

Invulling van de norm waaraan een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris moet voldoen

*Mr. H.J. Delhaas en mr. L.C. Dufour**

1 Inleiding

Art. 17 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) bepaalt dat de notaris zijn ambt in onafhankelijkheid uitoefent. De notaris behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. Door de jaren heen heeft de Hoge Raad een duidelijk kader geformuleerd voor de beoordeling van de notariële zorgplicht. Deze (veelal vergaande) zorgplicht wordt uitgesplitst in drie concretere plichten, te weten zijn informatieplicht, zijn onderzoeksplicht en de wilscontrole.¹ In bijzondere omstandigheden bestaat daarnaast voor de notaris de plicht om te waarschuwen voor specifieke aan een rechtshandeling verbonden risico's (de zogenaamde waarschuwingsplicht).

In dit artikel bespreken we de zorgplicht van de notaris aan de hand van vijf specifiekere zorgverplichtingen: zijn onderzoeksplicht, de wilscontrole, zijn informatieplicht, in uitzonderingsgevallen de bijzondere waarschuwingsplicht en de zorgplicht van de notaris ten opzichte van niet rechtstreeks bij de transactie betrokken derden, waarbij wij naar zo veel mogelijk recente (lagere) jurisprudentie zullen verwijzen, mede om te laten zien dat de beoordeling van het handelen/nalaten van de notaris om allerlei redenen anders kan uitpakken. Daarnaast is het merendeel van deze normen al vele jaren geleden vastgesteld door de Hoge Raad en is het interessant om te zien hoe lagere rechters deze gebruiken. Ten slotte bespreken wij de stelplicht en bewijslast rondom een door een benadeelde gestelde zorgplichtschending van een notaris.

In veel procedures over notariële beroepsaansprakelijkheid zien de belangrijkste geschilpunten op schade en causaal ver-

band. Die jurisprudentie bespreken wij niet. De verhouding tussen tucht- en civiel recht bespreken wij hier evenmin, maar daar waar de tuchtrechter in zijn oordeel een interessante invulling geeft aan een van de concretere zorgplichten, inhoudelijke normen, zullen wij die bespreken. Hoewel wij ons ervan bewust zijn dat lang niet alle notarissen mannen zijn (op 1 januari 2018 waren 311 van de 1256 notarissen vrouwen), duiden wij in dit artikel voor de leesbaarheid de notaris als mannelijk aan.

2 Onderzoeksplicht

Op de notaris rust een onderzoeksplicht, die onder andere inhoudt dat hij een onderzoek dient in te stellen naar de rechtstoestand van het registergoed (de rechercheplicht). Van de notaris wordt verwacht dat hij alle voor hem toegankelijke registers raadpleegt. Het eerste arrest waarin de onderzoeksplicht van de notaris centraal stond, stamt uit 1990.² In dat arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat in geval van een comparant-rechtspersoon (Credit Lyonnais in dit geval), die door een natuurlijke persoon wordt vertegenwoordigd, de notaris zich zo volledig en nauwkeurig mogelijk ervan moet vergewissen dat die vertegenwoordiger bevoegd is tot het namens de vertegenwoordigde verrichten van de in de akte opgenomen rechtshandelingen. Telefonische navraag bij het handelsregister bleek (achteraf) onjuiste informatie te hebben opgeleverd over de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Uit de inschrijving in het handelsregister bleek dat de vertegenwoordiger een beperkte volmacht had om Credit Lyonnais te vertegenwoordigen. De notaris had een recent uittreksel uit het handelsregister van Credit Lyonnais moeten hebben voordat hij kon beslissen of hij de akte kon passeren.

Ook op Curaçao moet een notaris alle registers raadplegen om te voorkomen dat hij een inschrijving op een perceel over het hoofd ziet, zeker nu onder Curaçaose notarissen in 2003, toen de aangesproken notaris was ingeschakeld om een eerste hypotheekrecht op het perceel te vestigen, bekend was dat het door de notaris geraadpleegde register met achterstanden kampte.³ Uit dit arrest volgt dat de hoge mate van zorgvuldigheid die

* Mr. H.J. Delhaas en mr. L.C. Dufour zijn advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam.

1. Deze onderverdeling van de zorgplicht in zorgverplichtingen ontleen wij aan deze door C.C. Breedveld-de Voogd gemaakte indeling in haar bijdrage 'Notariële zorgverplichtingen bij onroerend goed transacties' aan het preadvies 'De goede notaris. Over notariële deontologie', Den Haag: Sdu Uitgevers 2010. Zie ook C.C. Breedveld-de Voogd, Digitale overdracht van woningen, WPNR 2018/7179, p. 50-57. In de rechtspraak is deze onderverdeling ook terug te vinden: Rb. Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121 en Hof 's-Hertogenbosch 20 april 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AP0458.

2. HR 28 september 1990, NJ 1991/473 (Cezet Credit Lyonnais).

3. HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721.

van de notaris bij een recherche wordt verwacht, meebrengt dat de notaris alle voor hem toegankelijke registers raadpleegt.

2.1 Onderzoek in openbare registers en in voorgaande akte

De Rechtbank Gelderland nam het oordeel van de Kamer voor het Notariaat over, inhoudend dat een notaris die hypotheekrechten royeert niet alleen mag afgaan op de in een eerdere akte (van een andere notaris) geconstateerde voorbelastingen.⁴ De notaris dient de oorspronkelijke hypotheekaktes uit het kadaster op te vragen en deze te controleren, voordat hij overgaat tot royement. Het royeren van een hypotheek heeft immers verstrekkende gevolgen.

De onderzoeksplicht van de notaris geldt vanzelfsprekend ook voor rechtshandelingen die vormvrij kunnen geschieden maar waarvoor de partijen de hulp van een notaris hebben ingeschakeld. De Rechtbank Limburg achtte de notaris aansprakelijk die een overeenkomst van schuldoverneming in een notariële akte had vastgelegd, zonder dat hij voorafgaand aan het verlijden van de akte bij de schuldenaar had geverifieerd of de schuldeiser instemde met de schuldoverneming (een vereiste voor rechtsgeldige schuldoverneming).⁵

In het licht van de zwaarwegende zorgplicht die de notaris heeft jegens eenieder die gelden aan hem heeft toevertrouwd, dient hij – voordat hij gelden uitbetaalt – onderzoek te doen naar de persoon van de ontvanger en de vraag of die gerechtigd is tot de gelden als die persoon volledig buiten de transactie lijkt te staan, zo volgt uit het arrest Stichting Trustee Ilias.⁶ In deze zaak had de bestuurder van de stichting Trustee Ilias aan de notaris opdracht gegeven de verkoopopbrengst van een aan de stichting toebehorend onroerend goed over te maken naar bankrekeningen die op naam van hemzelf in privé en van zijn zuster stonden. De notaris had zijn zorgplicht jegens de stichting geschonden door zonder voorafgaand onderzoek de betaalopdracht van de bestuurder uit te voeren.

