

12. Meewerken aan wanprestatie: het handelen van de notaris wordt ook tuchtrechtelijk getoetst aan de Novitaris-maatstaf

H.J. DELHAAS EN L.C. DUFOUR

De notariskamer van het Hof Amsterdam heeft in zijn beslissing van 23 januari jl. uitdrukkelijk de Novitaris-maatstaf (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831) toegepast om het handelen van een notaris die meewerkt aan wanprestatie, te toetsen. De feiten waren de volgende. Op verzoek van een hypotheekhouder heeft de notaris zijn ministerie verleend aan een onderhandse verkoop en levering van een pand aan een derde, terwijl de bank, de hypotheekgever en een andere koper eerder een letter of intent hadden ondertekend met het doel het pand aan deze andere koper te verkopen en leveren. Het latere, onderhandse bod van de derde was echter hoger. Het feitelijk kader van deze uitspraak is hier sterk vereenvoudigd weergegeven; voor een gedetailleerd feitenoverzicht verwijzen wij naar de uitspraak van het hof (en de daaraan voorafgaande uitspraak van de kamer voor het notariaat die niet geanonimiseerd is en daardoor beter leesbaar is). In deze bijdrage bespreken wij het belang van deze tuchtuitspraak, wat tuchtrechtelijk en civielrechtelijk aan deze uitspraak voorafging, de vraag of de toetsingsnormen wezenlijk verschilden en de praktische betekenis van deze uitspraak.

Tuchtrechtelijke stand van zaken tot deze beslissing

De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke norm weken van elkaar af. Wat hield de tuchtrechtelijke norm tot deze beslissing van 23 januari 2018 eigenlijk in?

Het voert te ver in dit artikel een zeer gedetailleerde weergave van de historische ontwikkelingen in het tuchtrecht te schetsen. Een fraai en gedetailleerd overzicht hiervan is te vinden in de conclusie van de advocaat-generaal voor het *Novitaris*-arrest.

De ‘standaard’ tuchtbeslissing van het hof is van 24 mei 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685). De notaris in kwestie had een tweede recht van hypotheek gevestigd zonder dat de eerste hypotheekhouder toestemming had gegeven, wat volgens de hypotheekakte wel vereist was. Het hof stelde voorop dat een notaris in beginsel reden voor dienstweigering heeft, indien hij weet dat zijn dienstverlening wanprestatie of een onrechtmatige daad jegens een derde tot gevolg heeft. Want: *‘medewerking aan de totstandkoming van een tekortkoming of onrechtmatige daad schaadt immers de eer en het aanzien van een notariaat’* (r.o. 6.2). Het hof heeft vervolgens nog wel een uitweg op deze algemene regel geboden. In het geval dienstweigering leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij kan de notaris tot de conclusie komen dat hij zijn mede-

werking toch dient te verlenen. In deze zaak was daarvan geen sprake; door het vestigen van de tweede hypotheek was klaagster (de eerste hypotheekhouder) op relevante wijze in haar belang geraakt. Dat de notaris de schuldenaar expliciet had gewezen op het bezwaringsverbod leidde niet tot een andere beoordeling. De notaris had zijn ministerie moeten weigeren. Het hof bekrachtigde de beslissing van de kamer, maar legde de notaris geen maatregel op.

Nadat de Hoge Raad in 2015 het *Novitaris*-arrest had gewezen, kreeg de notariskamer van het hof een tuchtzaak voorgelegd waarin een notaris had meegewerkt aan het vestigen van een tweede hypotheekrecht terwijl daarmee een beding uit de eerste hypotheekakte werd geschonden. In zijn beslissing van 4 april 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1120) heeft het hof de maatstaf uit het arrest van 24 mei 2011, zoals hiervoor werd geschetst, vooropgesteld. Op het eerste gezicht leek de notariskamer de *Novitaris*-uitspraak dus naast zich neer te leggen. De vraag is of dat een juiste conclusie is (Heyman wees daar ook op in zijn noot bij die beslissing in «JOR» 2017/219). Het hof vervolgde namelijk aldus: *‘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.’* Het

wordt de notaris dus aangerekend dat hij zich geen oordeel had gevormd over de obligatoire verhoudingen.

