Weekblad voor
Privaatrecht, Notariaat en Registratie

WPNR

Nummer 6778
Jaargang 139
6 december 2008

Themanummer

Tuchtrecht in transitie

Redactie WPNR
Inleiding

Prof. mr. drs. J.S.L.A.W.B. Roes
Wat is tuchtrecht?

Prof. mr. F.A.W. Bannier
Is uniformering van het wettelijk tuchtrecht wenselijk?

Mr. H.F. van den Haak
Tuchtrechter en/of toezichthouder?

Mw. mr. dr. M.J.C. Visser en mw. mr. drs. S.R. van Breukelen
Tuchtprocesrecht; (waar zijn de) checks en balances

Mr. W.F. Hendriksen en mw. mr. L.H. Rammeloo
Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen

Prof. mr. B.C.M. Waaijer
Het notariële tuchtrecht als bron van deontologie

KNB

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Tuchtrecht en civiel recht: gescheiden systemen

Mr. W.F. Hendriksen

*Mw. mr. L.H. Rammeloo**

Het indienen van een klacht bij de tuchtrechter wordt vaak gezien als 'opstapje' voor het indienen van een schadeclaim, met als doel om, na gegrondverklaring van de klacht, in de vervolgens te voeren civiele procedure met 1-0 voor te staan. Wat is in de praktijk echter de invloed van een tuchtrechtelijke procedure op de civiele procedure? En doet die praktijk recht aan de belangrijke verschillen die bestaan tussen het tuchtrecht en het civiele recht?

De praktijk

Uit gepubliceerde rechtspraak en uit onze praktijk blijkt dat aan veel civiele procedures tegen beroepsbeoefenaren een tuchtfase voorafgaat[1]. Ook blijkt dat, vooral in feitelijke instanties, het eerdere tuchtrechtelijke oordeel vaak wordt overgenomen door de civiele rechter, of dat civiele rechters groot belang hechten aan het oordeel van de tuchtrechter bij hun beoordeling van de civiele aansprakelijkheidsvraag. Bijvoorbeeld wordt daartoe overwogen dat het handelen in strijd met de tuchtrechtelijke norm weliswaar "niet betekent dat de civiele rechter zich geen zelfstandig oordeel meer behoeft te vormen over de onzorgvuldigheid van het handelen van de arts, maar wel dat bij dit oordeel zeer grote betekenis toekomt aan het oordeel van de tuchtrechter."[2] Ook wordt wel een verzwaarde stelplicht van de verwerende beroepsbeoefenaar aangenomen, wanneer hij tuchtrechtelijk is veroordeeld en (toch) in de civiele procedure aansprakelijkheidsverweer voert[3]. Een nog verdergaand oordeel blijkt uit een arrest van het hof (dat overigens wegens te ruime toepassing van de omkeringsregel in 2004 in cassatie is vernietigd)[4], waarin was geoordeeld dat op grond van de uitspraak van de medische tuchtrechter *in beginsel vaststond*[5] dat de aangesproken huisarts een hem toe te rekenen fout heeft begaan door de patiënt niet te laten opnemen in het ziekenhuis. Deze fout leverde in beginsel een toerekenbare tekortkoming op, maar de huisarts werd conform zijn bewijsaanbod in de gelegenheid gesteld het tegendeel te bewijzen. Opvallend was dat de huisarts op dit specifieke punt geen cassatie had ingesteld. Ook blijkt uit rechtspraak dat civiele rechters nog wel eens de feitenvaststelling door de tuchtrechter overnemen.[6] Tenslotte wijzen wij op het oordeel in feitelijke instanties in de procedure tussen de curatoren en polishouders van de levensverzekeraar Vie d'Or enerzijds en de accountant en actuaris anderzijds, waar zowel rechtbank als hof uitdrukkelijk overwogen dat de civiele rechter bij de beoordeling van de verwijten aan accountant en actuaris kon volstaan met overneming van het oordeel van de tuchtrechters, omdat die immers over hetzelfde handelen, dezelfde verwijten en dezelfde normen een oordeel hadden geveld[7]. Overigens is dit oordeel inmiddels in cassatie vernietigd, waarover hierna meer.

