

JA 2015/73 Hoge Raad, 03-04-2015, 14/00380, ECLI:NL:HR:2015:831
Beroepsaansprakelijkheid notaris, Meewerken aan wanprestatie,
Belangen van derden

Publicatie	JA 2015 afl. 5
Publicatiedatum	15 juni 2015
College	Hoge Raad
Uitspraakdatum	03 april 2015
Rolnummer	14/00380 LJN ECLI:NL:HR:2015:831
Rechter(s)	mr.Numann mr.Van Buchem-Spapens mr.Streefkerk mr.Polak mr.Tanja-Van den Broek mr.De Groot
Partijen	[eiseres], wonende te [woonplaats], België, Eiseres tot cassatie, advocaat: mr. H.J.W. Alt, tegen 1. Ribama B.V. (voorheen De Novitaris B.V.), gevestigd te Helden, gemeente Peel en Maas, 2. De gezamenlijke erfgenamen van [De Novitaris], voorheen wonende te [woonplaats], Verweerders in cassatie, advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel. Eiseres zal hierna worden aangeduid als [eiseres]; Ribama B.V. en [De Novitaris] als De Novitaris en Ribama B.V. en de erven als De Novitaris c.s.
Noot	mr. H.J. Delhaas
Trefwoorden	Beroepsaansprakelijkheid notaris, Meewerken aan wanprestatie, Belangen van derden,
Regelgeving	BW Boek 6 - 162 Notariswet - 21

» **Samenvatting**

Twee broers hadden in 1988 een onroerende zaak van hun vader gekocht en in de akte van levering van destijds was opgenomen dat de broers in geval van verkoop het pand eerst aan hun vader moesten aanbieden. Zij hebben dit voorkeursrecht niet in acht genomen en nadat zij met de vader hebben gecorrespondeerd over de uitleg van het beding hebben zij ruim een jaar later het pand aan een derde overgedragen. De vader heeft de notaris aansprakelijk gesteld.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat op de notaris een ministerieplicht rust en dat in de wet is geregeld onder welke omstandigheden de notaris zijn ministerie moet weigeren. Bij zijn dienstverlening moet de notaris rekening houden met de belangen van derden, hetgeen aan de orde kan zijn als de werkzaamheden van de notaris betrekking hebben op de levering of bezwaring van een onroerende zaak, terwijl een derde rechten kan doen gelden daarop. Daarbij kan worden gedacht aan een kettingbeding of een voorkeursrecht. In het geval de notaris vermoedt dat zulke rechten van derden aan de orde zijn, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de beoogde levering of bezwaring. Er is geen beletsel voor de notaris als de beoogd verkrijger een rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring.

Gelet op de geheimhoudingsplicht van de notaris en omdat de notaris niet beschikt over het instrumentarium 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.

» **Uitspraak**

1. Het geding in feitelijke instanties

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

a. het vonnis in de zaak 106899/HA ZA 11-123 van de rechtbank Roermond van 16 november 2011;

b. het arrest in de zaak 200.104.238/01 van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 17 september 2013.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht. (niet opgenomen; *red.*)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft [eiseres] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Novitaris c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten en voor De Novitaris c.s. mede door mr. L.V. van Gardingen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal E.B. Rank-Berenschot strekt tot verwerping van het beroep.

De advocaten van partijen hebben ieder bij brief van 23 januari 2015 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiseres] is de voormalige echtgenote en enig erfgename van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]), die eind 2010 is overleden.

(ii) Bij leveringsakte van 29 februari 1988 hebben [betrokkene 2] en [betrokkene 3], zonen van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 2 + betrokkene 3]), de eigendom van een pand verkregen (hierna: het pand) tegen een koopprijs van f 230.000,- (€ 104.369,44).

