

JA 2018/2, Hoge Raad, 10-11-2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, ECLI:NL:PHR:2017:662,

16/02607 (annotatie)

Instantie: Hoge Raad
Datum uitspraak: 10-11-2017, 07-07-2017
Publicatie: JA 2018/2 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 1, 2018
Annotator: mr. H.J. Delhaas
ECLI: ECLI:NL:HR:2017:2850 , ECLI:NL:PHR:2017:662
Zaaknummer: 16/02607, 16/02607
Overige publicaties: ECLI:NL:HR:2017:2850 ERF-Updates.nl 2017-0237 AR 2017/5944 RvdW 2017/1195 NJB 2017/2189 NTHR 2018, afl. 1, p. 38 RAV 2018/14 ECLI:NL:PHR:2017:662
Rechtsgebied: Contracten, schade en aansprakelijkheid
Rubriek: Bedrijfs- en beroepsaansprakelijkheid
Rechters: mr. Streefkerk mr. Heisterkamp mr. Du Perron mr. Kroeze mr. Sieburgh
Partijen: [De notaris] te [woonplaats], eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. M.E. Bruning, tegen [verweerder] te [woonplaats], Frankrijk, verweerder in cassatie, eiser in het incidenteel cassatieberoep, advocaat: mr. M. Littooj. Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Notaris en [verweerder].
Regelgeving: BW Boek 6 - 162 Wna - 21

Inhoudsindicatie

Beroepsaansprakelijkheid notaris, Meewerken aan wanprestatie, Belangen van derden

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

Beslissing/besluit**Noot****Samenvatting**

Een vader had drie dochters en één zoon. Aan alle kinderen zijn in de loop der jaren schenkingen op papier gedaan die niet zijn uitgevoerd. Vader had een schuld aan de Belastingdienst, waarvoor een regeling is getroffen. Het ontbrak vader aan financiële middelen deze schuld te voldoen, zodat hij daartoe van twee van zijn dochters gelden heeft geleend. De notaris wordt gevraagd een overeenkomst van geldlening op te stellen en tevens een recht van hypotheek in verband met die geldlening te vestigen op onroerende zaken van vader. Het recht van hypotheek zag echter niet alleen op de geldlening maar ook op de schenkingen die nog niet waren uitgevoerd. De notaris heeft geadviseerd de zekerheidsstelling te beperken tot de geldlening. Voorts heeft de notaris er op gewezen dat zekerheidsstelling voor de andere schuldvorderingen mogelijk tot benadeling van de andere kinderen zou leiden, indien na overlijden van vader zou blijken dat onvoldoende financiële middelen aanwezig waren om alle kinderen te voldoen. Vader en de twee dochters hebben het advies van de notaris naast zich neergelegd. Na overlijden van vader blijken er inderdaad onvoldoende middelen aanwezig om alle kinderen te voldoen, waardoor zoon en dochter niet alle schenkingen die op papier waren gedaan, ontvangen. Zij hebben de notaris aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad.

Het hof oordeelde – langs de lijnen van het Novitaris-arrest – dat de notaris zijn ministerie had moeten weigeren voor zover de hypotheekakte zag op andere vorderingen dan de geldlening in verband met de schuld aan de Belastingdienst. Door de akte toch te passeren heeft de notaris onrechtmatig gehandeld jegens de zoon en de dochter. De Hoge Raad oordeelt op het cassatieberoep van de notaris dat het hof terecht de maatstaven uit het Novitaris-arrest heeft toegepast. R.o. 3.4.2 en 3.4.3 van dat arrest geven een algemene norm ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden. Die norm is een uitwerking van art. 21 lid 2 Wna en bouwt voort op eerdere rechtspraak. Het hof heeft dus niet blij gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het Novitaris-arrest geformuleerde maatstaven tot richtsnoer te nemen bij de beoordeling of de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door zijn medewerking te verlenen aan het vestigen van een recht van hypotheek.

Uitspraak***Conclusie Advocaat-Generaal***

(mr. De Bock)

1. Feiten en procesverloop

In deze zaak kan van de volgende feiten worden uitgegaan, grotendeels ontleend aan het tussenarrest van het hof van 14 juli 2015.¹

1.1. De ouders van [verweerder] hebben vermogen gehad in Zwitserland dat zij niet hebben betrokken in hun belastingaangiften bij de Nederlandse belastingdienst. De moeder van [verweerder] (hierna: de moeder) is op 1 augustus 1994 overleden. Zij had in haar testament met toepassing van art. 4:1167 BW (oud) een ouderlijke boedelverdeling gemaakt tussen haar echtgenoot en haar kinderen, waarbij zij alle goederen van haar nalatenschap heeft toegedeeld aan haar echtgenoot (hierna: vader) onder de verplichting alle schulden van haar nalatenschap over te nemen en om aan ieder van haar vier kinderen, te weten [verweerder] en zijn zussen [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3], een bedrag ter grootte van hun erfdeel van € 23.642,20 uit te keren. Bij het vaststellen van dit erfdeel is destijds geen rekening gehouden met het vermogen in Zwitserland.

1.2. Het aandeel van de moeder in het vermogen in Zwitserland bedroeg op 1 augustus 1994 € 675.000,=. In 2006 is dit aandeel, dat destijds vermeerderd met rente is begroot op € 900.000,=, verdeeld onder de kinderen. Ieder van hen heeft een bedrag van € 225.000,= ontvangen. In 2008 is het aandeel van vader in het vermogen in Zwitserland verdeeld. Ieder van de kinderen heeft toen een bedrag van € 183.000,= ontvangen.

1.3. Bij notariële akte van 18 februari 2008 heeft vader aan zijn vier kinderen ieder uit vrijgevigheid een bedrag van € 49.237,= schuldig erkend. In de jaren daarvoor zijn ook aan alle vier kinderen schenkingen op papier gedaan. Deze schenkingen zijn door vader tijdens zijn leven niet uitgevoerd.

1.4. In 2010 heeft vader naar aanleiding van een onderzoek dat de belastingdienst heeft ingesteld naar Nederlandse ingezetenen die gerechtigd zijn (geweest) tot buitenlandse vermogensbestanddelen in het kader van de zogeheten "inkeerregeling" afspraken gemaakt met de inspecteur. Die afspraken houden onder meer in dat aan vader in verband met

het vermogen in Zwitserland één navorderingsaanslag rendementsheffing box 3 over 2003 zal worden opgelegd in plaats van diverse belastingaanslagen met heffingsrente over de periode 1997 t/m 2008. Die aanslag bedroeg € 448.062,= en is op 8 april 2010 aan vader opgelegd. Ook [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [verweerder] hebben gebruik gemaakt van de inkeerregeling en een navorderingsaanslag voldaan aan de belastingdienst.

1.5. Om aan zijn belastingverplichtingen te kunnen voldoen heeft vader op 5 januari 2010 € 175.000,= geleend van [betrokkene 2] en € 175.000,= van [betrokkene 3] en haar echtgenoot. Deze geldleningen zijn vastgelegd bij akten die op 6 januari 2010 ten overstaan van de Notaris zijn verleden. Op diezelfde datum heeft vader bij een akte verleden ten overstaan van de Notaris een recht van hypotheek gevestigd ten behoeve van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot tot een bedrag van € 750.000,= (te vermeerderen met rente en kosten begroot op € 300.000,=) op de twee aan hem destijds toebehorende onroerende zaken. Dit recht van hypotheek strekte tot zekerheid voor de betaling van al wat hij als schuldenaar aan ieder van hen verschuldigd is of zal worden, in elk geval voor wat hij ieder van hen verschuldigd is uit hoofde van:

(i) de twee geldleningen van € 175.000,=, vastgelegd bij de akten van 6 januari 2010;

(ii) een akte van schulderkenning bij wijze van schenking die op 18 februari 2008 is verleden ten overstaan van de Notaris (hoofdsom per persoon € 49.237,=);

(iii) een akte houdende vaststelling waarde erfdelen per persoon groot € 23.642,30 die op 8 oktober 1996 voor de Notaris is verleden.

1.6. Bij brief van 11 december 2009 heeft de Notaris aan vader, [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot het volgende geschreven:

"(...) Naar aanleiding van de besprekingen die ik met u heb gevoerd zend ik hierbij het ontwerp van de akte waarin vader zekerheid geeft voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens de in de akte genoemde personen. Deze zekerheidstelling betreft niet alleen de schuldverhouding die zal ontstaan ten gevolge van binnenkort door de desbetreffende (schoon)kinderen aan vader te lenen gelden, maar ook de schuldverhoudingen die vanuit het verleden bestaan (schenkingen op papier en erfdelen moeder). Nogmaals wil ik in overweging geven om de zekerheidstelling te beperken tot de schulden die ontstaan vanwege de binnenkort te sluiten geldleningsovereenkomsten en niet voor die uit het verleden te laten plaatsvinden. (...)

Ik verzoek u de akte door te nemen en mij te laten weten of u met de inhoud akkoord kunt gaan. (...)"

1.7. In een brief van de Notaris aan vader van 5 januari 2010 staat onder meer het volgende:

"Zoals aan u bekend zal ik op 6 januari 2010 bij u aan huis verschijnen om onder meer de akte te ondertekenen waarin door u zekerheid zal worden gegeven voor de nakoming van uw verplichtingen aan twee (waaronder begrepen [betrokkene 4]) van uw vier kinderen.

Nogmaals wijs ik u uitdrukkelijk op het feit dat u de zekerheid voor alle schulden aan uw twee dochters (...) geeft. U geeft dus niet alleen voor de schuld uit de thans te sluiten geldleningsovereenkomst zekerheid, maar ook voor andere schulden, waaronder uitdrukkelijk begrepen die aan uw genoemde dochters terzake van de schenkingen op papier uit 2008 en van de erfdelen uit de nalatenschap van uw echtgenote. Daarmee geeft u hen ook terzake van deze schulden een bevoorrechte positie ten opzichte van uw andere kinderen. Dit zal vooral aan de orde zijn als mocht blijken dat bij uw overlijden de baten van uw nalatenschap minder waard zijn dan alle schulden (...). Daardoor worden niet alleen de schulden aan hen uit de nu te tekenen geldleningsovereenkomst voldaan maar waarschijnlijk ook (een deel van) die aan uw genoemde dochters terzake van de schenking op papier en het erfdeel uit de nalatenschap van uw echtgenote. Uw andere kinderen zullen bij een te lage waarde van de baten minder of mogelijk zelfs niets ontvangen. In het gesprek dat ik hierover eerder met u had heeft u aangegeven dat u zich dit realiseert, maar dat u de bevoorrechte positie van de schenkingen op papier en de erfdelen wenst te realiseren. Desalniettemin acht ik het juist u hier nogmaals op te wijzen en ik zal in ons gesprek op 6 januari een en ander nogmaals met u bespreken."

1.8. Op 27 januari 2010 heeft vader bij een akte die ten overstaan van de Notaris is verleden alle eerder gemaakte uiterste wilsbeschikkingen herroepen en [betrokkene 3] en [betrokkene 2] benoemd tot zijn enige erfgenamen en tot executeurs. [verweerder] en [betrokkene 1] zijn onterfd.

1.9. Op 10 mei 2010 is € 448.062,= afgeschreven van de rekening van vader naar de rekening van de belastingdienst.

1.10. Vader is op 6 juli 2011 overleden. [betrokkene 3] en [betrokkene 2] hebben zijn nalatenschap beneficiair aanvaard. Zij hebben samen als vereffenaars bij notariële akte van 5 augustus 2011 een boedelbeschrijving doen opmaken. De bezittingen van de erflater bedroegen blijkens de boedelbeschrijving in totaal € 507.645,=, waarvan het grootste deel werd gevormd door de onroerende zaken waarop bij akte van 6 januari 2010 recht van hypotheek was gevestigd.

1.11. De schulden bedroegen volgens de boedelbeschrijving in totaal € 791.751,50. De schulden bestonden praktisch geheel uit schulden aan de vier kinderen. De schuld aan ieder van hen uit hoofde van de ouderlijke boedelverdeling die de moeder had gemaakt bedroeg op de sterfdatum van de vader met inbegrip van rente over de hoofdsom van 1 augustus 1994 tot 6 juli 2011 € 47.757,=.

1.12. Aan ieder van de vier kinderen zijn uit vrijgevigheid schuldig erkend bedragen van:

– € 3.131,= (1992),

– € 3.556,= (1996),

– € 3.752,= (1999),

– € 4.143,= (2003),

– € 49.237,= (2008).

1.13. Aan [betrokkene 1] en [betrokkene 3] is in 1985 ieder een bedrag van € 2.727,= schuldig erkend.

Daarnaast was vader schuldig aan [betrokkene 2] bedragen van € 160.000,= (pro resto hoofdsom lening van € 175.000,=), vermeerderd met € 5.693,= rente en € 2.000,= kosten levensonderhoud. Aan [betrokkene 3] en haar echtgenoot zijn bedragen schuldig erkend van € 160.000,= (pro resto hoofdsom lening van € 175.000,=), vermeerderd met € 5.940,= rente en € 2.000,= kosten levensonderhoud.

1.14. Ten aanzien van alle schulden aan [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot is het recht van hypotheek verleend. Na voldoening van de hypotheekhouders konden de vorderingen van [betrokkene 1] en [verweerder] op de nalatenschap ten bedrage van in totaal € 114.303,= voor [betrokkene 1] en € 111.576,= voor [verweerder] niet meer uit de nalatenschap worden voldaan.

1.15. Op klachten van [verweerder] en [betrokkene 1] over het handelen van de Notaris heeft de Notaris- en gerechtsdeurwaarderkamer van het gerechtshof Amsterdam bij beslissing van 25 juni 2013 geoordeeld dat de Notaris onzorgvuldig heeft gehandeld door de vader onder de gegeven omstandigheden te adviseren over zijn testament in aanwezigheid van erfgenamen die voordeel hebben bij het aan de vader gegeven advies. De klachten zijn in zoverre gegrond verklaard. De overige klachten zijn ongegrond verklaard. Aan de Notaris is de maatregel van waarschuwing opgelegd. In de beslissing is onder meer het volgende overwogen:²

"4. Het standpunt van klagers

(...)

4.1. Erflater was een ten tijde van het opstellen van de hypotheekakte en het testament 99- jarige man, praktisch doof en blind, immobiel en hij slikte medicijnen ten gevolge van nervositeit waardoor hij niet meer in staat was zijn wil te bepalen. Gezien zijn slechte gezondheid en algehele constitutie was erflater helemaal niet in staat deze akten te lezen en/of te begrijpen. Bovendien was erflater ten tijde van het passeren van de akten niet mobiel en heeft hij dus zelf geen besprekingen met de notaris kunnen hebben op diens kantoor. Deze besprekingen moeten zijn gedaan door twee (in Nederland woonachtige) andere dochters van erflater en het is onbegrijpelijk dat de notaris hierin is meegegaan.

4.2. De notaris had klagers in 2010 kunnen en moeten informeren omtrent (de morele overwegingen met betrekking tot) het vestigen van het recht van hypotheek en de zeer dubieuze wijzigingen (zoals de onterving van klagers) in het testament van erflater.

4.3. Door het vestigen van een recht van hypotheek ten laste van erflater en ten gunste van de zusters van klagers, kunnen door erflater (aan al zijn kinderen) gedane schenkingen en hun moederlijk erfdeel niet meer door klagers opgeëist worden. De notaris heeft in zijn hoedanigheid van estate planner een belangrijk aandeel gehad in het opzetten van deze constructie.

De notaris had hier niet aan mogen meewerken. Hij heeft zich laten beïnvloeden door de in Nederland wonende andere dochters van erflater en heeft daarmee niet te goeder trouw jegens klagers gehandeld.

(...)

6. De beoordeling

6.1.1. Ter zake van het klachtonderdeel zoals hiervoor onder 4.1. weergegeven (...) hebben klagers het volgende aangevoerd dat erflater ten tijde van de ondertekening van de akten:

- op 99 jarige (en daarmee al op zeer hoge) leeftijd was;
- bijna doof en praktisch blind (als gevolg van glaucoom, een oogziekte waarbij de zenuwvezels van de oogzenuw geleidelijk aan verloren gaan) was;
- in zeer slechte gezondheid verkeerde;
- erflater kookte niet meer en leefde op vla, soep en kalmerings- en slaappillen;
- hij zag er onverzorgd uit, was slecht ter been en viel regelmatig;
- zijn huisarts heeft hem op een gegeven moment zelfs verboden het huis te verlaten vanwege het hoge risico op (flauw)vallen;
- niet meer in staat was zelf zijn administratie bij te houden, dit werd voor hem gedaan;
- in toenemende mate hulpbehoevend en afhankelijk van de zorg van anderen werd.

