zal voordoen waarbij de grootste cliënten de prijs gaan bepalen en de notaris in een afhankelijke positie en diensgevolge in een niet-onpartijdige positie komt te staan ten opzichte van degene die hem betaalt. En indien de onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet zouden zijn gewaarborgd, zou dat er, zo voorzien deze leden, toe kunnen leiden dat elke partij in de toekomst zijn «eigen notaris» zal gaan inschakelen. Dit zal er niet alleen toe bijdragen dat de totale prijs van de notariële dienstverlening aanmerkelijk zal stijgen, maar ook dat langzaam maar zeker het systeem van het Latijnse notariaat zal worden vervangen door het Angelsaksische systeem. Deze leden verzoeken om een beargumenteerde beschouwing van de regering op de door hen hierboven weergegeven opvattingen.<sup>12</sup>*

en

*De leden van de SGP vragen of de opdracht omschreven in het eerste lid, dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen dient te behartigen, niet te ruim gefundeerd is. Deze vraag ziet in het bijzonder op de woorden «alle bij de rechtshandeling betrokken personen». Komt het niet veelvuldig voor dat de notaris de belangen van één*

---

<sup>11</sup>Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 5

<sup>12</sup>Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 5 p. 14

*partij behartigt? Zij vragen dan ook of de aangehaalde woorden niet vervangen zouden dienen te worden door «de partij(en) bij de desbetreffende akte».*<sup>13</sup>

- 1.4.2. Met name de vraag: "Komt het niet veelvuldig voor dat de notaris de belangen van één partij behartigt" geeft blijk voor een goed begrip voor de notariële praktijk. In wezen wordt hier verwezen naar de thematiek van Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels, een thema dat door het Ministerie van Justitie noch de Koninklijke Notariële Broederschap op dat moment ter sprake is gebracht.

Ook de constatering dat het niet ondenkbaar was dat het systeem van het Latijnse notariaat langzaam maar zeker vervangen zou worden door het Angelsaksische systeem, doordat elke partij in de toekomst zijn "eigen notaris" zal gaan inschakelen, geeft blijk van een goed inzicht in de op dat moment reeds bestaande notariële praktijk. Het systeem dat elke partij zijn "eigen notaris" inschakelt bestond op dat moment, gesanctioneerd door – weer – Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels reeds bij transacties waarbij uitsluitend professionele partijen betrokken zijn.

- 1.5. Nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996<sup>14</sup>

- 1.5.1. Hierna was de Staatssecretaris van Justitie weer aan zet. De Staatssecretaris gaf aan van mening te zijn dat het wetsvoorstel de onpartijdigheid van de notaris in voldoende mate waarborgt<sup>15</sup> en dat niet valt in te zien dat het in beginsel vrijlaten van de tarieven een bedreiging zou kunnen vormen voor de onpartijdigheid van de notaris<sup>16</sup>

Ter adstructie van haar standpunt merkt de Staatssecretaris op:

*Allereerst moet worden opgemerkt dat op grond van de Wet op het notarisambt slechts één notaris de akte kan passeren.*

*Inschakeling van twee notarissen is dus overbodig en zal slechts kostenverhogend werken. Voorts valt juist bij onroerend-goedzaken niet goed in te zien waarom een notaris als partijadviseur naast de notaris die de akte verlijdt een rol zou hebben te vervullen. Bij het voorbereiden en passeren van deze akten heeft de instrumenterende notaris een resultaatsverplichting. Hij moet ervoor instaan dat het onroerend goed op de juiste wijze door de verkoper wordt geleverd aan de koper. Vaak is er al een schriftelijke (niet-notariële) koopovereenkomst die tot levering verplicht en die is opgesteld door een andere adviseur, zoals bijv. een makelaar.*

Dit een foute redenering. Natuurlijk is de opmerking juist dat op grond van de voorgestelde wet slechts één notaris de akte kan passeren. Niemand heeft voor zover ik weet ooit anders beweerd. Dat betekent echter helemaal niet dat er door ieder van de partijen niet een "eigen notaris" ingeschakeld zou kunnen worden. In paragraaf 1.4.2. van dit hoofdstuk wees ik er reeds op dat het inschakelen van een "eigen notaris" in transacties waarbij slechts professionele partijen betrokken zijn regelmatig voorkomt. Dit soort transacties kunnen zich heel wel in de onroerend-goedsfeer afspelen. In dat soort onroerend-goedzaken vervult de notaris als partijadviseur naast de notaris die de akte verlijdt een belangrijke rol. Deze rol staat weer los van de resultaatsverplichting van de instrumenterende notaris.

---

<sup>13</sup>Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 5 p. 21

<sup>14</sup>Kamerstukken II 1995/1996, 23 706, nr. 6

<sup>15</sup>Kamerstukken II 1995/1996, 23 706, nr. 6 p. 4

<sup>16</sup>Kamerstukken II 1995/1996, 23 706, nr. 6 p. 17 en 18



## Hoofdstuk 1

De redenering van de Staatssecretaris ontkent het bestaan van de bestaande markt van gecompliceerd onroerend goed. De Staatssecretaris doet het voorkomen alsof de notaris alleen akten verlijdt waarbij – met alle respect – doorzonwoningen worden geleverd, maar vergeet dat de notaris ook betrokken kan zijn bij de meer gecompliceerde levering van commercieel onroerend goed. De redenering van de Staatssecretaris deugt om die reden niet.

1.5.2. In haar commentaar op art. 15, eerste lid merkt de Staatssecretaris op:

*De leden van de SGP-fractie stellen vraagtekens bij de bepaling van het eerste lid. Hierover merk ik in de eerste plaats op dat deze bepaling overeenkomt met artikel 1, derde lid, van de Beroeps- en gedragsregels van de KNB, die als volgt luidt: «De notaris neemt bij de behandeling van de hem opgedragen zaken op onpartijdige wijze de belangen van alle betrokken personen in acht.» Zoals ook uit de toelichting op dit artikel blijkt, geldt de onpartijdigheid alleen voor de verrichting door de notaris van de aan hem bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden. Als de notaris de belangen van één partij behartigt en dus als adviseur optreedt, is deze bepaling niet van toepassing. In dat geval moet de notaris zijn positie aan de wederpartij duidelijk kenbaar maken (zie ook artikel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels). Voor de door deze leden voorgestelde wijziging zie ik dan ook geen aanleiding.*

Uit deze passage wordt duidelijk dat de verwijzing naar de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap in het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid van het voorstel van wet van 3 mei 1994 inderdaad betrekking had op Regel 1, derde lid (door de Staatssecretaris aangeduid als Artikel 1, derde lid). De Staatssecretaris herhaalt dat de onpartijdigheid alleen geldt voor de wettelijke werkzaamheden van de notaris. Daarna breidt de Staatssecretaris de tekst van het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid subtiel uit. Bezigde het artikelsgewijs commentaar de woorden:

*Als bijv. de notaris als adviseur optreedt, is deze bepaling (art. 15, eerste lid, RB) niet van toepassing*

Thans worden de navolgende bewoordingen gebruikt:

*Als de notaris de belangen van één partij behartigt en dus als adviseur optreedt, is deze bepaling (art. 15, eerste lid, RB) niet van toepassing*

Blijkbaar had de Staatssecretaris er behoefte aan om duidelijk te maken dat een notaris die de belangen van één partij behartigt buitenwettelijke werkzaamheden verricht. Hoe het zit met de notaris die een akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, legt de Staatssecretaris niet uit. Logisch gesproken verkeert deze notaris in twee sferen tegelijk. Als instrumenterend notaris verkeert hij in de sfeer van de wettelijke werkzaamheden, waarvoor de verplichting van onpartijdigheid geldt. Als partijadviseur verkeert deze notaris in de sfeer van de buitenwettelijke werkzaamheden, waarop de verplichting van onpartijdigheid nu juist niet van toepassing is. In zo'n situatie is een tie-breaker geen overbodige luxe. Eén van beide sferen zal toch moeten prevaleren. De individuele notaris zal toch graag willen weten welke sfeer prevaleert!

1.5.3. Uit de nota blijkt dat de Staatssecretaris (inmiddels) ook beseft dat Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels in dit verband niet onbesproken kan blijven.

Het is opmerkelijk op welke wijze dit gebeurt. Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels wordt eenvoudigweg – in de beste communistische traditie – van de onpartijdigheidfoto weggeretoucheerd. Het bepaalde in Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels wordt de status van uitzondering op het bepaalde in Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels eenvoudigweg ontzegd; Regel 1, derde lid van de Beroeps- en gedragsregels krijgt hierdoor een absolute lading en art. 15, eerste lid van het wetsvoorstel van 3 mei 1994 krijgt, omdat aangesloten wordt bij Regel 1, derde lid, dezelfde lading.

Het gevolg van deze handelswijze is dat vanuit de optiek van de Staatssecretaris bezien de figuur van de notaris die de akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der beide partijen optreedt zich eenvoudigweg niet meer kan voordoen. Anders gezegd, die notaris verkeert steeds in de sfeer van de wettelijke werkzaamheden.

1.6. Gewijzigd voorstel van wet, 26 juni 1996<sup>17</sup>

1.6.1. In de nota van wijziging, ontvangen 25 juni 1996<sup>18</sup> is een nieuw art. 15, vierde lid voorgesteld, luidende:

*4. De notaris mag een samenwerkingsverband met andere beroepsgroepen aangaan, mits hierdoor zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid niet wordt of kan worden beïnvloed en de eer en het aanzien van het ambt niet wordt of kan worden geschaad.*

Dit artikel is de voorloper van het huidige art. 18, eerste lid WNA, dat luidt:

*1. De notaris kan een samenwerkingsverband aangaan met beoefenaren van een ander beroep, mits hierdoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed.*

In paragraaf 1.19.1. van dit hoofdstuk ga ik uitvoerig op de betekenis van dit wetsartikel met betrekking tot de onpartijdigheid van de notaris in.

1.6.2. Het voorgestelde art. 15, eerste lid blijft luiden zoals dat in het voorstel van wet van 3 mei 1994 luidde:

*1. De notaris behartigt op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen.*

1.7. De mening van P.H.M. Gerver

1.7.1. Literatuur over het verloop van de parlementaire behandeling van de WNA met betrekking tot het voorgestelde art. 2, eerste lid en het voorgestelde art. 15, eerste lid is tot medio 1996 met een kaarsje te zoeken. Ik heb over dit onderwerp uitsluitend een artikel van Gerver aangetroffen.<sup>19</sup> Gerver ziet niets in het onderscheid dat door het wetsvoorstel wordt gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden en stelt:

*Het komt mij juister voor om bij de omschrijving van de notariële taken het onderscheid tussen ambtelijke en niet-ambtelijke werkzaamheden geheel te*

<sup>17</sup> Kamerstukken II 1995/1996, 23 706, nr. 8

<sup>18</sup> Kamerstukken II 1995/1996, 23 706, nr. 7, p. 3

<sup>19</sup> P.H.M. Gerver, "De Notariswet", WPNR 1996/6224, p. 372

## Hoofdstuk 1

*laten vallen en tot uiting te doen komen dat de notaris, als zijn interventie wordt gevraagd, steeds als notaris handelt.*

Gerver verwijst met instemming naar het gelijklopende standpunt van de Koninklijke Notariële Broederschap als verwoord in het eerste technisch commentaar van 18 augustus 1994, als besproken in paragraaf 1.3.2. van dit hoofdstuk.

1.7.2. Gerver merkt verder op:

4. De notaris als partijadviseur

*Ik kom hier meteen aan een volgend punt: de notaris als partijadviseur. Het is de notaris heel uitdrukkelijk wel toegestaan als adviseur van een partij op te treden, mits hij zich maar "als notaris" gedraagt. In de Beroeps- en Gedragsregels en in de interdisciplinaire regels vinden wij dit terug, terwijl ook de Toelichting zulks onomwonden toestaat (zie bijv. bij art. 15).*

Gerver stelt hier terecht dat het wetsvoorstel het de notaris uitdrukkelijk toestaat als adviseur van een partij op te treden. Gerver behandelt in dit kader niet de vraag of de notaris de akte bij de totstandkoming waarvan hij als adviseur van één partij is betrokken, mag verlijden.

1.8. Het tweede technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap van oktober 1996

1.8.1. Zoals ik in paragraaf 1.5.2. van dit hoofdstuk heb beschreven heeft de Staatssecretaris van Justitie in de nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996, het artikelsgewijs commentaar op art. 15 subtiel aangescherpt en het bepaalde in Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels met betrekking tot het voorgestelde art. 15 voor zover het betreft het verlijden van een akte, bij de totstandkoming waarvan de notaris als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, buiten werking gesteld. Reden genoeg zou men denken voor een inhoudelijke reactie van de zijde van de Koninklijke Notariële Broederschap.

1.8.2. Het tweede technisch commentaar verwijst naar het eerste technisch commentaar van 18 augustus 1994, maar voegt er ter zake van het voorgestelde art. 15, eerste lid geen nader commentaar aan toe.

1.8.3. Nader commentaar wordt wel geleverd met betrekking tot het voorgestelde art.2. Het tweede technisch commentaar merkt op dat het (gekunstelde) onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden de wet in de praktijk onwerkbaar maakt, en dat dit onderscheid dient te vervallen.

1.9. Nota naar aanleiding van het nader verslag, ontvangen 29 augustus 1997<sup>20</sup>

1.9.1. Nadat de vaste Commissie van Justitie van de Tweede Kamer op 19 november 1996 een delegatie van de Koninklijke Notariële Broederschap had ontvangen, stelde de vaste Commissie een nader verslag vast op 20 december 1996. In dit verslag wordt opgemerkt dat het voorgestelde art. 2 op sommige punten innerlijk tegenstrijdig is en dus verwarring schept<sup>21</sup> en wordt voorgesteld het tekstvoorstel, zoals ook bepleit door de Koninklijke Notariële Broederschap op

---

<sup>20</sup> Kamerstukken II 1996/1997, nr. 12

<sup>21</sup> Kamerstukken II 1996/1997, nr. 11, p. 9

te nemen: "Het ambt van de notaris houdt de bevoegdheid in authentieke akten te verlijden en andere werkzaamheden te verrichten".

- 1.9.2. In de artikelsgewijs behandeling van de nota naar aanleiding van het nader verslag staat te lezen:<sup>22</sup>

*Met de commissie ben ik van mening dat het geven door een notaris van een niet met een notariële akte samenhangend juridisch advies een buitenwettelijke werkzaamheid is. Adviezen die verband houden met een aan hem gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte of een andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheid moeten wel als notariële werkzaamheden worden beschouwd.*

en<sup>23</sup>

*Naar mijn mening wordt door artikel 2 van het wetsvoorstel juist een goed onderscheid gemaakt tussen wettelijke (ambtelijke) en buitenwettelijke (niet-ambtelijke) werkzaamheden van de notaris. Ook al zou dit onderscheid in de dagelijkse praktijk niet worden gevoeld - in die zin dat men ook de notaris raadpleegt zonder dat de wet zijn tussenkomst voorschrijft - tussen beide soorten werkzaamheden bestaan wel degelijk grote verschillen. Zo zijn de bepalingen die in Titel III van het wetsvoorstel zijn opgenomen betreffende de uitoefening van het notarisambt, in beginsel niet van toepassing op buitenwettelijke werkzaamheden. De bepaling over de onpartijdigheid (artikel 15) hoeft dus niet in acht te worden genomen bij het geven van juridische adviezen. Ook is de notaris voor buitenwettelijke werkzaamheden niet verplicht zijn ministerie te verlenen (artikel 18). De geheimhoudingsplicht (artikel 19) betreft daarentegen «al hetgeen waarvan de notaris uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt». Dit kan dus ook betrekking hebben op het verrichten van buitenwettelijke werkzaamheden. Hetzelfde geldt voor het tuchtrecht, dat het gehele functioneren van de notaris omvat.*

De Staatssecretaris nuanceert hier haar eerder ingenomen standpunt in die zin dat door een notaris gegeven adviezen altijd buitenwettelijke werkzaamheden zijn. Adviezen die verband houden met een aan de notaris gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte of een andere in de wet aan hem opgedragen werkzaamheid moeten als wettelijke werkzaamheden worden beschouwd.

In deze nuancering wordt een nieuw afbakeningsprobleem opgeworpen. Wat dient te worden verstaan onder: adviezen die verband houden met een aan de notaris gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte?

De nota geeft (nog) geen antwoord op deze vraag. De Staatssecretaris geeft het antwoord op deze vraag in de Nadere Memorie van Toelichting, ontvangen 20 november 1998<sup>24</sup>:

*De leden van de fracties van SGP, RPF en GPV menen uit het antwoord op een vraag in het voorlopig verslag af te kunnen leiden dat de regering zich zou keren tegen de gedachte dat de notaris als adviseur optreedt. Zij wijzen erop dat in de praktijk het passeren van een akte veelal voorafgegaan wordt door een advies van dezelfde notaris. Het behoort inderdaad tot de normale taak van de notaris om in het kader van de voorbereiding van een notariële akte de betrokken partijen op onpartijdige wijze te adviseren over de inhoud daarvan.*

<sup>22</sup> Kamerstukken II 1996/1997, 23 706, nr. 12, p. 17 en 18

<sup>23</sup> Kamerstukken II 1996/1997, 23 706, nr. 12, p. 17 en 18

<sup>24</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25a, p. 13

## Hoofdstuk 1

*Tot zijn wettelijke taak om authentieke aktes te passeren behoort ook het voorbereiden, opstellen en het adviseren van partijen over de inhoud daarvan. Ik onderschrijf dus volledig wat deze leden stellen, namelijk dat het in de praktijk gebruikelijk is dat het passeren van een akte veelal vooraf wordt gegaan door een advies van dezelfde notaris. Deze praktijk zal ook onder de nieuwe wet gewoon worden voortgezet.*

Uit dit antwoord leid ik af dat het begrip: "adviezen die verband houden met een aan de notaris gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte" beperkt moet worden uitgelegd. Adviezen aan één van de partijen, ook wanneer deze verband houden met een aan de notaris gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte vallen dan, naar mijn mening, niet onder de wettelijke werkzaamheden. Zoals we hierna zullen zien is deze conclusie meer van theoretische dan van praktische betekenis.

### 1.10. Tweede nota van wijziging, ontvangen 29 augustus 1997<sup>25</sup>

#### 1.10.1. Voorgesteld wordt om art. 15 te laten luiden als volgt:

##### Artikel 15

*1. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.*

*2. De notaris mag zijn ambt niet uitoefenen in dienstbetrekking of in enig ander verband waardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt of kan worden beïnvloed.*

Nieuw zijn de woorden: en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.

#### 1.10.2. Voorgesteld wordt om na art. 15 een artikel in te voegen, luidende:

##### Artikel 15a

*1. De notaris kan een samenwerkingsverband aangaan met beoefenaren van een ander beroep, mits hierdoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed.*

*2. Bij verordening worden ter waarborging van die onafhankelijkheid en onpartijdigheid regels vastgesteld over de wijze waarop samenwerkingsverbanden kunnen worden aangegaan.*

*3. De notaris is verplicht om jaarlijks binnen de in artikel 105, eerste lid, genoemde termijn, aan het Bureau financieel toezicht notarissen een verklaring van een onafhankelijke externe deskundige over te leggen, waaruit blijkt dat hij heeft voldaan aan de voorschriften van de verordening, bedoeld in het tweede lid.*

De eerste twee leden van art. 15a waren eerst opgenomen in het vierde en vijfde lid van art. 15.

### 1.11. Derde technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap van september 1997

#### 1.11.1. De Koninklijke Notariële Broederschap geeft aan dat zij niet kan instemmen met de handhaving van de tekst van art. 2 eerste lid, nu dit impliceert dat de

---

<sup>25</sup> *Kamerstukken II 1996/1997, 23 706, nr. 13*

door de notaris verrichte buitenwettelijke werkzaamheden niet onder het bereik van de wet vallen.

De Koninklijke Notariële Broederschap acht de door de Staatssecretaris gebruikte argumentatie voor handhaving van de tekst van art. 2, eerst lid onjuist en blijft van mening dat het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke notariële werkzaamheden niet scherp is te maken en dat daardoor onnodige verwarring ontstaat:

*En een advies in het kader van een akte is - ook volgens de Staatssecretaris - een wettelijke werkzaamheid, maar een advies dat ging over een mogelijke notariële akte, welk advies echter leidde tot het afzien van de beoogde akte, zou geen wettelijke werkzaamheid zijn.*

Opvallend is dat de Koninklijke Notariële Broederschap niet de vraag stelt wat de Staatssecretaris bedoelt met een advies dat verband houdt met een aan een notaris gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte. De Koninklijke Notariële Broederschap kende immers in september 1997 het pas op 20 november 1998 gegeven antwoord (als geciteerd in paragraaf 1.9.2. van dit hoofdstuk) nog niet. Ik denk dat de individuele notaris wel benieuwd zou zijn geweest naar een precies antwoord op deze vraag, want het is de individuele notaris die de door de Koninklijke Notariële Broederschap opgeworpen vraag: "wie bepaalt of de notaris een wettelijke dan wel een buitenwettelijke werkzaamheid verricht?" in de praktijk zal moeten beantwoorden.

- 1.11.2. Met betrekking tot het in art. 15, eerste lid geïntroduceerde begrip "grootst mogelijke zorgvuldigheid" vraagt de Koninklijke Notariële Broederschap zich af of de inhoud van het begrip verschilt van het begrip "handelend als een redelijk handelend vakgenoot". Ook in dit derde technisch commentaar maakt de Koninklijke Notariële Broederschap geen verdere opmerkingen over art. 15, eerste lid.

1.12. Verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 24 oktober 1997<sup>26</sup>

- 1.12.1. Door de leden van de D'66-fractie werd gevraagd:<sup>27</sup>

*Waarom is gekozen voor de formulering «grootst mogelijke zorgvuldigheid» in artikel 15?*

Dit was dezelfde vraag die door de Koninklijke Notariële Broederschap was gesteld in het derde technisch commentaar.

Hierop werd geantwoord:

*De formulering «grootst mogelijke zorgvuldigheid» is wel nieuw, maar niet uit de lucht gegrepen. Zij beoogt duidelijk te maken dat aan de notaris, een professionele beroepsbeoefenaar die bij koninklijk besluit is benoemd om de rechtzoekende burgers in door de wet bepaalde gevallen bijstand te verlenen en aan wiens akten, evenals aan rechterlijke beslissingen, executoriale kracht toekomt, hoge eisen mogen worden gesteld. Het criterium brengt aldus de kwaliteit waaraan de notariële dienstverlening moet voldoen tot uitdrukking.*

<sup>26</sup> Kamerstukken II 1996/1997, 23 706, nr. 16

<sup>27</sup> Kamerstukken II 1996/1997, 23 706, nr. 16, p. 46, vraag 85

## Hoofdstuk 1

*In verband met het vrijlaten van de tarieven is mijns inziens volstrekte duidelijkheid op dit punt gewenst. Artikel 15, eerste lid, moet worden beschouwd als een van de belangrijkste bepalingen van het wetsvoorstel, een gebod dat iedere notaris bij wijze van spreken voortdurend bij zijn werk in gedachten moet houden. Een zodanig gebod in de wet voorop stellen is wenselijk om het bijzondere karakter van de notariële dienstverlening te accentueren in een regeling die overigens aan het ondernemerschap van de notaris veel aandacht besteedt. Dit criterium heeft ook meer betekenis dan de wat relativerende benadering «redelijk handelend vakgenoot», zoals wordt genoemd in het derde technisch commentaar van de KNB. Zou ook een «redelijk handelend vakgenoot» niet de uiterste zorgvuldigheid moeten betrachteren?*

Volgens de Staatssecretaris moet aan de formulering "met de grootst mogelijke zorgvuldigheid" meer betekenis worden toegekend dan de in de woorden van de Staatssecretaris wat relativerende benadering "redelijk handelend vakgenoot".

- 1.12.2. Overigens is dit antwoord op een later moment in de parlementaire behandeling weer herzien. Op dezelfde maar nu door mevrouw Michiels van Kessenich gestelde vraag antwoordde de Staatssecretaris van Justitie Cohen:<sup>28</sup>

*Mevrouw Michiels van Kessenich vroeg of het criterium "met de grootst mogelijke zorgvuldigheid" niet afweek van het in de jurisprudentie bekende criterium "redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot". Ik ben van mening dat dit inderdaad één op één moet worden gelezen. Ik ben het met haar eens dat het criterium dat is neergelegd in artikel 17 geldt voor een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot.*

Om een bekende voorvader na te zeggen: het kan verkeren.

De termen "met de grootst mogelijke zorgvuldigheid" en het uit de jurisprudentie bekend criterium "redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot" mogen dus één op één worden gelezen.

### 1.13. Memorie van Antwoord, ontvangen 29 juni 1998<sup>29</sup>

- 1.13.1. Nadat de parlementaire behandeling was voortgezet werden de voorgestelde artikelen 1 tot en met 56 zonder hoofdelijke stemming op 16 april 1998 door de Tweede Kamer aangenomen.<sup>30</sup> Op die datum werden ook een drietal amendementen en de overige artikelen (het laatste wederom zonder hoofdelijke stemming) aangenomen.

- 1.13.2. De parlementaire behandeling werd daarna in de Eerste Kamer voortgezet. Op 29 juni 1998 werd de naar haar inhoud voor het notariaat zeer belangrijke Memorie van Antwoord ontvangen. Onder het hoofdstuk 3: Tarieven wordt opgemerkt:<sup>31</sup>

*Een partijdig optreden van de notaris is in strijd met de artikelen 17, eerste lid, en 98, eerste lid, van het wetsvoorstel, zodat ook niet gevreesd hoeft te worden voor een verschuiving naar het Angelsaksische solicitor-systeem. Als de notaris slechts als adviseur van één van de partijen wenst op te treden, zoals*

---

<sup>28</sup> *Handelingen I* 23 maart 1999, 23 706, EK 24, p. 24-1057

<sup>29</sup> *Kamerstukken I* 1997/1998, 23 706, nr. 331b

<sup>30</sup> *Handelingen II* 16 april 1998, 23 706, TK 75, p. 75-5646 en 75-5647

<sup>31</sup> *Kamerstukken I* 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 8

*een solicitor, dan zal een andere, onpartijdige notaris de akte moeten passeren.*

Zonder enige waarschuwing vooraf komt hier de aap uit de mouw. Dit is het sluitstuk van de nuancering die door de Staatssecretaris van Justitie in de nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996, zoals beschreven in paragraaf 1.5.3. van dit hoofdstuk, is aangebracht op het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid bij het wetsvoorstel van 3 mei 1994.

Kon uit die nuancering reeds worden afgeleid dat de figuur van de notaris die de akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest zich eenvoudigweg niet meer kon voordoen, uit de Memorie van Antwoord wordt duidelijk waarom dat zo is: het mag eenvoudigweg niet. Achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid (voorheen art. 15 eerste lid) verschuilt zich derhalve een verregaande regel:

*De notaris mag de akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest niet verlijden*

Ik merk op dat de Memorie van Antwoord dit verbod absoluut formuleert. Dus ook wanneer de andere partij instemt met het verlijden van de akte door de notaris die bij de totstandkoming van de akte tevens als partijadviseur voor de ene partij is opgetreden, mag de notaris de akte niet verlijden.

De Memorie van Antwoord formuleert ook – zonder enige waarschuwing vooraf – de sanctie op het overtreden van dit verbod, door vast te stellen dat een partijdig handelen van de notaris in strijd is met het bepaalde in art. 98, eerste lid, van het wetsvoorstel.

Art. 98, eerste lid luidt:

*Notarissen en kandidaat-notarissen zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij deze wet gegeven bepaling of een op deze wet berustende verordening, hetzij met de zorg die zij als notarissen of kandidaat-notarissen behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt.*

De notaris die in strijd handelt met het verbod, wordt daarvoor door de Memorie van Antwoord tuchtrechtelijk aansprakelijk gesteld.

- 1.13.3. Even later in hetzelfde hoofdstuk komt de Memorie van Antwoord nogmaals op dit thema terug. Vanwege het grote belang citeer ik de passage:<sup>32</sup>

*Deze leden (van de fracties van GroenLinks en D66, RB) vragen of het wetsvoorstel leidt tot een twee-notarissensysteem. Zoals ook uit het antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie blijkt is een twee-notarissensysteem in strijd met de artikelen 17, eerste lid, en 98, eerste lid, van het wetsvoorstel. Een partijdige, voor één partij optredende notaris mag de desbetreffende akte niet passeren. Als partijen het nodig vinden om adviseurs, die tevens notaris zijn, in te schakelen zal dus een derde, onpartijdige notaris de akte moeten passeren. Niet goed valt in te zien, waarom de inschakeling van adviseurs nodig zal zijn, behalve wellicht in bijzonder ingewikkelde zaken. Dit is zeker niet het geval bij de normale transport- en hypotheekakte. Kok stelt in zijn proefschrift «Het Nederlandse notariaat», p. 94: «Wanneer de voorlopige koopakte van de makelaar en het concept van de hypotheekakte*

<sup>32</sup> Kamerstukken I 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 13



## Hoofdstuk 1

*van de bank komen, is het enige wat de notaris behoeft te doen de formele afwikkeling.» Door de vrijlating van de tarieven en het vereiste van onpartijdigheid van de notaris, zullen de tarieven dalen. Macro-economisch beschouwd wordt de notariële dienstverlening dus goedkoper.*

Aan de hiervoor in paragraaf 1.13.2. van dit hoofdstuk genoemde verbod voegt de Memorie van Toelichting nog een niet mis te verstane vingerwijzing toe: Als partijen het nodig vinden om adviseurs, die tevens notaris zijn, in te schakelen, zal dus een derde onpartijdige notaris de akte moeten verlijden. Deze vingerwijzing is wat mij betreft niet voor tweeërlei uitleg vatbaar.

- 1.13.4. Alsof dit allemaal nog niet dramatisch genoeg is komt de Memorie van Antwoord onder het hoofdstuk: 4. Het toezicht en de tuchtrechtspraak nogmaals op dit thema terug. Vanwege het grote belang van de inhoud citeer ik ook deze passage:<sup>33</sup>

*De leden van de CDA-fractie vragen of in artikel 98 de zinsnede «de zorg die zij..... behoren te betrachten ten opzichte van degene te wier behoefte zij optreden» niet overbodig is. De aangehaalde zinsnede in artikel 98 is inderdaad niet strikt nodig, maar het heeft wel het effect dat wordt benadrukt dat het hier om een belangrijk aspect van de notariële ambtsuitoefening gaat. De notaris behoort op grond van artikel 17, eerste lid, de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Dit zijn ook «degenen te wier behoefte de notaris optreedt», zoals vermeld in artikel 98, eerste lid. Een notaris die een akte passeert mag dus niet uitsluitend de belangen van één van die partijen behartigen. Een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet passeren. Als een notaris als adviseur van één van de partijen optreedt, zal ook de andere partij er goed aan doen om een adviseur te nemen. In dat geval zal dan een derde, onpartijdige notaris de akte moeten passeren. Die notaris behartigt dan de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen.*

*De door de vragensteller geschetste situatie, te weten dat een partijdige, voor één partij optredende notaris een akte passeert, is dus, zoals ik al eerder heb opgemerkt, zowel in strijd met artikel 17, eerste lid, als met artikel 98, eerste lid.*

In deze passage wordt nog eens fijntjes herhaald dat, wanneer ieder van beide partijen een notaris als adviseur inschakelt, niet één van die beide notarissen de akte mag verlijden.

- 1.13.5. Door de wijze van opereren van de Staatssecretaris wordt de Koninklijke Notariële Broederschap buitenspel gezet. Het leidt bij mij geen twijfel dat, wanneer de hiervoor geciteerde passage van de Memorie van Antwoord in het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid bij het wetsvoorstel van 3 mei 1994 zou hebben gestaan (zie paragraaf 1.2.2. van dit hoofdstuk) of in de nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996 naar voren zou zijn gebracht (zie paragraaf 1.5.3. van dit hoofdstuk), er een krachtige reactie van de kant van de Koninklijke Notariële Broederschap zou zijn gekomen. Aan de andere kant heeft de Koninklijke Notariële Broederschap in mijn ogen niet adequaat gereageerd op de ondeugdelijkheid van het artikelsgewijs commentaar op art. 15 van het wetsvoorstel van 3 mei 1994 en de nuancering die daarop in de nota naar aanleiding van het verslag ontvangen 25 juni 1996 door de Staatssecretaris is aangebracht.

---

<sup>33</sup> *Kamerstukken I 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 15*

Met name door laatstgenoemde nuancering was het voor de Koninklijke Notariële Broederschap reden om alarmfase één af te kondigen. Aan de drie technische commentaren van de Koninklijke Notariële Broederschap ontleen ik dat voor de strategie was gekozen om het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden uit het wetsvoorstel te doen schrappen. Mogelijk dat daarbij aanvankelijk gedacht is dat door het schrappen van het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden het voorgestelde art. 15, eerste lid van het wetsvoorstel van 3 mei 1994 de werking van Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels niet zou aantasten. Dat neemt niet weg dat ook, wanneer het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden zou vervallen, het artikelsgewijs commentaar op art. 15 van het wetsvoorstel van 3 mei 1994 nog steeds niet deugt en dat er alle reden was om in het eerste technisch commentaar daarop te wijzen.

Achteraf bezien was het niet verstandig van de Koninklijke Notariële Broederschap om deze reactie achterwege te laten. Mogelijk had een adequate reactie de nuancering in de nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996 kunnen voorkomen.

Nog minder verstandig was het naar mijn mening dat de Koninklijke Notariële Broederschap in het tweede technisch commentaar niet inhoudelijk heeft gereageerd op de nuancering die door de Staatssecretaris is aangebracht in de nota naar aanleiding van het verslag, ontvangen 25 juni 1996 op het artikelsgewijs commentaar op art. 15, eerste lid van het wetsvoorstel van 3 mei 1994. Naast het vervolgen van de strategie om het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden uit het wetsvoorstel geschrapt te krijgen, had het voor de hand gelegen om gelijktijdig de praktijk onder Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels overeind te willen houden.

Een zodanige reactie had mogelijk de opname van het verbod dat thans in de Memorie van Antwoord is opgenomen, kunnen verhinderen.

Nu de reactie van de Koninklijke Notariële Broederschap uitbleef werd de deur voor de Staatssecretaris wagenwijd opengezet om het verbod te introduceren in de Memorie van Antwoord, op een moment dat de Koninklijke Notariële Broederschap zich daartegen niet meer kon verweren.

Het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod raakt het Nederlandse notariaat in het hart. Het wetsvoorstel maakt immers een einde aan de door Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels gesanctioneerde praktijk dat een notaris de akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, wel mag verlijden, wanneer de andere partij daarmee instemt. In paragraaf 1.21.1. van dit hoofdstuk zal ik met een reeks voorbeelden toelichten wat de ernstige gevolgen voor de individuele notaris in de dagelijkse praktijk zijn.

Nu wil ik eerst mijn verslag van de parlementaire behandeling afronden.

1.14. Nadere Memorie van Antwoord, ontvangen 20 november 1998<sup>34</sup>

- 1.14.1. Terzake van het nader voorlopig verslag van de vaste Commissie van Justitie<sup>35</sup> hebben de leden van de fracties van de SGP, RPF en GVP de Staatssecretaris impliciet de mogelijkheid gegeven om het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod

*"een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet verlijden"*

<sup>34</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25a

<sup>35</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25

## Hoofdstuk 1

te nuanceren.  
Genoemde leden vroegen:<sup>36</sup>

*De regering lijkt zich, aldus de leden van de fracties van SGP, RPF en GPV, te keren tegen de gedachte dat de notaris als adviseur optreedt. Deze leden stelden de vraag of deze gedachte wel zo vreemd, laat staan verwerpelijk, is als men de praktijk als leidraad neemt waarbij het passeren van een akte veelal voorafgegaan wordt door een advies van dezelfde notaris.*

- 1.14.2. De Staatssecretaris, die deze vraag had kunnen aangrijpen om het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod te nuanceren of wellicht te herzien geeft echter geen krimp.  
Allereerst antwoordde de Staatssecretaris op een vraag van de leden van de fractie van het CDA:<sup>37</sup>

*De in artikel 17 genoemde eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid en van de grootst mogelijke zorgvuldigheid bij de ambtsuitoefening gelden bij het verrichten door de notaris van wettelijke werkzaamheden. Buitenwettelijke werkzaamheden zullen veelal niet onpartijdig of onafhankelijk worden uitgeoefend. Hierbij kan als voorbeeld worden genoemd de activiteiten van de notaris als juridisch adviseur voor één van de partijen.*

En daarna op de in paragraaf 1.14.1. van dit hoofdstuk opgenomen vraag van de leden van de fracties SGP, RPF en GPV:

*De leden van de fracties van SGP, RPF en GPV menen uit het antwoord op een vraag in het voorlopig verslag af te kunnen leiden dat de regering zich zou keren tegen de gedachte dat de notaris als adviseur optreedt. Zij wijzen erop dat in de praktijk het passeren van een akte veelal voorafgegaan wordt door een advies van dezelfde notaris. Het behoort inderdaad tot de normale taak van de notaris om in het kader van de voorbereiding van een notariële akte de betrokken partijen op onpartijdige wijze te adviseren over de inhoud daarvan. Tot zijn wettelijke taak om authentieke aktes te passeren behoort ook het voorbereiden, opstellen en het adviseren van partijen over de inhoud daarvan. Ik onderschrijf dus volledig wat deze leden stellen, namelijk dat het in de praktijk gebruikelijk is dat het passeren van een akte veelal vooraf wordt gegaan door een advies van dezelfde notaris. Deze praktijk zal ook onder de nieuwe wet gewoon worden voortgezet.*

Daarmee staat naar mijn mening vast dat de Staatssecretaris het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod, dat

*"een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet verlijden"*

niet heeft willen nuanceren, laat staan herzien.

- 1.14.3. De Staatssecretaris geeft in de Nadere Memorie van Antwoord nogmaals aan dat hij niet van zins was te zwichten voor de druk van de leden van de Eerste Kamer en de Koninklijke Notariële Broederschap om het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden te laten vallen. De Staatssecretaris gebruikt daarvoor een opvallende argumentatie.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25, p. 6

<sup>37</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25a, p. 3

<sup>38</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25a, p. 2

*De leden van de fracties van SGP, RPF en GPV vragen of het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden in de praktijk wel te maken valt. Dat een dergelijk onderscheid in de praktijk niet te maken zou zijn, lijkt mij niet aannemelijk. Ook de huidige Wet op het Notarisambt heeft slechts betrekking op de wettelijke werkzaamheden van de notaris en van problemen over het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden is tot dusverre niet gebleken.*

Het argument van de Staatssecretaris dat de WNA-oud slechts betrekking heeft op de wettelijke werkzaamheden van de notaris is zonder meer onjuist.

1.14.4. Na voortgezette behandeling werd het wetsvoorstel op 30 maart 1999 met 35 tegen 28 stemmen in de Eerste Kamer aangenomen.<sup>39</sup>

1.15. Conclusies uit de parlementaire behandeling van art. 2, eerste lid WNA en art. 17, eerste lid WNA met betrekking tot het begrip onpartijdigheid van de notaris

1.15.1. Er moet op grond van art. 2, eerste lid WNA een onderscheid worden gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.

Wettelijke werkzaamheden bestaan uit het verlijden van authentieke akten en andere aan de notaris in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden. Tot de wettelijke taak van de notaris om authentieke akten te verlijden behoort ook het voorbereiden, opstellen en adviseren van alle bij die akte betrokken partijen over de inhoud daarvan. Het adviseren van slechts één der bij de akte betrokken partijen behoort tot de buitenwettelijke werkzaamheden. De eis van onpartijdigheid geldt alleen voor wettelijke werkzaamheden. Daarmee is het speelveld van de onpartijdigheid zoals die is opgenomen in art. 17, eerste lid WNA beperkt tot de wettelijke werkzaamheden als bedoeld in art. 2, eerste lid WNA.

1.15.2. Achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17 (het voormalige art. 15 is vernummerd tot art. 17), eerste lid WNA schuilt een absoluut verbod:

*De notaris mag geen akte verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen bij die akte betrokken is geweest.*

De notaris die in strijd handelt met dit verbod handelt niet onpartijdig, en is daarvoor tuchtrechtelijk aansprakelijk.

1.16. Uitwerking van art. 17, eerste lid in een aparte wetsbepaling?

Tijdens de parlementaire behandeling is niet de mogelijkheid aan de orde geweest om de uitwerking van art. 17, eerste lid WNA op te nemen in een apart wetsartikel, dat in mijn idee zou hebben kunnen luiden:

*De notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest.*

Mijn aanbeveling zou zijn om alsnog in een apart wetsartikel op te nemen, dat uit de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA het verbod als hiervoor in deze paragraaf beschreven voortvloeit.

Het opnemen van het verbod in een apart wetsartikel heeft het voordeel van transparantie. Het verbod wordt er niet anders door, maar wel zichtbaar en

---

<sup>39</sup> *Handelingen I* 30 maart 1999, 23 706, EK p. 25-1125 en 25-1126

kenbaar in de eerste plaats voor de individuele notaris en vervolgens voor de partijen die door de notaris op het bestaan van het verbod gewezen moeten worden. Iedere notaris zal in ieder individueel geval op het bestaan van het verbod dienen te wijzen en zal dus bij iedere opdracht duidelijk moeten maken of hij de opdracht als onpartijdig handelend notaris aanvaardt, in welk geval het zijn taak is de akte te verlijden, of als partijdig handelend adviseur, in welk geval een andere notaris de akte zal dienen te verlijden.

### 1.17. Reacties in de literatuur op de parlementaire behandeling van de WNA met betrekking tot de onpartijdigheid van de notaris

#### 1.17.1 De eerste reactie van Waaijer (WPNR 6363, juli 1999)

De reacties op de parlementaire behandeling van de WNA met betrekking tot de onpartijdigheid van de notaris zijn zeer beperkt in aantal. Alleen Waaijer en Heyman hebben uitgebreid en verschillende keren gereageerd. In deze paragraaf doe ik verslag van hun eerste reacties.

WPNR 6363 (juli 1999) is als themanummer over de nieuwe Wet op het notarisambt uitgebracht.

Waaijer<sup>40</sup> schrijft daarin:

*Partijdigheid en wettelijke werkzaamheden zijn overigens onder de nieuwe wet blijkens de toelichting niet meer te rijmen. "Een notaris die een akte passeert mag dus niet uitsluitend de belangen van één van de partijen behartigen. Een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet passeren. Als een notaris als adviseur van één van de partijen optreedt, zal ook de andere partij er goed aan doen om een adviseur te nemen. In dat geval zal dan een derde, onpartijdige notaris de akte moeten passeren. Die notaris behartigt dan de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen."<sup>41</sup>*

*Mijns inziens zal evenmin mogelijk zijn dat de notaris die zich als partij-adviseur heeft opgesteld bij het maken van de onderhandse akte die moet worden gevolgd door een notariële akte, die notariële akte zou passeren, na de toezegging daarbij onpartijdig op te treden. Ik denk aan de akte van koop van een onroerende zaak of van aandelen in een B.V. Het opmaken van die onderhandse akten acht ik zozeer onderdeel van het proces leidend tot de verplicht voorgeschreven notariële akte van levering, dat het opmaken van deze onderhandse akten als wettelijke werkzaamheid moet worden beschouwd.*

Waaijer komt tot dezelfde conclusie als in paragraaf 1.15.1. van dit hoofdstuk en in de bespreking van de Memorie van Antwoord in paragraaf 1.13. van dit hoofdstuk is verwoord.

Verder wijdt Waaijer in zijn artikel uit over het door hem – in navolging van de Koninklijke Notariële Broederschap – ongewenst geachte onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.

Met betrekking tot het onderscheid dat door art. 2, eerste lid WNA wordt gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden ben ik van mening dat er niets anders opzit dan dit (thans) wettelijke stelsel te aanvaarden. Toegegeven, dit stelsel werkt anders dan het onder de WNA-oud

---

<sup>40</sup> B.C.M. Waaijer, "Een nieuwe Wet op het notarisambt of een nieuwe notariswet: What's in a name. Over wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden", WPNR 1999/6363, p. 485 en 486. Dit artikel is de aanleiding voor de in de Algemene inleiding beschreven analyse geweest.

<sup>41</sup> *Eerste Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 23 706, nr. 331b, p. 9. De toelichting op beroeps- en gedragsregel I lid 4 liet wel expliciet toe dat de partijdige notaris ook de akte passeerde, mits de betrokken partijen het daarover eens waren en hem daartoe de opdracht gaven.*

bestaan hebbende stelsel, maar het is niet gezegd dat het huidige stelsel niet zou werken.

Het huidige stelsel vergt van de individuele notaris dat hij in iedere transactie partijen er bij voorbaat op wijst of de transactie tot de wettelijke of de buitenwettelijke werkzaamheden behoort en dat de norm van onpartijdigheid voor buitenwettelijke werkzaamheden niet geldt.

Het zou geen kwaad kunnen dat de KNB publiekelijk op het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden en het gevolg daarvan voor de onpartijdigheid wijst. Dat zou ook de individuele notaris helpen.

Verkeerd is het naar mijn mening om na de duidelijke parlementaire behandeling van art. 2, eerste lid WNA berichten de wereld in te slingeren dat het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden niet bestaat, niet hoeft te worden nageleefd of in de praktijk lastig te maken is. Het is in het belang van iedere individuele notaris om over het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden een actief voorlichtende rol te spelen. Dat voorkomt latere klachten. Een niet ondenkbare klacht zou kunnen zijn dat een partij waarvoor de notaris buitenwettelijke werkzaamheden verricht achteraf stelt dat hij heeft gedacht dat de notaris onpartijdig zou optreden. Zo'n klacht kan door een actief voorlichtende rol van de notaris eenvoudig worden voorkomen.<sup>42</sup>

1.17.2. De eerste reactie van Heyman (WPNR 6363, juli 1999)

In gemeld themanummer van het WPNR merkt Heyman ter zake van art. 17 WNA op: <sup>43</sup>

*In de Memorie van toelichting (p. 24) wordt duidelijk gemaakt dat het gebod alleen geldt voor de werkzaamheden die de notaris bij of krachtens de wet zijn opgedragen. Dat betekent dat de bepaling er niet aan in de weg staat dat de notaris ook kan optreden als adviseur van een partij. Dat is immers geen wettelijke werkzaamheid, zodat het onpartijdigheidvoorschrift daarvoor niet geldt. De huidige gedragsregels van de KNB staan dit eveneens toe mits de notaris zijn positie aan de wederpartij duidelijk maakt. Op dit punt verandert er dus niets.*

en<sup>44</sup>

*Het onderscheid tussen wettelijk en niet-wettelijk notarieel optreden heeft in deze tijd een andere betekenis dan destijds.<sup>45</sup> Om te beginnen staat vast dat de algemene tuchtnorm van artikel 98 – de opvolger van artikel 50c WNA-oud – betrekking heeft op alle notarieel handelen, ook op het buitenwettelijke derhalve. Daar gaat het om een algemene notariële zorgvuldigheidnorm, waarvan artikel 17 een (iets) nadere concretisering bevat. De verhouding tussen beide bepalingen lijkt mij deze te zijn, dat artikel 17 – evenals de overige bepalingen van titel III betreffende de uitoefening van het notarisambt – dwingendrechtelijk geldt voor het vervullen van de wettelijke taken. Bij de buitenwettelijke werkzaamheden hangt het van de aard van die werkzaamheden af of die bepalingen daarop wel of niet – als invulling van de*

---

<sup>42</sup> Voor een recent voorbeeld van dit door mij verkeerd geachte gedrag zie Hammerstein, p. 15, waar vermeld wordt dat het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke taken in de praktijk lastig te hanteren zijn. Op pagina 3 van zijn brief van 7 februari 2006 onderschrijft de Minister van Justitie (*Kamerstukken II*, 2005/2006, 23 706, nr. 64) terecht dit oordeel van Hammerstein niet. Zie verder paragraaf 1.36.2. van dit hoofdstuk.

<sup>43</sup> H.W. Heyman, "Onafhankelijkheid en onpartijdigheid", WPNR 1999/6363, p. 489

<sup>44</sup> WPNR 1999/6363, p. 490

<sup>45</sup> G.J.C. Lekkerkerker, *Reactie*, WPNR 95/6181, p. 325 met naschrift van A.H.M. Santen op wiens artikel in WPNR 95/6163 Lekkerkerker reageerde.

*open norm van artikel 98 – analoog moeten worden toegepast. Wat artikel 17 betreft gaat het daarbij vooral om het onpartijdigheidvoorschrift. Dat zal in het algemeen gesproken ook buiten het strikt ambtelijke optreden van de notaris wel van toepassing zijn, tenzij het gaat om een situatie waarin – kenbaar – wordt opgetreden als adviseur van één partij. De onafhankelijkheid en de zorgvuldigheidsnorm zijn uiteraard ook dan weer wel van toepassing. Ik zie de notaris-partijadviseur dan ook minder als een problematisch figuur dan P. Blokland in zijn recente commentaar op artikel 17 lid 1.<sup>46</sup> Die rol strijdt niet met het gedrag dat een notaris te allen tijde, ook buiten zijn eigenlijke functie, in acht behoort te nemen.*

en<sup>47</sup>

### Slotbeschouwing

*Als we het vorenstaande overzien is de slotsom dat de nieuwe wet op het stuk van de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid in het notariaat geen grote veranderingen beoogt te brengen. De wetstekst benadrukt dit begrippenpaar sterker dan de oude wet en uit de parlementaire geschiedenis is duidelijk geworden dat de wetgever hieraan als richtsnoer voor het notarieel optreden grote waarde hecht. Tegelijkertijd blijft het de vraag of het notariaat in de toekomst daaraan zal kunnen blijven voldoen. Toename van de concurrentie door de vrijlating van de tarieven wordt als de belangrijkste bedreiging gezien voor het overeind houden van deze waarden. Ik vraag mij af of dat niet een te eenzijdige benadering is. Hangt het niet veel meer af van de waarde die de samenleving daaraan hecht en de prijs die zij daarvoor bereid zal zijn te betalen? Als onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook in de toekomst als waardevol worden beschouwd dan is het aannemelijk dat daar ook vraag naar zal blijven bestaan. Zo beschouwd zijn ook onafhankelijkheid en onpartijdigheid wel degelijk economische producten. Dat deze ook kunnen bestaan in een vrije markt leert de ontwikkeling van de mediation. Die leert ons tevens dat deze begrippen niet statisch zijn maar door iedere generatie op eigen wijze worden ingevuld. Wij weten al lang dat de moderne notariële onpartijdigheid niet meer dezelfde is als de onzijdigheid van de 19<sup>e</sup> eeuwse notaris. Wij spreken tegenwoordig van "compenserende onpartijdigheid", waarmee wordt aangegeven dat de notaris actief moet ingrijpen om een machts- of kennisongelijkheid tussen partijen te corrigeren.*

Heyman merkt terecht op dat het onpartijdigheidvoorschrift niet van toepassing is in een situatie waarin – kenbaar - wordt opgetreden als adviseur van één partij. Op dat punt verschillen Heyman en Waaijer niet van mening. Opvallend is echter dat Heyman volledig voorbijgaat aan de hierboven geciteerde opmerkingen van Waaijer ter zake van de behandeling in de Eerste Kamer van het wetsontwerp WNA. De opmerking "Op dit punt verandert er niets" lijkt derhalve te ongenueanceerd; de conclusie in de slotbeschouwing, dat de nieuwe wet op het stuk van de onpartijdigheid in het notariaat geen grote veranderingen beoogt te brengen, is, in dat licht gezien, onjuist.

- 1.18. De eerste reactie van de KNB op de invoering van de WNA: art. 22, eerste lid van de Beroeps- en gedragsregels
- 1.18.1 Van enige publieke reactie van de Koninklijke Notariële Broederschap op het in de Memorie van Antwoord opgenomen achter de in art. 17, eerste lid WNA opgenomen woorden: op onpartijdige wijze schuilend verbod is mij niets

---

<sup>46</sup> Zie P. Blokland, *Teksten en Toelichting op de Wet op het notarisambt, Kon. Vermande 1999*, p. 36

<sup>47</sup> WPNR 1999/6363, p. 497

bekend. Naar mijn mening heeft de Koninklijke Notariële Broederschap zich onthouden van enig publiek commentaar op dit verbod.

1.18.2. De reactie van de KNB was van een hele andere orde en zal ik in deze paragraaf bespreken.

Alvorens dat te doen is het dienstig om op te merken dat art. 61 WNA de mogelijkheid biedt om bij verordening nadere regels vast te stellen.

Art. 61 WNA luidt:

*1. De KNB heeft tot taak de bevordering van een goede beroepsbeoefening door de leden en van hun vakbekwaamheid. Haar taak omvat mede de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.*

*2. Bij verordening worden beroeps- en gedragsregels van de leden van de KNB vastgesteld. Tevens kunnen bij verordening regels worden gesteld betreffende de bevordering van de vakbekwaamheid van de leden.*

Bij verordening van de KNB van 21 juni 2000<sup>48</sup> is de verordening ex art. 61, tweede lid WNA vastgesteld; deze verordening staat bekend als de Verordening beroeps- en gedragsregels.

In de Inleiding van deze Verordening beroeps- en gedragsregels staat vermeld:

*De wet geeft niet aan wat onder een beroeps- of gedragsregel moet worden verstaan. Algemeen is echter aanvaard dat dit regels zijn die de notaris en de kandidaat-notaris bij de uitoefening van hun beroep (beroepsregels) en daarbuiten (gedragsregels) in acht moeten nemen zodat het notariaat als beroepsgroep in zijn geheel kan functioneren. Het zijn derhalve bepalingen om de onpartijdigheid, de bekwaamheid, de integriteit, de verantwoordelijkheden van de notarissen te waarborgen, om belangenconflicten en misleidende reclame te vermijden en om het beroepsgeheim te beschermen, alles voorzover niet geregeld in de Wet op het notarisambt en niet daarmee in strijd.*

De eerste volzin van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels luidt:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

Deze regel is in strijd met de reeds meerdere keren in dit hoofdstuk geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord, waarin staat vermeld dat de notaris, die als adviseur van één der partijen optreedt, de akte niet mag passeren. Ook niet, wanneer alle betrokkenen daarmee instemmen.

De reactie van de KNB bestond dus uit het vaststellen van een artikel (art. 22, eerste lid) van de Verordening beroeps- en gedragsregels die in strijd is met het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod. Opmerkelijk is dat in de Verordening beroeps- en gedragsregels met geen enkel woord wordt gerept over dit verbod en dat dus ook niet wordt uitgelegd hoe het voorgestelde art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels met het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod te rijmen is. Voor deze handelswijze kan ik maar één verklaring bedenken: het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod wordt door de KNB enerzijds doodgezwegen en anderzijds impliciet ontkend.

---

<sup>48</sup> Staatscourant 2000, 182



## Hoofdstuk 1

Wat zijn de gevolgen van het vaststellen van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels?

- 1.18.3. Het gevolg is naar mijn mening dat, voorzover art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels in strijd komt met het bepaalde in art. 17, eerste lid WNA, art. 22, eerste lid in zoverre onverbindend is. Dit blijkt mede uit de hiervoor geciteerde passage uit de Inleiding van de Verordening beroeps- en gedragsregels, waarin staat vermeld dat de beroeps- en gedragsregels bepalingen zijn

*alles voorzover niet geregeld in de Wet op het notarisambt en niet daarmee in strijd.*

Art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels regelt iets, wat reeds in de wet is geregeld - hoewel dit niet uit een uitdrukkelijk wetsbepaling zichtbaar is zoals besproken in paragraaf 1.16. van dit hoofdstuk - en is daarmee in strijd.

Wat regelt de WNA verder over verordeningen?

Art. 89, eerste lid WNA luidt:

*1. Verordeningen worden slechts vastgesteld met betrekking tot onderwerpen waarvan deze wet regelgeving of nadere regelgeving bij verordening voorschrijft.*

Art. 89, tweede lid WNA luidt:

*2. Verordeningen bevatten geen verplichtingen of voorschriften die niet strikt noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd en beperkt niet onnodig de marktwerking.*

Art. 91, eerste lid WNA luidt:

*1. Een verordening behoeft de goedkeuring van Onze Minister. De goedkeuring kan worden onthouden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.*

De Verordening beroeps- en gedragsregels is goedgekeurd door de Staatssecretaris van Justitie bij brief van 15 september 2000, nr. 505227/00/06, en is in werking getreden op 1 oktober 2000, nader goedgekeurd door de Minister van Justitie bij brief van 27 februari 2003, Staatscourant 2003, 60.

Hier doet zich het curieuze geval voor, dat art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels in strijd is met de wet maar wel goedgekeurd is door de Minister van Justitie.

De vraag dient te worden gesteld of een door de Minister van Justitie goedgekeurde verordening de wettelijke regeling opzij kan zetten.

Ik ben van mening dat dit niet mogelijk is. Een verordening heeft ten doel binnen het kader van de artikelen 89, tweede lid WNA en 91, eerste lid WNA regels te stellen ter aanvulling of explicitering van de wettelijke regels. Zoals in de hiervoor geciteerde passage van de Inleiding Verordening beroeps- en gedragsregels staat vermeld, mogen de bepalingen in de Verordening beroeps- en gedragsregels niet in strijd zijn met de WNA. Met Verordening in genoemd citaat kan alleen maar bedoeld zijn een Verordening die door de Minister van Justitie is goedgekeurd. Uit art. 91, eerste lid WNA blijkt immers dat een

Verordening die niet door de Minister van Justitie is goedgekeurd, geen Verordening in de zin van art. 89, eerste en tweede lid WNA is. Goedkeuring door de Minister van Justitie heelt een strijdigheid met de WNA derhalve niet.

Vervolgens kan de vraag worden gesteld of het gehele art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en bezwaarregels daarmee voor niet geschreven moet worden gehouden of uitsluitend dat deel van genoemd artikel dat in strijd is met de WNA.

Ik zou menen dat uitsluitend dat deel van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, dat met de WNA in strijd is, voor niet geschreven dient te worden gehouden. Dat wil ik als volgt toelichten.

Het niet met de WNA strijdige deel van genoemd artikel luidt:

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest.*

Deze tekst spoort met de hiervoor geciteerde passage uit de Memorie van Antwoord, zij het dat het verbod zich mede uitstrekt tot de kantoorgenoot van de notaris.

Zoals hierna in paragraaf 1.19. van dit hoofdstuk wordt besproken, komt deze tekst woordelijk overeen met art. 10, eerste lid van de voor de invoering van de WNA geldende richtlijn Interdisciplinaire Samenwerking van de Koninklijke Notariële Broederschap; in deze tekst werd ook de kantoorgenoot van de notaris genoemd.

Het niet met de WNA strijdige deel van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels bestaat uit een herhaling van het in voormelde Memorie van Antwoord genoemde verbod en uit de uitbreiding van dat verbod tot een kantoorgenoot van de notaris, die letterlijk uit een voor de invoering van de Verordening beroeps- en gedragsregels bestaan hebbende richtlijn van de Koninklijke Notariële Broederschap is overgenomen.

Art. 25 van de Verordening beroeps- en gedragsregels luidt:

*Optreden als partijadviseur*

*Artikel 25*

*De notaris die naar buiten optreedt als partijadviseur maakt jegens derden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt.*

Dit artikel brengt als gevolg van de hoofdregel van art. 17, eerste lid WNA mee, dat voor een wederpartij van de door een notaris geadviseerde partij, reeds aanstonds duidelijk is, dat die notaris geen akte mag verlijden, terzake waarvan de notaris één partij heeft geadviseerd.

De KNB lijkt evenwel van mening te zijn dat de Verordening beroeps- en gedragsregels prevaleert boven het bepaalde in art. 17, eerste lid WNA.

In het Notariaat Magazine van februari 2002, jaargang 2, nummer 2, staat te lezen<sup>49</sup>:

*1. De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en handelt in beginsel onpartijdig (artikel 17 lid 1 WNA);*

*3. Indien een notaris in afwijking van het in de wet neergelegde uitgangspunt van onpartijdigheid naar buiten optreedt als partijadviseur (behartiger van de belangen van één van betrokkenen) maakt hij dit jegens derden tijdig kenbaar (artikel 25 Verordening beroeps- en gedragsregels);*

---

<sup>49</sup> p. 7

*6. Indien de notaris (of een kantoorgenoot) oorspronkelijk optrad als partijadviseur van één van betrokkenen dan kan de akte slechts door de notaris worden gepasseerd met instemming van alle betrokkenen (artikel 22 Verordening beroeps- en gedragsregels).*

*Derhalve; uitsluitend met instemming een wisseling van petten binnen het kantoor;*

Uit de toevoeging bij dit artikel: "nadere informatie: KNB Josien Harmsen telefoon 070 – 3307161" leid ik af, dat hier het officiële standpunt van de KNB wordt vertolkt.

Dit blijkt ook uit de rede van de toenmalige voorzitter van de KNB, Mr A.D. Plaggemars, uitgesproken tijdens de algemene vergadering van de KNB (huishoudelijk gedeelte) gehouden te Utrecht op maandag 22 april 2002; de heer Plaggemars zegt daar:

*Over de Gisolf problematiek wil ik weinig anders zeggen dan dat wat de KNB betreft*

- onpartijdigheid van het notariaat uitgangspunt is*
- rolwisseling naar partijdigheid volgens de wet uitdrukkelijk is toegestaan, mits de partijdigheid tijdig aan partijen wordt kenbaar gemaakt.*

Het standpunt van de KNB lijkt erop neer te komen dat art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels het in de parlementaire behandeling opgenomen absolute verbod om de akte te verlijden, wanneer de notaris als adviseur van één der partijen is opgetreden, vermag te relativiseren in die zin dat de notaris de akte wel mag verlijden, wanneer alle betrokkenen instemmen.

Betekent dit dat de KNB van mening is dat art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels prevaleert boven de in de parlementaire behandeling van de WNA gegeven uitleg van de in art. 17, eerste lid WNA opgenomen woorden: op onpartijdige wijze? In geen enkele publicatie van de KNB heb ik een onderbouwing voor die (vermeende) mening aangetroffen; om die reden is de achtergrond van het officiële standpunt van de KNB op dit punt mij niet duidelijk geworden. Het standpunt is in ieder geval in strijd met de WNA en dus onjuist.

Inmiddels lijkt ook de praktijk ervan uit te gaan, dat het door de KNB vertolkte standpunt het juiste is.

In Notariaat Magazine, jaargang 2, mei 2002<sup>50</sup> is een verslag opgenomen van het debat tussen de notarissen Mr Eelco Dijk (Loyens & Loeff te Amsterdam) en Mr Nico Vanderveen (solitair notaris). Tijdens dit debat zeggen Dijk en Vanderveen:<sup>51</sup>

*Vanderveen: "Maar ik herinner me ook jouw opstelling ten opzichte van de partijnotaris. Je vertelde een keer dat je partij-adviseur was geweest, waarna je de akte door een notaris van een ander kantoor had laten passeren. Dat was heel zuiver, maar hoe vaak gebeurt dat?"*

*Dijk: "Als je partijadviseur bent, moet je op grond van de IDS-regels cliënten vragen of ze het goed vinden dat je de akte passeert. Zeggen ze 'nee', dan gaat het niet door."*

*Vanderveen: "Ik ben bang dat de stap van partij-adviseur naar partijnotaris niet zo groot is. De volgende generatie notarissen zegt misschien: wat een onzin, ik passeer gewoon de akte die ik als partijadviseur heb voorbereid."*

---

<sup>50</sup> p. 11 t/m 13

<sup>51</sup> p. 12

*Dijk: "Dat kán niet. Je kunt als partijnotaris geen notariële akte passeren. Dan mis je de noodzakelijke voorwaarden van onpartijdigheid en onafhankelijkheid."*

*Vanderveen: "Dat zeg jij, omdat je geremd wordt door je verleden. Maar je zet de deur wel open."*

Uit dit citaat blijkt dat bij genoemde heren het in de Memorie van Antwoord genoemde verbod in het geheel niet op het netvlies staat. Dit valt hen naar mijn mening ook niet kwalijk te nemen. Ik kom hier in het verdere verloop van dit hoofdstuk op terug.

