



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Probleemprotocollen; waarneming en toewijzing

Es, P.C. van

### Citation

Es, P. C. van. (2013). Probleemprotocollen; waarneming en toewijzing. *Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2013(30), 3-9. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3443659>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3443659>

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

## Probleemprotocollen; waarneming en toewijzing

<b>Publicatie:</b> Juridische Berichten voor het Notariaat
<b>Aflevering:</b> 2013/6
<b>Vindplaats:</b> 2013/30
<b>Publicatiedatum:</b> 01 juni 2013
<b>Auteurs:</b> P.C. van Es

### Samenvatting

Naar aanleiding van de uitspraak van Hof Amsterdam van 19 maart 2013, LJN BZ4897 komt in deze bijdrage een aantal rechtsvragen aan de orde dat samenhangt met de schorsing van een notaris op grond van artikel 26 lid 1 sub c Wna en de daarop volgende ambtshalve benoeming van een waarnemer. Daarnaast wordt meer in zijn algemeenheid ingegaan op een aantal onevenwichtigheden in het wettelijke systeem van de ambtshalve benoeming tot waarnemer en de toewijzing van een protocol. Hierbij worden ook enige suggesties gedaan voor verbetering van het systeem.

### Tekst

#### 1. Inleiding

Hof Amsterdam heeft in zijn uitspraak van 19 maart 2013, LJN BZ4897 geoordeeld over een aantal rechtsvragen die samenhangen met de schorsing van een notaris op grond van artikel 26 lid 1 sub c Wna en de daarop volgende ambtshalve benoeming van een waarnemer door de voorzitter van de kamer voor het notariaat (artikel 29 lid 2 Wna). De uitspraak is niet alleen van belang vanwege de aan de orde komende rechtsvragen, maar ook omdat zij een meer principiële vraag oproept ten aanzien van het systeem van de waarneming van het notarisambt en de toewijzing van een protocol na bijvoorbeeld ontzetting of ontslag van een notaris (artikel 15 Wna). Zoals in paragraaf 6 zal worden besproken, rust op een notaris (alsmede op een toegevoegd notaris en een kandidaat-notaris) in beginsel de plicht om een ambtshalve benoeming tot waarnemer te accepteren. Ook ten aanzien van de toewijzing van een protocol geldt dat de instemming van de notaris aan wie het protocol wordt toegewezen geen vereiste is (zie paragraaf 9). De vraag die in dit verband rijst is of deze wettelijke plichten niet te zwaar drukken op de notaris die onder de huidige notariswet en in de huidige economische omstandigheden het hoofd als ondernemer boven water moet zien te houden. Alvorens hierop nader in te gaan, volgt eerst in paragraaf 2-4 een bespreking van de in de uitspraak aan de orde komende rechtsvragen.

#### 2. Artikel 26 lid 1 sub c Wna; overgangsrecht en het nulla poena-beginsel

Artikel 26 lid 1 Wna is met ingang van 1 januari 2013 gewijzigd. Het artikel bepaalt sindsdien onder c dat een notaris door de voorzitter van de kamer van toezicht geschorst wordt in de uitoefening van zijn ambt indien hij *“bij een nog niet onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak wegens misdrijf is veroordeeld dan wel aan hem bij een dergelijke rechterlijke uitspraak een maatregel is opgelegd die vrijheidsbeneming tot gevolg heeft”*.

In het onderhavige geval heeft de voorzitter van de kamer voor het notariaat in het ressort Amsterdam op grond van bovenstaande bepaling bij beslissing van 30 januari 2013 de betrokken notaris (hierna: notaris) geschorst met ingang van 2 februari 2013. De kamer voor het notariaat heeft de beslissing van de voorzitter (conform artikel 26 lid 2 jo. artikel 27 lid 1 tweede zin Wna) bekrachtigd. Zowel de kamer voor het notariaat als later in hoger beroep het hof, heeft het verweer van de notaris verworpen dat artikel 26 lid sub c Wna in dit geval niet van toepassing is omdat de strafrechtelijke veroordeling waarop de schorsing is gebaseerd, dateert van 21 december 2012, zijnde een tijdstip dat gelegen is vóór het tijdstip van inwerkingtreding van het artikel. Het uitgangspunt van beide instanties is dat artikel 26 Wna, bij het ontbreken van een nadere overgangsrechtelijke regeling, onmiddellijke werking heeft. Omdat het feit van veroordeeld zijn per 1 januari 2013 aanwezig is, is artikel 26 lid 1 sub c Wna van toepassing (zie r.o. 5.2 van de uitspraak van het hof).

