

Eigen schuld verweer van de aansprakelijk-gestelde notaris; een kwestie van gevoel?

1. Inleiding

De notaris heeft een vergaande zorgplicht voor de belangen van de partijen die om zijn dienstverlening vragen en voor de belangen van derden. In dit artikel bespreken wij wanneer de notaris met succes een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW) van de benadeelde kan doen. Hierbij zullen wij bespreken of in de (lagere) rechtspraak van de afgelopen jaren een lijn hierin is te ontdekken. Welke categorieën eigen schuld zijn te onderscheiden? Hoe wordt het percentage eigen schuld vastgesteld?

2. Zonder aansprakelijkheid, geen eigen schuld

2.1. Aansprakelijkheid

Voor aansprakelijkheid van de notaris is vereist dat komt vast te staan (i) dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld (dat onzorgvuldig handelen kan een onrechtmatige daad opleveren maar ook wanprestatie),¹ (ii) dat sprake is van schade bij de benadeelde en (iii) dat die schade in causaal verband staat met het onzorgvuldig handelen van de notaris.² Het leerstuk van eigen schuld komt pas aan de orde als aan de drie hiervoor genoemde vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan.

2.2. Eigen schuld

Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, tenzij de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of op grond van andere omstandigheden van het geval een andere verdeling eist, zo bepaalt art. 6:101 BW. Voor vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens eigen schuld van de benadeelde is ten minste vereist dat de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. De rechter mag art. 6:101 BW niet ambtshalve toepassen.³ Wel mag de rechter ambtshalve de vraag of sprake kan zijn van eigen schuld aan partijen voorleggen waarna zij zich daarover kunnen uitlaten.⁴ Art. 6:101 BW schrijft een causaliteitsafweging en een billijkheidscorrectie voor. De Hoge Raad verwacht van de rechter dat hij in zijn uitspraak deze twee stappen onderscheidt.⁵



Mw. mr. L.C. Dufour*



Mw. mr. H.J. Delhaas*

De rechter kan de causaliteitsverdeling achterwege laten en direct doorstoten naar de billijkheidscorrectie, als hij op grond daarvan tot het oordeel komt dat de vergoedingsplicht geheel vervalt of geheel in stand blijft.⁶ De Hoge Raad verwacht dat de feitenrechter de toepassing van de billijkheidscorrectie voorziet van een begrijpelijke motivering.⁷ Als de rechter de billijkheidscorrectie niet toepast, hoeft hij dat alleen te motiveren als de benadeelde een beroep had gedaan op de billijkheidscorrectie.⁸

* Advocaten te Amsterdam.

1. Voor de beoordeling van het beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW is niet relevant of het handelen van de notaris wordt gekwalificeerd als een onrechtmatige daad of als wanprestatie.
2. Het vereiste van toerekenbaarheid en in geval van onrechtmatige daad relativiteit, laten we buiten beschouwing. In beroepsaansprakelijkheidszaken zijn de toerekenbaarheid en de relativiteit eigenlijk nooit onderwerp van discussie.
3. HR 26 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, NJ 2004, 460 (Regiopolitie/Hovax).
4. Vgl. HR 14 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1231, NJ 2008, 466 (X/Aerts).
5. Asser-Sieburgh, 6-II De verbintenis in het algemeen, 2e gedeelte, 2017, nr. 124.
6. HR 22 december 1995, NJ 1996, 301, HR 23 februari 1996, NJ 1996, 407 en de conclusie van A-G Keus voor HR 20 september 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE3384 nr. 2.22.
7. HR 3 juni 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4096, NJ 2005, 286.
8. In procedures over schadevergoeding van kwetsbare verkeersdeelnemers moet de rechter de zgn. 50% - 100% regels, die een toepassing van de billijkheidscorrectie zijn, wel ambtshalve toepassen, Asser-Sieburgh, 6-II De verbintenis in het algemeen, 2e gedeelte, 2017, nr. 124 en de noot van Brunner onder HR 2 juni 1995, 1997, 702.

3. De Hoge Raad over eigen schuld van benadeelden in notariële beroepsaansprakelijkheidszaken

Een van de standaardarresten van de Hoge Raad over eigen schuld in een notariële beroepsaansprakelijkheidszaak werd op 13 januari 2006 gewezen.⁹ De notaris had in die procedure op verzoek van een cliënte een akte van dading, te weten een verdeling van een nalatenschap, opgesteld. Cliënte beoogde met die akte een partiële verdeling tot stand te brengen, maar de akte van de notaris ging uit van een volledige verdeling. Aansprakelijkheid van de notaris werd aangenomen, maar het hof oordeelde dat de cliënte op grond van art. 6:101 BW een deel van de schade zelf diende te dragen. Dit oordeel werd in cassatie voorgelegd.