Het doodzwijgen en het impliciet ontkennen van het bestaan van het verbod door de KNB heeft dus effect gesorteerd. De KNB heeft het – naar mijn mening ten onrechte en contra legem – doen voorkomen alsof artikel 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels slechts een hercodificatie was van de in paragraaf 1.2.3. van dit hoofdstuk besproken Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels, waarmee iedere notaris bekend was en volgens welke regel iedere notaris zich tot 1 oktober 1999 (gelegitimeerd) gedroeg. Het gevolg van deze handelswijze is geweest dat de individuele notaris zijn gedrag vanaf 1 oktober 1999 niet heeft aangepast en ten onrechte nog steeds denkt dat hij is gelegitimeerd om een akte te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, mits alle betrokkenen daarmee instemmen. Of de individuele notarissen Vanderveen en Dijk daarmee nu zo blij moeten zijn is een heel andere vraag.

Op grond van dezelfde Memorie van Antwoord is iedere notaris tuchtrechtelijk aansprakelijk, wanneer die notaris een akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest, ook wanneer de ander partij daarin toestemt.

- 1.18.4. Verder blijft de KNB lijdelijk verzet plegen tegen het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden. Dat blijkt uit de in paragraaf 1.18.3. genoemde citaat van de rede van Plaggemars dat onpartijdigheid van het notariaat uitgangspunt is. Dat uitgangspunt geldt echter uitsluitend voor wettelijke werkzaamheden, zodat het onjuist en in strijd met art. 2, eerste lid WNA is om te stellen dat onpartijdigheid van het notariaat uitgangspunt is.

De KNB heeft nagelaten er publiekelijk op te wijzen dat de onpartijdigheid vanaf 1 oktober 1999 alleen nog de norm is voor wettelijke werkzaamheden en niet voor buitenwettelijke werkzaamheden.

Ik vermoed dat dit – onterechte – nalaten zijn grond vindt in het feit dat de KNB van de onpartijdigheid van de notaris een soort marketingformule heeft gemaakt. Dit blijkt onder meer uit een artikel in Notariaat Magazine, jaargang 2, januari 2002.

Daarin schrijft Plaggemars, op dat moment voorzitter van de KNB:<sup>52</sup>

*Op deze plaats zou ik willen benadrukken dat onpartijdigheid in mijn ogen én uitgangspunt én oerinstinct van de notaris is en blijft.*

Door dit lijdelijk verzet is tot op heden – zo is mijn inschatting – het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden ten onrechte niet gaan leven.

Hierdoor bewijst de KNB de individuele notaris een slechte dienst. De individuele notaris heeft er namelijk belang bij om de wettelijke werkzaamheden die hij op onpartijdige wijze verricht, duidelijk af te bakenen van de buitenwettelijke werkzaamheden waarvoor de norm van de onpartijdigheid niet geldt. Deze afbakening voorkomt dat bij de cliënten ten onrechte de mening postvat dat voor buitenwettelijke werkzaamheden ook de

---

<sup>52</sup> p. 5

## Hoofdstuk 1

norm van onpartijdigheid geldt en dat deze cliënten notarissen voor vermeend niet-onpartijdig handelen tuchtrechtelijk aansprakelijk wensen te houden.

### 1.19. De tweede reactie van de KNB: de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking

#### 1.19.1. Vóór de inwerkingtreding van de WNA bestond een door de Koninklijke Notariële Broederschap opgestelde richtlijn voor Interdisciplinaire Samenwerking.

Onder Interdisciplinaire Samenwerking werd verstaan samenwerking van notarissen met beoefenaren van andere beroepen, met name advocaten en (academisch gevormde) belastingadviseurs.

Art. 10, eerste lid van deze richtlijn luidde:

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partij-adviseur van één van partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

Door de invoering van de WNA is deze richtlijn vervallen.

Art. 18 WNA (voorheen genummerd art. 15a WNA) luidt:

*1. De notaris kan een samenwerkingsverband aangaan met beoefenaren van een ander beroep, mits hierdoor zijn onafhankelijkheid en onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed.*

*2. Bij verordening worden ter waarborging van die onafhankelijkheid en onpartijdigheid regels vastgesteld over de wijze waarop samenwerkingsverbanden kunnen worden aangegaan.*

Bij verordening van de KNB van 21 juni 2000<sup>53</sup> werd de verordening ex art. 18, tweede lid WNA vastgesteld; deze verordening draagt de naam: Verordening Interdisciplinaire Samenwerking.

Art. 6 van deze Verordening luidde:

*1. De notaris dient zijn kantoorgenoten de verplichting op te leggen dat deze zich, evenals de notaris, onthouden van handelingen welke verbod voor het beroep van notaris essentieel is.*

*2. De notaris dient te voorkomen dat door kantoorgenoten inbreuk wordt gemaakt op zijn plicht zijn beroep als notaris naar behoren te vervullen.*

*3. Het is de notaris niet toegestaan door middel van zijn kantoorgenoten inbreuk te maken op in verband met het beroep van notaris essentiële regels.*

In de Toelichting bij de verordening stond vermeld:

*Naast de regels vastgesteld in deze verordening is ook een aantal elders – met name in de verordening beroeps- en gedragsregels – vastgelegde regels van rechtstreeks belang in een interdisciplinaire samenwerkingsverband, omdat deze effect hebben op het kunnen optreden door een kantoorgenoot. Te denken valt met name aan de artikelen 19 tot en met 22 van de verordening beroeps- en gedragsregels waarin de verhouding tussen de notaris (optredend als notaris of als partijadviseur) en diens kantoorgenoten nader is vastgesteld.*

---

<sup>53</sup> Staatscourant 2000, 182

De Verordening Interdisciplinaire Samenwerking trad in werking op 1 oktober 2000.

Vanaf 6 oktober 2003 geldt een nieuwe verordening, de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003<sup>54</sup>, die de bovengenoemde verordening van 1 oktober 2000 vervangt.

Art. 5 van de nieuwe verordening luidt:

*1. De notaris legt aan de kantoorgenoten de verplichting op dat dezen zich, evenals de notaris, onthouden van voor de notaris bij of krachtens de wet verboden handelingen.*

*2. Het is de notaris niet toegestaan door middel van zijn kantoorgenoot inbreuk te maken op voor hem geldende regels.*

In de algemene toelichting bij de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003 is de hiervoor geciteerde tekst van de toelichting bij de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking (2000) letterlijk gehandhaafd.

In paragraaf 1.15. van dit hoofdstuk heb ik toegelicht dat het de notaris verboden is akten te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest.

Er is hier sprake van een voor de notaris bij of krachtens de wet verboden handelen als bedoeld in art. 5, derde lid van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003.

Art. 5, eerste lid van die Verordening gebiedt de notaris aan zijn kantoorgenoten de verplichting op te leggen dat dezen zich, evenals de notaris, onthouden van die handelingen. Art. 5, tweede lid van de Verordening stipuleert dat het de notaris niet is toegestaan door middel van zijn kantoorgenoot inbreuk te maken op de voor hem geldende regels.

Art. 5, eerste en tweede lid van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003 leiden er, in onderlinge samenhang gezien met het hiervoor genoemde verbod van de notaris om een akte te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest, logisch toe dat het verbod van de notaris wordt uitgebreid tot de kantoorgenoot van de notaris.

Ik kom tot dezelfde conclusie onder de werking van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2000 door het in onderling samenhang gezien van art. 6, eerste lid en art. 6, derde lid van die Verordening met het verbod van de notaris om een akte te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.

Het gevolg is dat het, zowel onder de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2000 als onder de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003, de notaris verboden is akten te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest.

Dit gevolg staat verwoord in art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels.

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest.*

---

<sup>54</sup> Verordening van de KNB van 18 juli 2003, Staatscourant 2003, 185

## Hoofdstuk 1

In paragraaf 1.18.3. van dit hoofdstuk staat beschreven waarom ik van mening ben dat de in art. 22, eerste lid van die Verordening opgenomen woorden:

*tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen*

voor niet geschreven dienen te worden gehouden.

Bij deze regel plaats ik de volgende kanttekening. Uit de parlementaire behandeling blijkt niet dat het verbod van de notaris om akten te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest, zich verplicht ook tot kantoorgenoten van de notaris uitstrekt.

Strikt geredeneerd, kan verdedigd worden dat verordeningen op basis van art. 18, tweede lid en art. 61, tweede lid WNA geen verboden kunnen introduceren die verder gaan dan de wettelijke verboden.

Volgens deze strikte redenering kan men tot de conclusie komen dat de uitbreiding van voormeld verbod tot het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot van de notaris als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, een verbod inhoudt dat verder gaat dan de wet, en daarom voor niet geschreven behoort te worden gehouden.

Daar kan tegen in gebracht worden, dat de uitbreiding van voormeld verbod tot het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot van de notaris als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, op zich geen strijd met de WNA oplevert, en dat er uitsluitend bij strijdigheid met de WNA, zoals ik in paragraaf 1.18.3. van dit hoofdstuk heb toegelicht, reden bestaat een deel van de Verordening voor niet geschreven te houden.

Ik denk dat het laatste van deze twee argumenten het juiste is. Dat betekent, dat, wanneer men de uitbreiding van voormeld verbod tot het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot van de notaris als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest, ongedaan zou willen maken, er maar één weg open staat en dat is het aanpassen van art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels en art. 5, eerste en tweede lid van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003.

Of deze aanpassing wenselijk is, is een vraag van hele andere orde.

Ik volsta hier met de waarneming dat de door mij in dit onderdeel geformuleerde regel in samenhang met het bepaalde in art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels juncto het bepaalde in art. 5, eerste en tweede lid van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003 een hypotheek lijkt te leggen op de werkzaamheden binnen de interdisciplinaire samenwerkingsverbanden waarvan notarissen deel uitmaken.

In de paragrafen 1.22. en 1.23. van dit hoofdstuk kom ik uitgebreid op het thema Interdisciplinaire Samenwerking terug.

- 1.19.2. De tweede reactie van de KNB bestond dus uit het vaststellen van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2000 en daarna het vaststellen van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003. Voor alle notarissen, dus ook voor notarissen die werkzaam zijn in interdisciplinaire samenwerkingsverbanden geldt naar mijn mening het in de Memorie van Antwoord opgenomen absolute verbod dat de notaris de akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest niet mag verlijden, ook wanneer alle betrokken partijen daarmee instemmen.

In paragraaf 1.18.3. van dit hoofdstuk heb ik verwezen naar het standpunt van de KNB, zoals verwoord in het Notariaat Magazine van februari 2002, jaargang 2, nummer 2.

Voor interdisciplinaire samenwerkingsverbanden is met name het volgende van belang:

*6. Indien de notaris (of een kantoorgenoot) oorspronkelijk optrad als partijadviseur van één van de betrokkenen dan kan de akte slechts door de notaris worden gepasseerd met instemming van alle betrokkenen (art. 22 Verordening beroeps- en gedragsregels).  
Derhalve: uitsluitend met instemming een wisseling van petten binnen het kantoor.*

Ook voor interdisciplinaire samenwerkingsverbanden zwijgt de KNB het in de Memorie van Antwoord opgenomen absolute verbod dood en ontkent impliciet het bestaan van het verbod.

Daarmee bewijst de KNB notarissen die in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzaam zijn geen dienst. Ook deze notarissen lopen, als ieder andere notaris het risico van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid, wanneer één van deze notarissen een akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan die notaris als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, ook wanneer de andere betrokkenen daarin toestemmen.

Daarnaast loopt de in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzame notaris het risico van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid, wanneer niet hij zelf, maar één van zijn kantoorgenoten als partijadviseur van één der partijen bij de totstandkoming van een door die notaris verleden akte betrokken is geweest.

Deze tuchtrechtelijke aansprakelijkheid was voor 1 oktober 1999 niet aan de orde, maar daarna uitdrukkelijk wel. Deze tuchtrechtelijke aansprakelijkheid zal de in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzame notaris boven het hoofd blijven hangen tot het moment dat art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels in die zin is aangepast dat daaruit het woord kantoorgenoot is geschrapt en tegelijk ook art. 5, eerste en tweede lid van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003 in die zin is aangepast dat door het handelen van een kantoorgenoot geen tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van die notaris meer kan ontstaan.

Het is echter de vraag of deze aanpassingen voldoende zijn om de in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzame notaris de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid te doen ontlopen. Dit licht ik in de volgende paragraaf toe.

1.20. De notaris als bestuursorgaan: de Raad van State over art. 2:4 Awb

- 1.20.1. De notaris is bestuursorgaan. Minkjan geeft aan dat art. 2:4 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is op de notaris:<sup>55</sup>

Wel toepasselijke bepalingen

*Wat blijft over uit de Awb dat wel van toepassing is op de notaris? Hoofdstuk 1 (inleidende bepalingen), het meeste uit hoofdstuk 2 (verkeer tussen burgers en bestuursorganen), hoofdstuk 9 en de Wet nationale ombudsman (klachtenbehandeling). Verder zijn er nog de Wet openbaarheid van bestuur en de Archiefwet. In het navolgende ga ik na wat de gevolgen zijn voor de notaris. Hoofdstuk 1 bevat definities. Uit hoofdstuk 2 zijn de volgende bepalingen van toepassing op de notarispraktijk.*

en

---

<sup>55</sup> M.E. Minkjan, "Notaris bestuursorgaan", WPNR 2002/6506, p. 700



### *Artikel 2:4 Gebod van onpartijdigheid*

*Artikel 2:4.1. Het bestuursorgaan vervult zijn taak zonder vooringenomenheid.*

*2. Het bestuursorgaan waakt ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.*

*Dit artikel beoogt het bestuursorgaan in te scherpen dat het de burger fair en zonder aanzien des persoons moet behandelen. De notaris moet ook op grond van de Wet op het notarisambt onpartijdig handelen (artikel 17 Wna) en hij mag geen akte passeren voor zichzelf of voor zijn verwanten (artikel 19 Wna) of hen begunstigen (artikel 20 Wna).*

*Een extra eis kan men wellicht lezen in het tweede lid van artikel 2:4, dat met zich zou brengen dat de notaris geen akten mag passeren waarbij kantoorgenoten en medewerkers zijn betrokken. P. Blokland wijst in dit verband op artikel 22, tweede lid Verordening beroeps- en gedragsregels; de notaris passeert geen akten waarbij de kantoorgenoot, diens echtgenoot of geregistreerde partner direct of indirect mede als partij is betrokken, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen. Alhoewel deze bepaling strikt genomen ziet op een situatie dat de betreffende kantoorgenoot als partijadviseur bij de totstandkoming van de akte betrokken is geweest, is Blokland geneigd deze regel ook in de 'normale' situaties waarin bijvoorbeeld een huis aan een kantoormedewerker wordt overgedragen, te hanteren. Het kan beslist geen kwaad dat de wederpartij in een dergelijke situatie uitdrukkelijk verklaart er geen bezwaar tegen te hebben dat de akte op het 'bevriende' kantoor wordt gepasseerd. (Teksten en toelichting op de Wet op het notarisambt, 2<sup>e</sup> gew. Druk, p. 60)*

Nu zowel art. 17, eerste lid WNA als art. 2:4 Awb uitsluitend van toepassing zijn bij wettelijke werkzaamheden, zou geconcludeerd dienen te worden dat art. 2:4 Awb geen uitbreiding van de werking van art. 17, eerste lid WNA met zich meebrengt. Er is evenwel reden tot twijfel.

1.20.2. De Raad van State<sup>56</sup> overwoog naar aanleiding van art. 2:4 Awb:

*2.7.4. Ingevolge art. 2:4, eerste lid van de Awb vervult het bestuursorgaan zijn taak zonder vooringenomenheid. Ingevolge het tweede lid van dit artikel waakt het bestuursorgaan ertegen dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij een besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.*

*2.7.5. Het tweede lid van art. 2:4 van de Awb strekt er toe de burger een waarborg te bieden voor naleving van de in het eerste lid neergelegde norm. Daartoe wordt, niet aan de in de bepaling bedoelde personen individueel doch aan het tot besluiten bevoegde bestuursorgaan, een zorgplicht opgelegd die in elk geval inhoudt dat door het orgaan wordt voorkomen dat, ten gevolge van vermenging van persoonlijke en bestuurlijke belangen bij de betrokken personen, de besluitvorming niet meer voldoet aan de in het eerste lid neergelegde norm. Daartoe kunnen het orgaan verschillende middelen ter beschikking staan: uitsluiting van personen van de besluitvorming is daar een van, doch dit is niet slechts het enige middel.*

*2.7.6. Met de uitdrukking persoonlijk is blijkens de Memorie van Toelichting bedoeld op ieder belang dat niet behoort tot de belangen die het bestuursorgaan uit hoofde van de hem opgedragen taak behoort te behartigen. Gelet op de wetsgeschiedenis heeft de wetgever niet een beperkte uitleg van het begrip persoonlijk belang voor ogen gehad.*

---

<sup>56</sup> RvS 7 augustus 2002, 20 0200897/1, NJB 2002/37, p. 1856

*2.7.7. Voorts is de Afdeling van oordeel dat, nu in art. 2:4 van de Awb een waarborg is neergelegd voor de burger ingevolge het tweede lid ook de schijn van belangenverstrengeling dient te worden vermeden.*

In de betekenis die de parlementaire behandeling aan art. 17, eerste lid WNA geeft (zie paragraaf 1.15. van dit hoofdstuk), zie ik in de uitspraak geen afwijking van art. 17, eerste lid WNA.

Een caveat is hier echter op zijn plaats. Dat licht ik als volgt toe.

In paragraaf 1.19.1. van dit hoofdstuk heb ik verdedigd dat thans de regel geldt:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest.*

Ik heb daarbij tevens aangegeven dat de parlementaire behandeling van de WNA niet dwingt tot de toevoeging "of een kantoorgenoot".

In overweging 2.7.4. van voormelde uitspraak leert de Raad van State dat de notaris, als bestuursorgaan ingevolge art. 2:4, eerste lid Awb, zijn taak zonder vooringenomenheid vervult.

Is dat nog steeds het geval, wanneer de notaris een akte passeert bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot van die notaris als partijadviseur van één van beide partijen betrokken is geweest?

In overweging 2.7.4. van voormelde uitspraak stelt de Raad van State dat de notaris, als bestuursorgaan, ingevolge art. 2:4, tweede lid er voor moet waken dat tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij het besluit hebben, de besluitvorming beïnvloeden.

In deze context dient het voorbereiden van en het verlijden van de akte naar mijn mening als besluitvorming van de notaris als bestuursorgaan te worden beschouwd. Besluitvorming omvat naar mijn mening zowel het proces dat tot het besluit leidt als het besluit zelf. Wordt het begrip "besluitvorming" door het begrip "voorbereiden en verlijden van de akte" gesubstitueerd, dan stelt de Raad van State in overweging 2.7.4. van voormelde uitspraak, dat de notaris ervoor dient te waken dat tot het bestuursorgaan behorend of daarvoor werkzame personen die een persoonlijk belang bij het voorbereiden en verlijden van de akte hebben, het voorbereiden en verlijden van die akte beïnvloeden.

Mede uit het hiervoor genoemde citaat van Blokland leid ik af dat de in paragraaf 3.7.11. van dit hoofdstuk en de hiervoor genoemde kantoorgenoot behoort tot de door de Raad van State genoemde groep "tot het bestuursorgaan behorende of daarvoor werkzame personen". Substitueren we dit in de voorgaande zin, dan stelt de Raad van State:

*De notaris dient ervoor te waken dat een kantoorgenoot die een persoonlijk belang heeft bij het voorbereiden en het verlijden van de akte, het voorbereiden en het verlijden van die akte beïnvloedt.*

In overweging 2.7.6. van voormelde uitspraak stelt de Raad van State dat met de uitdrukking persoonlijk (in persoonlijk belang) wordt bedoeld op ieder belang dat niet behoort tot de belangen die de notaris als bestuursorgaan met het verlijden van de akte uit hoofde van de aan hem als notaris opgedragen taak behoort te behartigen.

Zou zo'n persoonlijk belang bij de kantoorgenoot aanwezig zijn, dan is er - zo begrijp ik de Raad van State - sprake van ongeoorloofde belangenverstrengeling. Bij een zodanige ongeoorloofde belangenverstrengeling heeft, zo leert overweging 2.7.5. van voormelde uitspraak van de Raad van State, de

## Hoofdstuk 1

notaris als bestuursorgaan de zorgplicht, die inhoudt dat hij voorkomt dat het verlijden van de akte als gevolg van de verstrengeling met de belangen van de hiervoor genoemde kantoorgenoot niet meer zonder vooringenomenheid kan geschieden. Deze zorgplicht zou naar mijn mening kunnen inhouden dat de notaris de akte waarbij de kantoorgenoot een persoonlijk belang heeft, niet verlijdt. Het geval dat de kantoorgenoot een persoonlijk belang heeft wordt door de Raad van State in overweging 2.7.7. van voormelde uitspraak uitgebreid met de situatie dat de kantoorgenoot in de perceptie van de burger de schijn van een persoonlijk belang heeft. Tot het begrip burger mogen naar mijn mening de partijen bij de te verlijden akte worden gerekend.

De vraag is dus of de kantoorgenoot een persoonlijk belang bij het verlijden van de akte heeft of dat de partijen bij die te verlijden akte de perceptie hebben dat die kantoorgenoot bij het verlijden van de akte een persoonlijk belang heeft.

Aangenomen kan worden dat kantoorgenoten van een notaris niet zonder zakelijk belang met die notaris zullen samenwerken. Dit zakelijk belang lijkt mij voldoende om te spreken van een persoonlijk belang van de kantoorgenoot. Het behoort, in de terminologie van overweging 2.7.6. van de hiervoor genoemde uitspraak van de Raad van State niet tot de aan de notaris opgedragen taak om de zakelijke belangen van de kantoorgenoot te behartigen.

Kan ook gezegd worden dat die kantoorgenoot met het persoonlijke belang het voorbereiden en het verlijden van de akte beïnvloedt?

Stel dat die kantoorgenoot het concept van de notariële akte opstelt – een in de praktijk veelvuldig voorkomende situatie -, dan is naar mijn mening onmiskenbaar sprake van het beïnvloeden van het voorbereiden van de te verlijden akte.

Ook in een minder duidelijke situatie zal naar mijn mening al gauw gesteld kunnen worden dat de kantoorgenoot door op te treden als partijadviseur van één van partijen het voorbereiden en het verlijden van de akte beïnvloedt, althans de schijn daartoe wekt.

De hiervoor genoemde uitspraak van de Raad van State kan er mitsdien toe leiden dat de notaris op basis van art. 2:4, tweede lid Awb de akte niet verlijdt omdat zijn kantoorgenoot de voorbereiding van die akte, dan wel het verlijden van die akte heeft beïnvloed, dan wel de schijn heeft gewekt dat hij de voorbereidingen van die akte, dan wel het verlijden van die akte heeft beïnvloed.

Er is dan reden tot relativering van de in paragraaf 1.19.2. van dit hoofdstuk geopperde mogelijkheid om de woorden "of een kantoorgenoot" te schrappen uit de thans geldende regel:

*De notaris passeert geen akten waarbij bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest*

Anders gezegd, het is heel goed mogelijk dat op basis van voormelde uitspraak van de Raad van State de toevoeging "kantoorgenoot" in art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels niet relevant is en dat ook zonder opname van het begrip "kantoorgenoot" het verbod ook geldt voor het verlijden van een akte bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.

1.21. De situatie in de Bondsrepubliek Duitsland

1.21.1. Het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod dat de notaris geen akten passeert bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, is binnen het systeem van het Latijns notariaat niet uniek. In de Bondsrepubliek Duitsland geldt een soortgelijk verbod. In hoofdstuk 2 zal ik nader ingaan op enige aspecten van onpartijdigheid in een aantal ons omringende landen, waaronder de Bondsrepubliek Duitsland. Het lijkt mij dienstig om op deze behandeling in deze paragraaf vooruit te lopen.

1.21.2. In de Duitse Notariswet is wettelijk verankerd het achter de in art. 17, eerste lid WNA opgenomen woorden: op onpartijdige wijze schuilgaande verbod dat de notaris geen akte mag verlijden bij de totstandkoming waarvan de notaris of een kantoorgenoot als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.

Deze verankering is geregeld in § 24 Abs. 1 van de Bundesnotarordnung (BNotO), luidende:

*(1) Zu dem Amt des Notars gehört auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege, insbesondere die Anfertigungen von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten. Der Notar ist auch, soweit sich nicht aus anderen Vorschriften Beschränkungen ergeben, in diesem Umfange befugt, die Beteiligten vor Gericht und Verwaltungsbehörden vor zu nehmen.*

Arndt/Lerch/Sandkühler merken ter zake van de Beratung der Beteiligten (vergelijkbaar met comparanten) op<sup>57</sup>

*a) zur notariellen Rechtsbetreuung gehört die Beratung der Beteiligten. Sie ist von der in Rahmen der Urkundstätigkeit geschuldeten Aufklärung und Belehrung zu unterscheiden. Eine selbständige Beratung im Sinne des § 24 kann hinter die Belehrung zurückbleiben, mit ihr übereinstimmen oder über sie hinausgehen. Maßgeblich ist der jeweilige Beratungsauftrag (Ansuchen).*

*b) Nicht durch § 24 legitimiert werden Beraterverträge zwischen Notaren und Rechtsuchenden. Solche Verträge können nicht wirksam geschlossen werden (§ 134 BGB), weil die Erfüllung notarieller Amtspflichten nicht Gegenstand privatrechtlicher Bindungen sein kann. Der Abschluss eines Beratervertrages verstößt gegen die Pflicht des Notars zu Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (§§ 1, 14) und stellt daher eine Amtspflichtverletzung da.*

Verder schrijft art. 9 van de Allgemeine Richtlinien für die Berufsausübung der Notar (RLNot) voor:

*Als unparteiischer Rechtsberater sämtlicher Beteiligten hat der Notar Vertretungen abzulehnen, in denen es sich um die Wahrnehmung gegensätzlicher Parteiinteressen handelt.*

De Duitse notariswet en verdere regelgeving maken het voor de Duitse notaris onmogelijk om akten te verlijden waarbij partijen betrokken zijn, die door de akte verlijdende notaris zijn geadviseerd, zonder dat dit advies aan alle partijen gezamenlijk is verstrekt. De Duitse notaris moet in dat geval opdrachten afwijzen, in de terminologie van de WNA mag hij geen overeenkomst als bedoeld in art. 16 WNA aangaan.

---

<sup>57</sup> H. Arndt, K. Lerch, en G. Sandkühler, Bundesnotarordnung, 5, neu bearbeitete Auflage, Köln, BRD 2003, p. 494

## Hoofdstuk 1

Ehrhard/Douverne/Schmitz<sup>58</sup> stellen daarover:

*Wie in § 9 RLNot niedergelegt, hat der Notar Vertretungen abzulehnen, in denen es sich um die Wahrnehmung gegensätzlicher Parteiinteressen handelt.*

Arndt/Lerch/Sandkühler merken in hun commentaar op § 14 BNotO op: <sup>59</sup>

*Aus dem Gebot der Unparteilichkeit folgt, daß den Notar in bestimmten Fällen von den Vertretung Beteiligten ausgeschlossen ist. Das gilt sowohl für die notarielle Vertretung als auch für die anwaltliche durch Anwaltsnotare.*

Het verbod om akten te verlijden waarbij partijen zijn betrokken die door de notaris zijn geadviseerd lijkt in Duitsland zich ook uit te strekken tot samenwerkingsverbanden, waartoe de Duitse notaris behoort. Arndt/Lerch/Sandkühler zeggen daarover: <sup>60</sup>

*Ein mit anderen Rechtsanwältlern oder mit Angehörigen eines anderen Berufs im Sinne des § 9 Abs. 2. verbundener Anwaltnotar muss durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen, daß auch die mit ihm verbundenen Personen kein Mandat übernehmen, dessen Übernahme und Erfüllung gegen die notarielle Neutralitätspflicht verstoßen.*

- 1.21.3. Ik acht het opmerkelijk dat tijdens de parlementaire behandeling van de WNA met geen woord is verwezen naar de situatie in de Bondsrepubliek Duitsland. Het Duitse notariaat staat qua praktijk dicht bij de Nederlandse praktijk. Het had geen kwaad gekund om de ervaringen die in de Bondsrepubliek Duitsland met de uitwerking van het verbod bestaan bij de (parlementaire) beschouwingen te betrekken. Mijn persoonlijke ervaring is dat Duitse notarissen zich strikt aan de in de vorige paragraaf genoemde voorschriften houden en dat bij iedere opdracht de afweging wordt gemaakt of de notaris als Notar of als Berater wil optreden. De cliënt wordt door de Duitse notaris vóór het aanvaarden van de opdracht van de afwegingen die de keuze bepalen op de hoogte gesteld. Ik bepleit dat dit Duitse systeem in Nederland navolging krijgt.
- 1.22. Tot welke gevolgen leidt het verbod van art. 17, eerste lid WNA? Zijn deze gevolgen voor de individuele notaris kenbaar?
  - 1.22.1. De woorden "op onpartijdige wijze" in art. 17, eerste lid WNA verbieden, zoals in paragraaf 1.15. van dit hoofdstuk is beschreven, de notaris om akten te verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest. Dit verbod wordt door art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels, zoals in paragraaf 1.19.1. van dit hoofdstuk is beschreven uitgebreid tot de kantoorgenoot van die notaris die als partijadviseur van één van die betrokken partijen optreedt of is opgetreden. Onderstaand zal ik enige voorbeelden geven van de gevolgen van dit verbod.
    1. De notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris adviseert de (lokale) aannemer/projectontwikkelaar over de inhoud van de koop/aannemings-overeenkomst terzake van een nieuwbouwplan.

---

<sup>58</sup> F. Ehrhardt, G. Douverne, B.Th. Schmitz, Handbuch für Notare, Köln BRD 1998, p. 340

<sup>59</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 176

<sup>60</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 178

Het gevolg is dat het de notaris verboden is om de akte van levering aan de consument/koper te verlijden.

2. De notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris adviseert de (lokale) aannemer/projectontwikkelaar over een splitsing in appartementen en verlijdt de akte van splitsing. Vervolgens adviseert de notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris de (lokale) aannemer/projectontwikkelaar over de inhoud van de koop/aannemingsovereenkomst.  
Het gevolg is dat het de notaris verboden is om de akte van levering aan de consument/koper te verlijden.
3. De notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris adviseert de zoon van een vaste relatie om huwelijksvoorwaarden te maken en adviseert tevens over de inhoud daarvan.  
Het gevolg is dat het de notaris verboden is om de akte van huwelijksvoorwaarden te verlijden.
4. Tijdens de behandeling van een nalatenschap blijkt dat één van de erfgenamen al dan niet bijgestaan door een advocaat, het voorstel van de notaris tot boedelafwikkeling verwerpt.  
De notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris adviseert de overige erfgenamen hoe zij met deze situatie dienen om te gaan.  
Het gevolg is dat het de notaris verboden is om de akte van verdeling te verlijden.<sup>61</sup>
5. Vennootschap A wenst alle aandelen te verwerven in vennootschap B. Vennootschap A laat zich adviseren door notaris C en/of een kantoorgenoot van notaris C. Vennootschap B laat zich adviseren door notaris D en/of een kantoorgenoot van notaris D.  
Het gevolg is dat het elk der notarissen C en D verboden is om de akte van levering van aandelen te verlijden.
6. Een aan de beurs genoteerde structuurvennootschap wenst haar statuten te wijzigen. Het gevolg van de statutenwijziging is, dat aan het bestuur meer en de aandeelhouders navenant minder zeggenschap toekomt.  
De notaris en/of een kantoorgenoot van die notaris adviseert het bestuur van de vennootschap.  
Het gevolg is dat het de notaris verboden is om de akte van statutenwijziging te verlijden. De vraag die in de Algemene inleiding wordt gesteld beantwoord ik derhalve ontkennend.

Deze lijst voorbeelden kan nog met vele andere worden aangevuld.

Uit deze voorbeelden wordt één ding duidelijk en dat is dat naar mijn waarneming een groot gedeelte van de notariële praktijk en zeker een groot deel van de meer lucratieve delen van de notariële praktijk op gespannen voet staat met het uit de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA voortvloeiende verbod.

---

<sup>61</sup> Naar mijn mening wordt dit verbod niet opgeheven door het bepaalde in art. 9, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, waar terzake van de afwikkeling van een onverdeeldheid staat vermeld:

1. *De notaris die opdracht krijgt tot de afwikkeling van een onverdeeldheid kan niet partijadviseur van de opdrachtgever(s) zijn, maar moet de belangen behartigen van allen die bij een onverdeeldheid zijn betrokken.*

Zoals reeds eerder uiteengezet vermag de Verordening beroeps- en gedragsregels het bepaalde in art. 17, eerste lid WNA niet opzij te zetten.

## Hoofdstuk 1

### 1.22.2. Wat is de reden dat ruim zes jaar na de invoering van de WNA men in strijd met dit verbod handelt?

Ik kan daarvoor een aantal redenen bedenken. Sommige zijn in de vorige paragrafen reeds aan de orde gekomen.

Het begint met de parlementaire behandeling van de WNA; deze parlementaire behandeling heeft ruim 5 jaar geduurd; van mei 1994 tot oktober 1999. De parlementaire behandeling beslaat naar mijn inschatting meer dan 2500 pagina's tekst. Bij de parlementaire behandeling is de aandacht voornamelijk uitgegaan naar het vrijlaten van de tarieven.

De Koninklijke Notariële Broederschap heeft met betrekking tot het onderscheid wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden een krachtig standpunt ingenomen. Aan dit standpunt is – zo is mijn waarneming – weinig ruchtbaarheid gegeven. Natuurlijk is het onderwerp in de drie technische commentaren uitgebreid behandeld. En iedere notaris had daarvan kennis kunnen nemen. Iedere notaris had tijdens de parlementaire behandeling het artikel van Gerver (zie paragraaf 1.7. van dit hoofdstuk) kunnen lezen.

Ik heb echter niet de indruk dat de boodschap van de Koninklijke Notariële Broederschap met betrekking tot het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden tijdens de parlementaire behandeling in den brede bij het Nederlandse notariaat is aangekomen.

Voorzover ik heb kunnen vaststellen zijn er door de Koninklijke Notariële Broederschap geen pogingen ondernomen om het Nederlandse notariaat in den brede op de hoogte te stellen van het feit dat tegen haar zin het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden in art. 2, eerste lid WNA was opgenomen en mitsdien vanaf 1 oktober 1999 voor iedere individuele notaris realiteit is.

Integendeel, in publicaties van de KNB over het begrip onpartijdigheid heb ik de thematiek van de wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden en de gevolgen daarvan niet aangetroffen.

Ik verbaas me er dan ook niet over dat het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden en de gevolgen daarvan met betrekking tot de onpartijdigheid (nog) niet tot de toolkit van de individuele notaris behoort.

De Koninklijke Notariële Broederschap heeft met betrekking tot de parlementaire behandeling van art. 15, eerste lid (het huidige art. 17, eerste lid WNA) een veel minder krachtig standpunt ingenomen. Daarover heb ik in de paragrafen 1.3.3., 1.8.2., 1.11.2., 1.13.5. van dit hoofdstuk en in deze paragraaf uitvoerig bericht.

Over het voorgestelde art. 15, eerste lid zijn daardoor mogelijk nog minder gegevens naar het notariaat in den brede doorgesijpeld dan over art. 2, eerste lid WNA. Ook na kennisname van de drie technische commentaren was het voor een niet direct bij de parlementaire behandeling betrokken notaris moeilijk om de kern van de discussie met betrekking tot art. 15, eerste lid waar te nemen.

De Memorie van Antwoord komt volgtijdig na de drie technische commentaren en van het daarin verwoorde verbod had de individuele notaris, naast kennisname van de tekst van de Memorie van Antwoord, uitsluitend uit het in paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk geciteerde artikel van Waaijer in het WPNR kunnen kennismaken.

Waaijer schrijft daarin dat Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels ter ziele is. Het siert Waaijer dat hij dit – voor zover althans publiekelijk kenbaar – als enige heeft gesignaleerd. Wanneer ik – achteraf – de lay-out van het artikel van Waaijer bekijk, dan stel ik vast dat Waaijer dit onderwerp heeft

besproken in onderdeel IV dat het opschrift draagt: Is het verstandig de wettelijke werkzaamheden aldus af te bakenen van de buitenwettelijke?

Waaier heeft dus zijn verslag van het verbod, dat voor iedere notariële betrokkene als een koude douche moet zijn ervaren, niet in een apart hoofdstuk ondergebracht, zodat het alleen de goede lezer zal zijn opgevallen. Verder is het artikel door Waaier opiniërend geschreven. Dat is uiteraard zijn goed recht. Alleen de zeer goede lezer had kunnen ontdekken dat Waaier feiten met ingrijpende gevolgen beschreef.

Ik schreef zojuist dat de individuele notaris uitsluitend uit het artikel van Waaier van het bestaan van het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod had kunnen kennisnemen. Dat is niet helemaal juist. Ook Heyman heeft over dit verbod, zij het in zeer relativiserende en ontkennende zin, gesproken en geschreven. Ik bericht hierover in paragraaf 1.23. van dit hoofdstuk.

Het woord "uitsluitend" gebruik ik bewust om aan te geven dat de Koninklijke Notariële Broederschap noch haar "opvolgster" de KNB, voor zover ik heb kunnen waarnemen, publiekelijk over dit voor de notariële praktijk toch cruciale onderwerp heeft bericht.

Ik moet weer zeggen, integendeel. Zoals ik in de paragrafen 1.18. en 1.19. van dit hoofdstuk heb beschreven heeft de KNB gedaan alsof Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels van vóór 1 oktober 1999 nog gewoon bestond en niet door de Memorie van Antwoord (en reeds eerder, ik verwijs naar paragraaf 1.5. van dit hoofdstuk) om zeep is geholpen.

De KNB heeft dit gedaan middels het vaststellen van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, dat een volmaakte kopie is van Regel 1, vierde lid van de oude beroeps- en gedragsregels en art. 10, eerste lid van de oude Richtlijnen voor Interdisciplinaire Samenwerking (zie paragraaf 1.19.1. van dit hoofdstuk).

Ik verbaas me er dan ook niet over dat het de individuele notaris niet duidelijk is, dat art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels niet verbindend is, zoals ik in de paragrafen 1.18.3 en 1.19.1. van dit hoofdstuk heb besproken.

- 1.22.3. De lezer zal nu terecht opmerken dat de individuele notaris niet alleen op de letterlijke tekst van de parlementaire behandeling of op de publicaties in het WPNR aangewezen is. De notaris kan zijn kennis ook vergaren uit de handboeken. Dat is juist.

Laat ik de handboeken de revue passeren. Er zijn er drie; op zich al een enorme luxe voor het notariaat, dat het lang met één handboek moest doen: de zesde druk van het standaardwerk J.C.H. Melis: De Notariswet. Deze zesde druk is bewerkt door Prof. Mr. A.H.M. Santen en Mr. B.C. Waaier en wordt verder aangeduid als Melis-Santen-Waaier.

Ter gelegenheid van de invoering van de WNA heeft het notariaat de beschikking over drie handboeken:

1. De zevende, geheel herziene druk van het standaardwerk van J.C.H. Melis: De Notariswet, bewerkt door Mr. B.C.M. Waaier, dat in 2003 verscheen, hierna aangeduid met Melis-Waaier.
2. Mr. P. Blokland, Teksten en Toelichting op de Wet op het notarisambt, tweede gewijzigde druk 2001, hierna aangeduid als Blokland. (De eerste druk die verscheen in februari 1999 wordt niet besproken).
3. Prof. Mr. W.G. Huijgen/Mr. A.J.H. Pleysier, De Wetgeving op het notarisambt, tweede druk 2001, hierna aangeduid als Huijgen/Pleysier (De eerste druk die in 2000 verscheen wordt niet besproken).

In de hierna volgende paragrafen zal ik de mening van deze handboeken met betrekking tot art. 2, eerste lid WNA en art. 17, eerste lid WNA weergeven.



## Hoofdstuk 1

- 1.22.4. Melis-Waaijer<sup>62</sup> blijft in navolging van het WPNR-artikel (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) kritisch over het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden. Wel geeft Melis-Waaijer een deugdelijke opsomming van de punten waarop het onderscheid een rol speelt<sup>63</sup>; tenslotte meent Melis-Waaijer dat het de bedoeling van de wetgever is het begrip wettelijke werkzaamheden strikt uit te leggen:<sup>64</sup>

*Ik leid dat af uit het gegeven dat in de wet zelf onderscheid wordt gemaakt tussen wettelijke werkzaamheden en 'werkzaamheden die de notaris in nauw samenhang daarmee pleegt te verrichten' (art. 16). Bij die laatste categorie werkzaamheden denk ik vooral aan het belangrijke beheer van gelden samenhangend met overdracht en bezwaring van onroerende zaken: ontvangst van waarborgsommen, ontvangst van gelden voor aankoop en het verstrekken van hypothecaire geldleningen, en de doorbetalingen daarvan.*

Met de door Waaijer bepleite strikte uitleg stem ik in.

Melis-Waaijer roept de individuele notaris zeker niet op om in de dagelijkse notariële praktijk te letten op het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden. Het valt voor de individuele notaris dan ook niet mee om te begrijpen welke impact het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden voor hem (en zijn cliënten) in de dagelijkse praktijk heeft.

Opmerkelijk is dat Melis-Waaijer geen melding maakt van het in de Memorie van Antwoord opgenomen verbod dan wel van het artikel van Waaijer in WPNR 6363, zoals besproken in paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk, waarin die passage door Waaijer wordt genoemd. De notaris die Melis-Waaijer raadpleegt, vindt derhalve bij vluchtige lezing geen reden om te kunnen denken dat hij de akte, bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, niet zou kunnen passeren. Melis-Waaijer verstoopt zijn mening over deze problematiek in hoofdstuk 4 Interdisciplinaire samenwerkingsverbanden, een hoofdstuk waarin een niet in een zodanig samenwerkingsverband werkende notaris niet zo gauw zou zoeken. Vanwege het belang van de door Melis-Waaijer voorgestane redentatie neem ik een uitgebreid citaat uit dat hoofdstuk op:<sup>65</sup>

*De grote, internationale partijen, verkoper en koper, zijn gewoon zich elk van eigen juridische bijstand te voorzien: ieder schakelt zijn eigen adviseurs in. Dat een notaris in de context van grote transacties als onpartijdig ambtenaar voor beiden zou kunnen optreden, past normaliter gewoonweg niet in de perceptie van internationaal opererende marktpartijen. Ieder voorziet zich in die gevallen dus van eigen notarieel-juridische bijstand. De notarissen die bij dergelijke transacties optreden plegen duidelijk te maken dat zij dat doen als partijadviseur, en niet als onpartijdig ambtenaar. Art. 25 van de Verordening Beroeps- en gedragsregels maakt dat mogelijk: De notaris die naar buiten optreedt als partijnotaris maakt jegens derden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt.*

*De notaris treedt dan dus niet onpartijdig op. Is dat aanvaardbaar? Niet zonder enige aarzeling, meen ik van wel. Het alternatief dat een notaris die niet is verbonden aan één van de adviserende interdisciplinair opererende kantoren, wordt gevraagd te passeren, is niet reëel. Het gevaar is levensgroot dat die*

---

<sup>62</sup> Melis-Waaijer, p. 257

<sup>63</sup> Melis-Waaijer, p. 255 en 256

<sup>64</sup> Melis-Waaijer, p. 254

<sup>65</sup> Melis-Waaijer, p. 40 en 41

*notaris de transactie als geheel door kennisachterstand niet zal kunnen voorzien, en zal optreden als stempelnotaris. Zijn onpartijdig optreden zal na al het werk van de adviseurs als volstrekt overbodig worden gezien. Ik accepteer dat optreden als partij-notaris dus maar voeg daar een voorbehoud aan toe. Ik acht het optreden als partij-adviseur aanvaardbaar binnen de context van juridische bijstand in het kader van de transactie tussen de grote (beursgenoteerde), veelal internationaal opererende marktpartijen. Dan gaat het om professionals die de klappen van de zweep kennen. Voor die partijen hoeft niet worden gevreesd voor 'juridische onkunde en feitelijk overwicht'. Maar treden we buiten die context dan zet ik grote vraagtekens bij de notaris die bij meerzijdige rechtshandelingen als partij-adviseur handelt. Naarmate de notaris dan op grotere schaal als partij-adviseur optreedt, wordt een cruciaal rechtseconomisch voordeel prijsgegeven: in plaats van één notaris die de belangen van alle partijen in het oog moet houden, treden ten minste twee notarissen op. Met alle transactiekosten van dien. Verder zal het optreden als partij-notaris door de notaris in zijn praktijk van alledag, afbreuk doen aan de herkenbaarheid van de eigenschappen waarvoor de notaris staat. Nu eens onpartijdig, dan weer partijdig: die wisseling van petten scheidt een diffuus en daarmee onwenselijk beeld. Het vermogen om onpartijdig op te treden zal aan geloofwaardigheid inboeten, en uiteindelijk niet meer worden aanvaard. Het is al moeilijk genoeg om onpartijdig te zijn*

Melis-Waaijer tovert hier uit de hoge hoed een uitzondering op het achter de woorden "op onpartijdige wijze" in art. 17, eerste lid WNA schuilgaande verbod. Melis-Waaijer construeert niet hoe deze uitzondering uit de wet of de parlementaire behandeling is af te leiden. Ook verwijst Melis-Waaijer niet naar art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels of naar de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking.

De in een interdisciplinaire samenwerking werkzame notaris zou aan deze passage kunnen ontlenuen dat het voor hem "business as usual" is. Regel 1, vierde lid van de oude Beroeps- en gedragsregels geldt voor hem blijkbaar nog steeds.

De niet in een interdisciplinaire samenwerking werkzame notaris zal in de tekst van Melis-Waaijer geen absoluut verbod lezen. Melis-Waaijer zet toch immers alleen maar grote vraagtekens? Dat betekent toch niet dat het niet mag?

De conclusie moet dus zijn dat zelfs een zeer aandachtige lezer van Melis-Waaijer geen absoluut verbod kan lezen uit de in art. 17, eerste lid WNA opgenomen woorden: op onpartijdige wijze.

Op het in deze paragraaf genoemde citaat kom ik nog uitvoerig terug in paragraaf 1.24 van dit hoofdstuk.

- 1.22.5. Blokland<sup>66</sup> is kritisch over het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden, maar vermeldt terecht dat de Staatssecretaris voet bij stuk heeft gehouden.

Of de individuele notaris op grond van hetgeen Blokland schrijft, het belang van het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden zal inzien, waag ik, gelet op de beknoptheid van de tekst, te betwijfelen.

Met betrekking tot art. 17, eerste lid WNA schrijft Blokland:<sup>67</sup>

*De in dit lid vervatte regel was in de oude wet niet met zoveel woorden vastgelegd, wel in de beroeps- en gedragsregels en in de tuchtrechtspraak.*

---

<sup>66</sup> Blokland, p. 31

<sup>67</sup> Blokland, p. 55 en 56

*De regel geldt in de visie van de wetgever slechts voor de wettelijke werkzaamheden van de notaris, en dus niet als de notaris niet als zodanig optreedt. In die zin belet de bepaling dan ook niet dat de notaris als partijadviseur optreedt, mits hij in dat geval zijn positie duidelijk aan de betrokkenen kenbaar maakt. Artikel 25 van de Verordening beroeps- en gedragsregels schrijft dat laatste ook uitdrukkelijk voor.*

Blokland maakt geen melding van de tekst van de Memorie van Antwoord en het daaruit voortvloeiende verbod dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat.

Uit Blokland kan de individuele notaris niet afleiden dat er een verbod bestaat.

- 1.22.6. Huijgen/Pleysier noemt een hele reeks voorbeelden van buitenwettelijke werkzaamheden<sup>68</sup> en vermeldt tevens dat onpartijdigheid alleen maar van de notaris wordt geëist als hij zijn ambt uitoefent.<sup>69</sup> Het is voor mij de vraag of de individuele notaris uit de overigens correcte opsommingen van Huijgen/Pleysier het belang van het onderscheid kan achterhalen.

Huijgen/Pleysier merkt bij de bespreking van art. 17, eerste lid WNA op:<sup>70</sup>

*De bepaling belet op zichzelf dus niet dat de notaris als partij-adviseur optreedt, mits hij in dat geval zijn positie aan betrokkenen duidelijk maakt.<sup>71</sup> Men bedenke daarbij dat de notaris ook in het geval van niet-wettelijke werkzaamheden onder het tuchtrecht valt. Hij zal dus ook als partij-adviseur op de voet van artikel 98 lid 1 moeten handelen zoals als een behoorlijk notaris betaamt.<sup>72</sup> De onpartijdigheid is bij een adviserende notaris natuurlijk dikwijls volkomen zoek.*

*Net als onder de oude wet doet men daar in de praktijk niet moeilijk over, mits de notaris maar duidelijk maakt dat hij als adviseur optreedt. In de praktijk ziet men wel, als gezegd, dat een adviserende notaris op een gegeven moment, met toestemming van de andere partij, de pet van 'neutrale' notaris opzet en in de betrokken zaak een akte passeert. Dat moest niet mogen, maar de wet verzet zich er niet tegen.*

Huijgen/Pleysier maakt geen melding van het verbod dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat, en trekt – zonder nadere bronvermelding – een onjuiste conclusie.

De individuele notaris die Huijgen/Pleysier op dit punt raadpleegt komt in ieder geval niet achter het bestaan van het verbod dat schuil gaat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA.

- 1.22.7. Ook wanneer de individuele notaris de drie genoemde handboeken zou hebben geraadpleegd dan had hij geen kennis gekregen van de inhoud van de Memorie van Antwoord, het achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaande verbod en de houdbaarheid van art. 22, eerste lid van de Verordening beroep- en gedragsregels. Dat onderstreept wat ik in paragraaf

---

<sup>68</sup> Huijgen/Pleysier, p. 13 t/m 16

<sup>69</sup> Huijgen/Pleysier, p. 46

<sup>70</sup> Huijgen/Pleysier, p. 46 en 47

<sup>71</sup> *Een notaris kan in beginsel als boedelnotaris optreden, ook al heeft de erflater hem destijds deelgenoot gemaakt van een geschil dat speelde tussen hem en een familielid dat later erfgenaam is geworden. Hof Amsterdam 4 november 1999, bij H.M. Sasse, Tuchtrecht, WPNR 6394 (2000), p. 199-200.*

<sup>72</sup> *Dat hij de zorg zoals hij die als notaris dient te betrachten ten aanzien van degenen ten behoeve waarvan hij optreedt ook bij de buitenwettelijke werkzaamheden aan de dag moet leggen volgt op zichzelf uit het contractenrecht. De wet bedoelt in artikel 98 lid 1 met de uitdrukking 'handelen zoals als een behoorlijk notaris betaamt' te zeggen dat ook wanprestatie met betrekking tot buitenwettelijke werkzaamheden aanleiding kan geven tot tuchtmaatregelen.*

1.22.2. van dit hoofdstuk opmerkte. Ik verbaas me er niet over dat de individuele notaris gewoon niet weet hoe de wet luidt en waar hij aan toe is.

Het is voor mij dan ook niet verbazingwekkend dat menig – zo niet iedere – notaris thans nog, ruim 6 jaar na de invoering van de WNA, frequent, misschien wel dagelijks in strijd handelt met het bepaalde in art. 17, eerste lid WNA zonder dit zelf te beseffen.

Diezelfde notaris beseft dan gelijktijdig niet dat hij voor dit handelen tuchtrechtelijk aansprakelijk is.

Hier kan uitsluitend een einde aan komen door zich strikt aan het verbod te gaan houden dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat.

### 1.23. De tweede reactie van Heyman (lustrumbundel Vevanos 2000)

1.23.1. Terzake van het lustrumcongres ter gelegenheid van het 65-jarig bestaan van de vereniging van Notariële Studenten Vevanos: Trends in het notariaat; nieuwe notariswet alweer verouderd, is in de serie Ars Notariatus een lustrumbundel uitgebracht <sup>73</sup>.

In deze lustrumbundel schrijft Heyman een belangwekkende bijdrage, waarin veel elementen zijn opgenomen die in de voorgaande paragrafen reeds zijn aangestipt. Aan de hand van de bijdrage van Heyman zal ik de eerder door mij in dit hoofdstuk gemaakte opmerkingen verder inkleuren. Om dit te kunnen doen is het noodzakelijk om eerst Heyman uitvoerig aan het woord te laten. Heyman schrijft: <sup>74</sup>

*De belangrijkste kwestie bij dit onderwerp is of een notaris die bij een transactie als adviseur voor één van partijen is opgetreden ook bevoegd is om in diezelfde zaak een akte te passeren. Bijvoorbeeld: Stel projectontwikkelaar A onderhandelt met de gemeente B over de uitgifte van gronden voor het realiseren van een kantoren- en bedrijvenpark. Notaris X adviseert de projectontwikkelaar en notaris Y de gemeente. Als de zaak rond is mogen de akten dan worden gepasseerd door X of Y? Of moet daar een onpartijdige derde notaris Z aan te pas komen? Wat dit punt betreft is te hopen dat niet zal worden teruggekomen op de vorig jaar gemaakte versoepeling van art. 10.1 van de IDS-richtlijn. Dat artikel luidde aanvankelijk: 'De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partij-adviseur van één van partijen betrokken is geweest.'*

*Daaraan is toegevoegd: 'tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen' (dit instemmen hoeft niet uitdrukkelijk te gebeuren). Deze versoepeling is ingevoerd op verzoek van de grote kantoren. Die zouden anders genoodzaakt zijn vrijwel alle akten in belangrijke zaken door een notaris van een ander kantoor te laten passeren. Dat zou niet alleen hoogst hinderlijk zijn voor alle betrokkenen - ook aan cliënten, zeker buitenlandse, valt zo iets niet uit te leggen - maar, wat erger is, het zou bovendien niets toevoegen. In die zaken, waarin alle partijen uitvoerig zijn begeleid door deskundige gespecialiseerde adviseurs (advocaten, notarissen, fiscalisten), waarin de tekst van de akte tot op iedere komma is uitonderhandeld, is geen behoefte meer aan Belehrung door een onpartijdige derde. En wat moet die derde notaris die de zaak niet kent, anders doen dan de identiteit van de comparanten en de datum zekerstellen? Hij is dus stempelaar, passeerslaaf, die de zaak zelf niet kent,*

<sup>73</sup> Ars Notariatus XCVII, Stichting ter bevordering van de notariële wetenschap, Kluwer - Deventer 2000

<sup>74</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 36, 37 en 38

*niet kan kennen, de belangen niet kent, de juridische constructies niet doorziet etc. Dat wordt een lachwekkende, onwaardige vertoning die het notariaat alleen maar schade kan doen, doordat het vooroordeel van onbegrijpelijk formalisme (dat geld kost) krachtig wordt bevestigd. Veel beter is dan dat partijen afspreken dat een wel als partij-adviseur in het voortraject betrokken notaris de akte passeert, nadat alle partijen en hun adviseurs de tekst tevoren hebben goedgekeurd. Dat is ook al jaren praktijk en heeft nooit tot problemen geleid. Ondanks het sterk toegenomen aantal klachten en tuchtzaken is hierover bij mijn weten nog nooit geklaagd. Dat is vorig jaar ook door de KNB erkend, die de regel heeft versoepeld. Waarom valt te vrezen dat deze versoepeling weer ongedaan zal worden gemaakt? Dat is omdat het laatste parlementaire stuk, de MvA aan de Eerste Kamer (29-06-1998), op drie plaatsen de opmerking bevat dat een notaris-partij-adviseur niet zelf de akte mag passeren maar dat dit door een derde, onpartijdige notaris moet worden gedaan. Dit standpunt wordt gebaseerd op artikel 17 van het ontwerp Notariswet, het onpartijdigheidsvoorschrift. De opvatting van de Staatssecretaris gaat niet zover dat het ook geen kantoorgenoot van de notaris-partij-adviseur mag zijn, zoals art. 10.1 IDS-richtlijn bepaalt. Dat voorkomt wel de noodzaak iemand van buiten in te huren, maar niet het wezenlijkste bezwaar dat de passerende notaris tot stempelaar wordt gedegradeerd.*

*Deze opmerkingen van de Staatssecretaris moeten worden gezien in de context waarin zij gemaakt zijn. Het gaat daarbij steeds om de vraag of het vrijgeven van de tarieven niet zal leiden tot het Angelsaksische solicitor-systeem bij koop en overdracht van onroerende zaken, waarbij iedere partij zijn eigen notaris (solicitor) inschakelt. Het antwoord van de Staatssecretaris daarop is dat daarvoor niet hoeft te worden gevreesd omdat in zo'n geval steeds een derde notaris nodig zal zijn om de betreffende akte te passeren, hetgeen kennelijk ook in haar ogen geen aantrekkelijke optie is. Verder stelt zij dat 'niet goed valt in te zien, waarom inschakeling van adviseurs nodig zal zijn, behalve wellicht in bijzonder ingewikkelde zaken. Dit is zeker niet het geval bij normale transport- en hypotheekakte'. (MvA EK, p. 13). Maar hoe moet het dan met die wel ingewikkelde zaken, waar ik het zojuist over had? Daar wordt niets over gezegd. Een regel die berust op een onderscheid tussen eenvoudige en ingewikkelde zaken is uiteraard onhanteerbaar. De enige oplossing is het huidige stelsel van art. 10.1 van de IDS-richtlijn. Ik hoop dat de opstellers van de verordening die deze richtlijn gaat vervangen de uitleg van de Staatssecretaris van het onpartijdigheidsvoorschrift van art. 17 niet zullen volgen en de bestaande regel van art. 10.1 IDS-richtlijn handhaven. Met het uitspreken van deze wens wil ik eindigen*

- 1.23.2. Uit het bovengenoemd citaat blijkt dat Heyman op het moment van het houden van de lezing en het vaststellen van het verslag in de lustrumbundel nog niet op de hoogte was van de (concept)tekst van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2000, zoals beschreven in paragraaf 1.19. van dit hoofdstuk. Aan te nemen valt dat Heyman op dat moment evenmin op de hoogte was van de (concept)tekst van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels.

De wens die Heyman aan het slot van zijn betoog uit: <sup>75</sup>

*Ik hoop dat de opstellers van de verordening die deze richtlijn gaat vervangen de uitleg van de Staatssecretaris van het onpartijdigheidsvoorschrift van art. 17 niet zullen volgen en de bestaande regel van artikel 10.1. IDS-richtlijn handhaven*

---

<sup>75</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 38

is, voorzover ik kan zien, volledig door de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2000 en 2003 in samenhang met art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, ingelost.

Voor mijn mening over de samenhang tussen (de parlementaire behandeling van) art. 17, eerste lid WNA en deze Verordeningen verwijs ik naar de paragrafen 1.18. en 1.19. van dit hoofdstuk.

Ik ben van mening dat de enige door Heyman gesignaleerde oplossing: <sup>76</sup>

*De enige oplossing is het huidige stelsel van art. 10.1. van de IDS-richtlijn*

niet verenigbaar is met het verbod dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat.

Heyman stelt dat:<sup>77</sup>

*het laatste parlementaire stuk, de MvA aan de Eerste Kamer (29-06-1998) op drie plaatsen de opmerking bevat dat een notaris-partij-adviseur niet zelf de akte mag passeren maar dat dit door een derde onpartijdige notaris moet worden gedaan.*

Laten we eerst deze passages nader onder de loep nemen.

Zoals in de paragraaf 1.13. van dit hoofdstuk staat vermeld, heeft de Staatssecretaris zich in de Memorie van Antwoord, ontvangen 29 juni 1998<sup>78</sup> in de navolgende drie passages over het onderhavige onderwerp uitgelaten:

1. In de eerste plaats onder het hoofdstuk 3: Tarieven, waar staat vermeld: <sup>79</sup>

*Een partijdig optreden van de notaris is in strijd met de artikelen 17, eerste lid, en 98, eerste lid, van het wetsvoorstel, zodat ook niet gevreesd hoeft te worden voor een verschuiving naar het Angelsaksische solicitor-systeem. Als de notaris slechts als adviseur van één van de partijen wenst op te treden, zoals een solicitor, dan zal een andere, onpartijdige notaris de akte moeten passeren.*

2. In de tweede plaats, onder hetzelfde hoofdstuk, waar staat vermeld: <sup>80</sup>

*Deze leden (van de fracties van GroenLinks en D66, RB) vragen of het wetsvoorstel leidt tot een twee-notarissensysteem. Zoals ook uit het antwoord op een vraag van de leden van de CDA-fractie blijkt is een twee-notarissensysteem in strijd met de artikelen 17, eerste lid, en 98, eerste lid, van het wetsvoorstel. Een partijdige, voor één partij optredende notaris mag de desbetreffende akte niet passeren. Als partijen het nodig vinden om adviseurs, die tevens notaris zijn, in te schakelen zal dus een derde, onpartijdige notaris de akte moeten passeren. Niet goed valt in te zien, waarom de inschakeling van adviseurs nodig zal zijn, behalve wellicht in bijzonder ingewikkelde zaken. Dit is zeker niet het geval bij de normale transport- en hypotheekakte. Kok stelt in zijn proefschrift «Het Nederlandse notariaat», p. 94: «Wanneer de*

---

<sup>76</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 38

<sup>77</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 37

<sup>78</sup> Kamerstukken I, 1997/1998, 23 706, nr. 331b

<sup>79</sup> Kamerstukken I, 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 8

<sup>80</sup> Kamerstukken I, 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 13

## Hoofdstuk 1

*voorlopige koopakte van de makelaar en het concept van de hypotheekakte van de bank komen, is het enige wat de notaris behoeft te doen de formele afwikkeling.» Door de vrijlating van de tarieven en het vereiste van onpartijdigheid van de notaris, zullen de tarieven dalen. Macro-economisch beschouwd wordt de notariële dienstverlening dus goedkoper.*

3. In de derde plaats onder het hoofdstuk 4: Het toezicht en de tuchtrechtspraak<sup>81</sup>, waar staat vermeld:

*De notaris behoort op grond van artikel 17, eerste lid, de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Dit zijn ook «degenen te wier behoeve de notaris optreedt», zoals vermeld in artikel 98, eerste lid. Een notaris die een akte passeert mag dus niet uitsluitend de belangen van één van die partijen behartigen. Een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet passeren. Als een notaris als adviseur van één van de partijen optreedt, zal ook de andere partij er goed aan doen om een adviseur te nemen. In dat geval zal dan een derde, onpartijdige notaris de akte moeten passeren. Die notaris behartigt dan de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen.*

*De door de vragensteller geschetste situatie, te weten dat een partijdige, voor één partij optredende notaris een akte passeert, is dus, zoals ik al eerder heb opgemerkt, zowel in strijd met artikel 17, eerste lid, als met artikel 98, eerste lid.*

Heyman stelt: <sup>82</sup>

*Deze opmerkingen van de Staatssecretaris moeten worden gezien in de context waarin deze gemaakt zijn. Het gaat daarbij steeds om de vraag of het vrijgeven van de tarieven niet zal leiden tot het Angelsaksische solicitor-systeem bij koop en overdracht van onroerende zaken, waarbij iedere partij zijn eigen notaris (solicitor) inschakelt.*

De context waarover Heyman spreekt wordt deels in de eerste en deels in de tweede vermelding aangetroffen.

Ik lees laatstbedoelde passage zo dat de Staatssecretaris heeft gezegd, dat niet goed valt in te zien, waarom bij niet bijzondere ingewikkelde zaken (zoals de normale transport- en hypotheekakte) de inschakeling van adviseurs nodig zal zijn.