2.2 Publiekrechtelijke beperkingen

Een in de praktijk veelvoorkomende vraag is of een notaris voor het verlijden van een leveringsakte onderzoek moet doen naar publiekrechtelijke beperkingen in het gebruik van een registergoed die volgen uit bijvoorbeeld een bestemmingsplan. Een notaris is in beginsel niet tot een dergelijk onderzoek gehouden. Zo'n onderzoek kan wel van de notaris worden gevergd als uit de koopovereenkomst, het taxatierapport, de aankomsttitel of de bijzondere ligging van het perceel duidelijke aanwijzingen voor hem naar voren komen om te vermoeden dat een bestemmingsbeperking (bijvoorbeeld de bestemming 'dienstwoning') aan de orde is.⁷

De onderzoeksplicht van een notaris bij een veiling gaat verder dan bij het verlijden van 'gewone' aktes, zo heeft de Hoge Raad al meer dan twintig jaar geleden geoordeeld.⁸ De notaris had in een advertentie en in het veilingboekje het te veilen pand in Scheveningen omschreven als 'bedrijfspan/hotel'. Het pand was al veertig jaar een pension/hotel. Later, toen de veilingkoper het pand wilde doorverkopen, bleek dat het bij de gemeente was geregistreerd als 'eengezinswoning'. De beoogde koper wilde het pand toen niet afnemen, waarop de veilingkoper de notaris met succes aansprak. De Hoge Raad overwoog:

'Het betreft hier door de notaris aan het publiek verstrekte onjuiste informatie met betrekking tot de geoorlooftheid van het gebruik van de onroerende zaak als bedrijfspan. In het licht van de gemeentelijke bevoegdheden met betrekking tot gebruik en bestemming van onroerende zaken ligt het voor de hand dat, eer een notaris informatie van deze aard aan het publiek verschaft, hij bij de gemeente binnen het gebied waarvan die zaak is gelegen, nagaat of de bestemming die hij aan het publiek wil opgeven en die deze zaak op dat tijdstip wellicht feitelijk heeft, een gebruik van de onroerende zaak betreft, waartegen van de zijde van de gemeente bezwaren zijn te verwachten.'

Een mededeling van een notaris tijdens een veiling dat het te veilen object 'voor zover bekend' niet was verhuurd, terwijl dat achteraf wel het geval was, leverde geen schending van de onderzoeksplicht van de notaris op, nu de huur niet bleek uit de hypotheekakte en de openbare registers. De notaris had bij de eigenaar nagevraagd of er huurders waren en hij had hiernaar op internet onderzoek gedaan, telkens zonder resultaat. De zorgplicht van de notaris gaat niet zover dat hij voor de veiling het perceel dient te bezoeken om zelf na te gaan of het verhuurd is.⁹

2.3 Grenzen aan de onderzoeksplicht

Hoever de onderzoeksplicht van de notaris reikt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁰ De onderzoeksplicht is dus niet onbegrensd. De onderzoeksplicht van de notaris vindt haar grens 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.¹¹ Een andere begrenzing is dat de notaris in het algemeen ervan uit mag gaan dat de gegevens die de cliënten hem aanleveren juist zijn,

4. Rb. Gelderland 23 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7115.

5. Rb. Limburg 27 februari 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:2150.

6. HR 12 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH4723 en het vervolgarrst HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9901.

7. Zie bijv. Rb. Arnhem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY0809 en Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6012.

8. HR 22 maart 1996, NJ 1996/668.

9. Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3990.

10. In HR 9 december 1983, NJ 1984/342 (Van Popering/Willemsse) heeft de Hoge Raad in zijn algemeenheid beslist dat de vraag of een notaris is tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht telkens moet worden beantwoord in het licht van de omstandigheden van het geval. Zie over de begrenzing van de onderzoeksplicht ook de conclusie van A-G Timmerman voor HR 19 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2015:2332, onder nrs. 3.2 e.v.

11. HR 27 maart 1992, NJ 1993/188 (Meijer/S.).

tenzij hij reden heeft te vermoeden dat de informatie niet juist of volledig is.¹²

Een aantal recente voorbeelden van begrenzingen van de onderzoeksplicht van de notaris geven wij hieronder weer.

De notaris die was ingeschakeld om een geldleningsovereenkomst met verstrekking van zekerheden notarieel vast te leggen, hoefde geen onderzoek te doen naar de rechtstoestand van de in aanbouw zijnde villa in Spanje van de schuldenaar waarop hij ten behoeve van de schuldeiser een tweede hypotheekrecht vestigde.¹³ Zijn onderzoeksmogelijkheden zijn beperkt tot Nederlandse registers.

De notaris mag afgaan op de juistheid van de in de registers vermelde informatie, blijkt uit verschillende uitspraken. Uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden blijkt dat de notaris ook mocht afgaan op de vermelding in het kadaster wie eigenaar is van het perceel, terwijl op zijn kantoor door een collega twee jaar daarvoor aktes zijn gepasseerd waaruit de onjuistheid in het kadaster kenbaar was.¹⁴ Een notaris hoeft na raadpleging van het kadaster niet (tenzij daartoe aanleiding mocht zijn) nog eens alle op zijn kantoor verleden aktes door te nemen om uit te sluiten dat de in het kadaster opgenomen informatie toch een onverhoopte onjuistheid bevat.¹⁵

Een notaris hoeft in beginsel ook niet verder terug te rechercheren dan de akte waarmee de verkoper de eigendom van het registergoed geleverd heeft gekregen (de aankomsttitel), zo bevestigde de Rechtbank Noord-Nederland.¹⁶ De informatie uit de aankomsttitel moet hij kritisch doornemen. Als de informatie in de aankomsttitel daartoe aanleiding geeft, moet de notaris nader onderzoek verrichten of de comparanten adviseren nader onderzoek te (laten) doen.¹⁷

Een notaris hoefde voor de start van het Centraal Insolventieregister per 1 januari 2005 niet uit eigen beweging voor het passeren van een hypotheekakte alle faillissementsregisters van de lokale rechtbanken te raadplegen om na te gaan of de schuldenaar failliet was. De notaris mocht afgaan op het faillissementsregister van Graydon, waartoe notarissen tot 1 oktober 2007 via de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)

toegang hadden.¹⁸ Dat het faillissement van de schuldenaar uit 2003 niet was vermeld in het Graydon-register en de notaris wel een hypotheekakte had verleden, waarbij de schuldenaar een hypotheekrecht aan de schuldeiser verleende, leverde geen beroepsfout van de notaris op.¹⁹

Bij de overdracht van een aantal domeinnamen behoorde het volgens de Rechtbank Gelderland niet tot de taak van de notaris om door raadpleging van het register van Stichting Internet Domeinregistratie Nederland te onderzoeken of de domeinnamen bezwaard waren.²⁰ Het door de Stichting bijgehouden register is een niet-openbaar register. De notaris mocht afgaan op de door partijen verstrekte informatie. Een vergelijkbare uitspraak deed het Hof Den Haag op 12 januari 2016²¹ over een niet door de geldschietster en niet door de notaris ontdekt ouder pandrecht op levensverzekeringen. Er bestaat geen register waarin pandrechten op verzekeringspolissen worden bijgehouden. De geldschietster kon de notaris dus niet verwijten dat hij het oudere pandrecht, waarover de schuldenaar/pandgever had gezwegen, niet had ontdekt. Deze uitspraak bespreken we ook in paragraaf 4 over de informatieplicht, omdat het hof oordeelde dat de notaris wel tekort was geschoten in zijn informatieplicht. De notaris had de geldschietster er onvoldoende op gewezen dat hij nauwelijks over mogelijkheden beschikte om de juistheid te onderzoeken van de door de schuldenaar aangeleverde informatie. Een beperking van onderzoeksmogelijkheden roept een verstrekkender informatieplicht voor de notaris in het leven.