De Hoge Raad heeft vooropgesteld dat de opvatting dat, in een geval van een beroepsfout van een notaris geen sprake kan zijn van toepassing van art. 6:101 BW, in haar algemeenheid onjuist is en liet het oordeel van het hof in stand.¹⁰ Twee aspecten speelden daarbij een rol. In de eerste plaats had de cliënte bij bestudering van de tekst van het concept kunnen opmerken dat deze ruimte voor misverstanden liet. De Hoge Raad:

“het oordeel dat de dadingovereenkomst ‘prima vista’ het bedoelde misverstand zou kunnen oproepen benadrukt niet slechts de ernst van de beroepsfout van de notaris, maar kon tevens mede redengevend zijn voor het oordeel dat van D. mocht worden verwacht dat zij de notaris op de mogelijkheid van dat misverstand wees.”

Voorts achtte de Hoge Raad het niet onbegrijpelijk dat het hof hierbij van belang achtte dat de cliënte zich destijds door op zijn minst één juridisch adviseur liet bijstaan.

Toch kon de Hoge Raad de zaak niet zelf afdoen. In zijn motivering heeft het hof namelijk niet laten zien dat hij de billijkheidscorrectie heeft toegepast. De zaak is dan ook naar een ander hof verwezen; de beoordeling is na verwijzing niet materieel gewijzigd.¹¹ Het arrest leert dus dat de feitenrechter de causaliteitsafweging moet onderscheiden van de billijkheidscorrectie en het al dan niet toepassen van de billijkheidscorrectie van een begrijpelijke motivering moet voorzien.

4. Eigen schuld categorieën

Het algemeen (juridisch) kader hebben wij hiervoor geschetst. Geeft dit algemeen kader de feitenrechters voldoende houvast bij de beoordeling van een beroep van een aangesproken notaris op eigen schuld? Wij hebben een grote hoeveelheid lagere rechtspraak bestudeerd om te bekijken hoe rechters een eigen schuld verweer beoordelen en of daarin een (constante) lijn kan

worden ontdekt. De zaken waarin een beroep op art. 6:101 BW werd gedaan, kunnen (groveweg) in vier categorieën worden onderverdeeld. Deze zullen wij hierna, aan de hand van diverse uitspraken, bespreken.

4.1. Eigen handelwijze benadeelde

De eerste categorie ziet op zaken waarin de handelwijze van de cliënt van de notaris een rol speelde. Onder welke omstandigheden kan de notaris een cliënt tegenwerpen dat hij de schade (deels) aan zichzelf heeft te wijten?

Een terugkerend argument in de jurisprudentie is dat de cliënt gebruik heeft gemaakt van een volmacht. Het enkele gebruik daarvan levert onvoldoende grond op voor een geslaagd beroep op eigen schuld.¹² Een moeder die haar zoon een ruime volmacht had gegeven (en die met gebruikmaking daarvan zijn moeder in de schulden had gestoken) trof geen eigen schuld omdat de notaris onvoldoende feiten of omstandigheden had gesteld die maakten dat de moeder ten onrechte dat vertrouwen in haar zoon had gesteld.¹³ Een andere partij nam echter onvoldoende verantwoordelijkheid door de akte bij volmacht te laten passeren, terwijl hij het concept slechts globaal had gelezen omdat hij zichzelf niet in staat achtte de essentie daarvan te beoordelen; in dat geval was wel sprake van eigen schuld.¹⁴ In een andere kwestie had de notaris weliswaar niet mogen afgaan op de juistheid van een volmacht, maar de schade diende op grond van art. 6:101 BW volledig voor rekening van de gebruiker te blijven, die te kwader trouw de ongeldige volmacht had gebruikt.¹⁵

9. NJ 2006, 59, ECLI:NL:HR:2006:AU4119, zie over dit arrest o.m. A.L.M. Keirse, Rechterlijke werkzaamheid en het oordeel over eigen schuld, AV&S 2006, 30.

10. Zie r.o. 5.1.3 van dat arrest.

11. Hof Amsterdam 18 januari 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BP3812, NJ 2011, 150. De slotsom van dat hof: “Een afweging van het voorgaande leidt tot de slotsom dat de billijkheid eist dat de schadevergoedingsplicht van de notaris wordt vastgesteld op drievierde deel van de schade, zodat eenvierde deel voor rekening van appellant blijft.”

12. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997, 2.10: “Het enkele feit dat appellant (...) de akte per volmacht heeft laten passeren, is onvoldoende om – in het licht van de fout van de notaris – eigen schuld aan te nemen.”

13. Rb Amsterdam 7 maart 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV8488 (r.o. 4.21).

14. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997.

