

46. Notaris en nevenbetrekking

J.J.H. HERMELING

In deze bijdrage staat de uitspraak van de Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden van 10 oktober 2018 centraal. Daaruit blijkt dat de onafhankelijkheid van de notaris ook eisen stelt aan zijn nevenbetrekkingen. Voor de praktijk is het van belang om na te gaan of de werkzaamheden die de notaris in het kader van zijn nevenbetrekking verricht, verenigbaar zijn met zijn onafhankelijkheid.

1. Feiten

De uitspraak heeft betrekking op een notaris die tevens bestuurder was van een stichting. De stichting was gevestigd op het kantooradres van de notaris en faciliteerde het investeren in ondernemingen door het verstrekken van financieringen. In presentaties van de stichting aan potentiële investeerders werd de notaris nadrukkelijk als secretaris van de stichting gepresenteerd en voorgesteld als ‘het geweten van de stichting’. In de presentatie werd benadrukt dat zonder medewerking van de notaris geen gelden van de rekening af konden worden gehaald, dat de notaris de benodigde notariële akten zou vervaardigen alsmede toezicht zou houden op en medeverantwoordelijk was voor de uitvoering van elk contract. Investeerders konden, ook via de derdengeldenrekening van de notaris, gelden storten op de bankrekening van de stichting. In zijn rol van secretaris van de stichting verzorgde de notaris de *due diligence* en hield hij toezicht op de uitvoering van de financieringen door de stichting. Hiervoor opende de notaris in privé twee bankrekeningen. Daarnaast verzorgde de notaris in zijn rol als onafhankelijke notaris het opmaken van onder andere de bijbehorende notariële geldleningsakten, akten van verpanding en akten van depot. Die betreffende akten zijn gepasseerd door een waarnemend kandidaat-notaris van de notaris. De notaris was ten tijde van het indienen van de klacht reeds gedefungeerd. (r.o. 2.3-2.5 en 4.2.1).

2. Klacht: schending van de onafhankelijkheid

Het BFT klaagt bij de kamer over (1) schending van de onafhankelijkheid, (2) schending van de onderzoeksplicht, en (3) schending van de zorgvuldigheidsplicht. Deze bijdrage spitst zich toe op het eerste onderdeel van de klacht: schending van de onafhankelijkheid op grond van art. 17 lid 1 Wna en het handelen in strijd met art. 2 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (hierna: Vbgr). Die laatste regel houdt kortgezegd in dat een notaris zich in de

uitoefening van zijn beroep en daarbuiten zodanig dient te gedragen dat het vertrouwen in het notariaat en in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad.

3. Oordeel kamer voor het notariaat

De kamer overweegt als volgt:

‘De kamer volgt klager in zijn standpunt dat partijen mede afgaan op de betrouwbaarheid die afstraalt van de medewerking van een onafhankelijk notaris aan een transactie. De oud-notaris had zich hier terdege bewust van moeten zijn. In casu werd die gewekte betrouwbaarheid versterkt door het feit dat zowel de Stichting als de bank (administratief) op het kantooradres van de oud-notaris gevestigd (zou) zijn. Met zijn handelwijze heeft de oud-notaris bijgedragen aan de onjuiste beeldvorming van zijn betrokkenheid bij de beoogde financieringsconstructies en zijn toezichtrol. Daarnaast werd of kon door zijn secretarisrol binnen de Stichting de onafhankelijkheid of onpartijdigheid van de oud-notaris als notaris worden beïnvloed. Bij het vervaardigen van de notariële akten en de verantwoordelijkheid voor de uitvoering had de oud-notaris twee petten op: notaris en bestuurder van de Stichting. Met zijn handelen heeft de oud-notaris in strijd gehandeld met zijn onafhankelijkheid ex artikel 17 Wna en het vertrouwen in het notariaat ex artikel 2 Vbg 2011 geschaad. Dit klacht-onderdeel is derhalve gegrond.’ (r.o. 4.4)

De kamer acht de klacht op alle onderdelen gegrond. Met name het feit dat de notaris zijn onafhankelijkheid heeft geschonden door zowel als secretaris van de stichting en als notaris op te treden en het ten onrechte bij partijen gewekte vertrouwen, wordt de notaris zwaar aangerekend. Gezien de ernst van de normenschending acht de kamer in beginsel ontzetting uit het ambt een passende maatregel. Maar omdat de notaris inmiddels vanwege zijn leeftijd is

gedefungeerd en in twee samenhangende zaken tweemaal is geschorst, legt de kamer geen maatregel op.

