



Mr. P.C. van Es*

Innovaties in het notariaat; een wettelijk en tuchtrechtelijk kader

1. Inleiding

Ondanks het conservatieve imago dat het notariaat bij het grote publiek heeft, kan het een zekere innovatieve kracht niet worden ontzegd. Na de invoering van de nieuwe Wet op het notarisambt in 1999 (hierna ook: Wna) en vooral ook na het uitbreken van de financiële crisis in 2008 hebben wij met enige regelmaat initiatieven gezien van notarissen (en van intermediairs/niet-notarissen) die tot doel hadden op onconventionele wijze een deel van de bestaande notariële markt te veroveren of een nieuwe markt te creëren. Deze nieuwe marktinitiatieven houden deels verband met de mogelijkheden die de voortschrijdend informatie- en communicatietechnologie biedt, te weten in die gevallen waarin een conceptakte wordt gegenereerd door een zogeheten Content Management System waarbij de cliënt thuis achter zijn computer de bouwstenen voor de akte aandraagt. Te denken valt hier niet alleen aan HEMA Notarisservice (die nogal wat stof heeft doen opwaaien), maar ook aan FIRM 24, Easynotary en het initiatief met de beeldende naam: 'Doehetzelfnotaris'.

De managementconsultant Louwerens zet in het eerste nummer van het Notariaat Magazine van 2014 aan de hand van een voetbalmetafoor uiteen dat op het terrein van innovatie verschillende niveaus zijn te onderscheiden:

'Op het eerste niveau verandert "de opstelling op het veld", op het tweede niveau veranderen "de spelregels" en op het derde niveau verandert "het spel als geheel".'

Ik merk op dat het gebruikelijke patroon bij notariële innovaties is dat eerst domweg 'het spel als geheel' wordt veranderd, waarna de spelers het oordeel van de scheidsrechter (in dit geval veelal de tuchtrechter) afwachten of het vernieuwde spel past binnen de bestaande 'spelregels'. Hierbij aansluitend staat in deze bijdrage de vraag centraal in hoeverre bepaalde marktinitiatieven passen binnen het kader van de bestaande notariële wet- en regelgeving en tuchtrechtspraak. Daarnaast wordt zijdelings ook aandacht besteed aan de vraag of het bestaande normatieve kader waarbinnen de notaris moet opereren te knellend is of dat het goede zin heeft.

Bij de hiervoor vermelde initiatieven waarbij de cliënt aan de hand van een vragenlijst langs geautomatiseerde weg zelf een conceptakte kan laten

opstellen (hierna ook wel aangeduid met de – enigszins gechargeerde – verzamelnaam: 'Doe het zelf-notariaat'), vindt er voorafgaand aan het passeren van de akte contact plaats met een behandelend notaris.¹ Een belangrijke vraag die in dit verband rijst is of dit contact voorafgaand aan het passeren van de akte voldoende is om te voldoen aan de in art. 17 en art. 43 Wna neergelegde informatie- en *Belehrungspflicht*. Andere vragen die in dit verband spelen (en die hieronder aan de orde zullen komen) hebben betrekking op onder meer het provisieverbod (art. 9 Verordening beroeps- en gedragsregels), de plicht om transparant te offren en de geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna).

Een laatste punt dat in deze bijdrage aan de orde komt, is hoe het notariaat kan omgaan met de onontkoombare (en misschien als bijna voltooide) ontwikkeling dat 'standaard'-akten (al dan niet via het Doe het zelf-notariaat) steeds vaker tegen een bodemprijs worden aangeboden. Een mogelijk antwoord van een deel van het notariaat zou kunnen zijn dat meer nog dan op dit moment gespecialiseerde dienstverlening wordt aangeboden waarbij vooral geconcurrereerd wordt op kwaliteit. De vraag die in dit verband opkomt, is of de ministerieplicht hieraan in de weg staat en of deze nog wel van deze tijd is.

2. De algemene en bijzondere informatieplicht bij automatisch gegenereerde conceptakten

2.1. De algemene en bijzondere informatieplicht

Art. 43 lid 1 Wna legt de notaris de verplichting op om, alvorens tot het verlijden van een akte over te gaan, aan de verschijnende partijen mededeling te doen van de inhoud daarvan en daarop een toelichting te geven. Hij dient daarbij volgens de derde volzin van het artikellid 'zo nodig' te wijzen op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien.² Deze laatst-

* Universitair hoofddocent notarieel recht, Universiteit Leiden, vaste medewerker van het WPNR.
(P.C.vanEs@law.leidenuniv.nl)

1. Onder notaris wordt hier ook verstaan: de kandidaat-notaris of de toegevoegd notaris.
2. Zie over de informatieplicht bij het verlijden van een akte krachtens volmacht, P.C. van Es, 'Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris', in: *KNB preadvies* 2007, p. 27-28.

bedoelde informatieplicht kan gezien worden als een codificatie van de onderstaande overweging uit het bekende Groningse huwelijksvoorwaarden-arrest:

‘Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot meer is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico’s.’³

Men spreekt in dit verband wel van de *Belehrungspflicht* van de notaris, maar in navolging van Boks geef ik er de voorkeur aan te spreken van de bijzondere informatie- of waarschuwingsplicht.⁴ Kenmerkend voor deze plicht is in ieder geval dat zij een incidenteel karakter heeft, getuige de woorden ‘zo nodig’ in de wettekst.⁵

De informatieplichten van art. 43 lid 1 Wna vormen een nadere uitwerking van het bepaalde in art. 17 lid 1 Wna, dat voorschrijft dat de notaris de belangen van de bij de rechtshandeling betrokken partijen behartigt ‘met de grootst mogelijke zorgvuldigheid’.