15. Hof Arnhem 18 mei 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AP0041.

Indien bepaalde wetenschap aanwezig is bij één van de partijen bij een akte, kan dit ook relevant zijn voor een beroep op art. 6:101 BW. Een geldverstrekker die wist dat een hypotheekrecht op twee percelen gevestigd diende te worden maar desondanks niet aan de bel trok toen de notaris het hypotheekrecht maar op één perceel vestigde, diende de schade zelf te dragen.¹⁶ In een andere procedure moest een partij die een beroep deed op een vervallen kettingbeding – en ermee bekend was dat dat beding ten onrechte in de akte was opgenomen – vijftig procent van de schade dragen.¹⁷ Maar cliënten mogen ook fouten maken, zonder dat dat tot eigen schuld leidt: een bank die onjuiste opgave van haar vordering had gedaan, dat later had hersteld, maar desalniettemin van de notaris het eerst opgegeven – onjuiste – bedrag uitgekeerd krijgt, treft geen eigen schuld.¹⁸ In sommige gevallen valt de eigen gedraging van de benadeelde simpelweg in het niet bij de onzorgvuldigheid van de notaris.¹⁹ Het deel uitmaken van een bestuur waarvan één van de leden – naar achteraf blijkt – op onrechtmatige wijze schade heeft toegebracht, levert ‘an sich’ geen eigen schuld op van de bestuursleden die wel te goeder trouw waren.²⁰ Ook als een notaris zich niet afdoende heeft vergewist van de persoonlijke omstandigheden van een benadeelde, kan hij niet op basis van die omstandigheden een beroep op eigen schuld doen.²¹ Hetzelfde lot treft een beroep op eigen schuld als de notaris niet heeft voldaan aan zijn informatieplicht: als de notaris die plicht zou zijn nagekomen zou de transactie niet zijn aangegaan. Dan is er geen ruimte voor eigen schuld.

Deze subcategorie wordt afgesloten met een opmerkelijk arrest, waarin art. 6:101 BW geen rol speelt maar de schade op grond van de redelijkheid en billijkheid volledig voor rekening van de benadeelde moet blijven. Een notaris werd verweten onzorgvuldig te hebben gehandeld bij het opstellen van een testament, dat onduidelijk bleek te zijn. Desalniettemin kon de weduwe de door haar gestelde schade niet op de notaris verhalen omdat haar handelen zo ernstig verwijtbaar was (de notaris was in een zeer laat stadium op de hoogte gesteld van de problemen met de uitleg van het testament, er waren adviezen ingewonnen zonder deze met de notaris te delen en er was een vaststellingsovereenkomst met de kinderen gesloten zonder de notaris hierbij te betrekken).²² Het hof:

“Het is dan echter niet redelijk en billijk om de rekening neer te leggen bij de notaris, nu [de echtgenote] volledig naar eigen inzichten heeft gehandeld en daarbij de belangen van [de notaris] daarin niet heeft meegenomen. Het recht is er om onrecht te herstellen en niet om op kosten van een derde een oneigenlijk

voordeel te behalen. Het hof acht de handelwijze van [de echtgenote] ernstig verwijtbaar en wel zodanig dat zij haar mogelijke schade niet op [de notaris] kan verhalen.”

4.2. (Professionele) hoedanigheid partijen en/of bijstand door gespecialiseerde adviseurs

In verschillende procedures had de aansprakelijk gestelde notaris een beroep gedaan op eigen schuld van de benadeelde omdat deze een professionele partij is van wie meer oplettendheid of eigen kennis van zaken mag worden verwacht. Een dergelijk beroep op eigen schuld faalt als de benadeelde weliswaar een professionele partij is, maar een leek is op het terrein waarover de notaris heeft geadviseerd of zijn ministerie heeft verleend.²³ Het verweer gaat evenmin op als de benadeelde op zich terzake kundig is maar de schade is veroorzaakt door een fout van de notaris op een terrein ten aanzien waarvan op hem een zware zorgplicht rust. De notaris kan een bank niet tegenwerpen dat zij de kadastrale nummers in de concept leveringsakte had moeten controleren.²⁴ Een notaris kon evenmin een succesvol beroep doen op eigen schuld toen hij een deel van de veilingopbrengst waarop de bank recht had aan twee andere schuldeisers had uitgekeerd omdat de bank het door haar gelegde beslag op de veilingopbrengst had opgeheven. De bank had nimmer ingestemd met uitbetaling van de opbrengst aan de andere schuldeisers.²⁵

16. Rb Zwolle-Lelystad 14 maart 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8808.

17. Rb Dordrecht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC6223.

18. Rb Rotterdam 13 mei 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI8651.

19. Hof Den Bosch 26 september 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AY9260. Notaris had partijen ten onrechte naar ambassade verwezen voor het laten passeren van huwelijkse voorwaarden. Dat de benadeelde een paar gegevens op dat concept had ingevuld, levert geen eigen schuld op.