(iii) In de leveringsakte is een aanbiedingsplicht opgenomen, voor zover van belang inhoudend dat ieder van [betrokkene 2 + betrokkene 3], alvorens tot gehele of gedeeltelijke vervreemding van zijn aandeel in het pand over te gaan, gehouden is dat aandeel eerst schriftelijk aan [betrokkene 1] aan te bieden "voor een prijs gelijk aan het te vervreemden aandeel in de in de leveringsakte gemelde koopsom". Verder is daarin bepaald dat indien één van [betrokkene 2 + betrokkene 3] deze verplichting niet nakomt, deze ten behoeve van [betrokkene 1] een onmiddellijk opeisbare boete groot f 100.000,- verbeurt.

(iv) Bij e-mail van 5 september 2006 heeft [betrokkene 1] [betrokkene 2 + betrokkene 3], in verband met de constatering dat het pand bij een makelaar te koop werd aangeboden, gewezen op het bestaan van de aanbiedingsplicht en hen verzocht daarmee rekening te houden.

(v) Bij brief van 7 september 2006 hebben [betrokkene 2 + betrokkene 3] het pand aan [betrokkene 1] aangeboden voor een bedrag van € 395.000,-, welk bedrag volgens hen de aan het pand uitgevoerde verbouwingen en aanpassingen omvat waardoor het pand in waarde is vermeerderd. In die brief is verder onder meer vermeld dat hiermee aan de aanbiedingsplicht was voldaan en dat deze tot uiterlijk 8 oktober 2006 gold.

(vi) In een e-mail van 11 september 2006 heeft [betrokkene 1] meegedeeld dat de notaris de zaak verder zou afhandelen.

(vii) Bij brief van 15 september 2006 heeft [betrokkene 1] [betrokkene 2 + betrokkene 3] opnieuw gewezen op hun plicht het pand bij voorgenomen verkoop aan hem aan te bieden, met inachtneming van hetgeen dienaangaande is overeengekomen, waaronder de in de akte bepaalde prijs.

(viii) Bij brief van 10 oktober 2006 hebben [betrokkene 2 + betrokkene 3] aan [betrokkene 1] bericht dat de aanbiedingsplicht door het verstrijken van de gestelde termijn was geëindigd, maar dat, indien toch interesse bestond in het pand, daartoe contact opgenomen kon worden met de verkopend makelaar. In de brief was een vraagprijs van € 395.000,- vermeld.

(ix) In een e-mail van 14 juni 2007 heeft de accountant van [betrokkene 2 + betrokkene 3] aan een medewerker van De Novitaris onder meer als volgt bericht:

“Zoals u kunt lezen, is er het een en ander te doen geweest omtrent deze aanbiedingsplicht. Wij willen u dan ook vragen om te beoordelen en te bevestigen of de aanbiedingsplicht is komen te vervallen en het pand alsdan verkocht kan worden aan een derde.

Indien vorenstaande vraag bevestigend wordt beantwoord, willen wij u verzoeken een concept akte op te stellen ten aanzien van de verkoop. Mocht u de onderliggende correspondentie nodig hebben, dan hoor ik het graag. Verdere gegevens ten aanzien van de kopende partij volgen.”

(x) Op 19 juni 2007 heeft telefonisch contact plaatsgevonden tussen de medewerker van De Novitaris en de accountant van [betrokkene 2 + betrokkene 3]. De medewerker van De Novitaris heeft daarbij aangegeven dat het de voorkeur zou genieten indien tussen [betrokkene 1] en [betrokkene 2 + betrokkene 3] nogmaals definitief zou worden afgesproken dat aan de aanbiedingsplicht was voldaan en door [betrokkene 1] hierop geen beroep meer zou worden gedaan. De accountant heeft daarop laten weten dat een en ander zou worden kortgesloten met [betrokkene 2 + betrokkene 3].

(xi) Op 20 juni 2007 heeft tussen de accountant en de medewerker van De Novitaris een telefoongesprek plaatsgevonden, waarvan de volgende telefoonnotitie is opgemaakt:

“Zoons willen niet meer in discussie met vader over aanbiedingsplicht. Ze nemen het eventueel boetebeding op de koop toe.

Bevestigen in brief zodra de akte hier is.”

(xii) Op 13 maart 2008 heeft De Novitaris de inmiddels met betrekking tot het pand gesloten koopovereenkomst ingeschreven in de openbare registers.