De notaris heeft ook een beroep gedaan op het uit het strafrecht afkomstige *nulla poena*-beginsel, dat inhoudt dat geen sanctie mag worden opgelegd bij het ontbreken van een voorafgaande wetsbepaling waarop deze sanctie is gebaseerd. De kamer voor het notariaat maakt mijns inziens terecht korte metten met dit verweer door op te merken dat de wetgever de in artikel 26 Wna genoemde schorsing heeft bedoeld als *ordemaatregel* en niet als sanctie. Het hof verwerpt deze zienswijze niet, maar gaat in r.o. 5.3 ook voor een ander anker liggen:

*“Het voorts door de notaris aangevoerde legaliteits- of nulla poena-beginsel (indien te dezen al toepasselijk) staat, anders dan de notaris heeft aangevoerd, niet aan toepassing van artikel 26 lid 1 sub c Wna in de weg. Ten tijde van de veroordeling (21 december 2012) en in het bijzonder op de pleegdata van de bewezenverklarde strafbare feiten (in de jaren 2001 tot en met 2006) bestond immers (op grond van artikel 106 Wna) ook reeds de mogelijkheid een notaris bij wijze van ordemaatregel te schorsen, zodat (gezien de aard van de in eerste aanleg bewezenverklarde strafbare feiten) de notaris er redelijkerwijze rekening mee had kunnen houden dat deze feiten zouden kunnen leiden tot het toepassen van de ordemaatregel van schorsing.”*

### 3. Beoordelingsruimte bij een schorsingsbeslissing op grond van artikel 26 Wna

In de procedure die leidde tot de bekrachtiging door de kamer van het notariaat van de schorsingsbeslissing van de voorzitter, stelde de notaris dat de voorzitter, voor hij tot een beslissing kwam, uitvoerig had moeten toetsen en een belangenafweging had moet geven. In het bijzonder had volgens de notaris rekening moeten worden gehouden met het feit dat buiten de strafzaak om niets ongunstigs over hem bekend was en dat de feiten in de strafzaak zeven tot dertien jaar geleden hadden plaatsgevonden.

Over de interessante vraag of en in hoeverre artikel 26 Wna een beoordelingsmarge laat aan de voorzitter, wordt vervolgens door de kamer van toezicht en het hof verschillend geoordeeld. De kamer van toezicht leidt uit het feit dat de schorsingsbeslissing door de kamer van toezicht moet worden bekrachtigd (artikel 26 lid 2 jo. artikel 27 lid 1 tweede zin Wna) en dat hoger beroep bij het hof openstaat (artikel 26 lid 2 jo. artikel 27 lid 2 Wna) af dat aan de voorzitter een zekere beoordelingsvrijheid toekomt. Het is volgens de kamer voor het notariaat de wijze waarop de voorzitter van de hem toekomende beoordelingsvrijheid gebruik heeft gemaakt, die in de deze procedures getoetst wordt. De kamer merkt daarbij op dat de wetgever wel gekozen zou hebben voor schorsing van rechtswege wanneer dit anders zou zijn geweest en de voorzitter geen beoordelingsvrijheid zou toekomen.

Het hof kiest voor een andere benadering en stelt vast dat de tekst van artikel 26 lid 1 Wna ‘een zeer beperkte beoordelingsruimte’ aan de voorzitter laat bij zijn schorsingsbeslissing. De eerste zin van het artikel luidt immers:

*“Een notaris wordt door de voorzitter van de kamer voor het notariaat geschorst in de uitoefening van zijn ambt indien hij: (...)”*

Het hof doet bij de beoordeling van de aan de orde zijnde vraag ook een beroep op de memorie van toelichting op de wijziging van de Wet op het notarisambt (*Kamerstukken II* 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 21 (MvT)). Men leest daar dat bij de uitbreiding van artikel 26 Wna aansluiting is gezocht bij de artikelen 46f en 46g van de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Het hof overweegt vervolgens in r.o. 5.4.1:

*“Het nieuwe artikel 26 lid 1 sub c Wna is dan ook ontleend - en qua tekst vrijwel identiek - aan artikel 46f lid 1 sub b Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren. Uit de wetsgeschiedenis van die bepaling blijkt dat de wetgever schorsing alleen dwingend heeft willen voorschrijven als de veroordeling vrijheidsbeneming tot gevolg heeft (Jaarverslag Hoge Raad der Nederlanden 2005/2006, p. 148). Van een dergelijke veroordeling is in dit geval sprake. Dat brengt met zich dat de rol van de voorzitter in dit geval beperkt is tot een instrumenterende rol die daarin bestaat dat hij vaststelt of inderdaad sprake is van een veroordeling als in die bepaling bedoeld. Wordt aan die vereisten voldaan dan is hij in dat geval gehouden de notaris bij wege van ordemaatregel te schorsen, de datum van ingang van de schorsing vast te stellen en te voorzien in de waarneming van de geschorste notaris.”*

Deze overweging brengt tot uitdrukking dat anders dan uit de letterlijke tekst van artikel 26 lid 1 sub c Wna volgt, niet iedere nog niet onherroepelijk geworden veroordeling van een notaris wegens een misdrijf de voorzitter verplicht de

notaris te schorsen. Dit zou op grond van de wetsgeschiedenis van artikel 46f lid 1 sub b Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren alleen gelden wanneer de veroordeling *vrijheidsbeneming tot gevolg heeft*. Met deze benadering haalt het hof de angel uit het verweer van de notaris dat het toch niet de bedoeling kan zijn dat iedere notaris die (niet onherroepelijk) veroordeeld is voor bijvoorbeeld het misdrijf 'rijden onder invloed', automatisch zou worden geschorst.

De beleidsruimte die de voorzitter in het onderhavige geval ontbeerde bij de schorsingsbeslissing, komt volgens het hof wel toe aan de kamer voor het notariaat bij zijn bekrachtigingsbeslissing. De kamer moet de noodzaak tot het opleggen van de ordemaatregel beoordelen en dient daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking te nemen. Hierbij moet volgens het hof (onder meer) gedacht kan worden 'aan de aard en ernst van het feit/de feiten waarvoor de notaris is veroordeeld, het maatschappelijk belang, het tijdsverloop sinds de verweten gedraging(en) en het tuchtrechtelijk en/of strafrechtelijk verleden van de notaris' (zie r.o. 5.6.1).

In de onderhavige zaak kwamen de kamer voor het notariaat en het hof beide tot de conclusie dat de schorsing als ordemaatregel op haar plaats was. De strafrechtelijke veroordeling van de notaris betrof het leiding geven aan schuldwitwassen en het opzettelijk nalaten van melding van de door hem verrichte ongebruikelijke transacties op grond van de destijds geldende Wet melding ongebruikelijke transacties. Dit zijn - in de woorden van de kamer voor het notariaat - 'zeer ernstige beschuldigingen die, als de juistheid daarvan komt vast te staan, het vertrouwen in het notariaat op ernstige wijze aantasten'. Zie r.o. 3 van de uitspraak van de kamer voor het notariaat van 19 februari 2013 en zie ook r.o. 5.6.2 van de uitspraak van het hof waar gesproken wordt van een grove inbreuk op de eer en het aanzien van het notarisambt.

#### 4. Regeling omtrent honorarium bij ambtshalve waarneming

De notaris vocht in de onderhavige zaak niet alleen de schorsing zelf aan, maar ook de omvang van het door de voorzitter van de kamer van toezicht op voet van artikel 29 lid 2, slotzin Wna aan de ambtshalve benoemde waarnemer toegekende honorarium. Dit honorarium, dat de waarnemer ten laste kon brengen van de waargenomen geschorste notaris, bedroeg € 250 per uur exclusief btw.

Het hof zag zich allereerst voor de vraag gesteld of het hoger beroep van de notaris op dit punt ontvankelijk was. Deze vraag hangt samen met een wijziging van de tekst van artikel 29 lid 2 Wna per 1 januari 2013. Voordien voorzag de slotzin van de bepaling in een beroepsmogelijkheid bij het hof die duidelijk ook betrekking had op de vaststelling van het honorarium. In de gewijzigde wet is de bepaling die de mogelijkheid van beroep regelt verhuisd naar lid 3 en deze lijkt thans alleen nog betrekking te hebben op 'een beslissing tot benoeming of tot intrekking van een benoeming'.