20. Rb Rotterdam 8 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9288.

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

22. Hof Den Haag 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:802.

23. Rb Zutphen 10 augustus 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AU3165 (r.o. 5.4) en Rb Roermond 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROE:2011:BT1984 (r.o. 4.17 en 4.18).

24. Rb Rotterdam 3 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL7607 (r.o. 5.9).

25. Hof Arnhem 19 december 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AZ9743 (r.o. 4.13).

Het beroep op eigen schuld van de notaris slaagde wel in een procedure van Staalbankiers, waarin de notaris een eerste hypotheekrecht moest doorhalen zodat het hypotheekrecht van Staalbankiers eerste in rang werd. Staalbankiers had de notaris twee keer gevraagd of het eerste hypotheekrecht al was gevestigd. Op beide verzoeken kreeg zij geen bevestiging van de notaris. Daarna is Staalbankiers er niet meer op teruggekomen en de notaris heeft niet ervoor gezorgd dat Staalbankiers eerste hypotheekhouder werd. De rechtbank oordeelde dat van een in hoge mate geprofessionaliseerde onderneming als Staalbankiers een actievere opstelling had mogen verwacht en laat 20% van de schade voor rekening van Staalbankiers.²⁶

In de hierboven onder nr. 3 besproken uitspraak van de Hoge Raad speelde bij de beoordeling door het hof een rol dat de benadeelde werd bijgestaan door een juridisch adviseur. In de lagere rechtspraak zijn meer voorbeelden te vinden van notarissen die een beroep deden op eigen schuld omdat de benadeelde een eigen (juridisch, fiscaal of andersoortig) adviseur had. Het beroep van een notaris op eigen schuld omdat de eigen adviseur van de benadeelde hem had kunnen behoeden voor de door de fout van de notaris veroorzaakte schade, slaagt zelden.²⁷ Een belangrijke reden voor het falen van het beroep op eigen schuld in deze gevallen, is dat de schade veroorzaakt was door een handeling of het uitblijven van een handeling die tot het exclusieve domein van de notaris behoorde. De andere adviseur(s) waren niet deskundig of bevoegd op dat terrein. Daarnaast kan een notaris in het geval hij een verkeerd advies heeft gegeven en een andere adviseur een juist advies heeft gegeven, de benadeelde niet verwijten dat hij zijn advies heeft opgevolgd en niet het juiste advies van zijn andere adviseur. De notaris kan de benadeelde niet tegenwerpen dat hij het recht beter had moeten kennen dan hijzelf.²⁸ Een beroep op eigen schuld van de benadeelde die zich had laten bijstaan door eigen adviseurs slaagde wel in een zaak waar het ging om een zeer risicovolle investering (grondspectulatie) waar de benadeelde en zijn adviseurs vooraf geen onderzoek hadden gedaan naar de waarde van de gestelde zekerheden.²⁹ Hoe hoger het rendement, hoe meer eigen oplettendheid en eigen onderzoek van de deelnemer en zijn adviseurs wordt verwacht.

4.3. Passieve houding benadeelde

De notaris dient te controleren of partijen daadwerkelijk het rechtsgevolg, dat aan de voorliggende rechtshandeling is verbonden, hebben beoogd (de wilscontrolerende functie). Daarnaast rust op de notaris een informatieplicht met betrekking tot de juridische gevolgen van de

voorgenomen rechtshandeling. Uit de bestudeerde rechtspraak blijkt dat sommige cliënten niet vooraf geïnformeerd willen worden. Zij lezen geen contracten³⁰ en zij stellen geen vragen over juridische constructies die hun niet duidelijk zijn.³¹ Ontstaat er dan schade, dan kan de notaris een geslaagd beroep doen op eigen schuld. De rechter stelt hogere eisen aan de oplettendheid van de benadeelde en zijn onderzoeksplicht naar bijvoorbeeld de waarde van de aangeboden zekerheden, als aan de transactie hoge rendementen (en dus meer risico's) zijn verbonden.³² Het Hof Amsterdam liet 25% van de schade voor rekening van de benadeelde in een zaak waarin de notaris een betaalfout had gemaakt die de benadeelde eenvoudig had kunnen ontdekken als hij de concept nota van afrekening had gecontroleerd.³³ Cliënten hoeven geen kadastrale nummers in de conceptaktes te controleren, maar de rechter verwacht wel dat zij enige oplettendheid betrachten en de notaris waarschuwen voor in het oog springende vergissingen.