6.1.2. Het hof is van oordeel dat de in rechtsoverweging 6.1.1 genoemde feiten en omstandigheden niet zonder meer tot de conclusie leiden dat erflater ten tijde van de ondertekening van de akten niet volledig wilsbekwaam is geweest. Wel dient alsdan de instrumenterende notaris bijzonder alert te zijn bij het vaststellen dat de door hem, notaris, in de te ondertekenen akte opgenomen (uiterste wils-)beschikkingen ook werkelijk overeenstemmen met de in vrijheid bepaalde wil van de comparant. Daarbij kan het Stappenplan een leidende rol spelen.

Het hof overweegt – alles overziend – dat er in casu voor de notaris mogelijk aanwijzingen waren die zouden hebben kunnen leiden tot twijfel, maar dat deze aanwijzingen kennelijk onvoldoende waren voor de notaris om de wilsbekwaamheid van erflater daadwerkelijk in twijfel te trekken. Weliswaar deden zich enkele indicatoren voor en ware het wellicht verstandiger geweest indien de notaris kort voorafgaand aan het passeren van de akten (nogmaals) onder vier ogen met erflater had gesproken, maar het hof acht met het voorgaande onvoldoende aannemelijk geworden dat de notaris met betrekking tot de vaststelling van de wilsbekwaamheid van erflater anders had moeten handelen dan hij heeft gedaan. De notaris heeft bovendien zekerheidshalve het testament verleden in de aanwezigheid van getuigen. Dit klachtonderdeel is ongegrond.

6.2. Evenals de kamer is het hof van oordeel dat het klachtonderdeel zoals hiervoor onder 4.2. weergegeven (door de kamer in de bestreden beslissing geformuleerd onder b.), ongegrond is. Uit artikel 22 Wet op het notarisambt volgt dat de notaris (voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald) ten aanzien van al hetgeen waarvan hij uit hoofde van zijn werkzaamheid als zodanig kennis neemt, geheimhouding verplicht is. De handelwijze van de notaris in dit geval, te weten het niet informeren van klagers over de voorgenomen ondertekening van de akten, was geheel terecht.

6.3.1. Anders dan de kamer is het hof van oordeel dat het klachtonderdeel zoals hiervoor onder 4.3. weergegeven (...), gegrond is. Daartoe overweegt het hof als volgt. Desgevraagd heeft de notaris tijdens de mondelinge behandeling ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat hij in eerste instantie is benaderd door de zusters van klagers in verband met gewenste informatie over de inkeerregeling. Daar is toen geen opdracht uit voortgekomen. Enkele maanden later hebben de zusters van klagers weer contact met de notaris opgenomen omdat zij erflater zouden willen helpen met de schuld die voortkwam uit de gevolgde inkeerregeling. De notaris is daarop naar erflater toegegaan om diens wensen te bespreken, welk gesprek heeft plaatsgevonden in aanwezigheid van de zusters (en hun echtgenoten) van klagers. Op de dag van ondertekening van de akten heeft de notaris voor de tweede keer met erflater gesproken, wederom in aanwezigheid van de zusters (en hun echtgenoten) van klagers. Voorts heeft de notaris ter zitting desgevraagd verklaard dat hij in aanwezigheid van de dochters (en hun echtgenoten) aan erflater het estateplanningsadvies heeft gegeven klagers te onterven met als grond (klaagschrift eerste aanleg p. 2) – onbestreden door de notaris – dat klagers blij moesten zijn dat zij geen erfgenaam

waren, want er waren meer schulden dan baten. Klagers hebben in deze procedure in eerste aanleg – eveneens onbestreden – aangevoerd dat de schulden geen derde partij betreffen, maar alleen erflaters vier kinderen.

6.3.2. Op grond van dit een en ander komt het hof tot de conclusie dat de notaris zijn taak ten aanzien van erflater niet naar behoren heeft uitgevoerd. Het hof neemt – naast het vorenstaande – hierbij in aanmerking dat de notaris te maken had met een man op (zeer) hoge leeftijd die zich kennelijk liet leiden door zijn nagenoeg steeds aanwezige dochters en dat de notaris niet, althans nauwelijks, onder vier ogen met erflater heeft gesproken. In dit verband acht het hof in het bijzonder verwijtbaar dat de notaris in aanwezigheid van de dochters (en hun echtgenoten) erflater heeft geadviseerd klagers te onterven, welk advies onmiskenbaar gunstig uitviel voor de aanwezige dochters. Door het onder deze omstandigheden adviseren van een erflater als hiervoor omschreven met betrekking tot de inhoud van zijn testament – derhalve in aanwezigheid van de erfgenamen die voordeel hebben bij het aan erflater gegeven advies – heeft de notaris onzorgvuldig gehandeld. Dat de dochters op het moment van ondertekening van de uiterste wil door erflater de kamer (kort) hebben verlaten, maakt dit niet anders. Het hof volgt de notaris niet in zijn verweer dat hij met de gekozen constructie wel degelijk de belangen van klagers in ogenschouw heeft genomen (door de onterving zouden klagers namelijk worden beschermd tegen een te verwachten negatieve nalatenschap van erflater) nu geenszins vaststaat dat klagers daartegen bescherming behoeften en zij bovendien die bescherming ook op andere wijze hadden kunnen verkrijgen, maar dan op de door hen zelf gekozen wijze, zoals door een beneficiaire aanvaarding, dan wel verwerping van de (negatieve) nalatenschap.

(...)

6.4. Het hof acht de gegrondheid van het derde klachtonderdeel reden voor het opleggen van een maatregel, waarbij de maatregel van waarschuwing gepast en geboden is.”

1.16. Op 30 oktober 2013 hebben [verweerder] en [betrokkene 1] de Notaris gedagvaard voor de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem. Zij hebben gevorderd (i) voor recht te verklaren dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens hen en daarom aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad, (ii) de Notaris te veroordelen de door [verweerder] en [betrokkene 1] geleden schade te vergoeden, (iii) de Notaris te veroordelen tot betaling van buitengerechtigde kosten door toepassing van het rapport Voorwerk II, (iv) de door de Notaris verschuldigde bedragen te verhogen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf veertien dagen na de datum van het vonnis, en (v) de Notaris te veroordelen in de kosten van het geding, waaronder de nakosten.

1.17. Bij eindvonnis van 14 mei 2014 heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen.

1.18. Alleen [verweerder] heeft hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem. Het hof heeft in zijn tussenarrest van 14 juli 2015 geoordeeld dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening, en dat hij gehouden is de schade die daardoor is ontstaan te vergoeden (rov. 4.24). Het hof heeft met het oog op de berekening van de schadevergoeding een comparitie van partijen gelast en heeft iedere verdere beslissing aangehouden.

1.19. Bij brief van 27 augustus 2015 heeft de advocaat van de Notaris het hof verzocht om tegen het tussenarrest van 14 juli 2015 tussentijds cassatieberoep open te stellen op de voet van art. 401a lid 2 Rv. Bij beslissing van 15 september 2015 heeft het hof het verzoek afgewezen.

1.20. Bij eindarrest van 9 februari 2016, verbeterd bij arrest van 1 maart 2016, heeft het hof het vonnis van 14 mei 2014 vernietigd, voor zover gewezen tussen [verweerder] als eiser en de Notaris als gedaagde en, opnieuw rechtdoende, voor recht verklaard dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder] door op 6 januari 2010 mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte tussen vader en [betrokkene 3] en [betrokkene 2], voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening en die ter zake van voorgesloten kosten van levensonderhoud, en dat hij daarvoor aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. Het hof heeft de Notaris veroordeeld om aan [verweerder] te betalen € 34.979,76, te vermeerderen met de wettelijke rente. Daarnaast heeft het hof de Notaris veroordeeld tot terugbetaling van al hetgeen [verweerder] ter uitvoering van het vonnis van de rechtbank aan de Notaris heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente.

1.21. Bij dagvaarding van 9 mei 2016 heeft de Notaris beroep in cassatie ingesteld tegen de arresten van 14 juli 2015 en 9 februari 2016. [verweerder] heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep en heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld. De Notaris heeft geconcludeerd tot verwerping van het incidenteel cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunt vervolgens schriftelijk doen toelichten door hun advocaten. De Notaris heeft gerepliceerd. [verweerder] heeft gedupliceerd.

2. Bespreking van het cassatiemiddel in het principaal cassatieberoep

2.1. Het middel bevat drie onderdelen. Die richten zich tegen de rov. 4.13-4.27 van het tussenarrest (met name de rov. 4.18-4.24), het dictum van het tussenarrest en het dictum van het eindarrest.

Onderdeel 1: positie [betrokkene 1]

2.2. Het onderdeel bevat vier klachten, waarvan de eerste drie betrekking hebben op de omstandigheid dat [betrokkene 1] geen hoger beroep heeft ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Dit vonnis heeft derhalve jegens haar kracht van gewijsde gekregen. Het hof heeft in rov. 4.24 echter wel heeft geoordeeld dat de Notaris ook jegens [betrokkene 1] onrechtmatig heeft gehandeld. *Onderdeel 1.1* klaagt dat het hof daarmee heeft miskend dat de bindende kracht van het gewijsde in het eindvonnis in de weg stond aan de herbeoordeling in hoger beroep van de onrechtmatigheid van het handelen van de Notaris jegens [betrokkene 1]. *Onderdeel 1.2* klaagt dat het hof zijn taak als appelrechter heeft miskend en de door partijen bepaalde rechtsstrijd in het hoger beroep heeft veronachtzaamd. *Onderdeel 1.3* klaagt dat het hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling van de Notaris dat met het in kracht van gewijsde gaan van het vonnis van de rechtbank jegens [betrokkene 1] vaststaat dat de Notaris jegens [betrokkene 1] niet onrechtmatig heeft gehandeld. Volgens het onderdeel is het oordeel in rov. 4.24 dat de Notaris jegens [verweerder] "en [betrokkene 1]" onrechtmatig heeft gehandeld en is "gehouden de schade die daardoor is ontstaan te vergoeden", onbegrijpelijk.

2.3. De onderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling. Aangezien [verweerder] hoger beroep had ingesteld en daarbij de onrechtmatigheid van het handelen van de Notaris opnieuw aan de orde stelde, diende het hof daarover een oordeel te geven. Nu het handelen van de Notaris niet kan worden gesplitst in een handelen jegens [verweerder] en een handelen jegens [betrokkene 1], is het niet onbegrijpelijk dat het hof in rov. 4.24 spreekt van het handelen van de Notaris "jegens [verweerder] en [betrokkene 1]". Aan deze overweging verbindt het hof echter voor wat betreft [betrokkene 1] geen verdere consequenties. In rov. 4.27 wordt expliciet overwogen dat het feit dat [betrokkene 1] geen hoger beroep heeft ingesteld, betekent dat vergoeding door de Notaris van door haar geleden schade niet meer aan de orde is. Nu ook overigens geen gevolgen zijn verbonden aan de overweging dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens [betrokkene 1] – ook de in het eindarrest uitgesproken verklaring van recht heeft uitsluitend betrekking op het onrechtmatig handelen van de Notaris jegens [verweerder] –, heeft de Notaris geen belang bij de in het onderdeel geformuleerde klachten.

2.4. *Onderdeel 1.4* klaagt dat het hof met zijn oordeel dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder] (en [betrokkene 1]) "door mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening" en hij gehouden is de schade die daardoor is ontstaan te vergoeden, ten onrechte de gronden heeft aangevuld van hetgeen [verweerder] aan zijn vorderingen in hoger beroep ten grondslag heeft gelegd. Ter toelichting stelt het onderdeel dat [verweerder], zoals in rov. 4.16 is vastgesteld, de Notaris verwijt onrechtmatig jegens hem en [betrokkene 1] te hebben gehandeld door het adviseren van en het meewerken aan de "constructie van het plan", bestaande uit de in rov. 4.16 vermelde gedragingen onder (a) t/m (f) (zie voor die gedragingen hierna onder 2.20) die, zoals [verweerder] ter toelichting op grief 2 heeft aangevoerd, "in hun onderlinge samenhang moeten worden gezien". Door in de rov. 4.24, 4.26 en 4.27 e.v. de medewerking van de Notaris aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening, als onrechtmatig te kwalificeren, zou het hof volgens het onderdeel ontoelaatbaar zijn afgeweken van hetgeen [verweerder] aan zijn vorderingen ten grondslag heeft gelegd.

2.5. [verweerder] heeft de Notaris in algemene zin onrechtmatig handelen verweten en heeft daarbij steeds "de hele gang van zaken" betrokken.³ Daarbij heeft [verweerder] ook specifiek gewezen op de omstandigheid dat de verleende hypotheek zich óók uitstreckte over de rente en de schenkingen die vader nog verschuldigd was aan [betrokkene 2] en [betrokkene 3].⁴ Daarmee stond het hof vrij om zijn oordeel dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder] te baseren op de omstandigheid dat de hypotheek niet alleen is verleend voor de geldleningen, maar ook voor de "oude" vorderingen. Ook de rechtbank had de stellingen van [verweerder] en [betrokkene 1] in die zin opgevat, zo blijkt uit de tweede en derde zin van rov. 4.3 uit het vonnis: "Het verwijt ziet met name op het deel van de hypotheek – ter hoogte van € 400.000,- – dat niet strekte tot zekerheid van voldoening van aan vader geleend geld. Met het vestigen van dat deel van de hypotheek is immers de ongelijkheid ontstaan tussen enerzijds [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en anderzijds [verweerder] en [betrokkene 1]."

De klacht slaagt dus niet.

Onderdeel 2 en 3: maatstaf Novitaris-arrest

2.6. Onderdeel 2 is gericht tegen rov. 4.19, 4.24, 4.26 en 4.27. *Onderdeel 2.1* klaagt dat het hof bij de beoordeling van de grieven 5 en 6 ten onrechte de in het Novitaris-arrest geformuleerde beoordelingsmaatstaven heeft toegepast. Ter toelichting stelt het onderdeel dat, anders dan in het Novitaris-arrest, het in de onderhavige zaak niet erom gaat dat de notaris op de voet van art. 21 Wet op het notarisambt (Wna) zijn medewerking aan een hem gevraagde dienstverlening moet weigeren of opschorten vanwege, kort gezegd, het bestaan van botsende rechten ter zake van het goed waarvan de levering is verlangd of waarop vestiging van een beperkt recht is verzocht.

Onderdeel 2.2 klaagt dat het hof heeft miskend dat voor beantwoording van de vraag of de Notaris jegens [verweerder] onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan de vestiging van het recht van hypotheek, voor zover daarbij zekerheid is verleend voor andere vorderingen dan die uit geldlening, niet als maatstaf heeft te gelden of "sprake is van een beletsel" in de in rov. 4.19 onder e en f vermelde zin. In plaats daarvan had het hof de vraag moeten beantwoorden of sprake was van een in art. 21 lid 2 Wna bedoelde uitzonderingssituatie, waarin de notaris verplicht is om de in beginsel te verlenen dienst te weigeren. Ten onrechte heeft het hof volgens het onderdeel niet de toetsingsmaatstaven uit art. 21 lid 2 Wna aangelegd, althans zijn oordeel niet voldoende gemotiveerd, nu daaruit niet valt op te maken op grond van welke uitzonderingsgrond en vanwege welke bijzondere omstandigheden het hof van oordeel was dat de Notaris dienst had moeten weigeren.

2.7. Onderdeel 3 is gericht tegen rov. 4.24 van het tussenarrest. *Onderdeel 3.1* klaagt dat het hof ten onrechte dan wel onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] onder de in rov. 4.24 genoemde omstandigheden niet een rechtmatig belang hadden bij het verlangen van een recht van hypotheek voor de vorderingen die zij op de vader hadden uit de ouderlijke boedelverdeling en de schenkingen op papier.

Volgens het onderdeel *onder a* hadden [betrokkene 3] en [betrokkene 2] net als iedere schuldeiser het recht om zekerheid te verlangen voor de terugbetaling van hun vorderingen door het vestigen van een recht van hypotheek; ook [verweerder] en [betrokkene 1] hadden dit kunnen doen.