4. Commentaar: nevenbetrekking en onafhankelijkheid

De uitspraak gaat over de invloed van een nevenbetrekking op de onafhankelijkheid van de notaris. Het uitoefenen van een nevenbetrekking, zoals een bestuursfunctie bij een stichting, hoeft de onafhankelijkheid niet te beïnvloeden en is dan ook wettelijk toegestaan. Art. 9 Wna kwalificeert een bestuursfunctie immers niet als een met het ambt onverenigbare nevenbetrekking. De nevenbetrekking dient op grond van art. 11 Wna wel terstond te worden gemeld aan de KNB en de kamer voor het notariaat. De kamer kan de nevenbetrekking op voorhand ongewenst verklaren indien het vermoeden bestaat dat de onafhankelijkheid van de notaris kan worden beïnvloed. Zie art. 11 lid 2 Wna. Daarnaast kan het voorkomen dat een notaris naderhand tuchtrechtelijk ter verantwoording wordt geroepen over het handelen in het kader van zijn nevenbetrekking.

Dit roept de vraag op wanneer een nevenbetrekking de onafhankelijkheid van de notaris beïnvloedt. Al snel is sprake van een grijs gebied waarin het moeilijk is heldere kaders te schetsen. Toch zijn er drie indicatoren te noemen die aangeven wanneer de onafhankelijkheid van de notaris mogelijk wordt beïnvloed.

Een eerste indicator is de betrokkenheid van derden en de schijn van notariële betrokkenheid die jegens die derden kan worden gewekt. Derden zullen al snel een onafhankelijk notaris voor ogen hebben, terwijl hij dat door de belangen die hij bij zijn nevenbetrekking heeft niet is. Gezien het publieke vertrouwen in de onafhankelijke positie van de notaris, is het aan de notaris om duidelijkheid te verschaffen over zijn hoedanigheid. De Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden oordeelde recent dat een notaris zich bewust dient te zijn van wisselende rollen en posities en dient te handelen volgens de normen die bij die rollen en posities horen (Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 29 april 2019 ECLI:NL:TNORARL:2019:28). In de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat is de notaris niet onafhankelijk ten opzichte van de investeerders, omdat hij een belang heeft bij het aantrekken van investeerders en als bestuurder is gebonden aan besluiten van de stichting. Daarnaast wordt de schijn van onafhankelijkheid gewekt door de notaris tegenover de investeerders te afficheren als ‘het geweten van de stichting’, terwijl de stichting is gevestigd op het adres van de notaris. Deze constructie en beeldvorming over de betrokken notaris geven de investeerders geen duidelijkheid maar wekken juist de schijn van een onafhankelijke notaris. Die gewekte schijn wordt de notaris zwaar aangerekend.

Een tweede indicator betreft de aard van de werkzaamheden. Niet iedere werkzaamheid die de notaris verricht als bestuurder tegenover derden zal zijn onafhankelijkheid

aantasten. Indien de notaris typische bestuurstaken verricht jegens derden zal er in beginsel niets aan de hand zijn. Maar zodra de notaris typisch notariële werkzaamheden verricht, is al snel sprake van een grijs gebied. Gedacht kan worden aan een notaris die in zijn hoedanigheid van bestuurder van een stichting met een goed doel betrokken derden juridische adviezen geeft over fiscale en civiele aspecten van schenkingen. Ook bij deze werkzaamheden is het in de eerste plaats zaak om duidelijkheid te verschaffen over zijn hoedanigheid. Bij bepaalde werkzaamheden volstaat het geven van duidelijkheid echter niet. De kamer lijkt een duidelijke lijn te willen trekken door te oordelen dat een notaris bij het vervaardigen van akten en het dragen van de verantwoordelijkheid voor de uitvoering daarvan, geen twee petten op mag hebben. Volledigheidshalve kan worden opgemerkt dat de notaris op grond van art. 19 lid 1 Wna die akten niet mag verlijden. Diens waarnemer lijkt op grond van art. 19 lid 4 Wna die akten eveneens niet te mogen verlijden. (Zie over dit laatste anders: Melis/Waaijer 2019, p. 203)