Kortom, een notaris heeft in beginsel aan zijn onderzoeksplicht voldaan als hij de openbare registers heeft geraadpleegd, de aankomsttitel dan wel de laatste hypotheekakte(s) heeft nagelezen en de informatie die hij van partijen heeft gekregen en bij zijn recherche heeft gevonden kritisch heeft doorgenomen, en heeft doorgevraagd als hij op opmerkelijkheden is gestuit.

3 Wilscontrole

Onderdeel van de zorgplicht van de notaris is dat hij zich bij het verlijden van een akte ervan dient te overtuigen dat hetgeen in die akte wordt opgenomen ook daadwerkelijk door de comparanten is gewild en begrepen. Die wilscontrole is in geval van particulieren van een verstrekkender orde dan in geval van een professionele partij als een bank of een grote gemeente. Uit een vonnis van de Rechtbank Zutphen volgt dat de notaris actief moet onderzoeken of de comparanten het rechtsgevolg dat aan de voorliggende rechtshandeling is verbonden, een erfdiensbaarheid van weg in dat geval, hebben beoogd.²² De notaris kon niet volstaan met toezending van

12. Hof Amsterdam 9 maart 2000, WPNR 6414/2000, p. 602-603.

13. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:265 (middel verworpen met toepassing van art. 81 Wet RO) en de conclusie van A-G Timmerman daaraan voorafgaand ECLI:NL:PHR:2015:2332.

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 april 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3102.

15. Zie ook Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:20, waaruit volgt dat een notaris in beginsel niet in zijn eigen archieven op zoek hoeft te gaan naar eventueel eerder op zijn kantoor op levensverzekeringspolissen gevestigde pandrechten.

16. Rb. Noord-Nederland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4862.

17. In hoger beroep oordeelde het hof overigens dat van dergelijke omstandigheden hier wel sprake was en dat de notaris kopers had moeten adviseren een erfdiensbaarhedenonderzoek uit te laten voeren, Hof Arnhem-Leeuwarden 2 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3720.

18. Voordat het Centraal Insolventieregister in het leven werd geroepen, was er geen centraal register. Notarissen konden gegevens over insolventies opzoeken in het register van Graydon, een particulier bedrijf, dat echter niet instond voor de volledigheid en juistheid van dat register.

19. Rb. Leeuwarden 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BR5872.

20. Rb. Gelderland 14 december 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:7040.

21. Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:20.

22. Rb. Zutphen 20 augustus 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BG1050.

een voorstel voor een koopovereenkomst waarin de erfdiensbaarheid was vermeld, zonder daar in het begeleidende schrijven expliciet op te wijzen, en te verwachten dat als partijen het er niet mee eens waren, zij wel zouden 'piepen' (de woorden van de notaris). De definitieve koop- en leveringsakte zijn zonder toelichting of voorafgaande bespreking bij de notaris gepasseerd en aan partijen toegestuurd. Door deze werkwijze was van wilscontrole door de notaris geen sprake.

Ingeval een comparant bij volmacht verschijnt, zal de notaris meer moeten doen dan alleen een conceptakte en de volmacht ter ondertekening toesturen. De notaris moet nagaan of de comparant beseft welke rechten en verplichtingen voortvloeien uit de in de akte opgenomen rechtshandeling. De notaris of een medewerker zal hiertoe contact moeten opnemen met de comparant, hierover met de comparant moeten overleggen en van dat overleg aantekeningen maken.²³

Een van de functies van de wilscontrole is dat de notaris niet onbedoeld meewerkt aan stromanconstructies waardoor derden (schuldeisers) worden benadeeld. In een vonnis van de Rechtbank Gelderland van 19 oktober 2016 was sprake van een klassieke stroman (katvanger).²⁴ Voor € 1 kreeg een heroïneverslaafde, die op de bewuste ochtend naar eigen zeggen in nette kleren was gehesen, heroïne had gebruikt en naar het kantoor van de notaris was gereden, de aandelen in een vennootschap die een kledingwinkel exploiteerde. Kort na de overdracht van de aandelen in de vennootschap zijn in aanwezigheid van de levenspartner van de voormalige eigenaresse van de winkel alle waardevolle goederen uit het winkelpand meegenomen en is de winkel gesloten. Toen na de overdracht crediteuren van de vennootschap onbetaald bleven, hebben zij het faillissement van de vennootschap aangevraagd. De curator heeft vervolgens de notaris aangesproken wegens schending van zijn zorgplicht. De notaris had de leveringsakte volledig voorgelezen, maar geen vragen aan de verkrijger gesteld over doel en achtergrond van de overdracht. Als de notaris wel vragen had gesteld, had hij volgens de rechtbank onmiddellijk begrepen dat de verkrijger geen idee had waar hij mee bezig was en dat het niet zijn wil was om de kledingwinkel voort te zetten.

Hoewel de civiele rechter – voor zover wij hebben kunnen nagaan – zich nog niet heeft uitgelaten over de manier waarop een notaris vorm dient te geven aan zijn wilscontrolerende functie als comparanten niet in Nederland zijn geboren en getogen, heeft de tuchtrechter hierover al wel geoordeeld.²⁵ De notaris moet er extra alert op zijn dat de comparanten de in het Nederlands opgestelde concepten en toelichtingen begrijpen. De notaris moet controlevragen stellen om zich ervan te vergewissen dat de comparant begrijpt wat de gevolgen zijn van de akte en deze ook daadwerkelijk wil. Bij twijfel moet de

notaris een tolk inschakelen en/of de aktes laten vertalen. Wij verwachten dat de civiele rechter in gelijke zin oordeelt.

Kortom, de notaris voldoet aan zijn verplichting de wil van de comparanten te controleren door de inhoud van de akte met de comparanten door te nemen en hen specifiek te wijzen op opmerkelijkheden (enkele willekeurige voorbeelden: een bij de overdracht schuldig verklaarde koopsom, een erfdiensbaarheid, een kettingbeding). Door het stellen van controlevragen vergewist de notaris zich ervan dat de comparanten alle met de akte bewerkstelligde rechtshandelingen hebben beoogd en gewild.

4 Informatieplicht

Een van de zorgverplichtingen van de notaris is de informatieplicht. Het doel van de op de notaris rustende informatieplicht is dat de comparant de inhoud van de akte begrijpt, de gevolgen daarvan leert kennen en kan beoordelen of hij met de in de akte neergelegde rechtshandeling het door hem beoogde doel zal bereiken.