(xiii) Op 30 juni 2008 is de leveringsakte van het pand gepasseerd door kandidaat-notaris mr. E.A.S. Rutten als waarnemer van De Novitaris, met als verkopers [betrokkene 2 + betrokkene 3] en als koper [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]). De koopprijs bedroeg € 300.000,- (exclusief € 5.000,- aan roerende zaken).

(xiv) [betrokkene 1] heeft op 10 juli 2009 een klacht ingediend tegen mr. Rutten bij de Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Roermond (hierna: KvT). Deze klacht hield in dat mr. Rutten haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij de hiervoor onder (xiii) vermelde akte heeft verleden zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. Bij beslissing van 8 juni 2010 heeft de KvT de klacht gegrond verklaard en de maatregel van waarschuwing opgelegd.

3.2.1. In dit geding heeft [eiseres] de hoofdelijke veroordeling gevorderd van De Novitaris tot betaling van € 195.630,56, vermeerderd met rente. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat De Novitaris een onrechtmatige daad heeft gepleegd door op 30 juni 2008 de hiervoor in 3.1 (xiii) genoemde akte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, waardoor [betrokkene 1] schade heeft geleden. De

rechtbank heeft De Novitaris hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, begroot op het totaalbedrag van de door [betrokkene 2 + betrokkene 3] verschuldigde boete ad € 90.756,04 (f 200.000,--).

3.2.2. Het hof heeft de vorderingen afgewezen. Daartoe heeft het als volgt overwogen.

Op een notaris rust een zorgvuldigheidsplicht die zich niet alleen uitstrekt tot degene die zich tot hem wendt met het verzoek een aan de notaris voorbehouden ambtshandeling te verrichten, maar onder omstandigheden ook betrekking heeft op derden, wier belangen gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtshandeling (rov. 3.1).

Aangezien [betrokkene 2 + betrokkene 3] bij de verwerving van het pand in 1988 jegens [betrokkene 1] de verplichting op zich hadden genomen niet tot vervreemding van hun aandelen in de eigendom van het pand over te gaan alvorens hem die aandelen ter verkrijging aan te bieden, konden met de voorgenomen ambtshandeling de belangen van [betrokkene 1] gemoeid zijn. [betrokkene 2 + betrokkene 3] hebben voor de verkoop aan [betrokkene 4] niet aan hun aanbiedingsverplichting jegens [betrokkene 1] voldaan. (rov. 3.2)

De Novitaris was van de aanbiedingsplicht en van de betrokkenheid en het belang van [betrokkene 1] op de hoogte (rov. 3.3).

Toen [betrokkene 2 + betrokkene 3] zich begin 2008 tot De Novitaris wendden met het verzoek de akte tot overdracht aan [betrokkene 4] te passeren, gaven zij daarmee te kennen dat zij (inmiddels) definitief de mening toegedaan waren dat zij vrij waren het pand aan een derde te verkopen en dat zij dat inmiddels ook al hadden gedaan (rov. 3.4).

Vervolgens heeft het hof overwogen:

“3.5 Naar het oordeel van het hof gaat de onder deze omstandigheden van de notaris te vergen zorgvuldigheid niet zo ver dat zij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of [betrokkene 2 + betrokkene 3] tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op haar rustende ministerieplicht haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking:

– dat inmiddels buiten toedoen van de notaris of van De Novitaris c.s. een situatie ontstaan was waarin enerzijds de vervreemding van het pand aan [betrokkene 4] mogelijk een inbreuk op de rechten en belangen van [betrokkene 1] opleverde, maar waarin anderzijds het weigeren van medewerking aan het transport een inbreuk op de rechten en belangen van [betrokkene 4] tot gevolg zou hebben, welke rechten en belangen haar niet minder dan die van [betrokkene 1] tot zorg moesten zijn (terwijl het recht van [betrokkene 4] in diens verhouding tot [betrokkene 1] ingevolge artikel 3:298 BW in beginsel vooring);

– dat [betrokkene 2 + betrokkene 3] in hun brief van 10 oktober 2006 aan [betrokkene 1] uitdrukkelijk meegedeeld hadden (zij het, naar de rechtbank beslist heeft, ten onrechte) dat zij genoegzaam aan hun plicht voldaan hadden, dat het pand derhalve per 8 oktober 2006 vrij van alle plichten hieromtrent was en dat het verder in de vrije verkoop aan partijen zou worden aangeboden, waarna [betrokkene 1] ongeveer anderhalf jaar de gelegenheid had gehad voor maatregelen om zelf zijn rechten en belangen veilig te stellen.