26. Rb Midden-Nederland 25 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:194.

27. Zie Hof Den Haag 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1371 (r.o. 12), Hof Amsterdam 18 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4780 (r.o.2.21), het cassatieberoep hiertegen is met toepassing van art. 81 RO verworpen ECLI:NL:HR:2016:292 en Rb Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15352 (r.o. 4.16).

28. Zie bijv. I. Giessen, Aansprakelijkheid van de (letsel-schade)advocaat voor informatieverzuimen: het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt, nr. 4.2 (slot), TVP 2016, p. 35-45.

29. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997.

30. Rb Den Haag 19 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY7622 (r.o. 4.8.5 en 4.8.6): *Daargelaten dat hij ter comparitie enerzijds heeft verklaard deze niet gelezen te hebben "omdat hij nooit een contractenlezer is geweest" en anderzijds heeft gesteld dat hij "al snel vastliep in het juridisch jargon" maar desondanks niets ondernam, geven beide handelwijzen van [eiser] onvoldoende blijk van het binnen de eigen mogelijkheden nemen van verantwoordelijkheid. Ook hier geldt dat van [eiser] verwacht mocht worden zelf kennis te nemen van dergelijke documenten en vragen te stellen als iets niet duidelijk was.*

31. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7035 (r.o.4.17).

32. Rechtbank Rotterdam 22 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5933 (r.o. 5.17), Rb Overijssel 17 juni 2015 ECLI:NL:RBOVE:2015:3121 (r.o. 4.42) en Rb Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966 (r.o. 5.17 en 5.18).

33. Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3958 (r.o. 3.4.4).

4.4. Risicovolle investeringen

Deze categorie zou ook de *'too good to be true'* categorie kunnen heten. Cliënten die grote risico's nemen en vervolgens (bijvoorbeeld) uitgeleend geld kwijt raken kunnen niet de rekening integraal bij de notaris neerleggen. In deze categorie komen veel uitspraken voor die gaan over investeringen, waarbij hoge rente wordt ontvangen en gelden worden uitgeleend zonder (toereikend) onderpand.³⁴ In een ander geval was wel sprake van zekerheidstelling, maar die zekerheid bleek niet voldoende. De lening had een korte looptijd en een hoog rentepercentage.³⁵ In dat geval had het op de weg van de cliënt gelegen nader onderzoek te doen; nu dat onderzoek niet was gedaan, was sprake van eigen schuld. Het percentage eigen schuld in dit soort gevallen varieert nogal. In voorgaande procedure werd het 30%, terwijl in de hierna te bespreken procedure 80% eigen schuld werd aangenomen. Die zaak betrof een beleggingsclub die een aanzienlijk bedrag had uitgeleend tegen 20% rente over zes maanden, waaruit zij had kunnen afleiden dat het een zeer risicovolle lening betrof.³⁶ Als een transactie alle kenmerken van een risicovolle transactie heeft (hoge rente, korte looptijd etc.) en er geen zekerheden zijn verstrekt, dan mag het van de benadeelde worden verwacht dat hij enig onderzoek doet naar de verstrekte zekerheden.³⁷ Laat hij dat na, dan is de kans groot dat de notaris met succes een beroep op eigen schuld kan doen.

4.5. Zonder behoorlijke onderbouwing faalt een beroep op eigen schuld

Een beroep op eigen schuld van de benadeelde faalt als de notaris het beroep terloops en niet uitdrukkelijk doet.³⁸ Evenzeer faalt een beroep op eigen schuld als de notaris onvoldoende concrete omstandigheden die aan de benadeelde zijn toe te rekenen ter onderbouwing van het beroep naar voren brengt.³⁹ Hoe zeer ook een open deur, het zij hier toch opgemerkt: een beroep op eigen schuld heeft geen zin als het niet met concrete feiten en omstandigheden wordt onderbouwd.

5. Art. 6:101, causaliteitsafweging en daarna billijkheidscorrectie

5.1. Motivering van causaliteitsverdeling

De afweging van de wederzijdse causaliteit beschouwt de Hoge Raad als een beslissing die toekomt aan de feitenrechter omdat het vaak gaat om een gevoelskwestie en daaraan kunnen slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld.⁴⁰ De vraag of een bepaalde omstandigheid voor toerekening aan de benadeelde op grond van art. 6:101 in aanmerking komt en naar welke maatstaven deze omstandigheid moet worden toegerekend, zijn (in beginsel) rechtsvragen. De

beantwoording van de vraag of tussen de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid en de ontstane schade causaal verband bestaat en de vraag of de omstandigheid waarvan de schade mede een gevolg is aan de benadeelde is toe te rekenen, kunnen in cassatie volledig getoetst worden.