4.1 Voorbeelden van informatie die de notaris had moeten verstrekken

In een aan de Hoge Raad voorgelegde kwestie was toestemming van de Vereniging van Eigenaren (VvE) nodig voor wijziging van de splitsingsakte alvorens verkoper aan koper het gekochte kon leveren.²⁶ De notaris had de verkoper niet gewezen op de benodigde toestemming van de VvE. Ook had de notaris verkoper niet geadviseerd om te wachten met het vastleggen van een uiterste leveringsdatum totdat de toestemming van de overige leden van de VvE was verkregen. De notaris had een uiterste leveringsdatum in de koopovereenkomst vastgelegd, die de verkoper niet heeft kunnen halen omdat sommige VvE-leden hadden geweigerd in te stemmen met de voor verkoper noodzakelijke wijziging van de splitsingsakte. De notaris diende de schade van de verkoper (de aan koper verbeurde boetes en betaalde schadevergoeding) te vergoeden.

Het Hof Den Haag oordeelde dat een notaris tekort was geschoten in de op hem rustende informatieplicht toen hij een pandakte passeerde.²⁷ De notaris had bij de comparanten en in het bijzonder bij de geldverstrekker/pandhouder moeten navragen of zij de reikwijdte van het in de pandakte neergelegde overzagen, nu sprake was van een voorwaardelijk pandrecht. Daarnaast had de notaris duidelijk moeten maken dat hijzelf geen of slechts zeer beperkte mogelijkheden had om de juistheid van hetgeen in de pandakte was neergelegd te controleren. De tussenkomst van een notaris kan bij een enthousiaste geldverstrekker het beeld vestigen dat hij te maken heeft met een bonafide schuldenaar die voor terugbetaling zal zorgen. De notaris dient de geldverstrekker dan duidelijk te maken dat zijn rol beperkt is en dat hij niet instaat voor de waarde van de verstrekte zekerheden of de solvabiliteit van de pandgever.

23. Rb. Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121.

24. Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091.

25. Kamer voor het Notariaat Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:TNORDHA:2015:10.

26. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:270.

27. Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:20.

Uit een arrest van het Hof Amsterdam volgt dat een notaris de koper van een perceel dat is betrokken in een onteigeningsprocedure moet informeren over die onteigening en moet waarschuwen voor de gevolgen daarvan.²⁸ Het hof heeft de notaris hier echter niet tot vergoeding van de geleden schade veroordeeld omdat de koper eerst meer dan vijf jaar nadat hij bekend was met zijn schade en de fout van de notaris, de notaris had aangesproken.

4.2 Grens aan de informatieplicht

Net als we bij de onderzoeksplicht zagen, is ook de informatieplicht begrensd. Zo hoeft de notaris in beginsel niet te informeren of te waarschuwen op voor belastingen van belang zijn de termijnen omdat hij geen fiscaal adviseur is.²⁹

De Rechtbank Noord-Holland oordeelde over een fiscaal adviseur die de nabestaanden had geïnformeerd over de voor- en nadelen van aanvaarding dan wel verwerping van de nalatenschap van moeder.³⁰ Het advies van de notaris de nalatenschap van moeder te verwerpen bouwde voort op het advies van deze eigen fiscaal adviseur van de nabestaanden. Het verwijt dat de notaris de nabestaanden ondeugdelijk had geadviseerd over de fiscale gevolgen van verwerping van de nalatenschap ging niet op, daarvoor dienden de nabestaanden zich tot de eigen fiscaal adviseur te wenden. Het arrest van het Hof Amsterdam van 23 februari 2016 ligt in deze lijn: de notaris hoeft niet na te gaan of een van de comparanten het advies van zijn eigen financieel adviseur over de omvang van de verschuldigde btw bij aankoop van een perceel grond goed heeft begrepen.³¹ Deze comparant had zelf rechtstreeks contact met zijn financieel adviseur. Daar was geen rol voor de notaris.

Kortom, de informatieplicht van de notaris houdt in dat hij algemene informatie aan de comparanten verstrekt over de inhoud en de strekking van de in de akte neergelegde rechtshandeling. Uit de hier besproken uitspraken maken wij op dat de rechter van de notaris verlangt dat hij zich verplaatst in de situatie en het juridisch kennisniveau van de comparanten. Zijn de comparanten ervaren onroerendgoedhandelaren of hebben zij eigen adviseurs, dan is de informatieplicht van de notaris beperkt. Als de comparanten particulieren zijn, dan dient de notaris meer informatie over de gevolgen van de transactie te verstrekken.

5 Bijzondere waarschuwingsplicht

In 1989 heeft de Hoge Raad in het Groningse Huwelijksvoorwaarden-arrest een einde gemaakt aan de lijdelijke rol die

notarissen voor zichzelf tot dan toe zagen.³² De Hoge Raad heeft de notaris in dit arrest opgedragen bij de uitoefening van zijn werkzaamheden alert te zijn op onevenwichtigheden tussen partijen.³³ De Hoge Raad oordeelde dat de functie van de notaris meebrengt dat hij gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.³⁴ De Hoge Raad heeft de bijzondere waarschuwingsplicht voor de notaris geïntroduceerd. In latere jurisprudentie is dit verder uitgewerkt en verduidelijkt. Bij de beoordeling van de vraag of op de notaris een bijzondere waarschuwingsplicht rust, is bijvoorbeeld ook relevant wat de notaris bekend is over de aard van de beoogde transacties en de ernst van de daarmee samenhangende risico's alsmede de hoedanigheid van de betrokken partij(en).³⁵

Hoe passen lagere rechters dit arrest sindsdien toe? De bijzondere waarschuwingsplicht dient met terughoudendheid te worden toegepast en is alleen in bijzondere gevallen aan de orde, zoals de Rechtbank Noord-Holland terecht expliciet overwoog.³⁶

De eiser dient voldoende gemotiveerd te stellen dat sprake is van feitelijk overwicht en/of juridische onkunde, waarvan niet snel sprake is. De Rechtbank Noord-Holland kwam onlangs tot het oordeel dat eiser onvoldoende had onderbouwd dat sprake was van duidelijke ongelijkheid tussen partijen en kennelijk machtsmisbruik door een van de partijen.³⁷ De Rechtbank Gelderland oordeelde in een procedure waarin door eiser gelden werden uitgeleend waarbij zekerheden werden verstrekt die later onvoldoende verhaal bleken te bieden, uitvoerig over de feitelijke omstandigheden.³⁸ Feitelijk overwicht kwam niet vast te staan; enige juridische onkunde kon de rechtbank overigens wel vaststellen, maar dat was onvoldoende om tot misbruik te kunnen oordelen en dus onvoldoende om een bijzondere waarschuwingsplicht voor de notaris aan te nemen. In een andere uitspraak kwam de Rechtbank Gelderland juist wel tot de slotsom dat sprake was van feitelijk overwicht.³⁹ De rechtbank oordeelde in dat geval dat verschillende omstandigheden (leeftijdverschil, bewind, het schenden van door de Rabobank gestelde voorwaarden door een van de betrokkenen en problematische familieverhoudingen) maakten dat sprake was van feitelijk overwicht.

