

# ONTWIKKELINGEN NA HET NOVITARIS-ARREST



**A.H. (André) van Huffelen**

Senior paralegal vastgoed bij NautaDutilh N.V. in Rotterdam en redacteur van dit tijdschrift

## 1. Inleiding

Het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015<sup>1</sup>, dat naar de (toenmalige) naam van het betrokken notariskantoor de roepnaam 'het Novitaris-arrest' kreeg, heeft veel pen- nen in beweging gezet. Er werd druk geannoteerd<sup>2</sup> en een scala aan auteurs liet zijn licht over het arrest schijnen.<sup>3</sup> Verder is het arrest onderwerp geweest van (ten minste) één masterscriptie<sup>4</sup> en vormde het zelfs de aanleiding tot het schrijven van een boek<sup>5</sup>. Het was dan ook een uitspraak die voor de notariële praktijk van groot belang was. In dit artikel besteed ik aandacht aan het vervolg op deze uitspraak. Ik beveel daarbij niet alleen het (compacte) arrest zelf, maar ook de (door de Hoge Raad gevolgde) "18 karaat" conclusie van A-G E.B. Rank-Berenschot<sup>6</sup> ter hernieuwde lezing aan.

Allereerst breng ik ter opfrissing in herinnering waar het in deze zaak om ging en hoe hof en Hoge Raad oordeelden. Vervolgens bespreek ik aan de hand van een *tour d' horizon* langs een aantal rechterlijke uitspraken hoe de

handelwijze van de notaris nadien werd getoetst aan de in het arrest geformuleerde criteria. Daaruit blijkt dat het in de praktijk voor een notaris nog niet zo eenvoudig is om op een juiste manier te handelen. Ik sluit af met enkele slotopmerkingen.

## 2. De casus

In deze zaak ging het kort samengevat om het volgende. Twee broers hadden van hun vader in 1998 een pand gekocht voor een bedrag van (omgerekend) zo'n € 104.000. In de leveringsakte werd een aanbiedingsplicht (voorkeursrecht van koop<sup>7</sup>) ten gunste van vader opgenomen, met als inhoud dat de broers bij een voorgenomen vervreemding van het pand dit eerst aan vader moesten aanbieden tegen dezelfde koopprijs als waarvoor zij het hadden gekocht, een en ander op straffe van een boete. De broers hebben flink geklust aan het pand. Op enig moment (in 2006) besluiten zij het pand te gaan verkopen. Zij schakelen daarvoor een makelaar in. Vader krijgt op een bepaald moment lucht van de voorgenomen verkoop en herinnert zijn zoons aan de aanbiedingsplicht. Daarop bieden de zoons het pand alsnog schriftelijk aan vader aan, maar voor een koopprijs van € 395.000. Door de verbouwingen en opknopwerkzaamheden is het pand namelijk veel meer waard geworden. Zij stellen daarbij dat hiermee aan de aanbiedingsplicht is voldaan en dat deze tot uiterlijk 8 oktober 2006 geldt.

Bij brief van 10 oktober 2006 laten de zoons aan vader weten dat de aanbiedingsplicht door het verstrijken van de gestelde termijn was geëindigd. De accountant van de zoons vraagt medio 2007 aan een medewerker van De Novitaris (het pand is intussen blijkbaar verkocht en het transport is ondergebracht bij De Novitaris) om te beoordelen en te bevestigen of de aanbiedingsplicht is komen te vervallen en het pand alsdan verkocht kan worden aan een derde. Kort daarna laat de medewerker van De Novitaris aan de accountant weten dat het de voorkeur zou genieten indien tussen vader en de zoons nogmaals definitief zou worden afgesproken dat aan de aanbiedingsplicht is voldaan en door vader hierop geen beroep meer zal worden gedaan. Daarop meldt de accountant aan De Novitaris dat de zoons niet meer in discussie willen met vader over

1 ECLI:NL:HR:2015:831 (*Novitaris*).

2 NJ 2015/479 m.nt. S. Perrick, JOR 2015/189 m.nt. J.J. van Hees, AA20150691 m.nt. B.C.M. Waaijer, JA 2015/73 m.nt. H.J. Delhaas en JIN 2015/89 m.nt. G.J. de Bock.

