



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen?

Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2008). Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen? *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 207-225. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36790>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36790>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

12 | Notarieel tuchtrecht en civiel recht; meten met twee maatmannen?

P.C. van Es[■]

1 INLEIDING

De notaris is regelmatig het doelwit van een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure, ingesteld door een ontevreden cliënt dan wel een derde die stelt benadeeld te zijn door het handelen of nalaten van een notaris. Notarissen zijn ook onderworpen aan wettelijk tuchtrecht (art. 98 Wet op het notarisambt, hierna: Wna). De vraag die in deze bijdrage centraal staat is of – en zo ja, in hoeverre en waarom – het tuchtrecht andere eisen aan de notaris stelt dan het civiele recht. Is de modelnotaris (maatman) in het tuchtrecht een ander dan in het civiele recht? Deze vraag (waarover § 4 hieronder) staat los van de vraag of er – gesteld dat de gedragsnormen overlappen – redenen zijn waarom de schending van een tuchtnorm niet automatisch leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Deze laatste vraag komt hieronder in § 3 aan de orde. Voorafgaand hieraan volgt een opmerking over de aard van het tuchtrecht in relatie tot het civiele aansprakelijkheidsrecht.

2 DE AARD VAN HET TUCHTRECHT IN RELATIE TOT HET CIVIELE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

De achtergrond van het tuchtrecht verschilt wezenlijk van die van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Het wettelijk tuchtrecht voor beroepsbeoefenaren heeft tot doel om *in het algemeen belang* een goede wijze van beroepsbeoefening te bevorderen.¹ Dit betekent in de eerste plaats dat wettelijk tuchtrecht geen recht is dat ten dienste staat aan de beroepsgroep als zodanig; het regelt alleen de betrekkingen tussen de beroepsgenoten onderling, indien en voor zover open-

■ P.C. van Es is universitair hoofddocent bij de afdeling notarieel recht, Universiteit Leiden.

1 HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*). Zie ook MvA bij de Wijziging van de Advocatenwet (Nieuwe regeling tuchtrechtspraak), *Kamerstukken II* 1981/82, 16 094, nr. 6, p. 3 en MvA bij de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 522, nr. 7, p. 75-76. In de Parlementaire Geschiedenis bij de Wet op het notarisambt (23 706) vindt men geen theoretische beschouwingen over de aard en het doel van het tuchtrecht. De MvT vermeldt dat het tuchtrecht 'zoveel mogelijk [is] afgestemd op andere moderne tuchtrechtelijke regelingen, zoals die van de advocaten, de register-accountants en de loodsen.' (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 13).

bare belangen daarbij een overwegende rol spelen.² In de tweede plaats betekent het dat het niet gericht is op de individuele genoegdoening van de cliënt.³ Hiertoe dient het civiele aansprakelijkheidsrecht, dat in het teken staat van het *individuele belang* van de gelaedeerde, inhoudende dat hij de door hem geleden schade kan afwentelen op een ander.

3 CIVIELRECHTELIJKE AANSPRAKELIJKHEID: SCHADE, CAUSAAL VERBAND, RELATIVITEIT EN EIGEN SCHULD

Los van de vraag of het verschil in karakter van het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht leidt tot een verschillende inkleuring van de aan de notaris te stellen gedragsnorm, geldt in ieder geval de regel dat tuchtrechtelijke aansprakelijkheid geen civielrechtelijke aansprakelijkheid impliceert. Voor de laatstbedoelde aansprakelijkheid gelden namelijk nadere vereisten, te weten: schade, causaal verband en relativiteit. Voorts geldt in het civiele aansprakelijkheidsrecht dat eigen schuld van de gelaedeerde de vergoedingsplicht van de gedaagde kan beperken of geheel kan uitsluiten (art. 6:101 BW). In het tuchtrecht speelt dit leerstuk geen rol. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan.

3.1 Schade

Zoals gezegd heeft het civiele aansprakelijkheidsrecht primair tot doel de geleden schade af te wentelen op een ander. Zonder schade is een aansprakelijkheidsstelling op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW) of onrechtmatige daad (6:162 BW) niet mogelijk. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op het geval waarin een notaris in het café te pas en te onpas rondbazuint dat mevrouw X voor de zoveelste keer haar testament heeft gewijzigd. Het ontbreken van schade snijdt X de pas af van een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW.⁴ Een tuchtzaak wegens schending van art. 22 Wna is echter wel op zijn plaats. Het publieke belang bij een goede beroepsuitoefening is immers geschaad. Terzijde zij opgemerkt dat in de zaak die leidde tot HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 een poging is gedaan het ge-

2 Zie MvA bij de Wijziging van de Advocatenwet (Nieuwe regeling tuchtrechtspraak), *Kamerstukken II* 1981/82, 16 094, nr. 6, p. 3. Om de onderlinge betrekkingen te reguleren kan een beroepsgroep gebruik maken van privaatrechtelijk verenigingstuchtrecht.

3 Vgl. MvA bij de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 522, nr. 7, p. 76.

4 Theoretisch is denkbaar dat X op grond van art. 3:296 BW jo. art. 6:162 lid 2 BW vordert dat de notaris zich in de toekomst zal onthouden van het doen van de bedoelde uitspraken.

schokte vertrouwen in het notariaat (en in de rechtsstaat in het algemeen) als immateriële schade te verhalen. Deze poging strandde.⁵

3.2 Causaal verband

Omdat de aanwezigheid van schade in het tuchtrecht geen vereiste is, speelt hier ook niet de vraag naar het causale verband tussen de schade en de overtreden gedragsnorm. In het civiele aansprakelijkheidsrecht is dit anders, aangezien zowel bij een vordering op grond van wanprestatie als bij een vordering op grond van onrechtmatige daad geldt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt 'schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend' (art. 6:98 BW). Gesteld dat de schending van een bepaalde tuchtnorm tevens de schending van een civiele aansprakelijkheidsnorm inhoudt, dan zou het vereiste van 'causaal verband' nog een barrière kunnen opwerpen tegen de uiteindelijke aansprakelijkheid van de notaris voor de geleden schade.