Bij gebreke van enige toelichting in de parlementaire geschiedenis op dit punt, gaat het hof er mijns inziens terecht van uit dat van een koerswijziging geen sprake is. Het overweegt in r.o. 5.5.4:

*"...dat het treffen van een regeling omtrent het honorarium in geval van een ambtshalve benoeming zozeer verweven is met die benoeming, dat daarmee de mogelijkheid van het instellen van beroep tegen de beslissing op de voet van artikel 29 lid 3, tweede zin, Wna gegeven is."*

Inhoudelijk voert de notaris aan dat het vastgestelde honorarium van de waarnemer van € 250 per uur exclusief btw te hoog is en dat zijn praktijk (die als gevolg van de gebeurtenissen en de publiciteit rondom zijn persoon is gemarginaliseerd) niet genoeg opbrengt om dit honorarium te voldoen. Het hof komt de notaris op dit punt tegemoet en acht het (voortbouwend op een eerdere beslissing van 30 maart 2006, LJV AV7751) redelijk dat aan een waarnemer in geval van de zogeheten 'zware' waarneming ten laste van de vervangen notaris (of diens erfgenamen) een uurtarief wordt toegekend van € 150 per uur exclusief btw. Zie r.o. 5.5.6 in welke overweging het hof daarbij nog opmerkt:

*"...dat het gebruikelijke uurtarief dat een notaris aan zijn opdrachtgevers in rekening brengt veelal hoger is, maar dat gewoonlijk, in tegenstelling tot de onderhavige situatie, niet alle uren die een notaris op zijn kantoor doorbrengt declarabel zullen zijn."*

Uit de overweging van het hof valt niet direct op te maken of en in hoeverre het door de notaris aangevoerde feit dat de opbrengsten van zijn kantoor als gevolg van de gebeurtenissen sterk zijn teruggelopen, een rol heeft gespeeld bij de

vaststelling van het uurtarief. Ervan uitgaande dat dit een rol heeft gespeeld, rijst de vraag hoever men hierin kan gaan. Kan men van een waarnemer vragen toe te leggen op waarnemerswerkzaamheden (in zijn eigen praktijk zou hij mogelijk meer verdienen), omdat het waargenomen kantoor onrendabel is? Op deze en andere vragen wordt hieronder nader ingegaan, nadat eerst meer in het algemeen gekeken is naar het systeem van de waarneming.

## 5. Waarneming

Wanneer een notaris voor kortere of langere tijd niet bevoegd of in staat is het ambt van notaris op zijn kantoor uit te oefenen, dient een ander dit ambt tijdelijk waar te nemen zodat de continuïteit van de ambtsuitoefening wordt gewaarborgd. De waarnemer kan lopende zaken afhandelen (waaronder het doen van uitbetalingen van de derdenrekening), afschriften afgeven en eventueel nieuwe zaken aannemen (vergelijk *Melis/Waaijer* 2012, p. 323). Buiten de gevallen van de zogeheten 'lichte' waarneming (zie artikel 28 sub a en b Wna ten aanzien van kort gezegd vakantie en ziekte), moet de waarnemer ambtshalve benoemd worden door de voorzitter van de kamer voor het notariaat, na inwinning van advies bij de KNB (artikel 29 lid 2 Wna).

In het in deze bijdrage aan de orde zijnde geval moest in de ambtshalve benoeming van een waarnemer worden voorzien, in verband met schorsing van de notaris op grond van artikel 26 lid 1 sub c Wna. Schorsing in de uitoefening van het ambt wordt in artikel 28 sub c Wna vermeld als een omstandigheid waarin in de waarneming moet worden voorzien. Andere schorsingsgronden dan die vermeld in artikel 26 lid 1 sub c Wna zijn te vinden in artikel 26 lid 1 sub a, b en d Wna (onder meer ondercuratelestelling en faillietverklaring van de notaris), artikel 106 lid 1 Wna (schorsing als ordemaatregel vooruitlopend op een eventuele tuchtrechtelijke veroordeling) en artikel 103 lid 1 sub e Wna (schorsing als tuchtmaatregel). Naast schorsing in de uitoefening van het ambt noemt artikel 28 Wna nog een viertal gevallen waarin in de waarneming van het notarisambt moet worden voorzien door de ambtshalve benoeming van een waarnemer. Vooral het in artikel 28 sub e Wna genoemde 'ontslag' is in dit verband van belang omdat het in de lijn der verwachting ligt dat er de komende jaren veel protocollen zullen openvallen wegens leeftijdsontslag van rechtswege of vrijwillig eerder ontslag (vergelijk N.C. van Oostrom-Streep, *Notariaat magazine* april 2013, p. 15). Artikel 28 onder d, e, en f Wna noemt verder nog de ontzetting van de notaris uit zijn ambt, het overlijden van de notaris en de vestiging van de notaris 'buiten het arrondissement waarin zijn vestigingsplaats is gelegen'. Wat dit laatste geval betreft drukt de wetgever zich niet precies uit, want in de waarneming zal in dit geval alleen hoeven te worden voorzien als de notaris geen gebruik maakt van de hem in artikel 10 lid 6 Wna toegekende bevoegdheid om zijn protocol over te brengen naar de nieuwe plaats van vestiging.