3 Ik noem er enkele: B.C.M. Waaijer, 'Het arrest 'De Novitaris': kompas voor de notaris bij botsende uitspraken', WPNR 2015/7063, H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067, N.C. van Oostrom-Streep, 'De rol van de notaris bij (een op handen zijnde) wanprestatie', ORP 2015/259, W.G. Huijgen, 'Een belangrijk arrest voor het notariaat', JBN 2015/33 en wat later T.P. Hoekstra, 'De opdrachtgever, de notaris en belangen van derden', ORP 2018/175.

4 S.C.C. van Viersen-Specht, De civiele rechter vs de tuchtrechter, Over de zorgplicht jegens derden bij botsende rechten, Vrije Universiteit (Amsterdam), 12 maart 2017.

5 R.D. van Oevelen, Het dilemma van de notaris, Meewerken aan het plegen van wanprestatie of dienst weigeren? Weert: Celsius, 2017.

6 ECLI:NL:PHR:2015:4.

7 Terzijde: Vader had een voorkeursrecht van koop en geen koopoptie. Zie voor het verschil tussen die beide figuren: A.H. van Huffelen, 'Voorkeursrecht van koop, het luistert nauw', Vastgoedrecht 2019/1.

de aanbiedingsplicht en het eventuele boetebeding op de koop toe nemen. Zij zijn er blijkbaar klaar mee. Nadat de notaris de koopovereenkomst heeft ingeschreven in de openbare registers<sup>8</sup>, wordt op 30 juni 2008 de leveringsakte van het pand gepasseerd.

### 3. Tuchtrectelijke en civiele procedure

Vader is *not amused* over de gang van zaken. Hij besluit allereerst een klacht in te dienen tegen de kandidaat-notaris, die de leveringsakte passeerde, bij (toen nog) de Kamer van Toezicht. De klacht hield in dat de kandidaat-notaris haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij de leveringsakte had verleden zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. De Kamer van Toezicht verklaart de klacht gegrond en legt haar de maatregel van waarschuwing op. Vervolgens spant vader een civiele procedure aan tegen de notaris, waarbij hij hoofdelijke veroordeling vordert van De Novitaris voor de door hem geleden schade. Hij baseert zijn vordering op het standpunt dat de notaris een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de leveringsakte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. De rechtbank veroordeelt De Novitaris inderdaad tot vergoeding van de schade, maar hof Den Bosch wijst de vordering af. Hoewel ik de verleiding om uitgebreid uit het arrest van het hof te citeren maar met moeite kan weerstaan, verwijs ik naar het arrest van de Hoge Raad, waarin de relevante overwegingen van het hof (rov. 3.2.2 en volgende) worden aangehaald.

#### 3.1. Beoordeling Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Allereerst staat het hof stil bij de zorgvuldigheidsplicht die een notaris heeft, niet alleen ten opzichte van hen die hem inschakelen, maar onder omstandigheden ook jegens derden 'wier belangen gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtshandeling'.

Aangezien bij de verwerving van het pand de zoons de verplichting op zich hadden genomen niet tot vervreemding van het pand over te gaan alvorens het aan vader aan te bieden, kon er in deze situatie heel goed sprake zijn van de belangen van een derde. Duidelijk is dat de zoons niet aan hun aanbiedingsverplichting jegens vader hebben voldaan. De notaris was van die aanbiedingsplicht en van de betrokkenheid en het belang van vader op de hoogte. Toen de zoons zich tot De Novitaris wendden met het verzoek de leveringsakte 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 ze dat inmiddels ook hadden gedaan.