Het onderdeel klaagt *onder b* dat het bestreden oordeel innerlijk tegenstrijdig is met het oordeel in rov. 4.22 en 4.23 van het tussenarrest dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig hebben gehandeld door zekerheid te verlangen voor de leningen van elk € 175.000,- aan vader, voor welk oordeel het hof ook in aanmerking heeft genomen dat vader niet over voldoende liquide middelen beschikte.

Het onderdeel klaagt *onder c* dat het hof op grond van de hiervoor genoemde omstandigheden ten onrechte heeft geoordeeld dat, gelet op de omvang van het vermogen van vader en zijn hoge leeftijd, het concrete gevaar bestond dat [verweerder] en [betrokkene 1] hun vorderingen niet op de nalatenschap zouden kunnen verhalen, terwijl [betrokkene 3] en [betrokkene 2] betaling daarvan door het recht van hypotheek gewaarborgd wisten. Althans is volgens het onderdeel de conclusie van het hof onbegrijpelijk, nu ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte nog niet sprake was van "het concrete gevaar" dat [verweerder] en [betrokkene 1] niet hun vorderingen konden verhalen op de nalatenschap van vader en uit rov. 4.24 niet volgt waarop het hof het oog heeft bij "de omvang van het vermogen van vader".

Onderdeel 3.2 klaagt *onder a* dat het hof met het oordeel dat de Notaris had moeten weigeren om mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte, voor zover daarbij zekerheid was verleend voor andere vorderingen dan die uit de geldleningsovereenkomsten, heeft miskend dat niet uitsluitend op verzoek van [betrokkene 3] en [betrokkene 2], maar op een daartoe strekkend verzoek van vader zelf een recht van hypotheek is gevestigd ten gunste van (de vorderingen van) [betrokkene 3] en [betrokkene 2], en dat vader daartoe beschikkingsbevoegd en wilsbekwaam was. Van een afdwingen door [betrokkene 3] en [betrokkene 2] was volgens het onderdeel dan ook geen sprake.

Het onderdeel klaagt *onder b* dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is in het licht van de stellingen van de Notaris dat hij zich vóór de van hem verlangde ambtsverrichting door het doen van navraag en onderzoek in voldoende mate ervan heeft vergewist dat vader wilsbekwaam was, en dat de vader de wil had om ten behoeve van het verhaal van de overige vorderingen van [betrokkene 3] en [betrokkene 2] dan uit de geldlening zekerheid te verstrekken door vestiging van het door hen verlangde recht van hypotheek, ondanks dat de Notaris hem meermaals op de hoogte had gesteld van de voor [verweerder] en [betrokkene 1] nadelige gevolgen van de te verstrekken hypotheek.⁵ Het onderdeel klaagt dat het hof, door op de genoemde stellingen van de Notaris niet (kenbaar) in te gaan, zijn arresten niet voldoende heeft gemotiveerd.

Het onderdeel klaagt *onder c* dat het hof in dat geval heeft miskend dat de in rov. 4.24 genoemde omstandigheden niet de gevolgtrekking kunnen wettigen dat de Notaris jegens [verweerder] en [betrokkene 1] onrechtmatig handelde. Volgens het onderdeel had het hof mede in aanmerking moeten nemen dat de Notaris in de relatie tot vader de zorgvuldigheid heeft betracht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot, aangezien hij vader meermaals heeft gewezen op de voor [verweerder] en [betrokkene 1] mogelijk nadelige gevolgen van het ten gunste van [betrokkene 3] en [betrokkene 2]

te vestigen recht van hypotheek. Volgens het onderdeel hoefde de Notaris buiten een herhaalde navraag naar en nader onderzoek van de wil van vader op grond van art. 17 lid 1 Wna niet meer te doen en mocht hij niet zijn ministerie weigeren.

2.8. De onderdelen lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.

Novitaris-arrest

2.9. In het Novitaris-arrest (HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479) was aan de orde de beroepsaansprakelijkheid van een notaris jegens een derde.⁶ Deze derde verweet de notaris dat hij zijn ministerie had verleend bij het transport van een onroerende zaak, zonder dat de op de vervreemders jegens de derde rustende en aan de notaris bekende aanbiedingsplicht was geëindigd. Volgens deze aanbiedingsplicht, opgenomen in de akte op grond waarvan de onroerende zaak destijds aan de vervreemders door hun vader in eigendom werd geleverd, waren de eigenaren van het pand gehouden om alvorens tot vervreemding van hun aandelen in het pand over te gaan, die aandelen eerst aan te bieden aan hun vader voor de in de leveringsakte genoemde prijs. De Kamer van Toezicht had eerder een klacht van de vader tegen de notaris gegrond verklaard. In de civiele procedure vorderde de echtgenote van de inmiddels overleden vader ten behoeve van wie de aanbiedingsplicht gold, veroordeling van de notaris en de vervreemders tot vergoeding van de door de vader geleden schade als gevolg van schending van de op de notaris rustende zorgplicht. Het hof wees de vordering af en overwoog daartoe dat de van de notaris te vergen zorgvuldigheid niet zo ver gaat dat hij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of de eigenaren van het pand tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op hem rustende ministerieplicht zijn medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren. In cassatie werd betoogd dat een notaris die zich geconfronteerd ziet met een in een notariële akte vervatte aanbiedingsplicht, uit hoofde van zijn positie als openbaar ambtenaar een onderzoeksplicht heeft naar de status van die aanbiedingsplicht en dat deze onderzoeksplicht in elk geval geldt wanneer de vervreemder heeft aangekondigd wanprestatie te zullen plegen. Het middel betoogde verder dat, indien de notaris vaststelt dat de aanbiedingsplicht niet is nagekomen, hij zijn ministerie moet weigeren. De Hoge Raad overwoog het volgende:

“3.4.2. Art. 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) verplicht de Notaris de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Hij dient zijn dienst evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna). 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 ervan (Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 20).

3.4.3. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen (HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:AD2277](#), *NJ* 1996/627; HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1590](#), *NJ* 1996/628; HR 15 september 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1801](#), *NJ* 1996/629 (Curatoren THB)). Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Verleent hij de gevraagde dienst toch, dan kan dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde(n) mee brengen.

3.4.4. De belangen van derden zijn onder meer betrokken bij de verlangde ambtsverrichting indien deze betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop (hierna: de levering of bezwaring), terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zodanig geval behoort de notaris zich terughoudend op te stellen (vgl. Kamerstukken II 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 26).

Indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat laatste is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde (vgl. bijv. HR 28 maart 2014, [ECLI:NL:HR:2014:740](#), *NJ* 2014/194).

3.4.5. Bij het voorgaande is van belang dat het de notaris, gelet op de in art. 22 Wna neergelegde geheimhoudingsplicht, niet is toegestaan zich tot de betrokken derde te richten, behoudens voor zover partijen hem daarvoor toestemming verlenen. Hij dient zijn onderzoek dan ook te verrichten op basis van informatie die hem door partijen wordt verschaft of

hem anderszins ter beschikking staat. Gelet hierop en omdat de notaris niet over het instrumentarium beschikt voor een diepgaand feitenonderzoek, kan hij zich slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring.

3.4.6. Indien de voor de notaris kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring, dan wel aanleiding vormen tot gerede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren.”

2.10. Het Novitaris-arrest kan als volgt worden 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) (rov. 3.4.2);

(ii) een grond voor weigering bestaat wanneer de werkzaamheid die van de notaris wordt gevraagd (rov. 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 (rov. 3.4.2);

(iv) onder bijzondere omstandigheden heeft de notaris een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkterwijs zijn betrokken bij de van hem gevraagde ambtsverrichting (rov. 3.4.3);

(v) deze zorgplicht kan ertoe leiden dat sprake is van gegronde redenen als bedoeld onder (ii), sub c (rov. 3.4.3).

Vervolgens biedt het arrest in rov. 3.4.4 een “stappenplan” voor het geval (dat aan de orde was in het arrest) dat sprake is van een ambtsverrichting die betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht op dat goed, terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan ontleen. Voor een dergelijk geval geldt het volgende:

(vi) de notaris behoort zich terughoudend op te stellen;

(vii) de notaris dient met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring;

(viii) van een beletsel als bedoeld onder (vii) is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of de bezwaring;

(ix) de afwezigheid van een rechtmatig belang als bedoeld onder (viii) doet zich voor indien:

a. het recht van de derde op grond van een wettelijke regel sterker is;

b. de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen.

(x) de omstandigheid dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde is niet voldoende om de afwezigheid van een rechtmatig belang aan te nemen.

Ten slotte bevat het Novitaris-arrest nog enkele algemene richtlijnen in verband met de onder (iii) en (vii) bedoelde onderzoeksplicht:

(xi) het onderzoek dient te worden verricht op basis van informatie die de notaris wordt verstrekt door partijen of die hem anderszins ter beschikking staat;

(xii) de op de notaris rustende geheimhoudingsplicht geldt onverkort zodat de notaris zich niet mag wenden tot de derde wiens belangen zijn betrokken bij de ambtsverrichting;

(xiii) daardoor kan de notaris zich slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring.

2.11. In de literatuur is het Novitaris-arrest positief ontvangen. Zo schrijft NJ-annotator Perrick dat met het arrest een evenwichtige balans is bereikt tussen enerzijds de ministerieplicht van de notaris en anderzijds diens verplichting om een zekere zorg te betrachten voor de belangen van derden.⁷ Volgens Huijgen is sprake van een bondig arrest, dat zeer vele voor het notariaat belangrijke punten beslist.⁸ Van Hees vindt dat de Hoge Raad heldere richtsnoeren heeft gegeven, die bijval verdienen.⁹ Dat neemt volgens hem niet weg dat de hantering daarvan in een concreet geval de notaris de nodige hoofdbreken kan bezorgen, met name wanneer het gaat om andere obligatoire rechten dan een recht op levering of bewaring van goederen. Ook Waaijer benadrukt dat het voor de notaris moeilijk kan zijn om te beoordelen of sprake zal zijn van een situatie als bedoeld onder (ix), het ontbreken van een rechtmatig belang. De notaris kan niet achterover leunen en naar de rechter verwijzen, maar zal moeten "wikken en wegen".¹⁰ Kraaikamp wijst eveneens op de lastige beoordeling die van de notaris wordt gevergd, met name wanneer het gaat om de vaststelling of de beoogde rechtshandeling mogelijk onrechtmatig is jegens een derde (het geval onder (ix) sub b).¹¹ Kraaikamp heeft het in zijn annotatie overigens over de "marginale onderzoeksplicht" van de notaris.¹² Dat lijkt mij niet juist: dat de notaris zich slechts een *globaal oordeel* zal kunnen vormen (zie onder xii), betekent niet dat de notaris slechts een marginale onderzoeksplicht heeft. Delhaas merkt op dat van de notaris in de praktijk vooral verwacht wordt dat hij goed doorvraagt naar de mogelijke belangen van derden die voor hem uit een akte blijken, en dat de notaris moet zorgen voor goede verslaglegging hiervan.¹³ De Bock schrijft dat voor de uitkomst van het Novitaris-arrest beslissend was dat de koper van het pand een échte derde was, en de echtgenote van de vader ruim gelegenheid had gehad tot het treffen van rechtsmaatregelen om haar rechten uit het voorkeursrecht uit te oefenen.¹⁴ Met iets meer of anders gekleurde omstandigheden had de uitkomst volgens hem ook anders kunnen uitvallen.

2.12. Het Novitaris-arrest heeft ertoe geleid dat de nieuwe verordening van de KNB inzake dienstweigering door de notaris, die vóór het wijzen van het Novitaris-arrest was aangenomen door de ledenraad,¹⁵ niet in werking is getreden. In die nieuwe verordening zou in een nieuw vierde lid van artikel 6 Verordening beroeps- en gedragsregels het volgende worden opgenomen:

"een (mogelijke) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die één van de partijen heeft jegens een derde en/of een (mogelijke) onrechtmatige daad van één van de partijen jegens een derde zijn onvoldoende grond voor dienstweigering."

Huijgen schreef eerder al dat deze bepaling voor wat betreft het meewerken door de notaris *aan een (mogelijke) onrechtmatige daad van één van de partijen*, rechtens onhoudbaar is (voor de enkele wanprestatie ligt dat anders).¹⁶ Na het Novitaris-arrest kon de nieuwe beroepsregel volgens Huijgen "slechts worden ingetrokken".¹⁷ Zij is immers niet te verenigen met het Novitaris-arrest. De verordening is niet ingetrokken, maar de inwerkingtreding is uitgesteld.¹⁸

Tuchtrechter

2.13. In de literatuur werd vóór het Novitaris-arrest aangenomen dat de tuchtrechter een andere, strengere maatstaf hanteert voor dienstweigering door de notaris dan de civiele rechter. Daarbij werd gewezen op arresten van de Notariskamer, waarin geoordeeld werd dat de notaris in beginsel zijn dienst moet weigeren bij schending van wettelijke en/of contractuele rechten van derden die de notaris kent of behoort te kennen.¹⁹ De enkele wanprestatie van de notaris zou daarmee voldoende zijn voor tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen.²⁰ Verwacht werd dat de Notariskamer deze lijn zou aanpassen na het Novitaris-arrest en volgens de meeste auteurs zou de Notariskamer dat ook móeten doen.²¹ Dat is echter niet gebeurd. In een recente uitspraak van 24 mei 2017, waarin in strijd met de voorwaarden in de eerste hypotheekakte een tweede hypotheek werd gevestigd, overwoog de Notariskamer namelijk het volgende:²²

"6.2. Het hof stelt (evenals de kamer) voorop dat uit de uitspraak van dit hof van 24 mei 2011 volgt dat een notaris in beginsel reden voor dienstweigering heeft, indien hij ermee bekend is dat zijn dienstverlening een onrechtmatige daad jegens een derde of een tekortkoming jegens een derde in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad jegens een derde door één of meer bij de transactie betrokken partijen tot gevolg heeft. Indien dienstweigering evenwel leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij dat de notaris (ingevolge artikel 17 lid 1 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid) dient te behartigen, kan de notaris in verband daarmee tot de conclusie komen dat hij zijn medewerking desondanks dient te verlenen.

6.3. De kamer heeft de handelwijze van de notaris aan hiervoor onder 6.2. geformuleerde regels getoetst en is hierbij, kort gezegd, tot het oordeel gekomen dat niet is gesteld of gebleken dat er op 7 november 2014 sprake was van een situatie dat het weigeren van medewerking aan het vestigen van de tweede hypotheek schending van rechtmatige rechten en belangen van [B.V.2] en/of [B.V.1] tot gevolg zou hebben gehad. De door de notaris genoemde omstandigheid dat klaagster bekend was of kon zijn met de achtergronden van het depot en daarbij ook belang had, is geen rechtvaardiging om desondanks ministerie te verlenen, aldus de kamer.

6.4. Het betoog van de notaris komt er op neer, dat de rechten van klaagster op betaling van de gelden, waarvoor de eerste hypotheek was gevestigd, al voldoende waren gewaarborgd door de depotovereenkomst en dat het vestigen van de tweede hypotheek daarom in dit geval geen afbreuk aan die rechten deed. Het aan klaagster toekomende bedrag kon immers uit het depot worden voldaan. De notaris verliest daarbij de mogelijkheid uit het oog dat beslag door anderen dan de partijen bij de depotovereenkomst op het depotbedrag had kunnen worden gelegd, waardoor die zekerheid was verdampt. Het argument van de notaris dat klaagster door het vestigen van de tweede hypotheek geen risico liep, gaat dan ook niet op. Bovendien heeft de notaris niet duidelijk kunnen maken waarom het recht van de tweede hypotheekhoudster om een tweede hypotheek te vestigen gelijk of sterker was dan het recht van de eerste hypotheekhoudster, die had bedongen dat alleen met haar uitdrukkelijke toestemming een tweede hypotheekrecht gevestigd mocht worden. De notaris heeft zich enkel gebaseerd op het bestaan van de depotovereenkomst. Het hof kan zich dan ook met voormeld oordeel van de kamer en de gronden waarop dit berust verenigen. De klacht is dus terecht gegrond verklaard."