Een fraai voorbeeld geeft de casus die ten grondslag ligt aan de arresten *Dicky Trading I* en *II*.⁶ Franken is voornemens naar Canada te emigreren en wenst om die reden zijn boerderij en veestapel te verkopen. Hij vertrouwt zijn belangen toe aan Wille, die – ter besparing van belasting – een constructie bedenkt om de netto-opbrengst van de boerderij en veestapel (na onder meer de aflossing van de hypothecaire lening) aan Franken te doen toekomen in Canada, uitbetaald door een Canadese vennootschap. Hiertoe wordt de boerderij niet rechtstreeks aan de uiteindelijke koper (Griffioen) verkocht en geleverd, maar via de Canadese vennootschap: *Dicky Trading and Holding Company (Canada) Ltd*. Teneinde de netto-opbrengst in deze vennootschap terecht te doen komen (zodat deze in Canada aan Franken kan worden uitbetaald), wordt de koopsom bij de eerste transactie laag gehouden (f 490.000,-). Dit bedrag wordt grotendeels aangewend om de hypothecaire lening af te lossen. Griffioen betaalt vervolgens bij de opvolgende levering aan de Canadese Limited de reële koopprijs van f 1.150.000,-. De koopovereenkomsten worden ondertekend in het bijzijn van notaris H., die enige dagen later ook de beide leveringsakten verlijdt. Franken krijgt de netto-opbrengst van de boerderij nooit uitbetaald en verhaal op Wille of *Dicky Trading and Holding Company (Canada) Ltd* blijkt niet mogelijk. Hij dient bij de tuchtrechter een klacht in die in twee instanties gegrond wordt bevonden. Naar het oordeel van zowel de Kamer van Toezicht als het Hof te Amsterdam had de notaris moeten informeren

⁵ Zie hierover A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest, nr. 3.5.1-3.5.2.

⁶ HR 18 december 1992, *NJ* 1994, 91 en HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607.

naar het grote prijsverschil en heeft hij door dit niet te doen niet de zorgvuldigheid betracht die een notaris betaamt.⁷

Wanneer Franken notaris H. vervolgens in een civiele procedure aansprakelijk stelt (op grond van wanprestatie c.q. onrechtmatige daad), vangt hij bot bij zowel de rechtbank als het Hof. De vordering wordt afgewezen wegens het ontbreken van het *causaal verband* tussen de nalatigheid van de notaris en de door Franken geleden schade. Het Hof overweegt:⁸

‘Gelet op de onderhavige, ook naar buiten blijken de vertrouwensband tussen Franken en Wille, had H. in redelijkheid niet behoeven te verwachten en valt aan H. in redelijkheid niet toe te rekenen dat Franken, doordat H. naliet te informeren naar het prijsverschil of naliet te wijzen op het risico, verbonden aan een vordering op Dicky Trading, schade zou lijden als in casu.’

Deze redenering komt hierop op neer dat vanwege het blinde vertrouwen dat Franken had in Wille, een waarschuwend woord van notaris H. geen verschil had gemaakt. De Hoge Raad komt Franken in cassatie echter in die zin tegemoet dat de bewijslast met betrekking tot deze stelling wordt omgedraaid. Het causaal verband wordt verondersteld en het is aan de notaris om dit te ontkrachten. De centrale overweging in dit verband is de volgende:

‘Wanneer hetgeen zich hier heeft verwezenlijkt – te weten dat het aan Dicky Trading overgemaakte bedrag niet aan Franken is doorbetaald en ook niet door deze kan worden verhaald – behoort tot de risico’s met het oog waarop H. zijn voormelde verplichting als notaris had moeten nakomen, zal de daaruit voortvloeiende schade in beginsel aan hem als gevolg van de niet-nakoming van die verplichting kunnen worden toegerekend.’⁹

De norm die de notaris in het onderhavige geval overtrad, was de norm uit het *Groningse notaris-arrest*,¹⁰ inhoudende dat de notaris gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. Deze norm beoogt duidelijk bescherming te bieden tegen het risico zoals dat zich in dit geval heeft verwezenlijkt, te weten het risico van het niet verhaalbaar zijn van de vordering van Franken. De Groningse

7 Zie HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*), r.o. 3.1 sub *l* en *m*.

8 Hof Amsterdam 28 maart 1991, r.o. 4.6, te kennen uit HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*).

9 HR 18 december 1992, NJ 1994, 91 (*Dicky Trading I*), r.o. 3.4. Zie ook HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading II*), r.o. 3.5.1: ‘(...) dat, indien, zoals hier, door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.’

10 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

notaris-norm is door de Hoge Raad als een civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm geïntroduceerd, maar is thans ook als tuchtrechtelijke gedragsnorm opgenomen in art. 43 Wna.¹¹ Ook in andere gevallen kan een tuchtrechtelijke normschending tevens onrechtmatigheid of een toerekenbare tekortkoming constitueren. In het kader van een civiele aansprakelijkheidsprocedure dient men zich dan van geval tot geval af te vragen of de schade zoals die zich voordoet, een verwezenlijking is van een risico waartegen de overtreden tuchtnorm beoogt te beschermen. Als dit het geval is, geldt de regel dat de gedaagde beroepsbeoefenaar het ontbreken van het causaal verband tussen de verweten gedraging en de geleden schade moet bewijzen.

3.3 Relativiteit

Als een notaris een bepaalde wettelijke tuchtnorm overtreedt (opgenomen in de Wna of een hierop gebaseerde verordening), dan staat vast dat hij ook civielrechtelijk onrechtmatig handelt wegens een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht (art. 6:162 lid 2).¹² Hiermee is echter nog niet gezegd dat hij aansprakelijk is voor alle schade die met de normschending in causaal verband staat. Het vereiste van de relativiteit stelt hier grenzen. Het is niet voldoende om vast te stellen dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld, maar het moet ook vaststaan dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld *jegens degene* die de geleden schade wenst te verhalen. De centrale vraag in dit verband is of de overtreden norm de strekking heeft de benadeelde in het geschonden belang te beschermen.¹³

De relativiteitsleer en de hierboven besproken 'omkeringsregel' inzake de causaliteit, hangen in zekere zin met elkaar samen. Wanneer namelijk vaststaat dat de schade zoals die zich in een bepaald geval voordoet, een verwezenlijking is van een risico waartegen de overtreden tuchtnorm beoogt te beschermen (en de omkeringsregel derhalve van toepassing is), dan is daarmee ook gegeven dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan.

11 Zie daarover P.C. van Es, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *Meer spreken, minder zwijgen?* (preadvies KNB 2007), p. 16-17 en de daar vermelde literatuur.

12 Zie met betrekking tot het ruime bereik van deze onrechtmatigheids categorie, C.J. van Zeben en J.W. du Pon, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6*, p. 614-615. Voor de goede orde: de civiele rechter hoeft de tuchtrechter niet blindelings te volgen in het oordeel dat een tuchtnorm is overtreden. Hij behoudt zijn zelfstandigheid bij het vormen van zijn oordeel (vgl. MvA bij Wijziging van de Wet op het Notarisambt, *Kamerstukken I* 1983/84, 17 404, nr. 159b, p. 2). Aan een oordeel dat afwijkt van het oordeel van de tuchtrechter worden wel extra motiveringseisen gesteld (HR 12 juli 2003, *NJ* 2003, 151 (*Stichting A./E.*), waar het ging om een geval van medische aansprakelijkheid).