In dat licht bezien oordeelt het hof dat de onder deze omstandigheden van de notaris te vergen zorgvuldigheid niet zover gaat dat zij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of de zoons tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsplicht en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op haar rustende ministerieplicht haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren. Interessant is de vervolgoverweging van het hof. Inmiddels is buiten toedoen van de notaris een situatie ontstaan waarin enerzijds

de vervreemding van het pand mogelijk een inbreuk op de rechten en belangen van vader opleverde, maar waarin anderzijds het weigeren van medewerking aan het transport een inbreuk op de rechten en belangen van de koper tot gevolg zou hebben, welke rechten en belangen haar niet minder dan die van vader tot zorg moesten zijn. Daarbij kwam ook nog eens dat het recht van de uiteindelijke koper in diens verhouding tot vader ingevolge artikel 3:298 BW in beginsel voorging. Ofwel, zonder dat de notaris überhaupt nog een keuze had gemaakt (ministerie verlenen of dienst weigeren) stond al vast dat de belangen van of vader of de koper zouden worden geschonden. Het hof komt, alle omstandigheden in ogenschouw nemend, tot de conclusie dat het niet in strijd met de zorgplicht van de notaris was dat zij tot het passeren van de transportakte overging.

De weduwe van vader<sup>9</sup> geeft de strijd echter niet op en gaat in cassatie. Zij stelt dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf voor de zorgplicht van de notaris. Een notaris die zich geconfronteerd ziet met een in een notariële akte vervatte aanbiedingsplicht, heeft uit hoofde van zijn positie als openbaar ambtenaar een onderzoeksplicht 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. Aldus de weduwe.

#### 3.2. Beoordeling Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt allereerst dat art. 21 lid 1 Wna de notaris verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten.<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> Deze zorgplicht kan ertoe leiden

8 Op grond van art. 7:3 BW (Vormering).

9 Vader is inmiddels overleden.

10 Die ministerieplicht is volgens Reijnen niet ongelimiteerd. Zie T.F.H. Reijnen, 'De ministerieplicht van notaris is niet onbegrensd', WPNR 2018/7181.

11 Kamerstukken II 2009-2010, 32 250, nr. 3, p. 20.

12 Vgl. de THB-arresten uit 1994 en 1995.

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.

Van belangen van derden is onder meer sprake bij de verlangde ambtsverrichting indien deze betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zo'n geval behoort de notaris zich terughoudend op te stellen.<sup>13</sup>

Als 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, om 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 als de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring. Dat is het geval als het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen of als 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.<sup>14</sup>

Bedacht moet worden dat het daarbij van belang is 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.<sup>15</sup> 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.

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 gereede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren.

In het onderhavige geval staat vast dat de notaris voorafgaand aan de gevraagde ambtsverrichting op de hoogte was van de aanbiedingsplicht en het daaruit voortvloeiende recht van vader. Ook staat vast dat de notaris geen uitsluitel heeft gekregen over de voldoening door de zoons aan hun aanbiedingsplicht. Het hof heeft onderzocht of de notaris, toen hem werd verzocht ministerie te verlenen ter effectuering van de inmiddels tussen de zoons en de koper gesloten koopovereenkomst, tot het oordeel kon komen dat het recht van vader geen beletsel opleverde om de beoogde levering van het pand aan de koper doorgang te laten vinden. De Hoge Raad is van oordeel dat het hof de juiste maatstaf heeft aangelegd.

Maar de notaris wist toch van de aanbiedingsplicht en ook dat daar niet aan voldaan was? De Hoge Raad onderkent dat, maar vindt echter niet doorslaggevend of het de notaris bekend was dat de zoons door de levering van het pand aan de koper wanprestatie jegens vader zouden plegen.

Ook de klacht dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de beslissing van de Kamer van Toezicht acht de Hoge Raad 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 zorgvuldigheidnorm.<sup>16</sup>

Ten slotte betoogt de weduwe nog dat het hof de plank missloeg door te oordelen dat het recht van de koper in diens verhouding tot vader ingevolge art. 3:298 BW in beginsel voorging. Ook daar gaat de Hoge Raad niet in mee. Bij een aanbiedingsplicht bij een voorgenomen vervreemding is nog géén sprake van een recht op levering als bedoeld in art. 3:298 BW. De koper van het pand had daarentegen wel een recht op levering.

Tot zover de oordelen van hof en Hoge Raad.