32. Rechtbank en hof hadden deze zaak anders beoordeeld dan de Hoge Raad. Kort en goed kwam de beoordeling in feitelijke instanties erop neer dat de notaris beroepshalve tot niet meer gehouden is dan een zakelijke toelichting op de inhoud van de akte. Een zakelijke toelichting had de notaris gegeven aan de echtelieden, tot meer was de notaris – aldus rechtbank en hof – niet gehouden. De Hoge Raad beoordeelde dit anders.
33. Anders gezegd: oog te hebben voor de maatschappelijk en/of juridisch zwakkere partij.
34. HR 20 januari 1989, NJ 1989/766.
35. Zie bijv. Rb. Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121.
36. Rb. Noord-Holland 30 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10650.
37. Rb. Noord-Holland 30 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:10650.
38. Rb. Gelderland 6 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2977.
39. Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:850.

28. Hof Amsterdam 17 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:1927.
29. Rb. Gelderland 30 november 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6686.
30. Rb. Noord-Holland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3793.
31. Hof Amsterdam 23 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:633.

De bijzondere waarschuwingsplicht komt met enige regelmaat aan bod bij risicovolle investeringen, veelal leningen met een korte looptijd, hoge rente en onzekerheid over de waarde van het verstrekte onderpand. De Rechtbank Overijssel oordeelde dat de notaris in een dergelijk geval de waarschuwingsplicht had geschonden⁴⁰ en overwoog daarbij zelfs expliciet wat een behoorlijke nakoming van de waarschuwingsplicht zou hebben ingehouden.⁴¹ Hoewel evident was dat het een zeer risicovolle transactie betrof, zijn de overwegingen over het bestaan van juridische onkunde, feitelijk overwicht en misbruik minder duidelijk, terwijl dat wel belangrijke voorwaarden zijn om tot de bijzondere waarschuwingsplicht te geraken. In die zaak had het notariskantoor een dubieuze rol⁴² (een op het kantoor werkzame klerk had de geldschietters geworven) en in die zin is de aansprakelijkheid van de notaris voor de hand liggend, maar de motivering van de rechtbank past niet naadloos in het door de Hoge Raad voorgeschreven kader van de bijzondere waarschuwingsplicht. Er wordt namelijk meer aandacht besteed aan de verhouding tussen het notariskantoor en de geldschietter, terwijl het normaal gesproken gaat om de (ongelijke) verhouding tussen de partijen bij de akte.

Er zijn ook voorbeelden van uitspraken waarin niet expliciet wordt verwezen naar het Groningse Huwelijksvoorwaarden-arrest en de standaardoverwegingen daaruit, maar die inhoudelijk wel voldoen aan het door de Hoge Raad in 1989 geschetste kader. In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam was, hoewel niet expliciet aldus was overwogen, sprake van feitelijk overwicht (een oude man die een hypothecaire lening met zijn huis als onderpand was aangegaan en een groot deel van die lening uitleende aan een andere partij) en kwam de rechtbank terecht tot de slotsom dat de notaris aansprakelijk was wegens het ontbreken van een duidelijke waarschuwing.⁴³ De Rechtbank Limburg oordeelde recent over een projectontwikkelaar die meende dat de notaris aansprakelijk was wegens het niet waarschuwen voor risico's verbonden aan zekerheden.⁴⁴ Uit de beoordeling van de rechtbank volgt dat – hoewel dat niet met zoveel woorden wordt overwogen – geen sprake was van juridische onkunde of feitelijk overwicht, terwijl het bovendien ging om een afweging van economische en financiële risico's, die tot het domein van de projectontwikkelaar behoren.

Bij de afronding van deze paragraaf over de bijzondere waarschuwingsplicht van de notaris willen we nog opmerken dat bij het doornemen van de recente rechtspraak ons opviel dat rechters regelmatig algemene overwegingen uit arresten van de Hoge Raad, bijvoorbeeld uit HR 19 februari 2016,⁴⁵ overnemen waarin het algemene juridische kader wordt verwoord. Vaak geven die overwegingen houvast, maar in sommige geval-

len is het weergegeven normenkader in het voorliggende geval niet het juiste. Zo had de Rechtbank Rotterdam in een tussenvonnis een duidelijke weergave van het toepasselijke normenkader opgenomen,⁴⁶ waarna het hof in hoger beroep een beknoptere weergave daarvan opneemt en – ten onrechte – overweegt dat de bijzondere waarschuwingsplicht voortvloeit uit de algemene zorgplicht van art. 17 Wna.⁴⁷ De bijzondere waarschuwingsplicht geldt alleen in specifieke gevallen. Wij krijgen de indruk dat rechters zich niet altijd bewust zijn van het verschil tussen de algemene informatieplicht van de notaris die uit zijn zorgplicht ex art. 17 Wna volgt en de bijzondere waarschuwingsplicht die in specifieke gevallen voor notarissen geldt en uit het Groningse Huwelijksvoorwaarden-arrest voortvloeit, waardoor deze normen te veel en te makkelijk in elkaar overlopen.⁴⁸ Door vervaging van het verschil kan de rechter het handelen van de notaris aan een te zware zorgplicht toetsen.

6 Zorgplicht notaris ten opzichte van derden

De notaris dient zich in beginsel bezig te houden met de juridische positie en belangen van de partijen bij de akte, zoals hiervoor in dit artikel is besproken. De notaris dient onder bepaalde omstandigheden ook oog te hebben voor de belangen van derden. Hoe de notaris hiermee dient om te gaan, is recentelijk – zowel civiel- als tuchtrechtelijk – verduidelijkt.

6.1 *Zorgplicht notaris ten opzichte van derden – civiel recht*

In het Novitaris-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of een notaris die meewerkt aan een akte waardoor een van de bij de akte betrokken partijen jegens een derde wanprestatie pleegt, onrechtmatig jegens die derde handelt.⁴⁹ In dit arrest heeft de Hoge Raad een uitgebreid beoordelingskader gegeven voor dergelijke situaties. In dit artikel wordt een samenvatting van de belangrijkste onderdelen gegeven.

Samengevat houdt het oordeel van de Hoge Raad in dat de notaris in beginsel zijn medewerking moet verlenen aan het verlijden van een akte.⁵⁰ Daaraan wordt toegevoegd dat de notaris een zekere zorg voor de belangen van derden heeft die mogelijkterwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.⁵¹ De Hoge Raad vervolgt met overwegingen specifiek voor botsende rechten bij onroerende zaken. De belangen van derden zijn onder meer betrok-

40. Rb. Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966.

41. Rb. Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966, r.o. 5.11.

42. Zoals volgt uit r.o. 5.13 van Rb. Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966.

43. Rb. Rotterdam 23 maart 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3562.

44. Rb. Limburg 7 maart 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:2076.

45. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288.

46. Rb. Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5933.

47. Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:413.

48. In dit verband wordt ook gewezen op Rb. Zeeland-West-Brabant 8 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7236, waarin het normenkader ook niet geheel in lijn is weergegeven, maar de verschillende zorgplichten door elkaar worden genoemd.

49. HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831; zie over dit arrest o.m. W.G. Huijgen, Een belangrijk arrest voor het notariaat, JBN 2015/33 en de noot van H.J. Delhaas in JA 2015/73.