2.2. Het moment van uitoefening van de informatieplichten

De tekst van art. 43 lid 1 Wna in ogenschouw nemend, ontstaat de indruk dat het centrale moment waarop de notaris aan zijn algemene informatieplicht (en eventueel zijn bijzondere informatie- of waarschuwingsplicht) moet voldoen, gelegen is op het moment vlak voor het verlijden van de akte. Ten aanzien van de conceptakte stelt de eerste zin slechts de eis dat de partijen bij de akte (en de eventueel verschijnende andere personen) hiervan tijdig kennis kunnen nemen. Van belang in dit verband is ook de parlementaire geschiedenis bij art. 43 Wna, die aan de invulling van de informatieplicht geen al te strenge invulling lijkt te geven. In antwoord op de vraag wanneer de notaris er zeker van kan zijn dat hij op adequate wijze invulling heeft gegeven aan zijn informatieplicht, zegt de Staatssecretaris van Justitie:

‘Als de notaris ervan overtuigd is dat de verschijnende personen hebben begrepen wat de inhoud van de akte is, mag hij aannemen dat hij aan zijn informatieplicht heeft voldaan.’⁶

Wanneer men de notariële informatieplicht zo opvat dat het voldoende is dat de betrokken partij – op het moment vóór het verlijden van de akte – inzicht heeft in de inhoud van de akte, dan lijkt er op dit punt geen bezwaar te bestaan tegen de praktijk van het Doe het zelf-notariaat. Bij al deze initiatieven vindt er namelijk, voorafgaand aan het verlijden van de akte, enige vorm van overleg plaats tussen notaris en

cliënt, bij welke gelegenheid gecontroleerd kan worden of de cliënt de inhoud van de akte heeft begrepen.

Mijns inziens behelst de informatieplicht (en in ieder geval de zorgplicht waaruit deze voortspuit) echter meer dan uit de wettekst en de toelichting daarop lijkt te volgen. Een belangrijk punt dat over het hoofd wordt gezien, is dat er aan de uiteindelijke inhoud van de akte *keuzes* ten grondslag liggen. Het is ook de taak van de notaris de partij(en) bij de akte te informeren over het bestaan van deze keuzes en de implicaties die deze hebben. De notaris dient te bevorderen dat de cliënt op basis van relevante informatie de voor hem juiste keuzes maakt. Wanneer men dit als uitgangspunt neemt, rijzen er wel degelijk bezwaren tegen het Doe het zelf-notariaat, waar het rechtstreekse contact tussen notaris en cliënt immers pas tot stand komt als de keuzes in de conceptakte al zijn gemaakt. Illustratief in dit verband is de overweging van de Kamer van Toezicht te Amsterdam van 26 maart 2004:

‘Overigens is de kamer van oordeel dat voor een zorgvuldige behandeling van zaken een gesprek in persoon tussen de notaris en zijn cliënten voorafgaand aan het opstellen van conceptaktes noodzakelijk is, teneinde een zo volledig mogelijk beeld van de situatie van cliënten te verkrijgen. Dit geldt te meer voor familierechtelijke aangelegenheden. Het achterwege laten van een zodanig gesprek, wat in de praktijk steeds vaker voorkomt, beschouwt de kamer als een onwenselijke ontwikkeling. Klachtwaardig is dit in de gegeven omstandigheden echter niet.’⁷

De Kamer van Toezicht laat het bij een verzuchting, maar Hof Amsterdam oordeelt strenger:

‘Behoudens bijzondere omstandigheden, waarvan te dezen niet is gebleken, dient een notaris, of een kandidaat-notaris namens de notaris, in een persoonlijk onderhoud cliënten die hun geregistreerd partnerschap wensen te beëindigen te informeren over de gevolgen die daaraan zijn verbonden. In zo’n persoonlijk onderhoud

3. HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766. Zie over de vraag of er inderdaad sprake is van een codificatie van het arrest (nu het arrest spreekt over ‘risico’s’ en de wettekst over ‘gevolgen’), P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, in: *KNB preadvies* 2007, p. 16-17 en de daar vermelde literatuur.
4. D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 84.
5. Zie ook D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 88.
6. *TK* 1995-1996, 23 706, nr. 6, p. 50.
7. Te kennen uit Hof Amsterdam 17 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU6548 (De goedkoopste notaris).