#### 4. Ontwikkelingen

Met dit arrest was kous niet af. De conclusie was immers dat de tuchtrechter (Kamer van Toezicht) van mening was dat een tuchtrechtelijke norm geschonden was, reden waarom de maatregel van waarschuwing werd opgelegd, terwijl de civiele rechter (de Hoge Raad) oordeelde dat de notaris mocht meewerken aan de levering aan de koper.<sup>17</sup> Het is duidelijk dat dit een ongewenste situatie was en niet bevorderlijk voor de juist wel gewenste rechtseenheid. Ook deze discrepantie is echter de wereld uit. Hof Amsterdam (notariskamer) 23 januari 2018 besliste namelijk dat de tuchtrechter dezelfde maatstaf moet hanteren als de civiele rechter wanneer een notaris gevraagd wordt een dienst te verlenen die wanprestatie of een onrechtmatige

13 Kamerstukken II 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 26.

14 Vgl. bijv. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194.

15 Huijgen merkt in zijn genoemde artikel op dat de regel dat een notaris niet uit zijn geheimhoudingsplicht kan worden ontslagen hierdoor achterhaald is.

16 Vgl. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 (Vie d'Or).

17 Huijgen merkt op dat het arrest klassiek civielrechtelijk van inhoud is. Zie W.G. Huijgen, 'Een belangrijk arrest voor het notariaat', JBN 2015/33.

daad jegens een derde tot consequentie kan hebben.<sup>18</sup> Daarmee werd de (soepeler) maatstaf van de Hoge Raad uit het Novitaris-arrest overgenomen. Tot die uitspraak oordeelde de tuchtrechter dat een notaris in een dergelijke situatie zijn dienst in beginsel moest weigeren, waarbij voor een uitzondering slechts dan plaats kon zijn als de dienstweigering een rechtmatig belang van een van de partijen bij de dienstverlening zou schaden. De notaris kwam door deze verschillende maatstaven in een onmogelijke spagaat terecht, omdat vrijwel vaststond dat hij of door de civielrechtelijke hond of door de tuchtrechtelijke kat werd gebeten.

Het hof merkt daar in rechtsoverweging 6.4.5. het volgende over op:

- 6.4.5. Het hof is van oordeel dat in gevallen als in deze zaak aan de orde de tuchtrechtelijke maatstaf in overeenstemming dient te zijn met de civielrechtelijke maatstaf. Het uiteenlopen van de strengere tuchtrechtelijke maatstaf en de soepeler civielrechtelijke maatstaf kan in deze gevallen immers ertoe leiden dat de notaris tuchtrechtelijk gehouden is zijn dienst te weigeren, terwijl hij civielrechtelijk vanwege juist deze dienstweigering aansprakelijk kan zijn voor de schade die daardoor ontstaat. Dat bemoeilijkt op onaanvaardbare wijze een efficiënt en effectief optreden van de notaris en kan een belemmering vormen voor een ordelijk rechtsverkeer in het geval dat de notaris gevraagd wordt een dienst te verlenen die wanprestatie of een onrechtmatige daad jegens een derde tot gevolg kan hebben. Daarbij is ook van belang dat naar het oordeel van het hof de civielrechtelijke maatstaf in tuchtrechtelijk opzicht recht doet aan de normen die zijn neergelegd in de artikel 93 lid 1, artikel 17 lid 1 en artikel 21 van de Wna.

Interessant is ten slotte dat het hof in rechtsoverweging 6.4.6. - ter vermijding van misverstanden - de formulering van de Novitaris-maatstaf nog eens *in extenso* overneemt.

## 5. Uitspraken na het arrest

Inmiddels zijn er ruim vier jaren verstreken na het Novitaris-arrest. In die periode zijn er diverse vonnissen en arresten geweest, die betrekking hebben op de door het arrest bestreken gevallen. Zonder de pretentie te hebben volledig te zijn, sta ik bij enkele daarvan stil.