Naast onze constatering dat regelmatig[8] de civiele (feiten)rechters voortborduren op het oordeel van de tuchtrechter, zien wij dat de wetgever recent is geadviseerd dat de civiele rechter het oordeel van de tuchtrechter zou moeten volgen. De Commissie Huls sprak in haar advies aan het kabinet namelijk over het bestaan van een zogenaamde "omkeringregeling", die (kennelijk) inhoudt dat de civiele rechter er vanuit gaat "dat de tuchtrechter de feiten heeft bekeken en dat de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van de gedraging van de beroepsbeoefenaar vaststaat. 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."[9]

---

* Beide zijn advocaat te Amsterdam en werkzaam in de beroepsaansprakelijkheidspraktijk.
(hendriksen@van-doorne.com)
(rammeloo@van-doorne.com)

1. Tjittes noemde in 1995 (Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid, AA 1995/2, blz. 102) een samenlooppercentage van 0,5% in medische aansprakelijkheidskwesties. Onze indruk is dat dit percentage, in ieder geval het afgelopen decennium en met name in notariële aansprakelijkheidskwesties, aanzienlijk hoger ligt.
2. Rechtbank Zwolle 28 januari 2004, NJF 2004/270.
3. Zie noot hiervoor.
4. HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 (met noot Asser).
5. Ook Tjittes (a.w. blz. 106 en 107) gaat er (in 1995) vanuit dat civielrechtelijke aansprakelijkheid vaststaat, als tuchtnorm en civiele norm overeenstemmen. Zie dienovereenkomstig ook Rechtbank Middelburg 15 november 2006, LJN AZ5037.
6. Bijvoorbeeld: Rechtbank Zwolle 28 april 2004, LJN AP0284; terwijl Hof Arnhem 3 februari 2004, JGR 2004/56, LJN AO5925, zich hier uitdrukkelijk niet toe laat verleiden.
7. Rechtbank Den Haag 13 juni 2001, NJ 2001/45 (vgl. r.o. 3.25 en 3.29) en Hof Den Haag 27 mei 2004, NJ 2004/470 (r.o 10.7).
8. Naast de hiervoor besproken uitspraken noemen wij ook Rechtbank Zwolle 28 april 2004, LJN AP 0284 (wel volgde de rechtbank ten aanzien van de gevorderde kostenvergoeding het hierna besproken arrest Portielje/notarissen), Rechtbank Middelburg 15 november 2006, LJN AZ5037, Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, NJF 2008/132.
9. Rapport Huls d.d. 7 december 2006 blz. 42; Van Es (Toekennen van schadevergoeding in een tuchtprocedure: iets over de verhouding tussen tuchtrecht en civiel aansprakelijkheidsrecht, JBN 2008/45) is eveneens kritisch over deze passage in het rapport Huls.

Los van het feit dat de door de Commissie Huls aangehaalde "regeling" (niet te verwarren met de "omkeringsregel" voor de bewijslastverdeling bij causaliteitsverweer) eenvoudigweg niet bestaat, is het advies van de commissie en de hierboven beschreven werkwijze van veel feitelijke civiele rechters in strijd met het oordeel van de Hoge Raad. De Hoge Raad brengt immers wel een duidelijk onderscheid aan tussen de tuchtrechtelijke en de civielrechtelijke procedure. We wijzen op de meest in het oog springende uitspraken van de afgelopen jaren.

De Hoge Raad[10] beoordeelde in 1996 de schadeclaim van Leutscher cs op de accountants, die als bindend adviseurs een schuld hadden gewaardeerd. De tuchtrechter had geoordeeld dat de accountants ten onrechte geen voorbehoud hadden gemaakt. Desondanks had het hof in de civiele procedure de vordering afgewezen. Terecht, zo oordeelde de Hoge Raad:

> "voorop gesteld 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 (de accountants) wanprestatie hebben gepleegd of onrechtmatig hebben gehandeld".

In zijn conclusie had AG Mok het al kort en krachtig samengevat:

> "De tuchtrechtelijke veroordeling kon bij de beantwoording van deze vragen van invloed zijn, maar zij had niet tot gevolg dat de rechter zonder meer van wanprestatie of een onrechtmatige daad moest uitgaan."