Tot waarnemer, bedoeld in de gevallen van artikel 28 sub c tot en met f Wna, kunnen (ambtshalve) benoemd worden: een notaris, een toegevoegd notaris en een kandidaat-notaris die voldoet aan de eisen omschreven in de tweede zin van artikel 29 lid 1 Wna.

## 6. De ambtshalve benoeming tot waarnemer; weigeren alleen mogelijk wegens gegronde redenen

In het algemeen zal de voorzitter van de kamer voor het notariaat slechts tot ambtshalve benoeming van een waarnemer overgaan, wanneer de waarnemer zich bereid heeft verklaard de waarneming op zich te nemen. Instemming van de gegadigde is echter geen voorwaarde voor benoeming nu artikel 29 lid 5 Wna het volgende bepaalt:

*"In geval van een ambtshalve benoeming [van] als waarnemer kan de betrokkene slechts wegens gegronde redenen zijn benoeming weigeren."*

Het tussen haakjes geplaatste woordje 'van' is abusievelijk door de wetgever niet geschrapt, maar de boodschap is duidelijk: een ambtshalve benoeming tot waarnemer is geen vrijblijvende zaak. In de Memorie van Toelichting bij artikel 26 lid 4 van het oorspronkelijke ontwerp van de nieuwe Wet op het notarisambt (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 35) leest men hierover:

*"Een ambtshalve benoeming tot waarneming kan slechts wegens gegronde redenen worden geweigerd (lid 4). Het moet immers niet mogelijk zijn dat er voor de waarneming van een minder aantrekkelijke notarispraktijk geen kandidaat te vinden is."*

Een antwoord op de vraag wat 'gegronde redenen' zijn, vindt men niet in de parlementaire geschiedenis. Men zou kunnen denken aan gezondheidsredenen. Mede gezien de hierboven geciteerde toelichting lijkt het mij in ieder geval duidelijk dat het feit dat men het honorarium dat in rekening mag worden gebracht te laag vindt, geen gegronde reden vormt.

## 7. De honorering van de ambtshalve benoemde waarnemer

Nu is vastgesteld dat een ambtshalve benoeming tot waarnemer in beginsel niet geweigerd mag worden, rijst de vraag welke beloning de waarnemer (die wellicht tegen wil en dank waarneemt) toekomt en op welke wijze en van wie hij deze ontvangt. De wettelijke regeling op dit punt is uiterst summier. Het enige aanknopingspunt vindt men in de slotzin van artikel 29 lid 2 Wna:

*“In het geval van ambtshalve benoeming tot waarnemer treft hij [de voorzitter van de kamer voor het notariaat, pce] zo nodig een regeling omtrent het honorarium.”*

De woorden 'zo nodig' duiden erop dat het uitgangspunt van de wet is dat het in eerste instantie aan de waarnemer en waargenomen notaris zelf is om afspraken te maken over de financiële aspecten van de waarneming. Afgesproken kan worden dat de waarnemer een bepaald honorarium in rekening kan brengen ten laste van de waargenomen notaris. Het is ook mogelijk dat wordt afgesproken dat de praktijk voor rekening en risico van de waarnemer wordt voortgezet, waarbij dan eventueel ook weer kan worden afgesproken dat aan de waargenomen notaris nog een bepaalde vergoeding toekomt voor al verrichte, maar nog niet in rekening gebrachte werkzaamheden. Indien de partijen er onderling niet uitkomen, kan de voorzitter van de kamer voor het notariaat bij het benoemingsbesluit een honorarium voor de waarnemer vaststellen. Wanneer de voorzitter hiertoe overgaat, betekent dit dat de praktijk voor rekening en risico van de waargenomen notaris wordt voortgezet. De voorzitter kan zelf ook beslissen dat de praktijk voor rekening en risico van de waarnemer wordt voortgezet, maar het lijkt mij niet voor de hand te liggen dat hij dit doet zonder de instemming van de waarnemer.