13 Zie Asser-Hartkamp 4-III, Deventer: Kluwer 2006, nr. 95. Zie ook nr. 97 van dit werk waar erop gewezen wordt dat deze vraag twee aspecten heeft. Zowel de benadeelde als persoon, als de door hem geleden schade dienen onder het beschermingsbereik van de geschonden norm te vallen.

In zijn algemeenheid is het echter verre van vanzelfsprekend dat tuchtnormen de strekking hebben de benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen. Zoals hierboven in § 2 aan de orde kwam, gaat het in het tuchtrecht immers niet om de individuele genoegdoening van de benadeelde maar om het *algemeen belang* dat gemoeid is met een goede wijze van beroepsbeoefening.

Deze gedachte komt ook tot uitdrukking in HR 7 februari 1986, *NJ* 1986, 378. Aannemer Weststrate BV had van aanbesteder Van Liere een bedrag van f 108.195,02 te vorderen. De advocaat van Weststrate BV (Spruijt) sommeerde bij brief het bovenstaande bedrag te betalen, vermeerderd met wettelijke rente en vermeerderd met incassokosten ad f 10.819,50 (10% van de hoofdsom). Van Liere betaalde het gehele bedrag en diende vervolgens een klacht in bij de Raad van Toezicht der Orde van Advocaten in Middelburg op grond van het feit dat Spruijt door het berekenen van 10% incassokosten inbreuk zou hebben gemaakt op regel 42 Gedragsregels voor de Advocaten 1980. Deze regel bepaalt het volgende: 'De advocaat behoort het maken van onnodige kosten te vermijden. Dit geldt evenzeer tegenover de tegenpartij van de cliënt.' De klacht wordt gegrond bevonden. In de aansprakelijkheidsprocedure waarin Van Liere het bedrag van f 10.819,50 poogt terug te vorderen, speelt onder meer de vraag of overtreding van regel 42 betekent dat Spruijt onrechtmatig heeft gehandeld jegens Van Liere. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.2.:

'Onderdeel 1 van middel II is ongegrond, omdat, ook als zou vaststaan dat Spruijt de in het onderdeel bedoelde gedragsregel 42 heeft overtreden, daaruit, gegeven de aard van dit soort gedragsregels, niet noodzakelijk volgt dat hij *jegens Van Liere* onrechtmatig heeft gehandeld door namens Weststrate het bewuste bedrag aan incassokosten van hem te vorderen.'

Uit de door mij gecursiveerde woorden volgt dat deze overweging in het teken staat van de relativiteit. Met de overtreding van de tuchtnorm is de onrechtmatigheid gegeven, maar dat wil nog niet zeggen dat ook onrechtmatig is gehandeld *jegens* de eiser. Lankhorst benadert de zaak in zijn proefschrift enigszins anders en plaatst het voorbeeld binnen de – wat hij noemt – 'relativiteitsleer in ruime zin'. Het gaat dan om de voorvraag of de strekking van de overtreden norm meebrengt dat overtreding leidt tot onrechtmatigheid. Deze vraag zou de Hoge Raad in het bovenstaande arrest niet zonder meer bevestigend hebben beantwoord.¹⁴

In een recentere uitspraak van de rechtbank Amsterdam staat de relativiteit van een door een kandidaat-notaris overtreden tuchtnorm centraal.¹⁵ Het gaat in deze zaak om verkoop bij inschrijving van een aantal onroerende goederen. De voorwaarden bepalen dat tezamen met het inschrijvingsformulier, houdende

14 G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 92-93.

15 Rb. Amsterdam 4 juli 2007, *LJN* BB5424.

het onvoorwaardelijke bod, een door de Kamer van Koophandel gewaarmerkt en origineel uittreksel uit het handelsregister van de inschrijvende rechtspersoon dient te worden ingeleverd. Volgens de voorwaarden kan de (kandidaat-) notaris het bod als ongeldig aanmerken wanneer het inschrijvingsformulier niet volledig is ingevuld of één of meer bijlagen ontbreken. Bouw- en aannemingsbedrijf Lokhorst BV (Lokhorst) doet een bod op een van de onroerende goederen van € 1.800.000,-. Dit bod gaat vergezeld van een kopie van een per fax door de Kamer van Koophandel verzonden uittreksel uit het Handelsregister. Het bod blijkt het hoogste bod te zijn, op één bod na dat door de kandidaat-notaris ongeldig wordt verklaard. Lokhorst laat weten dat haar bod op een misverstand berust. De verkoper houdt Lokhorst echter aan haar bod en Lokhorst neemt het onroerend goed uiteindelijk af. Zij dient een tuchtklacht in die in hoger beroep bij het Hof Amsterdam gegrond wordt verklaard. De kandidaat-notaris had het bod van Lokhorst volgens het Hof ongeldig moeten verklaren.

In een civiele procedure vordert Lokhorst van de kandidaat-notaris op grond van onrechtmatige daad vergoeding van de door haar geleden schade, bestaande in het verschil tussen de door haar betaalde koopprijs (vermeerderd met overdrachtsbelasting en kosten) en de marktwaarde van het onroerend goed. Lokhorst stelt dat, doordat tuchtrechtelijk vaststaat dat de kandidaat-notaris onzorgvuldig heeft gehandeld, hij civielrechtelijk aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad. De rechtbank wijst de vordering echter af, overwegende dat de door de kandidaat-notaris overtreden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals Lokhorst stelt te hebben geleden. De voorwaarde ten aanzien van de bij het inschrijvingsformulier in te leveren bescheiden diende immers ter bescherming van de *verkoper*: op deze manier kon zeker worden gesteld dat met de hoogste bieder een rechtsgeldige koopovereenkomst tot stand zou komen.

Het bovenstaande wil niet zeggen dat een notariële tuchtnorm nooit de strekking kan hebben de individuele benadeelde in zijn geschonden belang te beschermen. De kernwaarden van het notariaat – die het tuchtrecht beoogt te beschermen – zijn het bieden van rechtszekerheid en rechtsbescherming. Hiermee wordt het algemeen belang gediend, maar ook het individueel belang van degene die met de notaris in aanraking komt. De algemene informatieplicht en de bijzondere waarschuwingsplicht van de notaris (art. 43 lid 1 Wna) zijn typisch normen die mede de individuele belangen van de betrokkenen beogen te beschermen. Ditzelfde geldt voor bijvoorbeeld de ministerieplicht alsmede de plicht om onder bepaalde omstandigheden dienst te weigeren (art. 21 lid 1 en 2 Wna) en de verplichtingen rond de derdenrekening (art. 25 Wna).