Dat is een herhaling van hetgeen door de Staatssecretaris reeds daarvoor was meegedeeld. Ik verwijs naar paragraaf 1.5.1. van dit hoofdstuk, waar vermeld is: <sup>83</sup>

*Allereerst moet worden opgemerkt dat op grond van de Wet op het notarisambt slechts één notaris de akte kan passeren. Inschakeling van twee notarissen is dus overbodig en zal slechts kostenverhogend werken. Voorts valt juist bij onroerend-goedzaken niet goed in te zien waarom een notaris als partijadviseur naast de notaris die de akte verlijdt een rol zou hebben te vervullen. Bij het voorbereiden en passeren van deze akten heeft de instrumenterende notaris een resultaatsverplichting.*

---

<sup>81</sup> *Kamerstukken I*, 1997/1998, 23 706, nr. 331b, p. 15

<sup>82</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 38

<sup>83</sup> *Kamerstukken II*, 1995/1996, 23 706, nr. 6, p. 17 en 18

Verder verwijst ik naar paragraaf 1.9.2. van dit hoofdstuk, waar vermeld is:<sup>84</sup>

*Adviezen die verband houden met een aan hem gegeven opdracht tot het verlijden van een notariële akte of een andere in de wet opgedragen werkzaamheid moeten wel als notariële werkzaamheden worden beschouwd*

Daaruit trekt de Staatssecretaris naar mijn mening de conclusie dat in die gevallen (de normale transport- en hypotheekakte) de notaris niet als adviseur optreedt, zodat de notaris de akte van levering, casu quo de hypotheekakte zelf mag verlijden, zodat er in dat geval geen andere notaris behoeft te worden ingeschakeld. Deze redenering is dan vervolgens de opmaat voor de Staatssecretaris om het hare met betrekking tot de (verlaging van de) tarieven te berde te brengen.

Uit de bewoordingen van de Staatssecretaris valt naar mijn mening niets anders af te leiden over wel ingewikkelde zaken, dan dat als de notaris bij zo'n wel ingewikkelde zaak betrokken is als adviseur van één partij, hij de akte niet mag verlijden.

Ik kom tot deze slotsom omdat de Staatssecretaris haar mening in de als derde aangehaalde passage op zeer resolute en absolute wijze herhaalt.

Daarmee is die derde aangehaalde passage naar mijn mening ook de sterkste. Interessant is om op te merken, dat Waaijer dan ook exact naar deze passage verwijst<sup>85</sup>.

De Memorie van Antwoord aan de Eerste Kamer waarvan Heyman stelt dat dit het laatste parlementaire stuk zou zijn geweest, is niet het laatste parlementaire stuk geweest.

Zoals in paragraaf 1.14. van dit hoofdstuk staat vermeld is er nadien - op 13 oktober 1998 - nog een nader voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie vastgesteld<sup>86</sup> en is er nog een nadere Memorie van Antwoord uitgebracht, ontvangen op 20 november 1998<sup>87</sup>.

Terzake van het nader voorlopig verslag van de vaste Commissie voor Justitie hebben de leden van de fracties van de SGP, RPF en GPV de Staatssecretaris impliciet de mogelijkheid geboden om haar mening, dat

*"een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet verlijden"*

te nuanceren.

Genoemde leden vroegen:<sup>88</sup>

*De regering lijkt zich, aldus de leden van de fracties van SGP, RPF en GPV, te keren tegen de gedachte dat de notaris als adviseur optreedt. Deze leden stelden de vraag of deze gedachte wel zo vreemd, laat staan verwerpelijk, is als men de praktijk als leidraad neemt waarbij het passeren van een akte veelal voorafgegaan wordt door een advies van dezelfde notaris.*

De Staatssecretaris, die deze vraag had kunnen aangrijpen om haar hiervoor genoemde mening te nuanceren en te herzien gaf echter zoals ik reeds in paragraaf 1.14.2. van dit hoofdstuk schreef, geen krimp.

Allereerst antwoordde de Staatssecretaris op een vraag van de leden van de fractie van het CDA:<sup>89</sup>

<sup>84</sup> *Kamerstukken II*, 1996/1997, 23 706, nr. 12, p. 17

<sup>85</sup> Zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk

<sup>86</sup> *Kamerstukken I* 1998/1999, 23 706, nr. 25

<sup>87</sup> *Kamerstukken I* 1998/1999, 23 706, nr. 25a

<sup>88</sup> *Kamerstukken I* 1998/1999, 23 706, nr. 25, p. 6



## Hoofdstuk 1

*De in artikel 17 genoemde eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid en van de grootst mogelijke zorgvuldigheid bij de ambtsuitoefening gelden bij het verrichten door de notaris van wettelijke werkzaamheden. Buitenwettelijke werkzaamheden zullen veelal niet onpartijdig of onafhankelijk worden uitgeoefend. Hierbij kan als voorbeeld worden genoemd de activiteiten van de notaris als juridisch adviseur voor één van de partijen.*

en daarna op de voormelde vraag van de leden van de fracties van SGP, RPF en GPV:

*De leden van de fracties van SGP, RPF en GPV menen uit het antwoord op een vraag in het voorlopig verslag af te kunnen leiden dat de regering zich zou keren tegen de gedachte dat de notaris als adviseur optreedt. Zij wijzen erop dat in de praktijk het passeren van een akte veelal voorafgegaan wordt door een advies van dezelfde notaris. Het behoort inderdaad tot de normale taak van de notaris om in het kader van de voorbereiding van een notariële akte de betrokken partijen op onpartijdige wijze te adviseren over de inhoud daarvan. Tot zijn wettelijke taak om authentieke aktes te passeren behoort ook het voorbereiden, opstellen en het adviseren van partijen over de inhoud daarvan. Ik onderschrijf dus volledig wat deze leden stellen, namelijk dat het in de praktijk gebruikelijk is dat het passeren van een akte veelal vooraf wordt gegaan door een advies van dezelfde notaris. Deze praktijk zal ook onder de nieuwe wet gewoon worden voortgezet.*

Daarmee staat naar mijn mening vast, dat de Staatssecretaris uitdrukkelijk haar mening, dat in de woorden: op onpartijdige wijze in artikel 17, eerste lid WNA gelezen dient te worden:

*"een notaris kan wel als adviseur van één van de partijen optreden, maar dan mag hij de akte niet verlijden"*

niet heeft willen nuanceren, laat staan herzien.

Deze mening van de Staatssecretaris maakt deel uit van de parlementaire behandeling van de WNA. De uitkomsten van de parlementaire behandeling zijn verankerd in de WNA. Hiervoor, in paragraaf 1.16. van dit hoofdstuk heb ik gepleit voor een duidelijker vastlegging van dit onderdeel van de parlementaire behandeling in een apart wetsartikel. Naar mijn mening mag uit het ontbreken van deze duidelijker wetsbepaling evenwel niet worden afgeleid, dat de hiervoor vermelde mening van de Staatssecretaris geen onderdeel van de WNA uitmaakt.

We zullen derhalve hebben te accepteren dat de WNA de regel inhoudt, luidende:

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest.*

Hoewel ik de mening van Heyman deel, dat de opvatting van de Staatssecretaris niet zover gaat – althans daarvan blijkt niets uit de parlementaire behandeling van de WNA – dat de regel ook geldt voor akten bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot van die notaris als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, houdt art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels die regel thans wel in. Ik verwijs naar paragraaf 1.18.3. van dit hoofdstuk.

---

<sup>89</sup> Kamerstukken I 1998/1999, 23 706, nr. 25, p. 3

Als gevolg hiervan houdt de WNA in samenhang met de Verordeningen thans de regel in:

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van de partijen betrokken is geweest.*

Dat het bestaan van deze regel repercussies heeft voor de dagelijkse praktijk van de notaris aan wie het verboden is de akte te verlijden, is evident. Ik verwijs naar de door mij in paragraaf 1.22.1. van dit hoofdstuk gegeven voorbeelden.

- 1.23.3. Een soortgelijk voorbeeld was de opmaat voor de hiervoor genoemde bijdrage van Heyman:<sup>90</sup>

*De belangrijkste kwestie bij dit onderwerp is of een notaris die bij een transactie als adviseur voor één van partijen is opgetreden ook bevoegd is om in diezelfde zaak een akte te passeren. Bijvoorbeeld: Stel projectontwikkelaar A onderhandelt met de gemeente B over de uitgifte van gronden voor het realiseren van een kantoren- en bedrijvenpark. Notaris X adviseert de projectontwikkelaar en notaris Y de gemeente. Als de zaak rond is mogen de akten dan worden gepasseerd door X of Y. Of moet daar een onpartijdige derde notaris aan te pas komen.*

Op basis van de hiervoor geformuleerde regel is het antwoord simpel: sinds de invoering van de WNA zal een onpartijdige derde notaris (notaris Z) de akten dienen te verlijden.

Een vraag van een geheel andere orde is, of de gevolgen van dit antwoord bevredigend zijn voor projectontwikkelaar A, gemeente B, notaris X, notaris Y en de onpartijdige derde notaris, notaris Z.

De gevolgen voor notaris Z lijken mij nog het meest overzichtelijk. Notaris Z moet op de door de WNA voorgedragen wijze de akte verlijden en zal daartoe alle voor hem nodige informatie moeten vergaren van (onder meer) projectontwikkelaar A, gemeente B, notaris X en Y. Belehrung van partijen is onderdeel van de taak van notaris Z.

Notaris Z behoort zich niets aan te trekken van het feit, dat partijen al dan geen behoefte aan Belehrung hebben.

Of notaris Z

*Stempelaar, passeerslaaf, die de zaak zelf niet kent, niet kan kennen, de belangen niet kent, de juridische constructies niet doorziet*

zou zijn, zoals Heyman stelt<sup>91</sup>, hangt, zo zou ik menen, sterk af van de wijze, waarop notaris Z zijn taak vervult. Notaris Z is in staat de zaak zelf te kennen, de belangen te kennen, de juridische constructies te doorzien, wanneer notaris Z in de eerste plaats voldoende wordt geïnformeerd en de tijd neemt om de aangeleverde informatie zodanig te doorgronden dat hij op een verantwoorde wijze de akte kan verlijden. Dit alles is bovendien in het grootste belang van notaris Z zelf in het kader van het beheersen van zijn aansprakelijkheid. In dit

---

<sup>90</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73), p. 36

<sup>91</sup> H.W. Heyman, "Interdisciplinaire samenwerking (IDS); drie typen notariskantoren", lustrumbundel (zie noot 73) p. 36

## Hoofdstuk 1

verband doet notaris Z er verstandig aan kennis te nemen van de mening van Boks:<sup>92</sup>

*Als de cliënt de zaak heeft doorgenomen met zijn "huisadvocaat" die ook van alle ins en outs van de transactie op de hoogte is, lijkt het dubbelop als de notaris nog een keer de risico's uiteenzet. Niettemin ben ik (Boks, RB) van mening dat de notaris ook in een dergelijk geval een eigen verplichting heeft; hij moet onderzoeken of de juridische adviseur of de advocaat zijn cliënt juist en volledig heeft voorgelicht over de risico's. Met het oog op de bescherming van de cliënt is het dus noodzakelijk dat de notaris zich ook zelf met de cliënt verstaat en zich daarvan vergewist. Alleen als de notaris er van overtuigd is dat de in casu zwakkere partij voldoende inzicht heeft gekregen in de risico's behoeft hij niet (verder) te waarschuwen.*

en<sup>93</sup>

*Bescherming van alle partijen betekent mijns (Boks, RB) inziens dat ook de (juridisch en economisch) sterkere alsmede de (juridisch) deskundige partij recht heeft op notariële zorg; de zorgplicht strekt derhalve niet slechts ter bescherming van de zwakkere (ondeskundige) partij<sup>94</sup>. Dit wordt bevestigd in het arrest Credit Lyonnais Bank /T ( HR 28 september 1991, NJ 1991, 473 (Credit Lyonnais Bank /T) m. nt EAAL en het vervolg daarop HR 24 december 1993 NJ 1994, 303, zie Boks p. 36 en volgende, RB). Ook jegens de bank, die toch mag worden geacht over voldoende juridische kennis en/of bijstand te kunnen beschikken, had de notaris een zorgplicht.*

Dat de (studie)uren van notaris Z betaald dienen te worden, staat buiten kijf. Deze kosten zijn evenwel het onontkoombare gevolg van de invoering van de regel in de WNA.

Het hiervoor gegeven antwoord op de door Heyman opgeworpen vraag is dus zowel beroepsmatig als financieel bevredigend voor notaris Z.

Dan de positie van de notarissen X en Y. Deze notarissen weten, dat het sinds de invoering van de WNA voor ieder van hen verboden is om de akte van levering te verlijden tussen de gemeente B en projectontwikkelaar A. Verandert deze wetenschap iets aan de handelwijze van notaris X dan wel notaris Y? Ik kan niet bedenken waarom er in de uitvoering van de juridische werkzaamheden enige verandering zou behoeven te komen. Het onderhandelingsproces wijzigt niet en de vastlegging van het onderhandelingsproces wijzigt evenmin. Er is sprake van buitenwettelijke werkzaamheden, waarvoor de norm van de onpartijdigheid niet geldt.<sup>95</sup>

Wellicht worden de notarissen X en Y het eens over de tekst van het concept van de akte van levering en wordt dit concept met het informatiepakket aan notaris Z gezonden. Wat mogelijk wel verandert, is de transparantie van de kosten van de notarissen X en Y. Nu notaris X noch notaris Y de akte van levering zal verlijden, zal het niet langer meer mogelijk zijn om een deel van de kosten van juridische bijstand in het onderhandelingsproces en de vastlegging daarvan onder te brengen in de kosten van de akte van levering.

De notarissen X en Y zullen, anders dan voor de invoering van de WNA het geval was, een keuze dienen te maken; wil ik optreden als adviseur, met de

---

<sup>92</sup> Mevr. Dr. D.T. Boks, Notariële aansprakelijkheid, academisch proefschrift, 10 oktober 2002, Deventer 2002, p. 100

<sup>93</sup> Boks, p. 39

<sup>94</sup> *Deskundigheid kan nog wel een rol spelen bij de vraag naar eigen schuld. Zie daaromtrent par. 7.4.2.*

<sup>95</sup> zie paragraaf 1.15.1. van dit hoofdstuk

daarbij behorende beloning, of niet. Wanneer notaris X of notaris Y ervoor kiest om als adviseur op te treden, is het hiervoor gegeven antwoord op de door Heyman opgeworpen vraag zowel beroepsmatig als financieel bevredigend - het is immers hun vrije keus - voor notaris X of Y.

Tenslotte de projectontwikkelaar A en de gemeente B. Ook deze partijen weten - het zal hen door notaris X en notaris Y meegedeeld zijn - dat notaris X noch notaris Y de akte van levering mag verlijden. Ook deze partijen hebben de vrije keus om zich bij het onderhandelingsproces en de vastlegging daarvan te laten bijstaan door de notarissen X en Y. Aangenomen dat deze partijen in het voorbeeld van Heyman in de pre WNA situatie er behoefte aan hadden om zich door notarissen X en Y te laten bijstaan, zie ik - in het kader van het voorbeeld - niet in, waarom die behoefte er sinds de invoering van de WNA niet meer zou zijn.

Die behoefte wordt opgeroepen door de meerwaarde die de notarissen X en Y naar de mening van hun respectievelijke opdrachtgevers aan het onderhandelingsproces en aan de vastlegging daarvan kunnen leveren. De projectontwikkelaar A en de gemeente B zullen voor die meerwaarde de daarvoor door notarissen X en Y gedeclareerde bedragen dienen te voldoen.

Evenals de notarissen X en Y, hebben hun opdrachtgevers projectontwikkelaar A en gemeente B de vrije keus om een opdracht te verstrekken aan de notarissen X en Y. Wanneer projectontwikkelaar A of de gemeente B ervoor kiest om notaris X respectievelijk Y opdracht te geven, is het gegeven antwoord op de door Heyman opgeworpen vraag bevredigend - het is immers hun vrije keus - voor projectontwikkelaar A en gemeente B.

Ik beantwoord daarmee de hiervoor gestelde vraag of de gevolgen van het antwoord dat in Heyman's voorbeeld notaris Z de akte passeert, voor projectontwikkelaar A, gemeente B, notaris X, notaris Y en notaris Z bevredigend zijn, bevestigend.

Het nieuwe systeem dat het gevolg is van de in de WNA opgenomen regel

*De notaris passeert geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest*

is uiteraard anders dan het systeem dat voor de invoering van de WNA heeft bestaan; hierboven heb ik aan de hand van het door Heyman gegeven voorbeeld laten zien, dat ook dit systeem prima kan werken.

In het door Heyman gegeven voorbeeld kan notaris X op elk type notariskantoor werkzaam zijn. Notaris X kan een solitaire notaris zijn, kan werkzaam zijn in een samenwerkingsverband met andere notarissen of kan onderdeel uitmaken van een interdisciplinair samenwerkingsverband. Hetzelfde geldt voor de notarissen Y en Z.

Het door Heyman gegeven voorbeeld laat zien dat iedere notaris in elke zaak een keuze heeft: of hij kiest ervoor om partijadviseur te zijn en kan dan de akten niet verlijden of hij kiest ervoor om de akte te verlijden en kan dan geen partijadviseur zijn.

Op basis van art. 25 van Verordening beroeps- en gedragsregels maakt de notaris die naar buiten optreedt als partijadviseur jegens derden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt. Tevens maakt die notaris jegens derden kenbaar dat er sprake is van buitenwettelijke werkzaamheden waarvoor de eis van onpartijdigheid niet geldt en maakt die notaris kenbaar dat hij de akte niet mag verlijden.

Het komt mij voor dat dit resulteert in een helder systeem.

### 1.24. De tweede reactie van Waaijer Melis-Waaijer over interdisciplinaire samenwerking

- 1.24.1. In paragraaf 1.22.4. van dit hoofdstuk kondigde ik aan nader in te zullen gaan op de passage in Melis-Waaijer over interdisciplinaire samenwerking. Omdat ik in mijn commentaar de tekst van de passage op de voet wil volgen, neem ik hieronder het citaat nogmaals op.  
Melis-Waaijer stelt:<sup>96</sup>

*De grote, internationale partijen, verkoper en koper, zijn gewoon zich elk van juridische bijstand te voorzien: ieder schakelt zijn eigen adviseurs in. Dat een notaris in de context van grote transacties als onpartijdig ambtenaar voor beiden zou kunnen optreden, past gewoonweg niet in de perceptie van internationaal opererende marktpartijen. Ieder voorziet zich in die gevallen van eigen notarieel-juridische bijstand. De notarissen die bij dergelijke transacties optreden plegen duidelijk te maken, dat zij dat doen als partij-adviseur en niet als onpartijdig ambtenaar.*

en<sup>97</sup>

*De notaris treedt dan niet onpartijdig op. Is dat aanvaardbaar? Niet zonder enige aarzeling meen ik van wel. Het alternatief dat een notaris die niet is verbonden aan één van de adviserende interdisciplinair opererende kantoren, wordt gevraagd te passeren is niet reëel. Het gevaar is levensgroot dat die notaris de transactie als geheel door kennisachterstand niet zal kunnen doorzien en zal optreden als stempelnotaris. Zijn onpartijdig optreden zal na al het werk van de adviseurs als volstrekt overbodig worden gezien. Ik accepteer dat optreden als partij-notaris dus, maar voeg daar een voorbeeld aan toe. Ik acht het optreden als partij-adviseur aanvaardbaar binnen de context van juridische bijstand in het kader van de transactie tussen de grote (beursgenoteerde) veelal internationale opererende marktpartijen. Dan gaat het om professionals die de klappen van de zweep kennen. Voor die partijen hoeft niet te worden gevreesd voor "juridische onkunde en feitelijk overwicht". Maar treden we buiten die context dan zet ik grote vraagtekens bij de notaris die bij meerzijdige rechtshandelingen als partij-adviseur handelt.*

*Naarmate de notaris dan op grotere schaal als partij-adviseur optreedt, wordt een cruciaal rechtseconomisch voordeel prijsgegeven: in plaats van één notaris die de belangen van alle partijen in het oog moet houden, treden ten minste twee notarissen op. Met alle transactiekosten van dien. Verder zal het optreden als partij-notaris door de notaris in zijn praktijk van alledag, afbreuk doen aan de herkenbaarheid van de eigenschappen waarvoor de notaris staat. Nu eens onpartijdig, dan weer partijdig: die wisseling van petten scheidt een diffuus en daarmee onwenselijk beeld. Het vermogen om onpartijdig op te treden zal aan geloofwaardigheid inboeten en uiteindelijk niet meer worden aanvaard.*

- 1.24.2. Melis-Waaijer uit in bovenstaande citaten zijn bezorgdheid dat de wisseling van petten van de notaris die eerst optreedt als partijadviseur (door Melis-Waaijer partijnotaris genoemd) en vervolgens de akte verlijdt, een diffuus en onwenselijk beeld scheidt. In het hiervoor beschreven systeem, waarbij de notaris in elke zaak de keuze heeft ofwel partijadviseur te zijn ofwel de akte te verlijden is voor deze bezorgdheid geen reden meer. Wisseling van petten kan zich immers niet meer voor doen. In dit tijdperk van Tabaksblatt zal ook de notaris er niet aan ontkomen om vooraf volstrekt duidelijk te maken welke

---

<sup>96</sup> Melis-Waaijer, p. 40 (zie ook paragraaf 1.22.4. van dit hoofdstuk)

<sup>97</sup> Melis-Waaijer, p. 40 (zie ook paragraaf 1.22.4. van dit hoofdstuk)

keuze hij maakt en wat de gevolgen van die keuze zijn. Dit voorkomt dat in de woorden van Melis-Waaijer een "diffuus en daarmee onwenselijk beeld" wordt geschapen.

Ondanks de geuite bezorgdheid wil Melis-Waaijer, althans zo begrijp ik de citaten, de wisseling van petten wel toestaan voor notarissen die eerst optreden als partijadviseur en daarna als passerende notaris "binnen de context van juridische bijstand in het kader van de transactie tussen grote (beursgenoteerde) veelal internationaal opererende marktpartijen". Melis-Waaijer motiveert dit standpunt door erop te wijzen dat het in die gevallen gaat om "professionals die de klappen van de zweep kennen" en voegt daaraan toe dat "voor die partijen niet behoeft te worden gevreesd voor "juridische onkunde en feitelijk overwicht".

Gaat dezelfde motivering niet op voor de notarissen X en Y uit het voorbeeld van Heyman over de projectontwikkelaar A en de gemeente B? Zijn dat ook geen "professionals die de klappen van de zweep kennen"? En moet er bij de projectontwikkelaar A en de gemeente B worden gevreesd "voor juridische onkunde en feitelijk overwicht"?

De motivering die Melis-Waaijer aanbiedt lijkt derhalve niet voldoende om een afwijkende behandeling van "transacties tussen grote (beursgenoteerde) veelal internationaal opererende marktpartijen" te rechtvaardigen.

Melis-Waaijer gebruikt verder als argument om de afwijkende behandeling van "transacties tussen grote (beursgenoteerde) veelal internationaal opererende marktpartijen" te rechtvaardigen, dat het niet-toestaan van deze afwijkende behandeling door Melis-Waaijer ongewenst geachte gevolgen heeft: <sup>98</sup>

*Het alternatief dat een notaris die niet verbonden is aan één van de adviserende interdisciplinair opererende kantoren wordt gevraagd te passeren is niet reëel. Het gevaar is levensgroot dat die notaris de transactie als geheel door kennisachterstand niet zal kunnen doorzien, en zal optreden als stempelnotaris. Zijn onpartijdig optreden zal na al het werk van de adviseurs als volstrekt overbodig worden gezien.*

In de eerste zin van dit citaat zijn zonder moeite de notarissen X, Y en Z uit het in paragraaf 1.23.3. van dit hoofdstuk genoemde voorbeeld van Heyman te herkennen. Door inductie van notaris Z in de eerste twee regels van gemeld citaat, zou dan de eerste twee regels komen te luiden:

*Het alternatief dat notaris Z wordt gevraagd de akte te passeren is niet reëel. Het gevaar is levensgroot dat die notaris de akte als geheel door kennisachterstand niet zal kunnen doorzien, en zal optreden als stempelnotaris.*

Hiervoor heb ik bij de bespreking van het voorbeeld van Heyman uitvoerig uiteengezet, dat ik de uit dit citaat blijkende mening over notaris Z niet deel.

Door inductie van de notarissen X en Y in de eerste regel van gemeld citaat, zou die eerste regel komen te luiden:

*Het alternatief dat notaris Z wordt gevraagd de akte te verlijden en dat notaris Z niet dezelfde is als notaris X of notaris Y, die beiden verbonden zijn aan een adviserend interdisciplinair operend kantoor, is niet reëel.*

---

<sup>98</sup> Melis-Waaijer, p. 40

Gaat dezelfde motivering niet op voor de situatie dat notaris X en/of notaris Y niet verbonden zijn/is aan een "adviserend interdisciplinair opererend kantoor"? Alleen al om die reden is deze motivering niet voldoende om een afwijkende behandeling voor "transacties tussen grote (beursgenoteerde) veelal internationaal opererende marktpartijen, bijgestaan door adviserende interdisciplinair opererende kantoren" te rechtvaardigen.

Maar ook al zou de motivering alleen opgaan voor de situatie dat notaris X en notaris Y aan "adviserende interdisciplinair opererende kantoren" zijn verbonden, dan wordt de afwijkende behandeling gemotiveerd met de stelling dat het alternatief niet reëel is, wanneer notaris Z niet notaris X of notaris Y is. Dat acht ik geen sluitende motivering. Voor een sluitende motivering zal toch tenminste het bewijs moeten worden geleverd dat de akte die door notaris Z wordt verleden inferieur is aan de door notaris X of notaris Y te verlijden akte.

- 1.24.3. Melis-Waaijer gebruikt tenslotte als argument om de afwijkende behandeling van "transacties tussen grote (beursgenoteerde) veelal internationaal opererende marktpartijen, bijgestaan door adviserende interdisciplinair opererende kantoren" te rechtvaardigen,<sup>99</sup>

*Dat een notaris in de context van grote transacties als onpartijdig ambtenaar voor beiden zou kunnen optreden, past normaliter niet in de perceptie van internationaal opererende marktpartijen.*

Over dit argument kan ik kort zijn: wanneer in de WNA de regel is opgenomen,

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest*

dan ligt het op de weg van iedere notaris om iedere partij van dit wettelijke stelsel op de hoogte te stellen en conform dit stelsel te handelen. Dat wordt niet anders wanneer een transactie groot of klein, dan wel eenvoudig of ingewikkeld is. Dat wordt evenmin anders wanneer bij de transactie betrokken partijen internationaal opereren, groot of klein zijn of al of niet beursgenoteerd zijn.

Geen van de door Melis-Waaijer aangedragen argumenten lijkt mij derhalve voldoende rechtvaardiging op te leveren voor het aanvaarden van de door Melis-Waaijer bepleite uitzonderingspositie. Hetzelfde geldt voor de door Heyman aangedragen argumenten van juridische aard.

Ik kan ook geen doorslaggevende reden bedenken waarom enige notaris uitgezonderd zou dienen te worden van de in de WNA opgenomen regel:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest.*

Deze regel geldt dan ook voor iedere notaris.

Een andere vraag is of de thans eveneens geldende regel:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest.*

in deze vorm dient te blijven bestaan. De WNA dwingt niet tot de toevoeging "of een kantoorgenoot". Voor de wijziging van deze regel is het noodzakelijk

---

<sup>99</sup> Melis-Waaijer, p. 40

om zowel art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels als art. 5 van de Verordening Interdisciplinaire Samenwerking 2003 te wijzigen, zoals ik reeds in paragraaf 1.19.1. van dit hoofdstuk heb beschreven.

In paragraaf 1.20. van dit hoofdstuk heb ik nog gewezen op recente jurisprudentie terzake van art. 2, vierde lid Awb, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat ook het weglaten van het woord "kantoorgenoot" geen verschil maakt.

1.25. Literatuur over het verbod dat achter de woorden "op onpartijdige wijze" in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat

- 1.25.1. Er zijn dus eigenlijk maar twee publicaties geweest die aan het verbod dat uit de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat aandacht hebben besteed. Dat zijn de eerste reactie van Waaijer in zijn artikel in het WPNR in 1999 (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) en de tweede reactie van Heyman in de lustrumbundel van Vevanos die in 2000 verscheen (zie paragraaf 1.23.1. van dit hoofdstuk). De enige verwijzing naar het artikel van Waaijer in het WPNR (1999/6363) die ik heb kunnen vinden trof ik aan in de oratie van Verstappen.<sup>100</sup> Verstappen gaat echter in zijn oratie niet in op het verbod dat achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuilgaat, maar op het zijns inziens misschien niet geheel onterecht gehandhaafde onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden in het kader van een door hem beschreven tweedeling in het notariaat.

Daarna trad volledige stilte in over dit voor de dagelijkse praktijk van de individuele notaris zo belangrijk onderwerp. Ik verwijs naar de in paragraaf 1.22.1. van dit hoofdstuk door mij genoemde voorbeelden en het voorbeeld van Heyman dat ik besprak in paragraaf 1.23.3. van dit hoofdstuk.

Het is inmiddels ruim 6 jaar geleden dat deze artikelen zijn gepubliceerd en ik heb de indruk dat deze artikelen in de vergetelheid zijn geraakt. Dat is mogelijk ook het gevolg van de weinig prominente vindplaatsen van deze artikelen; in paragraaf 1.22.2. van dit hoofdstuk beschreef ik al de wijze waarop Waaijer zijn WPNR-artikel vorm had gegeven. De lustrumbundel van Vevanos – met alle respect voor Vevanos – is ook niet de meest prominente vindplaats die men zich denken kan. De stellingen die Heyman in de lustrumbundel debiteert zijn daarna niet in een meer toegankelijk medium zoals het WPNR of het Notariaat Magazine beschreven.

- 1.25.2. Uit latere publicaties en uit jurisprudentie die over interdisciplinaire samenwerking zijn verschenen, blijkt dat het verbod dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat inderdaad in de vergetelheid is geraakt. Ik noem in deze en in de volgende paragrafen vijf voorbeelden van zulke publicaties.

Schoordijk stelt in zijn artikel over de slecht begrepen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris:<sup>101</sup>

*Er is meer dat wringt. Het mag wel eens gezegd worden. Zowel de grote als de kleine kantoren worden bedreigd door een sluipende vorm van partijdigheid. Gevolg van ongeremd netwerken! Als dit - zoals in de bepaald niet wilde dissertatie van de socioloog C.L.B. Kocken - onderkend wordt, pleegt dit ijlings*

<sup>100</sup> Verstappen, p. 8, voetnoot 16

<sup>101</sup> H.C.F. Schoordijk, "De slecht begrepen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris", NJB 2002/43, p. 2144-2146



## Hoofdstuk 1

*afgedaan te worden als zou dit een 'rancuneus verhaal van een notariszoon' zijn. Wanneer de dorpsnotaris op de rotaryclub of in de business seat door een plaatselijke ondernemer aangeklampt wordt om 'even' de huwelijksvoorwaarden van de zoon te regelen door het echtpaar een koude uitsluiting te bezorgen, dan is de bruid haar leven niet zeker.*

Ik beveel lezing van het hele artikel van harte aan omdat Schoordijk niet schroomt om de dingen bij zijn naam te noemen.

Op de dissertatie van Kocken kom ik in het verdere verloop van dit hoofdstuk nog uitvoerig terug.

Mij gaat het hier om de door Schoordijk onderkende sluipende vorm van partijdigheid als gevolg van ongeremd netwerken. Om met dit laatste te beginnen wil ik opmerken dat dit ongeremd netwerken tot 1 oktober 1999 werd gelegitimeerd door Regel 1, vierde lid van de Beroeps- en gedragsregels. Ik heb daar in paragraaf 1.2.4. van dit hoofdstuk over bericht.

Aan de hand van het eerste in paragraaf 1.22.1. van dit hoofdstuk genoemde voorbeeld kan worden vastgesteld wat het nut van dit netwerken tot 1 oktober 1999 was. Het is een schoolvoorbeeld. De notaris die door netwerkactiviteiten een aannemer/projectontwikkelaar heeft leren kennen en die tengevolge van dit contact belast wordt met de akten van levering van bijvoorbeeld 100 nieuwbouwwoningen, doet een lucratieve zaak. Dat lucratieve karakter zit in het ontvangen van 100 keer een tarief voor de akte van levering, misschien wel 100 keer het ontvangen van een tarief voor de hypotheekakten van de kopers (in de praktijk blijkt dat slechts een minderheid van kopers in een nieuwbouwplan een andere "eigen" notaris aanwijst voor het verlijden van de hypotheekakte) en het ontvangen van het tarief voor de nodige samenlevingsovereenkomsten en testamenten van kopers. Verder komen die kopers misschien voor toekomstige notariële zaken bij deze notaris terug.

De aannemer/projectontwikkelaar weet dit ook en doet er zijn voordeel mee door de projectnotaris te belasten met de akte van levering, waarbij de aannemer/projectontwikkelaar de eigendom van de grond verwerft waarop het nieuwbouwplan moet worden gerealiseerd en door voor die werkzaamheden weinig of niets te betalen. Verder bedingt de aannemer-/projectontwikkelaar een korting op de akten van levering van de nieuwbouw-woningen en verkoopt vervolgens die nieuwbouwwoningen vrij op naam. Tenslotte laat de aannemer-/projectontwikkelaar de projectnotaris de koop-/aannemingsovereenkomst maken die door de aannemer/projectontwikkelaar met de kopers van de nieuwbouwwoningen worden aangegaan. Voor deze werkzaamheden betaalt de aannemer/projectontwikkelaar niets.

De verkoop aan de kopers van de nieuwbouwwoningen gaat als volgt in zijn werk. De aannemer/projectontwikkelaar vraagt de projectnotaris op zijn aanwijzingen een koop-/aannemingsovereenkomst op te stellen, waarin bepalingen zijn opgenomen die de aannemer/projectontwikkelaar conveniëren. Vervolgens ontwerpt de projectnotaris als adviseur van de aannemer-/projectontwikkelaar de koop-/aannemingsovereenkomst en het daarop gebaseerde concept van de akte van levering.

Al deze concepten worden in één map gedaan met een door de aannemer-/projectontwikkelaar opgestelde verkoopbrochure. De door de aannemer-/projectontwikkelaar opgestelde bouwtekeningen en een mogelijk voorstel van een bevriende bankrelatie aan de kopers completeren het pakket. Dit pakket wordt aan een makelaar ter beschikking gesteld. Op basis van dit pakket worden de – nog niet gebouwde - nieuwbouwwoningen aan de kopers verkocht.

Vanaf 1 oktober 1999 treedt de notaris, die volgens het bovenstaande patroon werkt, op als partijadviseur van de aannemer/projectontwikkelaar. Dat heeft in

de eerste plaats tot gevolg dat die notaris de akte tussen bijvoorbeeld de gemeente en de aannemer/projectontwikkelaar niet meer mag verlijden op basis van het verbod dat schuil gaat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA. Dat heeft vervolgens tot gevolg dat die notaris de akten van levering, waarbij de nieuwbouwwoningen aan de kopers worden geleverd, niet meer mag verlijden op basis van hetzelfde verbod.

Wanneer de netwerkactiviteiten van die notaris erop gericht zouden zijn om die akten wel te verlijden, hebben die netwerkactiviteiten geen zin meer. Hij mag immers die akten helemaal niet verlijden.

Wanneer de netwerkactiviteiten van die notaris erop gericht zijn om partijadviseur van de aannemer/projectontwikkelaar te worden, hebben de netwerkactiviteiten wel zin.

Voordat hij met zijn netwerkactiviteiten begint zal de notaris dus een keuze moeten maken. Wil ik akten verlijden of wil ik als partijadviseur optreden? Ik verwijs naar hetgeen ik in paragraaf 1.23.3. van dit hoofdstuk reeds over die keuze heb gezegd.

Ik heb me verder afgevraagd of de notaris die akten wil verlijden er überhaupt wel verstandig aan doet om netwerkactiviteiten te ondernemen. Voor zover die netwerkactiviteiten al zin hebben, zie hiervoor, moeten die activiteiten erop gericht zijn om bekend te maken dat juist hij in staat is om perfecte akten te ontwerpen en ja, dat hij in staat is om alle aspecten van omzetbelasting, overdrachtsbelasting, burgerlijk recht, publiek recht, bouwrecht etc. perfect te overzien, zonder overigens weer op één van die terreinen partijadviseur van één van de partijen te willen worden. De netwerkactiviteiten zullen er dus op gericht moeten zijn de voor het verlijden van een akte vereiste kwaliteiten te etaleren.

Die netwerkactiviteiten leiden dus niet tot een sluipende partijdigheid zoals Schoordijk schrijft.

De netwerkactiviteiten van de notaris zijn vanaf 1 oktober 1999 alleen dan zinvol wanneer ze gericht zijn op partijadviseurschap, dan wel op kwaliteit als keuzecriterium voor het verlijden van akten.

Ik ben ervan overtuigd dat, wanneer Schoordijk kennis zou hebben gedragen van het verbod dat zich achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA verschuilt, hij zijn artikel niet op dezelfde wijze zou hebben geschreven. Daaruit trek ik de conclusie dat ook Schoordijk van het verbod niet op de hoogte was.

- 1.25.3. Als tweede voorbeeld noem ik het rapport van de werkgroep "ambt en onderneming" van de KNB Handel en Publieke Taak, gedachten over het notariaat als ambt en onderneming, dat in april 2004 werd uitgebracht. Dit rapport doet de volgende suggestie:<sup>102</sup>

*Combinatie van diensten. Het is niet zuiver dat een notaris die in sterke mate met één partij kan worden geassocieerd, als onpartijdig notaris akten passeert, waarbij die partij één van de partijen/belanghebbenden is. Men denke aan de projectnotaris in een bouwproject. Evenmin is geloofwaardig dat zo'n notaris anderszins in het proces een dominante rol speelt. Steeds waar sprake is van althans de schijn van partijdigheid en afhankelijkheid moet worden afgehaakt.*

Wanneer de werkgroep kennis gedragen zou hebben gehad van het verbod dat schuil gaat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA,

---

<sup>102</sup> p. 12

## Hoofdstuk 1

dan zou de suggestie niet zijn gedaan. De suggestie die wordt gedaan komt immers in uitwerking geheel met het verbod overeen.

Ik kan hiervoor maar één plausible reden voor bedenken. De werkgroep was niet op de hoogte van de eerste reactie van Waaijer (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) of van de tweede reactie van Heyman (zie paragraaf 1.22.1. van dit hoofdstuk).

De publicaties van Waaijer en van Heyman zijn dus in de vergetelheid geraakt.

- 1.25.4. In het in 2004 verschenen artikel "van stempelen en samenwerken" schrijven Bijkerk en Scholtens:<sup>103</sup>

*Overigens lijkt het wenselijk dat een notaris zich pas dan uitsluitend richt op de belangen van slechts één van de partijen, wanneer hij weet dat de wederpartij van behoorlijke juridische bijstand is voorzien. Dit geldt o.i. zowel voor het optreden als juridisch adviseur als voor het passeren van akten. Als we het goed zien bepleit Kortmann<sup>104</sup> deze afweging slechts in geval van rolwisseling in de zin van art. 22 VBG, d.w.z. als de notaris een akte passeert bij het totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur betrokken is geweest. Het is echter moeilijk voor te stellen dat een notaris bij de voorbereiding van de akte(n) in een bepaald dossier als partijadviseur optreedt en zich pas bij de gelegenheid van het passeren zorgen maakt over de juridische deskundigheid van de (adviseurs van de) wederpartij van zijn cliënt.*

Uit de laatste zin van dit citaat leid ik af dat Bijkerk en Scholtens (en Kortmann) van mening zijn dat het mogelijk is dat de notaris een akte zou kunnen verlijden bij de voorbereiding waarvan hij als partijadviseur van één der partijen optreedt.

Wanneer Bijkerk en Scholtens (en Kortmann) kennis gedragen zouden hebben van de eerste reactie van Waaijer (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) of van de tweede reactie van Heyman (zie paragraaf 1.23.1. van dit hoofdstuk), dan zou dit artikel naar mijn mening niet op deze wijze geschreven zijn. Ook voor Bijkerk, Scholtens en Kortmann waren de publicaties van Waaijer en Heyman blijkbaar in de vergetelheid geraakt.

- 1.25.5. Tijdens het XXIVe Wereldcongres van de Union Internationale du Notariat Latin (UINL) dat van 18 tot en met 23 oktober 2004 te Mexico City werd gehouden was één van de thema's: de onpartijdigheid van de notaris geeft partijen zekerheid in het contractenrecht. Over de Belgische, Franse en Duitse bijdragen aan dit congres en over de aanbevelingen van dit congres bericht ik in hoofdstuk 2.

In het rapport van de Nederlandse delegatie<sup>105</sup> staat vermeld:

*Toch blijft het (internationale) rechtsverkeer ook behoefte houden aan een partijgebonden juridische adviseur naar Angelsaksisch model. Met name op het gebied van het (notarieel) ondernemingsrecht kan de notaris gevraagd worden op te treden als partijadviseur. Volgens de verordening interdisciplinaire samenwerking is het de notaris niet verboden als zodanig op te treden. Wel moet hij dit melden aan de betrokken partijen. Het passeren van de akte*

---

<sup>103</sup> M. Bijkerk en M.A.J.M. Scholtens, "van stempelen en samenwerken", WPNR 2004/6591, p. 757-759

<sup>104</sup> zie mr. S.C.J.J. Kortmann in de 'De status van het advies', preadvies NJV 2004, p. 223. Het advies en de rol van de adviseur, Handelingen NJV, Kluwer 2004

<sup>105</sup> Coordinator: mr. S.J.J. Wierseman; Redactie: mevr. mr. A.A. van Berge, mevr. M.E. Dop-Fraterman, BA, mr. J.H.J.M. Hamans, mr. R.J. Holtman, mr. J.J.P.M. Storimans, mevr. mr. A. Tomlow en mevr. mr. K.M.M. de Wit

*waarbij hij als partijadviseur is opgetreden, zal hij volgens de verordening beroeps- en gedragsregels aan een collega moeten overlaten.*

Wanneer de opstellers van het rapport kennis gehad zouden hebben van het verbod dat schuil gaat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA, dan zou dit stellig in het rapport zijn vermeld. Overigens intrigeert de geciteerde passage. Art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels luidt:<sup>106</sup>

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

Hoewel het rapport niet naar een specifiek artikel van de Verordening beroeps- en gedragsregels verwijst, neem ik aan dat het rapport doelt op het hiervoor geciteerde art. 22, eerste lid. Het merkwaardige is nu dat de conclusie van het rapport:

*Het passeren van de akten waarbij hij als partijadviseur is opgetreden, zal volgens de verordening beroeps- en gedragsregels aan een collega moeten overlaten*

in zijn algemeenheid niet uit art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels te lezen is. De conclusie is alleen correct voor het geval niet alle betrokkenen daarmee instemmen. Het rapport laat echter na van deze nuancerende melding te maken en maakt melding van een absoluut verbod. Het rapport vermeldt echter niet hoe zij tot deze conclusie komt.

Er is maar één manier om tot de conclusie van het absolute verbod te komen en dat is de uitleg van de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA. Via uitleg van de Verordening beroeps- en gedragsregels is de conclusie niet te trekken.

Mag hieruit afgeleid worden dat het rapport zich op deze uitleg van art. 17, eerste lid WNA heeft gebaseerd?

Omdat het rapport deze bron niet noemt meen ik te mogen concluderen dat het rapport zich niet op het bepaalde in art. 17, eerste lid WNA – dat in het rapport wel in ander verband wordt geciteerd – heeft gebaseerd.

De opstellers van het rapport waren blijkbaar niet op de hoogte van de eerste reactie van Waaijer (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) of van de tweede reactie van Heyman (zie paragraaf 1.23.1. van dit hoofdstuk). De publicaties van Waaijer en Heyman zijn dus in de vergetelheid geraakt.

- 1.25.6. Op 29 september 2005 is het rapport van de commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, ingesteld bij besluit van de Minister van Justitie van 9 juli 2004 (Staatscourant 2004, nr 137) uitgebracht. Het rapport draagt de titel: Het beste van twee werelden.

Dit rapport duid ik hierna aan met Hammerstein, naar de naam van de voorzitter van de commissie, Mr. A. Hammerstein, president van het Gerechtshof Arnhem.

Deze commissie werd ingesteld met het doel te komen tot een brede evaluatie van de op 1 oktober 1999 in werking getreden wet.<sup>107</sup>

Hammerstein wijdt geen woord aan de tegenstelling tussen art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels en het verbod dat schuilgaat achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA, terwijl daar gelet op hetgeen in dit hoofdstuk is besproken in het kader van een brede

<sup>106</sup> zie paragraaf 1.18.2. van dit hoofdstuk

<sup>107</sup> Zie brief Ministerie van Justitie, *Kamerstukken II*, 2005/2006, 23 706, p. 1

evaluatie van de wet toch alle aanleiding voor zou zijn geweest. Dit geldt temeer omdat het besluit van de Minister van Justitie van 9 juli 2004 Hammerstein onder meer tot taak heeft gesteld te onderzoeken of en in hoeverre het bestaan van inkoopmacht bij de gebruikers van notariële diensten in overeenstemming is met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris. Ik denk dat in dit onderzoek het achter de woorden op onpartijdige wijze schuilgaande verbod een rol speelt en wel in die zin dat het de notaris een bescherming oplevert tegen de inkoopmacht.

Ik licht dit als volgt toe.

Hammerstein veronderstelt dat deze inkoopkracht te maken heeft met machtige partijen op de markt en noemt<sup>108</sup> projectontwikkelaars als voorbeeld daarvan.

In paragraaf 1.25.2. heb ik de relatie tussen de notaris en de projectontwikkelaar beschreven. De marktmacht kan onder het verbod dat schuilgaat achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA praktisch alleen worden uitgeoefend wanneer een projectontwikkelaar aan de betreffende notaris een reeds volledig uitgewerkte koop-/aannemingsovereenkomst als model ter hand stelt. De notaris hoeft dus geen voorfinanciering te plegen door niet of onvoldoende betaalde tijd te investeren in het opstellen van de koop-/aannemingsovereenkomst of het verrichten van ander werkzaamheden ter verkrijging van de opdracht. Door het verrichten van werkzaamheden voor één partij (de projectontwikkelaar) wordt de notaris partijadviseur en dat verhindert hem de akten te verlijden.

Het achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuilgaande verbod leidt ertoe dat de notaris zich inhoudelijk neutraal jegens de projectontwikkelaar op kan stellen. In die zin helpt het verbod de notaris inhoudelijk niet afhankelijk te worden van zijn opdrachtgever en dat acht ik een belangrijk element bij de beantwoording van de door de Minister gestelde vraag.

Het niet bij de beantwoording van de voormelde vraag betrekken van het verbod dat achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat acht ik een gemiste kans. Het missen van de kans kan ik uitsluitend verklaren uit het feit dat Hammerstein niet op de hoogte is van de Memorie van Antwoord<sup>109</sup>, de reactie van Waaijer (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) of van de tweede reactie van Heyman (zie paragraaf 1.23.1. van dit hoofdstuk). De publicaties van Waaijer en Heyman zijn dus in de vergetelheid geraakt.

- 1.25.7. In de voorgaande paragrafen heb ik verwezen naar publicaties van in notarieel Nederland alom gerespecteerde auteurs, die door hun publicaties blijk hebben gegeven van hun belangstelling voor het onderhavige onderwerp.

Uit het feit dat ook deze auteurs niet refereren aan de reacties van Waaijer en Heyman leid ik een extra argument af voor de in paragraaf 1.22.7. van dit hoofdstuk getrokken conclusie dat een minder geëngageerde individuele notaris gewoon niet weet hoe de wet luidt en waar hij aan toe is.

### 1.26. Jurisprudentie over interdisciplinaire samenwerking

- 1.26.1. De in de voorgaande paragrafen besproken verhouding tussen art. 17, eerste lid WNA, art. 22 Verordening beroeps- en gedragsregels en art. 6 Verordening interdisciplinaire samenwerking kwam aan de orde in de uitspraak van de hoogste notariële tuchtrechter, het Hof Amsterdam, in de navolgende zaak over interdisciplinaire samenwerking en belangenverstremming.<sup>110</sup>

---

<sup>108</sup> Hammerstein, p. 36

<sup>109</sup> *Kamerstukken I*, 1997/1998, nr. 331b, zie paragraaf 1.13. van dit hoofdstuk

<sup>110</sup> Hof Amsterdam 5 september 2002, nr. 1137/2001 NOT, PW 21542

Het betrof het beroep tegen een vonnis van de Kamer van Toezicht Zutphen.<sup>111</sup> Aan een notaris was een project tot de bouw en verkoop van 54 appartementen gegund door een Woningstichting. Mr A, advocaat en kantoorgenoot van de notaris, was voorzitter van de Raad van Commissarissen van de Stichting. De notaris onderhoudt met Mr A een samenwerkingsverband als bedoeld in art. 1 van de Verordening interdisciplinaire samenwerking. De Stichting had, voordat zij tot gunning van het project aan de notaris overging twee notariskantoren om een offerte gevraagd; de klacht werd ingediend door het notariskantoor aan wie de opdracht niet was gegund.

In de procedure was volgens het Hof aan de orde de vraag of de notaris door het uitbrengen van de offerte en vervolgens aanvaarden van de opdracht in strijd is gekomen met het bepaalde in art. 17, tweede lid WNA en de daarmee samenhangende artt 3 en 6 van de Verordening interdisciplinaire samenwerking en art. 22 van de Verordening beroeps- en gedragsregels. Ofschoon de klacht niet werd ingediend door één van de kopers van de appartementen, achtte het Hof deze niet vrije keuze van de notaris voor de kopers van een appartement in geval van een project als de onderhavige van belang voor de overweging dat de notaris door te handelen in het samenwerkingsverband, waarvan hij en Mr A deel uitmaakten, een situatie heeft gecreëerd, waardoor de vertrouwensrelatie met cliënten (de kopers van de appartementen) in gevaar kon worden gebracht. Daardoor heeft, naar het oordeel van het Hof, de notaris het voorschrift van art. 3, eerste lid laatste volzin van de Verordening interdisciplinaire samenwerking overtreden en wordt de tuchtrechtelijke maatregel van berisping opgelegd.

In de uitleg die door mij aan art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels wordt gegeven, was de klacht eveneens gegrond verklaard. Wanneer feitelijk wordt vastgesteld, en dat doet het Hof, dat kantoorgenoot Mr A als partijadviseur van de Woningstichting betrokken is geweest bij de totstandkoming van de akten waarbij de appartementen aan de kopers worden geleverd, dan had de notaris de akten niet mogen verlijden. Ik verwijs naar paragraaf 1.18.3. van dit hoofdstuk. Dit had dan rechtstreeks geleid tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Dit acht ik dan ook de enig juiste motivering voor de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.

Wanneer het Hof – ten onrechte naar ik meen – aanneemt dat art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels verbindend is, dan is in principe toegestaan dat de notaris een akte verlijdt bij de totstandkoming waarvan een kantoorgenoot, zoals Mr A, betrokken is geweest. De betrokkenheid van kantoorgenoot Mr A kan dus nimmer de vertrouwensrelatie met de kopers van appartementen in gevaar brengen. Van belang is dan uitsluitend of de kopers van de appartementen met het verlijden van de akte door de notaris instemmen. Dat doen deze kopers naar mijn mening impliciet door te compareren bij de akte van levering, en misschien al eerder bij het tekenen van de koopovereenkomst. (Uit het vonnis van de Kamer van Toezicht Zutphen blijkt niet of er een koopovereenkomst is getekend). Bovendien is door geen van deze kopers een klacht tegen de notaris ingediend, waarin wordt gesteld dat de instemming niet is gegeven.

Wanneer aan de eis van instemming van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels is voldaan, mocht de notaris de akten verlijden. Op dat moment is de vertrouwensrelatie met de kopers van de appartementen naar mijn mening volledig en kan er om die reden geen sprake meer zijn van

---

<sup>111</sup> Kamer van Toezicht Zutphen 3 december 2001, nr. 07/2001

## Hoofdstuk 1

het door het samenwerkingsverband in gevaar brengen van de vertrouwensrelatie met cliënten.

Op basis van de door het Hof gebezigde motivering had de klacht dan ook naar mijn mening afgewezen dienen te worden.

- 1.26.2. Waaijer bericht in WPNR 2003/6529 over een uitspraak van de hoogste tuchtrechter, het Hof Amsterdam, in een zaak waarbij de in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzame notaris als projectnotaris optrad in een nieuwbouwproject. Het bijzondere was daar dat die notaris ook koper was in hetzelfde nieuwbouwproject.<sup>112</sup> De akte waarbij de notaris haar nieuwbouwwoning op basis van een koop-/aannemingsovereenkomst geleverd kreeg, werd voor een andere notaris verleden.

De klacht luidde dat de notaris in het uitoefenen van haar werkzaamheden onvoldoende onpartijdigheid heeft betracht, enerzijds doordat zij projectnotaris was en als koper optrad en anderzijds omdat de projectmakelaar werd bijgestaan door twee advocaten verbonden aan het kantoor van de notaris.

De projectontwikkelaar was de opdrachtgever van de notaris.

Alvorens de uitspraak van het Hof weer te geven, geef ik eerst mijn analyse.

Uit het relaas van Waaijer leid ik af dat de notaris het ontwerp van de koop-/aannemingsovereenkomst had gemaakt. Dat lijkt op zich al voldoende<sup>113</sup> voor rechtstreekse toepassing van het verbod dat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaat. Op basis van dit verbod mocht de notaris de akten van levering niet verlijden en was zij voor het niet-nakomen van dit verbod tuchtrechtelijke aansprakelijk.

Een tweede benadering gaat als volgt. Op basis van de combinatie van dit verbod en de onverbindendheid van de woorden: tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen in art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels luidt de hoofdregel: de notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarvan hij (in dit geval: zij) of een kantoorgenoot partijadviseur van één der partijen is geweest. Nu twee kantoorgenoten partijadviseur van de projectontwikkelaar zijn geweest, mocht de notaris de akten van levering niet verlijden en was zij voor het niet-nakomen van dit verbod tuchtrechtelijk aansprakelijk.

Opvallend in de uitspraak van het Hof is dat deze analyse in het geheel niet in de beschouwingen wordt betrokken. Daaruit leid ik af dat de reacties van Waaijer (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) en van Heyman (zie paragraaf 1.23.1. van dit hoofdstuk) ook voor het Hof in het vergeetboek zijn geraakt.

Voor zover ik heb kunnen vaststellen is de door mij gegeven analyse door de klagers niet bij de klacht betrokken en dat kan natuurlijk de reden zijn geweest waarom het Hof de door mij gegeven analyse niet in haar uitspraak heeft betrokken. Het niet bij de klacht betrekken van de analyse hoeft voor het Hof natuurlijk nog geen doorslaggevende reden te zijn om niet zelf de analyse bij de uitspraak te betrekken.

Wanneer het Hof uitgaat van de verbindendheid van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, dan had de notaris de akten mogen verlijden wanneer de kopers van de nieuwbouwwoningen daarmee instemden. Bij de gegevens wordt nog vermeld dat de notaris de klagers en de andere kopers heeft ingelicht over haar eigen deelname van een woning in het project. De kopers van de nieuwbouwwoningen hebben dat bij het tekenen van de

---

<sup>112</sup> Hof Amsterdam 31 oktober 2002, nr. 145/02, n.g. (notariskamer), WPNR 2003/6529, p. 352 en 353, behandeld door B.C.M. Waaijer

<sup>113</sup> zie paragraaf 1.25.2. van dit hoofdstuk

koop-/aannemingsovereenkomst casu quo bij het verlijden van de akte van levering de door art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels vereiste instemming gegeven. De notaris mocht dan de akten verlijden en het is dan niet meer mogelijk om een belangenverstrengeling te constateren. Die belangenverstrengeling wordt immers in art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels uitdrukkelijk gelegitimeerd!

Naar mijn mening had het Hof dan ook niet tot de conclusie kunnen komen dat de kwaliteit van deelnemen in het project en die van projectnotaris niet met elkaar verenigbaar zijn, althans niet ten tijde van het verlijden van de akte van levering.

De feiten vermelden verder dat de hoofdaannemer tijdens de bouw faillieert en dat – op het kantoor van het interdisciplinaire samenwerkingsverband – een kopersbijeenkomst plaats vindt, waar ook de projectnotaris aan deelnam. Uit de feiten – de hoofdaannemer faillieerde tijdens de bouw – en – het ging om het uitvoeren van meerwerk – leid ik af dat op dat moment de akten van levering alle reeds zijn verleden. In de terminologie van de wet: de notaris had op dat moment de wettelijke werkzaamheden reeds afgerond. Op dat moment kan er naar mijn mening geen enkele onduidelijkheid meer bestaan over de hoedanigheid waarin de notaris aan de kopersvergadering deelnam. De notaris zat daar óf als koper óf als partijadviseur van de projectontwikkelaar. In ieder geval was de betrokkenheid van de notaris als projectnotaris afgelopen. Ik begrijp dan ook niet dat het Hof de klacht gegrond kan verklaren op grond van de overweging "nu de notaris als projectnotaris bij het project betrokken was". Van ongewenste beïnvloeding kan na het verlijden van alle leveringsakten toch geen sprake meer zijn? Ik ben van mening dat de motivering van het Hof de uitspraak niet kan dragen.

Opvallend is dat Waaijer in zijn commentaar op deze uitspraak met geen woord rept over art. 17, eerste lid WNA en/of art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels en evenmin verwijst naar zijn eerdere artikel in WPNR 6363/1999 (zie paragraaf 1.17.1. van dit hoofdstuk) terwijl in de door hem geciteerde passage van de Memorie van Antwoord de sleutel ligt voor het oplossen van dit soort gevallen

Precies om de situaties die Waaijer in zijn commentaar gebruikt:

*Zo kan de notaris er belang bij hebben om de bezwaring van grond met erfdiensbaarheden zo te sturen dat hij er zelf zo min mogelijk last van heeft. Ook is denkbaar dat de notaris, die reeds heeft gekocht, belang heeft om geïnteresseerden voor het project gerust te stellen over de inhoud van de koop/aannemingsovereenkomsten.*

mag de notaris op grond van de Memorie van Antwoord en het verbod dat schuilgaat achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA, de akte niet verlijden.

Waaijer merkt verder op:

*De notaris heeft bijstand verleend als projectnotaris. Voor één van de partijen, te weten de projectontwikkelaar treden twee aan het kantoor van de notaris verbonden advocaten op. Dat vindt de tuchtrechter niet toelaatbaar. Waarom niet? De rechtsbijstand van de advocaten zou volgens de tuchtrechter kunnen leiden tot "ongewenste beïnvloeding".*

Ik denk dat de rechtsbijstand van de twee advocaten nimmer kan leiden tot ongewenste beïnvloeding. Acht men – anders dan ik – art. 22 eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels in haar huidige vorm verbindend dan



## Hoofdstuk 1

legitimeert dit artikel het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan kantoorgenoten als partijadviseur van één der partijen betrokken zijn. Wanneer er sprake is van instemming van betrokkenen kan er naar mijn mening in die sleutel nooit meer sprake zijn van ongewenste beïnvloeding. Wil men ongewenste beïnvloeding buiten de deur houden dan kan men slechts het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan de notaris of een kantoorgenoot als partijadviseur van één der partijen betrokken is, verbieden. Dat is dan ook het huidige stelsel.

### 1.27. Is partijadvies een exclusief verschijnsel van interdisciplinaire samenwerking?

Aan Deckers<sup>114</sup> komt de eer toe dat hij de bovenstaande vraag voor het eerst publiekelijk heeft gesteld. Deckers stelt:<sup>115</sup>

*8. Tenslotte moet over het partij-advies gezegd worden dat dit echt geen exclusief IDS-verschijnsel is. Een klassieke eenpitter kan evengoed verzocht worden om als adviseur een bepaalde verrichting te begeleiden.*

Ik ben het met Deckers eens. In paragraaf 1.24. van dit hoofdstuk heb ik dan ook de door Melis-Waaijer bepleite uitzonderingspositie voor notarissen die in een interdisciplinaire samenwerkingsverband werkzaam zijn verworpen. Voor de door mij gebruikte argumenten verwijs ik naar die paragraaf.

In paragraaf 1.23.3. van dit hoofdstuk heb ik opgemerkt dat het door Heyman gegeven voorbeeld zich op ieder type notariskantoor kan voordoen. Notaris X, Y of Z in dat voorbeeld kan een solitaire notaris zijn, kan werkzaam zijn in een samenwerkingsverband of kan onderdeel uitmaken van een interdisciplinair samenwerkingsverband.

Voor iedere notaris betekenen de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA hetzelfde:

De notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.

Voor notarissen die werkzaam zijn in een samenwerkingsverband of onderdeel uitmaken van een interdisciplinaire samenwerkingsverband en die uit dien hoofde kantoorgenoten hebben geldt nog een tweede regel:

De notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarbij een kantoorgenoot van die notaris als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest

Hiermee sluit ik de analyse over de tegenstelling tussen art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels en het verbod dat schuil gaat achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA af.

In de resterende paragrafen van dit hoofdstuk richt ik mij op de beantwoording van de onderzoeksvraag van deze studie:

wat betekent de onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?

### 1.28. Wat betekent onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?

#### 1.28.1. In het voorgaande is allereerst het speelveld van de onpartijdigheid afgebakend. Vastgesteld is dat onpartijdigheid uitsluitend geldt voor wettelijke

---

<sup>114</sup> E. Deckers, Notaris te Antwerpen en ere-voorzitter van de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat

<sup>115</sup> E. Deckers, "Bedenkingen over interdisciplinaire samenwerking", WPNR 2002/6503, p. 659-663

werkzaamheden. In paragraaf 1.15.1. van dit hoofdstuk heb ik aangegeven wat wettelijke werkzaamheden zijn.

- 1.28.2. De WNA gaat op twee verschillende wijzen met de eis van onpartijdigheid (en onafhankelijkheid) om. Aan de ene kant zijn er bepalingen waarin het woord onpartijdig(heid) letterlijk is opgenomen. Die bepalingen noem ik in paragraaf 1.28.3. van dit hoofdstuk. Aan de andere kant zijn er geboden en verboden opgenomen die onpartijdigheid beogen uit te drukken, maar die het woord onpartijdig(heid) zelf niet noemen. Laatst genoemde geboden en verboden zijn<sup>116</sup>

art. 9 WNA

De onverenigbaarheid van bepaalde betrekkingen met het notarisambt.

art. 19 WNA

Het verbod om akten te verlijden waarin natuurlijke personen optreden als partij of vertegenwoordiger voor een partij bij die akte, indien de notaris in een nauwe familierechtelijke betrekking tot die personen staat. Een verbod geldt eveneens indien een rechtspersoon als partij of vertegenwoordiger van een partij optreedt, indien bij die rechtspersoon personen zijn betrokken waarmee de notaris in nauwe familierechtelijke betrekking staat.

art. 20 WNA

Het verbod om akten te verlijden die een begunstiging inhouden van de notaris zelf of van personen tot wie de notaris in een nauwe familierechtelijke betrekking staat. Ook hier geldt het verbod eveneens voor rechtspersonen waarbij "familie" is betrokken.

art. 23, tweede lid, sub b WNA

Het verbod om leningen te verstrekken aan degene die partij is bij een akte of die rechtstreeks of middellijk betrokken is bij een rechtshandeling waarop de akte betrekking heeft.

art. 23, tweede lid, sub c WNA

Het verbod om zich borg te stellen of anderszins in te staan voor schulden van anderen.

art. 39 WNA

Het verbod om personen tot wie de notaris in een nauwe familierechtelijke betrekking staat als getuige te laten optreden in een akte.

Tot deze categorie van verboden hoort ook het in de voorgaande paragrafen genoemde verbod, dat wordt afgeleid uit de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA:

*De notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.*

Deze regels drukken uit wat de wetgever met het begrip onpartijdigheid (en onafhankelijkheid) voor ogen heeft gehad.

- 1.28.3. Het woord onpartijdig(heid) (van de Nederlandse notaris) komt voor in de geboden en verboden opgenomen in de volgende artikelen van de WNA:

---

<sup>116</sup> Melis-Waaijer, p. 27

## Hoofdstuk 1

### art. 3, tweede lid WNA

In de ambtseed zweert de notaris dat hij zijn taak eerlijk, nauwgezet en onpartijdig zal uitvoeren.

### art. 11 WNA

De verplichting om nevenbetrekkingen te melden en van een nevenbetrekking af te zien indien onpartijdigheid en onafhankelijkheid daardoor wordt of kan worden beïnvloed.