In deze uitspraak stelt de Notariskamer derhalve (nog steeds) voorop dat de notaris medewerking moet weigeren indien zijn dienstverlening leidt tot onrechtmatig handelen *of wanprestatie* jegens een derde. Vervolgens wordt een uitzondering geformuleerd voor het geval de bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij daarbij een rechtmatig belang heeft.

2.14. Het verschil in benadering tussen de civiele rechter en de tuchtrechter laat zich volgens Vonck als volgt samenvatten:²³ de Hoge Raad gaat uit van "dienstverlening, mits" en de Notariskamer gaat uit van "dienstweigerig, tenzij". Vonck wijst er echter ook op dat het de vraag is of de tuchtrechter daarmee daadwerkelijk ander gedrag van de notaris verlangt dan de civiele rechter; uiteindelijk zouden beide instanties "onderaan de streep" tot dezelfde uitkomst komen. Om het notariaat meer duidelijkheid te geven, had de Notariskamer volgens Vonck de gelegenheid echter moeten aangrijpen om de norm van het Novitaris-arrest expliciet over te nemen.

Dat de tuchtrechter en de civiele rechter "onderaan de streep" tot dezelfde uitkomst komen, lijkt mij voor het merendeel van de gevallen inderdaad juist. Enig verschil in benadering en daarmee *soms* ook in uitkomst, is echter onontkoombaar, nu de tuchtrechter en de civiele rechter niet precies dezelfde norm hanteren.²⁴ De civiele maatstaf of de notaris heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwame vakgenoot mag worden verwacht, is niet één op één hetzelfde als de maatstaf van art. 93 Wna. De iets strengere tuchtrechtelijke maatstaf kan ertoe leiden dat een notaris tuchtrechtelijk laakbaar handelt, maar niet civielrechtelijk aansprakelijk is.²⁵ Dat dit zich kan voordoen, is echter op zichzelf geen reden voor de tuchtrechter om de civielrechtelijke maatstaf te hanteren.²⁶ Het is dan ook maar de vraag of de Notariskamer gehouden is om de norm van het Novitaris-arrest integraal over te nemen.²⁷

Toepassing maatstaf Novitaris-arrest in deze zaak

2.15. Op zichzelf is het juist, zoals in het tweede onderdeel tot uitgangspunt wordt genomen, dat in de onderhavige zaak geen sprake is van botsende rechten bij de vestiging van de hypotheek ten behoeve van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot. Er was immers geen sprake van een recht op levering of een andersoortig recht van [verweerder] en [betrokkene 1] op de met een hypotheekrecht bezwaarde woningen van vader. Anders dan het onderdeel betoogt, betekent dit echter niet dat de maatstaf uit het Novitaris-arrest niet van toepassing is. De hiervoor vermelde punten (i) tot en met (v) uit het Novitaris-arrest geven immers een algemene norm voor dienstweigerig door de notaris, die niet beperkt is tot gevallen van botsende rechten op een onroerende zaak. Uit die algemene norm volgt dat ook voor *andere gevallen* geldt dat zich een grond voor weigering kan voordoen wanneer de notaris een gegronde redenen voor weigering heeft, in verband met de zorg die hij heeft voor de belangen van derden die zijn betrokken bij de van hem gevraagde ambtsverrichting. Zo kan zich ook een grond voor weigering voordoen indien de notaris ermee bekend is dat zijn dienstverlening leidt tot onrechtmatig handelen jegens een derde wiens belangen zijn betrokken bij de gevraagde ambtsverrichting.

2.16. Hierbij is ook te wijzen op eerdere arresten over de zorgplicht van de notaris voor derden, waarin – ook in andere gevallen dan die van botsende rechten op een onroerende zaak – is geoordeeld dat het verlenen van medewerking aan een ambtsverrichting door de notaris onrechtmatig kan zijn ten opzichte van een derde wiens belangen bij die ambtsverrichting zijn betrokken.²⁸

2.17. Dat het hof in de onderhavige zaak ten onrechte toepassing geeft aan de Novitaris-maatstaf is ook betoogd door Visser, in haar noot onder het onderhavige hofarrest. Zij schrijft daarin het volgende:²⁹

"7. (...) Bij de beoordeling van de vraag of de Notaris hierbij onrechtmatig heeft gehandeld, begint het hof zijn overwegingen met de algemene uitgangspunten die uit het Novitaris-arrest naar voren komen. Dat het hof aan dit arrest refereert is opmerkelijk (...). De Hoge Raad beperkt zich in dit arrest mijns inziens tot de situatie dat sprake is van de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, 'terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden'

(r.o. 3.4.4). Hoewel beide arresten zien op de zorgplicht van de notaris ten opzichte van derden bij de transactie, gaat het arrest van de Hoge Raad over een situatie die zich in dit arrest niet voordoet. De broer en zus hebben geen rechten met betrekking tot de onroerende zaak ten aanzien waarvan het hypotheekrecht wordt verleend. Ik vraag mij daarom af of het arrest van de Hoge Raad zonder meer ook op deze situatie kan worden toegepast of dat in dit geval een andere norm geldt voor het handelen van de notaris. Het hof lijkt ervan uit te gaan dat hiervoor dezelfde norm geldt, gezien de overwegingen in r.o. 4.19 en 4.20.

8. Naar mijn mening ligt de toepassing van het Novitaris-arrest niet zonder meer voor de hand. In de casus van de Hoge Raad was sprake van een voorkeursrecht met betrekking tot een onroerende zaak dat geschonden werd door levering van de onroerende zaak aan een ander. Door de levering vindt dus wanprestatie plaats ten opzichte van de gerechtigde tot het voorkeursrecht, waardoor de Notaris door over te gaan tot het passeren van de leveringsakte meewerkt aan de wanprestatie. In de onderhavige casus vindt door het passeren van de hypotheekakte geen wanprestatie plaats. Hooguit vindt in de toekomst wanprestatie plaats, doordat bijvoorbeeld bij de uitwinning van het hypotheekrecht de vermogensbestanddelen van de hypotheekgever verminderen, waardoor de debiteur wellicht niet in staat is zijn andere schuldeisers te voldoen. Of, zoals hier, doordat na overlijden van de vader zijn nalatenschap onvoldoende vermogen bevat om de niet door het hypotheekrecht gedekte schulden te voldoen. Met andere woorden, in het Novitaris-arrest geeft de Hoge Raad maatstaven voor de notaris die gevraagd wordt een rechtshandeling mogelijk te maken waardoor wanprestatie wordt gepleegd tegenover een derde bij de transactie. Die situatie doet zich hier niet voor. Ik acht de overwegingen van de Hoge Raad dan ook niet zonder meer van toepassing op de onderhavige casus, net zoals het arrest niet van toepassing is op de casus van de vestiging van een tweede hypotheekrecht zonder de daarvoor benodigde toestemming van de hypotheekhouder (...). Mijns inziens zou dus een nadere motivering van het toepassen van de maatstaven van het Novitaris-arrest voor de overwegingen en het oordeel in de onderhavige casus gewenst zijn geweest.

9. In het Novitaris-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het recht van een derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring als de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring. Daarvan is sprake als het recht van een derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. In deze uitspraak hanteert het hof deze maatstaf ook. In r.o. 4.22 en verder behandelt het hof de vraag of in casu een onrechtmatige daad wordt gepleegd door de zussen als verkrijgers van het hypotheekrecht. Door dezelfde maatstaf als in het Novitaris-arrest te hanteren, lijkt het hof van oordeel dat de Notaris ook in andere gevallen dan die in het Novitaris-arrest dienst moet weigeren als een onrechtmatige daad jegens derden bij de transactie wordt gepleegd. Dat betekent: ook zonder dat deze derde een recht ter zake van het te leveren of te bezwaren goed kan doen gelden. Ik wijs erop dat deze gedachte nog geen gemeengoed lijkt in het notariaat. (...)

10. (...)

11. Over de vestiging van het hypotheekrecht voor de overige vorderingen op vader oordeelt het hof anders (r.o. 4.24). Naar het oordeel van het hof hadden de zussen geen rechtmatig belang bij het verlangen van een hypotheekrecht voor de overige vorderingen die zij op vader hadden. Zij hebben hiermee gehandeld in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden in het maatschappelijk verkeer betaamt. Deze overweging lijkt wat opmerkelijk. Het rechtmatig belang lijkt juist aanwezig, doordat het hypotheekrecht de zussen juist meer zekerheid geeft voor voldoening van hun vorderingen op de vader. In de notariële praktijk melden zich dagelijks schuldeisers die zekerheid willen voor de voldoening van hun vorderingen. Niet zelden worden deze zekerheden verleend door de vestiging van een zogenaamde 'bankhypotheek', waardoor alle vorderingen die de schuldeiser nu en in de toekomst op de schuldenaar krijgt, uit welke hoofde ook, onder het hypotheekrecht vallen. Zouden deze vormen van zekerheidsverstrekking door het onderhavige arrest ook gevaar lopen (vgl. ook: 'Einde bankhypotheek', geplaatst op www.praktijkgenerator.nl op 15 augustus 2015)? Mij dunkt dat met name de bijzondere omstandigheden van het geval het hof tot het oordeel hebben gebracht dat sprake is van een onrechtmatige daad."

2.18. De interpretatie die hier van het Novitaris-arrest wordt gegeven, is te eng. Zoals gezegd is in het Novitaris-arrest een *algemene maatstaf* geformuleerd voor dienstweigering door de notaris (rov. 3.4.2 en 3.4.3), die niet beperkt is tot situaties waarin het gaat om de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden ("botsende rechten"). De specifieke oordelen die de Hoge Raad geeft in rov. 3.4.4 zien op die laatste situatie,³⁰ maar ook in andere gevallen kan zich voordoen dat de notaris in verband met de bij de rechtshandeling betrokken belangen van een derde, gegronde redenen heeft om de gevraagde dienstverlening te weigeren. Dat het arrest op deze manier moet worden gelezen, volgt ook uit de woorden "onder meer" in de eerste zin van rov. 3.4.4.

2.19. Uit het voorgaande volgt dat de rechtsklacht van onderdeel 2.1 faalt.

2.20. Volgens de rechtsklacht van onderdeel 2.2 zou het hof zijn beoordeling ten onrechte hebben beperkt tot de vraag of [betrokkene 2] en [betrokkene 3] een rechtmatig belang hadden bij de vestiging van het recht van hypotheek. Daarmee zou het hof hebben miskend dat de notaris in beginsel gehouden is tot medewerking, tenzij zich een weigeringsgrond in de zin van art. 21 lid 2 Wna voordoet. Deze klacht berust op een onjuiste lezing van het arrest. Uit rov. 4.24 blijkt dat het hof bij zijn beoordeling heeft betrokken:

- a. dat [betrokkene 2] en [betrokkene 3] het recht van hypotheek hebben bedongen voor (ook) hun overige vorderingen (uit hoofde van de ouderlijke boedelverdeling van moeder en de papieren schenkingen), terwijl ook [verweerder] en [betrokkene 1] deze vorderingen hadden, met tot dan toe gelijke mogelijkheden voor verhaal;
- b. gelet op de omvang van het vermogen van vader en zijn zeer hoge leeftijd het concrete gevaar bestond dat [verweerder] en [betrokkene 1] hun vorderingen niet op de nalatenschap zouden kunnen verhalen;
- c. terwijl [betrokkene 2] en [betrokkene 3] betaling daarvan geheel of deels door het recht van hypotheek gewaarborgd wisten;
- d. dit gevaar zich ook heeft verwezenlijkt;
- e. de Notaris wist van dit gevaar;
- f. de Notaris heeft vader alsmede [betrokkene 2] en [betrokkene 3] herhaaldelijk op dit gevaar gewezen.

Het hof heeft het handelen van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] jegens [verweerder] en [betrokkene 1] (a tot en met d) gekwalificeerd als onrechtmatig, namelijk in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden in het maatschappelijk verkeer betaamt (rov. 4.24, eerste volzin). Mede in het licht van de omstandigheden e en f heeft het hof vervolgens geoordeeld dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit de geldlening. Het oordeel van het hof komt er dus op neer dat de bekendheid van de Notaris met het dreigende onrechtmatig handelen van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] jegens [verweerder] en [betrokkene 1], voor hem een gegronde reden voor weigering had moeten zijn in de zin van art. 21 lid 2 Wna. Dit oordeel is in overeenstemming met de Novitaris-maatstaf.

2.21. Wellicht heeft het gebruik van de woorden "geen rechtmatig belang" in de eerste zin van rov. 4.24 van het bestreden arrest voor verwarring gezorgd. Daaruit zou mogelijkerwijs kunnen worden afgeleid dat het vragen van hypothecaire zekerheid voor een verstrekte geldlening geen "rechtmatig belang" oplevert, zoals Visser oppert onder punt 11 van de hiervoor (onder 2.17) aangehaalde passage uit haar noot onder het arrest van het hof. De crux in de onderhavige zaak is echter dat de door [betrokkene 2] en [betrokkene 3] bedongen hypothecaire zekerheid óók betrekking had op vorderingen uit hoofde van de eerdere papieren schenkingen, in de wetenschap dat de nalatenschap niet toereikend zou zijn om ook [verweerder] en [betrokkene 1] hun gelijkwaardige vorderingen uit hoofde van die schenkingen te voldoen, waardoor zij zich feitelijk in een voorrangpositie manoeuvreerden. Het is dit handelen dat door het hof als onrechtmatig is gekwalificeerd.

2.22. Daarmee faalt de rechtsklacht van onderdeel 2.2.

2.23. Het oordeel is ook toereikend en begrijpelijk gemotiveerd, zodat ook de motiveringsklacht van onderdeel 2.2 faalt.

2.24. De motiveringsklachten van onderdeel 3.1, die gericht zijn tegen rov. 4.24 van het tussenarrest, falen eveneens. Voor zover in die klachten steeds één van de door het hof genoemde omstandigheden afzonderlijk wordt besproken, geldt dat er daarmee aan voorbij wordt gegaan dat het gaat om de verschillende omstandigheden, in hun onderlinge samenhang bezien. Het argument dat ook [verweerder] en [betrokkene 1] een zekerheidsrecht hadden kunnen bedingen is niet steekhoudend, nu zij in het geheel niet bekend waren met het door [betrokkene 3] en [betrokkene 2] betrokken zekerheidsrecht en zij, zelfs als ze dat wel zouden hebben geweten én vervolgens zelf ook een recht van hypotheek zouden hebben gevestigd, als tweede hypotheekhouder óók achter het net hadden gevestigd. Het argument dat het concrete gevaar van de onmogelijkheid van verhaal zich niet voordeed ten tijde van het verlijden van de hypotheekakte, is evenmin valide, nu vader toen reeds 99 jaar was en niet gesteld of gebleken is dat er op dat moment nog toekomstige baten voor hem in het verschiet lagen. Bovendien zag de Notaris van meet af aan ook zelf dit gevaar, zoals blijkt uit de door hem aan vader verzonden brieven van 11 december 2009 en 5 januari 2010 (zie onder 1.6 en 1.7).

2.25. De klachten van onderdeel 3.2 berusten op de gedachte dat wanneer voldoende vast staat dat de aan de Notaris verzochte ambtsverrichting (mede) plaatsvond op verzoek van vader, waarbij vader nadrukkelijk is gewezen op de nadellige

gevolgen daarvan voor [verweerder] en [betrokkene 1], er geen grond kon zijn voor dienstweigering door de Notaris. Dit is een onjuist uitgangspunt. Uit art. 21 lid 2 Wna – in samenhang met de daaraan door de Hoge Raad in het Novitaris-arrest gegeven uitleg – volgt immers dat ook wanneer een partij de notaris uitdrukkelijk en welbewust vraagt om zijn medewerking te verlenen aan een bepaalde rechtshandeling, de notaris een gegronde reden kan hebben voor weigering van die medewerking. Hierop stuiten de klachten van het onderdeel af.

2.26. Hiermee falen alle klachten van het principale cassatieberoep.

3. Bespreking van het cassatiemiddel in het incidenteel cassatieberoep

3.1. Het incidenteel cassatieberoep bevat vier onderdelen.

Onderdeel 1: wilsbepaling vader

3.2. Het eerste onderdeel is gericht tegen rov. 4.17 van het tussenarrest van 14 juli 2015. Daarin oordeelt het hof dat de grieven 3 en 4 van [verweerder], waarin is aangevoerd dat de vader de transacties in kwestie niet wilde en daarover niet goed werd geïnformeerd, falen omdat, kort samengevat, de Notaris de onder 1.6 en 1.7 vermelde brieven aan vader heeft verzonden.