dient deze notaris of kandidaat-notaris tevens te beoordelen of de cliënten werkelijk uitsluitend behoefte hebben aan een akte die uitsluitend de formele ontbinding van het geregistreerd partnerschap inhoudt dan wel een uitgebreidere regeling wensen of nodig hebben en hen terzake nadere informatie te verschaffen.⁸

Uit de bovenstaande overweging blijkt niet expliciet dat in deze familierechtelijke aangelegenheid het persoonlijk onderhoud dient plaats te vinden voorafgaand aan het opstellen van de conceptakte, maar het ligt wel voor de hand dat het hof dit bedoelt. De klacht waar het oordeel betrekking op heeft, vermeldt namelijk onder meer dat het contact dat klager met het kantoor van de notaris in de voorfase heeft gehad, slechts telefonisch was.

2.3. De omvang van de informatieplichten in verband met de aard van de rechtshandeling, de deskundigheid van de partij(en) en de omstandigheden van het geval

Het bovenstaande wil zeker niet zeggen dat de handelwijze waarbij het eerste fysieke contact tussen de notaris en de cliënt pas plaatsvindt op het moment vlak voorafgaand aan het verlijden van de akte, in alle gevallen strijdig is met de op de notaris rustende informatie- en zorgplicht. Een eerste opmerking die hier op haar plaats is, is dat de bovengeciteerde overwegingen van de Kamer van Toezicht en het Hof Amsterdam betrekking hebben op akten waarin 'familierechtelijke aangelegenheden' worden gerelateerd. Dit zijn typisch akten waarbij juist de onderliggende keuzes van groot belang zijn. Er zijn ook akten waarbij rechtshandelingen worden vastgelegd waarvoor geldt dat de belangrijkste onderliggende keuzes al eerder zijn gemaakt, buiten de notaris om. Te denken valt hierbij aan leveringsakten en hypotheekakten. Een conceptakte met een toelichting en een informerend gesprek voorafgaand aan het verlijden van de akte zouden hier in beginsel kunnen volstaan. Dit is echter anders wanneer er sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals het zich voordoen van grote prijsverschillen ten opzichte van een voorafgaande koop en levering, ongebruikelijke bedingen in een hypotheekakte of een hypotheek waarbij zekerheid wordt verleend ten behoeve van een derde. In deze gevallen is de bijzondere informatie- of waarschuwingsplicht van de notaris geïndiceerd. Het juiste moment om hier invulling aan te geven is niet het moment waarop de notaris al met een passeerklare conceptakte klaar zit, maar een eerder moment. De cliënt moet de specifiek tot hem gerichte waarschuwing kunnen laten bezinken en moet de gelegenheid hebben om zich te beraden op zijn verdere handelen. Steun voor dit standpunt kan gevonden worden in een uitspraak van de Kamer van Toezicht te 's-Gravenhage van 19 november 2008.⁹ Klager heeft in deze zaak een koopovereenkomst gesloten met A ten aanzien van een perceel grond. Om 'financieel-

technische' redenen verkoopt en levert A het perceel eerst aan B, waarbij in de leveringsakte wordt bepaald dat A – met instemming van klager – al haar rechten en verplichtingen uit de koopovereenkomst met klager, overdraagt aan B. Klager voert in deze zaak aan dat de notaris hem in onvoldoende mate heeft gewezen op de gevolgen (onder meer betrekking hebbend op de omzetbelasting) die deze gewijzigde opzet voor hem heeft. De Kamer van Toezicht oordeelt als volgt:

'De notaris heeft aangevoerd dat hij de aanpassingen bij het bespreken van de leveringsakte uitgebreid aan klager en diens echtgenote heeft toegelicht en met hen heeft behandeld. Naar het oordeel van de Kamer is dat te laat en had hij deze omvangrijke en zeer relevante informatie eerder en schriftelijk onder de aandacht van klager dienen te brengen. Zulks heeft de notaris niet gedaan.'

Naast de aard van de rechtshandeling en de omstandigheden van het geval, speelt bij de bepaling van de omvang van de informatieplichten ook de deskundigheid van de bij de akte betrokken partij(en) een rol. Het standaardarrest op dit gebied is nog steeds HR 27 maart 1992, NJ 1993, 188 (*Meijer/notaris S.*). De Hoge Raad wijdt in dit arrest een overweging aan de op grond van het Credit Lyonnais-arrest¹⁰ op de notaris rustende zorgplicht 'ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de akte opgenomen rechtshandelingen'. De Hoge Raad merkt op dat de bedoelde zorgplicht daar haar grens vindt:

'...waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de betreffende belanghebbende zichzelf reeds op de hoogte had gesteld of dat deze tevoren reeds voldoende inzicht had in hetgeen voor die gevolgen vereist was'.