3.4 Eigen schuld

Art. 6:101 lid 1 BW geeft als hoofdregel dat in het geval van eigen schuld van de benadeelde, de draagplicht ten aanzien van de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige verdeeld wordt, in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. In de laatste zinsnede van de bepaling leest men echter dat 'een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'. Deze uitzondering kan bij beroepsfouten van de notaris een rol spelen. Een voorbeeld is te vinden in het hierboven al aan de orde gekomen Dicky Trading II-arrest waar de Hoge Raad overweegt dat:¹⁶

'(...) geen plaats is voor verdeling van de door de tekortkoming ontstane schade over Franken als benadeelde en H. als de vergoedingsplichtige, omdat de aan Franken toe te rekenen omstandigheden in het niet vallen bij de aan H. toe te rekenen omstandigheden'.

In een recente uitspraak in een zaak van hypotheekfraude (waarbij een appartementsrecht op een dag tweemaal van eigenaar wisselde en waarbij sprake was van een verdubbeling van de koopsom) oordeelt de rechtbank 's-Gravenhage dat de notaris, mede gelet op de ingevolge art. 17 Wna op hem rustende zorgplicht, niet heeft gehandeld zoals dat onder de gegeven omstandigheden van een redelijk bekwaam en redelijk handelend notaris mocht worden verwacht. Hieruit volgt dat notaris in beginsel aansprakelijk is voor de schade die de bank (Bank of Scotland) lijdt als gevolg van het feit dat de hypothecaire lening door de uiteindelijke koper niet wordt afgelost en het onderpand onvoldoende dekking blijkt te bieden. De rechtbank stelt echter vast dat ook de bank, als professionele verstrekker van de hypothecaire lening, onoplettend is geweest. Dit wordt de bank ernstig aangerekend en de rechtbank overweegt dat er aanleiding is de schadevergoedingsplicht van de notaris op de voet van art. 6:101 BW met vijftig procent te verminderen.¹⁷

4 METEN MET TWEE MAATMANNEN?

In het bovenstaande is tot uitgangspunt genomen, het geval waarin het handelen of nalaten van een notaris zowel in tuchtrechtelijke als in civielrechtelijke zin laakbaar was. Gebleken is dat er in deze situatie verschillende redenen kunnen zijn waarom tuchtrechtelijke aansprakelijkheid niet automatisch

¹⁶ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607, r.o. 3.3.

¹⁷ Rb. 's-Gravenhage 5 december 2007, NJF 2008, 140.

civielrechtelijke aansprakelijkheid (voor de volledige schade) constitueert. Thans komen wij toe aan de kernvraag, te weten of de normen die het tuchtrecht aan de notaris stelt altijd parallel lopen aan de normen van het civiele recht.

Civielrechtelijk wordt het gedrag van een notaris beoordeeld door toetsing aan hetgeen in de gegeven omstandigheden verwacht mag worden van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.¹⁸ De algemene tuchtnorm van art. 98 lid 1 Wna ziet op 'enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt'. Taalkundig is het goed verdedigbaar dat er geen verschil bestaat tussen een 'behoorlijk' notaris en een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend' notaris. Het is echter de vraag of ook binnen de twee verschillende normstelsels (tuchtrecht en civiel recht) met hun verschillende doelstellingen en achtergronden (waarover § 2 hierboven), aan beide criteria dezelfde inhoud toekomt.

Van groot belang in dit verband is de onderstaande overweging van de Hoge Raad, verband houdend met de ontkennende beantwoording van de vraag of kosten van een tuchtrechtelijke procedure aangemerkt kunnen worden als redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 onder b BW:¹⁹

'Evenzo kan het oordeel van de tuchtrechter over het handelen van een beroepsbeoefenaar in een civiele procedure een rol spelen bij de beantwoording van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is (vgl. HR 12 juli 2002, *RvdW* 2002, 122 [*NJ* 2003, 151]), en deze omstandigheid kan een belanghebbende (mede) aanleiding geven een klacht in te dienen, maar dit betekent niet dat een tuchtprocedure tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen. In dit verband is van belang dat bij de beoordeling van de vraag of een tuchtklacht gegrond is andere maatstaven worden gehanteerd dan bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid, alsmede dat de mede ter bescherming van een gedaagde in een civiele procedure strekkende bewijsregels niet gelden in een tuchtprocedure.'

De Hoge Raad spreekt hier duidelijk uit dat voor de gegrondverklaring van een tuchtklacht *andere maatstaven* gelden dan voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Voorts wijst hij erop dat de in de civiele procedure geldende bewijsregels ervoor zorgen dat een tuchtrechtelijke veroordeling niet zonder meer vertaald kan worden in civielrechtelijke aansprakelijkheid. Op deze punten wordt hieronder nader ingegaan.

18 Zie voor dit criterium (met betrekking tot de aansprakelijkheid van een arts) HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).

19 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*), r.o. 3.3.

4.1 Andere maatstaven: is het tuchtrecht strenger dan het civiele recht?

Wanneer met de Hoge Raad aangenomen moet worden dat in het tuchtrecht andere maatstaven gelden dan in het civiele aansprakelijkheidsrecht, dan is de eerste mogelijkheid dat het tuchtrecht, in bepaalde omstandigheden, strenger is dan het civiele recht. De vraag moet daarom beantwoord worden of het denkbaar is dat een handelen of nalaten van de notaris niet onrechtmatig is (of een toerekenbare tekortkoming vormt), maar wel tuchtrechtelijk laakbaar. Pleysier wijdt aan deze mogelijkheid een interessante gedachte.²⁰

‘Dat laatste is, puur dogmatisch gezien, in zoverre niet geheel onbegrijpelijk omdat het recht een minimum-ethiek is, en de “eer en waardigheid van het ambt”, zoals dat vroeger heette, meer dan dat minimum kan inhouden.’

Hoewel dit op het eerste gezicht een aansprekende benadering is, gaat zij naar mening niet op omdat de tuchtnorm en civiele aansprakelijkheidsnorm constant naar elkaar toe groeien. De civiele rechter toetst het gedrag van de notaris aan dat van een ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’. Een dergelijke vakgenoot zal zijn gedrag mede laten bepalen door de geldende tuchtrechtelijke normen, zodat deze normen rechtstreeks doorwerken in de civiele aansprakelijkheidsnorm.²¹

In de jurisprudentie (Hof Amsterdam 9 maart 1995) treft men echter wel een voorbeeld aan van een geval waarin de tuchtrechter (voor registeraccountants) een strengere maatstaf aanlegt dan de civiele rechter. In deze zaak verklaart de Raad van Tucht en (in hoger beroep) de Raad van Beroep van het Nederlands Instituut van Registeraccountants (NIVRA) een klacht ten aanzien van het opstellen van een (naar de mening van de klagers) onvolledige overnamebalans, gedeeltelijk gegrond. In het civiele geding overweegt het Hof hieromtrent:²²

‘Voorzover niettemin bij de vaststelling van de overname-balans een voorbehoud had dienen te worden gemaakt inzake de nog te schatten tegenwaarde van de belastingschuld (de tuchtrechter is hiervan uitgegaan) kan de nalatigheid ter zake niet een verwijt opleveren van dien aard dat daarop wanprestatie of een onrechtmatige daad kan worden gegrond, zoals door appellanten voorgestaan.’