3.3. Het onderdeel klaagt dat het oordeel onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de volgende stellingen van [verweerder]:

- a. vader was vrijwel blind en las geen post; zijn post en administratie werden geregeld door de echtgenoot van [betrokkene 3];³¹
- b. [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot hebben de constructie geïnitieerd en aan de Notaris opdracht en alle instructies gegeven; van enig initiatief van vader is niet gebleken;³²
- c. [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot waren belanghebbende bij de constructie, waren bij alle gesprekken aanwezig en waren zodoende in staat om de vader te sturen;³³
- d. vader heeft bij alle eerdere schenkingen tot in 2008 al zijn kinderen gelijk behandeld.³⁴

3.4. De stellingen waarnaar [verweerder] verwijst zijn van belang in het kader van de beoordeling van grief 3 en 4, waarin hij betoogde dat niet kan worden aangenomen dat vader de transacties kennelijk wilde en dat vader niet in staat was (zelfstandig) zijn wil te bepalen. De stellingen bieden steun voor zijn opvatting dat vader bij het verrichten van de transacties in belangrijke mate onder invloed stond van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot. Naar mijn mening heeft het hof onvoldoende aandacht besteed aan deze stellingen. Het hof is er kennelijk vanuit gegaan dat zijn overweging dat niet is komen vast te staan dat de brieven van de Notaris van 11 december 2009 en 5 januari 2010 niet aan vader zijn verzonden, een voldoende bespreking van die stellingen vormde, zulks in samenhang met rov. 4.4 en 4.5 van het vonnis van de rechtbank waarnaar het hof verwijst. In die overwegingen noemt de rechtbank eveneens de door de Notaris verzonden brieven en wordt melding gemaakt van de bespreking op 25 november 2009 en het daarvan opgemaakt gespreksverslag.

Daarmee is echter stelling (a), dat vader zijn post zelf niet meer las zodat het maar de vraag is of hij kennis heeft genomen van de inhoud van de brieven, niet beoordeeld.

Evenmin is beoordeeld stelling (c), dat de Notaris niet alleen (dus buiten aanwezigheid van [betrokkene 2] en [betrokkene 3]) met vader heeft gesproken; de door de rechtbank genoemde bespreking van 25 november 2009 vond blijkens het door de Notaris zelf opgestelde verslag plaats met vader en "twee dochters".³⁵

Hetzelfde geldt voor stelling (b), dat het niet vader is geweest die zich tot de Notaris heeft gewend met de wens om de transacties aan te gaan (dan wel met enige andere, meer of minder gearticuleerde wens), maar dat het [betrokkene 2] en [betrokkene 3] zijn geweest die bij de Notaris advies hebben ingewonnen "om hun erfdeel en schulden veilig te stellen, succesrechten te besparen en het huis op te knappen".³⁶ De tweede bespreking bij de Notaris is gevoerd door de echtgenoot van [betrokkene 3], waarbij "de echte reden voor het hypotheekrecht" aan de orde is gekomen, namelijk dat er een belastingschuld te verwachten viel in verband met de inkeerregeling, en waarbij tevens geopperd is de mogelijkheid het hypotheekrecht te vestigen ten behoeve van de "schenkingen op papier".³⁷ Ik merk hierbij nog op dat deze beide besprekingen plaatsvonden vóórdat vader gebruik maakte van de inkeerregeling en geconfronteerd werd met de belastingschuld.³⁸

Tenslotte is ook onbesproken gebleven stelling (d), dat tot dan toe alle kinderen gelijkelijk behandeld zijn. De implicatie van die laatste stelling is dat niet te begrijpen valt waarom vader [verweerder] en [betrokkene 1] heeft willen onterven of benadelen, terwijl hij eerder zijn kinderen altijd dezelfde bedragen heeft geschonken.

Deze vier stellingen lijken mij bepaald niet onbelangrijk bij de beoordeling van de onderhavige zaak, mede met het oog op hetgeen aan de orde is bij het hierna nog te bespreken onderdeel 3.

3.5. De motiveringsklachten die betrekking hebben op het oordeel van het hof "dat vader het zelf zo wilde", slagen derhalve.

Onderdeel 2: onrechtmatigheid van "gehele constructie"

3.6. Het onderdeel heeft betrekking op rov. 4.21-4.26. In rov. 4.26 oordeelt het hof dat de Notaris niet onrechtmatig heeft gehandeld, behoudens voor wat betreft zijn medewerking aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor andere vorderingen dan de geldlening, en dat niet is komen vast te staan dat de Notaris door medewerking aan "de constructie van het plan" de benadeling en onterving van [verweerder] en [betrokkene 1] heeft gepland. In de hieraan voorafgaande overwegingen heeft het hof geoordeeld (a) dat het vader vrij stond om [verweerder] en [betrokkene 1] te onterven, zodat de Notaris niet onrechtmatig heeft gehandeld door het testament te verlijden (rov. 4.21),

(b) dat [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot het recht hadden zekerheid te verlangen voor de terugbetaling van hun vorderingen door het vestigen van een recht van hypotheek, zodat de Notaris daaraan desgevraagd moest meewerken (rov. 4.22),

(c) dat het verlangen van zekerheid door [betrokkene 3], [betrokkene 4] en [betrokkene 2] in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig was voor zover de geldleningen daardoor werden verzekerd (rov. 4.23) en

(d) dat het causaal verband tussen de onterving en de schade ontbreekt en niet valt in te zien hoe de nalatenschap door de vernietiging van de geldlening en de hypotheek zou zijn gebaat (rov. 4.25).

3.7. Het onderdeel bevat vier klachten. *Onderdeel 2.1* klaagt dat het hof in de reeks van de in 3.6 weergegeven beslissingen heeft miskend dat [verweerder] heeft gesteld dat niet alleen de diverse onderdelen van de constructie afzonderlijk moeten worden beschouwd, maar juist (ook) *het samenstel* van alle onderdelen. Het onderdeel klaagt dat het hof wel de individuele onderdelen van het plan/de constructie op onrechtmatigheid heeft getoetst, maar ten onrechte heeft nagelaten om de constructie als geheel beschouwd op onrechtmatigheid te toetsen. Daarmee heeft het hof zijn arrest onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweerder] op dit punt.³⁹

Onderdeel 2.2 klaagt dat het oordeel van het hof in de rov. 4.22, 4.23 en 4.26 dat de Notaris niet onrechtmatig heeft gehandeld door zijn medewerking te verlenen aan het vestigen van een recht van hypotheek ten behoeve van de "inkeerschulden", omdat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] en haar echtgenoot gerechtigd waren zekerheid te verlangen voor de door hen te verstrekken geldlening, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd. [verweerder] heeft betoogd dat ook dit een onrechtmatig element is van de gehele constructie, die erop gericht is vader te laten inkeren voor rekening van [verweerder] en [betrokkene 1]. Ter toelichting wijst het onderdeel erop dat, door aan de geldlening een recht van hypotheek te koppelen, de situatie werd gecreëerd dat de lasten van de inkeer eenzijdig dan wel onevenredig zwaar op [verweerder] en [betrokkene 1] kwamen te rusten, nu het voor vererving of schenking beschikbare vermogen van de vader door de inkeer kleiner werd.

Onderdeel 2.3 klaagt dat het oordeel in rov. 4.21 dat het vader vrij stond [verweerder] en [betrokkene 1] te onterven, en dat het de Notaris dan ook niet kan worden verweten dat hij het testament heeft verleden, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweerder] dat (i) het initiatief voor de onterving niet van vader afkomstig was, maar onderdeel is van de constructie van het plan en als zodanig door de Notaris is geadviseerd,⁴⁰ (ii) de onterving feitelijk geen verschil meer maakte voor [verweerder] en [betrokkene 1] en dus niet noodzakelijk was, aangezien de omvang van de door hypotheek gedekte vordering van [betrokkene 3] en [betrokkene 2] en haar echtgenoot vrijwel gelijk was aan het resterende vermogen van vader,⁴¹ en (iii) dat de onterving slechts tot doel had om conflicten in de toekomst te vermijden.⁴²

Onderdeel 2.4 klaagt dat het oordeel in rov. 4.25, dat causaal verband tussen de onterving en de benadeling van [verweerder] en [betrokkene 1] ontbreekt, onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweerder] dat hij door de onterving een buitenstaander bleef bij de afwikkeling van de nalatenschap en aan hem

informatie werd onthouden en hij ook niet als erfgenaam onder algemene titel de geldlening en de hypotheekverstrekking kon aantasten.⁴³

3.8. Problematisch aan de redenering van het hof is m.i. dat de onterving van [verweerder] en [betrokkene 1] wordt "losgekoppeld" van de overige elementen van de "constructie", en met voorbijgaan aan de stellingen die genoemd zijn onder 3.3 (waarop de slagende motiveringsklacht van onderdeel 1 betrekking heeft). In theorie is het juist dat het vader vrijstond zijn kinderen te onterven, zoals het hof in rov. 4.21 overweegt. In de onderhavige zaak is de Notaris echter niet benaderd door vader (of desnoods een afgezant van hem) met de wens twee van zijn vier kinderen te onterven, maar hebben de twee andere kinderen zich tot de Notaris gewend met de vraag (in eerste instantie) hoe hun erfdeel veilig kan worden gesteld,⁴⁴ en (in tweede instantie) of/hoe geregeld kan worden dat zij vader geld lenen om de schuld uit de inkeerregeling te voldoen én zij zekerheid verkrijgen voor terugbetaling van dat bedrag én zij tevens zekerheid krijgen voor de eerdere papieren schenkingen, zulks onder de mededeling aan de Notaris dat er grote onenigheid bestaat met "de kinderen in het buitenland" ([verweerder] en [betrokkene 1]).⁴⁵ Ook in het hierop volgende overleg met de Notaris (met vader en [betrokkene 2] en [betrokkene 3]) is kennelijk nog geen sprake geweest van een wens tot onterving.⁴⁶ De door de Notaris aan vader verzonden brieven van 11 december 2009 en 5 januari 2010 maken evenmin melding van een beoogde onterving.

3.9. [verweerder] heeft herhaaldelijk naar voren gebracht dat de onterving van hem en [betrokkene 1] is geadviseerd door de Notaris.⁴⁷ Hij heeft in dat verband verwezen naar wat het arrest van de Notariskamer hierover vermeldt (zie onder 1.15):⁴⁸

"Voorts heeft de notaris ter zitting desgevraagd verklaard dat hij in aanwezigheid van de dochters (en hun echtgenoten) aan erflater het estateplanningsadvies heeft gegeven klagers te onterven met als grond (klaagschrift eerste aanleg p. 2) – onbestreden door de notaris – dat klagers blij moesten zijn dat zij geen erfgenaam waren, want er waren meer schulden dan baten."

En:

"Op grond van dit een en ander komt het hof tot de conclusie dat de notaris zijn taak ten aanzien van erflater niet naar behoren heeft uitgevoerd. Het hof neemt – naast het vorenstaande – hierbij in aanmerking dat de notaris te maken had met een man op (zeer) hoge leeftijd die zich kennelijk liet leiden door zijn nagenoeg steeds aanwezige dochters en dat de notaris niet, althans nauwelijks, onder vier ogen met erflater heeft gesproken. In dit verband acht het hof in het bijzonder verwijtbaar dat de notaris in aanwezigheid van de dochters (en hun echtgenoten) erflater heeft geadviseerd klagers te onterven, welk advies onmiskenbaar gunstig uitviel voor de aanwezige dochters."

Dat de onterving van [verweerder] en [betrokkene 1] een idee was van de Notaris, ligt ook besloten in de eigen verklaring van de Notaris, die is opgenomen in het proces-verbaal van de zitting bij de Notariskamer:⁴⁹

"Gezien de reële kans op een negatieve nalatenschap heb ik geopperd klagers uit te sluiten als erfgenaam. Ik heb de mogelijkheid van een beneficiaire aanvaarding niet besproken. Ik werd nadien gebeld door één van de dochters dat hun vader inderdaad zijn testament wilde wijzigen. Toen ben ik met vader alleen daarop doorgegaan."

In de onderhavige procedure heeft de Notaris niet ontkend dat de onterving op zijn advies heeft plaatsgevonden. In de conclusie van antwoord wordt daarover namens de Notaris het volgende gesteld:⁵⁰

"De onterving leidde bovendien niet tot enig nadeel voor eisers, want als gevolg van de geldlening en met name de hypotheekverstrekking, zouden zij sowieso geen aanspraken meer geldend kunnen maken op de nalatenschap, die namelijk negatief zou zijn (...)

De onterving had een praktische betekenis. [De Notaris] zag dat de onderlinge verhoudingen tussen [de] kinderen niet goed waren en met een onterving werden conflicten in het kader van de verdeling in de toekomst voorkomen."

[verweerder] heeft herhaaldelijk verwezen naar deze uitspraak, ter ondersteuning van zijn stelling dat het de Notaris is geweest die geadviseerd heeft tot onterving.⁵¹

3.10. In het licht van het vermelde onder 3.8 en 3.9 meen ik dat het hof zijn oordeel in rov. 4.21, dat het meewerken aan c.q. het adviseren door de Notaris tot de onterving van de [verweerder] en [betrokkene 1] als onderdeel van "de constructie" niet onrechtmatig was jegens hen, onvoldoende begrijpelijk heeft gemotiveerd. De enkele vaststelling dat "dat het vader vrijstaat zijn kinderen te onterven" kan niet als een voldoende weerspreking worden beschouwd van de in dit verband door [verweerder] ingenomen stellingen. De motiveringsklachten van de onderdelen 2.1 en 2.3 slagen daarmee.

3.11. Ook onderdeel 2.4 slaagt. In het kader van grief 7 – die zich richtte tegen de overweging van de rechtbank dat er geen *condicio sine qua non* verband bestond tussen de schade van [verweerder] en [betrokkene 1] en hun onterving – heeft [verweerder] betoogd dat hij door de onterving geen informatie kreeg over de afwikkeling van de nalatenschap en hij niet de mogelijkheid had om als erfgenaam de geldlening en de hypotheekverstrekking aan te tasten.⁵² De overweging van het hof in rov. 4.25, dat niet valt in te zien in welk opzicht de nalatenschap gebaat zou zijn met vernietiging van de geldlening en de hypotheekverstrekking, respondeert hier naar mijn mening niet voldoende op. Indien zou komen vast te staan dat de notaris ook onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan c.q. te adviseren tot onterving van [verweerder] en [betrokkene 1], zal moeten worden beoordeeld wat dat betekent voor de schade van [verweerder].⁵³

3.12. De klacht van onderdeel 2.2 ziet op de vestiging van het hypotheekrecht ten behoeve van de "inkeerschulden" die vader had aan [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot. Deze klacht slaagt m.i. niet. Anders dan het onderdeel betoogt, zie ik niet dat door de geldlening ten behoeve van het betalen van de "inkeerschulden" en het daarvoor verleende hypotheekrecht *de facto* een situatie is gecreëerd waarin de lasten van de inkeer eenzijdig of onevenredig zwaar op [verweerder] en [betrokkene 1] zijn komen te rusten. [verweerder] en [betrokkene 1] hebben inderdaad bijgedragen aan de betaling van de "inkeerschulden" doordat de nalatenschap met dat bedrag is verminderd (waardoor zij hun eigen vorderingen niet meer hebben kunnen verhalen op de nalatenschap), maar zij zouden ook hebben bijgedragen indien vader vóórafgaand aan de schenkingen zou zijn ingekeerd. Het is mij op basis van de stellingen van [verweerder] niet duidelijk geworden waarom zou moeten worden aangenomen dat die bijdrage "eenzijdig" of "onevenredig" bij [verweerder] en [betrokkene 1] is neergelegd.

