UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt

Perrick, S.

DOI

[10.5553/MvV/157457672015013012003](https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013012003)

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Maandblad voor Vermogensrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Perrick, S. (2015). De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt. *Maandblad voor Vermogensrecht*, 25(12), 355-361. <https://doi.org/10.5553/MvV/157457672015013012003>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (<https://dare.uva.nl>)

De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt

*Prof. dr. S. Perrick**

1 HR 3 april 2015 niet alleen voor notarissen een belangrijk arrest

In HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831 heeft de Hoge Raad duidelijke regels gegeven over de verhouding tussen de ministerieplicht van de notaris en de verplichting van de notaris om onder bijzondere omstandigheden ook een zekere zorg te betrachten voor de belangen van derden die mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.¹ Althans voor het geval de verlangde ambtshandeling betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop, terwijl ook derden rechten ten aanzien van dat goed kunnen doen gelden.

In het berechte geval zijn de volgende feiten van belang, waarvan de Hoge Raad, voor zover ik niet anders vermeld, in r.o. 3.1 is uitgegaan.

Eiseres tot cassatie is de voormalige echtgenote en enig erfgename van R. Sr., die eind 2010 is overleden. Bij leveringsakte van 29 februari 1988 hebben R. Jr. 1 en R. Jr. 2, zonen van R. Sr. en hierna gezamenlijk ook aan te duiden als 'de gebroeders R.', van hun vader de eigendom van een pand verkregen tegen een koopprijs van f 230.000 (€ 104.369,44). In deze leveringsakte is een aanbiedingsplicht opgenomen inhoudende dat ieder van de gebroeders R., alvorens tot gehele of gedeeltelijke vervreemding van zijn aandeel in het pand over te gaan, gehouden is dat aandeel eerst aan R. Sr. aan te bieden voor een prijs gelijk aan het te vervreemden aandeel in de in de leveringsakte gemelde koopsom. In de leveringsakte is ook bepaald dat indien een van de gebroeders R. de aanbiedingsverplichting niet nakomt, deze een onmiddellijk opeisbare boete van f 100.000 ten behoeve van R. Sr. verbeurt. R. Sr. heeft zijn

zonen bij e-mail van 5 september 2006 gewezen op het bestaan van de aanbiedingsplicht en hen verzocht daar rekening mee te houden. Bij brief van 7 september 2006 hebben de gebroeders R. het pand aan R. Sr. aangeboden voor een bedrag van € 395.000, welk bedrag volgens hen de aan het pand uitgevoerde verbouwingen en aanpassingen omvat. In deze brief is verder onder meer vermeld dat hiermee aan de aanbiedingsplicht was voldaan en dat deze tot uiterlijk 8 oktober 2006 gold. R. Sr. en de gebroeders R. corresponderen (per e-mail) verder over de aanbiedingsplicht.

Door middel van een e-mail van 14 juni 2007 van de accountant van de gebroeders R. aan een medewerker van De Novitaris B.V. (zoals de verweerder in cassatie sub 1 toen was genaamd) wordt deze gevraagd om te beoordelen en te bevestigen of de aanbiedingsplicht is komen te vervallen en het pand verkocht kan worden aan een derde. De medewerker heeft in een telefonisch gesprek van 19 juni 2007 met deze accountant aangegeven dat het de voorkeur zou genieten indien R. Sr. en de gebroeders R. nogmaals definitief zouden afspreken dat aan de aanbiedingsplicht was voldaan. De accountant zou een ander kortsluiten met de gebroeders R. In een telefoongesprek van 20 juni 2007 tussen de genoemde medewerker en de accountant deelt deze mee dat de gebroeders R. niet meer in discussie willen met hun vader over de aanbiedingsplicht en dat zij het eventuele boetebeding op de koop toe nemen.

Op 13 maart 2008 heeft De Novitaris de inmiddels met betrekking tot het pand gesloten koopovereenkomst ingeschreven in de openbare registers. De Hoge Raad vermeldt in r.o. 3.1 niet dat de koopovereenkomst met koper buiten toedoen van De Novitaris tot stand is gekomen. Dit gegeven heeft het hof in r.o. 3.5 wel in aanmerking genomen en kan van belang zijn bij de beantwoording van de vraag of de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door de akte van levering te passeren. Zie ook noot 12 van de conclusie van de advocaat-generaal (hierna: A-G), waarin wordt vermeld dat de notaris onweersproken heeft gesteld dat hij niet bij de verkoop betrokken is geweest. Ik ga ervan uit dat ook de Hoge Raad

* Prof. dr. S. Perrick is advocaat te Amsterdam en bijzonder hoogleraar aan de Universiteit van Amsterdam.