In een medische aansprakelijkheidskwestie vorderde een herniapatiënt schadevergoeding, omdat hij geopereerd was aan een verkeerde wervel (in medisch jargon: "op verkeerd niveau"). De tuchtrechter had geen tuchtrechtelijk laakbaar handelen van de arts aanwezig geacht, omdat de werkwijze van de arts bij het bepalen van de te opereren wervel de gebruikelijke en juiste methode was (namelijk: door de wervels van boven af te tellen en zo te bepalen welke wervel geopereerd moest worden). Volgens de tuchtrechter deed hieraan niet af dat de arts een telfout had gemaakt en dus bij de verkeerde wervel was uitgekomen. Het hof oordeelde in de civiele zaak dat wel degelijk sprake was van een toerekenbare tekortkoming van de arts. De arts ging in cassatie, met als argument dat het hof zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd had, gezien de eerdere uitspraak van de tuchtrechter. De Hoge Raad vernietigde (in het "herniaoperatie-arrest") op die grond het arrest van het hof:

> "Bij de beoordeling van de motiveringsklacht (...) wordt vooropgesteld dat de rechter, indien hij bij 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, zonodig door de rechter te benoemen, deskundigen."[11]

Ook noemen we (nogmaals) de procedure tussen de polishouders van Vie d'Or en de accountant en actuaris. In zijn arresten uit 2006 overwoog de Hoge Raad[12] dat "het tuchtrecht (...) in de eerste plaats tot doel (heeft), kort gezegd, in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. In een tuchtprocedure staat, aan de hand van andere maatstaven dan die worden gehanteerd bij de beoordeling van civiele aansprakelijkheid en zonder de in een civiele procedure geldende bewijsregels, ter beoordeling of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor de beroepsgroep geldende normen en gedragsregels. Deze kenmerken brengen met zich mee dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor de beroepsgroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm". Ten aanzien van de accountants had het hof, als gezegd, geoordeeld dat de normen, die volgens de tuchtrechter waren geschonden, in hoge mate overeenstemden met de zorgvuldigheidsnorm die de accountants in acht hadden moeten nemen jegens de polishouders, en de accountants reeds daarom onrechtmatig hadden gehandeld. Daarmee kleefde aan dit oordeel een motiveringsgebrek en werd het vernietigd[13].

Uit deze arresten van de Hoge Raad blijkt dat tussen het civiele recht en het tuchtrecht een duidelijk onderscheid moet worden gemaakt.

Kosten

Het onderscheid tussen tucht- en civiel recht wordt verder onderstreept in twee arresten van de Hoge Raad uit 2003 en 2005, naar aanleiding van (civiele) vorderingen tot vergoeding van de kosten die de claimanten, als klager, hadden gemaakt in de voorafgaande tuchtprocedure. De

10. HR 15 november 1996, NJ 1997/151 (vgl. uit r.o. 3.5).
11. HR 12 juli 2002, NJ 2003/151 (herniaoperatie), citaat uit r.o. 3.6.3. Voordien had het Hof Den Haag (11 december 1996, NJ 1997/552, A&V 1997) in een advocatenaansprakelijkheidskwestie al eens op vergelijkbare wijze geoordeeld.
12. HR 13 oktober 2006, NJ 2008/528 en 529 (met noot Van Dam onder NJ 2008/529).
13. NJ 2008/529, r.o. 5.4.6. Zie ook noot Van Dam onder NJ 2008/529, § 8.

claimanten baseerden hun vorderingen op art 6: 96 lid 2 BW; dit artikel bepaalt dat bepaalde kosten die de claimant heeft gemaakt ook "vermogensschade" betreffen en dus voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. De Hoge Raad wees in deze arresten de vorderingen af, omdat de gevorderde kosten geen redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid (als bedoeld in art. 6:96 lid 2, onder b BW) betroffen en evenmin als redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade (in de zin van art. 6:96 lid 2, onder a BW) konden worden aangemerkt.

In de eerste zaak[14] (Portielje/notarissen) werden twee notarissen aangesproken tot vergoeding van de kosten verbandhoudende met de behandeling (in twee instanties) van een tegen hen gevoerde tuchtprocedure. Portielje voerde als grondslag voor deze vordering aan dat kosten van een gevoerde tuchtprocedure redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid zijn. In zijn conclusie bij dit arrest merkte AG Spier al op dat de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de aangesproken notarissen jegens Portielje zo evident was, dat deze zich de gang naar de tuchtrechter had kunnen besparen. Hij concludeerde daarom dat er geen sprake was van "redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid". De Hoge Raad keek verder dan alleen naar de voorliggende casus en wees uitdrukkelijk op de verschillende functies van het tuchtrecht en het civiele recht in ons rechtsverkeer. Waar een tuchtprocedure in de eerste plaats het algemeen belang dient, door een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen, strekt deze er niet toe de klager in geval van gegrondverklaring van zijn klacht genoegdoening te verschaffen. Het enkele feit dat een gegrondverklaarde klacht een klager wel eens genoegdoening verschaft, of dat de uitkomst van de tuchtrechtelijke procedure een rol kan spelen in een civiele procedure bij de beantwoording van de vraag of de beroepsbeoefenaar aansprakelijk is, maakt dit niet anders. Een tuchtprocedure heeft nu eenmaal niet tot doel de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen. De Hoge Raad bekrachtigde daarom het afwijzende oordeel van het hof. Overigens liet de Hoge Raad de mogelijkheid open om onder bijzondere omstandigheden af te wijken van zijn in dit arrest verwoorde uitgangspunt; wat aangemerkt kan worden als zodanig bijzondere omstandigheden is echter niet duidelijk.[15] Zoals ook AG Spier opmerkte, heeft de Hoge Raad zijn uitgangspunt heel algemeen geformuleerd en ziet het oordeel uitdrukkelijk niet alleen op tuchtprocedures tegen notarissen, maar ook op tuchtprocedures voor andere beroepsbeoefenaren.