In het onderhavige geval is het door de voorzitter van de kamer voor het notariaat vastgestelde honorarium van de waarnemer in hoger beroep door het hof verlaagd van € 250 per uur exclusief btw naar € 150. Het door het hof gehanteerde argument dat de waarnemer daadwerkelijk ieder uur die hij op het waargenomen kantoor doorbrengt, kan declareren (zie paragraaf 4 hiervoor) lijkt mij valide. In hoeverre bij de bepaling van de omvang van het uurtarief ook rekening is gehouden met de deplorabele toestand van het waargenomen kantoor, wordt uit de uitspraak van het hof niet duidelijk. Dit punt is van belang omdat in de nabije toekomst - in verband met het ontslag van notarissen of anderszins - vele protocollen zullen openvallen in slechtlopende notariskantoren. Onafhankelijk van de vraag hoe verliesgevend het kantoor is, is het mijns inziens gewenst dat de voorzitter van de kamer voor het notariaat het uurtarief niet onder een bepaald - als redelijke vergoeding te beschouwen - minimum vaststelt. Van een waarnemer van een slechtlopend kantoor mag vervolgens verwacht worden dat hij de werkzaamheden op zodanige wijze inricht dat de verliesgevendheid van het kantoor tot een minimum wordt beperkt. Noodzakelijke werkzaamheden moeten echter worden verricht en de mate waarin het waargenomen kantoor al dan niet op orde is, zal invloed hebben op de omvang van deze werkzaamheden. Wanneer er bijvoorbeeld een achterstand bestaat in de doorhaling van afgeloste hypotheek, zullen er royementsvolmachten moeten worden opgemaakt en royementsakten moeten worden verleden. Zie Hof Amsterdam 2 juni 2005, LJN AT7559 in welke zaak ook melding wordt gemaakt van testamenten die door de waarnemer zijn overgepasseerd, omdat de echtgenote van de notaris daarin als getuige was opgetreden.

## 8. Waarneming en faillissement van de waargenomen notaris

Het faillissement van een notaris vormt een grondslag voor de benoeming van een waarnemer (artikel 26 lid 1 sub c jo. artikel 28 sub c Wna). Daarnaast is het denkbaar dat het (tijdelijk) voortzetten van een verliesgevend kantoor in de loop van de waarneming leidt tot het faillissement van de waargenomen notaris. De vraag die in deze gevallen rijst, is wat de consequentie van dit faillissement is voor de mogelijkheden van de waarnemer het aan hem verschuldigde honorarium te verhalen. De wet zwijgt op dit punt in alle toonaarden, hetgeen vooral ten aanzien van de benoeming tot waarnemer die rechtstreeks in verband staat met het faillissement van een notaris, merkwaardig genoemd kan worden.

Wanneer een waarnemer in een dergelijk geval wordt benoemd, lijkt het mij in de eerste plaats van belang dat hij erop staat dat de voorzitter van de kamer voor het notariaat bij het benoemingsbesluit een expliciete regeling treft ten aanzien van het honorarium. Vervolgens lijkt het mij verdedigbaar dat deze beslissing van de voorzitter, binnen het systeem van de Wet op het notarisambt en de Faillissementswet, tot gevolg heeft dat het verschuldigde honorarium een boedelschuld vormt. Men kan hier een vrij vergezochte analogie ontwaren met artikel 40 lid 2 Fw op grond van welke bepaling het loon van de werknemers van de failliet, vanaf de dag der faillietverklaring, een boedelschuld vormt.