1. Dit arrest is in JOR 2015/189 geannoteerd door J.J. van Hees en in WPNR (2015) 7063 en WPNR (2015) 7067 van commentaar voorzien door B.C.M. Waaijer onderscheidenlijk H.W. Heyman. Een verkorte versie van dit artikel zal als noot verschijnen bij de publicatie van het arrest in de NJ.

van dit feit is uitgegaan. In r.o. 3.2.2 citeert hij namelijk r.o. 3.5 van het arrest van het hof. Ik betwijfel overigens of dat gegeven van doorslaggevend belang is bij de beoordeling van de onrechtmatigheid van het handelen van de notaris.²

Op 30 juni 2008 is de leveringsakte van het pand gepasseerd door een waarnemer van de erflater van de verweerders in cassatie sub 2. De koopprijs bedroeg € 300.000.

R. Sr. heeft op 10 juli 2009 een klacht ingediend tegen de waarnemer bij de Kamer van Toezicht. Deze klacht hield in dat zij haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij de leveringsakte heeft verleden zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. De Kamer van Toezicht heeft de klacht gegrond verklaard en de maatregel van waarschuwing opgelegd.³ Zie daarover onder 8.

2 De procedure in feitelijke instanties

In dit geding heeft eiseres tot cassatie de hoofdelijke veroordeling gevorderd van De Novitaris tot betaling van € 195.630,50, het verschil tussen de koopsom van € 300.000, waarvoor de gebroeders R. het pand aan een derde hebben verkocht, en € 104.369,44, de prijs waarvoor het pand aan R. Sr. diende te worden aangeboden. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat De Novitaris een onrechtmatige daad heeft gepleegd door op 30 juni 2008 de leveringsakte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, waardoor R. Sr. schade heeft geleden. Ik merk hierbij op dat de eventuele onrechtmatige daad jegens R. Sr. is gepleegd en dat eiseres in cassatie erflater eventueel als zijn enige erfgename is opgevolgd in diens eventuele vordering uit hoofde van deze onrechtmatige daad.

De rechtbank heeft De Novitaris hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, begroot op het totale bedrag van de door de gebroeders R. verschuldigde boete ad € 90.756,04 (f 200.000). De rechtbank heeft de overeengekomen boete kennelijk aangemerkt als een boete die bestemd is in de plaats te treden van de schadevergoeding op grond van de wet. Het hof is tot het oordeel gekomen dat de notaris niet in strijd met de zorgplicht van de notaris heeft gehandeld door de transportakte te passeren.

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt niet of de weduwe van R. Sr. eerst heeft getracht de boete bij de gebroeders R. te incasseren. Ervan uitgaande dat zij dat niet heeft gedaan, betwijfel ik of het eventuele verweer dat zij de boete eerst had dienen te (trachten te) verhalen op de gebroeders R. zou zijn geslaagd.⁴

2. Zie – mede in verband daarmee – over de vraag of de notaris mag meewerken aan de totstandkoming van een koopovereenkomst terwijl hij op de hoogte is van het voorkeursrecht, par. 6, slot.

3. Zie daarover par. 8.

4. Zie ook HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4084.

3 Algemene overwegingen van de Hoge Raad

De Hoge Raad stelt bij de beoordeling van het cassatiemiddel voorop:

- a. Op de notaris rust op grond van art. 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) een ministerieplicht. De notaris dient volgens art. 21 lid 2 Wna evenwel in een aantal gevallen zijn dienst te weigeren, onder meer wanneer hij andere dan de specifiek daar genoemde gronden heeft voor weigering. Een dergelijke andere grond is blijkens de wetsgeschiedenis de gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt, in welk geval de notaris zich door nader onderzoek eventueel kan laten overtuigen van het geoorloofde karakter ervan (r.o. 3.4.2).
- b. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen. 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 (r.o. 3.4.3).
- c. 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 terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zodanig geval behoort de notaris zich terughoudend op de stellen. Indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden, dient hij 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. Volgens de Hoge Raad is van een zodanig beletsel sprake:
 1. 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
 2. indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat laatste is niet voldoende dat de vreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde (r.o. 3.4.4).
- d. Onder partijen met wie de notaris dient te overleggen, begrijpt de Hoge Raad uitdrukkelijk niet de betrokken derde. Gelet op de in art. 22 Wna neergelegde geheimhoudingsplicht is het de notaris niet toegestaan zich tot deze te wenden. Mede gelet hierop kan de notaris zich slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring (r.o. 3.4.5).
- e. En 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 aan-

leiding vormen tot gereede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren (r.o. 3.4.6).