### art. 17, eerste lid WNA

De verplichting van de notaris om de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze te behartigen.

### art. 17, tweede lid WNA

Het verbod om het notarisambt niet uit te oefenen in dienstbetrekking of in enig ander verband, waardoor zijn onpartijdigheid wordt of kan worden beïnvloed.

### art. 17, derde lid WNA

Het verbod om rechtstreeks of middellijk te handelen en te beleggen in registergoederen en effecten in ten beurze genoteerde en in niet ten beurze genoteerde vennootschappen, tenzij de notaris redelijkerwijs mag verwachten dat hierdoor zijn onpartijdigheid of onafhankelijkheid niet wordt of kan worden beïnvloed.

### art. 18, eerste lid WNA

De voorwaarde om samenwerkingsverbanden met beoefenaren van een ander beroep alleen dan aan te gaan, wanneer daardoor zijn onpartijdigheid niet wordt of kan worden beïnvloed.

Bij deze bepalingen doet zich de vraag voor wat het woord onpartijdig(heid) betekent. Het resterend deel van dit hoofdstuk is gewijd aan de zoektocht binnen de WNA, de parlementaire behandeling van de WNA, de literatuur en de jurisprudentie naar het antwoord op deze vraag.

Het beantwoorden van deze vraag is het hoofddoel van deze studie.

- 1.28.4. De WNA definieert het begrip onpartijdig(heid) niet. De WNA omschrijft evenmin wat onder het begrip onpartijdig(heid) zou moeten worden verstaan. In het eerste ontwerp van de wet van 3 mei 1994 (zie paragraaf 1.2.2. van dit hoofdstuk) is geen definitie of omschrijving van het begrip onpartijdig(heid), zoals voorgesteld in onder meer art. 15, eerste lid, opgenomen. Het artikelsgewijs commentaar bij art. 15 verwijst naar de verplichting, dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen behartigt, naar de door de Koninklijke Notariële Broederschap vastgestelde Beroeps- en gedragsregels. In de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap is evenmin een definitie of een omschrijving van het begrip onpartijdigheid opgenomen.
- 1.28.5. Aan de bron ontbreekt derhalve een definitie of omschrijving van het begrip onpartijdigheid. Dat is op zich eigenlijk al opzienbarend. Art. 17, eerste lid WNA verwacht van de notaris gelijktijdig immers wel dat hij de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze behartigt. Zonder definitie van dit begrip onpartijdig(heid) in de WNA wordt het de individuele notaris wel erg lastig gemaakt om aan de in art. 17, eerste lid WNA opgelegde verplichting adequaat te voldoen.

In de hierna volgende paragrafen loop ik de literatuur na die op dit punt is verschenen. Ik ben daarbij op zoek naar de betekenis die de diverse auteurs aan het begrip onpartijdig(heid) toekennen.

1.29. Melis-Waaijer over onpartijdigheid

- 1.29.1. Melis-Waaijer bevat geen definitie van het begrip onpartijdig(heid). Wel geeft Melis Waaijer aan wat onder onpartijdig(heid) zou moeten worden verstaan:<sup>117</sup>

*Wat houdt de eis van onpartijdigheid in? Hoofregel is dat de notaris zich de belangen van bepaalde partijen niet méér zal mogen aantrekken dan die van anderen. Hij mag bij zijn rechtsbedeling de één niet bevoordelen ten opzichte van de ander. Dit leidt evenwel uitzondering indien zulks wordt ingegeven door het feit dat een partij zich ten opzichte van de ander in een voor de betreffende rechtshandeling relevante achterstandspositie bevindt. Is sprake van zo'n achterstandspositie dan dient de notaris zoveel mogelijk corrigerend op te treden. Hij dient zich ook dan dus actief op te stellen. Een juridisch relevante achterstandspositie kan zijn oorzaak vinden in juridische onkunde of in feitelijk overwicht van de ander, waaronder ik mede zou willen begrijpen een economische machtspositie van de ander. In dit verband wordt wel de term gebruikt: compenserende onpartijdigheid, hetgeen inhoudt dat de notaris de zwakkere partij in bescherming dient te nemen tegen de sterkere wederpartij,*

Melis-Waaijer verwijst verder naar de dissertatie van Kocken<sup>118</sup>, die hierna verder zal worden besproken:

*Gezegd zou kunnen worden dat de notaris ongelijkheden dient te bestrijden*

Melis-Waaijer geeft geen eigen mening, maar geeft een samenvatting van wat de jurisprudentie (vermeendelijk) over het begrip onpartijdigheid heeft gezegd. In de eerste regels van bovengenoemd citaat lezen we zonder moeite het bekende arrest van de Hoge Raad inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden.<sup>119</sup> De Hoge Raad benadrukt dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer met zich meebrengt dat hij beroepshalve is gehouden naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Op het arrest kom ik in hoofdstuk 4 nog uitvoerig terug. Op deze plaats beperk ik mij dan ook tot een aantal inleidende opmerkingen.

Dit arrest is gewezen onder het regiem van de WNA-oud, toen het begrip onpartijdig(heid) nog niet in de wet was opgenomen. De Hoge Raad noemt in het arrest het begrip onpartijdig(heid) niet. Zonder nadere uitleg van Melis-Waaijer is mij dan ook niet duidelijk hoe dit arrest enig licht zou kunnen werpen op het begrip onpartijdigheid in art. 17, eerste lid WNA.

Naar mijn mening wordt dit licht door het arrest dan ook niet geworpen.

- 1.29.2. Melis-Waaijer vermeldt verder:<sup>120</sup>

*Wat betekent onpartijdigheid in concreto? Hieronder geef ik enkele voorbeelden, al dan niet geïnspireerd door uitspraken van de tuchtrechter.*

---

<sup>117</sup> Melis-Waaijer, p. 28

<sup>118</sup> C.L.B. Kocken, De hand van de notaris, diss., Ars Notariatus LXXIX, 1997, p. 149

<sup>119</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (m. nt. EAAL)

<sup>120</sup> Melis-Waaijer, p. 29

*De notaris wekt tenminste de schijn van partijdigheid indien hij partijen niet van dezelfde informatie voorziet.<sup>121</sup> Als deelgenoten om een uittreksel uit het dossier vragen, kan de notaris dat uittreksel niet aan enkelen onthouden, zeker niet als het stuk is bestemd om te worden gebruikt in een procedure van één van de deelgenoten tegen de andere deelgenoten.<sup>122</sup>*

*Indien de notaris gevraagd wordt ter zake van de totstandkoming van een rechtshandeling een notariële akte op te stellen, zal hij daarvoor concepten opstellen. Een onpartijdige opstelling vereist dat hij die concepten opstelt aan de hand van de door de gezamenlijke partijen verstrekte informatie, naar eigen goeddunken. De (schijn van) onpartijdigheid kan in gevaar komen indien de notaris zich over de inhoud van de rechtshandeling slechts door één partij laat informeren en in nauwe samenwerking met deze partij komt tot het opstellen van een volgens diens instructies opgesteld ontwerp. Als dat ontwerp uiteindelijk door die partij wordt geaccordeerd en pas vervolgens door de notaris aan de ander wordt overgelegd, heeft die wederpartij een achterstand.<sup>123</sup> Daarvan zal zeker sprake zijn indien de notaris niet zeer zorgvuldig is bij zijn voorlichtende taak aangaande voetangels en klemmen.*

*De notaris dient het beginsel van hoor en wederhoor toe te passen. Dat speelt in de praktijk in het bijzonder bij conflicten in het kader van de afhandeling van verdelingen van huwelijksgemeenschappen, in het kader van echtscheidingen en bij de verdeling van nalatenschappen. De Kamer van Toezicht Amsterdam oordeelde op 30 september 1998, WPNR 99/6354, over een notaris die een akte van verjaring indiende als bedoeld in art. 34 Kw, zonder de door hem getraceerde kadastrale eigenaar te horen. "Juist in het geval waarin de wetgever de notaris de bevoegdheid geeft om een oordeel te vellen met zodanige juridische consequenties als de onderhavige, te weten een versterking van de procesrechtelijke en bewijsrechtelijke positie van degene die een beroep op verjaring doet, vereist de zorgvuldigheid dat de notaris degene tegen wie de verjaring werkt in de gelegenheid stelt zijn visie daarop te geven."*

*Voor onpartijdigheid en onafhankelijkheid is ook de persoonlijke opstelling van de notaris van belang. De notaris dient voldoende distantie te betrachten.<sup>124</sup> De notaris die zich in een bespreking of in correspondentie met zijn vaste cliënt al te amicaal opstelt, maakt zich kwetsbaar. Hij wekt bij de argwanende wederpartij licht de schijn dat sprake is van twee handen op één buik. Ook de plaats van het verrichten van de notariële diensten kan van belang zijn, namelijk als de notaris buiten zijn kantoor optreedt. Op 22 juni 1995, WPNR 95/6197 oordeelde het hof dat de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de notaris gevaar lopen indien hij hypotheekakten passeert op het kantoor van de bank. Dat de partijen daar uitdrukkelijk om hebben verzocht, doet daar niet aan af. "Het kantoor van de bank is geen neutraal terrein en de notaris heeft door daar te passeren niet voorkomen dat de schijn kan worden gewekt dat hij als notaris niet boven de partijen staat."<sup>125</sup>*

Ik heb ervoor gekozen om Melis-Waaijer wat uitvoeriger te citeren. Het citaat bevat een mooie samenvatting van de punten die door de meest auteurs in dit verband naar voren worden gebracht.

Ik maak een aantal kritische opmerkingen. De begrippen onpartijdigheid en partijdigheid zijn elkaars complement, en sluiten elkaar wederkerig uit. Wanneer niet één van beide begrippen wordt gedefinieerd, is ook niet duidelijk

---

<sup>121</sup> Hof Amsterdam 27 juli 1995, WPNR 95/6204

<sup>122</sup> Zie Hof Amsterdam 25 april 1991, WPNR 91/6016 en Kamer van Toezicht Amsterdam 30 september 1998, WPNR 99/6358.

<sup>123</sup> Vergelijk Hof Amsterdam 11 juni 1998, WPNR 99/6354

<sup>124</sup> Zie ook C.L.B. Kocken, *De hand van de notaris, diss., Ars Notariatus LXXIX, 1997, pag. 149*

<sup>125</sup> Hierover kritisch: R.J. Holtman in JBN 1996/18

wat het andere begrip betekent. Wanneer het begrip onpartijdigheid niet wordt gedefinieerd blijft onduidelijk wat het begrip partijdigheid inhoudt. Wanneer het begrip partijdigheid niet wordt gedefinieerd wordt niet duidelijk wat het begrip onpartijdigheid inhoudt. Een stap verder is dat, wanneer de begrippen onpartijdigheid en partijdigheid niet zijn gedefinieerd, het onduidelijk is wat de uitdrukking schijn van partijdigheid zou moeten betekenen. In geen geval kan de – ongedefinieerde – uitdrukking schijn van partijdigheid op zich verklaren wat het begrip onpartijdigheid betekent.

Het voorzien van partijen van dezelfde informatie beschrijft een onderdeel van het proces. Dit onderdeel van het proces legt op zich nog niet uit wat het begrip onpartijdigheid betekent. Dat wil niet zeggen dat het geen essentieel onderdeel van het proces is. Melis-Waaijer verwijst naar twee uitspraken van het Hof Amsterdam die onder de WNA-oud zijn gedaan toen het begrip onpartijdigheid nog niet in de wet voorkwam. Alleen al daarom is zonder nadere uitleg van de auteur onduidelijk hoe deze uitspraken van belang kunnen zijn voor de betekenis van het begrip onpartijdigheid in art. 17, eerst lid WNA, welk artikel pas op 1 oktober 1999 in werking is getreden. De parlementaire behandeling van de WNA heeft niet expliciet naar deze uitspraken verwezen.

Hetzelfde commentaar kan tijdsmatig ook gegeven worden over de volgende door Melis-Waaijer genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam van 11 juni 1998. Door de vraag wat betekent onpartijdigheid in concreto te beantwoorden met stellingen als: een onpartijdige opstelling vereist en: de (schijn van ) onpartijdigheid kan in gevaar komen, krijgt de beantwoording een tautologisch karakter. Het is allemaal juist wat er staat, maar het legt niets uit over de betekenis van het begrip onpartijdigheid.

Het toepassen van het beginsel van hoor en wederhoor beschrijft weer een onderdeel van een proces. Ik verwijs naar mijn opmerking over het voorzien van partijen van deugdelijke informatie.

Een verwijzing naar de persoonlijke opstelling van de notaris legt niet uit wat onpartijdigheid betekent. Waaruit blijkt dat het betrachten van voldoende distantie iets zegt over de betekenis van het begrip onpartijdigheid? En wat zegt de plek waar een akte wordt verleden over de betekenis van het begrip onpartijdigheid?

Voor alle duidelijkheid: ik duid het Melis-Waaijer helemaal niet euvel dat zij niet tot een diepere benadering van het begrip onpartijdigheid geraakt. Het onderwerp is, zo zal uit deze studie blijken, complex en zonder diepgaand onderzoek laat zich de vraag wat onpartijdigheid betekent niet beantwoorden. De conclusie kan echter geen andere zijn dan dat in Melis-Waaijer geen antwoord wordt aangetroffen op de vraag wat de onpartijdigheid van de notaris betekent.

### 1.30. Blokland over onpartijdigheid

#### 1.30.1. Blokland schrijft over onpartijdigheid:<sup>126</sup>

*Men gelieve zich overigens te realiseren dat de onpartijdigheid een relatief begrip is, in die zin dat onder omstandigheden van de notaris kan worden verwacht dat hij de ene (juridisch onkundige of maatschappelijk zwakkere) partij tegen de andere partij in bescherming neemt door deze op bepaalde*

---

<sup>126</sup> Blokland, p. 55 en 56

## Hoofdstuk 1

*nadelige gevolgen van de voorgenomen rechtshandeling te wijzen; denk aan het klassieke voorbeeld van de oude weduwe die haar huisje aan een projectontwikkelaar verkoopt, en aan de casus van het arrest over de Groningse Huwelijks Voorwaarden (HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766). In dergelijke situaties, waarin de notaris door middel van "compenserende partijdigheid" de balans in evenwicht brengt, zal de wederpartij de notaris beslist niet als onpartijdig ervaren!*

Ook Blokland verwijst naar het arrest van de Hoge Raad inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden. Ik verwijs naar paragraaf 1.29.1. van dit hoofdstuk voor mijn reactie op deze verwijzing.

Bepaald aardig vind ik de laatste zin van het citaat. Met deze zin geeft Blokland duidelijk aan in te zien dat er met het begrip onpartijdigheid meer aan de hand is.

- 1.30.2. Blokland verwijst <sup>127</sup> naar een drietal uitspraken die alle onder de WNA-oud zijn geweest. Ook hier verwijs ik naar mijn commentaar in paragraaf 1.29.1. van dit hoofdstuk. Ook bij Blokland heb ik geen antwoord aangetroffen op de vraag wat de onpartijdigheid van de notaris betekent.

### 1.31. Huijgen/Pleysier over onpartijdigheid

- 1.31.1. Huijgen/Pleysier verwijst eveneens naar het arrest van de Hoge Raad inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden. Ik verwijs voor mijn commentaar weer naar paragraaf 1.29.1. van dit hoofdstuk voor mijn reactie op deze verwijzing.

Huijgen/Pleysier verwijst ook nog naar een hele reeks uitspraken die dateren van vóór 1 oktober 1999.<sup>128</sup> Ook hier verwijs ik voor mijn commentaar naar dezelfde paragraaf.

- 1.31.2. Bij Huijgen/Pleysier heb ik geen antwoord aangetroffen op de vraag wat de onpartijdigheid van de notaris betekent.

### 1.32. Kocken over onpartijdigheid

- 1.32.1. De enige poging tot het in kaart brengen van het begrip onpartijdigheid in relatie tot het notariaat is, voor zover mij bekend, tot op heden gewaagd door Dr C.L.B. Kocken in zijn belangwekkend proefschrift "De hand van de notaris". (Ars Notariatus LXXIX).

Het proefschrift betreft een rechtssociologisch onderzoek naar de onpartijdigheid en invloed van de Nederlandse notaris.

Het proefschrift is verdedigd op 24 januari 1997; langs de tijdlijn van de parlementaire behandeling gelegd, zal Kocken zijn manuscript hebben afgerond na het gewijzigd voorstel van wet, 26 juni 1996 (zie paragraaf 1.6.1. van dit hoofdstuk) en mogelijk na het tweede technisch commentaar van de Koninklijke Notariële Broederschap van oktober 1996 (zie paragraaf 1.8. van dit hoofdstuk). Op dat moment lag reeds de sinds het wetsvoorstel van 3 mei 1994 niet meer gewijzigde tekst van art. 15, eerste lid op tafel luidende:

*De notaris behartigt op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen.*

---

<sup>127</sup> Blokland, p. 138

<sup>128</sup> Huijgen/Pleysier, p. 142

Kocken<sup>129</sup> verwijst met slechts één regel

*"De wetgever moet tijdens het schrijven van dit proefschrift nog beslissen over de nieuwe notariswet"*

naar de parlementaire behandeling van de WNA. Kocken doelt dus wanneer hij spreekt over onpartijdigheid niet op de onpartijdigheid als genoemd in art. 15, eerste lid van het wetsvoorstel (het latere art. 17, eerste lid WNA). In de Inleiding van zijn dissertatie stelt Kocken:<sup>130</sup>

*De notariswet eist een bijzondere manier van optreden, en noemt dat 'onzijdigheid'. De Hoge Raad heeft uitgesproken dat de notaris onpartijdig moet zijn en gaf min of meer aan wat dat inhield.*

Kocken verwijst dus voor zijn begrip onpartijdigheid naar het begrip onzijdigheid in de WNA-oud en het feit dat de Hoge Raad uitgesproken heeft dat de notaris onpartijdig moet zijn. Kocken verwijst naar het reeds genoemde arrest inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden en stelt:<sup>131</sup>

*De Hoge Raad doet uitspraak over het optreden van de bevriende notaris. Het optreden van de notaris wordt op een heel algemene grond, die richtinggevend kan zijn voor de eisen van onpartijdigheid, afgekeurd.*

Ik wijs met name op de woorden:

*Richtinggevend kan zijn voor de eisen van onpartijdigheid*

die door Kocken worden gebruikt. Kocken is naar mijn mening terecht voorzichtig in zijn woordkeuze. Zoals ik reeds in paragraaf 1.28.2. van dit hoofdstuk naar aanleiding van de verwijzing van Melis-Waaijer naar het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden aangaf, kwam het begrip onpartijdigheid ten tijde van het wijzen van het arrest niet in de wet (de WNA-oud) voor. De Hoge Raad gebruikt het begrip onpartijdigheid evenmin. De hiervoor geciteerde opmerking van Kocken dat de Hoge Raad uitgesproken heeft dat de notaris onpartijdig moet zijn, wordt blijkbaar door Kocken zelf ook niet onderschreven.

1.32.2. Kocken belooft dat zijn studie antwoord zal geven op de volgende vier onderzoeksvragen:<sup>132</sup>

1. Wat is onpartijdigheid?
2. Is het optreden van de notaris als onpartijdig te kwalificeren?
3. In welke mate is dat optreden van invloed op de vaststelling van de rechtsverhoudingen tussen partijen onderling en tussen partijen en derden?
4. Uit welke externe factoren kan (de verandering in) het optreden van de notaris worden verklaard?

Omdat deze studie beoogt de vraag te beantwoorden wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent, was ik uiteraard zeer benieuwd naar het antwoord op de eerste onderzoeksvraag van Kocken: wat is onpartijdigheid? Om recht te doen aan de redenering van Kocken neem ik onderstaand een

---

<sup>129</sup> Kocken, p. 37

<sup>130</sup> Kocken, p. 2

<sup>131</sup> Kocken, p. 146

<sup>132</sup> Kocken, p. 27 en 28



uitvoerig citaat op uit Hoofdstuk 7. De onpartijdigheid uit het proefschrift van Kocken. Kocken schrijft:<sup>133</sup>

### 7.1. Inleiding: de eerste en tweede onderzoeksvraag

*In dit hoofdstuk zal ik een oordeel geven over de onpartijdigheid van de notaris. Dat oordeel moet gebaseerd zijn op een duidelijke maatstaf. De maatstaf die ik zal geven vormt het antwoord op de eerste onderzoeksvraag: Wat moet onder onpartijdigheid worden verstaan? De maatstaf schraagt het antwoord dat ik daarna geef op de tweede onderzoeksvraag. Die luidde: Is het optreden van de notarieel juristen onpartijdig? De maatstaf die ik zal geven is een normatieve constructie van eisen die aan onpartijdig optreden moeten worden gesteld. De eisen zijn hoog. De claim van onpartijdigheid gemaakt door notarissen is ook hoog gegrepen. Zij wijzen voortdurend naar de bijzondere en essentiële plaats die onpartijdigheid in hun handelen heeft. Grijpt men hoog dan moet men veel waarmaken.*

*In overeenstemming met mijn kentheoretische uitgangspunten, uiteengezet in hoofdstuk 1, is het vaststellen van een onpartijdigheidsmaatstaf een normatieve operatie die een degelijke argumentatie vereist. Onpartijdigheid is immers een norm waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn. De door mij aangedragen argumenten leiden niet alleen tot een precies, maar hopelijk ook tot een breed gedeeld beeld van onpartijdigheid.*

en

*De grondslag voor onpartijdigheid ligt in het 'principe van zelfbepaling'. Dit principe is een weliswaar breed gedeelde gedachte die leidt tot een algemene notie van onpartijdigheid als procedure, maar de positie van de notarieel jurist zelf kan leiden tot obstakels van deskundigheidsmacht en ondoorzichtige autoriteit.*

*De discussie in het notariaat zelf en de normen in wet en jurisprudentie dragen bij aan een concreet idee welke eisen aan onpartijdigheid moeten worden gesteld. Uit die discussie blijkt: de notaris heeft een zorgplicht jegens zijn cliënten, een interventie-opdracht bij een ongelijke machtsverdeling tussen zijn cliënten en een zorgplicht jegens derden*

Kocken beantwoordt dus niet de vraag wat onpartijdigheid (van de notaris) is. Het enige wat Kocken daarover stelt is:<sup>134</sup>

*Onpartijdigheid is immers een norm waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn.*

Met deze zinsnede is niet vastgesteld wat onpartijdigheid is. Kocken beantwoordt dan ook niet de door hem zelf gestelde onderzoeksvraag: wat is onpartijdigheid?

In plaats daarvan maakt Kocken zich naar mijn mening schuldig aan een cirkelredenering. Kocken telt de discussie in het notariaat zelf en de normen in wet en jurisprudentie bij elkaar op en zegt: dit is onpartijdigheid. Onpartijdigheid van de notaris is voor Kocken blijkbaar de optelsom van de zorgplicht van de notaris jegens zijn cliënten, een interventie-opdracht aan de notaris bij een ongelijke machtsverdeling tussen zijn cliënten en de zorgplicht

---

<sup>133</sup> Kocken, p. 136 en 137

<sup>134</sup> Kocken, p. 125

van de notaris jegens derden. Om te bewijzen dat onpartijdigheid inderdaad de optelsom is, lijkt het mij noodzakelijk dat ieder bestandsdeel van de optelsom onpartijdig is.

Om aan te geven wat ik bedoel neem ik het bestandsdeel: de notaris heeft een interventie-opdracht bij een ongelijke machtsverdeling tussen zijn cliënten, nader onder de loep.

Ik leid uit de redenering van Kocken af dat voor hem het interveniëren bij een ongelijke machtsverdeling tussen de cliënten onpartijdig is. Hoe beredeneert Kocken dat? Hiervoor gebruikt Kocken het begrip: zelfbepaling. Kocken bouwt zijn redenering zorgvuldig op. Ik doe Kocken's redenering dan ook alleen recht wanneer ik hem letterlijk citeer:<sup>135</sup>

*Zelfbepaling vormt voor mij een belangrijk uitgangspunt bij het vormen van een idee over onpartijdigheid. Als individuen elkaar ontmoeten dan is een rechtvaardige uitkomst niet snel te verwachten. De mate van zelfbepaling en de maatschappelijke positie van de actoren kan immers sterk verschillen. Onpartijdigheid als procedure kan iets aan die uitgangspunten veranderen. In een procedure, waarin een derde als bewaker daarvan optreedt, kan de zelfbepaling van de betrokkenen worden versterkt. Traditioneel denkt men in deze gevallen steevast aan een rechter, maar de notaris ziet zichzelf op basis van zijn eigen onpartijdigheidsclaim ook als zo'n 'derde'.*

*De inspanning van de onpartijdige derde is gericht op het voorkomen of in ieder geval ontmoedigen van strategisch handelen (Habermas). Eén van de manieren om strategisch handelen te ontmoedigen is het moeilijker maken om bepaalde posities uit te buiten. Strategisch handelen impliceert immers vooral het gebruiken van de eigen sterkere en meer vrije onderhandelingspositie tegenover de zwakkere en gebondener positie. Hier kan de aanwijzing van Barry dienst doen. De onpartijdige derde, hier de notaris, moet trachten de partijen zo 'vrij en gelijk' mogelijk tegenover elkaar te laten staan.*

en<sup>136</sup>

*De zelfbepaling van individuen is een nastrevenswaardig principe, omdat het de kwaliteit van de maatschappelijke verhoudingen kan verbeteren. De realisering van de zelfbepaling is niet eenvoudig. Binnen de institutionele context waarin de notaris opereert vormen de afhankelijkheidsrelaties van deskundigheid en autoriteit nog eens een extra obstakel. De notaris kan echter, wil hij onpartijdig optreden, daarbinnen toch iets doen. Hij zal in zijn optreden oog moeten hebben voor de ongelijkheid tussen cliënten. Zij verschillen in informatie, autoriteitsopvatting en maatschappelijke positie, en zullen daarom verschillen in hun mogelijkheden tot zelfbepaling. De notaris heeft de opdracht die ongelijkheden te bestrijden. Als het gaat om de belangen van derden kan hij niets anders doen dan zich hun positie ook aan te trekken; ook zij hebben aanspraken op zelfbepaling. De notaris moet daarom in zijn optreden aangeven wat zijn eigen deskundigheid omvat en tot waar zijn autoriteit reikt, zodat hijzelf niet in de weg staat van de zelfbepaling van anderen.*

Kocken stelt dat wanneer individuen elkaar ontmoeten een rechtvaardige uitkomst niet snel te verwachten is. Wat bedoelt Kocken hier mee: een rechtvaardige uitkomst? Wordt die uitkomst gezien vanuit het perspectief van ieder der beide individuen? Van één individu? Van een ander dan de beide individuen? Het zijn vragen die Kocken niet beantwoordt. Kocken stelt verder dat de inspanning van de onpartijdige derde gericht is op het ontmoedigen van strategisch handelen. Kocken laat ons weten dat Habermas er zo over denkt,

---

<sup>135</sup> Kocken, p. 140 en 141

<sup>136</sup> Kocken, p. 142

maar laat ons in het ongewisse over de vraag waarom dat zo is. Zou het niet even goed zo kunnen zijn dat de inspanning van de onpartijdige derde gericht is op het respecteren van strategisch handelen van die individuen? In dat geval moet de notaris niet trachten, zoals Kocken stelt, om de partijen zo "vrij en gelijk" mogelijk tegenover elkaar te laten staan, maar moet de notaris trachten om actief inhoud te geven aan de mate van ongelijkheid tussen partijen.

De door Kocken absoluut gestelde norm dat de notaris de opdracht heeft om de ongelijkheden tussen cliënten te bestrijden is een logisch gevolg van de door Kocken gevolgde redenering. Een diametraal andere redenering dat de notaris ongelijkheden niet mag bestrijden is echter theoretisch even valide als de redenering van Kocken.

Doordat Kocken het door mij genoemde alternatief niet bespreekt en dus ook niet met afdoende argumenten weerspreekt, bewijst Kocken naar mijn mening niet dat het door hem genoemde bestandsdeel: de notaris heeft een interventie-opdracht bij een ongelijke machtsverhouding tussen zijn cliënten onpartijdigheid is.

Dat bewijs wordt ook niet geleverd door de proef op de som van Kocken. Kocken meent dat zijn mening op dit punt wordt bevestigd door het arrest van de Hoge Raad inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden. In zijn woorden vat Kocken dit arrest als volgt samen:<sup>137</sup>

*Met andere woorden: de notaris moet actief proberen evenwicht te brengen tussen cliënten als er geen evenwicht is. De opdracht is opmerkelijk algemeen. Bij ongelijkheid in juridische kennis en bij feitelijk overwicht moet de notaris compenserend optreden.*

Uit dit arrest en enige andere door Kocken genoemde rechterlijke beslissingen concludeert Kocken:<sup>138</sup>

*Ik concludeer dat de juridische normen over 'hetgeen een notaris in zijn ambt betaamt' veronderstellen, in navolging en uitwerking van de uitspraak van de Hoge Raad, dat de notaris (soms) moet interveniëren. De vorming van de wil van partijen mag niet worden bepaald door ongelijkheid in inzicht in de juridische gang van zaken en door feitelijk overwicht van de ene partij over de ander. De notaris heeft hier een actieve opdracht die wordt beperkt door de zelfbepaling van partijen. De zelfbepaling van partijen wordt weer beperkt door belangen van derden.*

Kocken zegt dus: kijk, de Hoge Raad vindt dit ook en bevestigt dus mijn standpunt.

- 1.32.3. Kocken heeft echter aan het begin van de redenering gezegd dat onpartijdigheid wat hem betreft de optelsom is van de discussie binnen het notariaat zelf en de normen in de wet en jurisprudentie. Uiteraard verloopt de discussie binnen het notariaat zelf binnen de kaders die de wet en jurisprudentie stellen. Wanneer Kocken aan het begin van zijn redenering de normen die de wet en jurisprudentie induceert in de beantwoording van de vraag: wat is onpartijdigheid, kan hij – als proef op de som – achteraf niet meer stellen dat de jurisprudentie het met zijn zienswijze eens is.

Door aan het begin van zijn dissertatie te stellen dat de Hoge Raad heeft uitgesproken dat de notaris onpartijdig moet zijn, poneert Kocken aan het begin van zijn redenering de stelling dat het feit dat de Hoge Raad stelt dat de notaris onpartijdig moet zijn

---

<sup>137</sup> Kocken, p. 146

<sup>138</sup> Kocken, p. 146

*"bijdraagt aan een concreet idee welke eisen aan onpartijdigheid worden gesteld"*<sup>139</sup>

Zie hier de cirkelredenering:

Kocken heeft naar mijn mening dan ook niet verklaard wat onpartijdigheid is, maar heeft de door hem genoemde rechterlijke uitspraken tot onpartijdigheid gebombardeerd. Daarmee wijkt Kocken overigens niet af van het algemeen gevoelen over onpartijdigheid.

- 1.32.4. Tijdens open interviews beantwoordden een twaalfstal personen<sup>140</sup> als onderdeel van het rechtssociologisch onderzoek van Kocken onder meer de vraag:

*Kan de ontwikkeling van de beroepshouding van de notaris getypeerd worden als een ontwikkeling van lijdelijkheid naar onpartijdigheid?*

Kocken vat de antwoorden van de geïnterviewden als volgt samen:<sup>141</sup>

*De lijdelijkheid en onpartijdigheid van de notaris is een problematisch onderwerp. Alle respondenten meenden aan het begin van het interview dat de tegenwoordige houding van de notaris in het algemeen kan worden getypeerd als onpartijdig. Onpartijdigheid betreft daarbij in principe al het werk dat de notaris doet. De specifieke typering van onpartijdigheid en de problemen daarbij liepen later in de interviews echter sterk uiteen.*

*Men wees bijvoorbeeld op de continuïteit van dat optreden door onpartijdigheid te zien als een ander woord voor lijdelijkheid, waarbij beide termen uitwerkingen zijn van de in de wet gestelde 'onzijdigheid' (art.18 Notariswet). Onpartijdigheid kwam in die visie voort uit het gegeven dat een notaris nu eenmaal geregeld twee partijen aan tafel heeft, waarbij aan meer belangen recht moet worden gedaan.*

*Anderen meenden juist dat onpartijdigheid iets nieuws is en een breuk vormt met de oude lijdelijke houding. Men was vroeger niet meer dan "penvoerder" van partijen, men legde simpelweg vast wat partijen opgaven. De wil van partijen bepaalde de gang van zaken. Lijdelijkheid werd ook wel in verband gebracht met de wettelijke bedieningsplicht van de notaris. De mogelijkheden om een zaak niet aan te nemen zouden daardoor sterk worden beperkt.*

*Er werden verschillende algemene typering van de eigen onpartijdigheid. Daarbij lag de nadruk op voorbeelden van zaken waarbij twee mensen aan tafel zaten. Verschillende geïnterviewden wezen op het houden van afstand tot de cliënten: distantie. De notaris diende boven partijen te staan. Vaak werd gegrepen naar andere beroepen om een beeld op te roepen. De notaris zou in zijn optreden lijken op een rechter. Ook termen als 'vrederechter' en 'magistraat' vielen in dit verband. Als typering van hetgeen een notaris juist niet deed werd de advocaat ten tonele gevoerd. De advocaat zou optreden zonder afstand tot zijn cliënt, conflicten aanwakkeren en in principe altijd partijdig optreden. De notaris daarentegen zou juist gericht zijn op duurzame compromissen.*

*Slechts enkele geïnterviewden meenden dat de onpartijdigheid van de notaris vooral voortkwam uit het feit dat de notaris een ambtelijke rol moest spelen. In die visie voert de notaris een overheidstaak uit en betracht daarbij de bijkomende neutraliteit tegenover al diegenen die zijn diensten vragen. Over het ontstaan van een onpartijdige houding bij de individuele notaris verschilden de meningen. Sommigen beschouwden onpartijdigheid als rustend op een*

---

<sup>139</sup> Kocken, p. 136

<sup>140</sup> voor de selectiecriteria zie Kocken, p. 6 en 7

<sup>141</sup> Kocken, p. 50, 51 en 52

*bepaalde karakterstructuur. De mensen met een bepaalde aanleg zouden zich tot het notariaat voelen aangetrokken. De andere opvatting legde meer nadruk op het idee dat de houding werd aangeleerd. Die training in onpartijdigheid zou beginnen tijdens de studie, maar vervolgens vooral in de kantoorpraktijk, waar de notaris als rolmodel optreedt voor de kandidaat, worden afgerond.*

*Veel van de algemenere uitingen over onpartijdigheid bleken later in het gesprek een normatief element in zich te dragen. De feitelijke eigen onpartijdigheid, maar vooral die van anderen, werd namelijk hardop betwijfeld. Enkele ondervraagden gingen zo ver de onpartijdigheid vooral als pretentie van de beroepsgroep te beschouwen waarachter een heel andere praktijk schuilging. Alle ondervraagden vertelden verhalen waarin de onpartijdigheid bij de genoemde notaris volledig ontbrak.*

*Men vertelde over het ontduiken van de vaste tarieven, over moraliserend optreden, over geldzucht, over de concurrentie om cliënten en over het bevoordelen van de ene cliënt boven de ander. Men was het vervolgens niet eens over de omvang van deze praktijken. Sommigen meenden dat het hier om incidenten ging, anderen zagen het juist als wijdverbreide praktijken.*

*Over een laatste algemeen aspect was men het wel eens: de notaris werd in de praktijk door de cliënten als een vertrouwensman gezien. Men benadrukte dat een groot deel van de praktijk van de notaris daarmee staat of valt. Een notaris die niet wordt vertrouwd zal zich in de praktijk niet staande weten te houden.*

en<sup>142</sup>

*Concluderend kan ik zeggen dat alle ondervraagden voor de notaris een belangrijke maatschappelijke taak zagen weggelegd. Men benadrukte de bijdrage in de sfeer van preventie en rechtszekerheid.<sup>143</sup> Men was het eens dat bij de uitvoering van die taak onafhankelijkheid en onpartijdigheid leidende principes moesten zijn. Daarbij verschilde men wel van mening over wat precies onder die begrippen moest worden verstaan. Over de vraag of en in welke mate de praktijk zich werkelijk laat leiden door deze principes kon men het duidelijk niet eens worden.*

Over deze interviews zegt Kocken:<sup>144</sup>

*Uit de interviews kwam naar voren dat men geen duidelijke normen had ontwikkeld over wat onpartijdig optreden precies inhoudt. Daarnaast werden herhaaldelijk ernstige twijfels geuit over de realisering van onpartijdigheid in de praktijk.*

In de interviews wordt niet duidelijk wat onpartijdigheid van de notaris nu precies inhoudt. Kocken heeft in de vraagstelling aan de geïnterviewden niet uitgelegd wat volgens hem onpartijdigheid betekent.

- 1.32.5. Kocken heeft naar mijn mening onderzocht of het notariaat zich al dan niet aan de normen hield die voor het notariaat voortvloeien uit het arrest van de Hoge Raad inzake de Groningse huwelijksvoorwaarden en de overige door hem genoemde jurisprudentie.<sup>145</sup> Daarbij is de theoretische onderbouwing die Kocken aan deze jurisprudentie biedt (zie paragraaf 1.32.2. van dit hoofdstuk) voor discussie vatbaar. Dit noemt Kocken de onpartijdigheidsnorm; Kocken

---

<sup>142</sup> Kocken, p. 56

<sup>143</sup> *Met preventie bedoelde men dat de zaken zo precies en juridisch correct werden geregeld dat juridische procedures over de inhoud van stukken niet snel zouden voorkomen. Men voorkwam daarmee onnodige rechtszaken en een verdere overbelasting van de rechterlijke macht.*

<sup>144</sup> Kocken, p. 160

<sup>145</sup> Voor deze jurisprudentie zie Kocken, p. 145, 146 en 147

noemt het feit dat de Koninklijke Notariële Broederschap van mening is dat aan de onpartijdigheidsnorm wordt voldaan: de onpartijdigheidsclaim van het notariaat. Met deze kennis gewapend wordt het tijd kennis te nemen van de conclusies die Kocken trekt:<sup>146</sup>

1. *De conclusie van de toetsing luidt dat het optreden van de notarieel juristen in veel gevallen niet aan de gestelde onpartijdigheidsnorm voldoet.*
2. *De conclusie, dat het optreden van de notarieel juristen niet begrepen kan worden als onpartijdig, botst met de publieke onpartijdigheidsclaim van het notariaat.*
3. *Het beeld wat het notariaat in het publieke debat van zichzelf schetst is dus niet in overeenstemming met het geobserveerde optreden.*

Ik herhaal nog maar eens dat deze conclusies naar mijn mening geen antwoord bieden op de vraag wat onpartijdigheid is, of zoals de onderzoeksvraag van deze studie luidt: wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent.

- 1.32.6. Het bovenstaande neemt niet weg dat ik veel waardering heb voor het proefschrift van Kocken. Kocken probeert een sociologisch verantwoord theoretisch fundament te leggen onder het dagelijks handelen van de individuele notaris. Aan dit theoretisch fundament bestaat naar mijn mening veel behoefte. Het is dan ook terecht dat het proefschrift van Kocken in de landelijke pers de aandacht heeft getrokken.

Uit artikelen in de Volkskrant<sup>147</sup>, de Staatscourant<sup>148</sup> en het Financiële Dagblad<sup>149</sup> valt af te leiden dat deze media van mening waren dat Kocken de tegenstrijdigheid had aangetoond tussen het feitelijk optreden van de (individuele) notaris en de onpartijdigheid die door met name de KNB als kenmerk van het Notariaat wordt gepropageerd.

Ook is tijdens de parlementaire behandeling van de WNA naar het proefschrift verwezen. In het verslag van een schriftelijk overleg, vastgesteld 24 oktober 1997<sup>150</sup> merkte de Staatssecretaris van Justitie op:

*Opdrachtgevers zullen belang hechten aan de onpartijdige opstelling van de notaris. Het gegeven dat uit onderzoek is gebleken dat het thans nogal eens schort aan de opstelling van de notaris op dit punt - ik doel op het recent gepubliceerde proefschrift «De hand van de notaris» van C.L.B. Kocken, - is voor mij geen bewijs dat de opdrachtgevers een partijdige opstelling van de notaris verwachten en hem die opstelling willen afdwingen.*

Tijdens een wetgevingsoverleg, gehouden op 8 april 1998, vastgesteld 16 april 1998<sup>151</sup> merkt de heer De Jong (CDA) op:

*Maar het zou ook goed zijn wanneer de beroepsgroep zichzelf wat kritischer onder de loep zou nemen. Het recente proefschrift van de heer Kocken geeft daartoe wel aanleiding. Zo constateert Kocken dat van de zo geroemde onpartijdigheid, die kennelijk de zware kartellering noodzakelijk maakt, in de praktijk niet veel overblijft: "De conclusie dat het optreden van de notarieel juristen niet begrepen kan worden als onpartijdig, botst met de publieke onpartijdigheidsclaim." Daarmee is dan meteen het optreden van de broederschap bij de voorbereiding van het voorliggende wetsvoorstel aan de*

---

<sup>146</sup> Kocken, p. 160

<sup>147</sup> Onpartijdige notaris een fictie, Volkskrant 1 februari 1997

<sup>148</sup> Lex van Almelo, De Staatscourant 6 februari 1997

<sup>149</sup> M. Houben, Het Financiële Dagblad 10 februari 1997

<sup>150</sup> Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 16

<sup>151</sup> Kamerstukken II 1997/1998, 23 706, nr. 32, pag. 11

*orde. Kocken is hierover zeer uitgesproken. De broederschap verzet zich furieus tegen de ingreep in de tarief-autonomie, maar volgens Kocken zijn de belangrijkste argumenten van de broederschap uiteindelijk budgettair van aard.*

- 1.32.7. Van de drie notariële handboeken (Melis-Waaijer, Blokland en Huijgen/Pleysier) verwijst alleen Melis-Waaijer naar het proefschrift van Kocken.

De verwijzing blijft bij Melis-Waaijer beperkt tot een enkele zin<sup>152</sup> die door Melis-Waaijer overigens met instemming wordt geciteerd. Ik acht het een gemis dat de handboeken niet uitvoeriger het proefschrift van Kocken bespreken. Op die manier wordt de individuele notaris niet aangemoedigd om van het proefschrift kennis te nemen. Ik heb kennisname van het proefschrift in ieder geval als een verrijking ervaren.

- 1.32.8. In een uiterst lezenswaardige boekbespreking analyseert Lekkerkerker<sup>153</sup> het proefschrift van Kocken en maakt de volgende (kritische) opmerkingen<sup>154</sup>

*Zelf vond ik in het boek een aantal opmerkingen die ik van harte ondersteun en het gehanteerde onpartijdigheidsbegrip waaraan het notarieel optreden wordt getoetst, vind ik zonder meer bruikbaar. Maar het gevoel dat zich bij het lezen van het boek in toenemende mate aan mij opdrong, is dat Kocken het zich te gemakkelijk maakt.*

en

*Twee bezwaren tegen het boek, tegen hoe het boek 'in de markt' wordt gepositioneerd. Mijn eerste bezwaar ligt op het vlak van feit en norm. Feit en rechtsnorm zijn niet hetzelfde. Uit wat Kocken empirisch zegt waar te nemen - de notarissen zijn maar betrekkelijk onpartijdig - mag naar mijn gevoel niet de gemakkelijke conclusie getrokken worden, dat het begrip 'onpartijdigheid' als rechtsnorm heeft afgedaan. Nu trekt Kocken deze conclusie ook niet, althans niet expliciet, maar zijn boek is suggestief geschreven en kan voor die conclusie eenvoudig worden gebruikt. Het journalistieke commentaar was duidelijk, maar mij komt het juist onvermijdelijk voor dat er een mate van spanning bestaat, of tegenstrijdigheid zo men wil, tussen het feitelijk optreden van de notarieel jurist en de geclaimde norm van onpartijdigheid. Die spanning zal er altijd zijn, en het gaat er slechts om dat de kloof niet te groot mag worden. De rechtsnorm 'onpartijdigheid' impliceert een streven, zij moet in zekere mate effectieverbaar zijn en aan dit laatste moet steeds worden gewerkt.*

*Mijn tweede bezwaar is dat Kocken te weinig oog heeft voor het feit, dat de notaris opereert in een in hoge mate door het recht genormeerd krachtenveld. De notaris moet werken met partijen die hun belangen naar eigen inzicht mogen behartigen, hetgeen wil zeggen dat zij met de belangen van derden slechts behoeven te rekenen voor zover het recht aan zo'n derde een aanspraak jegens hen geeft. Waar het de rechten van derden betreft, en met name die van de fiscus, lijkt Kocken van de notaris een rol plus moraliste que la loi te eisen. Met name dit leidt ertoe, dat hetgeen hij observeert zijn conclusies maar gedeeltelijk kan dragen.*

en<sup>155</sup>

---

<sup>152</sup> Melis-Waaijer, p. 28 en 29

<sup>153</sup> Hoofd van het Notarieel Juridisch Bureau van de KNB

<sup>154</sup> G.J.C. Lekkerkerker, "Boekbespreking C.L.B. Kocken, De hand van de notaris", WPNR 1997/6275, p. 421-427

<sup>155</sup> WPNR 1997/6275, p. 423

4. De onpartijdigheidsnorm getoetst

*De gepresenteerde theorie van het onpartijdig handelen acht ik an sich nuttig en zinvol. De notaris blijkt maar zeer ten dele aan de norm te voldoen. Dat hoeft niet te verwonderen. Met Kocken (en als zo velen) ben ik van mening dat er best het een en ander is dat verbetering behoeft. Ik kom daarop terug in de afsluitende paragraaf. Maar mij stoort de gebrekkige uitwerking van de theorie. De zeggenskracht van dit boek had zoveel groter kunnen zijn, wanneer Kocken bij de toets van feit aan norm wat zorgvuldiger en diepgravender te werk was gegaan. Het klinkt wat goedkoop om een socioloog een gebrek aan juridisch inzicht en aan juridische kennis te verwijten, maar toch meen ik dat hij zich uitgebreider had moeten verdiepen in zaken als het aansprakelijkheidsrecht en tuchtrecht, in de positie van de fiscus en de reikwijdte van het notarieel ambtsgeheim. Daarbij gaat hij er bij zijn beoordeling veel te gemakkelijk langsheen, dat een notaris naast elkaar en tegelijkertijd verschillende posities inneemt en dat die posities hem soms tegenstrijdig beïnvloeden. Zo is de notaris naast onpartijdig ambtsdrager ook een ondernemer, die zich als zodanig binnen een netwerk van afhankelijkheidsrelaties moet staande houden. Hij is daarnaast ook nog burger temidden van zijn medeburgers met de oordelen en vooroordelen die passen bij zijn tijd en milieu.*

*Op bepaalde punten zinnig, soms te ongenueanceerd en soms zonder meer onjuist, zou ik mijn mening over Kockens bevindingen op het vlak van de notariële onpartijdigheid willen samenvatten.*

Interessant is dat er bij Lekkerkerker geen twijfel over lijkt te bestaan dat Kocken inderdaad over het begrip onpartijdigheid heeft geschreven. In paragraaf 1.32.5. van dit hoofdstuk heb ik uitgelegd dat Kocken niet over onpartijdigheid heeft geschreven.

Interessant is verder de opmerking van Lekkerkerker, dat "niet de gemakkelijke conclusie getrokken mag worden dat het begrip onpartijdigheid als rechtsnorm heeft afgedaan".

Blijkbaar is Lekkerkerker van mening dat onpartijdigheid een "rechtsnorm" is en dat deze rechtsnorm een "streven" impliceert.

Lekkerkerker definieert "zijn" begrip onpartijdigheid niet<sup>156</sup> en legt evenmin uit, waarom onpartijdigheid een rechtsnorm is.

Kocken spreekt niet over rechtsnorm maar over "norm" tout court. Lekkerkerker legt bovendien niet uit waarom de rechtsnorm een streven (naar wat? naar het niet-partijdig zijn?) impliceert.

1.33. Gambon over onpartijdigheid

1.33.1. Gambon schrijft:<sup>157</sup>

*Met grote regelmaat dient de tuchtrechter zich te buigen over de vraag of de notaris partijdig is opgetreden. Uit de voorgelegde zaken blijkt in een aantal gevallen dat cliënten geen juist beeld hebben van het begrip onpartijdigheid. Dat de notaris een partij in het gelijk stelt met betrekking tot een geschil betekent nog niet dat hij partijdig is. Ik heb wel eens de vergelijking getrokken met de gewone rechter: ook hij stelt een partij in het gelijk maar dat betekent toch nog niet dat hij partijdig is? Hier ligt een taak van de notariële practici en*

---

<sup>156</sup> ik breng de opmerking van Kocken in herinnering - zie paragraaf 1.8. van hoofdstuk 1 -: "Onpartijdigheid is immers een norm, waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn".

<sup>157</sup> J.J. Gambon, "Handelen zoals in het notariaat betaamt, een volgend overzicht van de annotatiecommissie van de wijze, waarop door de tuchtrechter invulling wordt gegeven aan de Notariswet" WPNR 1996/6256, , p. 98



## Hoofdstuk 1

*de KNB om duidelijk over het voetlicht te brengen dat stelling nemen in een bepaald conflict en partijdigheid verschillende zaken zijn.*

*De invulling van het begrip onpartijdigheid dient gepaard te gaan met een actief handelen en niet met passiviteit en telkenmale weigeren stelling te nemen. Alleen een actieve en kritische opstelling zal iets toevoegen aan het notariële product.*

- 1.33.2. Ik stem van harte in met de mening van Gambon dat invulling van het begrip onpartijdigheid gepaard dient te gaan met een actief handelen van de notaris. Gambon geeft overigens niet aan wat onpartijdigheid van de notaris betekent.

### 1.34. Van den Haak over onpartijdigheid

- 1.34.1. In WPNR 6291 (1997) wordt Fin de Siècle, een nieuw begin, Congres ter gelegenheid van 10 jaar Stichting Beroepsopleiding Notariaat, besproken. In dit themanummer zijn - vaak verder uitgewerkte - inleidingen opgenomen die zijn gehouden op het Congres op 14 november 1997. In het - uitgewerkte - verslag van de lezing van de president van het Gerechtshof te Amsterdam, Mr. H.F. van den Haak<sup>158</sup> staat te lezen:<sup>159</sup>

*Met uw goedvinden - en zelfs zonder uw goedvinden - doe ik een tastende poging de betekenis van notariële onpartijdigheid onder drie opzichten te belichten:*

- 1. Vanuit de notariële functie.*
- 2. Vanuit de visie van het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg op de onpartijdigheid van een ander publiek ambt, het rechterschap.*
- 3. Vanuit de paarse meerzinnigheid van het ontwerp nieuwe Notariswet. Concreet gezegd, vanuit de vraag: Hoe verhoudt zich het vereiste van onpartijdigheid van de notaris tot, wat heet, het loslaten van de tarieven zoals in artikel 50 van het ontwerp geschiedt?*

Hier is de voorzitter van het hoogste notarieel tuchtcollege aan het woord. Van den Haak houdt een inspirerend en genuanceerd betoog. Reden genoeg om grote delen van dit betoog te citeren.

- 1.34.2. Terzake van de notariële functie merkt van den Haak op:<sup>160</sup>

#### Ad 1: de notariële functie

*1.2. Het belang van het notariaat raakt de ordening van de samenleving als zodanig in haar geheel en is in zoverre een publiek belang. Meer toegespitst gezegd: Dat belang bestaat daarin dat aan de samenleving als rechtsgemeenschap zekerheid geboden wordt omtrent het door rechtshandelingen in het leven roepen en vaststellen van een aantal vitale, persoonlijke en zakelijke verhoudingen tussen mensen, rechtspersonen en een mixture daarvan.*

en<sup>161</sup>

---

<sup>158</sup> H.F. van den Haak, "Een evenwichtskunstenaar", WPNR 1997/6291, p. 781-785

<sup>159</sup> WPNR 1997/6291, p. 781

<sup>160</sup> WPNR 1997/6291, p. 781

<sup>161</sup> WPNR 1997/6291, p. 781 en 782

1.3. *Het bleef niet bij het verschaffen van rechtszekerheid alleen door het aanhoren van cliënten en het gehoorde gehoorzaam en lijdzaam bevriezen in akten. Het notariaat evolueerde in die zin dat de notaris ook een rechtsbeschermende taak op zich nam in die zin dat hij geroepen werd ambtshalve in verband met door zijn tussenkomst te verrichten rechtshandelingen, onder meer (nader) onderzoek te doen en over de ins en outs daarvan verdergaande informatie te geven dan uitsluitend zakelijke toelichting op akten. Voorlichting en entameren van overleg liggen ook op zijn weg. Hij heeft, aldus de Hoge Raad in het befaamde arrest uit 1989 dat bekend staat onder de naam "de Groningse notaris" <sup>162</sup>, de plicht te wijzen op specifieke, aan voorgenomen rechtshandelingen verbonden risico's. Zijn functie in het rechtsverkeer brengt volgens de Raad immers mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde van een der partijen bij de rechtshandeling dan wel van feitelijk overwicht van de ene partij op de andere. In hetzelfde arrest spreekt de Hoge Raad over de zorgplicht van de notaris, gericht op het brengen van evenwicht in de rechtsverhoudingen waartussen het tot stand komen aan zijn tussenkomst zijn onderworpen. Kortom: de ratio van het notariële beroep is zowel rechtszekerheid als - actief - rechtsbescherming bieden. <sup>163</sup> De bescherming geldt overigens niet alleen de zwakkere en/of ondeskundige partij, direct betrokken bij de betreffende rechtshandeling, maar bestaat onder omstandigheden ook in zorg voor de belangen van derden, welke betrokken zijn bij door cliënten van de notaris gewenste ambtshandelingen.*

en<sup>164</sup>

1.5. *Om nu rechtszekerheid te kunnen garanderen en rechtsbescherming te kunnen bieden is onafhankelijk opereren een vereiste. Onafhankelijk opereren als notaris betekent zonder enige vooringenomenheid, onbevangen en dus zonder zich te laten leiden door persoonlijke belangen, genegenheid of voorkeur, oordelen en adviseren. Onpartijdigheid wortelt in onafhankelijkheid. Onafhankelijkheid van de notaris raakt zijn verhouding tot de overheid als zodanig en tot degenen die van zijn diensten gebruik maken, burgers of overheden. De notaris staat vrij ten opzichte van de overheid als zodanig omdat hij bij Koninklijk Besluit voor het leven is benoemd op een vaste standplaats, van de overheid geen aanwijzingen heeft af te wachten ten aanzien van zijn beroepsuitoefening en niet door de overheid wordt betaald voor zijn diensten. De onafhankelijkheid ten opzichte van zijn cliënten wordt tot dusverre zo niet gegarandeerd dan toch wel van een stevige grondslag voorzien door drie elementen: (a) een tarievenstelsel, waaraan de notaris gebonden is, (b) zijn beroepsethiek of deontologie en (c) het notarieel tuchtrecht. Onpartijdigheid nu kan in de praktijk royaal worden gedemonstreerd juist als gevolg van onafhankelijkheid. Dat is de relatie tussen onpartijdigheid en onafhankelijkheid.*

*Tot zoverre het eerste opzicht van notariële onpartijdigheid, te weten de zuiver logische schakeling tussen de notariële functie, onafhankelijkheid en de op dat beroepessentiale steunende, onpartijdigheid.*

1.6. *Alvorens voortbouwend op deze grondslag over te gaan tot, een enkele bespiegeling over het tweede en derde aspect van notariële onpartijdigheid, kort gezegd "Straatsburg" en de tarieven, tot slot nog deze kanttekening bij*

---

<sup>162</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (met noot EAAL).

<sup>163</sup> In dezelfde zin Huijgen in zijn Leidse inaugurele rede, gehouden op 24 januari 1997, "Rechtszekerheid of rechtsbescherming?", Kluwer Deventer 1997, p. 1-6

<sup>164</sup> WPNR 1997/6291, p. 782

*het eerste onpartijdigheidsaspect. De notaris die, geconfronteerd met een situatie van ongelijkheid tussen cliënten die zijn tussenkomst hebben ingeroepen om een rechtshandeling te bewerkstelligen, het opneemt voor de zwakkere of onwetende cliënt, is niet partijdig. Immers door het voor die cliënt op te nemen staat hij de belangen van die zwakkere niet op onbillijke wijze voor. Hij doet niet anders dan een ongelijkheid compenseren door voorlichtend uitleg geven over consequenties, respectievelijk voordelen en nadelen van de in het leven te roepen rechtsverhouding. Een voorwaarde dienend om de in zulke situaties bij die andere bij dezelfde rechtshandeling betrokkenen snelopkomende gedachte aan (schijn van) partijdige opstelling van de notaris te voorkomen, is wel open communicatie jegens iedereen. Ongelijkheidscompensatie en vooral gelijkheid in het verschaffen van voorlichting annex open communicatie jegens alle betrokkenen en bewaking van een faire gang van zaken ("fair trial") doen de notaris dan ook dichter staan bij de rechter dan bij de advocaat.*

Het betoog van van den Haak is een gedegen overzicht van de op dat moment (1997) geldende jurisprudentie. Het overzicht zou perfect zijn geweest, wanneer van den Haak had nagelaten over het begrip onpartijdigheid te spreken.

In zijn betoog komt de notariële onpartijdigheid voor mij uit de lucht vallen. Van den Haak zegt in onderdeel 1.6. van zijn betoog dat de notaris "niet partijdig" is. Van den Haak definieert echter niet wat hij met de woorden "niet partijdig" bedoelt. In paragraaf 1.29.2. van dit hoofdstuk heb ik uitgelegd dat wanneer nagelaten wordt het begrip partijdig te definiëren eveneens onduidelijk blijft wat het begrip onpartijdig betekent.

- 1.34.3. Terzake van de visie van het Europese Hof voor de rechten van de mens, merkt van den Haak op:<sup>165</sup>

*2.4. Er is overeenkomst tussen de aard van de functie van notaris en die van rechter, juist op het punt van onafhankelijkheid en onpartijdigheid naast hetgeen daarover onder 1.6. slot is vermeld.*

*2.5. Die overeenkomst is reden de toetssteen van notarieel doen en laten op het punt van onpartijdigheid bij analogie te ontleen aan hetgeen het Europees Hof voor de rechten van de mens in Straatsburg (EHRM) heeft geleerd als het daar ging om het toetsen van rechterlijk doen en laten op al dan niet aanwezigheid van partijdigheid.*

*Het befaamde art. 6 van het Verdrag voor de rechten van de mens eist onder meer dat rechterlijke beslissingen genomen worden door een "independent and impartial tribunal".*

*Wie de rechtspraak van het Hof analyseert, ontdekt dat het Hof het moeilijk heeft als het moet oordelen over de vraag of een rechter niet heeft beantwoord aan de eis van rechterlijke onpartijdigheid. Het Hof is enerzijds van oordeel dat ook de schijn van partijdigheid bij die beoordeling van belang is en rechtvaardigt dat met een beroep op het adagium: "Justice must not only be done; it must also be seen to be done"<sup>166</sup>. Evenwel tegelijkertijd levert het hof de reputatie van een rechter op het punt van onpartijdigheid niet zonder meer uit aan het louter subjectieve oordeel of gevoelen van de klager die nu eenmaal hoogst persoonlijk van mening is dat de rechter op zijn minst genomen de schijn van partijdigheid heeft gewekt. In een sinds 1989 leidinggevend te*

<sup>165</sup> WPNR 1997/6291, p. 782 en 783

<sup>166</sup> Deze norm is al geformuleerd in het Delcourt-arrest van het hof van 17 januari 1970, Series A no. 11. § 31

*achten overweging op het hier aan de orde zijnd punt heeft het Hof in Straatsburg te kennen gegeven:*

*'In deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge lacks impartiality, the standpoint of the accused is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held **objectively justified**'*<sup>167</sup> (vetgedr. vdH)

*Deze maatstaf valt aan te leggen niet alleen als rechterlijke onpartijdigheid maar ook als notariële onpartijdigheid in het geding is.*

Ook van den Haak definieert het begrip onpartijdigheid niet. Hij geeft aan, dat de onpartijdigheid steunt op onafhankelijkheid.

Van den Haak gebruikt – evenals soms in de uitspraken van het Hof Amsterdam geschiedt – het woord partijdig en niet het woord onpartijdig om uit te leggen dat het compenseren van een ongelijkheid door voorlichtend uitleg te geven over consequenties, respectievelijk voordelen en nadelen van de in het leven geroepen rechtsverhouding niet partijdig is, omdat hij de belangen van de zwakkere niet op onbillijke wijze voorstaat.

Met Blokland<sup>168</sup> stel ik vast dat in dergelijke situaties, waarin de notaris door middel van "compenserende partijdigheid" de balans in evenwicht brengt, de wederpartij de notaris bepaald niet als onpartijdig zal ervaren!

Ook in het vervolg van zijn discours spreekt van den Haak, waar hij het over de notaris heeft, stelselmatig over partijdigheid en niet over (een gebrek aan) onpartijdigheid. Eerst bij de bespreking van art. 6 van het verdrag voor de rechten van de mens en de jurisprudentie van het EHRM<sup>169</sup> noemt van den Haak het begrip onpartijdigheid, maar dan uitsluitend in de context van de rechterlijke onpartijdigheid. Vervolgens verklaart van den Haak de norm rechterlijke onpartijdigheid van toepassing op de notariële onpartijdigheid.

Het is de vraag of dit concludent is; bij mij bestaat de indruk dat het bijvoeglijk naamwoord onpartijdig een andere inkleuring krijgt dat afhankelijk is van het zelfstandig naamwoord waaraan het wordt gekoppeld.

Wanneer we zeggen dat een scheidsrechter onpartijdig is, bedoelen we, naar mijn mening, te zeggen dat de scheidsrechter de regels zonder aanzien des persoons zal toepassen; hij past de regels niet soepeler toe wanneer één van de beide partijen zwakker is dan de andere.

Wanneer we zeggen dat de rechter onpartijdig is, accepteren we daarentegen wel dat de rechter de zwakkere beschermt hoewel die zwakkere op basis van de toe te passen wettekst deze bescherming niet toekomt.

Het begrip onpartijdig heeft dus blijkbaar geen vaststaande inhoud, maar varieert naar inhoud, al naar gelang de context waarin dat begrip wordt gebruikt.

Ik citeer in dit verband wederom Kocken:<sup>170</sup>

*Onpartijdigheid is immers een norm, waarvan ieder zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn.*

---

<sup>167</sup> EHRM 24 mei 1989 Series A no. 154, § 48. Voor een diepgaande analyse van de jurisprudentie van het hof op het hier besproken onderwerp zie de reden van P. van Dijk, rechter in het hof, gehouden in zijn kwaliteit van Voorzitter van de Nederlandse Juristen Vereniging op 13 juni 1997 te Zutphen, getiteld De "objectieve" onpartijdigheid van de rechter, en voorzien van een uitvoerig bronnenapparaat; NJB 11 juli 1997, afl. 27, p. 1213 e.v.

<sup>168</sup> Blokland, p. 56

<sup>169</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens

<sup>170</sup> Kocken, p. 136

## Hoofdstuk 1

Het is interessant vast te stellen dat hoewel van den Haak het proefschrift van Kocken citeert, hij zich er geen rekenschap van geeft, dat het begrip onpartijdig in relatie tot het notariaat niet gedefinieerd is, sterker nog geen vaststaande inhoud heeft.

Nochtans stelt hij met instemming vast dat de norm van onpartijdigheid in art. 17 (in een eerder stadium art. 15) van de WNA is opgenomen.

Dit vergroot mijn zorg dat de uitleg achteraf van een niet gedefinieerde en niet vaststaande norm door de rechter, die meent dat de norm van de onpartijdigheid van de rechter ook kan dienen als norm voor onpartijdigheid van de notaris, gaat bepalen of een individuele notaris in strijd heeft gehandeld met het bepaalde in art. 98 WNA.

Ook van den Haak geeft derhalve niet aan wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent.