De Hoge Raad bekrachtigt dit oordeel van het Hof in de volgende – meer algemene – bewoordingen:²³

20 W.G. Huijgen en A.J.H. Pleysier, *De wetgeving op het notarisambt*, Deventer: Kluwer 2001, p. 57.

21 Zie in deze zin ook T. Hartlief, ‘Rechtspraak’, *A&V* 1997, p. 54.

22 Hof Amsterdam 9 maart 1995, r.o. 4.13, te kennen uit HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK/*Paardekooper & Hoffman*).

23 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK/*Paardekooper & Hoffman*), r.o. 3.5.

‘Vooropgesteld moet worden dat een ontkennend antwoord van de tuchtrechter op de vraag of overeenkomstig een voor het desbetreffende beroep geldende norm is gehandeld, de burgerlijke rechter niet dwingt tot het oordeel dat sprake is van wanprestatie of van een onrechtmatige daad. Het Hof heeft dan ook niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door niet reeds op grond van de uitspraken van de tuchtcolleges van het NIVRA aan te nemen dat Schrijver en De Rave [de registeraccountants] wanprestatie hebben gepleegd of onrechtmatig hebben gehandeld.’

Men kan deze overweging zo lezen dat de Hoge Raad (anders dan het Hof) niet zozeer tot uitdrukking brengt dat de tuchtrechtelijke norm strenger kan zijn dan de civielrechtelijke, maar dat hij slechts wijst op de mogelijkheid dat de tuchtrechter en de civiele rechter *aan de hand van dezelfde norm* mogelijk tot een verschillende beoordeling kunnen komen.

4.2 Andere maatstaven: is het civiele recht strenger dan het tuchtrecht?

De tweede mogelijkheid die onderzocht moet worden, is of het civiele aansprakelijkheidsrecht – onder bepaalde omstandigheden – wellicht strengere eisen stelt dan het tuchtrecht. Gezien het verschil in achtergrond van het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht valt hier zeker iets voor te zeggen. Het tuchtrecht is primair gericht op de vorming van het oordeel of er termen zijn het gedrag van een beroepsbeoefenaar af te keuren. In het civiele aansprakelijkheidsrecht gaat het niet primair om een oordeel over het gedrag de beroepsbeoefenaar, maar om de vraag of er redenen zijn om de door de gelaedeerde geleden schade (gedeeltelijk) op de beroepsbeoefenaar af te wentelen. Tegen deze achtergrond kan ik mij verenigen met de opmerking van Tjittes dat

‘civielrechtelijke onzorgvuldigheid (...) in veel gevallen eerder [zal] worden aangenomen dan tuchtrechtelijke onzorgvuldigheid, omdat bij civielrechtelijke aansprakelijkheid persoonlijke verwijtbaarheid minder voorop staat’.²⁴

Dezelfde gedacht treft men aan bij A-G Keus in zijn conclusie voor een medische aansprakelijkheidszaak (HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151):

‘In het burgerlijk recht staan de individuele belangen van de patiënt en de gevolgen van de fout voor de patiënt centraal. Dezelfde fout die een tuchtrechtelijke toetsing doorstaat, kan naar burgerlijk recht zeer wel tot aansprakelijkheid leiden.’²⁵

24 R.P.J.L. Tjittes, ‘Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid’, *AA* 1995, p. 107.

25 Conclusie nr. 2.11. Opgemerkt moet worden dat in de tuchtzaak die in het arrest een rol speelde, nog getoetst was aan de oude algemene medische tuchtnorm waarin het erom ging of sprake was van ‘handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnen, of (...) [van] nalatigheid, waardoor ernstige schade ontstaat voor een persoon

Een voorbeeld van een geval waarin civielrechtelijke aansprakelijkheid werd aangenomen, zonder dat (naar moet worden aangenomen) sprake was van tuchtrechtelijk laakbaar handelen, vindt men in het Baarns beslag-arrest.²⁶ Op 10 augustus 1977 wordt een notariële akte verleden, houdende de levering van een onroerend goed. Onmiddellijk daarna maakt de betrokken notaris de door de koper bij hem gestorte koopsom ad f 690.000,- voor een gedeelte telefonisch over naar de eerste hypotheekhouder (waarmee diens vordering op de verkoper geheel is voldaan) en voor een gedeelte naar de makelaar van de verkoper. Het restant ad f 269.221,58 wordt aan de verkoper uitbetaald. Eveneens op 10 augustus legt de Ontvanger executoriaal beslag op het onroerend goed in verband met een belastingschuld van de verkoper van f 161.387,50. Op 11 augustus 1977 vindt inschrijving van de leveringsakte in de openbare registers plaats. De koper voldoet de belastingschuld van de verkoper om het onroerend goed vrij te maken van het beslag. Vervolgens stelt hij de notaris aansprakelijk op grond van wanprestatie, verband houdend met het feit dat hij de koopsom heeft uitbetaald voordat hij zich ervan had vergewist dat het onroerend goed – zoals overeengekomen tussen koper en verkoper – ‘vrij van hypotheken en beslagen en inschrijvingen daarvan’, op de koper was overgegaan. De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het Hof dat sprake is van wanprestatie van de notaris. Hij ziet het als taak van de notaris om ter bescherming van de koper de doorbetaling van de koopprijs aan de verkoper op te houden totdat zekerheid bestaat omtrent de levering vrij van hypotheken en beslagen. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af – en dat is voor dit betoog van belang – dat het in 1977 notarieel gebruik was dat in een geval als het onderhavige de (restant) koopsom terstond aan de verkoper werd uitbetaald, voordat de leveringsakte in de openbare registers was ingeschreven.

In verband met de verhouding tussen het tuchtrecht en het civiele recht is ook het aan het begin van deze paragraaf vermelde arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002 van groot belang. De centrale overweging uit dit arrest luidt als volgt:²⁷

‘(...) vooropgesteld [wordt] dat de rechter, indien hij bij de beoordeling van medisch handelen van een arts komt tot een oordeel dat afwijkt van het oordeel dat de tuchtrechter heeft gegeven naar aanleiding van een klacht met betrekking tot datzelfde medisch handelen, zijn oordeel zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. Daarbij valt in het bijzonder te denken aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen.’