### Rb. Rotterdam 8 maart 2017<sup>19</sup>

Een notarisklerk wordt aansprakelijk gesteld door een houder van een stil pandrecht (X) op een vordering, die in het kader van een door hem behandelde onroerend goedtransactie door verrekening teniet is gegaan. De klerk had volgens X de notaris moeten waarschuwen dat het pandrecht zou vervallen. De klerk wordt veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding aan X. Hij verweert zich met de stelling dat bij een stil pandrecht de rechtspraak in-

zake dienstweigering zoals bedoeld in het Novitaris-arrest niet van toepassing is. Volgens de rechtbank is echter niet de kwestie of art. 21 Wna op de notarisklerk van toepassing is. De grondslag van de vordering is een zelfstandige onrechtmatige daad van de klerk door de notaris (en X) niet te waarschuwen. Had de notarisklerk de notaris wel gewaarschuwd, dan had deze zelf kunnen beoordelen of hij aan zijn ministerieplicht had kunnen voldoen, aldus de rechtbank. Indien de notaris wel over deze informatie had beschikt, bestond er volgens de rechtbank genoeg aanleiding voor de notaris om zijn dienst op te schorten, dan wel te weigeren. Door de conclusie dat de klerk een onrechtmatige daad heeft gepleegd jegens X, komt de rechtbank jammer genoeg niet toe aan de vraag of de notarisklerk de plicht had om X rechtstreeks te waarschuwen of welke rol de geheimhoudingsplicht daarbij speelt.

### KvN Amsterdam 13 april 2017<sup>20</sup>

Een Bank besluit over te gaan tot uitwinning van haar hypotheekrecht ten laste van haar schuldenaar (S). In een *letter of intent* is opgenomen dat potentiële koper (X) een onderhands bod zal doen van € 16,5 mln. De hypotheekhouder accepteert later een onderhands bod van € 24 mln. van een andere koper (Y). Een andere notaris (partijnotararis van X) waarschuwt de veilingnotaris dat deze niet mag meewerken aan de levering aan Y, omdat zij daardoor wanprestatie van de Bank jegens X faciliteert. Na enkele procedures wordt de notaris in een kortgeding-procedure veroordeeld om de akte te passeren, waarbij het object aan Y wordt geleverd.<sup>21</sup>

S en X dienen een tuchtrechtelijke klacht tegen de notaris in. Zij stellen dat de notaris haar werkzaamheden had moeten staken door de waarschuwing van de collega. De Kamer voor het Notariaat verwerpt de klacht. De notaris moet volgens de Kamer de hoogste opbrengst voor de hypotheekhouder realiseren. De Kamer is van mening dat, zelfs indien de notaris weet dat er sprake is van wanprestatie van verkoper jegens koper, dit op grond van het Novitaris-arrest niet (altijd) met zich brengt dat de notaris zijn dienst (direct) moet opschorten en/of weigeren. Van belang is ten slotte het oordeel van de Kamer dat de notaris haar notariële zorgplicht is nagekomen door op verschillende momenten in het proces de vraag of zij haar diensten moest weigeren of verlenen, aan het oordeel van de rechter over te laten en zich daaraan te conformeren.

### Hof Amsterdam (notariskamer) 4 juli 2017<sup>22</sup>

Een akte wordt gepasseerd waarbij X BV aandelen uitgeeft. X BV heeft X als enig bestuurder en aandeelhouder. Het geld was echter door Y BV op de derdengeldenrekening gestort. X had als bestuursvoorzitter van Y BV de opdracht daartoe gegeven, terwijl X niet zelfstandig

18 ECLI:NL:GHAMS: 2018:166, JOR 2018/88 m.nt. A. Steneker.

19 ECLI:NL:RBROT:2017:2315 (Notamail 2017/81).

20 ECLI:NL:TNORAMS:2017:15 (Notamail 2017/119).

21 ECLI:NL:RBAMS:2016:6692.

22 ECLI:NL:GHAMS:2017:2698 (Notamail 2017/171).

bestuursbevoegd was ten aanzien van Y BV. Y BV heeft een tuchtklacht ingediend tegen de notaris. De notaris zou nader onderzoek naar de overboeking hebben nagelaten. Het hof acht deze klacht gegrond. Een notaris dient nader onderzoek te doen als bij een transactie een betaling wordt verricht door een derde die geen partij is bij de akte. Het enkel navragen bij X is niet voldoende. De notaris heeft de belangen van Y BV onvoldoende behartigd. De notaris wordt ook verweten dat hij later heeft meegewerkt aan de overdracht van aandelen terwijl hij wist dat deze met 'gestolen geld' waren verworven. Deze klacht is ongegrond. Het Hof oordeelt gelet op de Novitaris-criteria dat, ook al wist de notaris van de gerezen problemen tussen X en Y BV en dat X de eventuele koopprijs niet door zou betalen aan Y BV en daarmee wanprestatie zou plegen jegens Y BV, dit geen beletsel voor de notaris vormde om mee te werken aan de levering van de aandelen. Hij hoefde zijn diensten dan ook niet te weigeren.