### 1.35. De Nederlandse bijdrage aan het XXIVe Wereldcongres van het Congres International Du Notariat Latin over onpartijdigheid

#### 1.35.1. In de in paragraaf 1.25.5. van dit hoofdstuk genoemde Nederlandse bijdrage aan het XXIVe Wereldcongres van de UINL staat het volgende vermeld:

*De onpartijdigheid is een relatief begrip: van de notaris kan worden verwacht dat hij een juridisch, maatschappelijk of economisch zwakkere partij tegen de andere partij bescherming biedt, door bijvoorbeeld de zwakkere partij te wijzen op de eventuele nadelige consequenties van het aangaan van een rechtshandeling.*

*Uit de praktijk kunnen als voorbeelden worden genoemd:*

- *een projectontwikkelaar en de koper;*
- *een woningbouwcorporatie en de huurder, die zijn woning/appartement kan kopen;*
- *de spoorwegen en de eigenaar van stroken grond die nodig zijn voor aanleg of uitbreiding van treinrails of andere infrastructuren;*
- *gemeente en particulieren die grond in erfpacht of eigendom verwerven van de gemeente;*
- *banken en particulieren die een hypothecaire geldlening sluiten.*

*De notaris zal in dergelijke gevallen moeten trachten door zijn inbreng de zwakkere van partijen zodanig bij te staan dat er een evenwicht ontstaat.*

*Het is een onderdeel van de notariële vaardigheden om te zorgen dat de sterkere partij het ondersteunen door de notaris van de zwakkere partij als een positieve bijdrage onderkent. Het moge duidelijk zijn dat de onpartijdigheid van de notaris een actieve betrokkenheid inhoudt en zeker niet een lijdelijk neutraal toezien.*

#### 1.35.2. Het rapport meldt slechts dat onpartijdigheid een relatief begrip is, maar geeft niet aan wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent.

### 1.36. Evaluatie van de WNA. Hammerstein en de Minister van Justitie over (het speelveld van de) onpartijdigheid.

#### 1.36.1. Hammerstein verwijst regelmatig naar het belang van de onpartijdigheid van de notaris. In hoofdstuk 2, waarin Hammerstein een beeld schetst van de wijze

waarop de notaris zijn ambt volgens de wet en volgens de opvatting van Hammerstein moet vervullen staat vermeld:<sup>171</sup>

*De taak van de notaris behoort meer in te houden dan alleen het opmaken van akten en het uitvoeren van de daarbij behorende controles. Uitgangspunt is dat de consument erop moet kunnen vertrouwen dat de notaris, die is belast met de opdracht rechtszekerheid te verschaffen, voldoende toezicht houdt en op onpartijdige wijze alle belangen behartigt (artikel 17 Wna)*

en<sup>172</sup>

*De wetgever heeft de essentie van het ambt geformuleerd in artikel 17 Wna. Op grond hiervan dient de notaris zijn ambt onafhankelijk uit te oefenen en moet hij de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigen.*

en<sup>173</sup>

*De notaris neemt door zijn onpartijdigheid in vergelijking met andere professionals, zoals advocaten en medisch specialisten, een bijzondere positie in.*

Hammerstein gebruikt het begrip onpartijdigheid ook geregeld in de hoofdstukken volgend op hoofdstuk 2. Zo wordt bijvoorbeeld in hoofdstuk 4, effecten van de marktwerking in het notariaat, opgemerkt:<sup>174</sup>

*De integriteit betreft onafhankelijkheid, onpartijdigheid en betrouwbaarheid.*

en<sup>175</sup>

*Voor een integere, onafhankelijke en onpartijdige notaris behoort het daarbij geen verschil te maken of hij al dan niet tegen een vast tarief werkt.*

Uit de in de vorige paragraaf opgenomen citaten blijkt dat Hammerstein de onpartijdigheid als essentie van het notarisambt beschouwt.

Het is echter jammer dat Hammerstein niet aangeeft wat zij onder het begrip onpartijdigheid van de Nederlandse notaris verstaat. Hammerstein signaleert evenmin dat de WNA niet omschrijft wat onpartijdigheid van de notaris betekent.

- 1.36.2. In de paragrafen 1.9.2. en 1.14.3. van dit hoofdstuk is vermeld dat het de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever is geweest om een onderscheid te maken tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.

Hammerstein<sup>176</sup> is echter van oordeel dat dit onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden, naast het onderscheid tussen ambtelijke en niet-ambtelijke taken tuchtrechtelijk niet relevant is en in de praktijk bovendien lastig te hanteren is.

Dat art. 98 WNA zowel van toepassing is op wettelijke en buitenwettelijke taken wil nog niet zeggen dat het onderscheid tussen die twee taken in het geheel niet relevant is. Bovendien is de opmerking dat het onderscheid tussen

---

<sup>171</sup> Hammerstein, p. 13

<sup>172</sup> Hammerstein, p. 14

<sup>173</sup> Hammerstein, p. 14

<sup>174</sup> Hammerstein, p. 29

<sup>175</sup> Hammerstein, p. 37

<sup>176</sup> Hammerstein, p. 15

## Hoofdstuk 1

wettelijke en buitenwettelijke taken in de praktijk lastig is te maken, in strijd met art. 2, eerste lid WNA en de bedoeling van de wetgever. Ik verwijs hiervoor naar de nota naar aanleiding van het nader overleg, waar te lezen is:<sup>177</sup>

*Naar mijn mening wordt door artikel 2 van het wetsvoorstel juist een goed onderscheid gemaakt tussen wettelijke (ambtelijke) en buitenwettelijke (niet-ambtelijke) taken*

en naar de Nadere Memorie van Antwoord, waar staat vermeld:<sup>178</sup>

*De leden van de fractie van de SGP, RPF en GPV vragen of het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden in de praktijk wel te maken valt. Dat een dergelijk onderscheid in de praktijk niet te maken zou zijn, lijkt mij niet aannemelijk.*

Het speelveld van de onpartijdigheid is volgens de bedoeling van de wetgever beperkt tot de wettelijke werkzaamheden.

Hammerstein lijkt het speelveld van de onpartijdigheid echter te willen oprekken tot de buitenwettelijke werkzaamheden. Dit blijkt mede uit het navolgende citaat:<sup>179</sup>

*Ook in de adviespraktijk moet de notaris zich aan de beroeps- en gedragsregels houden. Daar waar de notaris optreedt als partijadviseur, geeft hij daarvan blijk aan de betrokkenen. De notaris mag niet adviseren zonder daarbij rekening te houden met de belangen van de wederpartij en van derden. Andere adviseurs in het private veld zijn niet in deze zin (door de "klem van het ambt") beperkt in hun handelen.*

Hammerstein verwijst niet naar de parlementaire behandeling, noch onderbouwt hij zijn stelling anderszins. Bovendien is dit citaat in strijd met de bedoeling van de wetgever. In de nota naar aanleiding van het nader overleg staat letterlijk:<sup>180</sup>

*De bepaling over de onpartijdigheid (artikel 15) hoeft dus niet in acht te worden genomen bij het geven van juridische adviezen.*

Hammerstein rekt het speelveld van de onpartijdigheid dus ten onrechte op tot de buitenwettelijke werkzaamheden. Terecht volgt de brief van de Minister van Justitie van 7 februari 2006 Hammerstein dan ook niet op dit punt. De brief laat het bij de vaststelling dat de ethiek van het notarisambt ondeelbaar is en dat de notaris onder alle omstandigheden aan de hoge ethische normen die zijn wettelijke taak van hem eist dient te voldoen.<sup>181</sup>

1.36.3. In de brief van 7 februari 2006<sup>182</sup> zet de Minister het standpunt van het kabinet uiteen naar aanleiding van Hammerstein.

In deze brief wordt het begrip onpartijdig(heid) veelvuldig genoemd.

De Minister stelt:<sup>183</sup>

---

<sup>177</sup> *Kamerstukken II* 1996/1997, 23 706, nr. 12, p. 17 en 18 (zie paragraaf 1.9.2. van dit hoofdstuk)

<sup>178</sup> *Kamerstukken I* 1998/1999, 23 706, nr. 25a, p. 2 (zie paragraaf 1.14.3. van dit hoofdstuk)

<sup>179</sup> Hammerstein, p.15

<sup>180</sup> *Kamerstukken II*, 1996/1997, 23 706, nr. 12, p. 17 en 18 (zie paragraaf 1.19.2. van dit hoofdstuk)

<sup>181</sup> *Kamerstukken II*, 2005/2006, 23 706, nr. 64, p. 3

<sup>182</sup> *Kamerstukken II*, 2005/2006, 23 706, nr. 64

<sup>183</sup> *Kamerstukken II*, 2005/2006, 23 706, nr. 64, p. 2

*Daarom mogen aan de persoon die het ambt van notaris bekleedt hoge eisen worden gesteld als het gaat om intergriteit, onafhankelijkheid, onpartijdigheid en bekwaamheid. Aan deze eisen mag volgens het kabinet niet worden getornd.*

Wat onpartijdigheid in dit verband betekent, onthult de Minister echter niet.

1.37. Conclusies

- 1.37.1. Er moet op grond van art. 2, eerste lid WNA een onderscheid worden gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.

Wettelijke werkzaamheden bestaan uit het verlijden van authentieke akten en andere aan de notaris in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden. Tot de wettelijke taak van de notaris om authentieke akten te verlijden behoort ook het voorbereiden, opstellen en adviseren van alle bij die akte betrokken partijen over de inhoud daarvan. Het adviseren van slechts één der bij de akte betrokken partijen behoort tot de buitenwettelijke werkzaamheden. De eis van onpartijdigheid geldt alleen voor wettelijke werkzaamheden. Daarmee is het speelveld van de onpartijdigheid zoals die is opgenomen in art. 17, eerste lid WNA beperkt tot de wettelijke werkzaamheden als bedoeld in art. 2, eerste lid WNA.

- 1.37.2. Achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17 (het voormalige art. 15 is vernummerd tot art. 17), eerste lid WNA schuilt een absoluut verbod:

*De notaris mag geen akte verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen bij die akte betrokken is geweest.*

De notaris die in strijd handelt met dit verbod handelt niet onpartijdig, en is daarvoor tuchtrechtelijk aansprakelijk.

Door dit verbod is het speelveld van de onpartijdigheid van de notaris verder beperkt tot het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen niet betrokken is geweest.

- 1.37.3. De KNB heeft het in het achter de woorden op "onpartijdige wijze" schuilende absolute verbod, als bedoeld in paragraaf 1.37.2. van dit hoofdstuk ontkend. Art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, luidende:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

is in strijd met het achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaande absolute verbod. Blijkens de parlementaire behandeling van art. 17, eerste lid WNA is er geen ruimte voor de bijzin:

*tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

Dit gedeelte van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels is contra legem.

Door de tekst van art. 22, eerste lid van de Verordening van beroeps- en gedragsregels is het speelveld van de onpartijdigheid nog verder beperkt tot het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan zijn kantoorgenoot als partijadviseur van één der partijen niet betrokken is geweest.



## Hoofdstuk 1

- 1.37.4. In dit hoofdstuk is onderzocht hoe de literatuur en de jurisprudentie met de hiervoor genoemde inperkingen omgaan. Het is gebleken dat met name de verboden als genoemd in de paragrafen 1.37.1., 1.37.2. en 1.37.3. van dit hoofdstuk door de meest recente literatuur ten onrechte niet als zodanig worden herkend. In de praktijk wordt ten onrechte gehandeld alsof de laatste bijzin van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels

*tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen*

niet contra legem is.

- 1.37.5. Door alle in dit hoofdstuk genoemde auteurs wordt het begrip onpartijdigheid gebruikt; geen dezer auteurs heeft echter een definitie voor het begrip onpartijdigheid gegeven. Alleen Kocken gaat dieper op de materie in en stelt:<sup>184</sup>

*Onpartijdigheid is immers een norm waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn.*

Kocken beantwoordt echter niet de vraag wat onpartijdigheid is. De optelsom van de discussie in het notariaat en de norm van de jurisprudentie en de wet noemt Kocken onpartijdigheid.

- 1.37.6. Ik heb er voor gekozen om de parlementaire behandeling en de notarieel-juridische literatuur zo volledig mogelijk weer te geven. Op deze wijze is voor een ieder vast te stellen dat uit de parlementaire behandeling noch uit deze literatuur duidelijk wordt wat onpartijdigheid betekent. Het antwoord op die vraag zal dus van buiten de Nederlandse notarieel-juridische literatuur moeten komen. Het verslag van mijn zoektocht is in de volgende hoofdstukken vermeld. Mijn zoektocht begint met de bestudering van relevante notarieel-juridische literatuur in de Nederland omringende landen.

---

<sup>184</sup> Kocken, p. 136

## Hoofdstuk 2

### Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

#### 2.1. Inleiding

In het vorige hoofdstuk kwam ik tot de conclusie dat uit Nederlandse notariële literatuur niet duidelijk wordt wat onpartijdigheid van de (Nederlandse) notaris betekent.

In dit hoofdstuk onderzoek ik of uit notariële literatuur die in het Nederland omringende buitenland is verschenen, duidelijk wordt wat onpartijdigheid (van de notaris) betekent.

Eerst heb ik onderzocht of op het niveau van de Europese Unie relevante literatuur bestaat. Van dit onderzoek doe ik verslag in paragraaf 2.2.

Daarna heb ik de situatie onderzocht in de Bondsrepubliek Duitsland, België en Frankrijk. Van dit onderzoek doe ik verslag in de paragrafen 2.3., 2.4. en 2.5..

In het Verenigd Koninkrijk komt de figuur van de notaris zoals wij die kennen niet voor.<sup>185</sup> In de parlementaire behandeling van de WNA is de solicitor veelvuldig ten tonele gevoerd als contrast met de Nederlandse notaris. Om die reden wordt de situatie in het Verenigd Koninkrijk niet beschreven.

Tijdens het XXIVe Wereldcongres van de Union Internationale du Notariat Latin (UINL) dat van 18 tot en met 23 oktober 2004 te Mexico City werd gehouden was<sup>186</sup> één van de thema's: de onpartijdigheid van de notaris geeft partijen zekerheid in contractuele verhoudingen. De rapporten van de Duitse, Belgische en Franse delegaties heb ik in mijn onderzoek betrokken.

Tijdens UINL-congressen wordt gewoonlijk een redactiecommissie gevormd, bestaande uit vertegenwoordigers van deelnemende landen. Deze redactiecommissie pleegt met een aantal schriftelijke aanbevelingen te komen, waarover op de slotdag van het congres plenair wordt gediscussieerd. Deze aanbevelingen zijn in paragraaf 2.6.2. van opgenomen.

In paragraaf 2.7. trek ik conclusies.

#### 2.2. De Europese Unie; het rapport Marinho

Het begrip onpartijdigheid van de notaris is aan de orde geweest in het onderzoek dat vanwege de Europese Gemeenschap is gedaan naar de notariaten uit de destijds twaalf landen van de Europese Gemeenschap: het rapport Marinho van 9 september 1993.<sup>187</sup>

Dit rapport is uitgemond in een resolutie van het Europees Parlement van 18 januari 1994.

Terzake van de onpartijdigheid van de notarissen, werkzaam in de Europese Unie is de navolgende conclusie getrokken:

*3. wijst erop dat het ambt van notaris - ook al is het op uiteenlopende wijze georganiseerd in de twaalf lidstaten, terwijl er ook verschillen binnen enkele van deze lidstaten bestaan - hoofdzakelijk gekenmerkt wordt door een aantal bijna gemeenschappelijke elementen, die in grote lijnen als volgt kunnen worden samengevat: partiële delegatie van het staatsgezag met het oog op het verlenen van de openbare dienst van authenticering van overeenkomsten en bewijsstukken; onafhankelijke activiteit die wordt uitgeoefend in het kader van*

---

<sup>185</sup> Melis-Waaijer, p. 428 en 429

<sup>186</sup> Zie paragraaf 1.25.5. van hoofdstuk 1

<sup>187</sup> Melis-Waaijer, p. 427 en 428

*een openbare functie in de vorm van vrij beroep (uitgezonderd Portugal, één Duitse deelstaat en het VK), maar aan controle van staatswege onderworpen is - of van het statutaire orgaan waaraan deze bevoegdheid is gedelegeerd door de overheid - voor wat betreft de naleving van de voorschriften voor de notariële akte en de tarieven die in het belang van de cliënten zijn gereguleerd, de toegang tot het beroep en de organisatie daarvan; preventieve functie ten aanzien van de rechterlijke macht, doordat de notaris de kans op geschillen uitschakelt of verkleint; het verschaffen van onpartijdig advies;*

De resolutie geeft dus aan dat het ambt van notaris in de twaalf lidstaten gekenmerkt wordt door onder meer het gemeenschappelijk element: het verschaffen van onpartijdig advies.

Ik merk op dat de resolutie niet als gemeenschappelijk element het onpartijdig handelen van de notaris noemt. Zoals we bij de bespreking van de situatie in België en Frankrijk zullen zien is dat terecht.

De Belgische en Franse notariswetgeving bevat nog steeds geen algemeen gebod dat de notaris onpartijdig dient te handelen en dat was in 1994 niet anders.

Ik merk verder op dat de laatste regel van deze conclusie: het verschaffen van onpartijdig advies op gespannen voet staat met het systeem van de WNA. Op het geven van advies in zijn algemeenheid is de norm van onpartijdigheid immers niet van toepassing. De norm van onpartijdigheid is alleen van toepassing op adviezen die verband houden met een aan de notaris gegeven opdracht tot het verlijden van de notariële akte.<sup>188</sup>

Wat onder het verschaffen van onpartijdig advies moet worden verstaan leggen het rapport Marinho en de resolutie niet uit. Voor een beter begrip van het begrip onpartijdigheid zullen we naar de wetgeving van de notariaten in de lidstaten zelf moeten kijken. Ik ben daarbij op zoek naar een mogelijk algemene betekenis die ook bruikbaar is voor de uitleg van het begrip onpartijdigheid in de WNA. Ik heb mij daarbij beperkt tot de wetgeving van de notariaten in de Bondsrepubliek Duitsland, België en Frankrijk, omdat het Nederlandse notariaat naar mijn mening aan die notariaten nog het meeste verwant is.

### 2.3. Het notariaat in de Bondsrepubliek Duitsland

#### 2.3.1. Melis-Waaijer zegt over het notariaat in de Bondsrepubliek Duitsland:<sup>189</sup>

*Duitsland kent verschillende typen van notarissen. Het ontstaan daarvan is historisch verklaarbaar. Hier kunnen vooral worden genoemd de notaris die hoort tot het 'Nurnotariat', het puur Latijnse notariaat. De landen in het voormalige Oost -Duitsland (met uitzondering van Oost-Berlijn) hebben bij de hereniging voor dit type notaris gekozen. Voorts is er de Anwalt-Notar: de notaris die tevens advocaat is. Van de 11.000 notarissen in Duitsland zijn er zo'n 9.000 Anwaltsnotare en ongeveer 1700 Nurnotare. Naast de Anwaltsnotar en de Nurnotare kent Duitsland nog in Baden-Württemberg twee typen notarissen in overheidsdienst: de Richternotare en de Bezirksnotare (Amtsnotare). Hoewel getalsmatig duidelijk in de minderheid bij de Anwaltsnotare bedienen de Nurnotare evenwel ongeveer 50% van de Duitse bevolking. De Nurnotare opereren meestal alleen of in een*

<sup>188</sup> zie paragraaf 1.9.2. van hoofdstuk 1

<sup>189</sup> Melis-Waaijer, p. 431

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

*samenwerkingsverband met een andere notaris. De Anwaltsnotare werken in grotere maatschappen samen. Met betrekking tot het aantal notarissen kent Duitsland een numerus clausus. De meeste Duitse notarissen houden zich bezig met het onroerend goed recht, en daarnaast met het vennootschapsrecht en het familievermogensrecht. Dat geldt grosso modo voor alle notarissen op het Europese vasteland. De tarieven die de notaris berekent, zijn wettelijk voorgeschreven, namelijk in de Kostenordnung.*

Alle Duitse notarissen zijn onderworpen aan de Bundesnotarordnung van 24 februari 1961, het laatst gewijzigd "durch Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen und zu Aenderung anderer Gesetze von 27 April 2002 (BGBl.I S.1467,1475)".

§1 van de Bundesnotarordnung (BNotO) luidt:

*Als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes werden für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und andere Aufgaben auf dem Gebiete der vorsorgenden Rechtspflege in den Ländern Notare bestellt.*

De BNotO houdt zich dus bezig met het verlijden van akten (Beurkundung) en met preventieve rechtshulp (vorsorgende Rechtspflege).

De Beurkundung is uitgewerkt in § 14 Abs. 1 BNotO, dat luidt:

*Der Notar hat sich sein Amt getreu seinem Eide zu verwalten. Er ist nicht Vertreter einer Partei, sondern unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten.*

Op grond van § 13 BNotO legt de Duitse notaris de eed af om zijn plichten als notaris "gewissenhaft und unparteiisch" te vervullen

De vorsorgende Rechtspflege is uitgewerkt in de eerste volzin van § 24 Abs.1 BNotO, dat luidt:

*Zu dem Amt des Notars gehört auch die sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiete vorsorgender Rechtspflege, insbesondere die Anfertigung von Urkundenentwürfen und die Beratung der Beteiligten.*

Ik behandel in de volgende paragraaf de betekenis van § 14, Abs. 1 BNotO (Beurkundung) en de wijze waarop de Duitse notaris aan de in dat artikel gestelde eisen dient te voldoen.

In paragraaf 1.21.2. van hoofdstuk 1 besprak ik reeds de betekenis van § 24, Abs. 1 BNotO (vorsorgende Rechtspflege). Op dit onderwerp ga ik hier niet verder in.

- 2.3.2. De betekenis van § 14, Abs. 1 BNotO is nader ingekleurd door zogenaamde Richtlinienempfehlungen van de Bundesnotarkammer (vergelijkbaar met verordeningen van de KNB) en op dit punt gewezen jurisprudentie. De Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer met betrekking tot § 14, Abs. 1 luidt:

*1.1. Der Notar ist unparteiischer Rechtsberater und Betreuer sämtlicher Beteiligten*

## Hoofdstuk 2

Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>190</sup> geeft aan dat met het begrip onpartijdigheid in § 14 Abs. 1 BNotO Neutralität is bedoeld.

In de Duitse bijdrage aan het XXIVe UINL Wereldcongres in Mexico City schrijft ook Gaupp<sup>191</sup> dat het begrip Unparteilichkeit met het begrip Neutralität overeenstemt.

Volgens Gaupp geldt Neutralität als het moderne begrip, het begrip dat in het huidige maatschappelijke verkeer meer gangbaar is en het begrip dat beter aansluit bij andere vakgebieden dan het recht, zoals bijvoorbeeld de psychologie.

Gaupp<sup>192</sup> beschouwt de afwezigheid van een op benadeling of bevoordeling gerichte instelling als leidend criterium voor het begrip Neutralität. Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>193</sup> is dezelfde mening toegedaan: de notaris mag niemand bevoordelen of benadelen. Volgens Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>194</sup> betekent dit dat de Duitse notaris de gerechtvaardigde belangen van alle Beteiligten op dezelfde wijze in acht dient te nemen. Dat sluit uit dat de notaris bij het verlijden van akten, waarbij meer dan één Beteiligte is betrokken, kan worden aangemerkt als behartiger van de belangen (Erfüllungsgehilfe) van één van de Beteiligten

Onder Beteiligten in § 14 Abs. 1 BNotO moeten niet alleen de partijen bij een akte worden verstaan. Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>195</sup> geeft aan dat onder Beteiligten eveneens dienen te worden verstaan die personen, wier rechten of verplichtingen uit de inhoud van de notariële akte rechtstreeks voortvloeien, dan wel door de (inhoud van de ) notariële akte beperkt of uitgebreid worden. Het is in dit verband voldoende dat die rechten of verplichtingen door de inhoud van de akte in feite rechtstreeks ten gunste of ten ongunste worden beïnvloed.

§ 14 Abs. 2 en § 14 Abs. 3 BNotO schrijven voor dat wanneer het verlijden van een akte niet verenigbaar is met de plicht de Neutralität in acht te nemen of de schijn van partijdigheid wekt, de Duitse notaris dienst dient te weigeren (Mitwirkung versagen).

Gaupp<sup>196</sup> is van mening dat de Duitse notariële regelgeving daarmee in overeenstemming is met de Europese Code van Gedragsregels voor het notariaat, gewijzigd vastgesteld door de Conférence des Notariars de l'Union Européenne (hierna: CNUe) in haar vergadering gehouden te München, Bondsrepubliek Duitsland, op 9 november 2002.

Art. 1.2.2., eerste alinea van die Code houdt de plicht in van de notaris om in volledige onpartijdigheid en onafhankelijkheid te adviseren en akten te verlijden.

Voor de goede orde merk ik op dat naar mijn mening art. 2 van de WNA niet in overeenstemming is met deze Code. Voor buitenwettelijke werkzaamheden, zoals adviseren geldt immers de onpartijdigheidsnorm niet.

---

<sup>190</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 174; in Bijlage 2.1. bij dit hoofdstuk zijn de passages waarnaar in deze voetnoot en de voetnoten 191, 194, 195, 197, 198, en 199 wordt verwezen integraal opgenomen

<sup>191</sup> Dr Rolf Gaupp, Rechtsanwalt und Notar te Heilbronn: die Unparteilichkeit des Notars: Ein Garantie des Vertragsrecht, hierna te noemen: Gaupp

<sup>192</sup> Gaupp, p. 4

<sup>193</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 175

<sup>194</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 175

<sup>195</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 175

<sup>196</sup> Gaupp, p 4

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

- 2.3.3. Verder geeft Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>197</sup> aan dat de Duitse notaris niet de belangen van één Beteiligte in strijd met de belangen van een andere Beteiligte mag behartigen. De Duitse notaris is verplicht om bij het verlijden van akten te letten op een evenwichtige verdeling van risico's en in het voorkomende geval die evenwichtige verdeling te bewerkstelligen. Het Bundesgerichtshof (BGH)<sup>198</sup> draagt notarissen op overeenkomsten op een volledige en evenwichtige wijze zodanig vast te leggen dat het de belangen van de Beteiligten recht doet. In deze opdracht kan geen resultaatsverbintenis van de notaris worden gelezen. Met betrekking tot de evenwichtige verdeling van risico's behoort het overigens niet tot de taak van de notaris om de economische wenselijkheid van de door de partijen nagestreefde overeenkomst na te gaan.

Wel kan de notaris in zijn Belehrungspflicht beperkt worden door de verplichting tot Neutralität<sup>199</sup>. De Neutralität van de Duitse notaris beperkt zich niet tot het verlijden van de akte zelf. Ook met betrekking tot het verstrekken van inlichtingen, het uiten van standpunten over juridische kwesties en het doen van mededelingen in verband met reeds verleden akten moet de notaris onpartijdig blijven. Wanneer één van de partijen na het verlijden van de akte de notaris om een opinie verzoekt met betrekking tot de inhoud van die akte, dient de notaris de andere partij over dit verzoek en over de opinie te informeren. Bij het geven van de opinie let de Duitse notaris erop om niet in strijd te komen met zijn Neutralitätspflicht.

- 2.3.4. Door het bovenstaande wordt duidelijk dat de Duitse notaris aan striktere regelgeving is gebonden dan zijn Nederlandse collega. Daar blijft het niet bij. § 14 Abs. 3 BNotO regelt dat de Duitse notaris ieder gedrag dient te vermijden dat de indruk van partijdigheid wekt. De Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer (Ziffer II)<sup>200</sup> stellen dat op het voorschrift van § 14 Abs. 3 BNotO met name dient te worden gelet wanneer er een groot aantal vergelijkbare transacties in akten worden vastgelegd, waarbij telkens dezelfde persoon betrokken is of waardoor door dezelfde persoon steeds economisch voordeel wordt behaald. In Nederlandse omstandigheden kan gedacht worden aan een bouwplan. Verder stellen de Richtlinienempfehlungen dat § 14 Abs. 3 er toe noopt om Beteiligten voldoende gelegenheid te bieden om de inhoud van de in de akte gedocumenteerde transacties te doorgronden. Om één en ander te bewerkstelligen stellen de Richtlinienempfehlungen dat het in de regel onder meer verboden is om systematisch akten te verlijden waarbij volmachthouders compareren, wanneer niet uit de daarvoor verleden notariële akte, waarin de volmachtgever heeft gecompareerd blijkt dat deze volmachtgever over de inhoud van de transactie afdoende door de notaris is "belehrt".

Gaup<sup>201</sup> wijst erop dat een notaris die in een andere hoedanigheid (bijvoorbeeld als adviseur, belastingadviseur) optreedt dan notaris, niet tegelijk als notaris kan optreden:

*Notarielle Amtstätigkeit und freiberufliche anwaltliche Tätigkeit in derselben Angelegenheit schließen sich rechtsgrundsätzlich aus.*

---

<sup>197</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 175

<sup>198</sup> BGH NJW 1994, 2283, als genoemd door Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 175 en 176

<sup>199</sup> BGH BNotZ 1982, 384, als genoemd door Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 176

<sup>200</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 161

<sup>201</sup> Gaupp, p. 17

## Hoofdstuk 2

Het voorschrift van onpartijdigheid (Neutralität) leidt voor Duitse notarissen tot duidelijk omschreven procedurele regels en verboden.

Een deel van deze verboden bestaat uit het zogenaamde Mitwirkungsverbot, het verbod om bepaalde akten te verlijden. Dit Mitwirkungsverbot is opgenomen in een apart stuk wetgeving, het Beurkundungsgesetz (BeurkG), vrij vertaald: de Wet op het verlijden van akten, dat in Duitsland naast de BNotO bestaat.

De tekst van § 3 Abs. 1 BeurkG (Verbot der Mitwirkung als Notar) neem ik ter illustratie op in Bijlage 2.2. bij dit hoofdstuk.

Een aantal van deze verboden treffen we ook in de WNA aan. In sommige gevallen is § 3 Abs. 1 BeurkG strikter dan de WNA. Ik verwijs bij wijze van voorbeeld naar Ziffer 4 van § 3 Abs. 1 BeurkG.

Een partner in een maatschap waarin de Duitse notaris werkzaam is, of iemand met wie de Duitse notaris gezamenlijk kantoor houdt, wordt met betrekking tot het verbod om akten te verlijden gelijkgesteld met bijvoorbeeld de echtgenote van de notaris. Op deze wijze neemt een wettelijke regeling iedere twijfel weg.

Het belangrijkste Mitwirkungsverbot is het met Ziffer 7 van § 3 Abs 1 met ingang van 8 september 1998 opgenomen Mitwirkungsverbot "aufgrund außernotarieller Tätigkeit des Notars oder eines Soziums"<sup>202</sup>

Gaupp<sup>203</sup> en Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>204</sup> citeren Eylmann, de op dat moment in functie zijnde voorzitter van de Commissie Juridische zaken (Rechtsausschus) van de Duitse Bondsdag, die heeft opgemerkt:

*War oder ist der Anwalt selbst oder sein Sozium oder Partner als Rechtsanwalt, Patentanwalt, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Vereidigter Buchprüfer oder in sonstiger Weise, die privates Handeln einschließt, in einer Angelegenheit tätig, ist diese für ihn als Notar tabu.*

Eylmann heeft het hier over de Anwaltsnotar, die het wegens het feit dat hij eerder, anders dan als notaris, bij een zaak betrokken is geweest, de zogenaamde Vorbefassung, verboden is als notaris te fungeren en dus (onder meer) akten te verlijden. Hetzelfde geldt wanneer een partner (Sozium) van de Anwaltsnotar bij die zaak betrokken is geweest.

Nurnotare vallen onder hetzelfde regime.<sup>205</sup>

De Duitse notaris moet voor het verlijden van de akte de comparanten naar de Vorbefassung vragen en het antwoord in de akte opnemen.<sup>206</sup>

Deze regeling van de Vorbefassung is wederom een goed voorbeeld van strikte wetgeving. Strikte wetgeving heeft het voordeel dat de regels voor de notaris en iedere betrokkene kenbaar zijn. Overigens dient de Anwaltsnotar te gelegener tijd (en dat is voordat hij een opdracht aanvaardt) aan de Beteiligten duidelijk te maken of hij gaat handelen als Anwalt of als notaris (Richtlinien der Bundesnotarkammer, Ziffer I. 3).

Gaupp<sup>207</sup> bespreekt in dit verband ook de situatie van de huis-notaris; daarmee bedoelt Gaupp de notaris die regelmatig akten verlijdt voor bijvoorbeeld een aannemer, een bank of een aan de beurs genoteerde vennootschap.

Naar Duits notariële recht is deze situatie niet onproblematisch; het leerstuk van de Vorbefassung is echter niet zonder meer van toepassing. Het

---

<sup>202</sup> Gaupp, p. 17

<sup>203</sup> Gaupp, p. 17

<sup>204</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 273

<sup>205</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 272

<sup>206</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 275 en Gaupp, p. 17

<sup>207</sup> Gaupp, p. 18

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

Mitwirkungsverbot wegens Vorbefassung is uitsluitend op de zaak van toepassing (mandatsbezogen) en niet op de partij bij de zaak (mandantsbezogen).

Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>208</sup> merken – naar de mening van Gaupp<sup>209</sup> terecht – op, dat het begrip "derselbe Angelegenheit" ruim moet worden uitgelegd en verder het volgende moet worden bedacht:

*So fällt die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts, das Teil oder Folge eines durch steuerliche oder wirtschaftliche Überlegungen eingeleiteten Vorgangs ist, unter das Mitwirkungsverbot. Dauernde Beratungsverhältnisse, wie sie für interprofessionelle Berufsverbindungen unter Beteiligung von Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern typisch sind, führen daher vielfach dazu, daß aus dem mandatsbezogenen Mitwirkungsverbot ein mandantenbezogenes wird.*

De Duitse notaris die tevens als voortdurende estate planner voor een cliënt werkt mag op grond van het Mitwirkungsverbot niet meer de uit de advisering voortvloeiende notariële akten verlijden. Werkt de Duitse notaris in een interdisciplinaire samenwerking en wordt dit estate planning advies door een binnen dat samenwerkingsverband werkzame belastingadviseur gegeven, dan mag die notaris de uit dat advies voortvloeiende akte niet verlijden.

Uit de combinatie van § 14 Absatz 1 BnotO en § 3 BeurkG valt af te leiden, dat het een Duitse notaris - ongeacht het feit of deze nu Anwaltsnotar of Nurnotar is - niet mogelijk is om in dezelfde zaak waarin hij één van bij het verlijden van een akte betrokken partijen bijstaat als adviseur ook de notariële akte te verlijden.

In paragraaf 1.20.2. van hoofdstuk 1 zette ik reeds uiteen dat de regel

*De notaris verlijdt geen akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest*

in overeenstemming is met de regeling in Duitsland. Tijdens de parlementaire behandeling van de WNA is daar echter met geen woord naar verwezen, hetgeen reeds daarom spijtig is, omdat daardoor de kans is gemist om de - deutsche Gründlichkeit - uitgebreide Duitse regelgeving bij de totstandkoming van de WNA te betrekken.

- 2.3.5. Gaupp<sup>210</sup> merkt op dat de "Verhandlung" als genoemd in § 8 BeurkG de kern is van het verlijden van de akte. § 8 BeurkG luidt:

*Bei der Beurkundung von Willenserklärungen muß eine Niederschrift über die Verhandlung aufgenommen werden*

Ook hier weer een duidelijk wettelijk voorschrift. Gaupp<sup>211</sup> bericht dat de Duitse wetgever bij wet van 23 juli 2002 de inhoud van de "Verhandlung" op twee verschillende wijzen heeft uitgebreid. Bij akten waarbij consumenten zijn betrokken moet het concept van die akte tenminste twee weken voor het verlijden van de akte door de consument zijn ontvangen. Het gaat hier volgens Gaupp met name om de levering van woningen op grond van een koop/aannemingsovereenkomst. Verder is geregeld dat bij het verlijden van de akte de consument zelf of een vertrouwensman van de consument dient te

---

<sup>208</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 273

<sup>209</sup> Gaupp, p. 20

<sup>210</sup> Gaupp, p. 27

<sup>211</sup> Gaupp, p. 14



## Hoofdstuk 2

compareren.<sup>212</sup> Door dit verscherpte vormvoorschrift wordt volgens Gaupp meer inhoud gegeven aan het onpartijdig optreden van de notaris.

- 2.3.6. De BNotO en het BeurkG geven een gedetailleerde omschrijving van hetgeen onder het begrip Unparteilichkeit moet worden verstaan, maar geeft daarvan geen definitie, die voor de uitleg van het begrip onpartijdigheid in de WNA te gebruiken is.

### 2.4. Het notariaat in België

- 2.4.1. In België is - per 1 januari 2000 - een nieuwe Notariswet in werking getreden. De wet van 25 Ventôse jaar XI bij Wet van 4 mei 1999 tot wijziging van de Wet van 25 Ventôse jaar XI (16 maart 1803 RB) op het Notarisambt (BS 1 oktober 1999) en aangevuld bij wet van 4 mei 1999 tot aanvulling van de Wet van 25 Ventôse jaar XI.

Art. 9 van deze wet luidt:

*§1 De akten worden verleden voor één of meer notarissen. Behoudens de gevallen, waarin voorzien is in de aanstelling van de notaris door de rechtbank kan elke partij vrij een notaris aanwijzen.*

*Wanneer een notaris manifest tegenstrijdige belangen of de aanwezigheid van duidelijk onevenwichtige bedingen vaststelt, vestigt hij hierop de aandacht van de partijen en deelt hen mee, dat elke partij de vrije keuze heeft om een andere notaris aan te wijzen of zich te laten bijstaan door een raadsman.*

*De notaris licht elke partij volledig in over de rechten, verplichtingen en lasten die voortvloeien uit de rechtshandelingen waarbij zij betrokken is en geeft aan alle partijen op onpartijdige wijze raad.*

Het begrip onpartijdigheid komt in de wet alleen in dit artikel voor.

- 2.4.2. Michielsens geeft een overzicht van de parlementaire behandeling van dit artikel.<sup>213</sup>

De passages uit de parlementaire behandeling die met betrekking tot het begrip onpartijdigheid van belang zijn, neem ik op in Bijlage 2.3. bij dit hoofdstuk.

In de parlementaire behandeling wordt het begrip onpartijdigheid nauwelijks besproken. Interessant is, dat de discussie zich concentreert op het feit dat een notaris (vaak of steeds) met tegenstrijdige belangen heeft te maken.

Een definitie van onpartijdigheid wordt in de Belgische Notariswet noch in de parlementaire behandeling aangetroffen.

- 2.4.3. Deckers<sup>214</sup> heeft erop gewezen dat het in België van essentieel belang wordt geacht dat iedere burger het recht moet hebben zich te laten begeleiden door "zijn eigen huisnotaris". Op basis hiervan bestaat in België het fenomeen van de twee samen passerende notarissen, een in Nederland onbekend fenomeen. De samen passerende notarissen vormen volgens Deckers als het ware een derde partij – met een collegiale plicht van onpartijdigheid – waarbij elk het dossier vanuit een eigen gezichtshoek en eigen cliëntkennis opbouwt. Deckers merkt verder op dat deze notariële onpartijdigheid geen afstandelijke neutraliteit is, maar eigenlijk veeleer een betrokken "multi-partijdigheid":

---

<sup>212</sup> Gaupp, p. 28

<sup>213</sup> André Michielsens, De Nieuwe Notariswet, België 1999, p. 113-123

<sup>214</sup> E. Deckers, "Bedenkingen over interdisciplinaire samenwerking", WPNR 2002/6503, p. 659-663

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

*ze is één en al betrokkenheid bij het probleem van de consultant maar tegelijk één en al zorgvuldigheid van alle andere op het spel staande belangen: de belangen van de tegenpartij, de belangen van derden en het algemeen belang.*

Deckers heeft deze gedachten verder uitgewerkt in de door hem geschreven bijdrage van de Conseil International du Notariat Belge (CINB) aan het in de inleiding van dit hoofdstuk genoemde XXIVe Wereldcongres van de UINL in Mexico City in oktober 2004.<sup>215</sup>

In deze bijdrage wijst Deckers<sup>216</sup> erop, dat de derde alinea van artikel 9 §1 van de Belgische Notariswet – zie paragraaf 2.4.1. van dit hoofdstuk – luidende:

*De notaris licht elke partij volledig in over de rechten, verplichtingen en lasten die voortvloeien uit de rechtshandelingen waarbij zij betrokken is en geeft aan alle partijen op onpartijdige wijze raad*

zich niet bezig houdt met de onpartijdigheid van de alleen handelende notaris, maar met de onpartijdigheid van twee of meer gezamenlijk handelende notarissen. Dit leidt Deckers af uit het totale zinsverband van het artikel.

Deckers merkt verder op dat de Belgische (notaris)wetgever de alleen handelende notaris verdenkt van partijdigheid en de onpartijdigheid van die alleen handelende notaris niet au sérieux neemt.

Deckers acht dit geen gelukkige ontwikkeling; feit is echter dat ongeveer 70% van alle notariële akten die registergoed betreffen middels samenwerking met een tweede notaris worden verleden.<sup>217</sup>

Tegen deze achtergrond heeft – zo schrijft Deckers<sup>218</sup> – La Fédération du Notariat Belge op 26 januari 1996 een forum belegd over het onderwerp onpartijdigheid, waaraan ongeveer 45% van de Belgische notarissen hebben deelgenomen, met de bedoeling om de notariële onpartijdigheid te definiëren. Tot een definitie is het echter niet gekomen, wel tot een unanieme analyse. Deze luidt:<sup>219</sup>

*L'impartialité notariale est tout sauf passive; elle suppose toujours l'initiative ou l'action en vue de la sauvegarde ou du rétablissement de l'équité, de l'équilibre, de l'égalité des forces en présence. L'impartialité est donc tout sauf neutralité et passivité; elle comporte un élément d'engagement; engagement prudent pour ne pas donner l'avantage à l'une des parties, engagement compensant pour porter les avantages au niveau le plus élevé.*

Ik denk dat de Belgische analyse niet veel afwijkt van de heersende Nederlandse gedachten. Van belang voor mijn onderzoek is dat het Belgische notariaat een poging heeft gewaagd om onpartijdigheid van de notaris te definiëren, maar het met alle respect niet verder heeft gebracht dan een opsomming van verschijnselen.

### 2.5 Het notariaat in Frankrijk

#### 2.5.1. De Franse notariswet is de Loi du Ventôse an XI (16 maart 1803).

---

<sup>215</sup> E. Deckers: L'impartialité du Notaire, son tendon d'Achille? België, 2004, hierna te noemen: Deckers

<sup>216</sup> Deckers, p. 6

<sup>217</sup> Deckers, p. 7

<sup>218</sup> Deckers, p. 12

<sup>219</sup> Deckers, p. 13

## Hoofdstuk 2

In aanvulling op deze wet is een zogenaamd Ordonnance du 2 Novembre 1945 in werking getreden. Op deze Ordonnance hebben later nog aanvullingen plaats gehad, het laatst op 1 januari 1992. Verder bestaat er een Decret du 19 Decembre 1945 en een Decret du 26 Novembre 1971.

- 2.5.2. De Wet, de Ordonnance en de Decrets beslaan 27 pagina's A4. Geen van deze documenten schrijft voor dat een notaris onpartijdig zou dienen te handelen. Het begrip onpartijdig staat in het geheel niet vermeld. Art. 13 van het Decret van 19 Decembre 1945 vervangen op 20 juli 1964 komt nog het meest in de buurt.

*Il est interdit aux notaires, soit par eux-mêmes, soit par personnes interposées, soit directement soit indirectement*

*4°) De s'intéresser dans aucune affaire pour laquelle ils prêtent leur ministère;*

- 2.5.3. Pillebout<sup>220</sup> noemt het begrip onpartijdig(heid) nauwelijks. Voor de ontstaansgeschiedenis van de wet van 25 Vertôse an XI grijpt Pillebout terug op een tekst van conseiller Real uit 1803.<sup>221</sup> Real zegt daar dat er naast functionarissen die geschillen beslechten behoefte bestaat aan raadslieden die geen belang hebben bij de partijen (conseils désintéressés des parties) en die als onpartijdig redacteur maar met kennis van zaken (rédacteur impartial) de wil van de partijen op papier zetten. Deze raadslieden noemt Real notarissen.

Het woord impartial komt in deze tekst uitsluitend voor in de verbinding met rédacteur, de opsteller van de akte. We schrijven het jaar 1803, waarin van een actief handelende notaris nog geen sprake was.

Deze definitie is door Le règlement national du notariat, goedgekeurd op 24 december 1979, als volgt gecompliceerd:<sup>222</sup>

*"Il est l'arbitre impartial des contrats qu'il reçoit et le conseil des personnes, des entreprises et des collectivités; il assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle."*

De Franse notaris is blijkbaar geëvolueerd van een onpartijdige redacteur (rédacteur impartial) naar een onpartijdige arbiter (arbitre impartial). Het boek van Pillebout geeft geen nadere definitie van het woord impartial in de completering van de definitie. Het Franse notarisrecht gebruikt de formule:

*Conseil désintéressé des parties*

om aan te geven dat de Franse notaris geen belang heeft bij degenen aan wie hij advies geeft.

Deze formule lijkt overigens uitzondering te leiden, daar waar het de Franse notaris geoorloofd is om op te treden als onderhandelaar namens één of meer partijen.<sup>223</sup>

Het is de Franse notaris onder strikte regels toegestaan om namens zijn cliënten te onderhandelen over de verkoop van onder meer onroerend goed.

---

<sup>220</sup> J.F. Pillebout, Droit professionnel notarial, cinquième édition Jean Yaigre, Frankrijk 2000, p. 8

<sup>221</sup> Pillebout, p. 8

<sup>222</sup> Pillebout, p. 8

<sup>223</sup> Pillebout, p. 127

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

Hoe dit ook zij, Pillebout geeft aan<sup>224</sup> dat tot de verplichtingen van de notaris - naast ministerieplicht - een Belehrungspflicht Franse stijl behoort:

De Franse notaris is niet (meer) simpelweg de redacteur van een akte. Hij dient partijen voor te lichten, na te gaan of de belangen van iedere partij veiliggesteld zijn, partijen belehren (instruïre) over hun respectieve rechten en verplichtingen, hen uitleggen wat het gevolg van hun rechtshandeling is, hen de risico's en gevaren waaraan partijen zich blootstellen schetsen en hen uitleggen welke voorzieningen de wet bevat om hun wil ten uitvoer te brengen. Ook in Frankrijk wordt Belehrung als essentieel kenmerk van het notariaat beschouwd.

Daarnaast moet de Franse notaris er rekening mee houden dat het belang van de cliënt altijd voor de zijne gaat. (Article 5 van het règlement national : ' L'intérêt du client prime toujours le sien '). Met zoveel woorden wordt vermeld dat een notaris voor de cliënt altijd de meest economische oplossing dient te kiezen, ook al gaat dat ten koste van zijn eigen honorarium. De notaris dient niets voor zijn cliënt verborgen te houden. Dat is de kern van het eerder genoemde begrip désintéressement.

- 2.5.4. In de Franse bijdrage aan het XXIVe Wereldcongres van de UINL in Mexico City schrijft Savoure<sup>225</sup> dat de notaris een actieve rol dient te spelen en ervoor dient te waken dat de sterke zijn macht niet uitoefent ten koste van de zwakke. Net als in België komt het in Frankrijk regelmatig voor dat iedere partij zijn eigen notaris heeft. Er wordt dan afgesproken dat één van de notarissen de akte verlijdt. De instrumenterende notaris heeft een Belehrungspflicht jegens ieder partij, ongeacht of deze deskundig is of bijgestaan wordt door een deskundige.<sup>226</sup> Heeft de niet instrumenterende maar wel aanwezige samenwerkende notaris die Belehrungspflicht ook? Savoure<sup>227</sup> meent dat iedere notaris die Belehrungspflicht heeft, dat de notaris "en second" overigens geen normale raadgever is, maar meer lijkt op de instrumenterende notaris en dat dus ook voor die notaris de Belehrungspflicht geldt. In zijn arrest van 14 november 2000 lijkt de Court d'appel de Paris echter te hebben beslist dat de niet-instrumenterende notaris slechts zijn cliënt hoeft voor te lichten en niet de andere partijen bij de akte die niet zijn cliënten zijn. Wanneer deze uitleg juist is, dan is de niet-instrumenterende notaris niet onpartijdig, maar slechts partijadviseur. Savoure concludeert dat daaruit zou kunnen volgen dat de verplichtingen van de notaris verschillend kunnen zijn al naar gelang het werkzaamheden binnen of buiten het domeinmonopolie van de notaris betreft. Hierin herkennen we het onderscheid dat art. 2 WNA aanbrengt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.
- 2.5.5. Een definitie van onpartijdigheid wordt in het règlement national du notariat noch in de overige voor Franse notarissen geldende regels aangetroffen.

### 2.6. Het XXIVe Wereldcongres van de UINL in Mexico City (18 tot en met 23 oktober 2004)

---

<sup>224</sup> Pillebout, p. 140

<sup>225</sup> Dominique Savoure, Notaire à Versailles, L'impartialité du Notaire: garantie de l'ordre contractuel, p. 112, hierna: Savoure

<sup>226</sup> Savoure, p. 114 en 115

<sup>227</sup> Savoure, p. 115 en 116

## Hoofdstuk 2

- 2.6.1. Zoals in de inleiding tot dit hoofdstuk reeds werd gememoreerd, is tijdens het XXIVe Wereldcongres van de UINL, gehouden te Mexico City van 18 tot en met 23 oktober 2004, het thema: de onpartijdigheid van de notaris geeft partijen zekerheid in contractuele verhoudingen behandeld. Van de Duitse, Belgische en Franse bijdragen tot dit thema werd in dit hoofdstuk verslag gedaan. Van de Nederlandse bijdrage werd in de paragrafen 1.25.5 en 1.35.1. van hoofdstuk 1 verslag gedaan.
- 2.6.2. Wiersema<sup>228</sup> bericht dat tijdens de toelichting van de nationale coördinatoren onder meer aan de orde kwamen de spanning tussen onpartijdigheid enerzijds en economische afhankelijkheid anderzijds en geluiden vanuit Europa voor een minder formalistische benadering van de rol van de notaris. Diverse sprekers pleitten voor een rol van de notaris als het gaat om "L'ordre contractuel", waarmee volgens Wiersema een mengeling van bescherming van de zwakkere partij, consumentenbescherming, balans in rechten en vooral Belehrung wordt verstaan. Uit de aansluitende discussie bleek, zo bericht Wiersema, dat de onpartijdigheid in vrijwel ieder land in wet- of regelgeving voorkomt, dat de wijze waarop daaraan invulling wordt gegeven sterk verschilt en dat discussies daarover zich meestal afspelen in het kader van de deontologie.

*Termen als "l'ordre contractuel" en "Code of good conduct" vallen dan al gauw. In een moderne samenleving is het mogelijk dat onpartijdigheid en consumentenbescherming botsen. Onpartijdigheid eist in zo'n situatie extra deskundigheid van de notaris. Vertrouwensman alleen is niet genoeg; vakmanschap en onpartijdigheid dienen samen te gaan, zo was het oordeel van de conventie.*

Na twee dagen vergaderen werd er, zo bericht Wiersema, een redactie-commissie gevormd, bestaande uit vertegenwoordigers van elf landen, waaronder Nederland. De commissie kwam met de volgende aanbevelingen die in de plenaire vergadering ongewijzigd werden overgenomen:

- 1. Die Unparteilichkeit des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes ist die Grundlage des Notars lateinischen Typs für seine gesamte Amtstätigkeit. Sie schützt nicht nur die Vertragsbeteiligten, sondern auch die Interessen Dritter. Die Unparteilichkeit erfordert die strenge Beachtung der Gesetze und verlangt umfassende Sachverhaltsermittlung, Information und Beratung. Die Unparteilichkeit gebietet die aktive Mitwirkung des Notars, die über eine reine Entgegennahme von Willenserklärungen hinausgeht.*
- 2. Der berufsrechtliche Status des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes garantiert seine Unabhängigkeit und in der Konsequenz seine Unparteilichkeit.*
- 3. Die Unparteilichkeit des Notariats garantiert das heutige Verständnis des Vertragsrechts, dessen Ziel Ausgleich der Interessen der Vertragsparteien und Verbraucherschutz ist.*
- 4. Die Unparteilichkeit muss strikt durch die Rechtsordnung gesichert sein. Angemessene berufsrechtliche Unvereinbarkeitsregeln und Mitwirkungsverbote sind unerlässlich. Ebenso ist es notwendig, die Unabhängigkeit des Notars gegenüber wirtschaftlichen Pressionen, vor allem mächtiger wirtschaftlicher Akteure, zu sichern.*

---

<sup>228</sup> S.J.J. Wiersema, "Kort verslag van het XXIVe Unioncongres (I)", WPNR 2005/6620, p. 384-386

## Onpartijdigheid van de notaris in het Nederland omringende buitenland

5. *Die Unparteilichkeit setzt eine qualifizierte juristische Ausbildung des Notars voraus.*
6. *Unparteiliche Amtsausübung erfordert außerdem feste Kriterien, durch die notarielle Amtstätigkeit an allen Orten angemessen zur Verfügung gestellt wird und insbesondere auch die Notargebühren bestimmt werden, um so allen Bürgern den Zugang zur notariellen Amtstätigkeit unter gleichen Bedingungen (insbesondere auch durch feste Gebühren) zu sichern.*
7. *Die Unparteilichkeit des Notars bei seiner Amtsausübung begründet den Mehrwert der notariellen Urkunde, die Transparenz, Rechtswirksamkeit und unmittelbar Rechtswirkungen bietet.*
8. *Die Unparteilichkeit des Notars qualifiziert ihn in idealer Weise für Streitvermeidung sowie für außergerichtliche Streitbeilegung und unterscheidet ihn von den anderen juristischen Berufen, insbesondere dem Anwalt.*

2.6.3. In deze Duitstalige versie van de aanbevelingen zijn zonder veel moeite de contouren te onderscheiden van de wijze waarop aan de notariële deontologie in Duitsland wettelijk gestalte is gegeven, en waarover ik in paragraaf 2.3. van dit hoofdstuk heb bericht. Ik wijs bij wijze van voorbeeld naar de tweede regel van de vierde aanbeveling. Het is van belang een deugdelijk wettelijk kader voor de onpartijdigheid te creëren. Een van die wettelijke kaders zou het verbod kunnen zijn dat een notaris de akte niet mag verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als adviseur van één van de partijen betrokken is geweest. Deze lakmoestest ontbreekt echter in de aanbevelingen.

Uit de aanbevelingen valt niet te lezen wat onpartijdigheid is.

Ik vraag mij overigens af of de aanbevelingen wel in overeenstemming zijn met de situatie in België en Frankrijk. Onpartijdig handelen van de notaris zoals in de aanbevelingen vermeld, is in die landen immers geen wezenskenmerk. Voor België en Frankrijk zijn de aanbevelingen dus geen weergave van de feitelijke situatie maar hooguit van een wenselijke situatie.

### 2.7. Conclusies

2.7.1. Het in dit hoofdstuk opgenomen is niet meer dan een tour de l'horizon naar het notariaat in het Nederland omringende buitenland.

In deze tour de l'horizon is onderzocht in hoeverre het begrip onpartijdigheid in de respectievelijke notariële wetten en regels een rol speelt.

2.7.2. Het onderzoek laat zien dat in Frankrijk het begrip onpartijdigheid niet in de notariële regelgeving voorkomt. Wel wordt - zie paragraaf 2.6.3. van dit hoofdstuk - de notaris (aanvullend) gedefinieerd als l'arbitre impartial.

Op het begrip l'arbitre kom ik in de hierna volgende hoofdstukken nog terug. Hier volsta ik met de opmerking dat het begrip l'arbitre noch het begrip impartial nader wordt uitgelegd, laat staan gedefinieerd.

2.7.3. Het onderzoek laat verder zien dat in de Belgische Notariswet staat vermeld, dat de notaris alle partijen op onpartijdige wijze raad geeft. Deckers meent dat met het woord notaris hier twee of meer samenwerkende notarissen wordt bedoeld. In de parlementaire behandeling wordt geen definitie aangetroffen van het woord onpartijdig(heid). De parlementaire behandeling onthult evenmin wat met genoemde frase is bedoeld.

2.7.4. In de in paragraaf 2.2. van dit hoofdstuk genoemde resolutie van het Europees Parlement staat vermeld:

## Hoofdstuk 2

### *het verschaffen van onpartijdig advies*

In het rapport Marinho van 9 december 1993 noch in deze resolutie is het begrip onpartijdigheid gedefinieerd.

- 2.7.5. Volgens de Duitse Notariswet is de Duitse notaris een

### *unparteiischer Betreuer der Beteiligten*

Het begrip unparteiisch wordt niet gedefinieerd. De Duitse literatuur geeft wel een belangrijke vingerwijzing. Unparteilichkeit staat gelijk aan Neutralität; Neutralität van de Duitse notaris betekent dat hij niemand mag bevoordelen of benadelen.

- 2.7.6. De resolutie van het Europees Parlement noch de notariële regelgeving in Frankrijk, België en/of Duitsland brengt ons verder in de zoektocht naar de definitie van het begrip onpartijdigheid van de notaris. Hetzelfde geldt voor de aanbevelingen van het XXIVe Wereldcongres van de UINL dat in oktober 2004 in Mexico City werd gehouden.

- 2.7.7. Het in paragraaf 1.15.2. van hoofdstuk 1 genoemde aspect, dat het een Nederlandse notaris niet is toegestaan een notariële akte te verlijden wanneer hij één van de bij die akte optredende partijen heeft geadviseerd, is in de Belgische en Franse notariële regelgeving niet-existent.

Het aspect wordt evenmin in de voormelde resolutie van het Europees Parlement of in de aanbevelingen van het XXIVe Wereldcongres van de UINL vermeld.

In paragraaf 1.21. van hoofdstuk 1 is uiteengezet dat deze regel in Duitsland ook geldt. Het is om die reden verbazingwekkend dat tijdens de parlementaire behandeling van de WNA geen enkele opmerking is gemaakt ter zake van de vergelijkbaarheid van het door de Staatssecretaris van Justitie voorgestane stelsel en het in Duitsland bestaande stelsel.

- 2.7.8. Het onderzoek leverde verder twee Franse bijproducten op, die voor mijn onderzoek naar de onpartijdigheid van belang kunnen zijn:

1. Het idee van l'abitre impartial;
2. Het idee van de "désintéressement".

Het onderzoek leverde tevens de Duitse idee van Neutralität op; ook deze idee kan voor mijn verdere onderzoek van belang zijn.

- 2.7.9. De aan het slot van hoofdstuk 1 getrokken conclusie dat de parlementaire behandeling van de WNA en de literatuur en jurisprudentie over de WNA en de WNA-oud geen definitie geven van het begrip onpartijdigheid kan worden uitgebreid met de conclusie dat ook uit de geraadpleegde Europese, Franse, Belgische en Duitse notarieel-juridisch literatuur niet blijkt wat onpartijdigheid (van de notaris) betekent. De zoektocht wordt voortgezet buiten de notarieel-juridische literatuur.

### Hoofdstuk 3

#### Wat is onpartijdigheid?

##### 3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk wordt verslag gedaan van de resultaten van mijn zoektocht buiten de notarieel-juridische literatuur, naar het antwoord op mijn onderzoeksvraag wat onpartijdigheid van de notaris betekent. Een verhandeling/definitie in de Nederlandse en in de in hoofdstuk 2 genoemde buitenlandse literatuur bleek immers niet voorhanden te zijn.

Er is wel Nederlandse literatuur over subjectieve en objectieve onpartijdigheid van rechters (zie hierna bij wijze van voorbeeld het in paragraaf 3.7. van dit hoofdstuk genoemde onderzoek naar de schijn van partijdigheid van rechters), maar deze literatuur gaat op het begrip onpartijdigheid als zodanig niet in.

Om die reden zag ik mij genoodzaakt in niet-Nederlandse literatuur na te gaan of aldaar het begrip onpartijdigheid als zodanig wordt behandeld. Mijn verwachting luidde, dat ik zou stuiten op fundamenteel denkende Duitse filosofen uit de 19<sup>e</sup> eeuw, of anders op Franse filosofen uit diezelfde of misschien zelfs nog een eerdere periode, maar dat bleek niet het geval te zijn.

Tot mijn opluchting bestaat er wel literatuur; tot mijn verrassing is dit hedendaagse Anglo-Amerikaanse literatuur.

Deze literatuur maakt onderdeel uit van de politieke filosofie en van de moraalfilosofie.

Ik ben tot de conclusie gekomen, dat twee Treatises van Brian Barry, respectievelijk getiteld *Theories of Justice, A Treatise on social Justice, Volume I*, 1989 (hierna aan te duiden als Barry, Volume I) en *Justice as Impartiality, A Treatise on social Justice, Volume II*, 1995 (hierna aan te duiden als Barry, Volume II) het antwoord op mijn onderzoeksvraag bevatten.

Brian Barry geeft aan dat hij meer dan 10 jaar bezig is geweest om de hierna in paragrafen 3.2. tot en met 3.6. van dit hoofdstuk beschreven Treatises te schrijven. In die periode was hij als hoogleraar verbonden aan The Center for Advanced Study in Behavioral Sciences aan Stanford University, aan de University of Chicago, aan de Oxford University, aan The California Institute of Technology en aan de London School of Economics.

Hij geeft aan dat ten tijde van de publicatie van het eerste Treatise de tekst voor het tweede Treatise gereed was, maar dat hij zich genoodzaakt heeft gezien om dit door voortschrijdend inzicht (en kritiek op het eerste Treatise) nagenoeg geheel te herschrijven.

In de notarieel-juridische literatuur wordt tot op heden niet naar de Treatises van Barry verwezen. Alleen Kocken<sup>229</sup> verwijst (eenmaal) naar Barry's *Justice as Impartiality*. Voor een beter begrip van de theoriën van Barry heb ik een dertigtal citaten uit de Treatises als bijlage na hoofdstuk 5 van deze studie opgenomen. Naar deze bijlagen zal ik in de tekst van dit hoofdstuk regelmatig verwijzen.

Het antwoord op mijn onderzoeksvraag is verder ingekleurd door kennisneming van het boek: *Impartiality in Moral and Political Philosophy* (2002), geschreven door Susan Mendus, Professor of Political Philosophy aan de Universiteit van York, UK, in welk boek Mendus ingaat op delen van de Treatises van Barry.

---

<sup>229</sup> Kocken, p. 140



## Hoofdstuk 3

Barry verwijst zeer frequent naar A Theory of Justice van de filosoof John Rawls, die voor hem - zo schrijft hij zelf - van cruciaal belang is geweest voor het schrijven van de Treatises<sup>230</sup>

In de hierna aangehaalde literatuur zal de lezer directe citaten uit Rawls' A Theory of Justice tevergeefs zoeken.

Dat mag wellicht verbazing wekken, want John Rawls wordt beschouwd als één van de leidende politieke filosofen, zo niet de leidende politieke filosoof van de twintigste eeuw.

Zoals uit dit hoofdstuk zal blijken, heb ik mijn onderzoeksterrein in die zin ingeperkt, dat ik heb gezocht naar de betekenis van het begrip onpartijdigheid in relaties, waar een notaris normaal mee te maken krijgt en dat zijn relaties waarbij individuele partijen betrokken zijn, zulks in tegenstelling tot groepen van mensen die onderdeel uitmaken van een bevolking. Rawls beschrijft in zijn A Theory of Justice (met name) over deze groepen van mensen en waarschuwt dat zijn theorie niet omzetbaar is op een individu.

Om deze reden is de keuze gemaakt Rawls niet direct te citeren en is er de voorkeur aan gegeven om Rawls uitsluitend indirect via Barry te laten spreken.

Deze keuze is niet onproblematisch, omdat daardoor een diepgaande uitleg achterwege is gebleven van enkele kernbegrippen uit Rawls' A Theory of Justice, zoals the "original position" en de "veil of ignorance", begrippen die wel door Barry worden gebruikt.

Dat de keuze nochtans is gemaakt, wordt mede veroorzaakt doordat deze studie, zoals ik in de inleiding van dit hoofdstuk reeds opmerkte, geschreven is met de bedoeling om (notariële) juristen inzicht te geven in het begrip onpartijdigheid en dat het niet de bedoeling is geweest om deze (notariële) juristen een diepgaand inzicht te geven in het verdere gedachtegoed - hoe boeiend en leerzaam ook - van de verdere hedendaagse politieke filosofie.