De in dit arrest uitgezette lijn kan worden doorgetrokken naar situaties waarin het gaat om de grens van de algemene en bijzondere informatieplicht. Ook deze vinden daar hun grens waar de notaris goede grond heeft te vertrouwen dat de cliënt zichzelf reeds op de hoogte heeft gesteld.¹¹

8. Hof Amsterdam 17 november 2005, ECLI:NL:GHAMS:2005:AU6548 (De goedkoopste notaris), r.o. 7.2.
9. ECLI:NL:TNOKSGR:2008:YC0108 (niet gepubliceerd op Rechtspraak.nl, maar te vinden op Tuchtrecht.overheid.nl).
10. HR 28 september 1990, NJ 1991, 473.
11. Vgl. D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2002, p. 102-103 en Rb. Zwolle-Lelystad 8 april 2009, ECLI:NL:RBZLY:2009:BI3406.

Ook het Hof Amsterdam benadrukt in een recente tuchtrechtspraak het belang van de deskundigheid van een betrokken partij en/of zijn adviseurs bij de bepaling van de omvang van de informatieplicht:

‘Het feit dat een cliënt (in casu klager) wordt bijgestaan door professionele adviseurs zou van invloed kunnen zijn op de informatieplicht van een notaris in dat specifieke geval. Aan beantwoording van de vraag of dat hier het geval was komt het hof echter niet toe, nu de notaris geen enkel onderzoek heeft gedaan naar de deskundigheid van klagers adviseurs.’¹²

De deskundigheid van de betrokken partijen kan een rol spelen bij de beoordeling van de geoorloofdheid van bepaalde initiatieven waarbij gewerkt wordt met automatisch gegenereerde conceptakten aan de hand van een vragenlijst. Zo bestaat er vanuit het perspectief van de op de notaris rustende zorg- en informatieplichten in mijn ogen geen bezwaar tegen een automatisch gegenereerde conceptakte voor de oprichting van een BV wanneer de betrokken partij of zijn adviseurs als deskundigen op het gebied van het vennootschapsrecht kunnen worden aange-merkt.

Men zou tot op zekere hoogte ook kunnen stellen dat een partij deskundigheid verwerft wanneer hij een vragenlijst met een uitvoerige toelichting beantwoordt. Hier past echter grote voorzichtigheid omdat een persoonlijk gesprek (met de mogelijkheid tot het stellen van voor de betrokken partij relevante vragen) zich moeilijk laat vervangen door een geautomatiseerd systeem. Illustratief is de onderstaande vraag die aan de van de HEMA Notaris-service gebruik makende cliënten wordt voorgelegd:

‘Heb je een partner en wil je problemen in de toekomst voorkomen als je relatie eindigt of één van beiden overlijdt?’

In mijn ogen kan iemand die deze vraag bevestigend beantwoordt niet worden geacht voldoende inzicht te hebben in de keuze die hij hiermee onder meer maakt om de wilsrechten van art. 4:19 BW en art. 4:20 BW uit te sluiten.

2.4. Tussenconclusie

Vanuit het oogpunt van de notariële zorgplicht en de hiermee samenhangende algemene informatieplicht en bijzondere informatie- of waarschuwingsplicht, zitten er aardig wat haken en ogen aan de werkwijze waarbij een conceptakte automatisch wordt gegenereerd aan de hand van een door de cliënt in te vullen vragenlijst. Een categorisch verbod op deze werkwijze behelzen de hierboven vermelde plichten mijns inziens niet. De toelaatbaarheid hangt af van verschillende factoren zoals de aard van de rechtshandeling die in de akte wordt vastgelegd, de deskundigheid van de betrokken partij(en) en de omstandigheden van het geval.

Het systeem zal in ieder geval zo moeten werken dat die gevallen er uit worden gefilterd waarin de bijzondere informatie- of waarschuwingsplicht op zijn plaats is. Een waarschuwing moet tijdig worden gegeven (zodat deze kan bezinken) en niet pas vlak voor het passeren van de akte. Ook de gecompliceerdere gevallen, waarin de cliënt zonder nadere informatie of advies van de notaris geen goed gefundeerde keuzes kan maken, lenen zich niet voor gebruikmaking van een online conceptakte. De ruimte die er dan voor de hier aan de orde zijn geautomatiseerde werkwijze overblijft, is daar gelegen waar de cliënt – mede met het oog op zijn deskundigheid – de in de akte te maken keuzes kan overzien. Het is niet uitgesloten dat de vragenlijst en de toelichting zodanig duidelijk zijn dat ook een in beginsel niet deskundige cliënt geacht kan worden op basis hiervan goed geïnformeerde en gefundeerde keuzes te kunnen maken. Ik ben echter van mening dat dit niet snel kan worden aangenomen.¹³

Voor de goede orde zij nog opgemerkt dat in een procedure over de vraag of een notaris zich in voldoende mate heeft gekweten van zijn zorg- en informatieplichten, op de notaris de zogeheten verzwaarde stelplicht rust. Dit betekent dat hij – bijvoorbeeld door het overleggen van dossierstukken – concreet moet aangeven op welke wijze aan deze plichten is voldaan.¹⁴ Deze verzwaarde stelplicht heeft bij het gebruik maken van geautomatiseerde conceptakten mijns inziens ook betrekking op de vraag of en, zo ja, op grond waarvan de notaris ervan uit mocht gaan dat de partij(en) bij de akte de gemaakte keuzes kon(den) overzien.