De tweede zaak[16] (L./psychiater) betrof een klacht tegen een psychiater, die aan de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar van mevrouw L. had gerapporteerd over de mate van haar arbeidsongeschiktheid ten gevolge van een verkeersongeluk. Naar aanleiding van deze rapportage verloor mevrouw L. haar arbeidsongeschiktheidsuitkering. Nadat de klacht tegen de psychiater in twee instanties gegrond was verklaard, werd betaling van de uitkering aan mevrouw L. hervat. Mevrouw L. sprak de psychiater aan tot vergoeding van de kosten van de tuchtrechtelijke procedure, op de grondslag dat zij deze diende te voeren ter voorkoming of beperking van haar schade; de tuchtprocedure had immers het gewenste effect gehad. Toch oordeelde de Hoge Raad ook in deze zaak op overeenkomstige wijze als in het arrest Portielje/notarissen: uitgangspunt is dat de kosten van een tuchtprocedure niet kunnen worden beschouwd als redelijke kosten als in art. 6:96 BW bedoeld, en dat slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor afwijking van dit uitgangspunt. Het feit dat de tuchtprocedure daadwerkelijk nuttig was geweest voor het voorkomen of beperken van schade (zoals in casu voor mevrouw L.), danwel voor het vaststellen van schade en aansprakelijkheid, brengt volgens de Hoge Raad niet zonder meer mee dat de daarmee gemoeide kosten kunnen worden aangemerkt als redelijke kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. De Hoge Raad benadrukt nogmaals dat het tuchtrecht niet ertoe dient om de klager genoegdoening te verschaffen. De omstandigheid dat het mevrouw L. niet ging om het verkrijgen van schadevergoeding van de psychiater (haar wederpartij in de tuchtprocedure), maar om van een ander (de arbeidsongeschiktheidsverzekeraar) gedaan te krijgen dat deze terug kwam van haar weigering aan mw. L. uitkering te betalen, kwam op hetzelfde neer als een civiele claim, zoals in het arrest Portielje/notarissen. Dit feit vormde dus geen bijzondere omstandigheid, om conform het arrest Portielje/notarissen af te wijken van genoemd uitgangspunt.

Onderscheid

Ook de motivering van het onderscheid tussen tuchtrecht en civiel recht formuleert de Hoge Raad in deze en de voorgaande arresten steeds in algemene termen. Op een aantal facetten van dit onderscheid gaan we nader in.

– Doel van de procedure

De Hoge Raad hamert er steeds op: een tuchtprocedure dient ter bevordering van een goede wijze van beroepsuitoefening en is dus in het algemeen belang[17]. De klager is daarom niet meer dan een 'aangever'; het gaat in de tuchtprocedure niet om hem of zijn genoegdoening en dus ook niet om vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijk-

14. HR 10 januari 2003, NJ 2003/537, met noot Kleijn (Portielje/notarissen).
15. Vranken in zijn noot onder NJ 2005/324 en Van Es in JBN 2005/62 weten het antwoord niet op deze vraag.
16. HR 3 juni 2005, NJ 2005/324 (met noot Vranken).
17. Zie ook Schonewille, Over de aspiratie van het notariële tuchtrecht (...) (deel I), WPNR 2008/6768. Schonewille meent (zelfs) dat een tuchtuitspraak niet in een civiele procedure mag worden ingebracht, vanwege de volstrekt verschillende aspiraties van beide systemen.

heid[18]. De civiele procedure daarentegen heeft als enige doel om schade te vergoeden, mits die daadwerkelijk is geleden en voor vergoeding in aanmerking komt; het algemeen belang heeft daar weinig mee van doen. Dit onderscheid maakt ook dat een beroepsbeoefenaar bij een tuchtcollege op andere wijze verantwoording aflegt over zijn handelen dan bij een civiele rechter.