Het hof had in deze beslissing uit april 2017 niet expliciet verwezen naar het *Novitaris*-arrest, maar een paar maanden later kwam daar verandering in. Op 4 juli 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:2698) heeft de notariskamer namelijk een beslissing gegeven waarin het *Novitaris*-arrest wordt geciteerd. Het hof heeft de ministerieplicht van de notaris voorop gesteld. Vervolgens verwijst het hof expliciet naar het genoemde arrest van de Hoge Raad en komt tot het oordeel dat ook indien de notaris rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat sprake zou zijn van wanprestatie, dit voor de notaris geen beletsel vormde om de akte te passeren. De notaris behoeft zijn diensten dus niet te weigeren.

Kritiek op de tuchtrechtelijke lijn van het Hof Amsterdam

In de vakbladen is veel aandacht geweest voor de uitspraken van het Hof Amsterdam waarbij (in sommige gevallen) aan notarissen maatregelen waren opgelegd omdat zij aktes hadden verleden waardoor één of meer van de comparanten wanprestatie pleegde jegens derde(n). De meeste schrijvers waren het niet eens met het Amsterdamse hof. Het uiteenlopen van het tuchtrechtelijk toetsingskader en het civielrechtelijk toetsingskader werd als ongewenst aangemerkt. De kritiek van Verstappen (WPNR 2011, 6876) richtte zich met name op de zeer beperkte beoordelingsvrijheid die het hof de notaris gunt als hem gevraagd wordt een akte te passeren waarbij conflicterende belangen spelen. Wibier's (WPNR 2012, 6922) en Van Oostrom-Streep's kritiek (WPNR 2012, 6930) richtte zich met name op het gevolg van de uitspraken, namelijk dat obligatoire rechten zakelijke werking krijgen, wat de wetgever nooit zo heeft bedoeld.

Civielrechtelijk kader – Novitaris

Wanprestatie is niet bij wet verboden en levert 'an sich' geen onrechtmatige daad op. Artikel 6:74 BW roept een plicht in het leven voor diegene die toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade. Het faciliteren van of meewerken aan wanprestatie door de schuldenaar jegens de schuldeiser door een derde (bijvoorbeeld: verkoper verkoopt zijn huis kort na elkaar aan twee verschillende kopers, koper 1 is de schuldeiser van verkoper, koper 2 is gezien vanuit de eerste koopovereenkomst derde), levert niet zonder meer onrechtmatig handelen van de derde jegens de schuldeiser op (HR 17 mei 1985, *NJ* 1986, 760 (*Curaçao/Boyé*)). Daarvoor moet de schuldeiser aanvullende argumenten naar voren brengen, waaraan de Hoge Raad hoge eisen stelt (HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5155 en HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682).