3.6. Het hof acht het daarom niet in strijd met de zorgplicht van de notaris dat zij op 30 juni 2008 tot het passeren van de transportakte overging. (...)”

3.3. Het middel klaagt onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf voor de zorgplicht van de notaris. Het betoogt 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. Deze onderzoeksplicht geldt in elk geval wanneer, zoals in dit geval, de vervreemder heeft aangekondigd wanprestatie te zullen plegen. Indien de notaris

vaststelt dat de aanbiedingsplicht niet is nagekomen dient hij zijn ministerie te weigeren. Als het hof wel de juiste maatstaf heeft toegepast is zijn oordeel in het licht van de omstandigheden van het geval – waaronder het oordeel van de tuchtrechter en de hiervoor in 3.1 (xi) vermelde telefoonnotitie – ontoereikend gemotiveerd, aldus het middel.

3.4.1. Bij de beoordeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

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 2009-2010, 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) meebrengen.

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 1993-1994, 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.

3.5.1. In het onderhavige geval staat vast dat De Novitaris voorafgaand aan de gevraagde ambtsverrichting op de hoogte was van de aanbiedingsplicht en het daaruit voortvloeiende recht van [betrokkene 1]. Ook staat vast dat De Novitaris geen uitsluitel heeft gekregen over de voldoening door [betrokkene 2 + betrokkene 3] aan hun aanbiedingsplicht. In het oordeel van het hof ligt besloten dat het heeft onderzocht of De Novitaris, toen werd verzocht ministerie te verlenen ter effectuering van de inmiddels tussen [betrokkene 2 + betrokkene 3] en [betrokkene 4] gesloten koopovereenkomst, tot het oordeel kon komen dat het recht van [betrokkene 1] geen beletsel opleverde om de beoogde levering van het pand aan [betrokkene 4] doorgang te laten vinden. Gelet op hetgeen hiervoor in 3.4.2-3.4.6 is overwogen, heeft het hof de juiste maatstaf aangelegd. In zoverre faalt het middel.

3.5.2. Uit hetgeen hiervoor aan het slot van 3.4.4 is overwogen volgt voorts dat, anders dan het middel bepleit, niet doorslaggevend is of het De Novitaris bekend was dat [betrokkene 2 + betrokkene 3] door de levering van het pand aan [betrokkene 4] wanprestatie jegens [betrokkene 1] zouden plegen.

3.5.3. Ook de klacht dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de beslissing van de KvT is ongegrond. Bij het antwoord op de vraag of een beroepsbeoefenaar ter zake van de uitoefening van zijn taak uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, kan de burgerlijke rechter betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter over het gewraakte handelen. Aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, kan echter niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. (Vgl. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 (Vie d'Or)). 3.5.4. Het middel komt daarnaast tevergeefs op tegen het oordeel van het hof dat het recht van [betrokkene 4] in diens verhouding tot [betrokkene 1] ingevolge art. 3:298 BW in beginsel voorging. In het oordeel van het hof ligt besloten dat met de plicht van [betrokkene 2 + betrokkene 3] om hun aandelen in het pand bij een voorgenomen vervreemding eerst aan [betrokkene 1] aan te bieden (voor de in de leveringsakte genoemde prijs), nog geen sprake was van een recht op levering van [betrokkene 1] als bedoeld in art. 3:298 BW. Dat oordeel is juist.

3.6. 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.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van De Novitaris c.s. begroot op € 6.275,34 aan verschotten en € 2.200,- voor salaris.