#### HR 10 november 2017<sup>23</sup>

Een notaris had een hypotheekakte gepasseerd ten laste van vader in verband met een lening die hij had verkregen van twee kinderen. Het hypotheekrecht strekte echter niet alleen tot zekerheid voor deze geldlening, maar ook voor oudere schulden. Na het overlijden van vader bleek de nalatenschap negatief en konden de vorderingen van twee andere kinderen van vader niet meer voldaan worden. Het Hof oordeelde op grond van het Novitaris-arrest dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door mee te werken aan de hypotheekakte. Er ontstond een concreet gevaar dat de twee andere kinderen hun vorderingen niet op de nalatenschap zouden kunnen verhalen. De notaris wist van dit gevaar. Hij had hierom ministerie moeten weigeren wat betreft het verlenen van zekerheid voor de andere vorderingen. De notaris voerde in cassatie aan dat het hof ten onrechte de maatstaven van het Novitaris-arrest heeft toegepast, omdat hier geen sprake was van botsende rechten ter zake van het goed waarvan levering is verlangd of waarop vestiging van een beperkt recht is verzocht. Het hof had volgens de notaris de toetsingsmaatstaven van art. 21 lid 2 Wna moeten toepassen. De Hoge Raad oordeelt dat deze klacht faalt, omdat het Novitaris-arrest een algemene norm geeft voor de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden. Dit is een uitwerking van artikel 21 lid 2 Wna. Het hof heeft dan ook terecht de Novitaris-maatstaven tot richtsnoer genomen.

#### KvN Arnhem-Leeuwarden 25 mei 2018<sup>24</sup>

Een notaris passeert een leveringsakte met betrekking tot een onroerende zaak waarop een derde (X) een voorkeursrecht van koop had. X dient een tuchtklacht in tegen de notaris, omdat die volgens X dienst had moeten weigeren

vanwege het voorkeursrecht. De notaris stelt dat hij adequaat onderzoek heeft gedaan naar het voorkeursrecht en tot de conclusie is gekomen dat daar geen inbreuk op is gemaakt. Bovendien had de koper door de koop een sterker recht dan X. De Kamer voor het Notariaat stelt voorop dat de notaris ook aandacht moet hebben voor - en globaal onderzoek moet doen naar - de belangen van derden. Die onderzoeksplicht wordt echter begrensd door de geheimhoudingsplicht. De notaris is bovendien niet geëquipeerd voor een diepgaand feitenonderzoek naar rechtmatigheid van de beoogde levering. De verkoper heeft de notaris steeds geïnformeerd over de gesprekken met X. Benadrukt wordt dat het de notaris, vanwege het vertrouwelijke karakter van zijn werkzaamheden, niet vrijstond contact op te nemen met X. De Kamer komt tot de conclusie dat de notaris gezien de feiten en omstandigheden zorgvuldig gehandeld heeft en niet hoefde te twijfelen aan het uitgewerkt zijn van het voorkeursrecht. Hij kon daarom de leveringsakte passeren, sterker, hij was daartoe gehouden.

#### Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2019<sup>25</sup>

Een notaris stelde een positieve/negatieve hypotheekverklaring (in plaats van een hypotheekakte) op in verband met een door vader aan zijn zoon verstrekte lening. Het hof oordeelt - in navolging van de rechtbank - dat de notaris hierdoor zijn zorgplicht heeft geschonden. Hij had vader voor moeten lichten over de gevolgen en risico's van een dergelijke hypotheekverklaring ten opzichte van een (aanvankelijk bedoeld) recht van hypotheek, nu bij die variant een "harde" zekerheid ontbrak. De notaris had vader uitdrukkelijk schriftelijk voor moeten lichten over de gevolgen en risico's van het niet vestigen van een hypotheek, mede gelet op de leeftijd van vader (86 jaar) en diens financiële positie (*Belehrungspflicht*).