In het *Novitaris*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld over de vraag of een notaris, die meewerkt aan een akte waardoor een van de bij de akte betrokken partijen jegens een derde wanprestatie pleegt, onrechtmatig jegens die derde handelt (ECLI:NL:HR:2015:831, zie hierover o.m. W.G. Huijgen, Een belangrijk arrest voor het notariaat, *JBN* 2015, nr. 33 en de noot van H.J. Delhaas in «JA» 2015/73). In dit arrest heeft de Hoge Raad een uitgebreid beoordelingskader gegeven voor dergelijke situaties. De Hoge Raad stelt voorop dat op de notaris een ministerieplicht rust en dat in de wet is geregeld onder welke omstandigheden de notaris zijn ministerie moet weigeren (artikel 21 lid 2 Wna). Vervolgens bevestigt de Hoge Raad zijn vaste jurisprudentie over de zorgplicht van de notaris voor de belangen van derden (Tilburgse Hypotheekbank-arresten). De Hoge Raad vervolgt door vast te stellen dat de belangen van derden onder meer betrokken zijn als de werkzaamheden van de notaris betrekking hebben op de levering van een onroerend goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde rechten kan doen gelden op dat goed. In het geval de notaris vermoedt dat zulke rechten van derden aan de orde zijn (r.o. 3.4.4.) '*dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen voor de beoogde levering of bezwaring*'. Er is geen beletsel als de beoogd verkrijger een rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, waarbij de Hoge Raad heeft geoordeeld dat er geen rechtmatig belang is als het recht van de derde wettelijk gezien het sterkere recht is en evenmin is er een rechtmatig belang als de verkrijger onrechtmatig handelt jegens de derde door levering te verlangen; hierbij verwijst de Hoge Raad naar zijn vaste jurisprudentie over meewerken aan en profiteren van andermans wanprestatie. Omdat op de notaris een geheimhoudingsplicht rust, dient hij zijn onderzoek te verrichten op basis van informatie die hem door partijen bij de akte wordt verschaft of hem anderszins ter beschikking staat. In r.o. 3.4.5 overweegt de Hoge Raad: '*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*'. Samengevat komt het oordeel van de Hoge Raad erop neer dat de notaris in beginsel zijn medewerking aan het verlijden van een akte moet verlenen. De notaris moet zijn dienst weigeren of opschorten als hij weet of na een globaal onderzoek (waarbij hij is beperkt door zijn geheimhoudingsplicht) tot het oordeel komt dat de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij overdracht of vestiging van het recht waarvoor de notaris is ingeschakeld. De beoogd verkrijger heeft geen rechtmatig belang bij overdracht of vestiging van het recht als het recht van een derde door een wettelijke regel als het sterkere recht is aangewezen (bijvoorbeeld door artikel 3:298 BW of artikel 7:3 BW) of als de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen (bijvoorbeeld HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084). De Hoge Raad heeft in zijn

arrest van 10 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2850) over beroepsaansprakelijkheid van een notaris de Novitaris-maatstaf nog een keer uitdrukkelijk bevestigd.

Hof Amsterdam 23 januari 2018

Het hof kreeg op 23 januari 2018 opnieuw de gelegenheid de tuchtrechtelijke normen in lijn te brengen met de civielrechtelijke normen. Deze kans heeft het hof met beide handen aangegrepen en is er eens goed voor gaan zitten. In deze zaak was mogelijk sprake van een schending van een contractueel recht van een derde.

Het hof heeft eerst de algemene lijnen vastgesteld en het doel van het notarieel tuchtrecht vooropgesteld, namelijk: in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. Dat brengt met zich dat de tuchtrechtelijke beoordeling aan de hand van andere maatstaven geschiedt dan in een civielrechtelijke aansprakelijkheidskwestie en zonder de in de civiele procedure geldende bewijsregels. In algemene zin wordt dus geen gelijkstelling van tuchtrechtelijke en civielrechtelijke maatstaven beoogd. Maar voor de notariële betrokkenheid in geval van (mogelijke) schending van een contractueel recht ziet het hof dat anders. Namelijk: *‘in gevallen als in deze zaak aan de orde dient de tuchtrechtelijke maatstaf in overeenstemming te zijn met de civielrechtelijke maatstaf.’* Het hof oordeelt het onwenselijk dat de strengere tuchtrechtelijke maatstaf tot gevolg kan hebben dat de notaris tuchtrechtelijk gehouden is zijn dienst te weigeren, terwijl hij civielrechtelijk vanwege die dienstweigeren aansprakelijk kan zijn voor de schade die daardoor ontstaat.

Het hof komt tot de slotsom dat de tot deze uitspraak gehanteerde tuchtrechtelijke maatstaf in gevallen als in deze zaak aan de orde moet worden aangepast en in overeenstemming met de maatstaf uit het Novitaris-arrest moet worden gebracht. Ter vermijding van misverstanden heeft het hof deze maatstaf integraal overgenomen (r.o. 6.4.6).