» Noot

1. Thema

De notaris, een wanpresterende partij en de belangen van derden. Een interessant maar bovenal ingewikkeld vraagstuk waarmee een notaris in de praktijk kan worden geconfronteerd. Het gaat om gevallen waarbij obligatoire rechten van derden, denk aan kettingbedingen of voorkeursrechten, niet in acht zijn genomen door de partijen bij de akte. Uit het arrest volgt dat de notaris moet trachten het gehele juridische speelveld in kaart te brengen: de vervreemder pleegt (mogelijk) wanprestatie jegens de derde die bijvoorbeeld een voorkeursrecht heeft, maar de vervreemder pleegt (mogelijk) ook wanprestatie jegens de beoogd verkrijger indien de levering geen doorgang vindt, aangezien tussen deze partijen een overeenkomst tot stand is gekomen; tenslotte kan de

beoogd verkrijger onrechtmatig handelen jegens de derde. Tussen de betrokkenen bij de akte spelen dus complexe juridische vragen. De Hoge Raad oordeelt in dit arrest voor het eerst over deze problematiek.

2. Deze zaak

Eerst kort de feiten. Twee broers hadden in 1988 een onroerende zaak van hun vader gekocht; in de akte van levering waarmee zij voor een koopsom van – afgerond – €100.000,- eigenaar waren geworden van het pand was opgenomen dat zij in geval van vervreemding hun aandeel eerst aan de vader moesten aanbieden, aan welke bepaling een boetebeding was verbonden. Een aantal jaren later hebben zij het pand te koop gezet zonder het eerst aan hun vader aan te bieden en nadat zij door hem op de aanbiedingsplicht werden gewezen, boden zij hem de mogelijkheid het pand voor de marktwaarde te kopen (volgens de broers was dat €395.000,-). In de akte was echter opgenomen dat de vader het pand voor de koopsom van destijds mocht overnemen; hierover werd gecorrespondeerd, zonder dat een oplossing werd bereikt. De broers hebben het pand uiteindelijk, ruim anderhalf jaar na die correspondentie, aan een derde overgedragen voor een bedrag van €300.000,-. In deze procedure heeft de vader de notaris aansprakelijk gehouden.

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 (art. 21 lid 2 Wna). Vervolgens bevestigt de Hoge Raad zijn vaste jurisprudentie over de zorgplicht van de notaris voor de belangen van derden. 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 onroerende zaak of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde rechten kan doen gelden op die zaak. 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 er op neer dat de Hoge Raad via de parlementaire geschiedenis en een aantal andere standaardarresten tot een genuanceerde benadering is gekomen: op de notaris rust in het geval van meewerken aan wanprestatie slechts een globale onderzoeksplicht. In deze noot zal dit arrest tegen een aantal andere ontwikkelingen worden afgezet.

3. Tuchtrectelijke en civielrechtelijke toetsing

In de eerste plaats het tuchtrect. Over de rol van de notaris in dit soort situaties bestaat een bestendige lijn in de tuchtrectelijke jurisprudentie: in geval van schending van wettelijke en/of contractuele rechten van derden die de notaris kent of behoort te kennen, dient hij zijn ministerie te weigeren, tenzij er een rechtvaardigingsgrond aanwezig is. De A-G heeft in haar conclusie voor dit arrest een overzicht gegeven van die jurisprudentie, waarbij een uitspraak van 24 mei 2011 van de notariskamer van het Hof Amsterdam opvalt (ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, het Hof Amsterdam heeft deze lijn voortgezet in zijn uitspraak van 29 mei 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ5461). In de tuchtzaak uit 2011 werd een recht van tweede hypotheek gevestigd zonder dat de daarvoor vereiste toestemming van de eerste

hypotheekhouder was verkregen. De Notariskamer van het Hof heeft overwogen dat de notaris in een dergelijk geval zijn ministerie dient te weigeren. Medewerking aan de totstandkoming van een tekortkoming of onrechtmatige daad schaadt immers de eer en het aanzien van het notariaat. In de literatuur heeft deze laatste uitspraak opnieuw tot felle debatten geleid. De A-G heeft de opvattingen van beide kampen kernachtig samengevat in haar conclusie (zie r.o. 2.12 t/m 2.14).