Daarnaast kan de notaris worden verweten dat hij enkele weken later een hypotheekakte heeft gepasseerd waarbij een lening bij de bank werd afgesloten, zonder vader te informeren en om toestemming te vragen. De notaris doet een beroep op het Novitaris-arrest en stelt dat zijn geheimhoudingsplicht eraan in de weg stond om vader te informeren. Het hof oordeelt echter dat de notaris onvoldoende voor de belangen van vader heeft gewaakt door er enerzijds niet op toe te zien dat vader zich realiseerde welke mogelijkheden de hypotheekverklaring hem bood en door zich anderzijds niet af te vragen op welke manier de lening van vader terugbetaald zou moeten worden. De notaris had de zoon in ieder geval dringend moeten wijzen op zijn verplichtingen ten opzichte van vader en hem moeten adviseren dat hij met vader zou overleggen over de terugbetaling van de lening. De geheimhoudingsplicht en ministerieplicht stonden daar niet aan in de weg.

#### Hof Amsterdam (notariskamer) 12 maart 2019<sup>26</sup>

Een notaris passeert een akte van kavelruil. Bij de voorbereidingen stuit hij op een leveringsakte van 30 jaar geleden, waarin aan de verkoper een ontbindingsrecht werd verleend als niet binnen zeven jaar na die levering aan de koper een ontzandingsvergunning zou zijn verleend. Ook is daarin geregeld dat de grond voor f 1,- moest worden

23 ECLI:NL:HR:2017:2850 (Notamail 2017/283).

24 ECLI:NL:TNORARL:2018:24 (Notamail 2018/175).

25 ECLI:NL:GHARL:2019:536 (Notamail 2019/30).

26 ECLI:NL:GHAMS:2019:800 (Notamail 2019/62).

teruggeleverd zodra de ontzanding was voltooid. De notaris heeft nagevraagd of de ontbindingsclausule nog belemmeringen kon opleveren voor de kavelruil. De koper van destijds antwoordde daar ontkennend op. Daarop heeft de notaris de akte van kavelruil gepasseerd. De verkoper van destijds dient een klacht in tegen de notaris, omdat de notaris naar zijn mening aan de koper van destijds toestemming had moeten vragen om bij hem (vroegere verkoper) te verifiëren of de terugleveringsclausule was vervallen. De Kamer voor het Notariaat verklaart de klacht gegrond en het hof bevestigt deze beslissing. De kavelruil heeft betrekking op de levering van een registergoed waarop ook een derde rechten kan doen gelden, welke rechten wel eens sterker zouden kunnen zijn dan het recht op levering van de beoogde verkrijger bij de kavelruil. De notaris heeft dan ook terecht nader onderzoek gedaan, maar de inhoud van de clausule roept de vraag op of hij niet meer onderzoek had moeten doen. Nu de notaris de context van de clausule niet kende had hij niet alleen moeten afgaan op de mededeling van de koper van destijds. Hij had ook de vroegere verkoper moeten benaderen, zodat ook die zijn visie had kunnen geven en had kunnen aangeven of hij al dan niet bezwaar had tegen de kavelruil. Zolang die verklaring er niet was had de notaris zijn dienstverlening moeten opschorten.