Overigens had de kamer voor het notariaat in deze zaak ook al langs de lijnen van het Novitaris-arrest geoordeeld (ECLI:NL:TNORAMS:2017:15): *‘De kamer is met de notaris van oordeel dat, zelfs indien het zo zou zijn dat de notaris de wanprestatie van HSH als vaststaand gegeven had moeten beschouwen of daarmee rekening had moeten houden, de notaris haar diensten niet, althans niet direct, had moeten opschorten. Het enkele feit, dat een verkoper zich jegens een koper schuldig maakt aan wanprestatie, betekent niet dat een notaris zijn ministerie moet weigeren.’*

Weken de civielrechtelijke en tuchtrechtelijke normen wezenlijk af?

Het hof is kennelijk van oordeel dat de tuchtrechtelijke norm niet dezelfde was als de civielrechtelijke norm. Dat wordt immers expliciet overwogen in r.o. 6.4.5. (*‘het uiteenlopen van de strengere tuchtrechtelijke maatstaf en de soepeler civielrechtelijke maatstaf’*). Waren de maatstaven daadwer-

kelijk anders? In de tuchtrechtelijke jurisprudentie stond tot deze uitspraak van 23 januari 2018 de dienstweigeren voorop, zij het dat de notaris zijn ministerie wel kon verlenen als dienstweigeren zou leiden tot schending van *een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij*. In het civiele recht staat de ministerieplicht voorop, tenzij uit de kenbare feiten volgt dat *het recht van de derde* een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring. In de literatuur wordt wel omschreven dat het tuchtrecht uitging van ‘weigeren, tenzij...’ terwijl in het civiele recht de gedachte ‘meewerken, tenzij...’ was.

De Hoge Raad heeft in het Novitaris-arrest de vermogensrechtelijke realiteit tot uitgangspunt genomen. De feitelijke situatie die voorligt, dient te worden beoordeeld aan de hand van het vermogensrecht. Is sprake van een sterker recht, bijvoorbeeld op grond van artikel 3:298 BW? Als we die benadering van de Hoge Raad bijvoorbeeld toepassen op de uitspraak van het hof van 24 mei 2011 (zoals hiervoor besproken), dan had dat mogelijk tot een andere uitkomst geleid. De notaris had moeten onderzoeken of het recht van de eerste hypotheekhouder een beletsel behoorde te vormen voor de tweede bezwaring. Van een dergelijk beletsel is sprake als de tweede hypotheekhouder geen rechtmatig belang heeft bij de bezwaring. Een rechtmatig belang ontbreekt als het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen. Daarvan is geen sprake, aangezien het bezwaringsverbod in de eerste hypotheekakte slechts obligatoire werking tussen partijen (de schuldenaar/hypotheekgever en de eerste hypotheekhouder) heeft en er dus geen sprake is van een ‘sterker recht’ van de eerste hypotheekhouder. Een rechtmatig belang kan ook ontbreken als de beoogd verkrijger onrechtmatig zou handelen jegens de derde door de bezwaring te verlangen. Ook dat lijkt – op basis van de beslissing – niet aan de orde in die uitspraak; enkele wetenschap van die wanprestatie door de schuldenaar/hypotheekgever jegens de eerste hypotheekhouder is namelijk onvoldoende voor onrechtmatigheid.

De tuchtrechtelijke benadering van het hof bood – zoals gezegd – wel een uitweg (de notaris moest zijn dienst verlenen als een partij bij de beoogde rechtshandeling een rechtmatig belang had dat hij volgens artikel 17 lid 1 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te behartigen) maar die uitweg werd niet in lijn met het Novitaris-arrest benut. De uitweg die het hof in de beslissing van 24 mei 2011 had geformuleerd, werd namelijk restrictiever gebruikt dan de Hoge Raad op grond van het Novitaris-arrest in het civiele recht deed. Wellicht weken de normen dus niet af, maar de invulling ervan was anders; strenger in het tuchtrecht, mogelijk vanwege de eer en aanzien van het notariaat (het is niet netjes om te wanpresteren), dan in het civiele recht waarin aansluiting met de vermogensrechtelijke realiteit werd gezocht.