Is de benadering van de tuchtrechter (bijv. in de zaak van 24 mei 2011) daadwerkelijk strenger dan de benadering van de civiele rechter? Art. 21 Wna wordt zowel door de Notariskamer van het Hof Amsterdam als door de Hoge Raad tot uitgangspunt genomen en in beide uitspraken wordt hetzelfde citaat uit de Parlementaire Geschiedenis aangehaald (“de notaris dient zich terughoudend op te stellen in geval hij geconfronteerd wordt met conflicterende leveringsrechten”). In de tuchtzaak heeft het Hof overwogen dat de algemene regel uitzondering kan lijden als ministerieweigering tot schending van een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij kan leiden. Ook de Hoge Raad gebruikt de term rechtmatig belang (zie r.o. 3.4.4): het recht van de derde kan een beletsel vormen voor de beoogde levering indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of de bezwaring. De term rechtmatig belang wordt weliswaar in een andere context gebruikt, maar ziet naar de kern op hetzelfde aspect. Ik constateer (voorzichtig) dat het toetsingskader van de tuchtrechter en de civiele rechter belangrijke gelijkenissen vertoont en toch pakt de beoordeling anders uit als feitelijke invulling van dat toetsingskader plaatsvindt. Ik heb hier geen verklaring voor, anders dan dat de tuchtrechter strenger oordeelt vanwege de eer en het aanzien van het notariaat, waarmee de civiele rechter geen rekening houdt. In deze zaak waarover de Hoge Raad zich heeft gebogen, is de notaris tuchtrechtelijk veroordeeld. Uit de conclusie van de A-G (zie r.o. 1.2) wordt duidelijk langs welke lijnen de Kamer van Toezicht tot een waarschuwing is gekomen. Samengevat komt het oordeel van de Kamer er op neer dat de notaris door de akte van levering te passeren zonder inachtneming van het voorkeursrecht van de vader, althans zonder dat onomstotelijk vaststond dat de vader van zijn voorkeursrecht geen gebruik zou maken, onzorgvuldig heeft gehandeld. Dit illustreert duidelijk het verschil tussen de tuchtrechtelijke benadering en de civielrechtelijke benadering die de Hoge Raad in dit arrest uiteen heeft gezet. De tuchtrechter heeft in deze zaak absolute zekerheid verlangd over de vraag of de derde gebruik wilde maken van het obligatoire recht, terwijl de Hoge Raad vereist dat de notaris in overleg treedt met partijen en een globaal onderzoek doet, maar absolute zekerheid van de derde is geen vereiste.

4. Meewerken aan wanprestatie

Meewerken aan wanprestatie is een ander onderwerp waaraan de Hoge Raad aandacht heeft besteed in dit arrest. Dit leerstuk komt in onderhavige casus aan bod bij de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering. Er is sprake van een beletsel voor de notaris om mee te werken als de verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij levering, hetgeen het geval kan zijn als hij – door levering te verlangen – onrechtmatig handelt jegens de derde. Het feit dat de verkoper wanprestatie pleegt jegens de derde is immers één kant van het vraagstuk, maar dat betekent niet vanzelfsprekend dat de verkrijger onrechtmatig handelt jegens de derde. Pas als dat aan de orde is, ligt ministerieweigering (meer) voor de hand.

Bij de vraag of de verkrijger onrechtmatig jegens de derde heeft gehandeld, verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 28 maart 2014 (*NJ* 2014/194, *Joba/Tjin-Hin-Tjoe*). Dit is het meest recente arrest in een lange reeks over het onderwerp meewerken aan wanprestatie. Dit leerstuk kwam in 1967 aan de orde in het arrest Pos/Van den Bosch (*NJ* 1968/42) en daarna in het standaardarrest Curaçao/erven Boyé (*NJ* 1986/760). Dit leerstuk houdt kort gezegd in dat wetenschap van de wanprestatie bij de verkrijger onvoldoende is voor onrechtmatigheid; er dienen bijzondere omstandigheden aanwezig te zijn. In het arrest *Joba/Tjin-Hin-Tjoe* betrof dat de omstandigheid dat er sprake zou kunnen zijn van onevenredigheid tussen het belang bij nakoming van de koopovereenkomst en het belang dat de derde had bij het kunnen uitoefenen van het voorkeursrecht (profiteren van wanprestatie werd overigens niet aangenomen in die zaak). Andere bijzondere omstandigheden kunnen zijn de ernst en de voorzienbaarheid van het nadeel voor de benadeelde partij, het voordeel van de derde dat is ontstaan door