We hebben eigen schuld percentages gevonden van 100% tot 0%. Hoe past de feitenrechter de door de Hoge Raad gegeven richtlijnen voor de motivering van de causaliteitsverdeling toe in zijn beslissing over eigen schuld?

5.2. Besteedt de feitenrechter afzonderlijke aandacht aan de billijkheidscorrectie? Zo ja, hoe motiveert hij de toepassing van de correctie?

Na de causaliteitsafweging dient de rechter – indien daarop een beroep is gedaan – de billijkheidscorrectie toe te passen. Dit houdt in dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Pas bij toepassing van de billijkheidscorrectie kan de rechter gewicht toekennen aan de ernst van de gemaakte fouten.

In de jurisprudentie die wij voor de totstandkoming van deze publicatie hebben bekeken, viel het op dat in weinig gevallen onderscheid wordt gemaakt tussen de causaliteitsafweging en billijkheidscorrectie (*"De rechtbank stelt de vergoedingsplicht van de notaris gelet op alle omstandigheden van het geval en gelet op de maatstaven van artikel 6:101 BW vast op 70% van de schade van [eiser]."*).⁴¹ Soms geeft de rechter er

34. Zie bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2120, Rb Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121 (r.o. 4.42) en Rb Overijssel 22 februari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:966 (r.o. 5.17 en 5.18). In de eerste uitspraak heeft het hof ook expliciet aandacht besteed aan de billijkheidscorrectie; dat wordt verderop in dit artikel nader besproken.

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997.

36. Rb Overijssel 2 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1975.

37. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6483.

38. Hof Den Haag 29 april 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1371 r.o. 12.

39. HR 23 april 2010 ECLI:NL:HR:2010:BL4084 en de daaraan voorafgaande conclusie van AG Wissink ECLI:NL:PHR:2010:BL4084 onder nr. 3.36.

40. De Hoge Raad formuleert het iets anders: de causaliteitsafweging berust in belangrijke mate op intuïtieve inzichten (HR 5 december 1997, NJ 1998, 400 en HR 19 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AQ0545).

41. Rb Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121 r.o. 4.43, zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3958, r.o. 3.4.4.

blijk van dat hij aandacht heeft gehad voor de billijkheidscorrectie maar is de motivering zeer algemeen (*“Het hof ziet geen aanleiding om, op grond van de billijkheidscorrectie tot een andere verdeling te komen.”*).⁴² Uit andere uitspraken blijkt dat onvoldoende is gesteld om tot toepassing van de billijkheidscorrectie te komen (*“Onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn aangevoerd om tot het oordeel te komen dat deze eigen schuld op grond van de billijkheidscorrectie in het geheel niet aan eiser dient te worden toegerekend”*).⁴³

In de gevallen waar de rechter wel tot een nauwkeurige motivering van toepassing van de billijkheidscorrectie kwam, konden wij daarin geen algemene lijn ontdekken. Bijvoorbeeld een procedure over investeringen waarbij de cliënt om een hoge rente te verkrijgen – zonder zekerheid te bedingen – een fors bedrag heeft uitgeleend. Het hof oordeelt dat sprake is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend en deze omstandigheid heeft twee keer zoveel bijgedragen aan het ontstaan van de schade als de nalatigheid van de notaris.⁴⁴ Volgens wordt op grond van de billijkheidscorrectie de verdeling teruggebracht naar *fifty-fifty* omdat *“de wederzijdse ernst van de fouten (enerzijds onvoorzichtigheid bij appellant en anderzijds schending van een zorgplicht, door appellant niet te behoeden voor deze overmoedigheid, door het notariskantoor), de ingrijpende financiële gevolgen voor appellant en het feit dat de notaris verzekerd is voor beroepsaansprakelijkheid”*.

Het komt ook voor dat op grond van de billijkheidscorrectie de draagplicht van de notaris volledig vervalt. De notaris had in een door het hof Arnhem beslist geschil een beroep gedaan op de billijkheid, aangezien de wederpartij te kwader trouw was (ten onrechte gebruik gemaakt van een volmacht).⁴⁵ Hoewel de notaris te lichtvaardig had vertrouwd op die volmacht, bracht de billijkheid mee dat de draagplicht volledig op de wederpartij rustte. Soms neemt de rechtbank de moeite om – als al geen sprake is van een zorgplichtschending door de notaris – ten overvloede iets te overwegen over de billijkheidscorrectie. Zoals in deze zaak, waarin de rechtbank overwoog⁴⁶ dat *“het niet in acht nemen door Delta Lloyd van haar eigen informatieplicht een vergoedingsplicht van de notaris geheel doet vervallen (...)”*.