3. Het provisieverbod en de mogelijkheid om notariële werkzaamheden uit te besteden aan een intermediair

Art. 9 van de Verordening beroeps- en gedragsregels bepaalt dat het de notaris niet geoorloofd is provisie te betalen of te ontvangen voor het aanbrengen van opdrachten. Het artikel heeft volgens de toelichting bij de Beleidsregel provisie als strekking te voor-

12. Hof Amsterdam 29 mei 2012, ECLI:NL:GHAM:2012:BX9016, r.o. 6.2.

13. De problematiek van de wils(on)bekwaamheid laat ik hier buiten beschouwing. Bij gerede twijfel aan de wilsbekwaamheid van een partij bij de akte zal de notaris die gebruik maakt van geautomatiseerde conceptakten, net als iedere andere notaris, het Stappenplan van de KNB moeten volgen.

14. Vgl. HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 en zie Rb. Noord-Holland 8 januari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:125, r.o. 4.21.

komen dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris in gevaar wordt gebracht.¹⁵

Onder het verbod valt in ieder geval de rechtstreekse betaling van provisie, waarbij men kan denken aan een notaris die een bepaald bedrag betaalt aan een makelaar voor elke cliënt die deze aanbrengt. Ook indirecte vergoedingen kunnen echter onder het provisieverbod vallen. Een voorbeeld van ongeoorloofde indirecte provisiebetaling is te vinden in de uitspraak van de hoogste tuchtrechter inzake Makelaarsland. De klacht in deze procedure was gericht tegen een notariskantoor dat een arrangement was aangegaan met de makelaarsorganisatie: Makelaarsland BV. Opdrachtgevende verkopers betaalden bij Makelaarsland een vaste courtage van € 795, in welk bedrag ook de kosten waren begrepen van het opstellen en het bij de notaris ondertekenen van de koopakte. De benodigde werkzaamheden ten aanzien van de koopakte werden verricht door het notariskantoor in samenwerking met een aantal lokale notarissen.

Ten aanzien van de klacht dat in deze constructie ‘de indruk van overtreding van het provisieverbod kon ontstaan’, overweegt het hof het volgende:

‘Ter zitting is namens de notarissen verklaard dat Makelaarsland in het kader van het Arrangement een bedrag van € 50.000,- exclusief omzetbelasting heeft betaald aan [het notariskantoor] en dat [het notariskantoor] ter uitvoering van het Arrangement ongeveer 3200 koopaktes heeft opgesteld. Dit betekent dat Makelaarsland [het notariskantoor] per opgestelde koopakte minder dan € 16,- heeft betaald. Dit bedrag kan niet worden beschouwd als een gangbare vergoeding voor het opstellen van een koopakte, zodat de conclusie moet zijn dat [het notariskantoor] aan Makelaarsland in het kader van het Arrangement een tegemoetkoming heeft gegeven in de vorm van een aanzienlijke korting op de kosten van het opstellen van de koopakten. De kamer heeft terecht geoordeeld dat [het notariskantoor] onder die omstandigheden een op geld waardeerbaar voordeel aan een derde verschaft en daarmee het provisieverbod overtrad. De stelling van de notarissen dat geen sprake is van provisie omdat het uiteindelijk de verkopers waren die bevoordeeld werden door de constructie doordat zij niet, althans een bedrag dat veel lager is dan gebruikelijk, betaalden voor het opstellen van de koopakte, wordt verworpen. Doel van de medewerking van de notarissen aan het Arrangement was immers zonder twijfel het verkrijgen van opdracht tot het passeren van de leverings- en de hypotheekakte.’

Opgemerkt moet worden dat de cliënten van Makelaarsland niet verplicht waren de opdracht tot het verzorgen van de leveringsakte en de hypotheekakte te geven aan het notariskantoor dat het arrangement was aangegaan met Makelaarsland. Uiteinde-

lijk werd er slechts (indirecte) provisie betaald om deel uit te maken van een constructie die een goede kans creëerde dat de cliënten zich tot de provisiebetalende notaris zouden wenden. Niet alleen betaling ter verkrijging van een opdracht, maar ook betalingen ter vergroting van de kans op verkrijging van een opdracht, kunnen volgens de hoogste tuchtrechter leiden tot een schending van het provisieverbod. Dit sluit aan bij de toelichting op de Beleidsregel provisie, waar te lezen valt dat het bij het provisieverbod niet alleen gaat om een tegemoetkoming ter verkrijging van een concrete opdracht.