Een derde indicator betreft de situatie waarin een notaris bij de uitoefening van zijn notariële praktijk een financieel belang heeft bij zijn nevenbetrekking. Illustratief is de uitspraak van Hof Amsterdam van 17 maart 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BL7913). Die uitspraak betrof een notaris die tevens voorzitter van de raad van commissarissen was van een woningbouwvereniging. De notaris was tevens verbonden aan het notariskantoor dat als vaste notaris voor de verkoop van huurwoningen van de woningbouwcoöperatie optrad. Ter voorkoming van een belangenverstremgeling had de notaris geen inhoudelijke bemoeienis met de dossiers. Het hof legt de betreffende notaris een berisping op en overwoog als volgt:

‘het hof is van oordeel dat de notaris door de combinatie van haar voorzitterschap van de Raad van Commissarissen met het als notaris verbonden zijn aan het kantoor dat als projectnotaris voor die woningbouwvereniging optreedt, in ieder geval de schijn van partijdigheid en belangenverstremgeling heeft gewekt. Niet alleen heeft zij als voorzitter van de Raad van Commissarissen invloed op het wel of niet doorgaan van de verkoop van de woningen, maar doordat het kantoor waaraan zij als notaris is verbonden als behandelend notaris is aangewezen, heeft zij bij de verkoop van de woningen van de woningbouwvereniging ook een financieel belang. Dat zij niet als behandelend notaris optreedt, maakt dit niet anders. Immers, als lid van de maatschap deelt zij mee in de door het notariskantoor te genereren opbrengsten en dus ook in de opbrengsten die het notariskantoor verwerft door als projectnotaris voor de woningbouwvereniging op te treden.’ (r.o. 8.3)

Het hof trekt een duidelijke lijn met het oordeel dat een notaris bij de uitoefening van zijn notariële praktijk geen financieel belang mag hebben bij zijn nevenbetrekking als commissaris. Met deze uitspraak appelleert het hof aan het beginsel dat een notaris voor zijn honorarium weliswaar afhankelijk is van zijn cliënt, maar dat die cliënt ervan uit

moet kunnen gaan dat er niet door onderliggende financiële belangen een belangenverstrengeling ontstaat die de onafhankelijkheid van de notaris aantast. Door de gekozen constructie is in casu sprake van een onderliggend financieel belang tussen de nevenfunctie van de notaris en de uitoefening van zijn praktijk.

Ten slotte kan worden opgemerkt dat zowel in deze uitspraak van het hof als in de uitspraak die in deze bijdrage centraal staat, de constructie met de nevenbetrekking (bewust of onbewust) lijkt op een marktinitiatief met als doel om cliënten aan te trekken. Bedacht moet worden dat ook marktinitiatieven de onafhankelijkheid van de notaris niet mogen aantasten. Zie bijvoorbeeld de uitspraak over het H.E.M.A.-marktinitiatief: Hof Amsterdam 16 juni 2015 ECLI:NL:GHAMS:2015:2270, r.o. 6.8.1 e.v..

5. Conclusie

Een notaris kan gerust als nevenbetrekking een bestuursfunctie bekleden van bijvoorbeeld een stichting en op die manier maatschappelijk betrokken zijn. Maar de werkzaamheden in het kader van zijn nevenbetrekking kunnen in strijd komen met de notariële onafhankelijkheid. De notaris dient in het licht van zijn onafhankelijkheid op te passen voor een financiële belangenverstrengeling en waakzaam te zijn bij het verrichten van typisch notariële werkzaamheden tegenover derden.

Kamer voor het notariaat Arnhem-Leeuwarden 10 oktober 2018, ECLI:NL:TNORARL:2018:35

Over de auteur

J.J.H. Hermeling

Promovendus aan de afdeling notarieel recht van Universiteit Leiden.