Praktische betekenis

Wat zal deze tuchtrechtelijke omslag van het hof veroorzaken? Notarissen zullen zich in ieder geval gesteund voelen doordat de normen nu gelijk getrokken zijn en de civiele rechter en tuchtrechter in beginsel dezelfde verwachtingen van de door de notaris uit te voeren beoordeling hebben. De notaris zal echter nog steeds een afweging moeten maken: kan hij passeren of niet? De vraag is of notarissen in geval van twijfel een knoop durven doorhakken of toch liever worden veroordeeld door de voorzieningenrechter mee te werken, waarvan in de jurisprudentie met enige regelmaat voorbeelden zijn te zien.

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland kreeg een klassiek Novitaris-geval voorgelegd (ECLI:NL:RBNHO:2016:5223): de notaris weigerde een akte te passeren aangezien de beoogd verkrijger van een appartement mogelijk wanprestatie zou plegen ten opzichte van voorkeursgerechtigden. Deze voorzieningenrechter gaf een scherpe samenvatting van het Novitaris-arrest (r.o. 4.4): *‘Aldus stelt de Hoge Raad het belang van de verkrijger voorop. Slechts indien het belang van de verkrijger rechtegens geen bescherming verdient, moet de notaris zijn ministerie weigeren. Het notarieel handelen van 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.’*

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag beoordeelde een situatie waarin een notaris zijn ministerie weigerde aangezien geen schriftelijke afstandsverklaring van het voorkeursrecht werd overgelegd (ECLI:NL:RBDHA:2016:7871). De notaris diende de akte te passeren, 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.

Wij verwachten dat na deze beslissing van het hof de notaris het Novitaris-beoordelingskader met meer vertrouwen zelf invult. Als de uitkomst van die beoordeling zijns inziens is dat de derde geen rechtmatig belang heeft dat sterker is dan dat van de partij die zijn dienstverlening verlangt, zal hij zijn ministerie verlenen. De notaris zal er goed aan doen met partijen te overleggen over zijn constatering en de uitkomsten hiervan goed vast te leggen in het dossier. Kostbare en vertragende kort gedingen zoals hiervoor besproken zullen hopelijk minder snel aan de orde zijn. Er zullen zich altijd situaties voordoen waarin de notaris door de conflicterende belangen of tegenstrijdige instructies zijn ministerie weigert en partijen naar de voorzieningenrechter verwijst. Het belang van de beslissing van 23 januari 2018 zit erin dat onder notarissen veel onduidelijkheid en onbegrip bestond voor de door het hof eerder gevolgde lijn, nu die tegen de civielrechtelijke lijn in ging.

Conclusie

Hoewel het maar de vraag is of de normen van de tucht- en civiele rechter vóór de beslissing van het hof van 23 januari 2018 wel zo heel anders waren, was de uitwerking van de normen in de praktijk verschillend. De klacht tegen de Novitaris-notaris was immers door de kamer gegrond geoordeeld, terwijl de Hoge Raad zijn handelen niet onzorgvuldig achtte. Nu heeft het hof aan de onduidelijkheid een eind gemaakt. Het handelen van een notaris die heeft meegewerkt aan wanprestatie van een van de bij een rechtshandeling betrokken partijen jegens een derde, wordt getoetst aan de Novitaris-maatstaf. Zouden er concept-beslissingen van kamers voor het Notariaat zijn met gegrond bevonden klachten van derden die nu snel herschreven moeten worden?

Over de auteurs

H.J. Delhaas

Werkzaam bij WIJ advocaten te Amsterdam.

L.C. Dufour

Werkzaam bij WIJ advocaten te Amsterdam.