Onderdeel 3

3.13. Dit onderdeel bouwt voort op de voorgaande onderdelen en slaagt daarmee eveneens.

Onderdeel 4: buitengerechtelijke incassokosten en proceskosten

3.14. *Subonderdeel 4.1* is gericht tegen rov. 2.10 van het eindarrest waarin het hof oordeelt dat de vordering tot betaling van "de buitengerechtelijke kosten door toepassing van het rapport Voorwerk II" zal worden afgewezen, nu [verweerder] de omvang van die kosten niet heeft opgegeven. Voor het geval het hof hiermee heeft geoordeeld dat een enkele verwijzing naar (de staffel in) het rapport Voorwerk II niet mag c.q. niet voldoende is voor toewijzing van de vordering tot betaling van de buitengerechtelijke kosten, klaagt het subonderdeel dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Daartoe wordt aangevoerd dat de rechter gehouden is de kosten ex art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c BW zelfstandig te begroten, indien daarvoor voldoende handvatten worden gegeven, bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij het rapport Voorwerk II. Het hof heeft dan ook het recht geschonden door de buitengerechtelijke kosten niet zelfstandig te begroten, conform de vordering, op twee punten van het toepasselijke liquidatietarief, aldus het subonderdeel.

3.15. Art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c BW bepaalt dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen de "redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte". Deze bepaling kent naar vaste rechtspraak een zogeheten "dubbele redelijkheidstoets". Deze houdt in dat niet-bedongen buitengerechtelijke kosten (slechts) verschuldigd zijn indien zowel het maken van die kosten redelijk was alsook de omvang van de gemaakte kosten aan de redelijkheid beantwoordt.⁵⁴ De vergoeding strekt ertoe dat de benadeelde ook op het punt van de gemaakte kosten komt te verkeren in de vermogenspositie waarin hij zonder de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis zou hebben verkeerd. De vraag in hoeverre kosten die de benadeelde aldus heeft gemaakt op de voet van art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen, dient aan de hand van de hiervoor vermelde maatstaf te worden beantwoord, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval.⁵⁵

3.16. Voor zover het onderdeel tot uitgangspunt neemt dat [verweerder] de vordering tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten op de voet van art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c voldoende heeft onderbouwd door (enkel) te verwijzen naar het bepaalde in het rapport "Voorwerk II"⁵⁶ gaat het uit van een onjuiste rechtsopvatting. De Hoge Raad heeft in het arrest [.../...] geoordeeld dat onjuist is de opvatting dat indien een bedrag aan buitengerechtelijke kosten wordt gevorderd dat forfaitair is berekend volgens Aanbeveling II van het rapport Voorwerk II,⁵⁷ er dan geen plaats is voor een beoordeling door de rechter (op de voet van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c, BW) of dat bedrag in de gegeven omstandigheden redelijk is. Daartoe werd overwogen dat Aanbeveling II van Rapport Voorwerk II – welk rapport geen recht bevat in de zin van art. 79 RO⁵⁸ – de rechter niet bindt en hem dan ook niet ontslaat van de beoordeling van de redelijkheid van het op basis van die aanbeveling forfaitair berekende bedrag in het licht van de gegeven omstandigheden. Volgens de Hoge Raad lijkt ook het rapport zelf daarvan uit te gaan, want in 9.3 wordt ten aanzien van de aanbevolen forfaitaire vergoeding gezegd dat "alleen kosten kunnen worden toegewezen (...) waarvan de hoogte – ook in verhouding tot de

hoofdsom – redelijk is”, waarmee het rapport andere omstandigheden, zoals de verhouding tot de in verband met de incasso verrichte werkzaamheden, kennelijk niet uitsluit.⁵⁹

3.17. De omstandigheid dat de gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten forfaitair is berekend op basis van de aanbevelingen uit het rapport Voorwerk II, althans dat de vordering de toepassing van de aanbevelingen in dat rapport bepleit, ontslaat de rechter dus niet van de verplichting om te beoordelen of het gevorderde bedrag “redelijk” is in de zin van art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c BW. De rechter kan deze redelijkheidstoets vanzelfsprekend alleen uitvoeren als de omvang van de buitengerechtelijke kosten voldoende is gespecificeerd en onderbouwd.⁶⁰ Gelet op het vorenstaande is 's hofs oordeel dat de gevorderde buitengerechtelijke kosten niet kunnen worden toegewezen, nu [verweerder] de omvang van die kosten niet heeft opgegeven, niet onjuist of onbegrijpelijk.

3.18. Subonderdeel 4.2 klaagt dat bij gegrondbevinding van één of meer van de klachten in het incidentele beroep ook de beslissing van het hof in rov. 2.9 van het eindarrest (en de daaraan gekoppelde onderdelen van het dictum) om te proceskosten te compenseren niet in stand kan blijven.

3.19. Dit subonderdeel slaagt in zoverre dat na verwijzing opnieuw zal moeten worden beoordeeld of er aanleiding is voor compensatie van de proceskosten.

4. Conclusie in het principaal en incidenteel cassatieberoep

De conclusie strekt tot verwerping in het principaal cassatieberoep en tot vernietiging en verwijzing in het incidenteel cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak C/05/253826/HA ZA 13-750 van de rechtbank Gelderland van 5 februari 2014 en 14 mei 2014;

b. de arresten in de zaak 200.155.185 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 14 juli 2015 en 9 februari 2016 (verbeterd bij arrest van 1 maart 2016).

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Uitgangspunten in cassatie

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De op 1 augustus 1994 overleden moeder van [verweerder] (hierna: de moeder) had in haar testament een ouderlijke boedelverdeling (art. 4:1167 (oud) BW) gemaakt tussen haar echtgenoot (hierna: de vader) en haar kinderen. Daarbij zijn alle goederen van haar nalatenschap toegedeeld aan de vader onder de verplichting alle schulden over te nemen en om aan ieder van haar kinderen ([verweerder] en zijn zusters [betrokkene 1], [betrokkene 2] en [betrokkene 3]) een bedrag ter grootte van hun erfdeel uit te keren. Bij het vaststellen van dit erfdeel is geen rekening gehouden met vermogen in Zwitserland dat de vader en moeder niet hadden betrokken in hun belastingaangiften in Nederland.

(ii) In 2006 is het aandeel van de moeder in het Zwitserse vermogen verdeeld onder de kinderen; zij ontvingen uit hoofde daarvan ieder € 225.000,-. In 2008 is het aandeel van de vader in dat vermogen verdeeld, op grond waarvan ieder van de kinderen een bedrag van € 183.000,- heeft ontvangen.

(iii) Bij notariële akte van 18 februari 2008 heeft de vader aan elk van zijn kinderen uit vrijgevigheid een bedrag van € 49.237,= schuldig erkend. In de jaren daarvoor waren ook aan alle vier kinderen schenkingen op papier gedaan. Deze schenkingen zijn door de vader tijdens zijn leven niet uitgevoerd.

(iv) In 2010 heeft de vader naar aanleiding van een onderzoek van de belastingdienst, in het kader van de zogenoemde "inkeerregeling" afspraken met de inspecteur gemaakt. Daarbij is aan de vader in verband met het vermogen in Zwitserland één navorderingsaanslag van € 448.062,= opgelegd. Ook [betrokkene 2], [betrokkene 3] en [verweerder] hebben gebruik gemaakt van de inkeerregeling.

(v) Om aan zijn belastingverplichtingen te kunnen voldoen, heeft de vader € 175.000,= geleend van [betrokkene 2] en € 175.000,= van [betrokkene 3] en haar echtgenoot. Deze geldleningen zijn vastgelegd bij akten die op 6 januari 2010 ten overstaan van de Notaris zijn verleden. Op diezelfde datum heeft de vader bij een akte verleden ten overstaan van de Notaris een recht van hypotheek gevestigd ten behoeve van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot tot een bedrag van € 750.000,= (te vermeerderen met rente en kosten begroot op € 300.000,=) op de twee destijds aan hem toebehorende onroerende zaken. Dit recht van hypotheek strekte tot zekerheid voor de betaling van al wat hij als schuldenaar aan ieder van hen verschuldigd was of zou worden, in elk geval voor wat hij ieder van hen verschuldigd was uit hoofde van:

(a) de twee hiervoor vermelde geldleningen ter grootte van € 175.000,=;

(b) de hiervoor onder (iii) vermelde akte van schuldigerkenning ter grootte van € 49.237,= in hoofdsom;

(c) een akte houdende vaststelling waarde erfdelen per persoon groot € 23.642,30 die op 8 oktober 1996 voor de Notaris is verleden.

(vi) Bij brief van 11 december 2009 heeft de Notaris aan de vader, [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot het volgende geschreven:

"(...) Naar aanleiding van de besprekingen die ik met u heb gevoerd zend ik hierbij het ontwerp van de akte waarin vader zekerheid geeft voor de nakoming van zijn verplichtingen jegens de in de akte genoemde personen. Deze zekerheidstelling betreft niet alleen de schuldverhouding die zal ontstaan ten gevolge van binnenkort door de desbetreffende (schoon)kinderen aan vader te lenen gelden, maar ook de schuldverhoudingen die vanuit het verleden bestaan (schenkingen op papier en erfdelen moeder). Nogmaals wil ik in overweging geven om de zekerheidstelling te beperken tot de schulden die ontstaan vanwege de binnenkort te sluiten geldleningsovereenkomsten en niet voor die uit het verleden te laten plaatsvinden. (...)"

Ik verzoek u de akte door te nemen en mij te laten weten of u met de inhoud akkoord kunt gaan. (...)"

(vii) In een brief van de Notaris aan de vader van 5 januari 2010 staat onder meer het volgende:

"Zoals aan u bekend zal ik op 6 januari 2010 bij u aan huis verschijnen om onder meer de akte te ondertekenen waarin door u zekerheid zal worden gegeven voor de nakoming van uw verplichtingen aan twee (...) van uw vier kinderen.

Nogmaals wijs ik u uitdrukkelijk op het feit dat u de zekerheid voor alle schulden aan uw twee dochters (...) geeft. U geeft dus niet alleen voor de schuld uit de thans te sluiten geldleningsovereenkomst zekerheid, maar ook voor andere schulden, waaronder uitdrukkelijk begrepen die aan uw genoemde dochters terzake van de schenkingen op papier uit 2008 en van de erfdelen uit de nalatenschap van uw echtgenote. Daarmee geeft u hen ook terzake van deze schulden een bevoorrechte positie ten opzichte van uw andere kinderen. Dit zal vooral aan de orde zijn als mocht blijken dat bij uw overlijden de baten van uw nalatenschap minder waard zijn dan alle schulden (...). Daardoor worden niet alleen de schulden aan hen uit de nu te tekenen geldleningsovereenkomst voldaan maar waarschijnlijk ook (een deel van) die aan uw genoemde dochters terzake van de schenking op papier en het erfdeel uit de nalatenschap van uw echtgenote. Uw andere kinderen zullen bij een te lage waarde van de baten minder of mogelijk zelfs niets ontvangen. In het gesprek dat ik hierover eerder met u had heeft u aangegeven dat u zich dit realiseert, maar dat u de bevoorrechte positie van de schenkingen op papier en de erfdelen wenst te realiseren. Desalniettemin acht ik het juist u hier nogmaals op te wijzen en ik zal in ons gesprek op 6 januari een en ander nogmaals met u bespreken."

(viii) Op 27 januari 2010 heeft de vader bij akte, verleden ten overstaan van de Notaris, alle eerder gemaakte uiterste wilsbeschikkingen herroepen en [betrokkene 3] en [betrokkene 2] benoemd tot zijn enige erfgenamen en tot executeurs. [verweerder] en [betrokkene 1] zijn onterfd.

(ix) De vader is op 6 juli 2011 overleden. [betrokkene 3] en [betrokkene 2] hebben zijn nalatenschap beneficiair aanvaard. Zij hebben als vereffenaars bij notariële akte een boedelbeschrijving doen opmaken.

(x) De bezittingen van de erflater bedroegen in totaal € 507.645,=, waarvan het grootste deel werd gevormd door de onroerende zaken waarop het hiervoor onder (v) vermelde recht van hypotheek was gevestigd. De schulden bedroegen in totaal € 791.751,50. Zij bestonden vrijwel geheel uit schulden aan de vier kinderen.

(xi) Na voldoening van de hypotheekhouders konden de vorderingen van [betrokkene 1] en [verweerder] op de nalatenschap ten bedrage van € 114.303,= respectievelijk € 111.576,= niet meer uit de nalatenschap worden voldaan.

(xii) Op klachten van [verweerder] en [betrokkene 1] over het handelen van de Notaris heeft de Notaris- en gerechtsdeurwaarderkamer van het gerechtshof Amsterdam bij beslissing van 25 juni 2013 geoordeeld dat de Notaris onzorgvuldig heeft gehandeld door de vader onder de gegeven omstandigheden te adviseren over zijn testament in aanwezigheid van erfgenamen die voordeel hebben bij het aan de vader gegeven advies. De klachten zijn in zoverre gegrond verklaard. Aan de Notaris is de maatregel van waarschuwing opgelegd.

3.2. [verweerder] en [betrokkene 1] hebben voor de rechtbank een verklaring voor recht gevorderd dat de Notaris jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld alsmede veroordeling van de Notaris tot schadevergoeding met enkele nevenvorderingen. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.3. In het (alleen) door [verweerder] ingestelde hoger beroep heeft het hof het (eind)vonnis van de rechtbank vernietigd voor zover gewezen tussen [verweerder] en de Notaris en voor recht verklaard dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens [verweerder] door op 6 januari 2010 mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte tussen de vader en [betrokkene 3] en [betrokkene 2], voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening en die ter zake van voorgeschoten kosten van levensonderhoud. Het hof heeft de Notaris veroordeeld om een bedrag van € 34.979,76 in hoofdsom aan [verweerder] te betalen.

4. Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1. Samengevat en voor zover voor het principale beroep van belang, heeft het hof in zijn tussenarrest van 14 juli 2015 als volgt geoordeeld. Na in rov. 4.19 de maatstaven van HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 (Novitaris) te hebben vooropgesteld, heeft het hof in rov. 4.24 geoordeeld dat [betrokkene 3] en [betrokkene 2] geen rechtmatig belang hadden bij het verlangen van recht van hypotheek voor de vorderingen op de vader, behoudens de beide geldleningen van € 175.000,= (zie hiervoor in 3.1 onder (v)). Dusdoende hebben [betrokkene 3] en [betrokkene 2] de gelijke mogelijkheden doorkruist die de vier kinderen hadden tot verhaal van hun vorderingen uit de ouderlijke boedelverdeling en uit de schenkingen op papier. Er bestond een concreet gevaar dat [verweerder] en [betrokkene 1] hun vorderingen niet op de nalatenschap zouden kunnen verhalen en dit gevaar heeft zich ook verwezenlijkt. De Notaris wist van dit gevaar. Onder deze omstandigheden had hij moeten weigeren mee te werken aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid werd verleend voor de andere vorderingen dan die uit de beide geldleningen, aldus het hof.

4.2.1. Onderdeel 2 van het middel betoogt onder meer dat het hof ten onrechte de maatstaven van het Novitaris-arrest heeft toegepast, nu sprake is van een andere situatie dan de situatie die in dat arrest aan de orde was (het bestaan van botsende rechten ter zake van het goed waarvan de levering is verlangd of waarop vestiging van een beperkt recht is verzocht). De klacht luidt dat het hof ten onrechte niet de toetsingsmaatstaven uit art. 21 lid 2 Wna heeft aangelegd.

4.2.2. Deze rechtsklacht faalt. In het hiervoor in 4.1 vermelde Novitaris-arrest is onder 3.4.2 en 3.4.3 overwogen:

“3.4.2 Art. 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) verplicht de notaris de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Hij dient zijn dienst evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna). Bij gereede 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 ervan (Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 20).

3.4.3. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkzins zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde

ambtsverrichtingen (HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:AD2277](#), NJ 1996/627; HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1590](#), NJ 1996/628; HR 15 september 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1801](#), NJ 1996/629 (Curatoren THB)). Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Verleent hij de gevraagde dienst toch, dan kan dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde(n) meebrengen."

In deze overwegingen is een algemene norm weergegeven ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden. Die norm is een uitwerking van art. 21 lid 2 Wna en bouwt voort op eerdere rechtspraak. Het hof heeft dus niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door in het Novitaris-arrest geformuleerde maatstaven tot richtsnoer te nemen bij de beoordeling of de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld door zijn medewerking te verlenen aan het vestigen van een recht van hypotheek dat de verhaalsmogelijkheden van [verweerder] doorkruiste. Evenmin heeft het de toetsingsmaatstaven van art. 21 Wna miskend.