50. De Hoge Raad heeft de ministerieplicht ex art. 21 lid 1 Wna vooropgesteld.

51. De Hoge Raad heeft de jurisprudentie inzake Curatoren THB bevestigd, HR 23 december 1994, NJ 1996/627 en 628 en HR 15 september 1995, NJ 1996/629.

ken als de werkzaamheden van de notaris betrekking hebben op de levering van een onroerend goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde rechten kan doen gelden op dat goed. In het geval de notaris vermoedt dat zulke rechten van derden aan de orde zijn,⁵² ‘dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen voor de beoogde levering of bezwaring’.

De notaris moet zijn dienst weigeren of opschorten als hij weet of na dat globaal onderzoek tot het oordeel komt dat de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij overdracht of vestiging van het recht waarvoor de notaris is ingeschakeld. De beoogd verkrijger heeft geen rechtmatig belang bij overdracht of vestiging van het recht als het recht van een derde door een wettelijke regel als het sterkere recht is aangewezen (bijvoorbeeld door art. 3:298 of 7:3 van het Burgerlijk Wetboek (BW)) of als de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen; hierbij verwijst de Hoge Raad naar zijn vaste jurisprudentie over meewerken aan en profiteren van andermans wanprestatie.⁵³

De Hoge Raad heeft eind 2017 de Novitaris-maatstaf nog een keer uitdrukkelijk bevestigd.⁵⁴ In die zaak ging het niet over botsende rechten met betrekking tot een onroerende zaak. Dat staat echter niet in de weg aan toepasselijkheid van de norm uit dat arrest; de Hoge Raad heeft bevestigd dat de overwegingen 3.4.2 en 3.4.3 uit zijn Novitaris-arrest⁵⁵ een algemene norm weergeven voor de beoordeling van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden kunnen schaden.⁵⁶ De notaris moet dus ook zijn ministerie weigeren als sprake is van onrechtmatig handelen door een van de partijen bij de akte jegens een derde.

52. Zie r.o. 3.4.4.

53. Zie bijv. HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084.

54. HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850.

55. De A-G heeft in haar conclusie voor dit arrest deze twee overwegingen aldus samengevat:

- i. op de notaris rust een ministerieplicht (art. 21 lid 1 Wna), maar hij moet zijn dienst weigeren wanneer daar naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden gronden voor zijn (art. 21 lid 2 Wna) (r.o. 3.4.2);
- ii. een grond voor weigering bestaat wanneer de werkzaamheid die van de notaris wordt gevraagd (r.o. 3.4.2):
 - a. leidt tot strijd met het recht of de openbare orde,
 - b. wanneer medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben,
 - c. wanneer de notaris andere gegronde redenen voor weigering heeft.
- iii. bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt dient de notaris zijn dienst te weigeren of zich door nader onderzoek te overtuigen van het geoorloofde karakter daarvan (r.o. 3.4.2);
- iv. onder bijzondere omstandigheden heeft de notaris een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkkerwijs zijn betrokken bij de van hem gevraagde ambtsverrichting (r.o. 3.4.3);
- v. deze zorgplicht kan ertoe leiden dat sprake is van gegronde redenen als bedoeld onder (ii), sub c (r.o. 3.4.3).

56. Aangezien die onderdelen van het Novitaris-arrest hun basis hadden in oudere jurisprudentie van de Hoge Raad is de uitkomst van dit arrest niet verrassend.

Hiermee heeft de Hoge Raad een duidelijk kader gegeven voor de notaris die wordt geroepen op te treden bij botsende rechten/belangen. Het gegeven kader vraagt weliswaar het een en ander van de notaris aan onderzoek, maar geeft hopelijk ook steun bij het maken van de noodzakelijke afwegingen. Overigens oordeelden lagere rechters voor 2015 ook al langs de lijnen die later zijn neergelegd in het Novitaris-arrest. Zo overwoog de Rechtbank Arnhem dat een notaris zijn ministerie niet behoefde op te schorten totdat obligatoire afspraken tussen een van de partijen en een derde zouden zijn afgewikkeld.⁵⁷ Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde pre-Novitaris ook over een klassiek geval van schending van belangen van derden (schending van een recht van eerste koop).⁵⁸ In de algemene overwegingen zette het hof de lijnen uit zoals de Hoge Raad later zou doen, met uitzondering van zijn overweging over de noodzaak voor een notaris in een dergelijk geval contact met de derde op te nemen. De Hoge Raad oordeelde namelijk dat de notaris het moet doen met de informatie die hij van partijen krijgt en dat de notaris zich vanwege de geheimhoudingsplicht niet mag wenden tot de derde. Het Hof Arnhem-Leeuwarden achtte van belang ‘in hoeverre de notaris door zijn handelen of nalaten de derde de gelegenheid heeft geboden, of juist heeft ontnomen, om tijdig rechtsmaatregelen te nemen ter verzekering van zijn rechten’.⁵⁹ Een dergelijke overweging valt na Novitaris niet meer te verwachten.

Na het Novitaris-arrest is een aantal gevallen in de rechtspraak aan de orde geweest waarin de voorzieningenrechter de knoop moest doorhakken, nadat de notaris zijn ministerie had opgeschort. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag werd om een oordeel gevraagd, toen een notaris zijn ministerie weigerde; er was sprake van een aanbiedingsplicht aan een derde, waarover de voorzieningenrechter oordeelde dat die geen recht op levering ex art. 3:298 BW inhield. De notaris kon de akte passeren.⁶⁰ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland diende over een vergelijkbaar geval te oordelen.⁶¹ In dit vonnis is een fraaie samenvatting van de kern van het Novitaris-arrest te lezen:

‘Aldus stelt de Hoge Raad het belang van de verkrijger voorop. Slechts indien het belang van de verkrijger rechtegens geen bescherming verdient, moet de notaris zijn ministerie weigeren. Het notarieel handelen van [gedaagde] dient in dit geval dus niet gericht te zijn op het voorkomen van wanprestatie door [gedaagde 2], maar om te bezien wie van de schuldeisers van [gedaagde 2], de voorspreekgerechtigden of [eisers], een beter recht op nakoming heeft.’

57. Rb. Arnhem 17 september 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AM1813.

58. Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:714.

59. Zie r.o. 3.18 van het hiervoor genoemde arrest. Het hof heeft deze overwegingen in algemene zin geformuleerd.

60. Rb. Den Haag 10 juni 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:7871.

61. Rb. Noord-Holland 27 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5223.

De enkele omstandigheid dat mogelijk wanprestatie wordt gepleegd ten opzichte van voorkeursgerechtigden is onvoldoende voor de notaris om zijn ministerie te weigeren.

Ook zijn voorbeelden te vinden van uitspraken waarin de notaris aansprakelijk werd gehouden omdat hij ten onrechte de akte heeft gepasseerd. Het Hof Amsterdam oordeelde over een geval waarin het bezwaringsverbod uit de eerste hypotheekakte niet was nageleefd. Het hof oordeelde – geheel in lijn met het Novitaris-arrest – dat het bezwaringsverbod obligatoir van karakter is en dat de schuldenaar aldus tegenstrijdige verplichtingen op zich heeft genomen, waarin geen rangorde is aan te brengen.⁶² Tot dusver geheel in lijn met de duidelijke instructies van de Hoge Raad. In dit arrest was wel opvallend dat de notaris – omdat hij geen kennis had van het bezwaringsverbod – niet met partijen heeft kunnen overleggen en zich geen oordeel heeft kunnen vormen over de vraag of een recht van de derde een beletsel vormde.