(...) of (...) van grove onkunde’ (art. 1 Medische Tuchtwet). De huidige tuchtnorm van art. 47 lid 1 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, sluit qua formulering nauwer aan bij de civiele aansprakelijkheidsnorm.

26 HR 30 januari 1981, NJ 1982, 56.

27 HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 (*Stichting A./E.*), r.o. 3.6.3.

Dit citaat wekt de indruk dat de Hoge Raad de medische tuchtnorm en civiele aansprakelijkheidsnorm vereenzelvigt. De civiele rechter wordt weliswaar de bevoegdheid gegeven om tot een eigen oordeel te komen, maar het lijkt dan slechts te gaan om het oordeel of de tuchtrechter terecht heeft vastgesteld dat de norm is overtreden. Aangezien de civiele rechter op medisch gebied een leek is, behoeft de afwijking van het oordeel dat door deskundigen geveld is (de medische tuchtrechter) de ondersteuning door andere deskundigen.

De gewekte suggestie van de vereenzelviging van de tuchtnorm en de aansprakelijkheidsnorm wordt echter ongedaan gemaakt door het minder dan een half jaar later gewezen arrest van 10 januari 2003, waarvan de belangrijkste overweging hierboven (aan het begin van § 4) is geciteerd. De essentie van deze overweging is dat bij de beoordeling van de vraag of een tuchtklacht gegrond is, *andere maatstaven* worden gehanteerd dan bij de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Het is in verband hiermee een gemiste kans dat de Hoge Raad in het arrest van 12 juli 2002 niet heeft overwogen dat een afwijking van het oordeel van de tuchtrechter ook gemotiveerd kan worden met een beroep op het feit dat het verwijt dat de beroepsbeoefenaar treft te gering is voor de gegrondverklaring van de tuchtrechtelijke klacht, maar niet voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid.

4.3 Verschillende bewijsregels

De Hoge Raad wijst in zijn arrest van 10 januari 2003 (*Portielje/notaris Y.*) niet alleen op de verschillende maatstaven, maar ook op de verschillende *bewijsregels* die gelden in de tuchtprocedure en de civiele procedure. Het tuchtrecht is meer dan het civiele recht gericht op waarheidsvinding en in verband hiermee is de tuchtrechter niet gebonden aan bepaalde in het civiele procesrecht geldende formele bewijsregels. Te denken valt aan art. 149 lid 1 Rv (de rechter baseert zich in beginsel slechts op feiten die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de geldende voorschriften zijn komen vast te staan), art. 150 Rv (wie stelt, bewijst) en art. 154 Rv (over gerechtelijke erkenning op grond waarvan de waarheid van een stelling van de wederpartij komt vast te staan²⁸). Ook kent het civiele procesrecht – anders dan het tuchtrecht – de regel dat bepaalde bewijsmiddelen dwingend bewijs opleveren, hetgeen wil zeggen dat de rechter verplicht is de inhoud daarvan als waar aan te nemen, behoudens tegenbewijs (art. 151 Rv). Voor het overige is de civiele rechter, evenals de tuchtrechter, vrij in de waardering van het bewijs (art. 152 lid 2 Rv). Dit laatste brengt mij op een

28 Zie ook art. 149 lid 1 (tweede zin) Rv: 'Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of niet voldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.'

punt dat hierboven in noot 12 al even werd aangestipt. Los van het al dan niet van toepassing zijn van bepaalde formele bewijsregels (en los van de eventuele verschillen in de te hanteren maatstaven), geldt dat de tuchtrechter en de civiele rechter autonoom zijn. Dit betekent onder meer dat zij hetzelfde feitencomplex verschillend kunnen beoordelen.²⁹

4.4 De betekenis van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht in de tuchtprocedure en de civiele procedure

Een vraag die in het kader van het verschil tussen de tuchtprocedure en civiele procedure nog aan de orde moeten komen, is of in beide procedures verschillende regels gelden met betrekking tot de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de notaris. Wanneer deze vraag bevestigend beantwoord moet worden, dan betekent dit dat in de ene procedure meer informatie boven tafel gebracht kan worden dan in de andere. Deze informatie zou vervolgens in die andere procedure gebruikt kunnen worden. Het geldend recht op dit terrein is nog niet volledig uitgekristalliseerd. Alvorens op de vraag in te gaan, worden hieronder eerst enkele uitgangspunten op een rij gezet.

- a. In de tuchtrechtspraak van het Hof Amsterdam van 23 februari 2006 (*LJN* AV3044) vindt men de volgende overweging:

‘Het hof stelt voorop dat – gelet op art. 22 Wna – de notaris in het maatschappelijk leven een zodanige vertrouwensfunctie vervult, dat de aan zijn ambt verbonden geheimhoudingsplicht in beginsel zich ook uitstrekt tot het recht om zich te verschonen van het afleggen van een verklaring voor de (tucht)rechter. Of de notaris in geval van een tegen hem aangespannen tuchtprocedure de bevoegdheid heeft zijn geheimhoudingsplicht te doorbreken kan hier buiten beschouwing blijven.’

- b. Volgens HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 47 (Herengrachtparkeerders) komt aan de notaris ook het verschoningsrecht toe wanneer hij als partijgetuige wordt opgeroepen (art. 164 Rv). De Hoge Raad overweegt in r.o. 4.1.4:

‘Het onderdeel voert nog wel aan dat dit leidt tot een uitkomst die vanuit een oogpunt van de gelijkwaardigheid van procespartijen onaanvaardbaar is, maar dit betoog ziet eraan voorbij dat de notaris zich als partijgetuige nu eenmaal in die zin van een “gewone” partijgetuige onderscheidt dat zijn vrijheid om te getuigen wordt begrensd door bedoeld maatschappelijk belang [het belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot bepaalde vertrouwenspersonen kan wenden], een begrenzing die voor

²⁹ Zie voor een voorbeeld van een geval waarin de civiele rechter zijn van de tuchtrechter (Raad van Discipline) afwijkende oordeel mede baseert op een verschillende visie op de feiten, Hof 's-Gravenhage 11 december 1996, *NJ* 1997, 552.

de notaris als procespartij zowel positieve als negatieve gevolgen kan hebben. Het Hof heeft derhalve met juistheid geoordeeld dat een notaris ook indien hij als partijgetuige wordt gehoord zich kan beroepen op het verschoningsrecht (...)'.