Van indirecte provisiebetaling kan ook sprake zijn wanneer een notaris gebruik maakt van een intermediair die bepaalde voorbereidende werkzaamheden verricht. Zo’n intermediair kan een notaris zijn (zoals in het geval van de Postbank Notarisservice¹⁶), maar het kan ook een niet-notaris zijn (zoals in de Intermediaris-zaak¹⁷ of in het geval van de HEMA Notarisservice). Uit de twee in noot 16 en 17 vermelde uitspraken kan worden afgeleid dat het gebruik maken van een intermediair die voorbereidende werkzaamheden verricht, geen inbreuk op het provisieverbod inhoudt wanneer de vergoeding die de intermediair ontvangt, kan worden aangemerkt als een reële vergoeding voor de door de intermediair verrichte werkzaamheden.¹⁸

In deze uitspraken komt ook de aan de vraag naar overtreding van het provisieverbod voorafgaande vraag aan de orde, in hoeverre het is toegestaan dat een notaris bepaalde aan het verlijden van de akte voorafgaande werkzaamheden aan een mede-notaris of derde uitbesteedt. Uit de uitspraken kan worden afgeleid dat dit geoorloofd is, mits de passerende notaris de eindverantwoordelijkheid behoudt en hij – zoals dat in de uitspraak inzake de Postbank Notarisservice wordt verwoord – ‘ten volle de op hem als zodanig rustende wettelijke taken vervult’.¹⁹

15. Op welke wijze provisiebetaling de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris bedreigt, is mij niet geheel duidelijk. Een reël bezwaar tegen provisiebetaling is in ieder geval dat er een ondoorzichtige kostenpost ontstaat die uiteindelijk weer voor rekening van de cliënt komt. Verdedigbaar is ook de stelling van de Minister van Justitie dat bij het notarisambt geen provisie past omdat het hierbij (deels) gaat om het uitoefenen van staatsmacht (zie ‘Eindverslag inventarisatie vrije beroepen: notariaat’ van de Nederlandse Mededingingsautoriteit uit 2007, p. 14).

16. Hof Amsterdam 30 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV7725.

17. Hof ‘s-Gravenhage 19 januari 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AU9955. Zie over deze uitspraak van de civiele rechter, waarin het notariële provisieverbod vrij beperkt lijkt te worden geïnterpreteerd, P.C. van Es, ‘Het provisieverbod van artikel 12 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels’, JBN 2006, 33.

18. Vergelijk ook de Beleidsregel provisie onder 2 en 3.

19. Hof Amsterdam 30 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AV7725, r.o. 7.3. Zie ook art. 3 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de regels met betrekking tot het uitbesteden van werkzaamheden en het provisieverbod niet in de weg hoeven te staan aan initiatieven waarbij conceptakten buiten de notaris om automatisch worden gegenereerd. Een voorwaarde is hierbij wel dat er evenwicht bestaat tussen de door de notaris en de intermediair verrichte werkzaamheden en het door hen te ontvangen deel van het honorarium. Wanneer het evenwicht ontbreekt en de notaris onder de kostprijs werkt, is er wel sprake van overtreding van het provisieverbod. De reden voor een notaris om mee te werken aan deze voor hem niet direct winstgevend (en ongeoorloofde) constructie zou gelegen kunnen zijn in de verwachting dat de binnengehaalde cliënt hem in de toekomst lucratievere opdrachten zal verstrekken.

4. Het Doe het zelf-notariaat en de (on)doorzichtigheid van de aan de cliënt in rekening te brengen kosten

De meeste aanbieders van online conceptakten schermen op hun site met een relatief lage prijs voor de akte. Van belang in dit verband is dat op een notaris de plicht rust om transparant te offeren. Hof Amsterdam verwoordt dit in een recente tuchtrecht-uitspraak als volgt:

‘Het hof is van oordeel dat met betrekking tot de wijze van offeren door een notaris als uitgangspunt dient te gelden dat duidelijkheid moet bestaan omtrent de door deze in rekening te brengen kosten. Het door een notaris geoffreerde tarief dient alle gebruikelijke werkzaamheden te omvatten in die zin dat een reële mogelijkheid bestaat dat uiteindelijk inderdaad slechts dat basistarief in rekening wordt gebracht. De mogelijkheid om extra werkzaamheden in rekening te brengen dient beperkt te blijven tot werkzaamheden die ten tijde van het uitbrengen van de offerte door de notaris in redelijkheid niet kunnen worden voorzien.’²⁰

De site van de HEMA Notarisservice vermeldt expliciet dat gebruik van de service alleen mogelijk is in bepaalde standaardsituaties. Wanneer de cliënt andere zaken wil regelen dan in de akte staan, dan dient hij volgens de ‘Algemene voorwaarden aangesloten notarissen’ daarvoor de notaris een aparte opdracht te geven.

Ik ben van mening dat deze bepaling – in het licht van de plicht om transparant te offeren – de notaris niet ontslaat van de verplichting om, zonder extra kosten in rekening te brengen, wijzigingen aan te brengen in de conceptakte binnen de standaard-situatie. Men kan hierbij denken aan het alsnog van toepassing verklaren van de wilsrechten van art. 4:19 BW en art. 4:20 BW (al dan niet slechts ten aanzien van bepaalde goederen²¹) of aan het in een samenlevingsovereenkomst opnemen van een verplichting om alimentatie te betalen.