4.3. Ook de overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

5. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

5.1.1. Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen rov. 4.17 van het tussenarrest. Het hof heeft hierin onder meer overwogen:

"4.17. Met grief 3 en 4 voert [verweerder] aan dat vader de transacties niet wilde en dat hij daarover niet goed werd geïnformeerd. Deze grieven falen. Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank op dat punt op de door de rechtbank gebezigde gronden (rechtsoverwegingen 4.4 en 4.5 van het bestreden vonnis). Het hof verwijst uitdrukkelijk naar de brieven die in 4.6 zijn vermeld [HR: zie hiervan in 3.1 onder (vi) en (vii)] en overweegt dat tegenover de betwisting door de notaris niet is komen vast te staan dat deze brieven niet aan vader zijn verzonden. [verweerder] stelt geen feiten of omstandigheden, die, indien bewezen, kunnen leiden tot het oordeel dat vader niet meer in staat was zijn wil te bepalen. Dat hij volgens [verweerder] geen belang had bij deze constructie en ook geen reden had [verweerder] en [betrokkene 1] te benadelen, omdat hij zijn hele leven lang belasting heeft ontdoken, geen enkel risico liep vanwege zijn zeer hoge leeftijd en het niet meer voor handen zijn van buitenlands vermogen en altijd alles eerlijk verdeelde tussen zijn kinderen, is, wat daarvan verder ook zij, ook in samenhang met hetgeen [verweerder] overigens aanvoert, onvoldoende om te kunnen concluderen dat hij dat dan ook niet wilde of zijn wil dienaangaande niet kon bepalen. Dit geldt ook voor de omstandigheid dat de notaris gesprekken met vader voerde in het bijzijn van [betrokkene 3], [betrokkene 2] en hun echtgenoten. Dit moge tuchtrechtelijk verwijtbaar zijn, maar is onvoldoende voor het oordeel dat vader de transacties niet wilde of zijn wil niet kon bepalen. Het hof verwijst voor de feitelijke wilsbekwaamheid van vader uitdrukkelijk naar het verslag dat de notaris heeft gemaakt ten aanzien van het passeren van het testament (productie 11 bij conclusie van antwoord). (...)."

5.1.2. Het onderdeel klaagt dat het oordeel van het hof onvoldoende is gemotiveerd in het licht van de volgende stellingen van [verweerder]:

(a) de vader was vrijwel blind en las geen post; zijn post en administratie werden geregeld door de echtgenoot van [betrokkene 3];

(b) [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot hebben de constructie geïnitieerd en aan de Notaris opdracht en alle instructies gegeven; van enig initiatief van de vader is niet gebleken;

(c) [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot waren belanghebbende bij de constructie, waren bij alle gesprekken aanwezig en waren derhalve in staat om de vader te sturen;

(d) de vader heeft bij alle eerdere schenkingen tot in 2008 al zijn kinderen gelijk behandeld.

5.1.3. Het onderdeel mist feitelijke grondslag waar het stelt dat het hof stelling (d) niet in de beoordeling heeft betrokken. Het hof heeft immers meegewogen dat de vader "altijd alles eerlijk verdeelde tussen zijn kinderen". Uit rov. 4.17 blijkt voorts dat het hof rekening heeft gehouden met de (mogelijke) omstandigheid dat de vader geen belang had bij de constructie en met de omstandigheid dat gesprekken van de vader met de Notaris werden gevoerd in aanwezigheid van [betrokkene 2] en [betrokkene 3]. De klacht dat het hof geen rekening heeft gehouden met omstandigheid (c) mist hierdoor eveneens voor een deel feitelijke grondslag.

5.1.4. Voor het overige faalt het onderdeel. Het hof heeft in rov. 4.17 vooropgesteld dat het zich ter zake van het geschilpunt waarop het onderdeel ziet, verenigt met de oordelen en de daarvoor gegeven motivering in de rov. 4.4 en 4.5 van het vonnis van de rechtbank. De rechtbank heeft in rov. 4.4 onder meer geoordeeld dat de benadeling van [verweerder] en [betrokkene 1] als gevolg van de hypothecaire geldlening meer dan eens met de vader is besproken en dat [verweerder] en [betrokkene 1] niet hebben bestreden dat de Notaris hierover (ook) "indringend en onder vier ogen met vader heeft gesproken". Dit door het hof overgenomen oordeel wordt door het onderdeel niet (met de vereiste precisie) bestreden. Hieruit volgt dat in deze procedure vaststaat dat de vader, ook buiten aanwezigheid van derden, door de Notaris over de transactie is voorgelicht en op de gevolgen is gewezen. De hiervoor in 5.1.2 vermelde stellingen zijn in dit verband niet van zodanig gewicht dat het hof deze expliciet(er) in zijn oordeel had moeten betrekken. Door middel van stelling (a) wordt immers niet (duidelijk) betoogd dat de vader niet op de hoogte is gesteld van de inhoud van de hiervoor in 3.1 onder (vi) en (vii) vermelde brieven van de Notaris; bovendien bevatten die brieven hoofdzakelijk een schriftelijke herhaling van ook mondeling gegeven informatie en adviezen. Voorts vloeit uit de in de stellingen (b) en (c) vermelde vergaande bemoeienis van [betrokkene 2] en [betrokkene 3] met de constructie en hun aanwezigheid bij vrijwel alle gesprekken nog niet voort dat de vader onvoldoende is voorgelicht of niet in staat is geweest in vrijheid zijn wil te bepalen.

Bij haar – door het hof overgenomen – oordeel in rov. 4.5 dat onvoldoende is gebleken dat de vader niet in staat was zijn wil te bepalen, heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat de Notaris heeft verklaard aan de hand van het daartoe bestemde "Stappenplan" te hebben geverifieerd dat de vader in staat was zijn wil te bepalen en dat de Notaris ervan overtuigd was dat de vader daartoe in staat was. De rechtbank en het hof zijn klaarblijkelijk uitgegaan van de juistheid van die verklaring. Het onderdeel klaagt hierover niet. Hieruit volgt dat de Notaris zich rekenschap heeft gegeven van de mogelijkheid dat de vader niet in staat was om zijn wil te bepalen en ter zake onderzoek heeft verricht teneinde voldoende zekerheid te verkrijgen dat de vader in staat was zijn wil te bepalen. Het hof heeft in dit verband tevens gewezen op het verslag dat de Notaris van zijn handelwijze heeft gemaakt (productie 11 bij conclusie van antwoord). Ook op dit punt was het hof niet gehouden zijn in rov. 4.17 gegeven oordeel verdergaand te motiveren dan het heeft gedaan.

5.2.1. Onderdeel 2 klaagt onder meer dat het hof de individuele onderdelen van de constructie op onrechtmatigheid heeft getoetst, maar ten onrechte heeft nagelaten om de constructie als geheel op onrechtmatigheid te toetsen. In het verlengde daarvan klaagt het onderdeel dat het hof heeft miskend dat geen sprake is van een gewone, op zichzelf staande onterving, maar van een onterving die door de Notaris is geadviseerd en onderdeel was van een constructie die slechts tot doel had [verweerder] informatie als erfgenaam te onthouden en daardoor te beletten dat bij de verdeling conflicten zouden ontstaan. Voor zover het hof dit niet heeft miskend, zijn diens beslissingen volgens het onderdeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd, nu niet kenbaar is dat, in hoeverre en op welke wijze het hof (de onrechtmatigheid van de medewerking aan) de onterving heeft gewogen in het raamwerk van de gehele constructie van het plan.

Onderdeel 2.4 is gericht tegen het oordeel in rov. 4.25 dat ook zonder de onterving de schade zou zijn geleden en niet valt in te zien in hoeverre de nalatenschap gebaat zou kunnen zijn door vernietiging van de geldlening en de hypotheekverlening. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onvoldoende begrijpelijk is gemotiveerd in het licht van de stellingen van [verweerder] dat hij door de onterving een buitenstaander bleef bij de afwikkeling van de nalatenschap en aan hem informatie werd onthouden en hij ook niet als erfgenaam onder algemene titel de geldlening en de hypotheekverstrekking kon aantasten.

5.2.2. Voor zover onderdeel 2 erover klaagt dat het hof heeft nagelaten om de constructie als geheel op onrechtmatigheid te toetsen, mist het feitelijke grondslag. Het hof heeft in zijn overwegingen niet alleen de individuele onderdelen van de constructie op onrechtmatigheid beoordeeld, maar ook de constructie als geheel. In rov. 4.26 heeft het hof "op grond van al het vorenstaande" geoordeeld dat niet is komen vast te staan dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld, behoudens wat betreft de medewerking aan het verlijden van de hypotheekakte voor zover daarbij zekerheid is verleend voor de andere vorderingen dan die uit geldlening. Het hof voegt daaraan toe dat in het bijzonder niet is komen vast te staan dat de Notaris door het meewerken aan "de constructie van het plan" welbewust de benadeling en onterving van [verweerder] heeft gepland. Hieruit volgt genoegzaam, mede in verband met rov. 4.16, dat het hof ook de constructie als geheel op onrechtmatigheid heeft beoordeeld en dat het oog heeft gehad voor de omstandigheden waaronder de onterving heeft plaatsgevonden. De hierop gerichte klachten van onderdeel 2 kunnen derhalve niet tot cassatie leiden.

5.2.3. Hetgeen zojuist is overwogen ziet tevens op de omstandigheid dat de onterving heeft plaatsgevonden op advies van de Notaris. Het hof heeft de vraag naar de onrechtmatigheid van dit advies beantwoord in het licht van de omstandigheden van dit geval en in samenhang met zijn oordeel dat niet is komen vast te staan dat de onterving deel uitmaakte van een plan gericht op benadeling van [verweerder] en [betrokkene 1]. In de rov. 4.21-4.26 ligt het oordeel besloten dat de onterving zozeer in het verlengde lag van de wens van de vader tot het aangaan van geldleningen tegen hypothecaire zekerheid voor [betrokkene 3], haar echtgenoot en [betrokkene 2], dat het adviseren tot die onterving op zichzelf niet kan

worden aangemerkt als onrechtmatig. Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Hierbij verdient opmerking dat het Nederlandse recht onterving toelaat, en dat dit in beginsel niet anders is als die onterving (mede) tot doel heeft de (onterfde) erfgenaam informatie te onthouden en bevoegdheden in het kader van de nalatenschap te ontzeggen.

In dit verband verdient voorts opmerking dat ook de beslissing van de Notaris- en gerechtsdeurwaarderkamer van 25 juni 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:1860](#), waarin het handelen van de Notaris in deze erfkwestie ter toets voorlag, niet inhoudt dat het advies tot onterving op zichzelf onzorgvuldig was jegens [verweerder] en [betrokkene 1]. Het verwijt dat de Notaris- en gerechtsdeurwaarderkamer de notaris maakte, is dat hij de vader dit advies heeft gegeven in aanwezigheid van de erfgenamen die daarbij voordeel hadden.

5.2.4. In rov. 4.25 heeft het hof geoordeeld (in navolging van de rechtbank) dat geen *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de schade van [verweerder] en de onterving. Uit hetgeen hiervoor in 5.2.3 is overwogen volgt reeds dat de tegen dit oordeel gerichte klachten van onderdeel 2.4 niet tot cassatie kunnen leiden.

5.3. De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

6. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale en in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

in het principale beroep voorts:

veroordeelt de Notaris in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] begroot op € 856,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris;

in het incidentele beroep voorts:

veroordeelt [verweerder] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Notaris begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

Noot

De werkzaamheden van een notaris richten zich in beginsel op de partijen bij de akte. Daarbij mag de notaris echter niet uit het oog verliezen dat rechten of belangen van derden in het geding kunnen zijn. De Hoge Raad gaf in het Novitaris-arrest van 3 april 2015 ([«JA» 2015/73](#)) een uitvoerig stappenplan voor beantwoording van de vraag hoe een notaris dient om te gaan met de situatie waarin mogelijke rechten of belangen van derden een rol spelen. Dit stappenplan is in nr. 2.10 van de conclusie van de A-G voor dit arrest op een rijtje gezet. Ik herhaal dat – omwille van de lengte en de leesbaarheid van deze noot – hier niet maar verwijs naar de conclusie van de A-G. Ook heeft het Novitaris-arrest veel pennen in beweging gebracht. Ik verwijs naar mijn noot in dit tijdschrift en de door de A-G aangehaalde literatuur in nr. 2.11 van haar conclusie.

Dit arrest gaat over de reikwijdte van het Novitaris-arrest. In cassatie werd erover geklaagd dat het hof ten onrechte de maatstaven van het Novitaris-arrest had toegepast. Immers, in dat arrest ging het over botsende rechten ter zake van een goed waarvan de levering werd verlangd of waarop vestiging van een beperkt recht werd verzocht; in deze zaak was geen sprake van botsende rechten, maar was mogelijk sprake van onrechtmatig handelen door de comparanten jegens derden. De Hoge Raad citeert r.o. 3.4.2 en 3.4.3 uit het Novitaris-arrest en voegt daar ter verduidelijking aan toe dat hiermee een algemene norm is gegeven ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden. De Hoge Raad heeft het Novitaris-arrest – voor zover aan de orde – dus bevestigd.

Baanbrekend is dit niet; de door de Hoge Raad geciteerde alinea's betroffen een samenvatting van art. 21 Wna en tevens een bevestiging van bestendige jurisprudentie (zoals de THB-arresten). Dat de door het middel voorgestane beperkte toepassing van het Novitaris-arrest niet juist was, kon al uit dat arrest worden afgeleid aangezien in r.o. 3.4.4 is opgenomen

dat de belangen van derden "onder meer" aan de orde zijn (waarna het stappenplan verder werd uitgewerkt). Die terminologie biedt ruimte voor toepassing op andere gevallen.

De uitkomst van het bestreden arrest van het hof was dus juist, maar het is de vraag of de formulering zuiver was. De vader had geld geleend van twee van zijn vier kinderen om de schuld aan de Belastingdienst te kunnen aflossen. Het hypotheekrecht dat in verband met die lening werd gevestigd, zag niet alleen op die lening maar ook op andere vorderingen (eerder gedane schenkingen die nog niet waren uitgevoerd). Het hof ([ECLI:NL:GHARL:2015:5299](#)) oordeelde kort gezegd dat de hypotheekvestiging voor de geldlening in verband met de fiscale schuld door de beugel kon (het staat een schuldeiser immers vrij zekerheid te vragen), maar zekerheidsstelling voor de andere vorderingen was in strijd met hetgeen in de gegeven omstandigheden in het maatschappelijk verkeer betaamt (er ontstond een bevoorrechte positie ten opzichte van de andere kinderen). De motivering op dit punt is te vinden in r.o. 4.22 t/m 4.24 van het arrest van het hof. Het hof heeft partijen mogelijk op het verkeerde been gezet door in r.o. 4.22 maar ook in 4.24 de term "rechtmatig belang" te gebruiken in zijn overwegingen. Die terminologie wordt in het Novitaris-arrest gebruikt in de rechtsoverweging die gaat over botsende rechten. Het hof heeft echter niet dat gedeelte van het stappenplan toegepast, maar hij heeft blijkens de motivering beoordeeld of sprake is van onrechtmatig handelen van de notaris door medewerking te verlenen aan de hypotheekakte. De term "rechtmatig belang" dient niet te worden opgevat als een verwijzing naar de betreffende passages in het Novitaris-arrest.

Opvallend is dat de notaris oog heeft gehad voor de mogelijke risico's. De notaris heeft de vader en twee dochters in overweging gegeven de zekerheidsstelling te beperken tot de geldlening in verband met de schuld aan de Belastingdienst. Daarnaast heeft de notaris vader uitdrukkelijk gewezen op de bevoorrechte positie die twee van zijn vier kinderen kregen door dit hypotheekrecht. Het signaleren en de betrokkenen expliciet wijzen op mogelijke gevolgen is voor een notaris – om aan zijn zwaarwegende zorgplicht te voldoen – dus niet genoeg. Daarmee zijn de betrokken derden ook niet geholpen. Uit het Novitaris-arrest blijkt dat de notaris – indien hij gegronde redenen heeft de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten – nader onderzoek moet doen om zich te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan. Als die overtuiging niet wordt verkregen, dient de notaris zijn ministerie te weigeren. De notaris heeft door schriftelijk te waarschuwen dus niet stevig genoeg gehandeld terwijl hij zichzelf evenmin afdoende heeft ingedekt door vader en dochters te wijzen op de mogelijke consequenties. Zonder overtuiging van het geoorloofde karakter kan een notaris het niet laten bij een waarschuwing maar moet hij zijn ministerie weigeren.