Naar onze mening zou in de twee casus van de hiervoor beschreven kort gedingen – met het Novitaris-arrest in de hand – een kort geding nu niet meer nodig zijn. Het door de Hoge Raad in het Novitaris-arrest geschetste kader is uitvoerig en zal notarissen steun geven bij het nemen van beslissingen (passeren of niet) in dit soort gevallen. De tijd zal leren of notarissen zich voldoende gesteund weten en of het geschetste kader niet te veel van notarissen vraagt, zodat de voorzieningenrechter niet (of slechts in uitzonderlijke gevallen) gevraagd zal worden de knoop door te hakken.

6.2 *Zorgplicht notaris ten opzichte van derden – tuchtrecht*

Dankzij een uitspraak van de Notariskamer van het Hof Amsterdam van 23 januari 2018 is deze paragraaf een stuk beknopter geworden. Tot die uitspraak stonden de tuchtrechtspraak en de civiele rechtspraak op het punt van de rechten van derden soms lijnrecht tegenover elkaar. In een geval waarin een bezwaringsverbod uit de eerste hypotheekakte werd geschonden, overwoog de Notariskamer dat een notaris in beginsel reden voor dienstweigeren heeft indien hij weet dat zijn dienstverlening wanprestatie of een onrechtmatige daad jegens een derde tot gevolg heeft:⁶³ ‘medewerking aan de totstandkoming van een tekortkoming of onrechtmatige daad schaadt immers de eer en het aanzien van een notariaat’.

Met zijn uitspraak van 23 januari 2018 heeft de Notariskamer aan alle onduidelijkheid een einde gemaakt.⁶⁴ Het hof heeft in zijn beslissing eerst de algemene lijnen vastgesteld en het doel van het notarieel tuchtrecht vooropgesteld, namelijk: in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening bevorderen. Dat is een ander doel dan van een civiele procedure en het hof benadrukt dat in algemene zin geen gelijkschake-

ling van tuchtrechtelijke en civielrechtelijke maatstaven wordt beoogd. Maar voor de notariële betrokkenheid in geval van (mogelijke) schending van een contractueel recht ziet het hof dat nu anders, namelijk ‘in gevallen als in deze zaak aan de orde dient de tuchtrechtelijke maatstaf in overeenstemming te zijn met de civielrechtelijke maatstaf. Het hof oordeelt het onwenselijk dat de strengere tuchtrechtelijke maatstaf tot gevolg kan hebben dat de notaris tuchtrechtelijk gehouden is zijn dienst te weigeren, terwijl hij civielrechtelijk vanwege die dienstweigeren aansprakelijk kan zijn voor de schade die daarvoor ontstaat. Het hof komt tot de slotsom dat de tot deze uitspraak gehanteerde tuchtrechtelijke maatstaf in gevallen als in deze zaak aan de orde moet worden aangepast en in overeenstemming met de maatstaf uit het Novitaris-arrest moet worden gebracht.⁶⁵ Ter vermijding van misverstanden heeft het hof deze maatstaf integraal overgenomen (r.o. 6.4.6). Wij juichen deze koerswijziging van de tuchtrechter toe. Voor de notaris is er nu één beoordelingskader, dat hij dient te doorlopen bij botsende rechten/belangen. De notaris hoeft niet meer bevreesd te zijn dat wat hij van de civiele rechter moet doen, hij niet van de tuchtrechter mag doen.

7 **Stelplicht en bewijslast, verzwaarde stelplicht notaris**

Dit artikel gaat over zorgplichten waaraan de notaris moet voldoen. Omdat stelplicht en bewijslast een essentieel (proceduureel) aspect daarvan zijn en omdat de Hoge Raad in 2016 een belangrijk arrest heeft gewezen over dit onderwerp, toegespitst op de aansprakelijkheid van de notaris, mag deze paragraaf niet ontbreken.

De stelplicht en bewijslast van de schending van de zorgplicht door de notaris (fout), de schade en het causaal verband tussen de fout en de schade rusten op grond van art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op de benadeelde. Op de benadeelde die stelt schade te hebben geleden omdat de notaris zijn zorgplicht heeft geschonden door bijvoorbeeld onvoldoende informatie te verstrekken of onvoldoende onderzoek te doen, rust het bewijs van die gebrekkige informatievoorziening of dat gebrekkig onderzoek. Bewijzen dat een ander iets niet heeft gedaan, is heel lastig, zeker als die ander een deskundige is en/of beschikt over het bewijsmateriaal waaruit de juistheid van het gestelde niet doen kan blijken. Om deze onevenwichtigheid op te heffen dient de notaris voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de benadeelde teneinde de benadeelde aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.⁶⁶ De notaris heeft dus, net als een arts, een

62. Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4327.

63. Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, r.o. 6.2.

64. Hof Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166.

65. Deze duidelijkheid was nodig; de Kamer voor het Notariaat Den Haag oordeelde na het Novitaris-arrest nog in algemene zin dat een notaris niet mag meewerken aan een handeling die het risico in zich heeft van een mogelijke wanprestatie, of die mogelijk verhaal van een belanghebbende bemoeilijkt. Het Novitaris-arrest is genuanceerder. Kamer voor het Notariaat Den Haag 14 oktober 2015, ECLI:NL:TNORDHA:2015:34.

66. HR 10 januari 1997, NJ 1999/286.

verzwaarde stelplicht met betrekking tot zijn verweer, zijn ontkenning van de gestelde zorgplichtschending.

De notaris kan aan deze verzwaarde stelplicht voldoen door de correspondentie tussen hem en de benadeelde en de aantekeningen die hij heeft gemaakt bij de bespreking(en) en bij het passeren over te leggen. Als de notaris geen aantekeningen heeft gemaakt of geen aantekeningen heeft bewaard en zijn betwisting van de gestelde feiten ook niet uit een verklaring van hem of zijn medewerkers of anderszins blijkt, komt dat voor zijn rekening.⁶⁷ De notaris heeft dan niet aan zijn verzwaarde stelplicht voldaan, met als gevolg dat de stelling van de benadeelde, dat de notaris onvoldoende informatie heeft verschaft of onvoldoende onderzoek heeft gedaan (en dus zijn zorgplicht heeft geschonden) als onvoldoende betwist, en dus als vaststaand wordt aangenomen, aldus overwoog de Rechtbank Gelderland recent.⁶⁸ Hidma stelde voor dat notarissen in de akte zelf vermelden hoe zij aan hun zorgplicht hebben voldaan.⁶⁹ De notarissen hebben deze tip niet op grote schaal in de praktijk gebracht (zie voor een voorbeeld waarin de notaris met het gewenste effect een waarschuwing aan het slot van de akte had opgenomen, het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland⁷⁰). Wij vragen ons af of met vermelding van waarschuwingen in de akte de notaris in de probleemgevallen zal slagen in de op hem rustende verzwaarde stelplicht. Een standaardtekst dat met comparanten is gesproken over de risico's verbonden aan X, Y en Z, en dat zij desalniettemin het met de akte bewerkstelligde rechtsgevolg wensten, heeft geen toegevoegde waarde en zal vermoedelijk niet bijdragen aan het bewijs dat de notaris aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Uit de eerder aangehaalde uitspraak van de Rechtbank Gelderland over de aansprakelijkheid van een notaris bij een stromanconstructie blijkt dat het niet altijd zinvol is om veel algemene informatie op te nemen in een akte; de betreffende akte was, aldus de rechtbank: 'uitgebreid in vergelijking met veel andere aktes van overdracht van aandelen, maar deze akte kenmerkt zich ondanks deze uitgebreidheid door niet-geïndividualiseerde teksten'.⁷¹ De rechtbank oordeelde de uitgebreide akte onvoldoende voor naleving van de zorgplicht. De omstandigheid dat de notaris geen aantekeningen had bijgehouden en dus niet langs die weg kon aantonen hoe hij zijn zorgplicht had nageleefd, kwam – in lijn met de arresten van de Hoge Raad – voor rekening van de notaris.