Het gevolg van deze keuze is ook dat in dit hoofdstuk namen van filosofen en andere wetenschappers worden genoemd, zonder dat deze personen door mij in een context zijn geplaatst. Dat is om dezelfde reden geschied.

In de paragrafen 3.2. tot en met 3.7. wordt eerst de theorie beschreven. In paragraaf 3.8. trek ik de conclusies uit de theorie en in paragraaf 3.9. geef ik antwoord op mijn onderzoeksvraag.

### 3.2. Theories of fair divisions

- 3.2.1. Dit hoofdstuk heeft een andere invalshoek dan de voorafgaande twee hoofdstukken. Uitgangspunt van dit hoofdstuk is dat er twee personen – of partijen – zijn die met elkaar onderhandelen. Nagegaan wordt hoe deze twee personen tot een voor beiden rechtvaardig onderhandelingsresultaat komen. We betreden hier het terrein van de normatieve filosofie en tegelijk, zoals we hierna zullen zien, een deelsterrein van de economie dat aangeduid wordt als het terrein van speltheorie, ofwel game theory, de term die ik verder zal gebruiken.

Binnen de normatieve filosofie bestaan verschillende theorieën die verklaren hoe twee met elkaar onderhandelende personen tot een rechtvaardig onderhandelingsresultaat komen. Omdat het rechtvaardig onderhandelingsresultaat doorgaans een verdeling van iets (een som geld, andere nutseenheden) betreft, wordt veelal gesproken over een rechtvaardige

---

<sup>230</sup> Barry, Volume II, preface, p. x

verdeling (fair division) van dat object. De theorieën worden daarom ook wel aangeduid als theories of fair divisions.

Barry onderscheidt twee theorieën: justice as mutual advantage en justice as impartiality<sup>231</sup> en definieert die als volgt:

Justice as mutual advantage

*Justice is simply rational prudence pursued in contexts where the cooperation (or at least forbearance) of other people is a condition of our being able to get what we want. Justice is the name we give to the constraints on themselves that rational self-interested people would agree to as the minimum price that has to be paid in order to obtain the cooperation of other<sup>232</sup>*

Justice as impartiality

*Followers of this approach hold that there has to be some reason for behaving justly that is not reducible to even a sophisticated and indirect pursuit of self-interest<sup>233</sup>.*

*The significance of speaking of "justice as impartiality" is that this approach, entails that people should not look at things from their own point of view alone but seek to find a basis of agreement that is acceptable from all points of view.*

Er is hier sprake van twee fundamenteel verschillende rechtstheorieën.

De rechtstheorie justice as mutual advantage gaat er van uit dat we onder justice<sup>234</sup> niets anders of meer moeten verstaan dan de som van de beperkingen die een rationeel, uitsluitend aan zijn eigen belang denkende persoon bereid is zichzelf vrijwillig op te leggen als de minimumprijs die deze persoon bereid is te betalen aan de andere persoon (het gaat steeds om twee personen) om de medewerking van de andere persoon te krijgen.

De rechtstheorie justice as impartiality meent dat er een autonome reden bestaat om zich rechtvaardig (just) te gedragen die niet is terug te voeren op enig eigen belang. Het belang van deze rechtstheorie is dat een persoon iets niet alleen vanuit zijn eigen invalshoek bekijkt maar een oplossing probeert te vinden die acceptabel is uit elke invalshoek.

- 3.2.2. Barry geeft aan dat er tussen de twee theorieën overeenkomsten en verschillen zijn.<sup>235</sup>

*They share two features. First, they have in common the idea that questions of justice arise when there is a conflict of interest between different people or groups of people..... Second they also share the idea that justice is what everyone could in principle reach a rational agreement on.*

*Very schematically, we can locate the difference in this way. Under the first approach (justice as mutual advantage, RB) the agreement is allowed to reflect the fact some people have more bargaining power than other. It is bound to do this because it appeals to self-interest as the motive for behaving justly.*

*The second approach (justice as impartiality, RB), however, is not constrained by the requirement that everyone must find it to his advantage to be just. It*

---

<sup>231</sup> Barry, Volume I, p. 8

<sup>232</sup> Barry, Volume I, p. 6 en 7

<sup>233</sup> Barry, Volume I, p. 7 en 8

<sup>234</sup> Ik laat dit begrip bewust onvertaald. Justice betekent recht en rechtvaardigheid tegelijk

<sup>235</sup> Barry, Volume I, p. 8

*can therefore afford the luxury (which it has to pay for, of course, by finding an alternative motivation for behaving justly) of detaching justice from bargaining power.*

*This gives us the defining characteristic of the second approach namely, that justice should be the context of an agreement that would be reached by rational people under conditions that do not allow for bargaining power to be translated into advantage.*

In beide rechtstheorieën rijzen vragen met betrekking tot justice wanneer er sprake is van een balangenconflict (conflict of interest) tussen verschillende personen of groepen personen. Verder gaan beide rechtstheorieën er vanuit dat justice een begrip is waar een ieder het in principe rationeel mee eens kan zijn.

In de rechtstheorie justice as mutual advantage weerspiegelt het uiteindelijk bereikte onderhandelingsresultaat (de overeenkomst) het feit dat de ene persoon meer onderhandelingsmacht (bargaining power) heeft dan de ander. Op het begrip bargaining power kom ik onderstaand terug. In de rechtstheorie justice as impartiality weerspiegelt de uiteindelijke overeenkomst juist niet het feit dat de één meer bargaining power heeft dan de ander.

- 3.2.3. Barry<sup>236</sup> meent dat de rechtstheorieën justice as mutual advantage en justice as impartiality de enige rechtstheorieën zijn op het meest algemene niveau. Hij laat zien dat er belangrijke hoofdstromingen uit de filosofie achter de onderscheiden rechtstheorieën schuilen. Barry verbindt de rechtstheorie justice as mutual advantage aan de Sophisten, Hobbes en Gauthier en de rechtstheorie justice as impartiality aan de Stoïcijnen, Kant en Rawls. Als we erop staan zo deelt Barry mee<sup>237</sup> een rechtstheorie uit te kiezen die eenvoudigweg bestaande overtuigingen en verwachtingen bevestigt, dan is er maar één algemene rechtstheorie beschikbaar en dat is justice as mutual advantage.<sup>238</sup> Deze mening deel ik. Wanneer het gedrag van een individu onbewust bepaald wordt door de theorie van justice as mutual advantage, dan is dit gedrag niet zodanig te beïnvloeden dat deze zich laat beheersen door de theorie van justice as impartiality.<sup>239</sup>

### 3.3. Justice as mutual advantage; the Nash solution

- 3.3.1. Barry<sup>240</sup> neemt in zijn uitleg van het functioneren van de rechtstheorie justice as mutual advantage de onderhandelingspositie van de twee partijen aan als een gegeven en vraagt zich niet af hoe die onderhandelingspositie is ontstaan. Verder gaat Barry ervan uit dat de twee partijen slechts in één zaak met elkaar onderhandelen.

Verder neemt Barry<sup>241</sup> als uitgangspunt dat de basisidee van de rechtstheorie justice as mutual advantage is dat ieder onderhandelingsresultaat beter is dan het voortduren van het conflict.

---

<sup>236</sup> Barry, Volume I, p. 374 en 375. Voor dit citaat zie Bijlage 3.1. bij dit hoofdstuk.

<sup>237</sup> Barry, Volume II, p. 114 en 115 (zie Bijlagen 3.2 en 3.3 bij dit hoofdstuk)

<sup>238</sup> Dit betekent niet dat Barry geen kritiek heeft op de rechtstheorie justice as mutual advantage. In andere dan two-person-problems noemt Barry, Volume II, p. 33 de rechtstheorie justice as mutual agreement a radical dejective theory, wanneer er - zie Barry, Volume II, p. 45 noot c - , geen sprake is van een "rough equality of strength" tussen de betrokken partijen. (zie Bijlage 3.4. bij dit hoofdstuk)

<sup>239</sup> Barry, Volume I, p. 285 (zie Bijlage 3.5. bij dit hoofdstuk)

<sup>240</sup> Barry, Volume I. p. 9

<sup>241</sup> Barry, Volume I, p 10

Hoe bereiken de twee partijen in het onderhandelingsproces een faire oplossing? Bij het vinden van deze oplossing gebruikt Barry de hiervoor genoemde game theorie en legt vervolgens uit hoe het proces om tot een faire oplossing te geraken wiskundig gezien in twee stappen uiteenvalt<sup>242</sup>.

De eerste stap dient om vast te stellen op welk punt partijen uitkomen als ze er niet in slagen overeenstemming te bereiken. Barry noemt dit het nonagreement point.

De tweede stap bestaat uit het bewegen van het nonagreement point naar het agreement point. In dit traject gaat het voordeel van de één steeds ten nadele van de ander. (Barry noemt de beweging van het nonagreement point naar het agreement point om die reden "efficient"). Er is, zoals we dadelijk zullen zien niet één agreement point. Er is sprake van een verzameling van agreement points.

Op welke manier loopt – wiskundig gezien – het traject tussen het nonagreement point en het "efficient" agreement point?

Barry geeft aan dat twee trajecten denkbaar zijn die met elkaar wedijveren<sup>243</sup>. Eén traject weerspiegelt het gevolg van het verschil in bargaining power van ieder der partijen. Het andere traject is gebaseerd op een intuïtief gevoel van fairness en zegt dat een fair division van hetgeen partijen verdeeld houdt, door Barry aangeduid als het "cooperative surplus", er één is die dit cooperative surplus gelijkelijk tussen twee partijen verdeeld.

- 3.3.2. Barry geeft aan dat er weinig fundamenteel is nagedacht over wat een bargaining solution<sup>244</sup> nu precies is, doch dat er wel vele technische oplossingen bestaan voor het "berekenen" van de bargaining solution. Deze technische oplossingen worden met name aangedragen door economen en game theorists.<sup>245</sup>

Barry bespreekt tot in groot detail de theorieën van twee personen, de wiskundige J.F. Nash, die in 1950 een artikel publiceerde in het blad *Econometrica* "The Bargaining Problem" en de filosoof R.B. Braithwaite, die in 1955 een inaugurele rede hield ter gelegenheid van zijn benoeming tot hoogleraar moraalfilosofie onder de titel: *Theory of Games as a Tool for the Moral Philosopher*.

Omdat het voor mijn verdere betoog van belang is om althans elementaire kennis te dragen van een technische oplossing, zal ik onderstaand beschrijven hoe Barry de oplossing van Nash (hierna: the Nash solution) bespreekt.

Deze beschrijving start met het - zoals Barry het stelt - <sup>246</sup> meest eenvoudige voorbeeld.

Stel dat twee personen USD 100 kunnen verdelen op elke manier waarover deze twee personen het eens kunnen worden. Als ze het niet met elkaar eens kunnen worden dan krijgt geen van beiden iets.

In de grafische voorstelling van de oplossing van dit vraagstuk speelt het zogenaamde optimum van Pareto een grote rol. Het optimum van Pareto geeft een zodanig resultaat aan dat het niet mogelijk is om zich van dit optimum te verwijderen zonder dat dit de ene partij beter af doet zijn en de andere partij

---

<sup>242</sup> Barry, Volume I, p. 10 (zie Bijlage 3.6. bij dit hoofdstuk)

<sup>243</sup> Barry, Volume I, p. 10 (zie Bijlage 3.7 van dit hoofdstuk)

<sup>244</sup> Letterlijk: onderhandelingsoplossing. Barry, Volume I, p. 11, spreekt over bargaining solutions; deze terminologie zal verder worden aangehouden.

<sup>245</sup> Barry, Volume I, p. 12

<sup>246</sup> Barry, Volume I, p. 13

slechter af doet zijn. De Pareto frontier<sup>247</sup> is de verzameling van de optima van Pareto.

Lineair kunnen we nu grafisch aangeven, dat het uiteindelijke onderhandelingsresultaat op dat deel van de Pareto frontier ligt dat boven het nonagreement punt van beide partijen is gelegen. (Wanneer we op de x-as persoon 1 en USD 100 uitzetten en op de y-as persoon 2 en USD 100, dan is het nonagreement point het snijpunt van de x-as en de y-as en de Pareto frontier de hypotenusa van de gelijkzijdige rechthoekige driehoek met rechtshoekzijden van USD 100)

Meer kunnen we er volgens Barry niet over zeggen.<sup>248</sup>

Vervolgens past Barry het voorbeeld van de verdeling van de USD 100 aan door aan te nemen dat persoon 1 heel rijk en persoon 2 heel arm is.<sup>249</sup> De rijke persoon zal het niet veel kunnen schelen of hij veel of weinig krijgt; de arme persoon zal graag iets krijgen, maar is minder geïnteresseerd in het krijgen van grotere bedragen.

We hebben volgens Barry intuïtief het gevoel dat de rijke persoon een onderhandelingsvoordeel heeft dat het gevolg is van zijn betere uitgangspositie. Hier is objectief gesproken sprake van een ongelijkheid in bargaining power met als gevolg dat, wanneer zowel de rijke als de arme persoon rationeel handelt, de rijke meer krijgt dan de arme.

Volgens Barry dient the Nash solution te worden beschouwd als een poging "to capture this elusive notion of unequal bargaining power formally"<sup>250</sup> Totdat Nash op het toneel verscheen was de algemene opvatting van game theorists en economen dat voor bargaining problems geen vaststaande oplossing bestond.

In het door Barry uitgewerkte voorbeeld dat volledig in de Bijlage 3.10. bij dit hoofdstuk is opgenomen krijgt de rijkere persoon mitsdien USD 73 en krijgt de armere persoon USD 27. Het gaat er mij met name om, om te laten zien dat het vraagstuk van de verdeling van USD 100 niet wordt opgelost doordat zowel de rijkere als de armere persoon USD 50 krijgt. Het feit dat de rijkere persoon meer krijgt dan de armere persoon is het gevolg van de ongelijke bargaining power van beide personen. De drijvende kracht achter the Nash solution is de houding van de personen met betrekking tot het risico dat beide partijen niets krijgen als ze het niet eens worden. De arme persoon kan zich dit risico minder goed permitteren dan de rijke persoon en betaalt daarvoor in de verdeling een prijs, USD 23 om precies te zijn.

3.3.3. Het is voor mijn verdere betoog goed te weten, dat er wetenschappelijke theorieën bestaan, die aangeven dat splitting-the-difference methodieken onjuist zijn.

Het is niet mijn bedoeling om Barry in zijn nadere analyses en kritiek op the Nash solution op de voet te volgen. Evenals Barry zelf overigens gaat het mij niet om de juistheid van de stellingen van Nash en anderen, maar om het feit dat er theorieën als die van Nash bestaan. Van dit feit ben ik tijdens mijn notariële opleiding niet op de hoogte gesteld en dat is jammer, want zoals Barry het zelf zegt.<sup>251</sup>

---

<sup>247</sup> Hier wordt wederom het Engelstalige begrip gebruikt, omdat de vertaling "de grens van Pareto" of "de grenslijn van Pareto" minder tot de verbeelding spreekt.

<sup>248</sup> Barry, Volume I, p. 13 (zie Bijlage 3.8. bij dit hoofdstuk)

<sup>249</sup> Barry, Volume I, p. 13 en 14 (zie Bijlage 3.9. bij dit hoofdstuk)

<sup>250</sup> Barry, Volume I, p. 14 (zie Bijlage 3.10. bij dit hoofdstuk)

<sup>251</sup> Barry, Volume I, p. 22

*The Nash solution and the competing utility-based solutions we shall go on to discuss are anything but obvious to most people.*

en dus ook niet voor notarissen, zou ik daaraan willen toevoegen.

Voor diegenen die er aan twifelen of het juist is dat in een verdelingsvraagstuk als hiervoor omschreven, iemand ooit met minder dan de helft genoeg zou nemen, geeft Barry het navolgende voorbeeld.<sup>252</sup>

*An eccentric millionaire has left the whole of his fortune - a million dollars exactly - to two people, to be shared between them in any way that they can agree upon. The will further states that if, within three months of probate, they do not reach an agreement on some division of the money, the entire million dollars shall be given to the government for the purpose of reducing the national debt. If they reach an agreement such that the sum of their two claims amounts to less than a million dollars, each shall inherit the amount specified in the agreement and the residue shall be applied to reducing the national debt.*

*Now let us say that P has borrowed from the Mafia a hundred thousand dollars and had no hope of repaying it. Until the millionaire died, he was resigned to the prospect of being added to the foundations of some building when the loan became due for repayment. R is already so rich that the odd hundred thousand dollars will not make a noticeable impact on his way of life, but for nine hundred thousand dollars he can fulfil a long-standing desire to run an Onassis-style cruising ship.*

*He also knows about P's predicament and has no moral scruples about taking advantage of it. Surely we must admit that P really is in a weak position to hold out for an equal share of the million dollars. He may, indeed, be able to convince R that he would sooner have a concrete overcoat than settle for less than half, and he may thus prevail. But I must say that, if I were in his shoes, I would accept an unequal division;*

*And I wonder how many readers of these words are really prepared to say that they would do otherwise.*

- 3.3.4. The Nash solution is geen panacée. Barry<sup>253</sup> geeft aan dat de definitie van het nonagreement point wel eens veel lastiger kan liggen dan in het hiervoor gegeven voorbeeld over het legaat en dat er alternatieven zijn voor the Nash solution als een modus om het cooperative surplus te verdelen. In the Nash solution - en ook in andere concepten die zich bezig houden met het spel van een fair division, welke concepten hier verder onbesproken zullen blijven - gaat het volgens Barry om:<sup>254</sup>

*the notion of an equal gain over an nonagreement point*

De enige vraag die alsdan ter beantwoording overblijft, is volgens Barry<sup>255</sup> in welke eenheden (units) deze equal gain gemeten dient te worden; alle door Barry besproken theorieën bestempelen eenheden als nutseenheden (units of utility) teneinde de eenheden met elkaar vergelijkbaar te maken.

Barry geeft aan dat the Nash solution fair is, omdat beide partijen tevreden zijn met de uitkomst. The Nash solution kan omschreven worden als het punt waarop ieder van beide partijen het risico loopt met dooronderhandelen meer te verliezen.<sup>256</sup>

---

<sup>252</sup> Barry, Volume I, p. 23

<sup>253</sup> Barry, Volume I, p. 29

<sup>254</sup> Barry, Volume I, p. 41

<sup>255</sup> Barry, Volume I, p. 42 (zie Bijlage 3.11. bij dit hoofdstuk)

<sup>256</sup> Barry, Volume I, p. 41 (zie Bijlage 3.12. bij dit hoofdstuk)

## Hoofdstuk 3

- 3.3.5. Vanuit een notarieel oogpunt is interessant hoe de bargaining theory uitwerkt in het standaard geval van de verkoop en een aankoop van een huis. Barry<sup>257</sup> zegt hierover:

*To illustrate the point, consider the case of buying and selling a house. What are the maxima and minima in the game here? If we were simply to go by the light of nature, we would surely be inclined to say that the best deal that the owner of the house could offer the potential purchaser would be to give him the house free, and that the best deal the potential purchaser could offer the owner would be all the money he could possibly raise. We would then apply the principle of splitting the difference by finding a price for the house that would get each party an equal distance (measured in terms of utility) from its minimum to its maximum. However, the logic of the two-stage approach immediately imposes a discipline on the choice of minimum and maximum, giving us a theoretically grounded range that is in principle precisely defined. For the seller, the nonagreement point is the price below which he would sooner not sell; and for the buyer, it is the price above which he would sooner not buy.*

*If the least the seller would take for the house rather than keep it is \$140,000 and the most the buyer would give for the house rather than lose it is \$160,000, the best the buyer could do is to pay \$140,000 and the best the seller could do is get \$160,000. The criterion of splitting the difference says that the parties should get equally far from their minimum to their maximum. This means that each should gain equally in terms of utilities normalized so that the nonagreement utility is 0 and the maximum attainable (in the relevant sense) is 1.*

*What this implies for the sale price of the house cannot be determined without information about the parties' utility functions. We cannot assume that the price will be \$150,000. The way in which the division diverges from inequality will take the same form as it does under the Nash solution: whichever party has most need of the money that is at stake (in this case the difference of \$20,000 between seller's reservation price and buyer's highest bid) will get less than an equal share of it.*

Door dit voorbeeld zou duidelijk moeten zijn dat het simpel delen van het verschil (splitting the difference) niet een fair division oplevert.

### 3.4. Fair division; the arbitrator

- 3.4.1 In deze paragraaf komt de vraag aan de orde of een onderhandelingsresultaat dat gebaseerd is op ongelijke bargaining power het predikaat fair division verdient. Bij de beantwoording van die vraag is een belangrijke rol weggelegd voor een (imaginaire) hulppersoon die door Barry als arbitrator wordt aangeduid. Juridisch gezien heeft Barry met een arbitrator een bindend adviseur op het oog. In paragraaf 3.3. is beschreven hoe twee partijen met verschillende bargaining power een onderhandelingsresultaat kunnen bereiken. Het is ook mogelijk dat deze partijen het beslechten van hun conflict opdragen aan een derde, door Barry aangeduid als arbitrator. Deze arbitrator heeft tot taak om namens beide partijen in de ene zaak waarin partijen tegenover elkaar staan een onderhandelingsresultaat te simuleren.<sup>258</sup> Aan het begrip simuleren is eigen dat de arbitrator tot hetzelfde onderhandelingsresultaat komt als partijen zelf, wanneer die partijen rechtstreeks rationeel met elkaar hadden onderhandeld. Dit impliceert volgens

---

<sup>257</sup> Barry, Volume I, p. 45 en 46

<sup>258</sup> Barry, Volume I, p. 10

Barry<sup>259</sup> dat een arbitrator die voor beide partijen acceptabel is in zijn award (een bindend advies) the Nash solution zal benaderen ongeacht of de arbitrator wel of niet in de toekomst als arbitrator werkzaam wil blijven.

Dat betekent dat de eigen mening van de arbitrator beperkt is. The Nash solution legt aan die eigen meningen beperkingen op. De arbitrator die zich geconfronteerd ziet met het verdelingsvraagstuk dat is behandeld in paragraaf 3.3.2. van dit hoofdstuk zal ook op de uitkomst (USD 73 voor de rijkere en USD 27 voor de armere) dienen uit te komen. Het staat de arbitrator met andere woorden niet vrij om bijvoorbeeld de armere partij zielig te vinden en deze vanwege deze eigen mening van de arbitrator bijvoorbeeld USD 40, USD 50 of USD 70 toe te kennen.<sup>260</sup>

De arbitrator dient derhalve op zoek te gaan naar, zoals Barry<sup>261</sup> het stelt een te voorspellen (predicted) uitkomst van de onderhandeling, dat de bargaining power van de partijen weerspiegelt.

Het uiteindelijke doel van de arbitrator is een conflict zodanig op te lossen, dat de voorwaarden voor beide partijen aanvaardbaar zijn, als zouden partijen hun eigen belangen hebben geraadpleegd teneinde te beslissen wat aanvaardbaar is. Dit houdt volgens Barry<sup>262</sup> in dat de arbitrator moet proberen een oplossing te bereiken dat zoveel mogelijk het resultaat van rationeel onderhandelen nabootst. Willen we dit proces formaliseren in een oplossingsconcept dan moeten we op zoek gaan naar een oplossingsconcept dat het thema van relatieve onderhandelingsmacht in zich draagt en de uitkomst (van de onderhandeling) daarvan afhankelijk stelt.

In het in Bijlage 3.14. van dit hoofdstuk opgenomen citaat suggereert Barry dat de arbitrator bij wet zou kunnen worden aangewezen om de imaginaire boedel te verdelen die in paragraaf 3.3.2. is beschreven.

De arbitrator kan dus zowel bij wet als door partijen zijn aangewezen. Voor zijn manier van handelen maakt dit geen verschil omdat steeds het nonagreement point en het te verdelen cooperative surplus aanwezig zijn.

- 3.4.2. Barry<sup>263</sup> stelt zich de vraag waarom we geneigd zijn te denken dat de uitkomst die gebaseerd is op onderhandelingsmacht (het traject van het non-agreement point naar de Pareto frontier) als een faire uitkomst moet worden beschouwd. Klopt het wel om een oplossingsconcept dat claimt een weerspiegeling te zijn van rationeel onderhandelen als een oplossing van een probleem van fair division te beschouwen?

Ja zegt Barry. Maar het is allerminst vanzelfsprekend. Barry vertelt dat hij deze vraag de laatste jaren aan academische gremia heeft voorgelegd en dat de normale reactie van zowel filosofen als niet-filosofen in overweldigende mate luidde dat het een vergissing is om hier over fairness te spreken<sup>264</sup>

Barry bouwt zijn antwoord als volgt op. Eerst moeten we volgens Barry accepteren dat in bepaalde omstandigheden geen enkele uitkomst van rationeel onderhandelen unfair is. Beide partijen hebben rechten waarvan ze gebruik kunnen maken en niemand kan stellen dat enig gebruik van die rechten unfair is. Partijen kunnen naar wens van die rechten gebruik maken en ze kunnen die rechten ook prijsgeven in ruil voor iets dat een partij meer begeert. Vervolgens stelt Barry dat hoewel geen uitkomst van een onderhandelingsproces unfair is, dit nog niet betekent dat geen enkele beslissing van een arbitrator unfair kan zijn. Wat echter de beslissing van de

---

<sup>259</sup> Barry, Volume I, p. 28 (zie Bijlage 3.13. bij dit hoofdstuk)

<sup>260</sup> Barry, Volume I, p. 28 en 29 (zie Bijlage 3.14 bij dit hoofdstuk)

<sup>261</sup> Barry, Volume I, p. 392

<sup>262</sup> Barry, Volume I, p. 50 (zie Bijlage 3.15. bij dit hoofdstuk)

<sup>263</sup> Barry, Volume I, p. 51 (zie Bijlage 3.16. bij dit hoofdstuk)

<sup>264</sup> Barry, Volume I, p. 51, 53 en 54 (zie Bijlage 3.17. bij dit hoofdstuk)



arbitrator fair maakt is dat de beslissing aan beide partijen evenveel toekent als deze partijen redelijkerwijze mochten verwachten te krijgen uit een rationele onderhandeling. De arbitrator dient dus een oplossingsconcept te gebruiken dat de uitkomst van rationeel onderhandelen nabootst.

Dit alles beantwoordt echter volgens Barry nog steeds niet de vraag waarom het bindend advies van de arbitrator fair genoemd mag worden. Dat antwoord zoekt Barry bij Thomas Hobbes. Twee dingen uit de theorie van Hobbes zijn hier volgens Barry van belang.

In de eerste plaats staat Hobbes – evenals Nash – toe dat bedreigingen (threats) deel uitmaken van de basis waarop overeenkomsten tot wederzijds voordeel (for mutual advantage) gesloten worden. Overeenkomsten die op basis van angst – inclusief angst die doelbewust door de andere partij wordt opgeroepen om zijn zin te krijgen – worden aangegaan zijn volgens Hobbes geldig.

In de tweede plaats bestaat er voor Hobbes geen onafhankelijke norm (standard) waaraan de fairness van overeenkomsten kan worden afgemeten, terwijl het op hetzelfde moment mogelijk is dat een arbitrator zich unfair gedraagt.

En dus is het volgens Barry zo dat wanneer partijen een overeenkomst aangaan, er geen manier is om die overeenkomst aan te vechten. Justice is het uitvoeren van een overeenkomst en is niet toepasselijk op de voorwaarden waaronder de overeenkomst is aangegaan.

Wanneer partijen echter besluiten om hun geschil te laten beslechten door een arbitrator, dan moet die arbitrator zich onpartijdig gedragen.

De uitkomst die gebaseerd is op onderhandelingsmacht is niet fair omdat het redelijke verwachtingen bevredigt. Neen, het is omgekeerd zegt Barry. De bargaining solution is er één die redelijk handelende personen kunnen ondersteunen en wel omdat het redelijke verwachtingen bevredigt. Het is een bargaining solution die een voor beide partijen aanvaardbare arbitrator bedenkt en daarom kan de bargaining solution claimen fair te zijn.

- 3.4.3. Terzake van het onpartijdig gedrag van de arbitrator is het volgens Barry verstandig om kennis te nemen van de ideeën van John C. Harsanyi, die van mening is dat aan the Nash solution (als bargaining solution) geen ethische betekenis toekomt.<sup>265</sup>

Barry<sup>266</sup> vraagt zich vervolgens af hoe de onpartijdigheid van de arbitrator kan worden verzekerd. Dat zou in theorie kunnen door de identiteit van de arbitrator geheim te houden. Dit noemt Rawls de "veil of ignorance". In de praktijk echter kan dit bereikt worden doordat de arbitrator onder meer alle gegevens van de partijen kent behalve één: hij heeft volgens Barry geen kennis van identiteit anders dan dat hij één van de partijen zou kunnen zijn.

Barry<sup>267</sup> stemt in met de stellingname van Harsanyi, zoals hiervoor vermeld.

- 3.4.4. Hoe komt de arbitrator aan de nodige informatie om zijn werk te doen? Barry<sup>268</sup> wijst erop dat de meeste schrijvers allerlei data ter beschikking stellen van een hypothetische arbitrator, maar nalaten te vermelden waar deze data vandaan komen en citeert met instemming de schrijvers Luce en Raiffa die er verstandigerwijs voor waarschuwen dat partijen zullen proberen die informatie te manipuleren.

Met name wanneer het komt tot het vaststellen van nutseenheden en de hoeveelheid daarvan wordt het problematisch. Het verzamelen van informatie

---

<sup>265</sup> Barry, Volume I, p. 76 (zie Bijlage 3.18. bij dit hoofdstuk)

<sup>266</sup> Barry, Volume I, p. 76 (zie Bijlage 3.19. bij dit hoofdstuk)

<sup>267</sup> Barry, Volume I, p. 78 (zie Bijlage 3.20. bij dit hoofdstuk)

<sup>268</sup> Barry, Volume I, p. 101 en 102 (zie Bijlage 3.21. bij dit hoofdstuk)

zal volgens Barry<sup>269</sup> veel tijd kosten en leiden tot een inbreuk in de privacy van de partijen. Partijen zullen een boel over hun algemene niveau van tevredenheid met het leven moeten "disclosen" maar zullen geen aandrang hebben om dit te doen. Als partijen snappen hoe the Nash-solution werkt, kunnen ze er baat bij hebben verkeerde informatie te geven. Het gevolg kan zijn dat er een sfeer van wantrouwen de relatie tussen partijen of tussen partijen en de arbitrator gaat overschaduwen.

Daarnaast speelt zoals hiervoor opgemerkt nog het probleem dat één van de partijen de arbitrator bewust van onjuiste informatie kan voorzien.

Barry<sup>270</sup> stelt vast dat cognitief psychologisch onderzoek heeft uitgewezen dat het handelen van personen in "real life" vaak afwijkt van het handelen dat door de nutstheorieën wordt voorspeld, en dat de structuur van enig beslissingsprobleem psychologisch onstabiel is.

3.4.5. Welke rol speelt the Nash solution nu met betrekking tot het bovenstaande?

Barry stelt voor dat wij ons the Nash solution voorstellen als:<sup>271</sup>

A) een voorspelling over welk onderhandelingsresultaat twee personen zullen bereiken, vooropgesteld dat zij rationeel handelen,

b) een recept voor een arbitrator die om één of andere reden een bindend advies wil uitbrengen dat een onderhandelingsresultaat simuleert, of

c) een bindend advies (van de arbitrator) dat als fair kan worden bestempeld omdat het elk van beide partijen in nutseenheden gemeten een gelijk voordeel brengt.

Het bindend advies van de arbitrator volgens the Nash solution beoogt de uitkomst van twee spelen (games) die door partijen worden gespeeld vast te leggen: een spel van dreigementen (threat game) om het nonagreement point vast te leggen en een onderhandelingsspel (bargaining game), waarin de impliciete dreiging dat partijen niet tot een overeenstemming komen (met alle gevolgen van dien) wordt geacht de rationele onderhandelaars naar een bepaald punt op de Pareto frontier te sturen.<sup>272</sup>

In de praktijk zal de arbitrator volgens Barry niet de directe relatie tussen the Nash solution en zijn bindend advies laten zien.

Daarnaast speelt zoals hiervoor opgemerkt nog het probleem dat één van de partijen de arbitrator bewust van onjuiste informatie kan voorzien.

3.5. Barry over onpartijdigheid

We stappen nu af van de bespreking van de rechtstheorie justice as mutual advantage en the Nash solution (zoals behandeld in Barry, Volume I) en bezien wat Barry ons naast de onpartijdigheid van de arbitrator nog meer te zeggen heeft over onpartijdigheid als zodanig. Dit deelt Barry ons mee in Barry Volume II. Daarin spreekt Barry niet over two-persons problems, maar over social justice.

Barry<sup>273</sup> onderzoekt welk "common-sense idea" er bestaat van onpartijdigheid en komt tot de conclusie dat onpartijdigheid geen sterk sturend concept is binnen de moraliteit van het gezond verstand (common-sense morality). Daarmee bedoelt Barry dat onpartijdigheid geen primair begrip in de moraliteit is, dat ondergeschikte (subsidiary) begrippen voortbrengt.

---

<sup>269</sup> Barry, Volume I, p. 102 (zie Bijlage 3.22. bij dit hoofdstuk)

<sup>270</sup> Barry, Volume I, p. 103 (zie Bijlage 3.23. bij dit hoofdstuk)

<sup>271</sup> Barry, Volume I, p. 107 en 108 (zie Bijlage 3.24. bij dit hoofdstuk)

<sup>272</sup> Barry, Volume I, p. 259 (zie Bijlage 3.25. bij dit hoofdstuk)

<sup>273</sup> Barry, Volume II, p. 17 en 18 (zie Bijlage 3.26. bij dit hoofdstuk)

## Hoofdstuk 3

Het is veeleer zo, volgens Barry, dat onpartijdigheid een rol speelt in een aantal verschillende contexten en dat er in ieder context een andere – en meer diepgaande – manier is om aan te geven wat er aan de hand is.

Zo is, stelt Barry, onpartijdigheid van een rechter uiteraard belangrijk, maar als we ons afvragen waarom dat zo is dan zullen we zien dat de betekenis (van onpartijdigheid) is afgeleid van iets anders. Onpartijdigheid van de rechterlijke macht in één van de elementen (en wel slechts één) van een eerlijk proces (fair trial).

Op dezelfde wijze stelt Barry, wanneer al gezegd kan worden dat onpartijdigheid van de door Weber beschreven ambtenaar een deugd is, dit komt omdat het een eerlijke behandeling garandeert.

Onpartijdigheid in het gedrag van de rechters en bureaucraten heeft volgens Barry<sup>274</sup> betekenis als een aspect van een eerlijke procedure (procedural fairness). Mogelijk hebben we aanvankelijk gedacht dat het precies andersom was, dat onpartijdigheid het algemene concept is en fairness daarvan een aspect is. Dat is echter volgens Barry niet het geval.

De voorbeelden van Barry zijn prikkelend en druisen, volgens mij, in tegen het algemeen gevoel in Nederland. Ik ben het echter eens met deze analyse van Barry.

Barry<sup>275</sup> trekt hieruit de conclusie dat het begrip onpartijdigheid zeker niet vreemd is aan een benadering van moraliteit op basis van gezond verstand. Onpartijdigheid speelt volgens Barry geen centrale rol en kan eigenlijk als concept worden gemist omdat er altijd wel enig concept beschikbaar is dat de last van de moraliteit (the moral burden) even goed of zelfs beter kan dragen.

Belangrijk is het volgens Barry om in te zien dat het voor iemand mogelijk is om aan alle voorwaarden van onpartijdigheid, zoals dat wordt begrepen in moraliteit op basis van gezond verstand, te voldoen en tegelijk een grote mate van vrijheid te hebben hoe hij de onpartijdigheid invult. Sommige zaken worden helemaal niet door onpartijdigheid bepaald. Uiteindelijk fungeert onpartijdigheid als de grens van acceptabel gedrag. Zelfs in de situatie van de hiervoor genoemde rechter en ambtenaar, bepaalt het vereiste van het volgen van de procedure (rule-following) en niet de onpartijdigheid het uiteindelijke vonnis of besluit.

Deze mening geeft haarscherp aan waarom het zo moeilijk bleek om de door mij gestelde onderzoeksvraag in algemene termen te beantwoorden. Tot de conclusie die Barry trekt was ik al denkende ook intuïtief zelf gekomen.

### 3.6. Kocken over Barry

In paragraaf 3.1. van dit hoofdstuk gaf ik aan dat Kocken als enige naar Barry heeft verwezen en wel naar pagina 112 van Barry, Volume II. Uit hetgeen op pagina 112 vermeld staat kan ik de gevolgtrekkingen van Kocken niet afleiden. Ik vermeld de relevante teksten van pagina 112 in de Bijlagen 3.29. en 3.30. van dit hoofdstuk.

Belangrijk is dat Kocken<sup>276</sup> een aantal keren spreekt over “individu”.

Wat Kocken over het hoofd lijkt te zien, is dat het citaat afkomstig is uit Barry, Volume II. Barry, Volume II gaat niet over “two-persons problems”, maar heeft betrekking op de samenleving als zodanig, door Barry social justice genoemd.

---

<sup>274</sup> Barry, Volume II, p. 18 (zie Bijlage 3.27. bij dit hoofdstuk)

<sup>275</sup> Barry, Volume II, p. 19 (zie Bijlage 3.38. bij dit hoofdstuk)

<sup>276</sup> Kocken, p. 140

Op de geciteerde pagina spreekt Barry dan ook niet over "two-persons problems" maar over problemen op een grotere schaal binnen de samenleving. Het is naar mijn mening onjuist om het aangehaalde citaat "terug te vertalen" naar individuen. Ik verwijs naar de waarschuwing van Rawls in de inleiding van dit hoofdstuk. Om die reden kan het aangehaalde citaat naar mijn mening niet als argument dienen voor een situatie waarin van een notaris wordt verlangd onpartijdig op te treden in een situatie, waarin twee (individuele) partijen tegenover elkaar staan.

### 3.7. Schijn van partijdigheid bij rechters

Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk genoemd is in 2002 door het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum een onderzoek gedaan naar de schijn van partijdigheid van rechters. Het door Marijke Ter Voert en Jos Kuppens geschreven rapport is gepubliceerd in de reeks Onderzoek en Beleid nr 199.<sup>277</sup>

Het is niet mijn bedoeling om het rapport of de conclusies van het rapport hier te bespreken. Het is mijn bedoeling om aan te geven op welke wijze de onpartijdigheid (in dit geval van de rechter) wordt besproken.

In het hoofdstuk terzake van wraking, wordt onder 2.1 wettelijke regeling<sup>278</sup> het navolgende vermeld:

#### *Subjectieve en objectieve onpartijdigheid*

*Een rechter kan worden gewraakt 'op grond van feiten of omstandigheden waardoor de rechterlijke onpartijdigheid schade zou kunnen lijden' (artikelen 512 Sv, 8:15 Awb, 36 Rv). In de jurisprudentie wordt een onderscheid gemaakt tussen subjectieve en objectieve onpartijdigheid. Subjectieve onpartijdigheid heeft betrekking op de persoonlijke instelling van de rechter. Hier geldt als criterium dat een rechter moet worden vermoed uit hoofde van zijn aanstelling onpartijdig te zijn, tenzij zich een uitzonderlijke omstandigheid voordoet die een zwaarwegende aanwijzing oplevert voor het oordeel of de vrees dat een rechter jegens een rechtzoekende vooringenomen is. Die vrees voor subjectieve partijdigheid van de rechter moet dan wel objectief gerechtvaardigd zijn.*

*Bij de toets op objectieve onpartijdigheid gaat het om feiten of omstandigheden die, ongeacht de persoonlijke instelling van de rechter, grond geven te vrezen dat een rechter partijdig is. Hierbij is ook de schijn van partijdigheid van belang. De verzoeker hoeft niet te bewijzen dat die feiten of omstandigheden daadwerkelijk tot vooringenomenheid hebben geleid: 'legitimate doubt' kan voldoende zijn.*

In deze passage, noch in het resterende deel van het rapport wordt uitgelegd wat onpartijdigheid is.

### 3.8. Conclusies

#### 3.8.1. Inleidende opmerking

De hierna door mij uit de theorie getrokken conclusies dienen in twee beperkende kaders te worden gelezen:

1. De conclusies gelden voor onpartijdigheid in relaties waarmee een notaris te maken heeft, door Barry (generiek) aangeduid als two-persons problems.

---

<sup>277</sup> hierna aangeduid als Ter Voert/Kuppens

<sup>278</sup> Ter Voert/Kuppens, p. 14

## Hoofdstuk 3

2. De conclusies zijn primair geschreven voor (notariële) juristen; er wordt niet gepoogd notarieel-juridische situaties en begrippen nader uit te leggen.

### 3.8.2. Eerste conclusie

De eerste conclusie is dat er geen definitie beschikbaar is van het begrip onpartijdigheid. Dat betekent, dat tastenderwijs het begrip onpartijdigheid nader in kaart dient te worden gebracht.

Barry stelt:<sup>279</sup>

*What emerges is that impartiality is not a strong organizing concept within commonsense morality. I mean by this that it is not a primary moral notion generating subsidiary ones. Rather, impartiality features in a number of different contexts and in each context there is some other – and deeper way of characterizing what is at issue.*

### 3.8.3. Tweede conclusie

Op gezag van Barry trek ik als tweede conclusie dat onpartijdigheid die niet in een context wordt geplaatst een op zichzelf staand, kleurloos, neutraal en nietszeggend begrip is.

Het begrip onpartijdigheid krijgt pas betekenis wanneer het in context wordt geplaatst. Barry noemt daarvan twee voorbeelden:<sup>280</sup>

*1. Thus, impartiality in a judge is obviously important; but if we ask why this is so we shall see its significance is derivative.*

*Judicial impartiality is one of the elements (though only one) in a fair trial.*

*2. Similarly in so far as the impartiality of a Weberian democrat is a virtue – a matter on which Weber himself was notoriously ambivalent – it is a virtue because it assures fair treatment.*

Barry stelt naar mijn mening met juistheid vast dat onpartijdigheid in het gedrag van rechters en (Weberiaanse) ambtenaren significant is als een aspect van

*procedural fairness*

en dat het onjuist is te denken dat het andersom is, dat onpartijdigheid het algemene concept is en dat

*fairness*

daarvan een aspect is.

Kocken<sup>281</sup> komt in dit verband tot de conclusie:

*Onpartijdigheid is immers een norm, waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn*

---

<sup>279</sup> Barry, Volume II, p. 17 en 18 (zie ook paragraaf 3.5. van dit hoofdstuk)

<sup>280</sup> Barry, Volume II, p. 17 en 18 (zie ook paragraaf 3.5. van dit hoofdstuk)

<sup>281</sup> Kocken, p. 136

Ik merk op dat Barry spreekt over een begrip en dat Kocken spreekt over een norm; de meningen van Barry en Kocken op dit punt lijken op elkaar, maar stemmen niet overeen.

3.8.4. Derde conclusie

Mijn derde conclusie luidt dat onpartijdigheid geen algemeen concept is maar steeds een afgeleide is van iets anders; zoals Barry zelf stelt<sup>282</sup> speelt het begrip onpartijdigheid geen centrale rol in

*common-sense moral thinking*

Verder kan onpartijdigheid volgens Barry<sup>283</sup> gemist worden als concept omdat er altijd wel een ander concept beschikbaar is dat

*the moral burden*

evengoed, zo niet beter, kan dragen.

In gemeld citaat wijst Barry er met klem op dat het mogelijk is voor een ieder om aan alle voorwaarden van onpartijdigheid te voldoen, en toch de beschikking te hebben over

*a lot of discretion*

Ik ben het met Barry eens dat het begrip onpartijdigheid de grenzen van aanvaardbaar gedrag aangeeft.

3.8.5. Vierde conclusie

Uit de theorie wordt verder duidelijk dat er met betrekking tot een rechtvaardige verdeling (fair division) als besproken in dit hoofdstuk twee algemene rechtstheorieën (theories of justice) zijn.

Barry onderscheidt:

1. Justice as mutual advantage
2. Justice as impartiality

en stelt dat justice as mutual advantage de rechtstheorie is die eenvoudigweg bestaande overtuigingen en verwachtingen bevestigt.<sup>284</sup>

Mijn vierde conclusie luidt dat de inhoud van het begrip onpartijdigheid gevonden moet worden binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage.

3.8.6. Vijfde conclusie

In dit hoofdstuk is uitgebreid verslag gedaan van the Nash solution binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage, te meer omdat een aantal gevolgen van the Nash solution indruisen tegen common-sense ideeën die over dit onderwerp heersen (en niet alleen bij (notariële) juristen!).

The Nash solution laat zien op welke wijze verschillen in bargaining power tussen twee partijen invloed heeft op het uiteindelijke onderhandelingsresultaat. Met Barry ben ik van mening dat het Nash solution fair is en leidt tot een rechtvaardige verdeling ( fair division ).

---

<sup>282</sup> Barry, Volume II, p. 19 (zie paragraaf 3.5. van dit hoofdstuk)

<sup>283</sup> Barry, Volume II, p. 19 (zie paragraaf 3.6.3. van dit hoofdstuk)

<sup>284</sup> Barry, Volume II, p. 114 en 115 (zie paragraaf 3.2.3. van dit hoofdstuk)

Barry ziet arbitration als volwaardig alternatief voor onderhandeling. Wanneer partijen besluiten om hun geschil te laten beslechten door een arbitrator, dan dient de arbitrator zich onpartijdig te gedragen.<sup>285</sup> Onpartijdig handelen van de arbitrator betekent dat hij de verschillen in bargaining power tussen partijen moet simuleren en respecteren.

### 3.9 Het antwoord op de onderzoeksvraag: Wat betekent onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?

Het woord notaris in de context van onpartijdigheid van de notaris is in dit hoofdstuk bewust nog niet gevallen. Ik heb eerst alle conclusies puur – dat wil zeggen zonder verbinding met het notariaat – willen weergeven. Aan het slot van dit hoofdstuk keer ik terug naar mijn onderzoeksvraag: wat betekent onpartijdigheid van de notaris?

Uit de eerste drie conclusies blijkt dat zonder inkadering van het begrip onpartijdigheid mijn onderzoeksvraag niet kan worden beantwoord.

Ik kader het begrip onpartijdigheid in door eerst vast te stellen waar de onpartijdigheid van de notaris zich op richt. De onpartijdigheid van de notaris richt zich op conflicterende belangen tussen twee ( of meer ) partijen die met elkaar rationeel onderhandelen over de verdeling van een object. Het blijkt dat er twee algemene rechtstheorieën bestaan met betrekking tot een rechtvaardige verdeling ( fair division ) van dit object. Van die twee rechtstheorieën is er eigenlijk maar één actueel: justice as mutual advantage. Het antwoord op de onderzoeksvraag zoek ik dus binnen die rechtstheorie.

Vervolgens wordt vastgesteld hoe de partijen binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage tot een onderhandelingsresultaat komen. Het onderhandelingsresultaat weerspiegelt het feit dat de ene persoon meer onderhandelingsmacht ( bargaining power ) heeft dan de ander. The Nash solution geeft aan hoe één en ander cijfermatig kan worden berekend.

In plaats van zelf te onderhandelen kunnen partijen ook een arbitrator inschakelen die namens de partijen een onderhandelingsresultaat bepaalt. Deze arbitrator zal daarbij de onderhandelingswijze van partijen simuleren en dus het verschil in bargaining power moeten respecteren. Alleen op deze wijze handelt de arbitrator onpartijdig.

Alles wat met betrekking tot de arbitrator is vastgesteld, gaat ook op voor de notaris.

Onpartijdig handelen van de notaris gericht op conflicterende belangen tussen twee ( of meer ) partijen die met elkaar rationeel onderhandelen over de verdeling van een object betekent dus het simuleren van de onderhandelingswijze van partijen en het respecteren van het verschil in bargaining power tussen die partijen.

In het volgende hoofdstuk zet ik de gevolgen van dit antwoord uiteen.

---

<sup>285</sup> Barry, Volume I, p. 51, 53 en 54 (zie paragraaf 3.4.2. van dit hoofdstuk)

## Hoofdstuk 4

### Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris (Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

#### 4.1. Inleiding

In de vorige hoofdstukken heb ik, zo goed als mij mogelijk is, getracht alle aspecten in kaart te brengen die voor het bepalen van de betekenis van het begrip onpartijdigheid voor de Nederlandse notaris van belang zijn.

In dit hoofdstuk zal ik een verbinding tussen die aspecten leggen en mijn eigen mening ter zake van de onpartijdigheid van de Nederlandse notaris formuleren.

#### 4.2. Er bestaat geen definitie van onpartijdigheid; gezond-verstand-benadering onvoldoende; context; met rechtspraak wordt nog geen rekening gehouden

Als startpunt neem ik dat er van het begrip onpartijdigheid geen definitie bestaat<sup>286</sup>; uit de hiervoor geciteerde literatuur is duidelijk, dat een gezond-verstand-benadering (common sense) van het begrip onpartijdigheid onvoldoende is om enige zinnige inhoud aan het begrip onpartijdigheid (als bedoeld in art. 17 WNA) te geven.

Verder blijkt uit de literatuur<sup>287</sup> dat het begrip onpartijdigheid pas betekenis krijgt, wanneer het in een context wordt geplaatst. In verschillende contexten kan het begrip onpartijdigheid verschillende betekenissen hebben. Dat houdt in dat de betekenis van het begrip onpartijdigheid in de context "onpartijdigheid van de notaris" een andere kan zijn dan die in de context "onpartijdigheid van de rechter".

Het denken binnen de Nederlandse notariële wereld ter zake van het begrip onpartijdigheid is uiteraard mede bepaald door de op dit punt gewezen rechtspraak en het is dan ook verleidelijk om het begrip onpartijdigheid (mede) door deze rechtspraak te laten inkleuren.

Mijn onderzoek richt zich erop om eerst een consistente theorie op te bouwen zonder bij die opbouw al rekening te houden met deze rechtspraak; de rechtspraak zal worden besproken nadat de betekenis van het begrip onpartijdigheid van de notaris is vastgesteld.

#### 4.3. Kocken; zelfbepaling; ontmoedigen strategisch handelen

Kocken neemt als meest algemene uitgangspunt voor zijn constructie van de norm van onpartijdigheid het principe van zelfbepaling door het individu en stelt:<sup>288</sup>

*Het principe van zelfbepaling van het individu komt in grote lijnen hierop neer. Ieder individu is in principe in staat op rationele wijze keuzes te maken die het best aansluiten bij zijn of haar voorkeuren. Het maatschappelijk leven dient zodanig te worden ingericht, dat het individu, hier verschijnend als burger, ook daadwerkelijk in staat is die eigen keuzes te maken. Uiteraard laat dit nog vele visies over de gewenste maatschappij-inrichting toe. Die zelfbepaling vindt haar grens in de zelfbepaling van anderen. Het principe van zelfbepaling sluit goed aan bij de opvattingen van Habermas en Barry. Habermas beroept zich*

<sup>286</sup> zie paragraaf 3.5. van hoofdstuk 3

<sup>287</sup> zie paragraaf 3.5. van hoofdstuk 3

<sup>288</sup> Kocken, p. 138 en 139



*expliciet op de Verlichtingswaarden. Hij komt in zijn Theorie des Kommunikatieven Handelns uit 1981 tot een algemene theorie over de dominante vormen van sociaal handelen in de huidige Westerse samenleving. Hij constateert dat mensen, niet alleen als particulieren, maar juist in hun beroep of functie, tegenover elkaar steeds meer strategisch gaan handelen. Men oriënteert zich steeds op het eigen belang, dat vervolgens puur instrumenteel wordt nagestreefd. (.....). In termen van zelfbepaling: de zelfbepaling voor de één gaat bij machtsverschillen tussen de actoren ten koste van de ander.*

en

*Habermas stelt in een boek uit 1992 zijn visie bij. De aandacht verschuift van het handelen tussen actoren zelf naar de handelingsomgeving. Habermas is ervan overtuigd geraakt dat mensen niet snel zullen afzien van strategisch handelen jegens elkaar en komt met een voorstel voor een procedure om het handelen te beïnvloeden.*

Kocken<sup>289</sup> geeft vervolgens manieren aan om het strategisch handelen te ontmoedigen en geeft de notaris bij dit ontmoedigen een rol, die gebaseerd is op de onpartijdigheidsclaim van de notaris.

### 4.4. Keuze van justice as mutual advantage als rechtstheorie

#### 4.4.1. De door mij voorgestane benadering loopt langs andere lijnen.

Kocken (in het voetspoor van Habermas) merkt terecht op dat, in het Nederland van nu, mensen strategisch handelen, daarvan niet snel zullen afzien en zich steeds op hun eigen belang richten, dat vervolgens puur instrumenteel wordt nagestreefd.

Vertalen we dit in termen van een rechtstheorie, dan is duidelijk dat deze verschijnselen (eigen belang, strategisch handelen) slechts passen bij de rechtstheorie justice as mutual advantage.

Dit wordt dan ook door Barry gesignaleerd:<sup>290</sup>

*If we insist on a theory of justice that simply takes existing beliefs and desires as given, the only general theory available is justice as mutual advantage.*

#### 4.4.2. Induceren we op dit moment een deel van de tekst van art. 17, eerste lid WNA:

*De notaris behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze.*

dan is wiskundig vast te stellen dat art. 17, eerste lid WNA alleen toepassing kan vinden wanneer er ten minste 3 actoren zijn:

- partij 1,
- partij 2, en
- de notaris.

Omdat - zie hiervoor - partij 1 en partij 2 ieder een eigen belang nastreven en strategisch handelen is op partij 1 en partij 2 in ieder geval de rechtstheorie justice as mutual advantage van toepassing.

Betekent dit nu automatisch dat ook het handelen van de notaris (in dit geval: het behartigen van de belangen van de bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze) in het licht van de rechtstheorie justice as

---

<sup>289</sup> Kocken, p. 140

<sup>290</sup> zie paragraaf 3.2.3. van hoofdstuk 3

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

mutual advantage dient te worden beoordeeld of is het mogelijk dat genoemd handelen van de notaris in een andere rechtstheorie kan worden geplaatst?

Het antwoord op deze vraag ligt opgesloten in het in paragraaf 3.9. van hoofdstuk 3 gegeven antwoord op de onderzoeksvraag.

Aangezien de notaris het onderhandelingsresultaat van partij 1 en partij 2 simuleert en respecteert is de ruimte voor een eigen mening van de notaris beperkt. Ik verwijs naar paragraaf 3.4.1. van hoofdstuk 3. Deze beperkte ruimte verhindert de notaris om te kiezen voor een andere rechtstheorie dan de rechtstheorie justice as mutual advantage. In de hierna volgende paragrafen betoog ik de mogelijke keuze door de notaris voor een andere rechtstheorie dan justice as mutual advantage overigens ook niet logisch noch wenselijk te vinden.

- 4.4.3. Kocken beschrijft<sup>291</sup> dat Habermas ervan overtuigd is geraakt dat mensen niet snel zullen afzien van strategisch handelen tegen elkaar en met een voorstel komt voor een procedure om het handelen te beïnvloeden:

*De actoren mogen wel strategisch handelen, maar de procedure zal zorgen dat men niet de voordelen kan genieten die men zonder procedurele insnoering daarvan kan verwachten. Het recht en bij Habermas de persoon van de rechter, krijgt een belangrijke rol in het handhaven van een procedure die het strategisch handelen van de deelnemers zal ontmoedigen. In termen van zelfbepaling betekent dit, dat de rechter (uiteeraard bij rechtszaken) ervoor moet waken dat alle actoren voldoende kansen krijgen op zelfbepaling.*

Belangrijk is het om vast te stellen dat Habermas het strategisch handelen van partijen en het daarmee behalen van voordelen niet wenselijk vindt. Het ontmoedigen van strategisch handelen is - wanneer ik Habermas goed begrijp - een subjectief door hem aangehangen norm.

Zonder op de wenselijkheid van deze norm uitgebreid te willen ingaan, stel ik vast dat het ontmoedigen van strategisch handelen niet een norm is die onvermijdelijk voortvloeit uit enige rechtsregel.

Kocken zelf introduceert - in het voetspoor van Habermas - de volgende gedachte:<sup>292</sup>

*De zelfbepaling van individuen is een nastrevenswaardig principe, omdat het de kwaliteit van de maatschappelijke verhoudingen kan verbeteren. De realisering van de zelfbepaling is niet eenvoudig. Binnen de institutionele context, waarin de notaris opereert vormen de afhankelijkheidsrelaties van deskundigheid en autoriteit nog een extra obstakel. De notaris kan echter, wil hij onpartijdig optreden, daarbinnen toch iets doen. Hij zal in zijn optreden oog moeten hebben voor de ongelijkheid tussen cliënten. Zij verschillen in informatie, autoriteitsopvatting en maatschappelijke positie en zullen daarom verschillen in mogelijkheden tot zelfbepaling. De notaris heeft de opdracht die ongelijkheden te bestrijden.*

- 4.4.4. Van wie de notaris de opdracht zou hebben om "die ongelijkheid te bestrijden" wordt ons door Kocken echter niet onthuld. Mogelijk brengt Kocken tot uiting dat hij de mening van Habermas op dit punt deelt en navolgt. Ook is mogelijk dat Kocken, zonder dat met zoveel woorden te zeggen, de leer van het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden<sup>293</sup>, als basis voor zijn

---

<sup>291</sup> Kocken p. 139

<sup>292</sup> Kocken p. 142

<sup>293</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (m nt. EEAL)

## Hoofdstuk 4

gedachten neemt. In de paragrafen 1.32.3. en 1.32.5. van hoofdstuk 1 heb ik aangegeven dat Kocken zich daarmee schuldig maakt aan een cirkelredenering. Ter gedeeltelijke herhaling van hetgeen hiervoor over subjectieve norm van Habermas is gezegd, stel ik vast dat het bestrijden van ongelijkheid (door de notaris) niet onvermijdelijk voortvloeit uit enige rechtsregel.

Kocken<sup>294</sup> merkt op:

*Binnen het notariaat is reeds lang een discussie gaande over wat de notaris zou moeten doen bij de afhandeling van zaken.*

en

*De discussie spitst zich niet zozeer toe op de onpartijdigheid zelf, maar begeeft zich meer op het vlak van de algemene opdracht die de notaris heeft bij de behandeling van concrete zaken.*

Kocken<sup>295</sup> concludeert dat in de normatieve discussie binnen het notariaat de heersende opvatting is dat de notaris meer moet doen dan de wensen van de cliënten uitvoeren.

Het lijkt erop dat Habermas en Kocken van mening zijn dat het inderdaad mogelijk is dat, waar partij 1 en partij 2 hun handelen plaatsen binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage, het handelen van de notaris in een andere rechtstheorie zou kunnen worden geplaatst.

Uit de analyse is mij gebleken dat Habermas en Kocken hun mening niet baseren op enig onderliggend rechtsprincipe.

Bij afwezigheid van enig onderliggend rechtsprincipe, waaruit onvermijdelijk zou volgen dat het handelen van de notaris in het licht van een andere rechtstheorie dient te worden gezien, dan in het licht van de rechtstheorie van partij 1 en partij 2 (de rechtstheorie van justice as mutual advantage), lijkt het logisch en consistent dat ook het handelen van de notaris in het kader van de rechtstheorie van justice as mutual advantage moet worden beschouwd.

Met consistent(ie) wordt hier geduid dat de drie actoren bij art. 17, eerste lid WNA hun handelingen binnen dezelfde rechtstheorie plaatsen en daarmee binnen die rechtstheorie uitgaan van eenzelfde en dus consistent begrip onpartijdigheid.

- 4.4.5. Omdat - zie hiervoor - de huidige maatschappelijke realiteit is dat ieder zijn eigen belang nastreeft en strategisch handelt, lijkt het logisch dat de notaris van die realiteit uitgaat en deze realiteit als basis voor zijn handelen neemt. Het is niet logisch wanneer de notaris een wenselijkheid, die van de realiteit afwijkt, tot richtsnoer neemt.

In dat verband dient ook nog het volgende te worden bedacht:

Stel dat die wenselijkheid zou inhouden dat de notaris de rechtstheorie van justice as impartiality tot richtsnoer neemt. In dat geval, zo stelt Barry<sup>296</sup>, is het de notaris niet mogelijk het gedrag van partij 1 en partij 2 zodanig te

---

<sup>294</sup> Kocken, p. 144

<sup>295</sup> Kocken, p. 144

<sup>296</sup> zie paragraaf 3.2.3. van hoofdstuk 3

## Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris (Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

beïnvloeden dat dit gedrag zich laat beheersen door de rechtstheorie van justice as impartiality.

Voor de goede orde herhaal ik nog maar eens dat de in deze paragraaf aan de orde gestelde vraag van de toepasselijke rechtstheorie deel uitmaakt van een theoretische standpuntbepaling. Deze standpuntbepaling staat geheel los van de realiteit van alledag, waarin de notaris zich dient neer te leggen bij rechterlijke uitspraken.

Wanneer de rechterlijke uitspraken op dit moment in de standpuntbepaling zou worden geïntroduceerd, bestaat de gerede kans dat door een cirkelredenering de zuivere opbouw van mijn betoog wordt vervuild. Daarom blijven de rechterlijke uitspraken in deze fase nog buiten beschouwing.

In het hierna volgende ga ik er van uit dat het handelen van de drie actoren bij art. 17, eerste lid WNA

- partij 1,
- partij 2 en
- de notaris

binnen het bereik van de rechtstheorie justice as mutual advantage dient te worden gezien.

- 4.4.6. Door Mendus<sup>297</sup> is de vraag opgeworpen of de onpartijdigheid vanuit het perspectief van de agent dient te worden beschouwd. Agent is in dit geval de handelende persoon; de notaris fungeert in dit verband als handelend persoon. De vraag lijkt mij uitsluitend dan van belang, wanneer er sprake van is dat de agent het begrip onpartijdigheid binnen een andere rechtstheorie beschouwt als de partijen 1 en 2 dat doen. Nu de drie actoren bij art. 17, eerste lid WNA binnen dezelfde rechtstheorie handelen, doet de vraag zich niet meer voor en behoeft de vraag dan ook geen beantwoording.

Mijn conclusie luidt dat binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage het antwoord zal moeten worden gevonden op de vraag hoe:

*de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze behartigt.*

### 4.5. De notaris als arbitrator

- 4.5.1. Op welke wijze handelt de notaris onpartijdig binnen de rechtstheorie justice as mutual advantage?

Bij een rechtshandeling betrokken partijen verwachten dat in een onderhandelingsresultaat de verschillen in (economische) machtspositie tot uitdrukking komen. De notaris dient die verschillen te respecteren. Dat zou naar mijn mening de notaris op de beste wijze kunnen doen door hetzelfde te doen als de

*arbitrator*

als omschreven door Barry.<sup>298</sup>

De notaris handelt - als arbitrator - alleen dan onpartijdig wanneer de notaris met betrekking tot de bij de rechtshandeling betrokken partijen, die uitkomst bewerkstelligt die deze partijen, zonder inschakeling van de notaris/arbitrator ook zelf zouden hebben bereikt.

---

<sup>297</sup> Mendus, p. 63

<sup>298</sup> zie paragraaf 3.4.1. van hoofdstuk 3

## Hoofdstuk 4

Negatief geformuleerd: wanneer de notaris/arbitrator een andere uitkomst bewerkstelligt dan de bij de rechtshandeling betrokken partijen zonder de inschakeling van de notaris/arbitrator zouden hebben bewerkstelligd, dan handelt de notaris per definitie binnen de door die partijen omarmde rechtstheorie van justice as mutual advantage niet onpartijdig.