5.3. De percentages eigen schuld waartoe de rechter komt

Meer dan eens overweegt de rechter, zonder expliciet te spreken over billijkheidscorrectie, dat – als er al sprake is van eigen schuld – deze in het niet valt bij hetgeen de notaris kan worden verweten.⁴⁷

Tot volledig verval van de vergoedingsplicht van de notaris op grond van eigen schuld kwam de rechter in de door ons gevonden gevallen alleen op grond van de billijkheidscorrectie, niet op grond van de causaliteitsafweging.⁴⁸ In die, overigens uitzonderlijke, gevallen beschikte de benadeelden over meer informatie dan zij aan de notaris bij het verstrekken van de opdracht hadden gegeven. Als de notaris al een verwijt te maken was (hetgeen niet het geval was in het door de rechtbank Zwolle-Lelystad in 2007 berechte geval en ook niet in het onlangs door het hof Den Haag berechte geval⁴⁹), dan eist de billijkheid wegens de ernst van de gemaakte fouten dat de onderlinge draagplicht volledig op de benadeelde rust. Deze uitspraken vormen een toepassing van het Romeinsrechtelijk adagium *Nemo turpitudinem suam allegans auditur*.⁵⁰

De Rechtbank Den Haag heeft in 2013 in algemene bewoordingen overwogen dat in algemene zin het uitgangspunt is dat ten minste 50% van de schade voor de professionele partij komt die een zorgplicht heeft geschonden, met name vanwege de veronderstelde deskundigheid en professionaliteit van die partij.⁵¹ Geschonden zorgplichten zouden illusoir worden, indien daaraan bij eigen schuld geen passend gevolg zou worden verbonden. In dat concrete geval kwam de rechtbank tot een eigen schuldpercentage van veertig. Een dergelijke algemene regel vindt geen grond in jurisprudentie van de Hoge Raad en is daarna niet door de Rechtbank Den Haag en niet door andere rechters herhaald.

42. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8997.
43. Rb Den Haag 19 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY7622, r.o. 4.8.5.
44. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA2120, r.o. 2.25.
45. Hof Arnhem 18 mei 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AP0041. In dit arrest oordeelde het hof alleen over de billijkheidscorrectie. R.o. 4.5.: *“(...) Partijen hebben niet gedebatteerd over de toepassing van de in artikel 6:101 lid 1 BW neergelegde causaliteitsmaatstaf. (...)”*
46. Rb Zwolle-Lelystad 14 maart 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8808, r.o. 4.5.
47. Zie bijvoorbeeld Rb Amsterdam 31 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8558, Rb Midden-Nederland 18 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5321 en Rb Den Haag 20 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15352.
48. Hof Arnhem 18 mei 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AP0041 en Rb Zwolle-Lelystad 14 maart 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8808.
49. Hof Den Haag 14 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:802.
50. Een partij die een beroep doet op zijn eigen onbetamelijkheid, op zijn eigen schending van de goede zeden, vindt bij de rechter geen gehoor.
51. Rb Den Haag 19 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY7622.

Zo kwam de Rechtbank Overijssel in haar eerder aangehaalde uitspraak uit 2014 ondanks een zorgplichtschending tot 80% eigen schuld.⁵² De faillissementen van Holland Estate BV en Alasco Vastgoed BV hebben tot veel procedures geleid tegen de bij het verlijden van de hypotheekaktes betrokken notaris en de advocaten en adviseurs van de benadeelden. Wij hebben vier uitspraken in procedures tegen de notaris gevonden waarin hij terecht een beroep op eigen schuld van de benadeelden had gedaan. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft op 19 augustus 2014 35% eigen schuld van de benadeelden aangenomen.⁵³ In het arrest van 22 september 2015 kwam hetzelfde hof tot 40% eigen schuld.⁵⁴ De Rechtbank Overijssel kwam in haar vonnis van 17 juni 2015 op 30% eigen schuld,⁵⁵ terwijl zij in haar vonnis van 22 februari 2017 expliciet aansluiting zocht bij het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 19 augustus 2014 en ook 35% van de schade op grond van art. 6:101 BW voor rekening van de benadeelde liet.⁵⁶

Eigen schuld percentages boven 50% zijn uitzonderlijk. In die gevallen was meestal sprake van een professionele partij die interne regels niet had nageleefd die de schade hadden kunnen voorkomen⁵⁷ of was sprake van particuliere benadeelden die zelf niet zuiver op de graat waren.⁵⁸ De meeste eigen schuld percentages in de door ons onderzochte uitspraken liggen tussen 20% en 40%.