- c. In het kader van zijn toezichthoudende taak heeft de voorzitter van de Kamer van Toezicht (of de met een onderzoek belaste plaatsvervangend voorzitter) op grond van art. 96 lid 3 en 4 Wna de bevoegdheid om de notaris om inlichtingen te vragen en te verlangen dat hij inzage geeft in alle relevante stukken, waaronder ook de tot het protocol behorende akten. Ook in het advocatentuchtrecht ziet men dat de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht wijken in het kader van het tuchtrechtelijk onderzoek. Regel 37 Gedragsregels voor advocaten 1992 bepaalt:

'Bij een tuchtrechtelijk onderzoek of een verzoek om informatie van de deken dat met een mogelijk tuchtrechtelijk onderzoek of een aan de deken opgedragen controle verband houdt is de advocaat tegen wie het onderzoek of de controle is gericht, verplicht alle gevraagde inlichtingen aanstonds te verstrekken, zonder zich op zijn geheimhoudingsplicht te kunnen beroepen, behoudens in bijzondere gevallen.'

In mijn optiek zou de hoofdregel moeten zijn dat de notaris zowel in de tuchtprocedure als in de civiele procedure niet gebonden is aan zijn geheimhoudingsplicht en zich niet kan beroepen op zijn verschoningsrecht indien hij door een cliënt wordt aangesproken en indien het gaat om gegevens die louter de betrokken cliënt aangaan en die tevens van belang zijn voor de uitkomst van de procedure.³⁰ Wanneer onder deze omstandigheden met betrekking tot deze gegevens wel de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zouden gelden, dan zouden deze regelingen hun doel voorbij schieten. Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht dienen het algemeen belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot bepaalde vertrouwenspersonen kan wenden.³¹ Het is moeilijk voorstelbaar dat iemand zich in zijn uitlatingen jegens een vertrouwenspersoon geremd voelt, enkel vanwege het feit dat *op zijn eigen initiatief* op enig moment vertrouwelijke gegevens aan het licht kunnen komen in een (tuchtrechtelijke of civiele) procedure waarin moet worden aangetoond dat de vertrouwenspersoon een fout heeft gemaakt.³²

30 Vgl. C.A. Kraan, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *Meer spreken, minder zwijgen?* (preadvies KNB 2007), p. 82 en J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden 1975), p. 285. Vgl. verder (enkel betrekking hebbend op het tuchtrecht) J.B.M. Vranken, 'Het professionele (functionele) verschoningsrecht' (preadvies NJV 1986), p. 76 en F.A.W. Bannier, in: F.A.W. Bannier (e.a.), *Beroepsgeheim en verschoningsrecht*, Den Haag: Sdu 2008, p. 44 en p. 87.

31 HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (*Ogem/notaris Maas*), r.o. 3.1.

32 Vgl. J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken* (diss. Leiden 1975), p. 285.

De bovenstaande zienswijze is niet in strijd met de tuchtrechtspraak van Hof Amsterdam van 23 februari 2006 of met het Herengrachtparkeerders-arrest. In die gevallen ging het namelijk om vertrouwelijke informatie die (mede) anderen betrof dan degene die het geding tegen de notaris aanspande. Het lijkt mij juist dat dan de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht onverkort van kracht blijven, zowel in de civiele procedure als in de tuchtprocedure.³³ Een doorbreking van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht (ook wanneer het door derden toevertrouwde informatie betreft), komt men echter wel tegen in de onderzoeksfase van het tuchtproces (zie art. 96 lid 3 en 4 Wna en Regel 37 Gedragsregels voor advocaten 1992). De aldus verkregen informatie kan in enige vorm doorwerken in de uiteindelijke uitspraak van de tuchtrechter.

De civiele rechter die vervolgens over de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar moet oordelen, kan op grond van de uitspraak van de tuchtrechter beschikken over informatie die in het civiele proces – in verband met de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht ten aanzien van gegevens die (mede) derden betreffen – niet boven water had kunnen komen. De gedachte zou kunnen rijzen dat een tuchtzaak om deze reden een ideaal voorportaal is van een civielrechtelijke procedure. Men dient dan echter te bedenken dat een onderzoek als bedoeld in art. 96 lid 3 en 4 Wna geen middel is dat ter vrije beschikking van een individuele klager staat. In beginsel bepaalt de voorzitter van de Kamer van Toezicht of hij het in het kader van zijn toezichthoudende taak nodig acht om onderzoek te gelasten. Hij is hiertoe echter verplicht wanneer het bestuur van de KNB of het bestuur van het Bureau Financieel Toezicht daarom verzoekt (art. 96 lid 2 Wna).

5 SLOTOPMERKINGEN; SCHADEVERGOEDING IN EEN TUCHTPROCEDURE?

In het Portielje-arrest³⁴ brengt de Hoge Raad duidelijk tot uitdrukking dat in het tuchtrecht andere maatstaven gelden dan in het civiele aansprakelijkheidsrecht. Dit verschil kan – evenals het verschil in de in beide procedures geldende bewijsregels – worden teruggevoerd op het verschil in doelstelling tussen de beide regelstelsels. Het tuchtrecht dient primair het algemeen belang van een goede beroepsuitoefening terwijl het civiele aansprakelijkheidsrecht gericht is op het individuele belang van schadevergoeding. In dit licht wekt het verbazing dat het kabinet voornemens is de tuchtrechter de bevoegdheid

33 Anders J.C.H. Melis, *De Notariswet* (bewerkt door B.C.M. Waaijer), Deventer: Kluwer 2003, p. 243 waar men leest: 'Het met het tuchtrecht gediende maatschappelijk belang van een deugdelijk functionerend notariaat dient *in beginsel* te prevaleren boven het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om advies en bijstand tot de notaris moet kunnen wenden.'

34 HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537.

te verlenen tot een bepaald bedrag (€ 5.000,-) schadevergoeding toe te kennen aan de klager.³⁵ Hoe valt dit te rijmen met de wezenlijke (maar soms subtiële) verschillen tussen het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht?³⁶ Vooropgesteld moet worden dat het kabinet de kwestie vanuit een praktisch oogpunt beziet. Het stelt vast dat een tuchtrechtelijke veroordeling vaak een opmaat is voor een civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure. Deze stapeling van procedures wordt als onwenselijk beschouwd en bij kleinere financiële belangen wil het kabinet deze met zijn voorstel voorkomen. Het kabinet heeft blijkens de hier aan de orde zijnde brief van de Staatssecretaris van Justitie ook (enig) oog voor de problemen die samenhangen met het toekennen van schadevergoeding door de tuchtrechter. Dit blijkt in de eerste plaats uit het feit dat het kabinet kiest voor een *facultatieve* mogelijkheid van de tuchtrechter om schadevergoeding (tot een bedrag van € 5.000,-) toe te kennen. Op p. 8 van de brief van de Staatssecretaris van Justitie leest men:

‘Met het rapport Huls is het kabinet van mening dat het een facultatieve mogelijkheid moet zijn voor de tuchtrechter om een oordeel te vellen over de hoogte van de schadevergoeding. Indien de tuchtrechter dat niet aangewezen acht, is hij daar niet toe gehouden, bijvoorbeeld als het verzoek om schadevergoeding te complex van aard is.’