Wat de rechter in wezen van de notaris vraagt, is dat hij correspondentie met cliënten en concepten van aktes gedurende tientallen jaren bewaart. Daarnaast dienen een notaris en zijn medewerkers van elke bespreking en van elk contact met een cliënt aantekeningen te maken en te bewaren. De vraag is of dat – gelet op de grote hoeveelheden aktes die in het notariaat

worden gepasseerd – realistisch is. Een notaris zal een zintuig moeten ontwikkelen voor bijzondere gevallen, zodat hij zich ervan bewust is welke aspecten mogelijk tot onduidelijkheden kunnen leiden. Dit alles is makkelijk gezegd, maar vaak wordt pas achteraf (soms vele jaren later) duidelijk op welke punten problemen zijn ontstaan en waarover wellicht meer voorlichting gegeven had moeten worden.

Als de notaris geen aantekeningen heeft en geen herinnering heeft aan de door hem tijdens het passeren of in een daaraan voorafgaande bespreking aan de comparanten gegeven informatie of waarschuwing, dan is de kans groot dat de rechter de door de benadeelde gestelde schending van de zorgplicht aanneemt.

Overigens is het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2016 ook door de tuchtrechter aangehaald. Op zichzelf genomen is dat opvallend, omdat het arrest een bewijsregel geeft. De civiele regels van stelplicht en bewijslast zijn nu juist niet van toepassing in het tuchtrecht.⁷² De notaris had in deze door de Kamer beoordeelde kwestie de informatieplicht geschonden. De Kamer overwoog dat het onvoldoende vastleggen van hetgeen in het kader van de informatieplicht met de cliënt is besproken voor risico van de notaris dient te blijven.

Zowel civielrechtelijk als tuchtrechtelijk dient een notaris door stukken uit zijn dossier te kunnen aantonen hoe hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Wij raden notarissen aan aantekeningen, gespreksnotities, concepten van aktes en brieven en e-mails te scannen en die gescande stukken digitaal te bewaren, voordat zij een fysiek dossier met het oog op archivering schonen.

8 Conclusie

De notaris is geen partijadviseur. Hij staat tussen partijen en heeft tot taak alle handelingen uit te voeren om de door partijen beoogde rechtshandeling doorgang te laten vinden. Hij is echter niet lijdelijk. Hij dient zijn taak met de grootst mogelijke zorgvuldigheid actief uit te voeren. De algemene in art. 17 Wna vastgelegde zwaarwegende zorgplicht van de notaris heeft de Hoge Raad uitgesplitst in drie concretere plichten, te weten informatieplicht, onderzoeksplicht en wilscontrole. Uit de door ons besproken uitspraken volgt dat een notaris deze drie concrete zorgplichten telkens aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval vorm moet geven. Wanneer een van de partijen zich over een onderwerp heeft laten adviseren door een derde, bijvoorbeeld een fiscalist, dan hoeft de notaris zelf niet ook nog eens over dat onderwerp te adviseren of te controleren of de partij het advies heeft begrepen en heeft opgevolgd. Het beeld dat soms bij notarissen leeft, dat zij het niet snel goed kunnen doen en altijd aansprakelijk zijn als een door hen begeleide transactie op een teleurstelling uitloopt, is niet juist. Regelmatig oordeelt de rechter dat een notaris niet tekort is geschoten in de op hem rustende zorgplicht, omdat de zorgplicht begrensd is of omdat de partij het onderzoek

67. HR 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288.

68. Rb. Gelderland 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:850.

69. T.R. Hidma, ABC van notariële aansprakelijkheid, WPNR 1996/6239, p. 707-708.

70. Rb. Noord-Holland 16 augustus 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:6960.

71. Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091.

72. Kamer voor het Notariaat 's-Hertogenbosch 18 april 2016, ECLI:NL:TNORSHE:2016:5.

waarvan zij meent dat de notaris het had moeten uitvoeren, relatief eenvoudig zelf had kunnen uitvoeren.

In bijzondere gevallen van feitelijk overwicht en/of juridische onkunde van een van de partijen heeft de notaris naast zijn algemene zwaarwegende zorgplicht nog een bijzondere waarschuwingsplicht. Deze bijzondere waarschuwingsplicht is in wezen in tegenspraak met het uitgangspunt dat de notaris onpartijdig is en tussen partijen in staat, en niet de belangen van een van de partijen zwaarder laat wegen. Toepassing van de bijzondere waarschuwingsplicht is dus een uitzondering en moet gemotiveerd worden.

In sommige uitspraken waarin de rechter wel een schending van de zorgplicht aannam, maakte de rechter geen onderscheid naar de verschillende zorgplichten en de bijzondere waarschuwingsplichten van de notaris, waardoor de notaris naar onze mening ten onrechte een waarschuwingsplicht krijgt toebedeeld, zonder dat de rechter vaststelt dat er sprake is van de bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat de notaris een uitzondering maakt op zijn onpartijdigheid. In die gevallen is de rechter naar onze mening te streng voor de notaris. Het merendeel van het door lagere rechters gebruikte normenkader is al jarenlang bestaande vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, die feitelijk moet worden ingevuld. De zorgplicht van de notaris ten opzichte van derden had vorm gekregen in de THB-arresten, maar is recent door de Hoge Raad (en daarna door de Notariskamer) verder vormgegeven. Naleving van het kader vraagt het een en ander van de notaris, maar wij hebben goede hoop dat het ook duidelijkheid en houvast geeft. De komende jaren zal uit lagere rechtspraak moeten blijken of dat ook daadwerkelijk het geval is.

Ten slotte is het bewijs van de nakoming van de zorgplicht van groot belang. De notaris die zich verweert tegen een verwijt dat hij zijn zorgplicht niet heeft nageleefd, met de stelling dat hij de partij wel degelijk van alle relevante informatie heeft voorzien en op de gevolgen van de in de akte vastgelegde rechtshandeling heeft gewezen, moet hiervoor wel aanknopingspunten uit zijn dossier kunnen laten zien. Nu claims betrekking kunnen hebben op aktes die vele jaren geleden zijn verleden, doet een notaris er goed aan zijn aantekeningen en correspondentie met partijen te scannen en digitaal te bewaren, voordat hij zijn dossier schoont.