- 4.5.2. Dat dit een zware claim op de handelswijze van de notaris legt, behoeft geen betoog. Aan de eerste voorwaarde voor onpartijdig optreden van de notaris, geformuleerd door Kocken<sup>299</sup> als:

*De notaris zorgt dat hij goed op de hoogte raakt van de zaak.*

*Bijzondere aandacht hebben:*

- *de wensen van partijen*
- *de omstandigheden van partijen*
- *de onderlinge relatie tussen partijen*
- *de belangen van derden*

zal de onpartijdig handelende notaris minimaal hebben toe te voegen:

- *het inzicht op welke wijze beide partijen door strategisch handelen of anderszins hun eigen belang nastreven.*

Het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheden verhindert dat de onpartijdige notaris tegelijk als adviseur van één der partijen kan optreden. Dit onderschrijft het standpunt van de Staatssecretaris van Justitie:<sup>300</sup>

*Als de notaris slechts als adviseur van één der partijen wenst op te treden, dan zal een andere onpartijdige notaris de akte moeten verlijden.*

In Duitsland geldt dezelfde regel:<sup>301</sup>

*Notarielle Amtstätigkeit und freiberufliche Tätigkeit in derselben Angelegenheit schließen sich rechtsgrundsätzlich aus*

De begrippen onpartijdigheid en arbitrator sporen - toeval? - wonderwel met de definitie van de notaris naar Frans recht:<sup>302</sup>

*Il est l'arbitre impartial des contracts qu'il reçoit et les conseil des personnes, des entreprises et des collectivités*

In paragraaf 2.4.2. van hoofdstuk 2 heb ik aangegeven dat met Unparteilichkeit in § 14 Abs. 1 van de BnotO Neutralität is bedoeld en dat de afwezigheid van een benadeling of bevoordeling gerichte instelling van de notaris door de Duitse literatuur als een leidend criterium voor Neutralität wordt genoemd.

Het begrip Neutralität spoort met het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid. Het feit dat de Duitse notaris niemand mag bevoordelen of benadelen eveneens.

Het feit dat de Franse notaris

*Conseil désintéressé des parties*

---

<sup>299</sup> Kocken, p. 148

<sup>300</sup> zie paragraaf 1.13.4. van hoofdstuk 1

<sup>301</sup> zie paragraaf 2.3.4. van hoofdstuk 2

<sup>302</sup> zie paragraaf 2.5.3. van hoofdstuk 2

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

is<sup>303</sup>, spoort eveneens met het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheden.

De begrippen Neutralität en conseil désintéressé des parties houden een extra argument in voor de in paragraaf 4 van dit hoofdstuk door mij geponeerde stelling dat het niet aan de notaris is om, wanneer partij 1 en partij 2 hun handelen binnen de rechtstheorie van justice as mutual advantage plaatsen, zijn eigen handelen niet in die rechtstheorie te plaatsen.

4.6. Verdienste werk Barry: hoe moet notaris omgaan met onderhandelingen tussen ongelijke partijen?

- 4.6.1. De grote verdienste van het werk van Barry is dat door hem als eerste en op een wetenschappelijk verantwoorde wijze op het snijvlak van de moraalfilosofie en de game theory wordt aangegeven hoe de arbitrator dient om te gaan met onderhandelingen tussen ongelijke partijen

*over the division of some particular resource*<sup>304</sup>

Wil de Nederlandse notaris de onpartijdigheidsclaim<sup>305</sup> waarmaken, dan zal deze voldoende tijd dienen te investeren om zich de door Barry beschreven technieken eigen te maken.

De notaris als arbitrator zal daartoe als homo economicus uitsluitend bereid zijn, wanneer tegenover deze tijdsbesteding een adequate beloning staat. Men hoeft niet over grote gaven te beschikken om te bedenken dat deze beloning wel eens hoger kan uitvallen dan de huidige beloning van de notaris. In de praktijk zal moeten blijken of de hiervoor genoemde partijen 1 en 2 bereid zijn deze hogere vergoeding voor "echte" onpartijdigheid op tafel te leggen. Zou dat niet het geval zijn dan kan de vraag worden gesteld of partijen 1 en 2 wel geïnteresseerd zijn in het concept onpartijdigheid.

Barry<sup>306</sup> geeft aan dat onpartijdigheid als concept kan worden gemist. Als partijen 1 en 2 niet zijn geïnteresseerd in het concept onpartijdigheid is de rol van de arbitrator uitgespeeld.

Voor de goede orde herhaal ik mijn eerder gemaakte opmerking dat, wanneer de Nederlandse notaris op dit moment niet handelt volgens de theorie van justice as mutual advantage en niet handelt volgens de technieken als hiervoor beschreven, van hem niet gezegd kan worden dat hij onpartijdig handelt, noch dat hij voldoet aan de norm van art. 17, eerste lid WNA:

*De notaris behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze.*

Het niet onpartijdig handelen leidt op grond van art. 98 WNA tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid.

4.7. Compenserende onpartijdigheid

- 4.7.1. Wordt vanuit deze theoretische benadering het huidige onpartijdigheidsdenken binnen notarieel Nederland gezien, dan valt reeds aanstonds het begrip compenserende onpartijdigheid op.

---

<sup>303</sup> zie paragraaf 2.5.3. van hoofdstuk 2

<sup>304</sup> zie paragraaf 3.2.1. van hoofdstuk 3

<sup>305</sup> de term wordt gebruikt door Kocken, Kocken, p. 140

<sup>306</sup> zie paragraaf 3.5. van hoofdstuk 3

## Hoofdstuk 4

Waar komt dit begrip vandaan?

Het begrip: compenserende onpartijdigheid vindt zijn ontstaansgrond in het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden<sup>307</sup> en wel in de zinsnede:

*De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee, dat hij beroepshalve is gehouden naar vermogen te voorkomen, dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.*

De woorden: compenserende onpartijdigheid komen in dit arrest niet voor. Ook in latere arresten komen die woorden niet voor.

De term: compenserende onpartijdigheid is bedacht door één van de auteurs die het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden heeft commentariseerd. In paragraaf 4.10 van dit hoofdstuk beschrijf ik van wanneer de term: compenserende onpartijdigheid dateert.

Melis-Waaijer<sup>308</sup> verwoordt één en ander als volgt:

*In dit verband wordt wel de term gebruikt: compenserende onpartijdigheid, hetgeen inhoudt dat de notaris de zwakkere partij in bescherming dient te nemen tegen de sterkere wederpartij.*

en stelt dat, onder verwijzing naar Kocken:

*gezegd zou kunnen worden, dat de notaris ongelijkheden dient te bestrijden.*

4.7.2. Hoe verhoudt het begrip onpartijdigheid (van de notaris) als beschreven in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk zich tot het begrip compenserende onpartijdigheid (van de notaris)?

Onpartijdigheid van de notaris als omschreven in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk houdt in dat de notaris de tussen partijen bestaande ongelijkheden zal moeten respecteren. Onder respecteren moet actief handelen worden verstaan met gebruikmaking van de door Barry beschreven technieken<sup>309</sup>; respecteren sluit uit dat de notaris ingrijpt in de tussen partijen bestaande ongelijkheid.

Compenserende onpartijdigheid van de notaris houdt in dat de notaris naar vermogen moet voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Voorkomen impliceert een actief ingrijpen in de tussen partijen bestaande ongelijkheid.

4.7.3. Onpartijdigheid en compenserende onpartijdigheid gaan dus niet samen: het is niet mogelijk om op hetzelfde moment niet te mogen ingrijpen in de tussen partijen bestaande ongelijkheid ("respecteren") en te moeten ingrijpen in de tussen partijen bestaande ongelijkheid ("voorkomen"). Het begrip compenserende onpartijdigheid is strijdig met het begrip "onpartijdigheid" als beschreven in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk.

De gevolgen van deze conclusie bespreek ik in paragraaf 4.11. van dit hoofdstuk.

4.7.4. Hoe is het mogelijk dat het begrip compenserende onpartijdigheid heeft kunnen inburgeren?

---

<sup>307</sup> HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (m.nt EAAL)

<sup>308</sup> Melis-Waaijer, p. 28

<sup>309</sup> zie paragrafen 3.3.2. en 3.3.3. van hoofdstuk 3

## Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris (Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

De enige reden die ik kan bedenken is dat tot op heden binnen notarieel Nederland - behoudens Kocken – onvoldoende in kaart is gebracht wat het begrip onpartijdigheid nu eigenlijk betekent.

In historisch perspectief gezien is het woord onpartijdig eerst opgenomen in de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap, zoals beschreven in de paragrafen 1.2.3. en volgende van hoofdstuk 1. Het is mogelijk dat met de opname van dit woord onpartijdig in de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap het begrip compenserende onpartijdigheid, althans mede, is gecodificeerd.

De gedachte zou daarbij geweest kunnen zijn: compenserende onpartijdigheid = onpartijdigheid. Vervolgens is het begrip onpartijdig op de manier die is omschreven in paragraaf 1.2.3. van hoofdstuk 1 terecht gekomen in het voorstel van art. 15 WNA, later vernummerd naar art. 17 WNA. Op dat moment heeft men zich onvoldoende afgevraagd wat het woord onpartijdig precies betekent. Door de verwijzing in het artikelsgewijs commentaar met betrekking tot art. 15 WNA voornoemd<sup>310</sup> naar de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap is het mogelijk dat met het begrip onpartijdig in art. 17 eerste lid WNA het begrip compenserende onpartijdigheid is gecodificeerd.

Ik wijs erop dat dit allemaal vermoedens zijn. Een mogelijke bevestiging voor deze vermoedens tref ik in de conclusies van Kocken aan, zoals hierna in dit hoofdstuk wordt besproken.

### 4.8. Kocken heeft onderzoek gedaan naar compenserende onpartijdigheid

De conclusies van Kocken luiden:<sup>311</sup>

- 1. De conclusie van de toetsing luidt dat het optreden van de notarieel juristen in veel gevallen niet aan de onpartijdigheidsnorm voldoet.*
- 2. De conclusie dat het optreden van de notarieel juristen niet begrepen kan worden als onpartijdig botst met de publieke onpartijdigheidsclaim van het notariaat.*
- 3. Het beeld wat het notariaat in het publieke debat van zichzelf schetst is dus niet in overeenstemming met het geobserveerde optreden.*

Doordat Kocken aan een onpartijdige afhandeling van een zaak meer de eis stelt van bestrijding van gebruik van ongelijkheden<sup>312</sup> spreekt Kocken niet over onpartijdigheid als uitgewerkt in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk, maar over compenserende onpartijdigheid.<sup>313</sup> Ik breng in herinnering dat de dissertatie van Kocken betrekking heeft op de periode dat voormelde Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap nog golden, de periode voordat de WNA is ingevoerd. Omdat de dissertatie van Kocken over compenserende onpartijdigheid gaat, kan daaraan mogelijk het argument worden ontleend dat met het begrip onpartijdigheid in de Beroeps- en gedragsregels van de Koninklijke Notariële Broederschap het begrip compenserende onpartijdigheid was bedoeld.

Kocken komt naar mijn mening tot de conclusie dat het optreden van de notarieel juristen in veel gevallen niet aan de norm van compenserende onpartijdigheid voldoet; deze conclusie botst volgens Kocken met de publieke claim dat het notariaat compenserend onpartijdig is. De dissertatie van Kocken is daarom naar mijn mening niet maatgevend voor de beantwoording van de

---

<sup>310</sup> zie paragraaf 1.2.6. van hoofdstuk 1

<sup>311</sup> Kocken, p. 160

<sup>312</sup> Kocken, p. 149

<sup>313</sup> zie ook paragraaf 1.32.3. van hoofdstuk 1



vraag of het optreden van de notarieel juristen al dan niet aan de in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk uitgewerkte onpartijdigheidsnorm voldoet. Of het handelen van de notarieel juristen in de praktijk aan de in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk uitgewerkte onpartijdigheidsnorm voldoet is ook door mij niet onderzocht. In deze studie is het mij te doen om een theoretisch kader voor het begrip onpartijdigheid van de notaris vast te stellen.

### 4.9. Ging de parlementaire behandeling WNA over onpartijdigheid of over compenserende onpartijdigheid?

- 4.9.1. Tijdens de parlementaire behandeling is het woord onpartijdig veelvuldig gevallen. De vraag is welke onpartijdigheid tijdens de parlementaire behandeling bedoeld is: was dit de compenserende onpartijdigheid of was dat het in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk uitgewerkte begrip onpartijdigheid? In het artikelsgewijs commentaar met betrekking tot art. 15 WNA<sup>314</sup>, zoals dat op dat moment was voorgesteld, luidende:

*de notaris behartigt op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen*

staat vermeld:

*De bepaling van het eerste lid, dat de notaris op onpartijdige wijze de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen behartigt, komt thans niet in de wet voor. Wel is deze verplichting opgenomen in de door de Koninklijke Notariële Broederschap vastgestelde Beroeps- en gedragsregels voor notarissen.*

en:

*De notaris behartigt de belangen van «alle bij de rechtshandeling betrokken personen».*

en:

*Deze verplichting vloeit voort uit de op de notaris rustende zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen, welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen (Hoge Raad 28 september 1990, NJ 1991, 473). Voorts zij gewezen op de jurisprudentie die aan de orde is gekomen bij het arrest van de Hoge Raad van 27 maart 1992 (NJ 1993, 188) en in de daarbij behorende noot is samengevat.*

- 4.9.2. Uit de verwijzing naar de zwaarwegende zorgplicht in dit artikelsgewijs commentaar, zou kunnen worden afgeleid dat beoogd is om het begrip compenserende onpartijdigheid te codificeren. Zeker is dit niet. Uit het artikelsgewijs commentaar kan immers even zo goed worden afgeleid dat beoogd is een "echt" begrip onpartijdigheid te codificeren en dat daarnaast gewezen is op de zwaarwegende zorgplicht.

In het verdere verloop van de parlementaire behandeling heb ik geen enkele aanwijzing kunnen vinden waaruit zou blijken dat waar het begrip onpartijdig(heid) werd genoemd daarmee het begrip compenserende onpartijdigheid zou zijn bedoeld.

---

<sup>314</sup> zie paragraaf 1.2.2. van hoofdstuk 1

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

Integendeel, uit het verdere verloop van de parlementaire behandeling blijkt veeleer dat er gesproken is over wat ik in dit verband "echte" onpartijdigheid zou willen noemen.

Als deze observatie juist is, dan zou uit het wetsvoorstel blijken dat met de woorden "op onpartijdige wijze" in het voorgestelde art. 15 WNA (later art. 17 WNA) bedoeld is om het begrip compenserende onpartijdigheid te codificeren en dan zou uit de latere parlementaire behandeling blijken dat besloten is een "ander" soort onpartijdigheid te codificeren. Het begrip "onpartijdig" zou dan als het ware ten gevolge van de parlementaire behandeling van kleur zijn verschoten.

Al met al kan niet met zekerheid worden vastgesteld welk begrip onpartijdigheid in art. 17, eerste lid WNA is gecodificeerd: "echte" onpartijdigheid of compenserende onpartijdigheid.

4.10. Sinds wanneer wordt het begrip compenserende onpartijdigheid in de literatuur gebruikt?

In Melis-Santen-Waaijer dat in 1991 verscheen, heb ik het begrip compenserende onpartijdigheid niet aangetroffen. De eer om de term compenserende onpartijdigheid voor het eerst publiekelijk te hebben gebruikt komt toe aan Mr. J.W. Klinkenberg. In zijn hoedanigheid als toenmalig voorzitter van de Koninklijke Notariële Broederschap sprak Klinkenberg ter gelegenheid van de opening van het wetenschappelijk gedeelte van de Algemene Ledenvergadering op 25 september 1992 over de compenserende onpartijdigheid van de Staat als opmaat voor een mogelijke compenserende onpartijdigheid van de notaris. Dit thema werd door Klinkenberg niet verder uitgewerkt.

Het begrip compenserende onpartijdigheid van de notaris is voor zover mij bekend voor het eerst uitgewerkt in 1999 door Heyman<sup>315</sup>.

Het begrip compenserend trof ik voor het eerst aan bij Kocken<sup>316</sup> in zijn publicatie van 1997.

Het wetsvoorstel, waarbij de tekst van art. 15 WNA is voorgesteld, zoals beschreven in paragraaf 4.9. van dit hoofdstuk, dateert van 3 mei 1994. Dat is vijf jaar eerder dan de publicatie van het artikel van Heyman en ruim twee jaar eerder dan de dissertatie van Kocken. Ik heb niet kunnen vinden of - behoudens Klinkenberg die in 1992 sprak over de compenserende onpartijdigheid van de staat - iemand de term compenserende onpartijdigheid van de notaris al had gebezigd vóór 1999 casu quo 1997, laat staan vóór 1994. Als dat zo is, dan wint de stelling dat met het begrip "op onpartijdige wijze" in het voorgestelde art. 15 WNA niet bedoeld is op compenserende onpartijdigheid aan kracht.

Het meest waarschijnlijke lijkt mij dan ook dat, mede in het licht van het paragraaf 4.9.2. van dit hoofdstuk beschreven verdere verloop van de parlementaire behandeling, beoogd is om een "echt" begrip onpartijdigheid te codificeren.

4.11. Compenserende onpartijdigheid = bijzondere waarschuwingsplicht

4.11.1. Het begrip compenserende onpartijdigheid van de notaris wil niets anders zeggen dan dat op de notaris een bijzondere waarschuwingsplicht rust. Met

---

<sup>315</sup> H.W. Heyman, "Onafhankelijkheid en onpartijdigheid", WPNR 1999/6363, p. 497 (zie ook paragraaf 1.17.2. van hoofdstuk 1)

<sup>316</sup> Kocken, p. 146

## Hoofdstuk 4

deze waarschuwingsplicht dient de notaris naar vermogen te voorkomen, dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht<sup>317</sup>. Aan deze waarschuwingsplicht ligt volgens Boks<sup>318</sup> heel duidelijk een beschermingsgedachte ten grondslag: de individuele cliënt moet worden beschermd.

- 4.11.2. Het zal de individuele notaris echter niet mogelijk zijn om, zoals in paragraaf 4.7.2. van dit hoofdstuk is beschreven, op hetzelfde moment de ongelijkheid tussen partij 1 en partij 2 te respecteren (het gevolg van de door mij in paragraaf 4.5. van dit hoofdstuk uitgewerkte onpartijdigheidsnorm) en middels de waarschuwingsplicht te voldoen aan de beschermingsgedachte, dat de individuele cliënt (bijvoorbeeld partij 1 als genoemd in paragraaf 4.4.2. van dit hoofdstuk) moet worden beschermd.

Het is dan ook van tweeën één: of de notaris respecteert de ongelijkheid tussen partij 1 en partij 2 of de notaris voldoet aan de beschermingsgedachte. Wanneer de notaris de ongelijkheid tussen partij 1 en partij 2 moet respecteren, hetgeen een direct gevolg is van het opnemen van het woord onpartijdig in art. 17, eerste lid WNA, dan kan de conclusie niet anders zijn dan dat door die opname de beschermingsgedachte en de daarop gebaseerde waarschuwingsplicht zijn vervallen.

- 4.11.3. Wordt van de notaris evenwel verwacht dat hij voldoet aan de op de beschermingsgedachte gebaseerde bijzondere waarschuwingsplicht, dan dient het begrip onpartijdig uit de WNA te worden geschrapt. De in paragraaf 4.9.1. van dit hoofdstuk opgenomen artikelsgewijze toelichting op art. 15 WNA was, met andere woorden, innerlijk tegenstrijdig, omdat het zowel het begrip onpartijdigheid introduceert als de zwaarwegende zorgplicht - door Boks terecht bijzondere waarschuwingsplicht genoemd - wil handhaven.

Het lijkt mij daarbij niet van belang of beoogd was om met het begrip "op onpartijdige wijze" in de tekst de compenserende onpartijdigheid of de "echte" onpartijdigheid te codificeren, zoals in paragraaf 4.9. en paragraaf 4.10. van dit hoofdstuk is beschreven; compenserende onpartijdigheid kan immers niet met de woorden "op onpartijdige wijze" worden beschreven.

Het begrip onpartijdigheid is thans in de WNA opgenomen; de bijzondere waarschuwingsplicht is, zoals ik hierna in paragraaf 4.15.2. van dit hoofdstuk uiteen zal zetten, niet met zoveel woorden in de WNA opgenomen.

Dat kan tot geen andere conclusie leiden dan dat in de huidige WNA het voorschrift dat de notaris onpartijdig is, van een hogere orde is dan de bijzondere waarschuwingsplicht.

- 4.11.4. Het gevolg van de thans bestaande situatie is dat de individuele notaris die zich sinds 1 oktober 1999 trouw van zijn plicht tot het inacht nemen van de op het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden terug te voeren waarschuwingsplicht<sup>319</sup> heeft gekweten, in strijd heeft gehandeld met de eis van art. 17, eerste lid WNA en daarvoor tuchtrechtelijk op basis van art. 98, eerste lid WNA aansprakelijk is.

Dit is uiteraard een onaanvaardbare situatie. Hieraan kan naar mijn mening slechts een eind worden gemaakt door een keuze te maken. Er kan gekozen

---

<sup>317</sup> Boks, p. 80

<sup>318</sup> Boks, p. 104

<sup>319</sup> Boks, p. 104: Aan de waarschuwingsplicht ligt aldus heel duidelijk een beschermingsgedachte ten grondslag: de individuele cliënt moet worden beschermd.

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

worden voor het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid en er kan gekozen worden voor de waarschuwingsplicht.

4.12. Keuze tussen respecteren van ongelijkheid (onpartijdigheid) en bijzondere waarschuwingsplicht

- 4.12.1. Wordt gekozen voor het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid, dan kan de huidige tekst van art. 3, eerste lid, art. 11, derde lid, art. 17, eerste lid, art. 17, tweede lid, art. 17, derde lid, art. 18, eerste lid en art. 18, tweede lid WNA ongewijzigd in stand blijven. Het begrip onpartijdigheid in die artikelen impliceert immers het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid.

Gelijktijdig vervalt de bijzondere waarschuwingsplicht.

Voorzover de WNA en de in art. 89, eerste lid WNA genoemde verordeningen<sup>320</sup> de bijzondere waarschuwingsplicht aan de notarissen opleggen dienen de WNA en die verordeningen te worden gewijzigd. Aan rechterlijke uitspraken die de notaris nopen tot de bijzondere waarschuwingsplicht komt vanaf 1 oktober 1999 geen werking meer toe.

- 4.12.2. Wordt daarentegen gekozen voor het handhaven van de bijzondere waarschuwingsplicht, dan dient het begrip onpartijdigheid uit art. 3, eerste lid, art. 11, derde lid, art. 17, eerste lid, art. 17, tweede lid, art. 17, derde lid, art. 18, eerste lid en art. 18, tweede lid WNA te worden geschrapt. De bijzondere waarschuwingsplicht is niet met het woord onpartijdig(heid) verenigbaar.

Het schrappen van het woord onpartijdigheid uit deze artikelen van de WNA betekent het einde van de onpartijdigheidsclaim van het notariaat, of zuiverder uitgedrukt: er wordt toegegeven dat de onpartijdigheidsclaim op een verkeerd begrepen betekenis van het begrip onpartijdig was gebaseerd.

- 4.12.3. In paragraaf 4.7.2. van dit hoofdstuk gaf ik aan dat onder het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid een actief handelen van de notaris moet worden verstaan, met gebruikmaking van de door Barry beschreven technieken.

De onpartijdige notaris zal om zijn werk adequaat te kunnen doen zich the Nash solution<sup>321</sup> eigen moeten maken. Ik schreef reeds<sup>322</sup> dat the Nash solution geen panacée is. Ik vrees te mogen constateren dat de Nederlandse notaris thans een dergelijke kennis niet heeft. De keuze voor het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid leidt ertoe dat de notaris niet aan de uit die keuze voortvloeiende eisen kan voldoen. De mogelijke keuze van het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid is dan ook - naar mijn mening - uitsluitend van theoretisch belang.

Kan de notaris wel aan de eisen voldoen, wanneer gekozen wordt voor het handhaven van de bijzondere waarschuwingsplicht? Ik denk dat handhaven niet voldoende is. Daarnaast is er nog een heleboel werk te doen. Ik licht dit in de volgende paragrafen toe.

4.13. Handhaven bijzondere waarschuwingsplicht: protocol

Wanneer, zoals ik voorsta, gekozen wordt voor het handhaven van de bijzondere waarschuwingsplicht, lijkt het mij noodzakelijk om in de wet precies

---

<sup>320</sup> zie paragraaf 1.18.2. van hoofdstuk 1

<sup>321</sup> zie paragraaf 3.3.2. van hoofdstuk 3

<sup>322</sup> in paragraaf 3.3.4. van hoofdstuk 3

## Hoofdstuk 4

vast te leggen wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris wordt verlangd.

Ik denk daarbij aan een complete set van regels in de vorm van een protocol of anderszins. In paragraaf 4.18. van dit hoofdstuk zal worden betoogd dat het Duitse BeurkG voor de wettelijke vastlegging model kan staan.

Boks stelt:<sup>323</sup>

*Het gaat er niet om het notariaat te beschermen tegen mogelijke aansprakelijkheid maar om de burger die afhankelijk is van de rechtshulp van de notaris voldoende rechtsbescherming te bieden. Die rechtsbescherming van de burger moet derhalve voorop staan.*

Bij mij staat echter mede voorop de rechtsbescherming van de individuele notaris.

De hierboven genoemde set van regels, waaraan de individuele notaris zich zou hebben te houden, zou zo duidelijk en eenduidig moeten zijn dat een redelijk bekwaam en redelijk handelende notaris verhaalsaansprakelijkheid kan ontlopen.

Als besluit van dit hoofdstuk zal ik proberen een aanzet voor die regels te geven. Dat doe ik door bij wijze van voorbeeld het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden aan een nadere beschouwing te onderwerpen; uit dit arrest blijkt dat de regels op dit moment niet zo duidelijk en eenduidig zijn dat een redelijk bekwaam en redelijk handelende notaris verhaalsaansprakelijkheid kan ontlopen.

### 4.14. Nadere analyse arrest Groningse huwelijksvoorwaarden; kritiek op het arrest

#### 4.14.1. Op basis waarvan was de Hoge Raad van mening dat het tot de taak van de Nederlandse notaris behoort om te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht?

De overbekende zinsnede:

*De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee, dat hij beroepshalve is gehouden naar vermogen te voorkomen, dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.*

wordt niet gemotiveerd met een verwijzing naar enig wetsartikel van de WNA-oud. Art. 50c WNA-oud<sup>324</sup> verwacht van een notaris onpartijdigheid; van notaris Y (de notaris, lid van de Kamer van Toezicht, die de akte van wijziging huwelijksvoorwaarden verleed) mocht dus verlangd worden dat hij onpartijdig optrad. Verder had notaris Y de ambtseed afgelegd, opgenomen in art. 18 WNA, luidende, dat hij:

*zijn post met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid zal waarnemen.*

Het minste wat van het arrest verwacht had mogen worden, is dat het had aangegeven hoe de aan notaris Y opgelegde waarschuwingsplicht te verenigen was met de onpartijdigheid/onzijdigheid van notaris Y.

Naar mijn mening is het niet mogelijk om dit te motiveren.

---

<sup>323</sup> Boks, p. 72

<sup>324</sup> Melis-Santen-Waaijer, p. 227

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

- 4.14.2. Het arrest is dan ook naar mijn mening fout geweest. Het arrest had dienen te luiden, dat notaris Y aan zijn uit art. 30 WNA-oud voortvloeiende verplichting:

*Alvorens tot voorlezing wordt overgegaan, wordt de inhoud van de akte zakelijk aan de verschijnende personen opgegeven*

had voldaan door bij het verlijden van de akte de toelichting te geven, dat het gevolg van de omzetting zou zijn<sup>325</sup>

*dat alle huidige en toekomstige vermogensbestanddelen van beide echtgenoten, activa en passiva, hun gemeenschappelijke eigendom en schulden zullen worden.*

Ik heb me erover verbaasd dat geen enkele auteur van enige kritiek op (de motivering van) dit arrest heeft laten blijken. De tussen haakjes geplaatste woorden: "en bracht ook destijds", komen mij voor notaris Y onrechtvaardig voor. Aan hem wordt een eis gesteld die hij ten tijde van het verlijden van de akte nog niet had kunnen kennen. Notaris Y, die naar mijn mening als een redelijk bekwaam en redelijk handelende notaris optrad, wordt het niet mogelijk gemaakt om verhaalsaansprakelijkheid te ontlopen. Een nieuwe eis zou naar mijn mening uitsluitend toekomstige werking mogen hebben.

In de volgende paragraaf van dit hoofdstuk accepteer ik het arrest als een gegeven.

- 4.15. Hoe voldoet een notaris aan de bijzondere waarschuwingsplicht?

- 4.15.1. Wat had notaris Y concreet moeten doen om aan de door de Hoge Raad opgelegde waarschuwingsplicht te voldoen?

Ik zal de vraag naar de huidige WNA proberen te beantwoorden.  
Art. 43, eerste lid WNA luidt, voorzover hier van belang:

*De partijen bij de akte en de bij het verlijden van de akte eventueel verschijnende andere personen krijgen tijdig tevoren de gelegenheid om van de inhoud van de akte kennis te nemen. Alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, doet de notaris aan de verschijnende personen mededeling van de zakelijke inhoud daarvan en geeft daarop een toelichting. Zo nodig wijst hij daarbij tevens op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.*

Art. 4, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels luidt:

*De notaris is gehouden alle partijen bij de rechtshandeling waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen voor te lichten met betrekking tot de gevolgen van de handeling, voor zover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt.*

Art. 43, eerste lid WNA wordt als codificatie van het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden beschouwd. Art. 4, eerste lid van de Verordening beroeps en gedragsregels maakt blijkens de toelichting duidelijk dat de verplichting tot voorlichting ook geldt als het gaat om een rechtshandeling die niet in een akte wordt neergelegd. Als voorbeeld noemt de toelichting de koopovereenkomst voorafgaand aan de akte van levering.

- 4.15.2. In art. 43, eerste lid WNA is echter niet de zinsnede uit het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden opgenomen dat de notaris naar vermogen

---

<sup>325</sup> Melis-Santen-Waaijer, p. 303

gehouden is te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.

Het woord "gevolgen" in de laatste regel van art. 43, eerste lid WNA omvat naar mijn mening niet het begrip risico's. Het begrip risico gaat in dit verband verder dan het begrip gevolg.

Aan de bijzondere waarschuwingsplicht wordt inhoud gegeven door het wijzen op de risico's die met name voor de zwakkere partij uit de transactie voortvloeien. Art. 43, eerste lid WNA codificeert derhalve naar mijn mening de bijzondere waarschuwingsplicht niet.

- 4.15.3. Boks<sup>326</sup> vermeldt dat ter zake van de bijzondere waarschuwingsplicht het volgende geldt:

*Gedetailleerde schriftelijke vastlegging van verstrekte informatie zou in mijn visie verplicht moeten zijn in alle situaties waarin het van groot belang is dat de cliënt zich goed bewust wordt van die informatie. Een dergelijke situatie doet zich in elk geval voor als de notaris zijn cliënt waarschuwt voor de aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico's teneinde te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en/of feitelijk overwicht. Het per definitie incidentele karakter van de bijzondere waarschuwingsplicht alsmede de daaraan ten grondslag liggende beschermingsgedachte brengen mijn inziens mee dat bijzondere eisen aan de uitoefening van de waarschuwingsplicht mogen worden gesteld.<sup>327</sup> Omdat de (juridisch of feitelijk) zwakkere partij zich bewust moet worden van de aan de rechtshandeling verbonden risico's, acht ik het nodig dat de waarschuwing die wordt verstrekt ook schriftelijk wordt bevestigd. Het gaat immers om essentiële of "wesentliche" informatie en die moet naar mijn mening - op gelijke wijze als in Duitsland het geval is - ook op schrift worden gesteld.*

*Dit is eerst en vooral in het belang van de cliënt; die cliënt wordt door de schriftelijke bevestiging (nogmaals) geconfronteerd met de risico's die aan de voorgenomen rechtshandeling zijn verbonden, hetgeen de bescherming die met de norm wordt beoogd, verhoogt<sup>328</sup>. Juist omdat die cliënt tijdens het gesprek met de notaris zal worden overspoeld met informatie is het mijns inziens van groot belang dat de notaris de risico's later nogmaals - en dan schriftelijk - uiteenzet, eventueel gevolgd door een bezinningsperiode, zodat de cliënt nog een keer met de neus op de feiten wordt gedrukt.<sup>329</sup>*

*Daarnaast is het gedetailleerd vastleggen van de verstrekte informatie in het belang van de notaris zelf. Hij kan zo nodig later in een gerechtelijke procedure zijn betwisting van de stelling dat hij niet (goed) heeft gewaarschuwd onderbouwen door het stuk waarin die waarschuwing is opgenomen over te leggen.<sup>330</sup>*

en<sup>331</sup>

---

<sup>326</sup> Boks, p. 204

<sup>327</sup> Zie par. 3.3 e.v. waarin de materieelrechtelijke aspecten van de waarschuwingsplicht van de notaris aan de orde worden gesteld.

<sup>328</sup> Vlg. Kortmann, *Bespreking van de (verhaals-)aansprakelijkheid van de vrije beroepsbeoefenaar*, NV 1995, p. 15 die naar aanleiding van het Groninger huwelijksvoorwaarden-arrest opmerkt dat van een notaris mag worden verlangd dat hij een partij schriftelijk op de risico's wijst. Als de notaris dit nalaat, rust op hem de bewijslast dat hij zich ervan heeft vergewist dat de betreffende partij het risico voldoende beseft, aldus Kortmann.

<sup>329</sup> Zie in dit verband ook par. 6.3.2.1. inzake het Duitse recht.

<sup>330</sup> De sanctie op het nalaten de waarschuwing ook op schrift te zetten, moet in mijn visie worden gezocht in de processuele sfeer; zie hierna par. 6.3.3.

<sup>331</sup> Boks, p. 205 en 206

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

*Deze aan een onderhandse notitie of brief verbonden nadelen spelen niet indien de authentieke akte zelf een kort (bedoeld is: korte, RB) specificatie wordt opgenomen van de waarschuwing die aan de cliënt is verstrekt.<sup>332</sup> De kans dat de betreffende aantekening later in een procedure niet meer kan worden overgelegd is - vanwege de bewaarplicht - geminimaliseerd. Een ander voordeel van het vermelden van de waarschuwing in de authentieke akte is dat de ambtenaarsverklaring dwingende bewijskracht heeft; behoudens door de cliënt te leveren tegenbewijs staat vast dat en hoe de notaris aan zijn waarschuwingsplicht heeft voldaan (art. 157 lid 1 Rv).<sup>333</sup> In het belang van notaris én cliënt behoren schriftelijke aantekeningen met betrekking tot de bijzondere risico's van een rechtshandeling mijns inziens dan ook in de authentieke akte te worden opgenomen. Juist ook omdat de cliënt de authentieke akte zelf moet ondertekenen, biedt het opnemen van de waarschuwing in de akte naar mijn mening de meeste bescherming; hij krijgt de waarschuwing bij doorlezing van de (concept-)akte immers (nogmaals) onder ogen.<sup>334</sup>*

*Overigens zal de notaris zich in mijn visie niet kunnen beperken tot een algemene frase in de akte, inhoudende dat 'hij heeft gewezen op de bijzondere gevolgen die uit de rechtshandeling voortvloeien': gelet op de hiervoor genoemde achtergrond is het van belang om de risico's kort en bondig daadwerkelijk te specificeren.<sup>335</sup> Een standaard aantekening in algemene bewoordingen zou geheel aan het beoogde doel van de waarschuwingsplicht voorbij gaan.<sup>336</sup> Daarbij blijkt niet hoe de waarschuwing heeft geluid en het opnemen van een dergelijke aantekening zou al snel een routinehandeling worden.<sup>337</sup>*

- 4.15.4. Boks vermeldt echter niet wat de notaris precies aan zijn cliënt moet vertellen; wat had notaris Y in het geval van de Groningse huwelijksvoorwaarden aan mevrouw X moeten meedelen?

Notaris Y had naar mijn mening aan mevrouw X en de echtgenoot van X (de in financiële moeilijkheden verkerende notaris A) moeten meedelen:<sup>338</sup>

"De Kamer van Toezicht vindt dat U, notaris A, er financieel niet goed voorstaat; U, notaris A, bent met mevrouw X in gemeenschap van vruchten en inkomsten gehuwd en de Kamer van Toezicht stelt voor dat U, notaris A en U, mevrouw X, Uw huwelijksgoederenregime wijzigt in een algehele gemeenschap

---

<sup>332</sup> Zie Waaijer, *Aanbevelingen voor een wettelijk verankerde informatieplicht*, WPNR 6163 (1995), p. 11 alsmede Hidma, *ABC van notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), p. 708. Waaijer komt daarmee terug op de opvatting die wordt verkondigd in Melis-Santen-Waaijer, *De Notariswet* (1991), p. 305. Volgens dit handboek zou een verklaring omtrent de risico's van de in de akte opgenomen rechtshandeling 'een motie van wantrouwen' inhouden. Met Hidma moet echter worden geconcludeerd dat notarissen hedentendage veel meer in juridische procedures worden betrokken dan vroeger en dat zij daarom ook alle redenen hebben om zich daar op voorhand tegen te wapenen. Een vergelijking met het toegenomen gebruik van exoneratieclausules (zie par. 1.3.3.3) ligt naar mijn mening voor de hand: de verzakelijking van de relatie tussen de notaris en zijn cliënt brengt mee dat ook vrijtekeningsbedingen niet langer 'onzedelijk' worden geacht.

<sup>333</sup> Art. 184 lid 1 Rv (oud). Zie Waaijer, *Aanbevelingen voor een wettelijk verankerde informatieplicht*, WPNR 6163 (1995), p. 11 alsmede Hidma, *ABC van notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), p. 708.

<sup>334</sup> Ik zie niet in waarom, zoals het in Frankrijk wordt betoogd (zie par. 6.3.2.2), de notaris 'om redenen van psychologisch belang' de toevlucht moet zoeken tot een afzonderlijke (onderhandse) akte.

<sup>335</sup> Vgl. Waaijer, *Aanbevelingen voor een wettelijk verankerde informatieplicht*, WPNR 6163 (1995), p. 11: ter bescherming van cliënten mag worden verlangd dat de notaris een korte specificatie van de verstrekte informatie in de akte opneemt.

<sup>336</sup> Enzo Hidma, *ABC van notariële aansprakelijkheid*, WPNR 6239 (1996), p. 707

<sup>337</sup> Vgl. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid* (1999), p. 24.

<sup>338</sup> de gegevens zijn ontleend aan Melis-Santen-Waaijer, p. 303



van goederen; op die manier bieden Uw bezittingen, mevrouw X, verhaal voor de schuldeisers van Uw echtgenoot, notaris A; het kan dus gebeuren, mevrouw X, dat U door deze wijziging van het huwelijksgoederenregiem al Uw bezittingen kwijtraakt".

Uit de gegevens leid ik af, dat mevrouw X onkundig was van de financiële moeilijkheden van haar echtgenoot, notaris A; aan de mededeling van notaris Y had derhalve ten minste moeten voorafgaan, dat notaris A zijn echtgenote X had ingelicht over zijn financiële moeilijkheden.

Notaris Y had vervolgens deze mondelinge mededeling schriftelijk aan mevrouw X en notaris A dienen te bevestigen en tenslotte deze tekst in de akte van wijziging huwelijksvoorwaarden moeten opnemen.

Alleen op deze wijze had notaris Y naar mijn mening voldaan aan zijn bijzondere waarschuwingsplicht.

Ik denk dat het van belang is om de in paragraaf 4.13. van dit hoofdstuk bedoelde set van regels vast te leggen wat een notaris ter voldoening aan zijn waarschuwingsplicht moet meedelen.

- 4.15.5. Ik geef nog een voorbeeld: Aan een notaris wordt door twee jongelui A en B, die binnenkort in het huwelijk zullen treden, gevraagd een akte van huwelijksvoorwaarden, houdende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen op te maken. De jongelui vertellen de notaris dat zij deze akte willen laten verlijden omdat A waardevolle bezittingen heeft en B geen bezittingen heeft en zij dat zo willen houden.

De notaris kwalificeert B als zwakkere partij en A als de sterkere partij en meent dat van hem gevergd wordt om zich van zijn waarschuwingsplicht te kwijten.<sup>339</sup>

In lijn met het vorenstaande zal deze notaris het volgende aan de jongelui A en B meedelen:

"Wanneer jullie, A en B, geen akte van huwelijksvoorwaarden houdende uitsluiting van iedere gemeenschap van goederen zouden opstellen, zouden jullie in gemeenschap van goederen gehuwd zijn; wanneer jullie huwelijk door echtscheiding wordt ontbonden kan dit betekenen dat B door de huwelijksvoorwaarden slechter af is, dan zonder het maken van huwelijksvoorwaarden".

De notaris bevestigt deze mondelinge mededeling schriftelijk en neemt de tekst op in de akte van huwelijksvoorwaarden. Alleen op deze wijze voldoet de notaris aan zijn bijzondere waarschuwingsplicht.

Het nalaten van de notaris om aan zijn bijzondere waarschuwingsplicht te voldoen, kan bij echtscheiding tussen A en B leiden tot een claim van B op dezelfde wijze als mevrouw X in het arrest Groningse huwelijksvoorwaarden een claim indiende tegen notaris Y.

De Nederlandse bijdrage aan het XXIVe wereldcongres van de UINL<sup>340</sup> vermeldt dat het bovenstaande mogelijk ook praktijk is:

*Sommige notarissen laten met name in akten van huwelijksvoorwaarden expliciet door partijen verklaren dat ze weten wat ze tekenen en wat de consequenties zijn.*

---

<sup>339</sup> zie paragraaf 4.14.1. van dit hoofdstuk

<sup>340</sup> p. 11; zie ook paragraaf 1.25.5. van hoofdstuk 1

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

4.16. Pleidooi voor gedetailleerde wetgeving over omgaan met bijzondere waarschuwingsplicht: safe harbour rules

4.16.1. Ik pleit ervoor dat de wijze waarop de notaris omgaat met de waarschuwingsplicht wordt vastgelegd in de wet, in de vorm van een gedetailleerde beschrijving van iedere door de notaris te verrichten handeling.<sup>341</sup>

De bedoeling van deze wettelijke regeling is om de individuele notaris een veilige haven (safe harbour) te verstrekken, wanneer hij zich netjes aan de regels houdt. Dergelijke "safe harbour rules" zijn in het fiscale recht een bekend verschijnsel. Ik verwijs bij wijze van voorbeeld naar het bepaalde in art. 10, eerste lid onderdeel d juncto art. 10, tweede lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, waarin bij wijze van "safe harbour rule" precies is vastgelegd wanneer de rente op een hybride geldlening niet aftrekbaar is.

Die veilige haven is er nu niet: in het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden hield notaris Y zich keurig aan de regels en werd niettemin verhaalsaansprakelijk gehouden.

Een zelfde lot trof notaris H. in de arresten Dicky Trading<sup>342</sup>. Het is voor mijn betoog niet noodzakelijk om op de feiten van de zaak Dicky Trading in te gaan.

Ik beperk mij ertoe vast te stellen dat de Hoge Raad in die arresten de bewijslast met betrekking tot het causale verband omdraaide.

4.16.2. Boks stelt<sup>343</sup>:

*Het causaal verband is volgens de Hoge Raad "in beginsel gegeven" indien zich een risico verwezenlijkt dat de notaris had behoren te voorkomen.<sup>344</sup> De notaris moet dan stellen en bewijzen dat die schade ook zonder zijn nalaten zou zijn ontstaan.<sup>345</sup> Dit is in die zin opmerkelijk omdat deze zogenaamde 'omkeringsregel'<sup>346</sup> tot de Dicky Trading-arresten slechts werd toegepast in de*

---

<sup>341</sup> Het in de wet vastleggen van die regels verdient de voorkeur boven het in een verordening vastleggen van die regels; op die manier staat vast dat die regels voor alle notarissen gelden. Mededingingsrechtelijke vragen waarvoor Verstappen (L.C.A. Verstappen, Meer marktwerking in het notariaat? Een heilloze weg! WPNR 2005/6645, p. 949) terecht aandacht vraagt, worden zo buiten de deur gehouden.

<sup>342</sup> HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 en HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607.

<sup>343</sup> Boks, p. 217 en 218

<sup>344</sup> Naar aanleiding van de Dicky Trading-arresten werd in de doctrine de vraag opgeworpen of de Hoge Raad aldus de bewijslast heeft omgekeerd of is uitgegaan van een vermoeden (zodat de bewijslast en daarmee ook het bewijsrisico bij eiser blijft rusten). Aan het verschil tussen beide – bewijslastomkering of het uitgaan van een vermoeden – is ook aandacht besteed in hfd. 6, noot 21. Het 'in beginsel gegeven' zou duiden op een vermoeden. Daarentegen lijkt de zinsnede dat de wederpartij moet 'stellen en bewijzen' dat de schade ook zonder zijn nalaten zou zijn ingetreden te duiden op een bewijslastomkering. Een verklaring voor de woorden 'in beginsel' zou volgens Giesen, Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid (1999), p. 71, daarin gelegen kunnen zijn dat de Hoge Raad heeft willen aangeven dat het causaal verband niet komt vast te staan indien gedaagde bewijst dat de schade ook zonder zijn handelen zou zijn ingetreden. Uit een recenter arrest – HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (Ter Hofte/Oude Monnick Motors) m.nt. JBMV – is af te leiden dat de Hoge Raad in dezen de bewijslast omkeert; zie omtrent dit arrest par. 7.2.3.3.

<sup>345</sup> Dit oordeel is voorts bijzonder omdat, zoals ik aan het begin van dit hoofdstuk heb vastgesteld, doorgaans het *condicio sine qua non*-verband aldus wordt benaderd dat wordt onderzocht of de schade niet zou zijn ingetreden indien de betreffende gebeurtenis zich niet zou hebben voorgedaan terwijl het er nu om gaat of de schade ook zou zijn ingetreden zonder de gebeurtenis. Volgens Boonekamp, Schadevergoeding, art. 98, aant. 13.1., wordt deze laatste benadering (altijd) gekozen in die gevallen waarin met de verhoging van het gevaar voor ongevallen het causaal verband in beginsel gegeven is.

<sup>346</sup> Deze term is door de Hoge Raad – in navolging van A-G Bakels – voor het eerst gebruikt in het arrest Ter Hofte/Oude Monnick Motors, Hartlief, Causaliteitonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel', AA 2001, p. 452, wijst erop dat de term 'omkeringsregel' moet worden toegeschreven aan

*jurisprudentie met betrekking tot de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen.<sup>347</sup> Indien een verkeers- of veiligheidsnorm is overtreden 'wordt vermoed' dat de schade is veroorzaakt door die overtreding. Het vereiste causale verband is dan ook in beginsel gegeven. In dat geval hoeft niet exact te worden vastgesteld hoe de schade is ontstaan. Het is aan de wederpartij om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zou zijn ontstaan indien de norm niet was overtreden. Het Dicky Trading II-arrest is het eerste arrest waarin die omkeringsregel is toegepast buiten het terrein van de traditionele verkeers- en veiligheidsnormen.<sup>348</sup>*

- 4.16.3. Een tweede doelstelling van de in de wet op te nemen regels zou dienen te zijn dat eventuele rechterlijke uitspraken terzake van de toepasselijkheid van die regels niet de individuele betrokken notaris treffen, maar slechts corrigerende werking van die regels voor de toekomst hebben.

De regels hebben een procedurele functie; het correct volgen van de procedure levert de notaris de veilige haven op; de notaris zoekt daarmee aansluiting bij de procedures van ambtenaren en rechters.<sup>349</sup>

### 4.17. Voorstel voor in de wet op te nemen regels

Ik denk dat het verstandig is om in ieder geval de volgende regels in de wet op te nemen en in de wet gedetailleerd uit te werken; ik betrek hierbij ook de in deze studie beschreven aspecten die met de waarschuwingsplicht geen directe relatie hebben:

1. Vóór iedere transactie gaat de notaris met zijn opdrachtgever een schriftelijke overeenkomst van opdracht aan.<sup>350</sup>

In de overeenkomst van opdracht geeft de notaris aan of er sprake is van wettelijke of buitenwettelijke werkzaamheden<sup>351</sup> en verder of hij optreedt als notaris of als partijadviseur.<sup>352</sup>

2. In de schriftelijke overeenkomst van opdracht laat de notaris weten dat het zijn taak is om naar vermogen te voorkomen dat er misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht en op welke wijze hij die taak vervult.<sup>353</sup>

---

<sup>347</sup> *Snijders en is terug te vinden in zijn noot onder het arrest HR 24 december 1999, NJ 2000, 428 (Gouda/Lutz). De Hoge Raad hanteert deze bijzondere regel omtrent stelplicht en bewijslast dienaangaande in elk geval al sinds HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 (Windmill/Roelofsen) waarin het ging om de val van een trap waaraan (in strijd met de wettelijke regels) geen leuning was bevestigd. Zie daaromtrent ook Schadevergoeding, art. 98 (Boonekamp), aant. 13.3; Brunner in noot onder HR 16 juni 2000, HR 2000, 584 (Sint Willibrord); Hartlief, Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel', AA 2001, p. 454; Sieburgh, Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreek 2000?, WPNR 2001, p. 588*

<sup>348</sup> *In zijn noot onder het arrest Ter Hofte/Oude Monnik Motors noemt Vranken het Dicky Trading II-arrest 'de landmark case' waardoor de omkeringsregel pas brede aandacht heeft gekregen. Vgl. Spier, Recente rechtspraak, A&V 1996, p. 43; volgens hem suggereert de Hoge Raad dat het zou gaan om een bestaande regel terwijl dat niet het geval is aangezien eerdere rechtspraak voornamelijk betrekking had op arbeids- en verkeersongevallen.*

<sup>349</sup> Zie paragraaf.3.5. van hoofdstuk 3

<sup>350</sup> zoals dat voor sollicitors in het Verenigd Koninkrijk verplicht is.

<sup>351</sup> Zie paragraaf 1.17.1. van hoofdstuk 1. Zou de waarschuwingsplicht ook moeten gelden voor buitenwettelijke werkzaamheden?

<sup>352</sup> Zie paragraaf 1.23.3. van hoofdstuk 1

<sup>353</sup> zie paragraaf 4.15. van dit hoofdstuk

Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)

3. In de schriftelijke overeenkomst van opdracht laat de notaris weten dat hij een bijzondere zorgplicht jegens derden heeft<sup>354</sup> en op welke wijze hij die taak vervult.
4. De notaris geeft in de schriftelijke overeenkomst van opdracht aan dat alle partijen in persoon voor hem dienen te verschijnen omdat hij anders niet aan de onder 2 en 3 genoemde eisen kan voldoen. Is de partij een rechtspersoon dan dient die rechtspersoon bevoegdlijk te worden vertegenwoordigd.<sup>355</sup>
5. De notaris geeft in de schriftelijke overeenkomst van opdracht aan dat hij schriftelijk laat weten dat zijn opdracht is beëindigd.

4.18. Het Duitse Beurkundungsgesetz kan tot voorbeeld dienen

- 4.18.1. Voor het opstellen van de regels raad ik voorts aan om te bestuderen op welke uitgebreide wijze één en ander in de Bondsrepubliek Duitsland is geregeld.

In de Zweiter Abschnitt BeurkG, Beurkundung von Willenserklärungen, onderdeel 3. Prüfungs- und Belehrungspflichten staat bijvoorbeeld vermeld:

§17 Grundsatz

*(1) Der Notar soll den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, daß Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.*

*(2) Bestehen Zweifel, ob das Geschäft dem Gesetz oder dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, so sollen die Bedenken mit den Beteiligten erörtert werden. Zweifelt der Notar an der Wirksamkeit des Geschäfts und bestehen die Beteiligten auf der Beurkundung, so soll er die Belehrung und die dazu abgegebenen Erklärungen der Beteiligten in der Niederschrift vermerken.*

*(3) Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.*

Arndt/Lerch/Sandkühler, dat eveneens een goede bron is voor kennisname van de gedetailleerde Duitse regelgeving, merkt naar aanleiding van §17 BeurkG op:<sup>356</sup>

*Nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar die Beteiligten über der rechtlichen Tragweite des Geschäfts zu belehren (Satz 1); dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (Satz 2). Die Belehrung ist ein "Schlüsselbegriff" für das notarielle Beurkundungsverfahren.<sup>357</sup> Sie obliegt dem Notar persönlich; er darf sie nicht auf Dritte - etwa auf sein Büropersonal - delegieren.<sup>358</sup> Die Rechtsbelehrung ist grundsätzlich bei der Beurkundung zu erteilen. Eine bei früherer Gelegenheit erfolgte Belehrung genügt nur wenn der Notar darauf bei der Beurkundung Bezug nimmt und als sicher davon ausgehen kann, dass der Inhalt der Belehrung den Beteiligten wieder gegenwärtig ist.<sup>359</sup>*

---

<sup>354</sup> zie Boks, p. 107 en volgende

<sup>355</sup> Dit gaat verder dan Hammerstein, p. 38, die het verschijnen van partijen slechts uitgangspunt acht

<sup>356</sup> Arndt/Lerch/Sandmühler, p. 193 en 194

<sup>357</sup> Keim, *Beurkundungsverfahren*, S. 137

<sup>358</sup> Huhn/v. Schuckmann, § 17 Rz. 50

<sup>359</sup> Ganter, *WM* 2000, 641, 642

- 4.18.2. Volgens §17 Abs. 1 BeurkG moet de Duitse notaris zelf beehren; de Duitse notaris mag de Belehrung niet delegeren aan derden. Tot deze derden rekent de Duitse literatuur ook de medewerkers van zijn kantoor. In Nederland bestaat dit verbod van delegatie op dit moment niet. Invoering van een zodanige regel in Nederland heeft gevolgen voor de kantoororganisatie van de notaris, omdat ook medewerkers (kandidaat-notarissen en notariële medewerkers) beehren. Naar buiten toe versterkt een verbod op delegatie van de Belehrungspflicht het contact van de notaris zelf met de partijen bij de akte. Ik bepleit niet dat het delegatieverbod ook in Nederland wordt ingevoerd; ik bepleit wel dat de voors en tegens van een delegatieverbod onderwerp van discussie gaan vormen bij een bredere discussie, waarbij ook de in de paragrafen 4.15.4, 4.15.5, 4.16. en 4.17. van dit hoofdstuk aangestipte onderwerpen aan de orde kunnen komen. Zie ik het goed, dan sluit mijn pleidooi naadloos aan bij dat van Lekkerkerker. Lekkerkerker merkt in zijn reactie op Hammerstein op:<sup>360</sup>

*Ik stel me voor dat we meer met principes werken: wat is onafhankelijkheid en onpartijdigheid precies en de uitkomsten daarvan in beleidsregels neerleggen.*

- 4.18.3. Bij deze discussie kunnen ook onderwerpen als Mitwirkungsverbot wegens Vorbefassung als besproken in paragraaf 2.4.3. van hoofdstuk 2 aan de orde komen. Hetzelfde geldt voor regels over de Verhandlung, als besproken in paragraaf 2.4.4. van hoofdstuk 2. Heeft het Nederlandse notariaat behoefte aan regels voor het minimaal twee weken (of andere periode) voor het verlijden van de akte toezenden van concepten?
- 4.18.4. Tenslotte zou de gebruikelijke handelswijze van Duitse notarissen om in akten de aan het verlijden van die akten voorafgaande procedure(s) te vermelden onderwerp van discussie kunnen zijn. Ik verwijs bij wijze van voorbeeld naar hetgeen ik in paragraaf 4.15.4. van dit hoofdstuk heb vermeld. In de notariële akte van huwelijksvoorwaarden wordt dan vermeld dat er op datum a een gesprek heeft plaatsgevonden tussen notaris Y, mevrouw X en de echtgenoot van X (de in financiële moeilijkheden verkerende notaris A), dat notaris Y in dat gesprek in de paragraaf 4.15.4. van dit hoofdstuk genoemde mededeling heeft gedaan, dat notaris Y op datum b dit gesprek schriftelijk aan mevrouw X en notaris A heeft bevestigd, onder gelijktijdige toezending van het concept van de akte van huwelijksvoorwaarden. Zouden in het concept nog wijzigingen van materiële aard aangebracht zijn, dan zou kunnen worden overwogen om van deze wijzigingen en van de redenen van die wijzigingen in de akte melding te maken.
- 4.18.5. Ik wil dit hoofdstuk besluiten met een recent voorbeeld. De rechtbank Utrecht heeft in een vonnis van 24 augustus 2005<sup>361</sup> beslist dat een notaris bij een juridische fusie fiscale aspecten (in dit geval het overhevelen van fiscale verliezen) in het oog had moeten houden. De notaris stelde in de procedure dat met partijen was overeengekomen dat de dienstverlening geen betrekking zou hebben op het verstrekken van fiscale adviezen. De Rechtbank te Utrecht besliste dat van een redelijk handelend en bekwaam notaris mocht worden verwacht dat die notaris de fiscale aspecten in het oog hield en dat de omvang van de dienstverlening in dit geval afhankelijk was van de aard van de juridische werkzaamheden waarvoor die notaris was ingeschakeld. Aangezien de notaris was ingeschakeld voor de begeleiding van

---

<sup>360</sup> Opinie, Lekkerkerker over vervolg op "Hammerstein", Notariaat Magazine 2005/10, p. 16

<sup>361</sup> nr. 187782/HA2A 04-267, V-N 2005, 46.4.

**Onpartijdigheid van de Nederlandse notaris  
(Aanbevelingen met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht)**

een juridische fusie waarbij fiscale aspecten als het overhevelen van compensabele verliezen een belangrijke rol spelen, was de notaris volgens de Rechtbank verplicht tot dienstverlening in volle omvang; volgens de Rechtbank was de notaris slechts van haar verplichting tot dienstverlening in volle omvang ontheven wanneer de notaris de betrokken partij op de consequenties daarvan had gewezen en de notaris met die partij daarover overeenstemming had bereikt. Aangezien de notaris het één noch het ander kon aantonen was de notaris aansprakelijk voor de verliesverdamping.

Het gaat mij niet om de vraag of de Rechtbank een terecht vonnis heeft gewezen. Het gaat mij er om te laten zien dat deze procedure op een eenvoudige wijze zou hebben kunnen zijn voorkomen.

Wanneer de wet op het moment dat de notaris de opdracht had aanvaard had geluid dat een schriftelijke overeenkomst van opdracht zou zijn aangegaan, zoals door mij in paragraaf 4.17. van dit hoofdstuk bepleit, dan zou de vraag of de diensten van de notaris betrekking zouden hebben op het verstrekken van fiscale adviezen reeds op dat moment aan de orde zijn gekomen en zijn beantwoord. Stel dat in die overeenkomst was opgenomen dat het geven van fiscale adviezen niet tot de opdracht aan de notaris zou hebben behoord, dan zou in de uiteindelijke akten kunnen worden opgenomen dat de notaris voor fiscale gevolgen van de in die akten belichaamde transacties niet verantwoordelijk was.

In akten die voor Duitse notarissen worden verleden komt deze zinsnede standaard voor. Duitse notarissen gebruiken de door hen verleden akten derhalve ook voor onderwerpen die de verhouding notaris/opdrachtgever betreffen. Ook dit gebruik zou onderdeel van de discussie als bedoeld in paragraaf 4.18.2. van dit hoofdstuk kunnen en moeten zijn.



## Hoofdstuk 5

### Tot slot

Deze studie doet verslag van mijn bevindingen naar het antwoord op de vraag wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent.

- 5.1. In het eerste deel van hoofdstuk 1 heb ik eerst een op zichzelf staande analyse gegeven van de in de Algemene inleiding genoemde tegenstelling tussen art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels en het achter de woorden op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuilgaande verbod. Met betrekking tot die analyse heb ik aan het eind van dat hoofdstuk de volgende conclusies getrokken:

1. Er moet op grond van art. 2, eerste lid WNA een onderscheid worden gemaakt tussen wettelijke en buitenwettelijke werkzaamheden.

Wettelijke werkzaamheden bestaan uit het verlijden van authentieke akten en andere aan de notaris in de wet aan hem opgedragen werkzaamheden. Tot de wettelijke taak van de notaris om authentieke akten te verlijden behoort ook het voorbereiden, opstellen en adviseren van alle bij die akte betrokken partijen over de inhoud daarvan. Het adviseren van slechts één der bij de akte betrokken partijen behoort tot de buitenwettelijke werkzaamheden. De eis van onpartijdigheid geldt alleen voor wettelijke werkzaamheden. Daarmee is het speelveld van de onpartijdigheid zoals die is opgenomen in art. 17, eerste lid WNA beperkt tot de wettelijke werkzaamheden als bedoeld in art. 2, eerste lid WNA.

2. Achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17 (het voormalige art. 15 is vernummerd tot art. 17), eerste lid WNA schuilt een absoluut verbod:

*De notaris mag geen akte verlijden bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één van de partijen bij die akte betrokken is geweest.*

De notaris die in strijd handelt met dit verbod handelt niet onpartijdig, en is daarvoor tuchtrechtelijk aansprakelijk.

Door dit verbod is het speelveld van de onpartijdigheid van de notaris verder beperkt, namelijk het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan hij als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest, is niet toegestaan.

3. De KNB heeft het in het achter de woorden: "op onpartijdige wijze" schuilgaande absolute verbod, als bedoeld in paragraaf 1.37.3. van hoofdstuk 1 ontkend.

Art.22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels, luidende:

*De notaris passeert geen akte bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van één van partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*

is in strijd met het achter de woorden: op onpartijdige wijze in art. 17, eerste lid WNA schuil gaande absolute verbod. Blijkens de parlementaire behandeling van art. 17, eerste lid WNA is er geen ruimte voor de bijzin:

*tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen.*



## Hoofdstuk 5

Dit gedeelte van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels is contra legem.

Door de tekst van art. 22, eerste lid van de Verordening van beroeps- en gedragsregels is het speelveld van de onpartijdigheid nog verder beperkt door het verbod op het verlijden van akten bij de totstandkoming waarvan zijn kantoorgenoot als partijadviseur van één der partijen betrokken is geweest.

4. Met name is gebleken dat de verboden als genoemd in de paragrafen 1.37.1., 1.37.2. en 1.37.3. van hoofdstuk 1 door de meest recente literatuur ten onrechte niet als zodanig worden herkend. In de praktijk wordt ten onrechte gehandeld alsof de laatste bijzin van art. 22, eerste lid van de Verordening beroeps- en gedragsregels

*tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen*

niet contra legem is.

- 5.2. Het tweede deel van hoofdstuk 1 richt zich op de beantwoording van de vraag wat, los van de analyse in het eerste deel, onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent. Alle in hoofdstuk 1 genoemde auteurs gebruiken het begrip onpartijdigheid; geen dezer auteurs heeft echter een definitie voor het begrip onpartijdigheid gegeven, of aangegeven wat onpartijdigheid van de Nederlandse notaris betekent.

Alleen Kocken gaat dieper op de materie in en stelt:<sup>362</sup>

*Onpartijdigheid is immers een norm waarvan iedereen zich een bepaalde voorstelling kan maken, maar waarbij de verschillen tussen die voorstellingen groot kunnen zijn.*

Kocken beantwoordt echter niet de vraag wat onpartijdigheid betekent. De optelsom van de discussie in het notariaat en de norm van de jurisprudentie en de wet noemt Kocken onpartijdigheid.

Uit de WNA, de parlementaire behandeling van de WNA, noch de over de WNA-oud en de WNA verschenen literatuur en jurisprudentie blijkt wat het begrip onpartijdigheid in de context "onpartijdigheid van de notaris" nu precies betekent.

- 5.3. In het tweede hoofdstuk heb ik de scope van mijn onderzoek uitgebreid tot de onpartijdigheid van de notaris in de Nederland omringende landen. Ik ben tot de conclusie gekomen dat uit de bestudeerde buitenlandse notariswetten evenmin blijkt wat het begrip onpartijdigheid in de context "onpartijdigheid van de notaris" precies betekent.

Ik heb geconcludeerd dat in de bestudeerde (notarieel)juridische literatuur het antwoord op de door mij gestelde vraag van wat het begrip onpartijdigheid in de context "onpartijdigheid van de notaris" precies betekent, niet te vinden is.