In de lagere rechtspraak is een aantal toepassingen van het Novitaris-arrest te vinden waarin de notaris zijn ministerie wel had geweigerd en vervolgens door betrokkenen in kort geding werd gedagvaard. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland heeft over een klassiek Novitaris-geval geoordeeld ([ECLI:NL:RBNHO:2016:5223](#)): de notaris weigerde zijn ministerie aangezien de beoogd verkrijger van een appartement mogelijk wanprestatie zou plegen ten opzichte van voorkeursgerechtigden. Deze voorzieningenrechter schetst het beoordelingskader aan de hand van het Novitaris-arrest en geeft hiervan de volgende treffende samenvatting (r.o. 4.4): "Aldus stelt de Hoge Raad het belang van de verkrijger voorop. Slechts indien het belang van de verkrijger rechtens geen bescherming verdient, moet de notaris zijn ministerie weigeren. Het notarieel handelen van de notaris dient in dit geval dus niet gericht te zijn op het voorkomen van wanprestatie door de vervreemder, maar om te bezien wie van de schuldeisers van de vervreemder, de voorkeursgerechtigden of de koper, een beter recht op nakoming heeft."

Vervolgens heeft de voorzieningenrechter een beoordeling gemaakt van de rechten van betrokkenen en kwam tot de slotsom dat het recht van kopers op grond van art. 6:298 BW sterker was.

Een ander geval werd door de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag beoordeeld ([ECLI:NL:RBDHA:2016:7871](#)): de notaris weigerde zijn ministerie aangezien geen schriftelijke afstandsverklaring van het voorkeursrecht werd overgelegd. De voorzieningenrechter oordeelde dat de notaris zijn ministerie diende te verlenen, aangezien de van hem te vergen zorgvuldigheid niet zo ver gaat dat hij zich een zelfstandig oordeel moet vormen over de vraag of eiser tekort is geschoten in de vervulling van zijn aanbiedingsplicht. Voorts heeft de voorzieningenrechter in zijn beoordeling betrokken dat mogelijk sprake is van inbreuk op de rechten van de voorkeursgerechtigde maar datzelfde geldt met betrekking tot de rechten van de beoogd verkrijger.

De Hoge Raad heeft de notariaat in het Novitaris-arrest een zekere vrijheid geboden bij zijn beoordeling, maar uit de twee hiervoor besproken uitspraken volgt dat notarissen ook te voorzichtig te werk kunnen gaan. Hoewel begrijpelijk is dat de notaris graag zoveel mogelijk zekerheid wil, wordt een dergelijke absolute zekerheid niet door de Hoge Raad verlangd.

mr. H.J. Delhaas, WIJ advocaten

Voetnoten

1

Rov. 4.1-4.11 van het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem, van 14 juli 2015 in verbinding met rov. 2.1-2.17 van het vonnis van de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, van 5 februari 2014.

[ECLI:NL:GHARL:2015:5299](#), [«JOR» 2015/351](#), m.nt. I. Visser.

2

Gerechtshof Amsterdam 25 juni 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:1860](#) (prod. 13 inleidende dagvaarding).

3

Zie bijvoorbeeld memorie van grieven punt 46, 57-59; 62-62, 111-112.

4

Memorie van grieven punt 14, 84, 96, 111, 113. In dat laatste punt 113 is vermeld "in het bijzonder voor dat gedeelte dat de oude vorderingen betreft".

5

Het onderdeel verwijst naar de conclusie van antwoord, nrs. 7, 15 t/m 37, 60 en 61, de memorie van antwoord, nrs. 17 t/m 19, 29 t/m 32, 36 t/m 43, 47 t/m 50, 56, 57, 71, 74 en 79 t/m 83, en de akte na tussenarrest, nrs. 13 en 17.

6

HR 3 april 2015, [ECLI:NL:HR:2015:831](#), *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick, [«JOR» 2015/189](#), m.nt. J.J. van Hees, [«JA» 2015/73](#), m.nt. H.J. Delhaas en [«JIN» 2015/89](#), m.nt. G.J. de Bock.

7

S. Perrick in zijn noot onder het arrest in *NJ* 2015/479 en in 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt'. In: *MvV* 2015, p. 355-361.

8

W.G. Huijgen in zijn noot onder het arrest in *JBN* 2015/33.

9

J.J. van Hees in zijn noot onder het arrest in [«JOR» 2015/189](#).

10

B.C.M. Waaijer in zijn noot onder het arrest in 'De positie van de Notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', *Ars Aequi* september 2015.

11

J.D. Kraaikamp, Het arrest De Novitaris: een beetje licht in het notariële duister, *FTV* 2015 (10) 47.

12

Kraaikamp, a.w.

13

H.J. Delhaas in zijn noot onder het arrest in [«JA» 2015/73](#).

14

G.J. de Bock in zijn noot onder het arrest in [«JIN» 2015/89](#).

15

Zie daarover ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor het Novitaris-arrest onder punt 2.15 en 2.16, [ECLI:NL:PHR:2015:4](#).

16

W.G. Huijgen, De nieuwe verordening inzake dienstweigering van de KNB. In: *JBN* 2014/19. Zie ook de kritische beschouwing van J.H.M. ter Haar, Mag een notaris zonder medeweten van een ouder passeren? In: *WPNR* 2014/7036. Zie anders L.C.A. Verstappen, *WPNR* 2012/6954 p. 917-919, die stelt dat er alleen een voorlichtings- en waarschuwingsplicht is van de notaris bij de dreiging van wanprestatie of onrechtmatig handelen.

17

W.G. Huijgen in zijn noot onder het arrest in *JBN* 2015/33.

18

W. Geselschap schreef hierover het volgende in Notariaat magazine juli/augustus 2015, p. 40: "Het invoeren van de Verordening Dienstweigering wordt uitgesteld. Hier heeft de ledenraad woensdag 24 juni mee ingestemd. De verordening werd op 8 april aangenomen, maar het KNB-bestuur stelde voor om de daadwerkelijke invoering uit te stellen. Dit omdat de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan waarmee een vrijwel gelijke lijn is uitgezet als met de verordening wordt beoogd. Omdat de formulering van het arrest van de Hoge Raad en de Verordening Dienstweigering van elkaar afwijken, kan dat in de praktijk tot interpretatieverschillen leiden, wat nadelige gevolgen kan hebben voor het notariaat. De ledenraad deelt daarom de mening van het bestuur en vindt het verstandig eerst te kijken hoe de tuchtrechter op basis van het arrest van de Hoge Raad zal handelen. Bovendien biedt het arrest de notaris voldoende handvatten om te beoordelen of hij dienst moet verlenen of weigeren in geval van een wanprestatie. Dit maakt een verordening in dit stadium overbodig. Mocht de

tuchtrechter het arrest naast zich neerleggen, dan zou de aangenomen verordening alsnog ter goedkeuring aan de minister van Veiligheid en Justitie kunnen worden aangeboden. Eventueel zou op dat moment ook een anders geformuleerde verordening op basis van het handelen of nalaten van de tuchtrechter kunnen worden gemaakt."

19

Zie o.m. Hof Amsterdam (Notariskamer) 24 mei 2011, [ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685](#), [«JOR» 2012/86](#), m.nt. NWAT.

20

Zie over deze lijn in de tuchtrechtspraak ook de conclusie van A-G Rank-Berenschot voor het Novitaris-arrest onder punt 2.10-2.14, [ECLI:NL:PHR:2015:4](#).

21

Zie onder meer J.J. van Hees in zijn noot in [«JOR» 2015/189](#), punt 11; B.C.M. Waaijer, De positie van de Notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden, *Ars Aequi* september 2015, punt 5; H.W. Heyman, Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris), *WPNR* 2015/7067, onder 7; W.G. Huijgen, Een belangrijk arrest voor het notariaat, *JBN* 2015/33 en J. Kennis, Laveren tussen Scylla en Charybdis. Over de rol van de Notaris bij het verlenen van medewerking aan wanprestatie of onrechtmatige daad met betrekking tot obligatoire bedingen bij onroerendgoedtransacties, *Vastgoed Fiscaal & Civiel* 2016 (4), p. 19.

22

Hof Amsterdam (Notariskamer) 4 april 2017, [ECLI:NL:GHAMS:2017:1120](#).

23

F.J. Vonck, Nieuwe tuchtuitspraak over medewerking aan wanprestatie. In: *WPNR* 2017/7153, p. 445-447.

24

Zie over het verschil tussen tuchtnormen en civiele rechtsnormen R.D. van Oevelen, Het dilemma van de notaris. Meewerken aan het plegen van wanprestatie of dienst weigeren?, 2017, p. 42-44.

25

De tegenovergestelde situatie, dat een notaris civielrechtelijke aansprakelijk is maar niet tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld, is veel minder goed voorstelbaar. Zie F. Baggerman, De notaris, de wanpresterende cliënt en de tuchtrechter: een nieuwe maatstaf? In: *WPNR* 2015/7082, p. 925-928.

26

Van Oevelen doet in zijn boek een aantal aanbevelingen om te grote verschillen tussen de uitspraken van de tuchtrechter en de civiele rechter te voorkomen. Zie voor de aanbevelingen R.D. van Oevelen, Het dilemma van de notaris. Meewerken aan het plegen van wanprestatie of dienst weigeren?, 2017, p. 71-73. Ik vermeld hier slechts aanbeveling II: "Stel als wetgever de mogelijkheid open om cassatie in het belang der wet bij de Hoge Raad in te stellen tegen uitspraken van de Notariskamer van het Hof Amsterdam." In het voorwoord in het boek schrijft C.G. Breedveld-de Voogd dat deze aanbeveling haar voorkeur heeft.

27

Idem A. Hammerstein, Tuchtrecht mag afwijken van burgerlijk recht. In: *WPNR* 2012/6954, p. 920-921.

28

HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:AD2277](#), *NJ* 1996/627 (*Tilburgsche Hypotheekbank*); HR 23 december 1994, [ECLI:NL:HR:1994:ZC1590](#) (*Tilburgsche Hypotheekbank II*); HR 15 september 1995, [ECLI:NL:HR:1995:ZC1801](#), *NJ* 1996/629 (*Tilburgsche Hypotheekbank III*).

29

Zie de noot van I. Visser onder het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden in [«JOR» 2015/351](#).

30

Vgl. ook S. Perrick: "De specifieke oordelen die de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 geeft, zien op de gevallen dat bij de door een cliënt verlangde levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden." In: 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt'. In: *MvV* 2015, p. 355-361, p. 357. Op p. 361 beschrijft Perrick de relevantie van het Novitaris-arrest voor andere gevallen. Hij bespreekt in dat kader een geval waarbij de notaris gevraagd wordt om mee te werken aan het passeren van een akte houdende wijziging van de statuten van een vennootschap, terwijl de voorgestelde wijziging een onrechtmatige daad jegens een derde inhoudt. De zorgplicht van de notaris jegens de derde brengt in dat geval mee dat de notaris de akte van statutenwijziging niet mag passeren.

31

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven onder punt 28, 37 en 88.

32

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven onder punt 34, 39, 40, 59, 60, 63, 71, 74, 78, 85, 91, 96, 100, 114, 116, 126.

33

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven onder punt 36, 48, 82, 87, 124.

34

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven onder punt 1, 18, 85.

35

Prod. 6 conclusie van antwoord.

36

Aldus het verslag van de eerste bespreking bij de notaris d.d. 29 juni 2009, gevoerd door [betrokkene 2] en [betrokkene 3] en haar echtgenoot (prod. 3 conclusie van antwoord).

37

Zo is vermeld in het gespreksverslag van de bespreking op 8 oktober 2009, prod. 4 conclusie van antwoord.

38

Dat was namelijk in 2010, terwijl de genoemde besprekingen plaatsvonden in 2009.

39

Het onderdeel verwijst in dat verband naar de memorie van grieven, onder 52, 56, 63-65, 70, 75, 79, 83, 91, 112 en 113.

40

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven, onder 41 en 49.

41

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven, onder 29, 52 en 141.

42

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven, onder 21, 93 en 140.

43

Het onderdeel verwijst naar de memorie van grieven, onder 21, 138 en 139.

44

Gespreksverslag notaris 29 juni 2009, prod. 3 conclusie van antwoord.

45

Gespreksverslag notaris 8 oktober 2009, prod. 4 conclusie van antwoord.

46

Gespreksverslag notaris 25 november 2009, prod. 6 conclusie van antwoord.

47

Inleidende dagvaarding punt 27, 43 en 49; memorie van grieven punt 41 en 49.

48

Zie ook inleidende dagvaarding, onder punt 10.

49

Hiernaar wordt verwezen onder punt 49 van de inleidende dagvaarding, onder verwijzing naar prod. 14.

50

Conclusie van antwoord punt 40 en 41.

51

Pleitnotities eerste aanleg, punt 11; memorie van grieven punt 21, 93 en 140.

52

Inleidende dagvaarding punt 27; memorie van grieven punt 21, 138 en 139.

53

In ieder geval zou dit betekenen dat de gevorderde verklaring voor recht dat de Notaris onrechtmatig heeft gehandeld ook betrekking dient te hebben op de onterving van [verweerder].

54

HR 16 oktober 1998, **ECLI:NL:HR:1998:ZC2740**, *NJ* 1999/196, m.nt. A.R. Bloembergen (*Amev/Staat*), rov. 3.5; HR 3 april 1987, **ECLI:NL:HR:1987:AG5568**, *NJ* 1988/275, m.nt. C.J.H. Brunner (*L&L/Drenth*), rov. 3.2; HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BV6690**, *NJ* 2012/277; **«JBP» 2012/62**, m.nt. K. Teuben (*[.../...]*), rov. 3.4.2; HR 20 december 2013, **ECLI:NL:HR:2013:2102**, *NJ* 2014/35 (*M./UWV*), rov. 3.3.2 en HR 26 september 2014, **ECLI:NL:HR:2014:2797**, *NJ* 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*[...]/Scheper Ziekenhuis*), rov. 3.4.1-3.4.2.

55

HR 26 september 2014, **ECLI:NL:HR:2014:2797**, *NJ* 2015/84, m.nt. S.D. Lindenbergh (*[...]/Scheper Ziekenhuis*), rov. 3.4.1-3.4.2.

56

Rapport van de werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak inzake de buitengerechtelijke kosten, zoals gewijzigd in november 2000, tarieven aangepast aan de euro in 2002. Het Rapport Voorwerk II bevat aanbevelingen voor de vaststelling van buitengerechtelijke kosten, zowel voor gevallen waarin die kosten contractueel zijn bedongen als voor gevallen zoals het onderhavige waarin geen kostenbeding tussen partijen is overeengekomen. Het rapport kan onder meer worden geraadpleegd via <https://www.rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/Rapport-Voorwerk-II.pdf>.

57

Aanbeveling II (punt 9.4) uit dit rapport strekt ertoe dat niet-bedongen buitengerechtelijke kosten, als eenmaal vaststaat dat zulke kosten zijn gemaakt, worden begroot naar tenminste twee "punten" uit het in overleg tussen vertegenwoordigers van de rechterlijke macht en de Nederlandse Orde van Advocaten vastgestelde Liquidatietarief voor kosten in procedures bij Rechtbanken en Gerechtshoven.

58

Zie eerder in deze zin HR 19 november 2004, [ECLI:NL:HR:2004:AQ0545](#), NJ 2005/553, m.nt. W.D.H. Asser, rov. 4.3.

59

HR 21 december 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BV6690](#), NJ 2012/277; [«JBPr» 2012/62](#), m.nt. K. Teuben ([.../...]), rov. 3.4.2.

60

Vgl. ook K. Teuben in haar «JBPr»-annotatie ([«JBPr» 2012/62](#)) bij het besproken arrest (punt 7): "Een en ander brengt mee dat een partij die vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten wil vorderen, niet alleen aannemelijk zal moeten maken dát buitengerechtelijke incassowerkzaamheden zijn verricht (deze eis is overigens ook reeds neergelegd in de aanbevelingen van Voorwerk II), maar ook de aard en redelijkheid van de verrichte werkzaamheden goed zal moeten specificeren en onderbouwen. De enkele verwijzing naar de 'twee punten liquidatietarief' uit het rapport Voorwerk II zal niet zonder meer voldoende zijn, zeker niet als die berekening uitkomt op een relatief hoog bedrag aan incassokosten voor relatief weinig werkzaamheden."