5. Het Doe het zelf-notariaat en de geheimhoudingsplicht

De aanbieder van diensten waarbij online een notariële akte kan worden opgesteld is in de meeste gevallen een niet-notariële intermediair die samenwerkt met aangesloten notarissen.²² De gangbare werkwijze bij het opstellen van online conceptakten heeft twee facetten die vanuit de vraag naar de notariële geheimhoudingsplicht enige aandacht behoeven.

Het gaat hier ten eerste om het feit dat de cliënt aan de intermediair (die geen wettelijke geheimhoudingsplicht heeft en geen verschoningsgerechtigde is) alle relevante (vertrouwelijke) gegevens verschaft die nodig zijn voor het genereren van de conceptakte. Het tweede punt betreft de omstandigheid dat aan het einde van de rit de notaris aan de intermediair op de een of andere manier zal laten weten dat de akte gepasseerd is. Dit tweede punt zou geen probleem zijn als de cliënt voor deze terugmelding toestemming zou kunnen verlenen en aldus de notaris van zijn geheimhoudingsplicht zou kunnen ontslaan. Aan deze oplossing staat echter in de weg dat art. 4 van de Verordening beroeps- en gedragsregels bepaalt dat de notaris zich niet door de opdrachtgever van zijn geheimhoudingsplicht kan laten ontslaan. Over deze regel heb ik mij eerder kritisch uitgelaten.²³ Het verbod op ontslag van de geheimhoudingsplicht heeft mijns inziens alleen goede zin wanneer er een rechtszaak aanhangig is waarin de cliënt is betrokken. Het is ook in die context dat de Hoge Raad heeft bepaald dat een eventueel ontslag van de geheimhoudingsplicht, het verschoningsrecht van de notaris niet beperkt. De ratio van de regel is volgens de Hoge Raad dat anders:

‘...de geloofwaardigheid van hen die zich tot de betreffende vertrouwenspersoon hebben gewend, ongunstig zou kunnen worden beïnvloed door hun weigering hem [de notaris] uit zijn geheimhoudingsplicht te ontslaan, zodat de vrees dat zij daardoor naderhand tot een zodanig ontslag zouden worden genoopt hen ervan zou kunnen weerhouden de hulp van die vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken’.²⁴

20. Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:274, r.o. 6.4.

21. Zie art. 4:25 lid 6.

22. Een uitzondering vormt het Easynotary-concept, waarover G.J.C. Lekkerkerker, ‘Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn cliënt’ *WPNR* (2014) 7013, p. 322.

23. Zie P.C. van Es, ‘Informatieplicht en geheimhoudingsplicht van de notaris’, in: *KNB preadvies* 2007, p. 32-35.

24. HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (Ogem/notaris Maas), r.o. 3.3.

Deze gedachtegang kan alleen verklaren waarom ontslag van de geheimhoudingsplicht *in rechte* niet geoorloofd is, maar niet waarom een cliënt dit *buiten rechte* niet zou mogen doen. Ik zou daarom willen pleiten voor aanpassing van de beroepsregel, daarbij indachtig dat ook bijvoorbeeld een patiënt de arts van zijn geheimhoudingsplicht kan ontslaan.²⁵

Ten aanzien van het eerste punt (de toelaatbaarheid van de constructie waarin de cliënt alle voor de conceptakte van belang zijnde (vertrouwelijke) informatie deelt met een niet-geheimhoudingsplichtige intermediair) heb ik mij eerder uitgelaten in een artikel in het JBN.²⁶

Ik heb daar als mijn mening te kennen gegeven dat notarissen die binnen zo'n constructie werken niet hun geheimhoudingsplicht van art. 22 Wna schenden, maar wel de vertrouwensrelatie ondergraven die art. 22 Wna beoogt mogelijk te maken. Dit handelen in strijd met de geest van art. 22 Wna is mogelijk een handelen in strijd met hetgeen een behoorlijk notaris betaamt (art. 93 Wna).

Ter nuancering wil ik hieraan toevoegen dat veel mensen er in dit tijdsgewricht weinig moeite mee hebben informatie via het internet te delen, zonder zich al te druk te maken over de vraag wat er met deze informatie kan gebeuren. In dit licht zou de bedoelde werkwijze toelaatbaar kunnen worden geacht, onder de voorwaarde dat de betreffende sites duidelijk vermelden dat de te verschaffen informatie – anders dan wanneer de cliënt zich rechtstreeks tot de notaris zou wenden – niet valt onder de notariële geheimhoudingsplicht en het daarmee samenhangende verschoningsrecht. Een afgeleid verschoningsrecht zou ik aan de intermediair overigens niet willen toekennen, omdat het inschakelen van de intermediair volstrekt onnodig is om de cliënt optimaal van dienst te zijn. Uit HR 29 maart 1994, NJ 1994, 552 (E. Bos RA), r.o. 4.7 kan worden afgeleid dat de noodzaak om een derde in te schakelen een voorwaarde is voor het toekennen van een afgeleid verschoningsrecht:

‘De aard en complexiteit van een aangelegenheid die aan een advocaat wordt toevertrouwd kunnen meebrengen dat hij het voor een behoorlijke vervulling van zijn taak als raadsman noodzakelijk oordeelt een al dan niet aan zijn kantoor verbonden derde als deskundige in te schakelen om zo over de vereiste speciale deskundigheid te kunnen beschikken welke hij zelf niet heeft. In aanmerking genomen dat die deskundige in verband met de uitvoering van de hem door de advocaat gegeven opdracht zo nodig kennis moet kunnen nemen van bepaalde gegevens en stukken ten aanzien waarvan de plicht tot geheimhouding voor de advocaat geldt, is ook in zoverre een uitbreiding van diens geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht geboden.’

6. Tot slot; de toekomst van het notariaat: bulkakten en specialisatie?

Een tweedeling in het notariaat lijkt onontkoombaar. Er zullen notarissen zijn die voornamelijk op prijs concurreren ten aanzien van akten die als ‘standaard’ kunnen worden beschouwd en er zullen notarissen met specialistische kennis zijn die concurreren op kwaliteit en servicegerichtheid.²⁷ Concurreren op prijs betekent in ieder geval dat er zo efficiënt mogelijk gewerkt moet worden en de informatie- en communicatietechnologie zal hierbij blijvend een belangrijke rol spelen.²⁸ Zoals in deze bijdrage aan de orde is gekomen kleven er aan de huidige praktijk van de online conceptakten nog verschillende haken en ogen. Het is echter mijn verwachting dat er uiteindelijk een modus wordt gevonden waarin deze werkwijze ten aanzien van *bepaalde* akten onder *bepaalde* omstandigheden en voorwaarden (waaronder de eindverantwoordelijkheid van de notaris), niet meer stuit op wettelijke of tuchtrechtelijke bezwaren.

Het lijkt mij in dit verband goed om aan het slot van deze bijdrage ook nog kort aandacht te besteden aan de notarissen aan de andere zijde van het spectrum, waar geconcentreerd wordt op kwaliteit en servicegerichtheid. Concurreren op kwaliteit kan betekenen dat een notaris zich vergaand moet specialiseren op een bepaald rechtsgebied. Een gespecialiseerde notaris kan echter stuiten op het bepaalde in art. 21 Wna, op grond waarvan hij (of in ieder geval het kantoor of samenwerkingsverband waarvan hij deel uitmaakt) verplicht is om alle algemeen gebruikelijke notariële diensten te verrichten. Het lijkt mij dat deze bepaling (die per 1 januari 2012 is aangepast maar nog steeds uitgaat van de *full service*-gedachte op kantoor- of samenwerkingsniveau²⁹) niet meer past in de huidige tijd waarin het ondernemerschap van de notaris steeds meer op de voorgrond is getreden. De ministerieplicht hangt nauw samen met het domeinmonopolie. De gedachte is dat waar een burger gedwongen wordt de tussenkomst van een notaris/ambtenaar in te roepen, het geen pas geeft dat die notaris/ambtenaar (zonder gegronde redenen) die dienst kan weigeren.

25. Zie art. 7:457 lid 1 BW.

26. PC. van Es, ‘HEMA: Hier Eveneens Mooie Aktes’, *JBN* 2013, 62.

27. Vergelijk het interview met Rob van Otterloo in *Notariaat Magazine* 2014, nr. 3, p. 28-30 en G.J.C. Lekkerkerker, ‘Nieuwe toepassingen van informatie- en communicatietechnologie voor de notaris en zijn cliënt’ *WPNR* (2014) 7013, p. 326.

28. Concurreren op prijs kan ook door bijvoorbeeld het voeren van een B-merk door een gevestigd notariskantoor. Zie hierover *Notariaat Magazine* 2013, nr. 11, p. 24.

29. Zie art. 21 lid 3 Wna.

Nu de marktwerking ervoor gezorgd heeft dat door het notariaat gevochten wordt om iedere cliënt, overtuigt deze redenering niet meer. Afschaffing van de ministerieplicht zou gepaard kunnen gaan met een bepaling in de trant van art. 54 Wna, inhoudende dat er bij AMvB maatregelen getroffen kunnen worden wanneer de toegankelijkheid van het notariaat (voor bepaalde diensten) in gevaar komt.

Afschaffen van de ministerieplicht wil overigens niet zeggen dat een notaris tijdens de universitaire studie en de beroepsopleiding niet breed moet worden opgeleid. In het notariële recht hangen de verschillende rechtsgebieden nauw met elkaar samen en een specialist moet in ieder geval kunnen signaleren wanneer zich mogelijk complicaties voordoen op een aanpalend rechtsgebied.