- 5.4. Daarop ben ik buiten de (notarieel)juridische literatuur het antwoord op mijn onderzoeksvraag gaan zoeken. Ik kwam daarbij uit bij hedendaagse Anglo-Amerikaanse literatuur op het gebied van de moraalfilosofie en de politieke filosofie. Met name bestudeerde ik werken van Barry en Mendus. Ik ben in hoofdstuk 3 met betrekking tot onpartijdigheid in relaties, waarmee de notaris

---

<sup>362</sup> Kocken, p. 136

te maken heeft (door Barry generiek aangeduid als: two-persons problems) tot een vijftal conclusies gekomen.

In verkorte vorm weergegeven luiden deze:

1. Er is geen definitie beschikbaar van het begrip onpartijdigheid.
2. Onpartijdigheid die niet in een context wordt geplaatst, is een op zichzelf staand, kleurloos, neutraal en nietszeggend begrip.
3. Onpartijdigheid is geen algemeen concept, maar steeds een afgeleide van iets anders.
4. De inhoud van het begrip onpartijdigheid, moet gevonden worden binnen de rechttheorie justice as mutual advantage.
5. The Nash solution is fair en leidt tot een rechtvaardige verdeling; arbitration is een volwaardig alternatief voor onderhandeling. Onpartijdig handelen van een arbitrator betekent dat hij de verschillen in bargaining power tussen partijen moet simuleren en respecteren.

5.5. Aan het slot van hoofdstuk 3 geef ik het antwoord op de onderzoeksvraag: wat betekent de onpartijdigheid van de Nederlandse notaris?. Onpartijdig handelen van de notaris gericht op conflicterende belangen tussen twee (of meer) partijen die met elkaar rationeel onderhandelen over de verdeling van een object, betekent het simuleren van de onderhandelingswijze van partijen en het respecteren van het verschil in bargaining power tussen die partijen.

5.6. In hoofdstuk 4 heb ik een verbinding gelegd tussen het bovenstaande en het op onpartijdige wijze handelen van de Nederlandse notaris. Met respecteren van het verschil in bargaining power tussen partijen bedoel ik een actief handelen van de notaris met gebruikmaking van de door Barry beschreven technieken, zoals the Nash solution.  
Ik spreek echter de vrees uit dat de Nederlandse notaris thans de noodzakelijke kennis van deze technieken niet heeft.

5.7. Ik heb gemeend met de beantwoording van mijn onderzoeksvraag niet te moeten volstaan en heb erop gewezen dat het respecteren van de tussen partijen bestaande ongelijkheid (onpartijdigheid) strijdig is met de bijzondere waarschuwingsplicht waaraan de notaris sinds het arrest van de Groningse huwelijksvoorwaarden moet voldoen. Deze strijdigheid leidt onvermijdelijk tot een keuze.

Voor het geval de keuze valt op de bijzondere waarschuwingsplicht, hetgeen ik waarschijnlijk acht, gezien de kennisachterstand van de notaris om "de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze te behartigen", is het noodzakelijk het begrip onpartijdig uit art. 17, eerste lid WNA te schrappen. In art. 17, eerste lid WNA blijven dan de normen onafhankelijkheid en zorgvuldigheid over.

Met betrekking tot de bijzondere waarschuwingsplicht is, naar Duits voorbeeld, nadere gedetailleerde wettelijke regelgeving gewenst. Deze regels moeten erop gericht zijn zowel de burger als de notaris te beschermen.

Aan het slot van hoofdstuk 4 heb ik een aanzet voor die regels gegeven.

Gedetailleerde wettelijke regels die aangeven wat het publiek van de notaris mag verwachten en die voor de notaris afdoende bescherming bieden tegen verhaalsaansprakelijkheid, geven het notariaat de "robuuste" uitstraling die het verdient.



## Zusammenfassung

### Die Unparteilichkeit des Notars

In dieser Studie berichte ich über meine Feststellungen bei der Antwort auf die Frage nach der Bedeutung der Unparteilichkeit der niederländischen Notare.

- 5.1. Im ersten Teil von Kapitel 1 dieser Studie habe ich zuerst eine unabhängige Analyse des in der Allgemeinen Einleitung beschriebenen Gegensatzes zwischen Artikel 22, Absatz 1, der Verordnung Berufs- und Verhaltensregeln und des hinter den Worten auf unparteiliche Weise in Artikel 17, Absatz 1, WNA verborgenen Verbots gemacht. Hinsichtlich dieser Analyse habe ich am Ende dieses Kapitels die folgenden Schlüsse gezogen:

1. Aufgrund von Art. 2, Absatz 1, des WNA muss ein Unterschied gemacht werden zwischen gesetzlichen und außergesetzlichen Tätigkeiten. Gesetzliche Tätigkeiten betreffen die Errichtung öffentlicher Urkunden sowie andere dem Notar im Gesetz angewiesene Tätigkeiten. Zur gesetzlichen Aufgabe des Notars, öffentliche Urkunden zu errichten, gehören auch die Vorbereitung, der Entwurf sowie die Beratung aller an der Urkunde beteiligten Parteien über deren Inhalt. Die Beratung von nur *einer* der an der Urkunde beteiligten Parteien gehört zu den außergesetzlichen Tätigkeiten. Die Forderung von Unparteilichkeit gilt nur für gesetzliche Tätigkeiten. Damit ist der Spielraum der Unparteilichkeit gemäß Art. 17, Absatz 1, des WNA auf die gesetzlichen Tätigkeiten gemäß Art. 2, Absatz 1, des WNA beschränkt.

2. Hinter den Worten: auf unparteiliche Weise in Art. 17 (der ehemalige Art. 15 wurde unnummeriert in Art. 17), Absatz 1, des WNA verbirgt sich ein absolutes Verbot:

*Der Notar darf keine Urkunde errichten, bei deren Zustandekommen er als Parteiberater einer der Parteien an dieser Urkunde beteiligt gewesen ist.*

Der Notar, der gegen dieses Verbot verstößt, handelt nicht unparteilich und ist daher disziplinarisch zu belangen.

Durch dieses Verbot wird der Spielraum der Unparteilichkeit des Notars weiter beschränkt, da nämlich die Errichtung von Urkunden, an deren Zustandekommen er als Parteiberater einer der Parteien beteiligt gewesen ist, nicht erlaubt ist.

3. Der KNB [der niederländische Königliche Notarielle Berufsverband] hat das in dem hinter den Worten: auf unparteiliche Weise verborgene Verbot, gemäß Paragraph 1.37.3. von Kapitel 1, verneint.

Art.22, Absatz 1, der Verordnung Berufs- und Verhaltensregeln, der besagt:

*Der Notar errichtet keine Urkunde, bei deren Zustandekommen er oder ein Kanzleimitglied als Parteiberater einer der Parteien beteiligt gewesen ist, es sei denn, dass alle Beteiligten dem zustimmen.*

verstößt gegen das sich hinter den Worten: auf unparteiliche Weise in Art. 17, Absatz 1, des WNA verborgene absolute Verbot. Laut der parlamentarischen Behandlung von Art. 17, Absatz 1, des WNA ist kein Platz für den Nebensatz:

*es sei denn, dass alle Beteiligten dem zustimmen.*

## Zusammenfassung

Dieser Abschnitt von Art. 22, Absatz 1, der Verordnung Berufs- und Verhaltensregeln ist *contra legem*.

Gemäß dem Text von Art. 22, Absatz 1, der Verordnung Berufs- und Verhaltensregeln wird der Spielraum der Unparteilichkeit durch das Verbot der Errichtung von Urkunden, bei deren Zustandekommen sein Kanzleimitglied als Berater einer der Parteien beteiligt gewesen ist, noch weiter beschränkt.

4. Insbesondere hat sich gezeigt, dass hauptsächlich die in den Paragraphen 1.37.1., 1.37.2. und 1.37.3. von Kapitel 1 beschriebenen Verbote von der jüngsten Literatur zu Unrecht nicht als solche erkannt werden. In der Praxis wird zu Unrecht gehandelt, als sei der letzte Nebensatz von Art. 22, Absatz 1 der Verordnung Berufs- und Verhaltensregeln

*es sei denn, dass alle Beteiligten dem zustimmen*

nicht *contra legem*.

- 5.2 Der zweite Teil von Kapitel 1 behandelt die Antwort auf die Frage, was - unabhängig von der Analyse im ersten Teil - Unparteilichkeit der niederländischen Notare bedeutet. Alle in Kapitel 1 erwähnten Autoren benutzen den Begriff Unparteilichkeit; keiner dieser Autoren hat jedoch den Begriff Unparteilichkeit definiert.

Nur Kocken geht tiefer auf die Materie ein und behauptet:<sup>363</sup>

*Unparteilichkeit ist schließlich eine Norm, von der sich jeder eine bestimmte Vorstellung machen kann. Allerdings können die Unterschiede zwischen diesen Vorstellungen groß sein.*

Kocken gibt jedoch keine Antwort auf die Frage nach dem Wesen der Unparteilichkeit. Er nennt die Summe der Diskussion im Notariat und der Norm der Jurisprudenz und des Gesetzes Unparteilichkeit.

Weder aus dem WNA, der parlamentarischen Behandlung des WNA, noch aus der über das alte WNA und das WNA erschienenen Literatur und Jurisprudenz ist ersichtlich, was der Begriff Unparteilichkeit in Zusammenhang mit "Unparteilichkeit des Notars" genau beinhaltet.

- 5.3. Im zweiten Kapitel habe ich den Rahmen meiner Untersuchung auf Belgien, Frankreich und die Bundesrepublik Deutschland erweitert. Meine Schlussfolgerung ist, dass auch aus den untersuchten ausländischen Notargesetzen nicht hervorgeht, was der Begriff Unparteilichkeit im Zusammenhang mit "Unparteilichkeit des Notars" genau beinhaltet.

Meine Schlussfolgerung ist, dass in der untersuchten (notariell)juristischen Literatur auf meine Frage nach dem genauen Inhalt des Begriffs Unparteilichkeit im Zusammenhang mit "Unparteilichkeit des Notars" keine Antwort zu finden ist.

- 5.4. Daraufhin habe ich die Antwort auf meine Frage außerhalb der (notariell)juristischen Literatur gesucht. Dabei stieß ich auf die heutige angloamerikanische Literatur im Bereich der Moralphilosophie und der politischen Philosophie. Ich befasste mich vornehmlich mit den Arbeiten von Barry und Mendus. In Kapitel 3 gelangte ich hinsichtlich der Unparteilichkeit in

---

<sup>363</sup> Kocken, S. 136

Beziehungen, mit denen der Notar konfrontiert wird (von Barry generisch bezeichnet als: Zweipersonenprobleme), zu fünf Schlussfolgerungen.

In Kurzfassung lauten sie:

1. Es gibt keine Definition des Begriffs Unparteilichkeit.
2. Unparteilichkeit, die nicht in einem Zusammenhang gesehen wird, ist ein gesonderter, farbloser, neutraler und inhaltloser Begriff.
3. Unparteilichkeit ist kein allgemeines Konzept, sondern immer eine Ableitung von etwas Anderem.
4. Der Inhalt des Begriffs Unparteilichkeit muss innerhalb der Rechtstheorie justice as mutual advantage gefunden werden.
5. Die Nash solution ist fair und führt zu einer gerechten Verteilung; Schlichtung ist eine vollwertige Alternative für Unterhandlung. Unparteiliches Handeln eines Schlichters bedeutet, dass er die unterschiedliche Unterhandlungsstärke der Parteien simulieren und respektieren muss.

Am Ende von Kapitel 3 beantworte ich die Untersuchungsfrage: Was bedeutet die Unparteilichkeit des niederländischen Notars? Unparteiliches Handeln des Notars, das auf gegensätzliche Interessen von zwei (oder mehr) Parteien, die miteinander rationell über die Verteilung eines Objekts verhandeln, gerichtet ist, beinhaltet das Simulieren der Verhandlungsweise von Parteien und das Respektieren der bei den Parteien vorhandenen unterschiedlichen Unterhandlungsstärke.

- 5.6. In Kapitel 4 habe ich das Obige mit der unparteilichen Handlungsweise des niederländischen Notars verbunden. Unter Respektieren der unterschiedlichen Unterhandlungsstärke der Parteien verstehe ich ein aktives Handeln des Notars mit Anwendung der von Barry beschriebenen Methoden, wie die Nash solution. Ich fürchte allerdings, dass der niederländische Notar zurzeit mit diesen Methoden nicht genügend vertraut ist.
- 5.7. Ich bin der Meinung, mich nicht mit der Beantwortung meiner Untersuchungsfrage begnügen zu sollen, sondern darauf hinzuweisen, dass das Respektieren der bei den Parteien vorhandenen Ungleichheit (Unparteilichkeit) im Widerspruch zur besonderen Informationspflicht steht, die der Notar seit der Entscheidung der Groninger Eheverträge zu erfüllen hat. Dieser Widerspruch hat zwangsläufig eine Wahl zur Folge.

Falls die Wahl auf die besondere Informationspflicht fällt – was ich für wahrscheinlich halte – angesichts der unzulänglichen Kenntnisse des Notars, "die Interessen aller am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien auf unparteiliche Weise zu vertreten", ist es notwendig, den Begriff unparteilich aus Art. 17, Absatz 1 WNA zu streichen. In Art. 17, Absatz 1 WNA bleiben dann die Normen Unabhängigkeit und Sorgfalt übrig.

Hinsichtlich der besonderen Informationspflicht sind, nach deutschem Vorbild, weitere detaillierte gesetzliche Regelungen erwünscht. Diese Regelungen sollen sowohl den Bürger als den Notar schützen. Am Schluss von Kapitel 4 habe ich Ansatzpunkte für diese Regelungen genannt.

Gesetzliche Regelungen, die angeben, was das Publikum vom Notar erwarten darf, und die den Notar genügend vor Haftung schützen, sorgen für die "starke" Ausstrahlung des Notariats, die es verdient.

## Zusammenfassung

**Bijlagen bij hoofdstuk 2**

## Bijlage 2.1

Arndt/Lerch/Sandkühler<sup>364</sup> merkt in haar commentaar op § 14 Abs BNotO op:

IV. Unparteilichkeit der Amtsführung (Abs. 1 Satz 2)

## 1. Bedeutung der Vorschrift

38 a) Die Vorschrift betont neben der Unabhängigkeit als gleichrangig prägendes Wesensmerkmal das Gebot der Unparteilichkeit (Neutralität) des Notars. Es gilt grundsätzlich für jegliche notarielle Amtstätigkeit; es zu beachten, ist notarielle Amtspflicht. Die Neutralitätspflicht begründet ebenso wie die Pflicht zur Wahrung der Unabhängigkeit konkrete Verhaltensanforderungen, wobei sich beide Pflichtenkreise häufig überschneiden. Die Unparteilichkeit darf durch berufliche Verbindungen des Notars mit anderen Berufsträgern nicht gefährdet werden.

en

## 2. Einzelheiten zur Neutralitätspflicht

## a) Urkundsgeschäfte

- 42 aa) Der Notar darf niemanden bevorzugen oder benachteiligen. Im Rahmen der Rechtsvorschriften hat er die berechtigten Belange aller Beteiligten in gleicher Weise zu wahren, ohne einem von ihnen stärker rechtlich zugeordnet werden zu können als dem anderen<sup>365</sup>. Das schließt es aus, ihn im Rahmen seiner Urkundstätigkeit als Erfüllungsgehilfen eines Beteiligten anzusehen<sup>366</sup>. Ist eine Amtshandlung mit seiner Neutralitätspflicht nicht zu vereinbaren oder ruft sie den Anschein der Parteilichkeit hervor, so muss er seine Mitwirkung versagen (§ 14 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2).
- 43 bb) Beteiligte im Sinne des § 14 Abs. 2 sind sowohl die formell Beteiligten, d.h. die Erschienenen, deren im eigenen oder fremden Namen abgegebenen Erklärungen beurkundet werden sollen (§ 6 Abs. BeurkG), als auch die sachlich (materiell) Beteiligten d.h. diejenigen Personen, deren Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten durch den Inhalt der notariellen Amtstätigkeit unmittelbar begründet, erweitert oder vermindert werden; dabei genügt es, dass diese Rechte, Pflichten oder Verbindlichkeiten faktisch unmittelbar günstig oder ungünstig beeinflusst werden<sup>367</sup>.
- 44 cc) Die Beteiligung muss sich auf dieselbe Angelegenheit erstrecken. Darunter ist der einheitliche Lebenssachverhalt zu verstehen, auf den sich das Amtsgeschäft bezieht. Der Zweck des Neutralitätsgebots, das Vertrauen in die Amtstätigkeit der Notare zu gewährleisten, erfordert es, den Begriff der Angelegenheit nicht eng auszulegen<sup>368</sup>.
- 45 dd) Sind an einem notariellen Amtsgeschäft mehrere Personen formell oder sachlich beteiligt, darf der Notar als unparteiischer Betreuer nicht Sonderinteressen eines Beteiligten berücksichtigen, die der Pflicht zur

<sup>364</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 174, 175 en 176

<sup>365</sup> BGH NJW 1993, 648

<sup>366</sup> BGH NJW 1993; anders bei einseitige betreuender Tätigkeit; siehe dazu BGHZ 62, 119, 121; BGH NJW 1984, 1748; BGHZ 123, I, 13.

<sup>367</sup> Siehe § 16 Rz. 13 ff.

<sup>368</sup> BGH DnotZ 1985, 231



gleichmäßigen Betreuung aller Beteiligten entgegenstehen; seine Aufgabe ist es, auf einen gerechten Ausgleich gegensätzlicher Interessen hinzuwirken. Vor allem darf er nicht die Interessen eines Beteiligten gegen die eines anderen wahrnehmen.

- 46 Pflicht des Notars ist es daher, bei der Beurkundung von Verträgen auf eine ausgewogenen Risikoverteilung zu achten und gegebenenfalls auf sie hinzuwirken<sup>369</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH schuldet er eine umfassende, ausgewogene und interessengerechte Vertragsgestaltung<sup>370</sup>. Daraus kann jedoch keine Erfolgshaftung abgeleitet werden. Unausgewogene, jedoch dem Gesetz und dem Willen der Beteiligten entsprechende Gestaltungen verpflichten den Notar, die Beteiligten zu belehren, berechtigen ihn aber nicht, seine Mitwirkung zu versagen<sup>371</sup>. Aufgabe des Notars ist es ferner nicht, die wirtschaftliche Angemessenheit der von den Vertragsparteien gewünschten Vereinbarungen zu prüfen, etwa einen nach seiner Auffassung überhöhten oder zu geringen Kaufpreis zu kritisieren.
- 47 ee) Die Belehrungspflichten des Notars finden ihre Grenze ebenfalls in der Pflicht zur Neutralität<sup>372</sup>.
- 48 ff) Auch bei der Erteilung von Auskünften, der Äußerung von Rechtsansichten und sonstigen Mitteilungen im Zusammenhang mit vorangegangenen Urkundsgeschäften muss der Notar seine Unparteilichkeit wahren<sup>373</sup>. Wünscht beispielweise nach Abschluss eines solchen Geschäfts ein Beteiligter Aufschluss über dessen Hergang - etwa über die Abgabe und den Inhalt mündlicher Erklärungen oder über die Vorlage oder den Inhalt vorgelegter Urkunden - muss der Notar sorgfältig prüfen, ob die erbetene Auskunft dazu bestimmt oder geeignet ist, einem der Beteiligten einseitig Vorteile gegenüber einem anderen Beteiligten zu verschaffen. Ist das der Fall oder bestehen insoweit auch nur Zweifel, darf er die Auskunft in der Regel nicht ohne ausdrückliche Zustimmung der anderen Beteiligten erteilen. Das Gleiche gilt, wenn er hinsichtlich eines vorangegangenen Urkundsgeschäfts eine Rechtsansicht äußern soll. In jeden Fall sollten die übrigen Beteiligten nachträglich über den Vorgang unterrichtet werden.

en<sup>374</sup>

- 39 b) Eben so wie die Unabhängigkeit wird auch die Unparteilichkeit durch zahlreiche Einzelvorschriften geschützt. Hierzu gehören außer den bereits genannten Bestimmungen der §§ 8 Abs. 3 Satz 2, 9 Abs. 3, 14 Abs. 4, 5, §§ 28, 29 BNotO<sup>375</sup> vor allem die Vorschriften über Mitwirkungsverbote bei Beurkundungen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) und bei sonstigen Amtstätigkeiten (§ 16 Abs. 1 BNotO). § 16 Abs. 2 gibt dem Notar das Recht, sich der Amtsausübung wegen Befangenheit zu enthalten. Dafür genügt es, dass ein Sachbeteiligter bei verständiger Würdigung Grund haben kann, an seiner vollen Unparteilichkeit zu zweifeln. Ist das der Fall, muss der Notar seine Unparteilichkeit klarstellen; gelingt ihm das nicht, so ist er nicht nur berechtigt, sondern zwecks Vermeidung des Anscheins der Parteilichkeit verpflichtet, sich der Amtsausübung zu enthalten<sup>376</sup>.

<sup>369</sup> Ebenso Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, Rz. 20.

<sup>370</sup> BGH NJW 1994, 2283; kritisch dazu: Loritz, DnotZ 1994, 543, 546.

<sup>371</sup> So mit Recht Basty, Festschrift Schippel, S. 571, 576.

<sup>372</sup> BGH DnotZ 1982, 348; DnotZ 1987, 157; Reithmann/Albrecht, Rz. 144..

<sup>373</sup> Vgl. auch §24 Rz. 23.

<sup>374</sup> Arndt/Lerch/Sandkühler, p. 174

<sup>375</sup> Siehe oben Rz. 32.

<sup>376</sup> Siehe § 16 Rz. 102.

Bijlage 2.2.

*Beurkundungsgesetz*

§3 Verbot der Mitwirkung als Notar.

*(1) Ein Notar soll an einer Beurkundung nicht mitwirken, wenn es sich handelt um*

- 1. eigene Angelegenheiten, auch wenn der Notar nur mitberechtigt oder mitverpflichtet ist,*
- 2. Angelegenheiten seines Ehegatten, früheren Ehegatten oder seines Verlobten,*
- 2a. Angelegenheiten seines Lebenspartners oder früheren Lebenspartners,*
- 3. Angelegenheiten einer Person, die mit dem Notar in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist oder war,*
- 4. Angelegenheiten einer Person, mit der sich der Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden oder mit der er gemeinsame Geschäftsräume hat,*
- 5. Angelegenheiten einer Person, deren gesetzlicher Vertreter der Notar oder eine Person im Sinne von Nummer 4 ist,*
- 6. Angelegenheiten einer Person, deren vertretungsberechtigtem Organ der Notar oder eine Person im Sinne der Nummer 4 angehört,*
- 7. Angelegenheiten einer Person, für die der Notar außerhalb seiner Amtstätigkeit oder eine Person im Sinne der Nummer 4 außerhalb ihrer Amtstätigkeit in derselben Angelegenheit bereits tätig war oder ist, es sei denn, diese Tätigkeit wurde im Auftrag aller Personen ausgeübt, die an der Beurkundung beteiligt sein sollen,*
- 8. Angelegenheiten einer Person, die den Notar in derselben Angelegenheit bevollmächtigt hat oder zu der der Notar oder eine Person im Sinne der Nummer 4 in einem ständigen Dienst – oder ähnlichen ständigen Geschäftsverhältnis steht, oder,*
- 9. Angelegenheiten einer Gesellschaft, an der der Notar mit mehr als fünf vom hundert der Stimmrechte oder mit einem anteiligen Betrag des Haftkapitals von mehr als 2 500 Euro beteiligt ist.*

*Der Notar hat vor der Beurkundung nach einer Vorbefassung im Sinne der Nummer 7 zu fragen und in der Urkunde die Antwort zu vermerken.*

*(2) Handelt es sich um die Angelegenheit mehrerer Personen und ist der Notar früher in dieser Angelegenheit als gesetzlicher Vertreter oder Bevollmächtigter tätig gewesen oder ist er für eine dieser Personen in anderer Sache als Bevollmächtigter tätig, so soll er vor der Beurkundung darauf hinweisen und fragen, ob er die Beurkundung gleichwohl vornehmen soll. In der Urkunde soll er vermerken, dass dies geschehen ist.*

*(3) Absatz 2 gilt entsprechend, wenn es sich handelt um*

- 1. Angelegenheiten einer Person, deren nicht zur Vertretung berechtigtem Organ der Notar angehört,*
- 2. Angelegenheiten einer Gemeinde oder eines Kreises, deren Organ der Notar angehört,*
- 3. Angelegenheiten einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannten Religions- oder Weltanschauungsgemeinschaft oder einer als Körperschaft des öffentlichen Rechts anerkannten Teilorganisation einer solchen Gemeinschaft, deren Organ der Notar angehört.*

*In den Fällen der Nummer 2 und 3 ist Absatz 1 Nr. 6 nicht anwendbar.*

Bijlage 2.3.

*Art. 2. De regering dient, ter vervanging van amendement nr 6, dat wordt ingetrokken, een amendement nr 19 (Stuk nr 1432/9) in ertoe strekkend in het voorgestelde artikel 9 van de ventôsewet twee nieuwe leden toe te voegen. Hierin wordt gepreciseerd dat:*

*1° behoudens de gevallen waarin is voorzien in de aanstelling van de notaris door de rechtbank, elke partij vrij een notaris kan aanwijzen (zie bespreking artikel 1bis);*

*2° de notaris alle partijen op een onpartijdige wijze met raad en toelichting moet bijstaan.*

*De vrije keuze betekent niet dat de notaris alleen de belangen van zijn cliënt verdedigt. De plicht van raadgeving en onpartijdigheid behoort volgens de minister tot de essentie van het notarisberoep.*

*De heer Bourgeois vraagt of deze bepalingen in overeenstemming zijn met de rechtspraak over het beginsel van de informatieplicht en de plicht van raadgeving.*

*Raad geven gaat volgens het lid veel verder dan informatie verstrekken.*

*Hoe zal een notaris zijn plicht van raadgeving moeten vervullen indien de belangen van de partijen tegenstrijdig zijn? Vooral inzake akten die betrekking hebben op echtscheiding door onderlinge toestemming stellen zich regelmatig problemen omdat de notaris in deze gevallen onmogelijk de belangen van beide partijen kan verdedigen*

*Het belang van de ene partij druist regelrecht in tegen het belang van de andere.*

*De heer Bourgeois is van oordeel dat dergelijke akten steeds voor twee notarissen verleden zouden moeten worden. Hij dient een amendement nr 31 (Stuk nr 1432/15) in ertoe strekkend die verplichting in het voorgestelde artikel 9, eerste lid, op te nemen.*

en<sup>377</sup>

*De vertegenwoordiger van de minister antwoordt dat de rol van de notaris essentieel verschilt van die van een advocaat. Een notaris is immers - in tegenstelling tot een advocaat - geen verdediger van de belangen van zijn cliënten.*

*Er mag evenmin uit het oog worden verloren dat in vrijwel elke zaak die door een notaris wordt behandeld, de belangen van de partijen tegenstrijdig zijn.*

*In de wet inschrijven dat in die gevallen de akte door twee of meer notarissen moet worden verleden zou er op neerkomen dat een notaris vrijwel nooit meer alleen zal kunnen optreden.*

*De notaris zou aldus in de rol van belangenverdediger geduwd worden terwijl hij als een derde partij moet worden beschouwd. De notaris treedt niet op voor één partij maar voor alle burgers die zich bij hem aanbieden.*

*De keuze van de notaris gebeurt door de partijen op basis van vertrouwen maar dit betekent geenszins dat hij slechts de belangen van de cliënt die hem heeft aangewezen zou behartigen.*

*De notaris moet in alle openheid aan alle partijen de consequenties uitleggen van de overeenkomst die zij afsluiten.*

*De heer Bourgeois vraagt of dit betekent dat de notaris bij elke clause die betrekking heeft op een tegenstrijdig belang uitdrukkelijk moet wijzen op de draagwijdte ervan.*

*De vertegenwoordiger van de minister bevestigt dit.*

*Hij voegt er ook nog aan toe dat indien een notaris vaststelt dat de notaris van de tegenpartij zijn cliënt niet correct als raadsman bijstaat, hij die partij op*

---

<sup>377</sup> Michielsens, p. 118

haar rechten moet wijzen zelfs al gaat dit in tegen de belangen van zijn eigen cliënt.

en<sup>378</sup>

*Art. 5. Met verwijzing naar artikel 9 van de basiswet stelt de heer Bourgeois de vraag of dezelfde notaris bij tegenstrijdige belangen de twee mag vertegenwoordigen. In bepaalde gevallen, zoals bijvoorbeeld bij een echtscheiding door onderlinge toestemming, worden echte onderhandelingen gevoerd en wordt niet zondermeer een akkoord tussen partijen in een authentieke akte gegoten. In dergelijke situaties is het haast onmogelijk beide partijen, met dikwijls fundamenteel tegengestelde belangen, te vertegenwoordigen (voor een advocaat is dit overigens verboden). De akte zou melding dienen te maken van het feit dat de notaris de partijen hierover heeft ingelicht.*

*Ook volgens de heer Verwilghen verdient het de voorkeur dat de akte vermeldt dat de voormelde informatie werd verstrekt of dat er minstens een schriftelijk spoor, bijvoorbeeld onder de vorm van een brief, bestaat.*

*Volgens de heer Van Belle bestaat het verschil met de advocaat hierin dat de notaris, als openbaar ambtenaar, oog dient te hebben voor de belangen en de rechten en plichten van alle partijen. Hij is overigens met geheel zijn persoonlijke vermogen verantwoordelijk voor zijn ambtsdaden.*

*De heer Landuyt vindt dat het bij een akte steeds om tegengestelde belangen gaat. Problemen spruiten soms eerder voort uit een onvoldoende onafhankelijke opstelling van de notaris.*

*De minister onderstreept dat de notaris een openbaar ambtenaar is en een andere functie vervult dan de advocaat. De suggestie van een extra waarschuwing van de partijen over het mogelijk bestaan van tegenstrijdige verlangens is aanvaardbaar.*

*De heer Barzin is van oordeel dat partijen in de praktijk dikwijls met ongelijke mogelijkheden voor de notaris verschijnen. Soms gaan zij in het kantoor akkoord met verbintenissen zonder dat zij volledig over de draagwijdte ervan werden ingelicht. Wanneer een scheidende echtgenoot zich bijvoorbeeld, als gevolg van zijn haast, akkoord verklaart met een te hoog alimentatiegeld, waarvan hij voor altijd de gevolgen moet dragen, zou de notaris hem hierop moeten wijzen. De notaris moet de partijen op een relevante manier over de gevolgen van hun verbintenissen informeren.*

*De minister voegt daaraan toe dat het de betrokkenen steeds vrij staat zelf de hoogte te bepalen van, bijvoorbeeld, een alimentatiegeld, zelfs wanneer een notaris hen erop wijst dat dit hoger is dan de gebruikelijke bedragen. Dikwijls zijn de partijen in de praktijk bereid meer te betalen om een snelle oplossing van hun geschil te verkrijgen.*

*De heer Duquesne benadrukt dat de notaris in voorkomend geval de aandacht van de partijen dient te vestigen op het bestaan van tegenstrijdige belangen of onevenwichtige bedingen. Hij dient hen mee te delen dat het hen vrij staat een andere notaris aan te wijzen of zich te laten bijstaan door een raadsman.*

*De heer du Bus de Warnaffe vraagt zich af of de notaris wel degelijk steeds met tegenstrijdige belangen te maken heeft. Is het noodzakelijk dat de vaststelling van die tegenstrijdige belangen voorkomt in een wetstekst? Het lijkt immers evident dat partijen met tegenstrijdige belangen voor de notaris verschijnen.*

*De minister vindt het normaal dat een notaris, als onpartijdig ambtenaar, de aandacht van de partijen vestigt op het bestaan van ongelijke verhoudingen daar dit tot problemen bij de uitvoering kan leiden.*

---

<sup>378</sup> Michielsens, p. 119 en 120

*De heer Van Belle voegt daaraan toe dat de notaris in veel gevallen te maken heeft met overeenkomsten die niet door hem, maar door de partijen zelf of door makelaars, voorafgaandelijk, werden opgemaakt en zelfs ondertekend.*

en<sup>379</sup>

*Artikelsgewijze bespreking in de Senaat (Parl. St, nr. 1276/3, p. 40-41)*

*Een lid stipt aan dat het tweede lid van artikel 5 handelt over tegenstrijdige belangen en manifest onevenwichtige bedingen. Voor vele akten zijn de tegenstrijdige belangen echter de regel. Want zodra er twee partijen optreden kunnen er immers tegenstrijdige belangen zijn. Zo kan men stellen dat de koper en de verkoper tegenstrijdige belangen hebben. Ook bij de verdeling van de nalatenschap staat men voor potentieel strijdige belangen. Het artikel kan dus aanleiding geven tot een zeer ruime interpretatie, die met zich brengt dat de mogelijkheid voor een tweede notaris openstaat voor een ganse reeks akten. Is dit niet strijdig met de opinie over de notaris, die wordt beschouwd als een openbaar ambtenaar die objectief moet optreden en niet de belangen van een bepaalde partij dient te bevorderen. Ook het criterium van de manifest onevenwichtige bedingen doet vragen rijzen. Beoogt men hier per hypothese een notaris die de partijen wijst op de manifest onevenwichtige bedingen die hij in de akte heeft neergeschreven?*

*De minister verduidelijkt dat het uitgangspunt wordt gevormd door het feit dat de notaris in bepaalde omstandigheden wordt geconfronteerd met overeenkomsten van partijen, zoals een verkoopcompromis, waarbij de notaris wordt verzocht hun overeenkomst te bevestigen. Hier wordt voor de notaris de verplichting ingebouwd om de partijen op eventueel onevenwichtige bedingen te wijzen. Het betreft dus een versterking van de adviesplicht van de notaris. Tijdens de discussie in de Kamer van volksvertegenwoordigers werd voornamelijk verwezen naar het afhandelen van een scheiding, waar de notarissen er de beide partijen op zouden moeten wijzen dat zij er in sommige omstandigheden belang bij zouden kunnen hebben zich tot een raadsman te wenden. Het advies van de notaris verplicht de partijen tot niets*

---

<sup>379</sup> Michielsens, p. 122

**BIJLAGEN bij hoofdstuk 3**

## Bijlage 3.1. Barry, Volume I, p. 374 en 375

*For the purposes of this Treatise, and any other on the same subject, it is necessary at the outset for the author to commit himself to a position on the range of justifications to be seriously considered. My commitment is manifest from everything in this book. The point that now falls to be made is simply this: that if we set the problem up as one of justifying inequality on the assumption that it is the product of human convention and not underwritten by any deep natural or metaphysical inequality between human beings, there are not a lot of potential solutions. At the highest level of generality, there are perhaps only the two that have been discussed in this book. Both start from the idea that conventions that are adhered to are preferable to unrestrained conflict. They then diverge in what they ask of a satisfactory convention. One line says that the convention must be acceptable to each person when he consults his own advantage. The other says that it must be acceptable to everyone when he takes up an impartial standpoint. Leaping lightly over the centuries we can trace the first tradition from the Sophists through Hobbes to Gauthier and the second from the Stoics through Kant to Rawls.*

*When the alternatives are stated in terms such as these, it is easy to maintain that philosophy never makes any progress and that the same basic ideas merely keep coming round in cycles. There is obviously something in this, but I believe that it conceals more than it reveals. Progress comes in the form of analytical techniques that enable us to state the grand alternatives with greater precision than before and to see more deeply into them. For the first alternative, the key development has been the invention of game theory and its increasingly flexible deployment in social analysis. For the second alternative, it has been the notion, put forward by Rawls, of an original position, conceived of as an ethically privileged choice situation. That these are genuine advances and not just changes of fashion is, I believe, evidenced by the way in which we can use these ideas to go back and shed fresh light on earlier versions of the theories.*

*Thus, the level of sophistication with which Hobbes is treated has been raised immeasurably in the past two decades, and we are also beginning to see a reevaluation of the social contract tradition in the light of Rawls's work.*

*This book is offered as an attempt to consolidate and, more ambitiously, to carry further forward these advances of recent decades. I should like to believe that I have clarified a number of questions in the game-theoretical analysis of bargaining and have shown their relevance to the theory of justice as mutual advantage. I also hope that I have succeeded in following through on Rawls's passing suggestion that one might be able to construct a taxonomy of original positions within which Rawls's own version could be located as a special case. At the same time, I have tried to use the contrast between justice as mutual advantage and justice as impartiality as a way of probing the theories of justice put forward by Hume and Rawls. I do not want to make exaggerated claims for this exercise. No doubt by bringing some questions into sharp focus I have blurred others. But I feel confident of my basic claim that both approaches are implicit in the theories of both Hume and Rawls and I think it is illuminating to tease out the two approaches from their writings on justice.*

## Bijlage 3.2., Barry, Volume II, p. 114 en 115

*If we insist on a theory of justice that simply takes existing beliefs and desires as given, the only general theory available is justice as mutual advantage. But that is, as I have already argued, sorry comfort for anyone who thinks that the*

## Bijlagen bij hoofdstuk 3

*right answer is given by justice as impartiality. Thus, if there is one thing that is straightforwardly contradicted by justice as impartiality, it is the creation of first- and second-class citizens according to ethnic identity. For it is manifestly unreasonable to expect those who are systematically disadvantaged in this way to accept their inferior status. Yet exactly this has occurred in most of the states that have succeeded to the territories of the Soviet Union, the countries it controlled in Eastern Europe, and the former Yugoslavia. Justice as mutual advantage can offer a case for conciliating ethnic minorities by treating them as civic equals. But, from the point of view of the ethnic majority, it is a purely pragmatic question whether this is the most advantageous course or whether it would be better to kill, expel or oppress even more thoroughly the minority or minorities.*

*In this context Claus Offe has spoken of "the logic that Bulgarians apply against their Turkish minority, and which Hitler proclaimed the day before the German invasion of the Soviet Union in 1941: After what we have done to them, we will be devastatingly punished unless we continue doing it."*

*My object in this Treatise is to present the results of some twenty years of thought about what justice is and what it entails. My concern is with truth, not with popularity. If I am right, justice calls for radical changes. In many ways, these run against contemporary tendencies. I have mentioned the politics of ethnic inequality.*

### Bijlage 3.3., Barry, Volume II, p. 115

*But how strong the desire to behave justly actually is, when it comes into competition with other desires, I leave open.*

*I claim only to tell you what justice is; what you do about it, if you believe me, is up to you.*

### Bijlage 3.4., Barry, Volume II, p. 50

*Within this, mutually advantageous deals will count as fair only under highly restrictive conditions. The baseline must itself be fair, and the parties must be well informed and well matched. Thus, for example, we may be prepared to say that the standard baseline in contracts, where either party can maintain the status quo in the absence of an agreement, is fair.*

### Bijlage 3.5., Barry, Volume I, p. 285

*To say that it is rational to be concerned about the possibility of justifying one's conduct in the manner stipulated is not, however, to say that people in whom such a motive is not present can be given a demonstration that they should. (It is worth noting, though, that just the same can be said of anyone who does not care about his own future well-being). I do not believe that it is possible to show that people would actually be contradicting themselves if they were to refuse to accept the authority over them of morality, understood in this way.*

### Bijlage 3.6., Barry, Volume I, p. 10

*The first consists of establishing a nonagreement point: an outcome that the parties will arrive at in the absence of agreement. The second consists of a prescription for moving the parties from there to a point that preserves their relative advantage at the nonagreement point but is in the set of outcomes that are "efficient", meaning that one party cannot be made better off without the other being made worse off.*

### Bijlage 3.7., Barry, Volume I, p. 10

*There are, as we shall see, two competing rationales for this prescription for the move from the nonagreement point to one that is efficient in the sense specified.*

*One, which is most fully within the spirit of justice as mutual advantage, says that the move should be made in a way that reflects the relative bargaining power of the parties. The other appeals to an intuitive notion of fairness and claims that a fair division of the "cooperative surplus" is one that divides it equally between the parties.*

Bijlage 3.8. Barry, Volume I, p. 13

*In the usual terminology, all we are supposed to be able to say in general is that the outcome of bargaining will, if the parties are rational, lie on that portion of the Pareto frontier that is above the non-agreement point for both parties.*

Bijlage 3.9. Barry, Volume I, p. 13 en 14

*Common sense, however, revolts against the conclusion that within the limits I have stated the outcome must turn entirely on the personal characteristics of the parties and nothing else. Suppose that one of the parties is very rich and the other very poor.*

*The rich person, let us suppose, will be little affected by how much or how little of the money he gets, whereas the poor one desperately needs a small portion of it but is less concerned about getting larger amounts. We have an intuitive feeling that the rich person has an advantage in bargaining here that flows from his position. ....We feel that there is an objective inequality in bargaining power here that, with rational bargainers, will result in the rich person getting more than half the money*

Bijlage 3.10., Barry, Volume I, p. 14

*For this he needs a measure of utility, and makes use of the measure that Neumann and Morgenstern constructed making use of hypothetical choices among lotteries. Thus, if the rich person is indifferent between a certain \$ 50 and an equal chance of nothing and \$ 100, we say that, setting no money at 0 utility and \$ 100 at unity, the utility of \$50 is 0,5. And if the poor person is indifferent between a certainty of \$25 as an equal chance of nothing and \$100, we shall say that the utility of \$25 is 0,5. That he derives the same utility (within this system of normalization) from \$25 as the other does from \$50 reflects his relatively greater anxiety to be sure of getting something. The rich man can afford the luxury of accepting a fair gamble.*

*This method of representing utilities has come in for a good deal of criticism on the grounds, among other things, that it can not separate our attitude towards risk. But in the present case that is not an objection because, as we shall see later in this section, the best rationale for the Nash solution incorporates a reference to risk in it. According to this, the Nash solution is a point such that the parties are equally averse to risking the nonagreement outcome by holding out for more than the solution offers. Thus, the parties' attitudes to risk constitute the driving force behind the solution.*

*The actual form of the Nash solution is that rational bargainers will finish up at the point where the product of the utilities of the parties is maximized, when the nonagreement outcome is assigned zero utility to each party. (I shall henceforward assume that the nonagreement payoffs have been set at zero without making it explicit on each occasion.) I should, however, emphasize that*



*the rationale of the Nash solution is not that it is designed to maximize joint efficiency, except in the uncontroversial sense that it gets the parties to the Pareto frontier.*

TABLE 1.1. AN ILLUSTRATION OF THE NASH SOLUTION

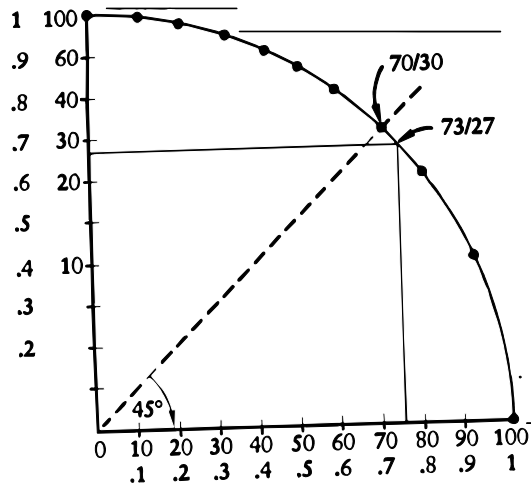
Money	Rich		Poor		Product of utilities
	Money	Utility	Money	Utility	
\$100		1.0	\$ 0	0	0
90		0.9	10	0.4	0.36
80		0.8	20	0.6	0.48
70		0.7	30	0.7	0.49
60		0.6	40	0.78	0.468
50		0.5	50	0.85	0.425
40		0.4	60	0.91	0.364
30		0.3	70	0.96	0.288
20		0.2	80	0.98	0.196
10		0.1	90	0.99	0.099
0		0	100	1.0	0

*To illustrate the Nash solution at work, I have in Table 1.1 assigned utilities to our rich and poor people at intervals of \$10. The highest product of these \$10 intervals comes at a 70/30 split in favor of the rich person; the actual maximum is a little more favorable to the rich person, at about 73/27. The same information is represented in Figure 1.1. The Nash solution comes where the rectangle with the largest area can be drawn within the Pareto frontier, and the outcome is again where rich people gets \$73 to the poor person's \$27.*

*I have devoted some time to setting out the Nash solution because of the idea that it incorporates are crucial in understanding later developments. To review them once more, there are four elements that make up the Nash solution. First, there is the nonagreement point as the point from which the gains derives from agreement are to be calculated. Second, there is the Pareto frontier as the set of points from which the solution must be drawn. Third, there is the solution concept itself, which is designed to allocate the gains in moving from the nonagreement point to the Pareto frontier in a way that reflects relative bargaining power. And fourth, there is the assumption that the only information required to operate an adequate solution concept is information about the von Neumann/Morgenstern utilities of the parties. These features are in fact common to almost all the bargaining solutions that have been proposed as*

*variants on Nash: they differ in the way in which they manipulate the information to arrive at an outcome*

Utility Money



Op de horizontale as is de rich person aangegeven; op de verticale as is de poor person aangegeven.  
 De getallen 0 tot 100 op zowel de horizontale als de verticale as staan voor: Money.  
 De getallen 0, .1 ..... , .9, 1 op zowel de horizontale als de verticale as staan voor: Utility.

Bijlage 3.11., Barry, Volume I, p. 42

*Now suppose instead that we wish to simulate the results of rational bargaining. It is surely again plausible that we shall look for an outcome that is marked by equality – measured in some appropriate units, of course – since it is in the nature of a bargaining solution that it should balance the gains of the parties. That is to say, a bargaining equilibrium should occur at a point where both parties are equally satisfied with the outcome when they compare it to the alternative of the nonagreement point. Unless the outcome gives the parties equal gains in this sense it is not an equilibrium, because the one relatively less satisfied with it has less to lose than the other from upsetting it. It will therefore hardly be surprising to find that the Nash solution has itself been promoted as being fair in the sense that it provides the parties with equal utility gains over the nonagreement point.*

Bijlage 3.12., Barry, Volume I, p. 42

*So we may describe the Nash solution as the point at which both parties are risking the same utility loss (in terms of their own utilities) from pressing for more rather than accepting it.*

### Bijlagen bij hoofdstuk 3

#### Bijlage 3.13., Barry, Volume I, p.28

*Arbitrators who want to continue to be called upon thus have a good motive for approximating the Nash solution. For if they deviate from the Nash solution in a systematic way, one party will always veto them in the future; and if they depart from it in a systematic way, both may veto them as too unpredictable. However, even if arbitrators were entirely unmoved by the desire to be reemployed later, we should still be on safe ground in predicting that most arbitrators at any given time will tend to produce adjudications that approximate the bargaining outcome, so long as the rate of entry is not too great.*

#### Bijlage 3.14., Barry, Volume I, p. 28 en 29

*What can we say in this case about the constraints on the arbitrated outcome? At first blush we might be tempted to say that arbitration imposed on the parties means that there are no constraints. But this would be to overlook constraints that, although easily taken for granted, are of enormous significance.*

*Let us imagine a law to the effect that wills of the kind that caused so much trouble earlier in this section shall in future be overridden. This law says that whenever a will specifies the heirs but does not specify a particular division among them, an arbitrator, whose decision shall be final, shall be appointed by the government to divide the money between the heirs. Suppose that the arbitrator who is appointed has strong egalitarian commitments and thinks wealth should be distributed equally. Or suppose she is a utilitarian and thinks that money should be distributed in whatever shares will maximize aggregate happiness. In either case, if R is enormously wealthy she may well award the whole legacy to P.*

*But we should notice two constraints that nevertheless operate to set bounds on the decision. Both constraints limit the scope of the decision to what is in dispute between the parties. First, the outcome lies on the Pareto frontier defined by the interests of the two parties. An egalitarian or utilitarian arbitrator not constrained in this way would very likely decide that the best thing to do is to give at least some – perhaps all – of the money to people other than the two legatees. And, second, the outcome lies on that segment of the Pareto frontier that is no worse for either party than the nonagreement point. Yet an arbitrator given only the restriction that the outcome must be on the Pareto frontier would have no reason to stop at awarding the whole legacy to P. She might well decide that in addition R should hand over a large part of his preexisting fortune to P.*

#### Bijlage 3.15., Barry, Volume I, p. 50

*The object of the arbitrator is to resolve a conflict on terms acceptable to both parties, when the parties consult their own interests in deciding what is acceptable. This entails that the arbitrator should seek to arrive at an adjudication that will as far as possible mimic the outcome of rational bargaining. If we want to formalize this process in a solution concept we shall look for one that captures the notion of relative bargaining strength and makes the outcome depend upon it.*

#### Bijlage 3.16., Barry, Volume I, p. 51

*Why should we be inclined to think that an outcome reflecting bargaining strength in getting from the origin (i.e., the nonagreement point or threat point) to the Pareto frontier should be reckoned a fair one? Is it simply a*

*mistake to call a solution concept whose claim is to simulate rational bargaining a solution to a problem of fair division?*

Bijlage 3.17., Barry, Volume I, p.51, 53 en 54

*In putting this question to academic audiences in recent years, I have found that the overwhelmingly most common reaction of philosophers and nonphilosophers alike is to say that it is a mistake to talk about fairness here. Let me therefore put as persuasively as I possibly can the case for saying that there is indeed a sense, albeit attenuated, in which the simulated outcome of rational bargaining can in some contexts be regarded as fair.*

*The argument begins by asking us to accept that in certain situations no outcome of actual bargaining would be unfair. Both parties have certain rights whose exercise they can insist on, and nobody can say that any use they make of those rights is unfair. They can make use of them if they choose, or they can give them up in exchange for something they want more. Unless one is prepared to concede this premise, I have to say that I do not see how the argument for the fairness of bargaining solutions can get started. Let us therefore for the sake of the argument concede it and move on.*

*The second leg of the argument now runs as follows. Although no outcome of actual bargaining would be unfair, this does not mean that no decision by an arbitrator can be unfair. And in fact what makes the arbitrator's decision fair is that it gives the parties as much as they could reasonably have hoped to obtain from actual bargaining. Thus, an arbitrator should use (or at any rate should behave as if using) a solution concept that mimics the results of rational bargaining.*

*The question that is still left hanging by this move is, obviously: Why should we call such an adjudication fair? The economists and game theorists who have addressed themselves to the so-called problem of fair division have tended to take over the presuppositions underlying the framework without questioning them and to concentrate on the technical issues involving the choice of solution concepts. However, if we try to reconstruct an argument for it we cannot, I think, do better than consult Thomas Hobbes, the supreme political theorist of rational prudence.*

*For our present purpose, two things are relevant in Hobbes's theory.*

*The first is that, like Nash and Braithwaite, Hobbes allow threats to enter into the baseline from which agreements are to be made for mutual advantage. Agreements entered into out of fear – including fear deliberately created by the other party to induce compliance with the terms it offers – are valid, according to Hobbes. The second relevant point is that for Hobbes there is no independent standard by which the fairness of agreements can be assessed, but at the same time it is possible for an arbitrator to behave unfairly.*

*Thus, if the parties reach an agreement, there is no way of challenging it: justice is the carrying out of the contract or covenant and has no applicability to its terms. But if, to avoid having to fight about it, the parties turn their dispute over to an arbitrator, that arbitrator has to behave impartially.*

*With this in mind, we can return to our original question: In what sense can a bargaining solution be said to be fair? Suppose it is claimed that the Nash solution yields to the parties what they could reasonably expect to get in a process of bargaining. How does this constitute an argument for its fairness? The answer is not exactly that it is its satisfying reasonable expectations that makes the solution fair. Rather, it is that a bargaining solution is one that rational actors can endorse because it satisfies reasonable expectations. It is what an arbitrator acceptable to both sides would come up with, and this gives it a claim to be considered as fair.*

### Bijlagen bij hoofdstuk 3

#### Bijlage 3.18., Barry, Volume I, p. 76

*The Nash solution is simply what two rational utility maximizers will finish up with. It is a pure accident if the results of such bargaining coincide with what an impartial observer would regard as an ethically desirable outcome, and it is this that is for Harsanyi the criterion of a moral judgment.*

*For Harsanyi, a moral judgment is still, indeed, one made in pursuit of utility-maximization. (Hence, inevitably, its conclusions will be expressed in terms of utility.) But the pursuit of utility must be hedged around by constraints that represent the requirements of morality. The crucial feature of morality that Harsanyi seizes on is impartiality: an ethical judgment should be one that does not reflect the particular position of the person making it. That one arrangement will be more favorable to me and another more favorable to you should not make me more likely to support the first and you the second.*

#### Bijlage 3.19., Barry, Volume I, p. 76

*How could such impartiality be assured? In theory, though not of course as a practical matter, it could be achieved by denying the person making the judgment the knowledge of his or her own identity. This Device is what Rawls called a "veil of ignorance" but, in contrast to the form of it proposed by Rawls, Harsanyi's is the thinnest possible veil consistent with ensuring impartiality.*

*That is to say, the person making the ethical judgment knows everything about the situation there is to know – with one big exception. He knows the tastes, capacities, and beliefs of the parties, the predicted consequences of implementing alternative moral principles, and so on. But he does not have knowledge of personal identity, only that there is an equal probability of being any of the parties.*

#### Bijlage 3.20., Barry, Volume I, p. 78

*Harsanyi's argument is entirely valid, and anyone who wishes to dissent from its conclusions must say which of the premises he rejects.*

*Suppose we accept provisionally Harsanyi's view that a moral judgment must have the attribute of impartiality, and also accept that the thought-experiment of asking whether one would make the same judgment if one were ignorant of one's own position and characteristics is as good a way as any of getting at what impartiality entails.*

#### Bijlage 3.21., Barry, Volume I, p. 101 en 102

*"there is always the fear that the real problem may have been abstracted away" if we assume that each player knows the true tastes - the utility functions - of the others.*

*For example, suppose that in a bargaining situation the players agree to submit to an arbiter who is committed to Nash's assumptions. To resolve the conflict, the arbiter must first ascertain their utility functions; hence the situation deteriorates into a game of strategy where each player tries to solve the problem of how best to falsify or exaggerate his true tastes. In most situations, a player's preferences are only partially known to his adversary, and falsification of one's true feelings is an inherent and important bargaining strategy. An arbiter, to be successful, must skilfully ferret out at least a part of the truth.*

#### Bijlage 3.22., Barry, Volume I, p. 102

*Let us look a bit more systematically at the problems that arise in making estimates of cardinal utility, whether interpersonally comparable or not. Collecting the information would, to begin with, be time-consuming. It would also require a good deal of intrusion into private affairs. Whether it is the parties themselves who are seeking to apply a formula or some arbitrator to whom they have turned over the job, if they want a baseline-independent outcome involving interpersonal utility comparisons they are going to have to disclose a lot about their general level of satisfaction with life or about the increment that such things as playing a musical instrument on an extra evening per week would provide. Even the von Neumann/Morgenstern utility information required for the Nash solution or for splitting the difference could be obtained only with a lot of digging to make the relevant estimates.*

*What makes the problem of obtaining information particularly recalcitrant is that the parties have no incentive to cooperate wholeheartedly with efforts to establish the truth about themselves. On the contrary, assuming that they know how the solution varies according to the utility data fed into the formula, they will, as Luce and Raiffa pointed out, be aware that they can shift the outcome in their own favor by successful dissimulation. Not only does this make the task more difficult - the point seized on by Luce and Raiffa - but it also makes it more unpleasant. If there is enough at stake to make the outcome matter, the relations between the parties, or the parties and the arbitrator are liable to be poisoned by a miasma of suspicion.*

Bijlage 3.23., Barry, Volume I, p. 103

*"Evidence is mounting in support of the view that our values are often not clearly apparent, even to ourselves; that methods for measuring values are intrusive and biased; that the structure of any decision problem is psychologically unstable; and that the processes whereby elusive values are integrated into decisions within such unstable structures lead to actions that differ in dramatic ways from the predictions of utility theory."*

Bijlage 3.24., Barry, Volume I, p. 107 en 108

*(a) a prediction about what two people engaged in actual bargaining would finish up with, to the degree that they were rational,*

*(b) a prescription for an arbitrator who, for one reason or another, wishes to produce an adjudication that will stimulate the outcome of rational bargaining, or*

*(c) as an adjudication put forward as fair because it gives the parties an equal gain in utility.*

*In case (a), a theorist, standing outside the negotiation, assigns utility schedules to the parties by some means or other (past experience, sheer guesswork, or whatever) and then cranks out a prediction by applying the Nash formula. There is nothing in the Nash solution itself that requires the utility schedules to be interpreted in the von Neumann/Morgenstern manner. Any set of numbers that the theorist believes to represent relative preference for the outcomes can be used.*

*In case (b), the outside theorist making a prediction is transformed into the arbitrator making an adjudication based on an estimate of what rational bargaining would produce. Obviously, everything that was said about case (a) applies equally here: what matters is that the utility schedules attributed to the parties should work when fed into the Nash formula, so that each of the parties has some sense that (allowing for the possibility of failing to reach an agreement) it was unlikely to have done better from direct bargaining.*

*When I discussed arbitration as a substitute for bargaining, I made two points that are relevant here. One was that the arbitrator may use any methods she*

### Bijlagen bij hoofdstuk 3

*likes for trying to determine the strength of the parties' preferences for alternative outcomes. These could include asking them questions about choices over hypothetical lotteries, but need not. In practice, although a skillful arbitrator will talk extensively to the parties, questions about choices over hypothetical lotteries are not, as far as I know, ever asked. We might find here some confirmation of the cognitive psychologists' findings from the accumulated wisdom of arbitrators. The second point that is relevant is that arbitrators do not simply announce an award as representing the Nash solution or some other bargaining solution. We do not, in other words, find them stating baldly that, having made the best utility estimates they can, they have concluded that such-and-such a figure accurately reflects the balance of power between the parties. Rather, they come up with some formula for relating the award to some principle, some comparison, or some precedent. The inevitable fuzziness of utility estimates does not therefore undermine the legitimacy of the adjudication, because it is not overtly and officially put forward as a surrogate for the outcome of bargaining.*

Bijlage 3.25., Barry, Volume I, p. 259

*What these two approaches have in common is that they follow a roundabout route to specifying the content of justice. Thus, if we think of the Nash solution as an example of a two-stage theory, we can say that the decision produced by the adjudication is intended to model the outcome of two games played by the parties: a "threat game" to establish the nonagreement point, and a "bargaining game" in which the implicit threat (in a broad sense of threat) that failure to agree will result in the nonagreement payoff is supposed to drive rational bargainers to a determinate point on the Pareto frontier. And if we take Harsanyi's "proof" of utilitarianism as an example of an original-position theory, we can say that this too is a roundabout approach, also consisting of two parts. This time the first part is the description of the original position (defined by the motivations of the parties and the information available to them), and then the second part is an argument to the effect that rational actors placed in such an original position would choose a certain principle or set of principles.*

Bijlage 3.26., Barry, Volume II, p. 17 en 18

*What emerges is that impartiality is not a strong organizing concept within common-sense morality. I mean by this that it is not a primary moral notion generating subsidiary ones. Rather, impartiality features in a number of different contexts, and in each context there is some other – and deeper – way of characterizing what is at issue. Thus, impartiality in a judge is obviously important; but if we ask why this is so we shall see that its significance is derivative. Judicial impartiality is one of the elements (though only one) in a fair trial. Similarly, in so far as the impartiality of a Weberian bureaucrat is a virtue – a matter on which Weber himself was notoriously ambivalent – it is a virtue because it assures fair treatment.*

Bijlage 3.27., Barry, Volume II, p. 18

*The point is, then, that impartiality in the conduct of judges and bureaucrats is significant as an aspect of procedural fairness. We might initially have expected it to be the other way round – that impartiality would be the general concept and fairness an aspect of it. But this is not so. It is perhaps worth adding that the value of this kind of fairness is itself dependent upon the justice of the rules that are being applied. For it amounts to the correct application of the rules.*

## Bijlage 3.28., Barry, Volume II, p. 19

*To sum up, the notion of impartiality is certainly not foreign to common-sense moral thinking. But it does not play a central role, and it is indeed dispensable in that there is always some concept available that would carry the moral burden equally well if not better. What is to be especially observed, since it will be crucially important in the rest of this book, is that it would be possible for anyone to satisfy all the requirements of impartiality, as they are understood in common-sense morality, and still be left with a lot of discretion. Some matters are not covered by impartiality at all. For the rest, impartiality operates most of the time to set the outer limits on acceptable behaviour. Very often it takes a conditional form: it says that if you do x you cannot also do y, but it does not tell you whether or not to do x. Even in the judicial or bureaucratic contexts with which I began, what does the work of constraining the decision tightly is the requirement of rule-following. To say that the rule should be followed impartially is simply to say that it should be followed faithfully. To be more precise, it is to say that the rule should not be departed from in the specific ways constituted by exhibiting partiality.*

## Bijlage 3.29. Barry, Volume II, p. 112

*It is a fundamental assumption in this book that we do not need to explain why people pursue their conception of the good. Whether somebody's conception of the good be partial or impartial, I take it to be unproblematic that it has motivational force. The problem is, rather, to explain why people might do anything else. Why should somebody deliberately draw back from the pursuit of the good? The three theories of justice analysed in this book - justice as mutual advantage, justice as reciprocity, and justice as impartiality - all offer answers to that question.*

*Justice as mutual advantage does not call upon any fresh motive. That is its great strength. The underlying idea is simply that the unconstrained pursuit of your conception of the good is not likely to be very successful if everybody else is likewise pursuing their conceptions of the good. Everyone therefore has an interest in agreeing on terms that avoid mutual frustration and secure for each person a better chance of achieving his or her good than is offered by a free-for-all.*

## Bijlage 3.30., Barry, Volume II, p. 112

*With justice as reciprocity we introduce a new motivation: we assume that people can be restrained from pursuing their conception of the good by the thought that it would be unfair to do so. However, I argued that the theory of justice as reciprocity is internally incoherent because a sentiment of fairness will not underwrite deals arrived at according to the formula of mutual advantage. We are therefore left with the theory of justice as impartiality, which starts from the motivation of fairness and then seeks to bring the criteria of justice into line with that. The essential idea is that fair terms of agreement are those that can reasonably be accepted by people who are free and equal. The problem is how to capture that idea and give it some structure.*





## Stellingen

1. De in Zweden bestaande mogelijkheid<sup>1</sup> om het standpunt van de belastingdienst in een vooroverleg voordat het (vermeende) belastbare feit plaatsvindt ter toetsing aan de rechter voor te leggen, verdient in Nederland navolging.
2. Het is veelbetekenend dat in de Commissie aantrekken leden rechterlijke macht wel – ondermeer – vier advocaten, een dijkgraaf, een burgemeester en een studentendecaan zijn opgenomen, maar geen enkele notaris.
3. Voor de in artikel 42 Invorderingswet 1990 opgenomen hoofdelijke aansprakelijkheid van de notaris voor de overdrachtsbelasting bestaat geen deugdelijke rechtsgrond.
4. Het Duitse Nurnotariat en de wijze waarop dat wordt gepraktiseerd zijn meer verwant met het Nederlandse notariaat dan enig ander buitenlands notariaat.
5. Teneinde volledig inhoud te kunnen geven aan de bijzondere waarschuwingsplicht van de notaris, zou het verlijden van notariële akten bij onderhandse volmacht niet behoren te worden toegestaan.
6. Het is onbegrijpelijk dat de Koninklijke Notariële Broederschap (in haar rol van collectieve belangenbehartiger van alle notarissen) zich er na het wijzen van het arrest Credit Lyonnais Bank/T<sup>2</sup> niet sterk voor heeft gemaakt dat aan door een hypothecaire schuldeiser afgegeven schriftelijke toezegging en volmacht tot doorhaling van een hypothecaire inschrijving verplicht een legal opinion wordt gevoegd waaruit blijkt dat die toezegging casu quo die volmacht tijdens de hypothecaire schuldeiser bevoegdelyk is getekend.
7. Het is cultuurhistorisch interessant dat het Amerikaanse spreekwoord: “good fences make good neighbours” geen pendant in de Nederlandse taal kent.
8. If you're not part of the solution, you're part of the problem.
9. You're never fully dressed without a smile.

---

<sup>1</sup> HvJ EG Arrest van 3 oktober 2002, zaak C-436/00 (X en Y v. Riksskatteverket)

<sup>2</sup> HR 28 september 1990, NJ 1991, 473 m.nt. EAAL en het vervolg daarop HR 24 december 1993, NJ 1994, 303