In de situatie waarin de waargenomen notaris in de loop van de waarneming faillieert, moet men onderscheid maken tussen het achterstallige honorarium dat verschuldigd was vóór de dag van de faillietverklaring en hetgeen daarna verschuldigd is geworden. Men ontkomt er volgens mij niet aan de eerstbedoelde vordering als concurrente vordering aan te merken. Hierbij geldt dat de waarnemer het hiermee samenhangende risico had kunnen ondervangen door voor aanvang van de waarneming zekerheid te verlangen van de waargenomen notaris voor de voldoening van het honorarium (vgl. *Melis/Waaijer* 2012, p. 340). Na de faillietverklaring van de notaris tijdens een lopende waarneming doet de waarnemer er verstandig aan de voorzitter van de kamer voor het notariaat te verzoeken een honorarium vast te stellen, mocht dit niet al in een eerder stadium zijn gebeurd. Het nadien verschuldigde honorarium kan, tegen de achtergrond van deze beslissing van de voorzitter, mogelijk als boedelschuld worden aangemerkt.

Verhaalsproblemen voor de waarnemer kunnen ook ontstaan als hij het ambt van een overleden notaris waarneemt voor rekening en risico van erfgenamen die de nalatenschap beneficiair hebben aanvaard. Wanneer de nalatenschap in zo'n geval niet toereikend is, dreigt de waarnemer achter het net te vissen. Men kan aan deze consequentie ontkomen door aan te nemen dat het verschuldigde honorarium van de waarnemer valt onder vereffeningskosten (vergelijk Rb. Dordrecht 16 februari 2006, LJN AV2002). Dit zou de waarnemer kunnen helpen, aangezien in de literatuur wel wordt aangenomen dat de vereffeningskosten voorrang hebben boven de schulden van de erflater die niet met zijn dood zijn tenietgegaan (zie *Asser/Perrick 4\** (2009), nr. 476). Wanneer een waargenomen notaris tijdens de waarneming overlijdt, kan men het honorarium dat verschuldigd is over de periode vóór het overlijden van de notaris in ieder geval niet aanmerken als vereffeningskosten. De waarnemer zal dan moeten concurreren met overige schuldeisers van de notaris.

Wanneer een beoogde waarnemer voorziet dat het aan hem verschuldigde honorarium te zijner tijd niet verhaalbaar is, lijkt het mij niet uitgesloten dat deze omstandigheid een gegronde reden als bedoeld in artikel 29 lid 5 Wna vormt om de ambtshalve benoeming tot waarnemer te weigeren.

## 9. Dwangtoewijzing van protocol op grond van artikel 15 lid 1 Wna

De waarneming van het notarisambt is een tijdelijke aangelegenheid. In beginsel belooft de maximale duur van de waarneming één jaar, zij het dat verlenging van deze termijn in bijzondere gevallen mogelijk is (artikel 29 lid 4 Wna). Wanneer het duidelijk is dat de notaris zijn ambtsuitoefening niet meer zal hervatten (bij waarneming na ontzetting, ontslag of overlijden), is het daarom zaak dat het protocol op relatief korte termijn definitief elders onder dak wordt gebracht. Artikel 15 lid 1 Wna voorziet op dit punt in twee mogelijkheden. In de eerste plaats kan het protocol worden toegewezen aan een nieuw benoemde notaris die zijn belangstelling hiervoor in zijn ondernemingsplan kenbaar heeft gemaakt. Wanneer zich niet een dergelijke potentiële opvolger heeft gemeld, wijst de minister, gehoord de KNB, een notaris aan om het protocol (en de overige notariële bescheiden) over te nemen. Ongetwijfeld zal dit altijd zoveel mogelijk in goed overleg gebeuren, maar de wet houdt uitdrukkelijk de mogelijkheid van een dwangtoewijzing open. Mogelijk zal dit middel in de nabije toekomst veelvuldig moeten worden ingezet nu - gezien het zware weer waarin het notariaat verkeert en/of de kwaliteit van het protocol - de opvolgers niet meer in rijen staan te wachten en ook de animo van zittende notarissen om een protocol over te nemen niet meer altijd even groot is.