– Aard van de procedure

Bij een tuchtprocedure staat laagdrempeligheid voorop. Zo is de klacht, waarmee een tuchtprocedure aanvangt, nagenoeg vormvrij, bestaat er geen verplichte procesvertegenwoordiging, wordt geen griffierecht geheven en is de procedure zelf vrij informeel, terwijl bovendien zowel in de voorfase[19] als tijdens de procedure de klager – indien hij daaraan behoefte heeft – de helpende hand wordt toegestoken[20]. Dit alles is anders in de civiele procedure, die conform formele voorschiften – voor een groot deel: op straffe van nietigheid – moet worden gevoerd.

– Onderwerp van de procedure

In een tuchtrechtelijke procedure wordt alleen het handelen van de beklaagde beroepsbeoefenaar beoordeeld, terwijl in een civiele procedure het concrete individuele belang van de claimant en de gevolgen van de fout centraal staan. De vordering wordt daarom getoetst aan het hele 'scala' van vereisten voor civiele aansprakelijkheid. Niet alleen beoordeelt de civiele rechter of sprake is van een toerekenbare tekortkoming of van onrechtmatig handelen. Bij een bevestigend antwoord op die vraag is relevant of de geschonden norm strekt tot bescherming van de claimant (het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW), of er daadwerkelijk – voor vergoeding in aanmerking komende – schade is geleden (art. 6:95 e.v. BW), of er (voldoende) causaal verband bestaat tussen de geschonden norm en deze schade (art. 6:98 BW) en, tenslotte, of er omstandigheden aan de zijde van de claimant zijn, die maken dat een deel van de schade voor rekening van de claimant moet blijven (kort gezegd: "eigen schuld" in de zin van art. 6:101 BW).

Belangrijkste element van de civiele procedure is dus – het zij herhaald – het element 'schade'. Zonder schade geen civielrechtelijke aansprakelijkheid; alleen de vaststelling van aansprakelijkheid leidt immers tot niets. Daarom geeft de civiele rechter alleen een verklaring voor recht wanneer het bestaan van enige schade aannemelijk is. Een verklaring van recht dat de beroepsbeoefenaar tekort is geschoten kan – anders dan in het tuchtrecht – niet worden gevorderd bij een zuiver emotioneel belang; de civiele procedure dient niet als "zalf op de wond van een geschokt rechtsgevoel[21]".

– Processuele (on)mogelijkheden

In een tuchtrechtelijke procedure zijn de bewijsmogelijkheden zeer beperkt in vergelijking met de civiele procedure; hoewel het tuchtrecht voor de meeste beroepsgroepen de mogelijkheid kent van het horen van getuigen wordt hier zelden gebruik van gemaakt. Niet alleen bestaan er in het civiele recht meer bewijsmogelijkheden (waaronder de getuigenverklaring en het deskundigenbericht[22]); er wordt ook meer gebruik van gemaakt. Daarbij kent het civiele recht een fijnmazig systeem voor de verdeling van de bewijslast ten aanzien van de stellingen van de claimant en de verweren van de gedaagde (zulks mede ter bescherming van de gedaagde in een civiele procedure); het tuchtrecht mist een zodanig systeem. Overigens komt slechts zelden voor dat een tuchtrechter in een tussenbeslissing (een van) partijen opdraagt een stelling of verweer te bewijzen, terwijl dit in het civiele recht bepaald gebruikelijk (of zelfs: noodzakelijk) is.

Het komt met regelmaat voor dat een klager door een tuchtrechtelijke procedure informatie probeert te vergaren ten behoeve van een civiele procedure (meestal tegen een ander dan de beroepsbeoefenaar). Een beklaagde beroepsbeoefenaar – zeker wanneer de klager geen cliënt is en een wettelijke geheimhoudingsplicht jegens de cliënt bestaat – moet ervoor waken mee te werken aan dergelijke 'fishing expeditions' en doet er vooral goed aan zich op zijn verschoningsrecht te beroepen, ook tegenover de tuchtrechter.

Tenslotte de hoeveelheid rechtsmiddelen: het civiele proces kent drie instanties (eerste aanleg, appèl en cassatie); een tuchtprocedure heeft (maar) twee instanties en soms, bij verzet, maar één.