6. Conclusie

De Hoge Raad leerde dat de motivering van het beroep op eigen schuld – vrij vertaald – een gevoelskwestie is. Een overweging die weinig concrete houvast geeft, maar ook een overweging, zo bleek uit bestudering van vele uitspraken uit de lagere rechtspraak, die recht doet aan de werkelijkheid waarin feitenrechtters opereren. Het komt inderdaad aan op het gevoel van lagere rechters bij een concrete casus. Partijen die buitengewoon opportunistisch of roekeloos te werk zijn gegaan, krijgen eerder een geslaagd beroep op eigen schuld voor de voeten dan een partij die zelf geen al te groot verwijt valt te maken. Daarbij zal zeker meespelen dat te ruime toepassing van een beroep op eigen schuld de bescherming tegen zorgplichtschendingen van notarissen uitholt.

De Rechtbank Den Haag formuleerde in een vonnis uit 2013 een algemene regel dat eigen schuld percentages in gevallen van zorgplichtschendingen van professionele partijen niet hoger dan 50% mogen zijn, welke algemene regel niet is gestoeld op de wet of jurisprudentie van de Hoge Raad. Bestudering van de jurisprudentie leert dat – hoewel door geen enkele andere rechter zo expliciet verwoord – in nagenoeg alle gevallen deze vuistregel wordt gevolgd. Alleen in

uitzonderlijke situaties komt de rechter tot een eigen schuld percentage van boven de vijftig procent.

De vraag hoe de rechter een percentage eigen schuld vaststelt, en waarom in het ene geval 20% wordt aangenomen en in het andere 50%, kunnen wij – ook na bestudering van een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie – niet beantwoorden. Het is en blijft een gevoelskwestie.

52. Rb Overijssel 2 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:1975.

53. Hof Arnhem-Leeuwarden 19 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6483 r.o. 4.21: *‘Juist de verstrekte zekerheden waren voor [appellanti], zoals hij heeft benadrukt, reden om de geldleningen aan Holland Estate te verstrekken. [appellanti] heeft echter geen enkel onderzoek naar de waarde van de voor hem doorslaggevend geachte verstrekte zekerheden gedaan. Naar het oordeel van het hof is dit een aan [appellant] toe te rekenen omstandigheid die tot de schade heeft bijgedragen. Het beroep op eigen schuld slaagt in die zin dat dit leidt tot een verdeling dat 65% van de schade voor rekening van de notaris en [geïntimeerde sub 5] dient te komen en 35% voor [appellant].’*

54. Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7035 r.o. 4.17: *‘Wat betreft de mate waarin de aan beide partijen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, oordeelt het hof dat het feit dat benadeelde geen onderzoek naar de dekkingswaarde heeft gedaan en te lichtvaardig heeft vertrouwd op de deskundigheid van de notaris (klerk), minder zwaar weegt dan de tekortkoming van de notaris in zijn zwaarwegende zorgplicht om te bewerkstelligen dat cliënten als benadeelde volledig zijn geïnformeerd over de inhoud en gevolgen van de akten. Gelet daarop stelt het hof de mate waarin de aan beide partijen toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade vast op 60% voor de notaris en 40% voor benadeelde.’*

55. Rb Overijssel 17 juni 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3121: r.o. 4.42 en 4.43: *‘De rechbank is echter van oordeel dat in het onderhavige geval op eiser wel een onderzoeksplicht rustte. De geldlening die eiser aan Holland Estate heeft verstrekt, had immers een bijzonder korte looptijd en een hoog overeengekomen rentepercentage. (...) Eiser heeft aangegeven de (concept)akte slechts globaal te hebben doorgekeken, omdat hij niet in staat was om de essentie ervan te beoordelen, maar desondanks heeft hij niets ondernomen om meer duidelijkheid te verkrijgen. Zo had eiser om duidelijkheid kunnen vragen aan de notaris of aan Holland Estate. In plaats daarvan heeft eiser de akte bij volmacht laten passeren. Deze handelswijze geeft onvoldoende blijk van het binnen de eigen mogelijkheden nemen van verantwoordelijkheid. Dat de notaris ook bepaalde verantwoordelijkheden heeft (en daarin tekort is geschoten) maakt niet dat eiser is ontslagen van zijn eigen medeverantwoordelijkheid voor de voor hem ontstane schade. In zoverre is dan ook sprake van omstandigheden die in elk geval mede de oorzaak zijn geweest van de schade en die aan eiser zijn toe te rekenen. (...) De rechtbank stelt de vergoedingsplicht van de notaris, gelet op alle omstandigheden van het geval en gelet op de maatstaven van artikel 6:101 BW, vast op 70% van de schade van eiser.’*

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

57. Rb Zwolle-Lelystad 14 maart 2007, ECLI:NL:RBZLY:2007:BA8808.

58. Hof Arnhem 18 mei 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AF0041 en Rb Dordrecht 27 februari 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BC6223.