#### Hof Amsterdam 25 juni 2019<sup>27</sup>

Het vestigen van nieuwe hypotheekrechten op een registergoed zonder goedkeuring van de eerste en tweede hypotheekhouder (H) leidt tot een aansprakelijkheidstelling van de notaris. In een tussenarrest oordeelt het hof dat de notaris een beroepsfout heeft gemaakt en dat het aannemelijk is dat die fout tot schade bij H heeft geleid. In tweede instantie wijst het hof de schadevergoedingsvordering echter af nu er geen causaal verband bestaat tussen de bewezen beroepsfout en de geleden schade van H. Uit het Novitaris-arrest vloeit volgens het Hof voort dat een goed handelend notaris met zijn opdrachtgever overlegt over de nieuw te vestigen hypotheeken en hem informeert over de gevolgen daarvan. Het vestigen van die hypotheeken (zonder toestemming) zou immers leiden tot wanprestatie tegenover H. Door dit na te laten was er sprake van de beroepsfout. De notaris had echter niet de verplichting en de vrijheid (geheimhoudingsplicht) om dit rechtstreeks met H te bespreken, nu hij daartoe geen toestemming had. Het hof gaat er echter vanuit dat de eigenaar hoe dan ook had willen doorzetten met het vestigen van de nieuwe hypotheeken. Er is geen sprake van een sterker recht van H. Voor de notaris was er geen reden om aan te nemen dat schending van de afspraak met H ernstiger zou zijn dan schending van de afspraken met de nieuwe hypotheekhouders. Het hof concludeert dan ook dat notaris de nieuwe hypotheekakten wel moest passeren en zijn dienst niet had mogen weigeren. De belangen van H behoefden hem daar niet van te weerhouden.

#### 6. Ten slotte

Voor de notariële praktijk blijft het Novitaris-arrest van groot belang. Het enorme aantal artikelen en annotaties dat eraan gewijd is onderstreept dat.

Sinds Hof Amsterdam 23 januari 2018 zitten de tuchtrechter en de civiele rechter op één lijn. Ook in het (aanvankelijk strengere) tuchtrecht geldt nu de (soepeler) Novitaris-norm. De notaris is daarmee bevrijd uit een zeer benarde, soms vrijwel onmogelijke positie.

Na het Novitaris-arrest zijn er diverse vonnissen en arresten geweest waarbij min of meer vergelijkbare omstandigheden aan de orde waren. De rode draad in deze uitspraken is dat de notaris steeds een keuze moet maken wanneer er sprake is van tegengestelde belangen tussen twee (of meer) betrokkenen. Daarbij moet hij zich telkens de vraag stellen of hij aan de transactie of akte waarvoor zijn (ambtelijke) medewerking wordt gevraagd, kan meewerken of dat dienstweigering is geïndiceerd. Daarnaast moet de notaris goed beseffen dat zijn geheimhoudingsplicht hem ervan kan weerhouden om derden te informeren of om toestemming te vragen. Daarvoor heeft hij expliciet toestemming van de andere betrokkenen nodig. Zowel de civiele rechter als de tuchtrechter heeft beslist dat een notaris uit zijn geheimhoudingsplicht kan worden ontslagen.

De uitspraken laten zien dat het voor een notaris lang niet altijd eenvoudig is om een (verantwoorde) keuze te maken. Wat in ieder geval wel weer duidelijk is geworden, is dat de notaris zorgvuldig moet analyseren of er sprake is van botsende rechten en/of conflicterende belangen en, zo ja, of dan misschien het ene recht sterker is dan het andere. Hij heeft niet alleen een zorgplicht voor zijn cliënt/opdrachtgever, maar hij moet ook de relevante belangen van derden in het oog houden. Het is van groot belang dat de notaris zo nodig met partijen overlegt en nader onderzoek doet en dat hij partijen adequaat informeert en zorgvuldig *belehrt*. Een nauwkeurige (schriftelijke) vastlegging in het dossier van de gang van zaken en de analyse moet daarbij niet worden vergeten.

Er kunnen situaties zijn waarin de notaris niet kan beoordelen of de ene partij een sterkere positie heeft dan de andere en of zijn dienstverlening onrechtmatig handelen of wanprestatie (jegens een derde) tot gevolg heeft of 'faciliteert' en dus of er een beletsel is om mee te werken. Hij doet er dan verstandig aan om pas op de plaats te maken en het uiteindelijk aan het oordeel van de rechter over te laten of hij zijn ministerie moet verlenen of juist dienst moet weigeren.<sup>28</sup> Het blijft hoe dan ook een lastige afweging. Mogelijk kunnen de besproken uitspraken als richtingaanwijzers dienen.

27 ECLI:NL:GHAMS:2019:2128 (Notamail 2019/166).

28 Heyman geeft in zijn genoemde artikel aan het slot bij wijze van samenvatting een aantal vuistregels.