– Persoon van de rechter

In tuchtcolleges hebben ook 'vakbroeders' zitting. Dit levert soms strenge oordelen op, bijvoorbeeld wanneer het tuchtcollege de eer en het aanzien van de beroepsgroep streng bewaakt en daardoor als 'roomser dan de paus'

18. Van Es (Vergoeding van de kosten van tuchtrechtprocedures, JBN 2005/62) stelt in dit kader de – valide – vraag "waarom degene die een tuchtzaak aanhangig maakt en daarmee (mede) het algemeen belang dient, altijd zelf al zijn proceskosten moet dragen". Zijn suggestie om de tuchtrechter de mogelijkheid te geven om de in het gelijkgestelde klager een tegemoetkoming in de proceskosten toe te kennen, past naar onze mening echter niet in het huidige systeem van het tuchtrecht (zie hierna onder: aard van de procedure).
19. Desgewenst helpt de Deken in het advocaten tuchtrecht de klager bij het formuleren van zijn klacht (vgl. art. 46c lid 1 Advocatenwet). In het notarieel tuchtrecht heeft de secretaris van de Kamer van Toezicht deze taak (vgl. art. 99 lid 1 Wna).
20. Rechtbank Zutphen 9 januari 2008, NJF 2008/132 achtte de gegrondverklaring van de klacht door de tuchtrechter van zwaarwegend belang in de civiele procedure; dit deed zij na verwerping van het verweer van de aangesproken makelaar, inhoudend dat in de tuchtprocedure sprake was van schending van fundamentele beginselen (waaronder het – ten gunste van de klager – treden buiten de rechtsstrijd en handelen in strijd met de beginselen van goede procesorde).
21. Zie Conclusie AG Spier voor HR 10 januari 2003, NJ 2003/537 en tevens HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853.
22. Hof Leeuwarden 5 september 2007, LJN BB 3169 r.o. 9 is een goed voorbeeld van de invloed van een deskundigenbericht, wanneer dit afwijkt van het tuchtrechtelijk oordeel.

wordt ervaren. Door in een tuchtprocedure verantwoording te moeten afleggen aan vakbroeders over de manier waarop je je vak of ambt hebt uitgeoefend verschilt de opstelling van veel beroepsbeoefenaren tegenover hun tuchtrechter van hun opstelling in een civiele procedure. Soms oordeelt een tuchtcollege juist milder, bijvoorbeeld wanneer men begrip heeft voor de situatie waarin de beklaagde beroepsbeoefenaar heeft gehandeld of sprake is van een wijdverbreid gebruik in de beroepsgroep. Civiele rechters staan buiten de beroepsgroep waartoe de aangesproken beroepsbeoefenaar behoort en beoordelen slechts de voorliggende vordering. Gevolg hiervan kan zijn dat een gebruikelijke handelwijze binnen de beroepsgroep in civielrechtelijke zin toch als onrechtmatig wordt beoordeeld, zoals bijvoorbeeld de gang van zaken die destijds onderwerp was van het Baarns beslag-arrest[23].

– Normstelling

De tuchtrechtelijke norm verschilt van de civielrechtelijke aansprakelijkheidsnorm, alleen omdat – het zij herhaald – een tuchtprocedure een ander – meer op het algemeen belang cq de eer en het aanzien van de beroepsgroep ziend – doel heeft dan een civiele procedure. Hierdoor kunnen tuchtrechters en civiele rechters verschillend oordelen over hetzelfde handelen. Een voorbeeld is het hiervoor genoemde arrest over de herniaoperatie die op het verkeerde niveau was uitgevoerd. Het tuchtcollege dat de klacht van de patiënt beoordeelde, deed dat aan de hand van de toenmalige medische tuchtnorm, inhoudende dat slechts tuchtrechtelijk laakbaar was de ondermijning van het vertrouwen in de stand der geneeskundigen, ernstige schadeveroorzakende nalatigheid of grove onkunde. Dit maakte dat de 'telfout' van de arts geen tuchtrechtelijke veroordeling opleverde, terwijl de telfout naar het oordeel van de civiele rechter wel civielrechtelijk toegerekend werd. Andersom kan het ook: zo hoeft schending van een binnen de beroepsgroep geldende 'fatsoensnorm' nog geen onrechtmatig handelen van beroepsbeoefenaar jegens derden op te leveren[24].