de wanprestatie, de verhouding tussen de profiterende derde en de benadeelde partij en de mate waarin de aangesproken partij de wanprestatie heeft beïnvloed (zie over deze materie ook A.M.M. Hendriks, 'Profiteren van andermans wanprestatie', *MvV* 2015, p. 54 t/m 59). Naar mijn mening is dit het terrein waar het gecompliceerd kan worden voor de notaris, want hoe kan hij onderkennen dat sprake is van profiteren van wanprestatie? De hiervoor opgesomde omstandigheden zijn niet eenvoudig te herkennen, terwijl de notaris bovendien niet het gehele juridische speelveld kan overzien omdat hij in beginsel geen contact heeft met de derde. De Hoge Raad heeft oog voor deze lastige positie van de notaris en erkent in r.o. 3.4.5 dat de notaris zich slechts een globaal oordeel kan vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel kan vormen voor de levering. Ook met deze erkenning van de Hoge Raad en de daaraan ten grondslag liggende overweging dat van de notaris geen diepgaand feitenonderzoek wordt verwacht, is deze materie in de praktijk van alle dag lastig. De vraag of de notaris over de schreef gaat door ministerie te verlenen, is niet eenvoudig te beantwoorden. Van de notaris zal vermoedelijk vooral worden verwacht dat hij ogen en oren goed open houdt, dat hij kritische vragen stelt aan partijen bij de akte, dat hij goed doorvraagt als daar aanleiding voor is en dat hij dit alles goed documenteert in correspondentie en dossiernotities. De notaris dient er voor te zorgen dat hij achteraf kan laten zien dat zijn beslissing om de akte te passeren of niet te passeren op gefundeerde en zorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

5. Relevantie geheimhoudingsplicht notaris

Een ander belangrijk aspect van dit arrest is de geheimhoudingsplicht. In een geval als het onderhavige heeft de notaris zich te verstaan met de partijen bij de akte die de notaris hebben ingeschakeld. Als uit een eerdere akte blijkt van rechten van derden dient de notaris oog te hebben voor deze belangen maar slechts via de partijen die de notaris hebben ingeschakeld; de notaris mag zich in verband met de op hem rustende geheimhoudingsplicht niet rechtstreeks tot de derde richten, tenzij partijen hem daartoe toestemming hebben gegeven. Dat lijkt mij een juist oordeel. In een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2015:714) over dezelfde materie betrok het Hof in zijn overwegingen de vraag in hoeverre de notaris de derde gelegenheid had geboden, of juist ontnomen, om tijdig rechtsmaatregelen te nemen ter verzekering van zijn rechten. Het hof oordeelde voorts dat hierbij relevant was of de notaris de derde correct had geïnformeerd over diens rechten en de voorgenomen levering. De Hoge Raad heeft nu duidelijk gemaakt dat de notaris zich, gelet op zijn geheimhoudingsplicht, niet tot de derde mag richten. Voor zover in de hiervoor weergegeven overwegingen van het Hof Arnhem-Leeuwarden een algemene regel leek te kunnen worden gelezen over het benaderen van de derde, heeft de Hoge Raad daar korte metten mee gemaakt. In die zaak bij het Hof Arnhem-Leeuwarden had de notaris de derde overigens namens de verkoper schriftelijk geïnformeerd, hetgeen de notaris vanzelfsprekend is toegestaan.