Naar mijn mening wordt hier te eenzijdig de aandacht gelegd bij de beoordeling van de *hoogte van schadevergoeding* als probleem waarmee een tuchtrechter kan worden geconfronteerd bij een verzoek om schadevergoeding. In het bovenstaande is gebleken dat er veel meer problemen zijn die samenhangen met de vergoeding van schade na een tuchtrechtelijke veroordeling. Problemen derhalve waarmee een tuchtrechter die overgaat tot schadevergoeding rekening moet houden en die hem kunnen doen besluiten af te zien van het toekennen van schadevergoeding. Te denken valt aan vragen van causaliteit en relativiteit. Voorts dient de tuchtrechter die schadevergoeding toekent, zich af te vragen wat in het concrete geval de betekenis is van de overweging van de Hoge Raad in het Portielje-arrest dat de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid naar andere maatstaven wordt beoordeeld en dat in de civiele procedure andere bewijsregels gelden.

35 Brief van de Staatssecretaris van Justitie van 7 december 2007, *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 61, p. 7-8. Voor het tuchtrecht in de gezondheidszorg wordt een uitzondering gemaakt, vanwege de aard, omvang en complexiteit van schade in de gezondheidszorg (p. 8).

36 Opgemerkt moet worden dat de Raad van Discipline onder de huidige Advocatenwet al mogelijkheid heeft om schadevergoeding aan de klager toe te kennen (art. 48b Advocatenwet). Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk echter weinig gebruik gemaakt (zie rapport Commissie Van Wijnen (24 april 2006), *Een maatschappelijke Orde*, p. 61).

Mogelijk is het kabinet op het verkeerde been gezet door het rapport Huls, waarin op p. 41-42 de zaken naar mijn mening wat te eenvoudig worden voorgesteld:

‘Daar waar de tuchtrechtelijke regelingen geen voorziening kennen voor het toekennen van schadevergoeding zal, nadat de tuchtrechter heeft geoordeeld dat een beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld, de klager een schadevergoedingsprocedure kunnen starten bij de civiele rechter. Hierbij geldt dan de zogenaamde omkeringregeling. De civiele rechter gaat er hierbij vanuit dat de tuchtrechter de feiten heeft bekeken en dat de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van de gedraging van de beroepsbeoefenaar vast staat. De betrokkene kan redenen aanvoeren waarom de schade niet (volledig) voor zijn/haar rekening behoort te komen, maar uiteraard heeft het oordeel van de tuchtrechter veel gewicht.’³⁷

Het kabinet wijst er ook op dat indien de tuchtrechter wél gebruik maakt van zijn bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen, dit niet afdoet aan de bevoegdheid van de gewone rechter om te oordelen over schadevergoeding op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad. Dit is mede van belang in verband met art. 112 lid 1 Grondwet, dat bepaalt dat de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen is opgedragen aan de rechterlijke macht. Het kabinet wijdt in verband met dit grondwetsartikel een interessante beschouwing aan de aard van de schadevergoeding die door een tuchtrechter wordt toegekend.³⁸

‘Tuchtrechtelijke colleges behoren niet per definitie tot de rechterlijke macht. Het kabinet meent op voorhand dat een geschil dat ter beoordeling voorligt bij de tuchtrechter kan worden beschouwd als niet ontstaan uit een burgerlijke rechtsbetrekking. Het gaat bij de tuchtrechter immers niet om de contractuele aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar jegens zijn cliënt, maar om de vraag of de beroepsbeoefenaar in zijn beroepsuitoefening voldoet aan de publieke eisen die daaraan worden gesteld. Het gaat bij het wettelijk tuchtrecht dus om het openbaar belang gemoeid met een goede beroepsuitoefening. Zo zal ook schadevergoeding toe te kennen door de tuchtrechter geen betrekking kunnen hebben op de civielrechtelijke aansprakelijkheid op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad, maar zal zij verband moeten houden met de publieke aard van het tuchtrecht.’

Uit deze enigszins gekunstelde gedachtegang blijkt in ieder geval duidelijk dat het kabinet zich bewust is van de eigen aard van tuchtrecht. Ook de tuchtrechter aan wie de bevoegdheid wordt verleend schadevergoeding toe te kennen zal zich goed bewust moeten zijn van de in deze bijdrage besproken verschillen tussen het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. Wellicht

37 Rapport van de werkgroep tuchtrecht (Den Haag, 7 december 2006), *Beleidsuitgangspunten wettelijk geregeld tuchtrecht* (Rapport Huls), p. 41-42. Op welke ‘omkeringregeling’ hier gedoeld wordt, is mij niet duidelijk.

38 Zie p. 8 van de hierboven in noot 35 vermelde brief van de Staatssecretaris van Justitie.

leidt dit er toe dat hij – evenals thans de tuchtrechter van de advocaten – niet of slechts zeer terughoudend gebruik zal maken van deze bevoegdheid.

De vraag die tot slot nog rijst, is of de aan de tuchtrechter te verlenen bevoegdheid om aan de klager schadevergoeding toe te kennen, ook de bevoegdheid inhoudt om de beroepsbeoefenaar de kosten van de tuchtprocedure te laten vergoeden indien de klacht gegrond wordt verklaard. Het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt geen ruimte voor vergoeding van deze kosten.³⁹ In het licht van het grote maatschappelijke belang van een goed functionerend tuchtrecht, zou ik van de vergoeding hiervan in het kader van het tuchtproces geen tegenstander zijn.⁴⁰

39 HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje/notaris Y.*): '(...) als uitgangspunt moet worden aanvaard dat een tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van aansprakelijkheid, zodat niet kan worden gezegd dat de kosten daarvan redelijke kosten zijn ter vaststelling van aansprakelijkheid als bedoeld in artikel 6:96 lid 2, onder b.' Zie ook het vervolg op deze uitspraak in HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324: 'Dit brengt mee dat deze kosten gelet op de aanhef van artikel 6:96 lid 2 BW geen vermogensschade vormen, zodat zij ook niet als (vermogens)schade op de voet van artikel 6:98 BW voor vergoeding in aanmerking komen.'

40 Zie ook mijn bijdrage in *JBN* 2005, nr. 62.