Overigens zou het verwijt van de patiënt van het herniaoperatie-arrest naar huidig medisch tuchtrecht waarschijnlijk wel tot een gegronde klacht hebben geleid, omdat de norm inmiddels ziet op handelen of nalaten in strijd met de zorgplicht van de arts, danwel in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg (art. 8.47 lid 1 Wet big). De huidige medische tuchtnorm lijkt dus meer op de – algemene – civiele norm terzake van de zorgplicht die de redelijk handelend en redelijke bekwaam vakgenoot in vergelijkbare omstandigheden in acht zou hebben genomen[25]. Hoe meer de tuchtrechtelijke norm overeenkomt met de civielrechtelijke norm, des te meer invloed het oordeel van de tuchtrechter zal hebben op dat van de civiele rechter; zij het de civiele rechter nog steeds de verschillende aspecten van de twee systemen in het oog moet houden.

– Risicoaansprakelijkheid

In het tuchtrecht draait het om (de persoon van) de beroepsbeoefenaar zelf; een klacht moet in de regel gericht zijn tegen een bepaalde beroepsbeoefenaar en handelingen van deze beroepsbeoefenaar zelf betreffen. Fouten van hulppersonen – mits de beroepsbeoefenaar deze zorgvuldig heeft gekozen – leveren daarom doorgaans geen tuchtrechtelijke veroordeling op. Ook kan de beroepsbeoefenaar niet snel in tuchtrechtelijke zin worden aangesproken voor fouten van personeel, wanneer dit personeel een eigen tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid heeft[26]. Het civiele recht kent daarentegen veel verdergaande vormen van risicoaansprakelijkheid; een werkgever staat in civielrechtelijke zin in voor al zijn personeel (art. 6:170 BW) èn voor al zijn hulppersonen (art. 6: 171 BW).

Kortom: tussen de twee systemen bestaan veel verschillen, die maken dat slechts voorzichtig en genuanceerd 'leentjebuur' kan worden gespeeld bij het andere systeem. Terecht maakt de Hoge Raad structureel onderscheid tussen de systemen. Die aanpak moet blijvend gehanteerd worden, ook wanneer de tucht- en de civiele norm meer naar elkaar toegroeien. Ook dan blijven er immers vele, minstens even belangrijke verschillen bestaan. Om die reden verdient de suggestie van AG Spier (in zijn conclusie bij het arrest Portielje/notarissen[27]) dat de tuchtrechter kan fungeren als een soort deskundige voor de civiele rechter geen navolging. Heeft een civiele rechter behoefte aan voorlichting over bijvoorbeeld het gebruik of de voorschriften binnen een beroepsgroep, dan kan hij zich laten voorlichten door een deskundige (ex art 194 of 200 Rv, bijvoorbeeld uit die beroepsgroep). Die voorlichting overlaten aan de voordien door de claimant geadieerde tuchtrechter is ons inziens geen goed alternatief. Ook vanwege de cruciale verschillen staan wij sceptisch tegenover de recente wens van de wetgever om de tuchtrechter een extra instrument te bieden door hem de mogelijkheid te geven zich uit te laten over de hoogte van schadevergoeding[28]. Dit zou namelijk betekenen dat de tuchtrechter de civiele procedure moet gaan naspelen, waardoor het laagdrempelige karakter van de tuchtprocedure in gevaar komt, of dat de tuchtrechter gemakshalve niet ingaat op cruciale aansprakelijkheidsvereisten en 'hink-stap-springend' komt tot een aansprakelijkheidsoordeel met wellicht vergaande gevolgen.

---

23. HR 30 januari 1981, NJ 1982/56 (Baarns beslag); zie ook Rechtbank Arnhem 28 mei 2003, JOR 2003/242 (ABN Amro/Gunning).
24. Rechtbank Zutphen 2 april 2008, NJF 2008/321, ten aanzien van een makelaar.
25. Zie ook de noot van Van Wijmen onder NJ 2003/151 en Rechtbank Zwolle 28 januari 2004, NJF 2004/270.
26. Tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid bestaat overigens wel voor handelingen van personeel dat niet zelf onder enig tuchtrecht valt.
27. Onder 4.11 en 4.12.
28. Kamerstukken II, 29279, nr. 61 (brief van de staatssecretaris d.d. 7 december 2007); Zie ook tevens de kritiek van Van Es (a.w., JBN 2008/45) en van Schonewille (a.w. (deel II), WPNR 2008/6769).

De kennelijke wens van de wetgever (en van de opstellers van het rapport Huls) om particuliere claimanten een efficiënter en meer laagdrempelig alternatief te bieden dan de civiele procedure is begrijpelijk en terecht. Dat alternatief zou bijvoorbeeld gezocht kunnen worden in een (meer uitgebreide) Geschillenregeling, zoals de advocatuur die nu kent, of in een snellere afhandeling van civiele procedures. Het tuchtrecht mag echter niet 'voor deze kar worden gespannen'.