In de tuchtzaak die de vader in onderhavige kwestie tegen de notaris had aangespannen is overwogen dat een beroep op de geheimhoudingsplicht de notaris niet kan baten. Dat oordeel is naar mijn mening niet houdbaar; ik meen dat de invulling die de Hoge Raad in dit arrest daaraan heeft gegeven de juiste is. Ten aanzien van de geheimhoudingsplicht zou de opvatting van de tuchtrechter hetzelfde moeten zijn, aangezien dit één van de wezenlijke aspecten van de notariële dienstverlening is.

Kern van het arrest is de erkenning van de Hoge Raad dat de notaris slechts een globaal onderzoek kan doen; hij kan zich immers niet met de derde in verbinding stellen en hij beschikt niet over het instrumentarium voor een diepgaand feitenonderzoek. De notaris moet, aldus r.o. 3.4.6, zijn ministerie weigeren als de hem kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde rechtshandeling, dan wel aanleiding vormt tot gerede twijfel daarover.

6. Uitwerking in de praktijk

Hoe gaat dit in de praktijk zijn uitwerking hebben? Want wat moet de notaris doen als er weinig "kenbare feiten" zijn maar die kenbare feiten hem geen aanleiding tot gerede twijfel geven? De Hoge Raad geeft een uitvoerig omschreven toetsingskader voor het

handelen van een notaris, maar de vraag is of een notaris die zich geconfronteerd ziet met een dergelijk probleem in dit arrest steun kan vinden voor de keuze voor een bepaalde aanpak. Het is in ieder geval goed om te weten dat van de notaris slechts een globaal feitenonderzoek wordt verwacht. Van hem wordt vooral verwacht dat hij goed doorvraagt naar de mogelijke belangen van derden die voor hem uit een akte blijken. Indien de notaris zorgt voor een goede verslaglegging hiervan, zal hij vermoedelijk niet snel aansprakelijk zijn te houden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft recentelijk in het hiervoor al aangehaalde arrest gesuggereerd dat de notaris het ertoe kan leiden dat de betrokken partijen hun geschil aan de rechter voorleggen. De Hoge Raad heeft deze suggestie nadrukkelijk niet opgenomen, hetgeen naar mijn mening is te verklaren doordat de partijen bij de akte in de regel geen geschil hebben dat zij in rechte zouden willen toetsen. Veeleer zal het gaan om een (dreigend) geschil tussen de verkoper en de derde van wie bepaalde rechten worden geschonden. Omdat de derde gelet op de geheimhoudingsplicht van de notaris in beginsel geen positie heeft, kan de notaris het niet eenvoudig tot een procedure leiden. Bovendien worden partijen daarmee op kosten gejaagd, hetgeen onterecht kan zijn als de beoogd verkrijger een rechtmatig belang bij levering heeft.

Het is voorts belangrijk om vast te stellen dat het veilig lijkt om het ministerie op te schorten, maar de notaris mag dit niet te snel doen. De koper heeft immers ook een belang waarmee de notaris rekening moet houden. Al te snelle ministerieweigering zou er toe kunnen leiden dat de notaris aansprakelijk is jegens de koper voor schade die door de weigering is ontstaan.

En zoals altijd zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval. Ik ben er van overtuigd dat de passieve rol van de vader (ruim anderhalf jaar stil zitten, nadat hij had ontdekt dat zijn zonen het pand te koop hadden gezet) een belangrijke omstandigheid was die tot het onderhavige oordeel heeft geleid. Hij had immers ruimschoots de tijd gehad om beslag te leggen of een civiele procedure te starten.

Ik sluit af met de volgende opmerking. Er geldt geen absoluut verbod om wanprestatie te plegen. De broers waren op grond van de akte een boete verschuldigd aan hun vader bij schending van het voorkeursrecht, maar de waardestijging van het pand was aanmerkelijk hoger dan de boete. Vanuit die gedachte is de handelwijze van de broers financieel goed te verklaren. Is dan de notaris de aangewezen partij om dat tegen te houden? Naar mijn mening ligt dat meer op de weg van de rechter, dan op de weg van de notaris.

mr. H.J. Delhaas, WIJ advocaten te Amsterdam