De toewijzing van een protocol kan voor de overnemende notaris bezwarend zijn, zeker als de notaris van wie het protocol afkomstig is niet altijd met de gewenste mate van zorgvuldigheid zijn ambt heeft uitgeoefend. Het gevaar bestaat dan dat hij voor eigen rekening rectificatie-akten moet passeren (artikel 45 lid 2 Wna) of andere herstelwerkzaamheden moet verrichten. Een ander punt is dat de oud-notaris wiens protocol is overgenomen of zijn erfgenamen, ten aanzien van de beroepsaansprakelijkheid voor in het verleden gemaakte fouten, komen te vallen onder de verzekering van de protocolopvolger (vergelijk het Reglement Beroepsaansprakelijkheid 2010). Wanneer het overgenomen protocol een bron van aansprakelijkheidsstellingen blijkt te zijn, bestaat de kans dat de verzekeraar tot

premieverhoging besluit. Daarnaast komen uitkeringen die gedaan zijn wegens beroepsfouten van de protocolvoorganger in mindering op het verzekerde bedrag per verzekeringsjaar. Hoewel dit verzekerde bedrag omvangrijk is, kan ook dit de protocolvolger in problemen brengen.

## 10. Tot slot; een evenwichtige verdeling van de lusten en de lasten

Van Oostrom-Streep voorziet in haar column in het *Notariaat magazine* in de komende jaren problemen met protocollen waarvoor geen waarnemer of opvolger te vinden is. Ik deel deze zorgen in zoverre niet dat deze problemen voorkomen kunnen worden als de voorzitter van de kamer voor het notariaat respectievelijk de minister actiever gebruikmaakt van zijn dwangbevoegdheden in dezen. Een vraag die alsdan echter opkomt is of dit het evenwicht tussen de aan het ambt van notaris verbonden lusten en lasten, niet te veel verstoort. Tot de lusten van het notarisambt behoort het domeinmonopolie en tot de lasten kan men onder meer rekenen: de ministerieplicht, de plicht om overdrachtsbelasting te innen (indirect afgedwongen via de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 42 lid 1 Invorderingswet 1990), de plicht om een ambtshalve benoeming tot waarnemer te accepteren (welke plicht in zoverre geen ambtelijke plicht is dat zij ook geldt voor een toegevoegd notaris en een kandidaat-notaris) en de plicht om desgevraagd een verweesd protocol over te nemen.

Om het evenwicht tussen de lusten en de lasten enigszins te bewaren, is het noodzakelijk dat de regelingen met betrekking tot de zware waarneming en de gedwongen toewijzing van een protocol in ieder geval dusdanig zijn dat:

1. aan de ambtshalve benoemde waarnemer een redelijke vergoeding toekomt;
2. verhaal van het aan de waarnemer verschuldigde honorarium te allen tijde mogelijk is; en
3. voorkomen wordt dat een notaris aan wie een protocol is toegewezen, hiervan onevenredig grote negatieve financiële consequenties ondervindt door de noodzaak om onbezoldigde herstelwerkzaamheden te verrichten of door de onder zijn verzekering vallende beroepsaansprakelijkheid van de protocolvoorganger.

Aangezien de Staat eigenaar is van een waargenomen of overgenomen protocol, is het wenselijk dat deze ook zijn verantwoordelijkheid neemt bij de realisering van de bovenvermelde randvoorwaarden. Ten aanzien van punt 2 hebben wij in paragraaf 7 gezien dat er in het geval van faillissement van de waargenomen notaris en in het geval van waarneming van het ambt van een overleden notaris, geen zekerheid bestaat dat het aan de waarnemer verschuldigde honorarium altijd kan worden voldaan. De wet zou op dit punt zodanig kunnen worden aangescherpt dat de preferente positie van de waarnemer duidelijker tot uitdrukking komt. Aangezien ook dit de voldoening van het honorarium niet in alle gevallen kan garanderen, zou ik daarnaast willen pleiten voor een staatsfonds waarop de waarnemer in het uiterste geval een beroep kan doen. Ditzelfde staatsfonds zou dienst kunnen doen om een protocolvolger tegemoet te komen als deze een onevenredig grote financiële last ondervindt van het aan hem toegewezen protocol. Het met de instelling van een staatsfonds gemoeide belang wordt des te groter wanneer mocht blijken dat de mogelijke onverhaalbaarheid van het honorarium van de beoogde waarnemer en/of de verzekeringsrisico's die aan een over te nemen protocol kleven, een gegronde reden vormen om de ambtshalve benoeming tot waarnemer of de toewijzing van een protocol te weigeren. De instelling van het fonds voorkomt alsdan dat protocollen in de toekomst blijvend verweesd kunnen raken.

*P.C. van Es*

---