Tenslotte

Vranken, in zijn noot bij het tweede arrest over de kosten (mevrouw L./psychiater) vond dat de Hoge Raad er kennelijk veel aan gelegen is om te verhinderen dat benadeelden tuchtrechtelijke procedures als voorportaal gaan gebruiken voor civiele procedures. Hij vroeg zich af hoe reëel het risico is dat de tuchtprocedure als voorportaal wordt gebruikt en vermoedde dat de Hoge Raad ook niet wist hoe reëel dit risico was. Uit de praktijk blijkt wel dat de tuchtprocedure structureel als 'opstap' gebruikt wordt en dit risico dus zeer reëel is. Onze verwachting is bovendien dat hier in de toekomst geen verandering in zal komen[29]. In navolging van de Hoge Raad zijn wij echter van mening dat het tuchtrecht hier niet voor bedoeld is. Het indienen van een klacht met als enige (of voornaamste) oogmerk het voorbereiden van een civiele claim betreft oneigenlijk gebruik van het tuchtrecht. Natuurlijk staat het iedereen vrij om zowel een klacht bij de tuchtrechter als een vordering bij de civiele rechter in te dienen. Daarbij moet men zich alleen bewust zijn van de verschillen tussen beide systemen. Dat voorkomt ook verkeerde verwachtingen bij klagers; met een tuchtprocedure alleen is men nu eenmaal nog niet klaar, wanneer men (ook) op materiële genoegdoening hoopt.

29. Bij de harmonisering van het wettelijke tuchtrecht (voor alle daaronder vallende beroepsgroepen), waarvoor thans een wetsvoorstel in de maak is, staat de laagdrempeligheid van de tuchtrechtelijke procedure voorop. Dit sterkt onze verwachting.

Het notariële tuchtrecht als bron van deontologie

*Prof. mr. B.C.M. Waaijer**

1. Inleiding

De uitspraken van de tuchtrechter zijn een belangrijke bron voor de notariële deontologie. In het tuchtcollege is een plaats voor vertegenwoordigers van het notariaat, zij het welbewust geen doorslaggevende. De president van de rechtbank van het arrondissement waar de kamer van toezicht is gevestigd, is voorzitter van deze kamer. Twee leden worden benoemd door de Minister van Justitie, een kantonrechter en een inspecteur van belastingen, en de overige twee leden zijn notaris of kandidaat-notaris (art. 94 Wna).

Tussen de verschillende bronnen van het tuchtrecht vindt kruisbestuiving plaats. De tuchtrechter geeft aan hoe de notaris zich dient te gedragen. Door commentaren vanuit de beroepsgroep[1] en door cliënten, die daarvoor veelal de pers inzetten, wordt weerwoord en kritiek gegeven. Ook de civiele rechter beïnvloedt de jurisprudentie van de tuchtrechter. Het arrest van de Groningse huwelijkse voorwaarden heeft in de uitspraken van de tuchtrechter meer dan eens weerklank gevonden. In dit artikel zoek ik naar de specifieke eigen inbreng van de tuchtrechter voor het functioneren van de notaris. Ik beperk mij daarbij door het werk van de tuchtrechter af te zetten tegen dat van de civiele rechter. Het grote belang van het tuchtrecht staat bij dat alles voor mij buiten kijf.[2]

2. Tuchtrechter en civiele rechter: Ieder zijn debiet

Het werkterrein van de notaris is voornamelijk dat van het civiele recht. Daar wordt zijn doen en laten beoordeeld door zowel de civiele rechter als de tuchtrechter. Deze rechters geven elk een oordeel vanuit hun eigen invalshoek. De tuchtrechter ziet toe op het belang dat de maat-

* Notaris te Amsterdam en bijzonder hoogleraar Notarieel recht aan de Universiteit van Amsterdam, redacteur van het WPNR. (boudewijn.waaijer@boekeldeneree.com)

1. Een mooi voorbeeld is het rapport van de Werkgroep deontologie Nieuw Erfrecht, Enige beschouwingen over de notariële deontologie bij een nalatenschapWPNR 04/6585.
2. Zie T. Hartlief, Handhaving in het aansprakelijkheidsrecht. Op weg naar een betere samenleving? WPNR 08/6772 die meent dat uit handhavingsperspectief tuchtrecht en zelfregulering het primaat hebben boven het aansprakelijkheidsrecht, waar volgens hem slechts een bijrol voor is weggelegd.