4 Oordelen van de Hoge Raad in de aan hem voorgelegde zaak

Na deze algemene overwegingen vermeldt de Hoge Raad dat in het onderhavige geval vaststaat dat:

- a. De Novitaris voorafgaand aan de gevraagde ambtsverrichtingen op de hoogte was van de aanbiedingsplicht; en
- b. De Novitaris geen uitsluitel heeft gekregen over de volvoering door de gebroeders R. aan hun aanbiedingsplicht.

Het hof kon volgens de Hoge Raad tot het oordeel komen dat het recht van R. Sr. geen beletsel opleverde de levering aan de koper doorgang te laten vinden (r.o. 3.5.1). De Hoge Raad overweegt dat niet doorslaggevend is of het De Novitaris bekend was dat de gebroeders R. door de levering van het pand aan de koper wanprestatie jegens R. Sr. zouden plegen. De Hoge Raad verwijst daarbij naar het slot van r.o. 3.4.4.⁵ Daarmee wil de Hoge Raad kennelijk onder woorden brengen dat het feit dat de gebroeders R. door het pand aan de koper te leveren wanprestatie jegens R. Sr. zouden plegen en dat De Novitaris daarvan op de hoogte was, geen grond voor De Novitaris was zijn ministerie te weigeren. Van een dergelijke grond zou slechts sprake zijn indien het De Novitaris bekend was dat de koper onrechtmatig zou handelen jegens R. Sr. door levering te verlangen, en voor dat laatste is niet voldoende dat de gebroeders R. met de levering aan de koper wanprestatie jegens hun vader zouden plegen.

Bij de beoordeling van de vraag of de koper een rechtmatig belang heeft bij de levering is (zie par. 3 onder c, punt 1) van belang of het recht van de koper in diens verhouding tot R. Sr. ingevolge art. 3:298 van het Burgerlijk Wetboek (BW) in beginsel voorging. Dat is volgens de Hoge Raad niet het geval, omdat met de plicht van de gebroeders R. om hun aandelen in het pand bij een voorgenomen vervreemding eerst aan hun vader aan te bieden nog geen sprake was van een recht op levering van vader als bedoeld in art. 3:298 BW (r.o. 3.5.4).

5 Oordelen van de Hoge Raad geven blijk van een evenwichtig oordeel en zijn overtuigend juist

De oordelen die de Hoge Raad in dit arrest geeft, zijn voor de praktijk van groot belang. Over de gevallen waarop de oordelen van de Hoge Raad betrekking hebben, bestond in de juridische literatuur grote verdeeldheid, zowel ten aanzien van de toepasselijke tuchtrechtelijke normen als over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris.⁶

De specifieke oordelen die de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 geeft, zien op de gevallen dat bij de door een cliënt verlangde levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden.

Een typisch voorbeeld geeft het door de Hoge Raad berechte geval. Het recht van de derde is voor de notaris een beletsel om mee te werken aan de levering of bezwaring van een goed indien de beoogd verkrijger onrechtmatig zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Daarvoor is, zoals de Hoge Raad onder verwijzing naar HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 opmerkt, niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde. Is het profiteren van de wanprestatie onrechtmatig jegens de derde, dan valt, zoals de A-G in nr. 2.26 van haar conclusie opmerkt, niet te ontkomen aan de conclusie dat het (bewust) meewerken aan de onrechtmatige daad tot een zekere ‘medeplichtigheid’ van de notaris aan deze onrechtmatige daad en daarmee tot een onrechtmatige daad van de notaris zelf leidt.

Het geval waarin de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, doet zich voor indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen. R. Sr. had geen recht op levering als bedoeld in art. 3:298 BW en dus kan er geen sprake zijn van een recht dat sterker is dan het recht op levering van de beoogd verkrijger. Een ander geval waarin een wettelijke regel een recht op levering als het sterkere recht aanwijst, is te vinden in art. 7:3 BW, dat aan de koper van een registergoed waarvan de koopovereenkomst is ingeschreven een sterker recht geeft jegens derden in de daar genoemde gevallen.

De Hoge Raad vindt met zijn oordelen naar mijn mening de juiste balans tussen enerzijds de ministerieplicht van de notaris en anderzijds diens verplichting om een zekere zorg te betrachten voor de belangen van derden. Dat kan naar mijn mening goed inzichtelijk worden gemaakt aan de hand van de rechtspositie van de cliënt van de notaris indien wij even abstraheren van de positie van de notaris. Indien de gebroeders R. hun verplichting tot levering van het pand aan de koper niet zouden nakomen, zou de koper de gebroeders R. in rechte kunnen betrekken en kunnen vorderen dat de gebroeders R. worden veroordeeld aan de koper te leveren. De rechter zou die vordering dienen toe te wijzen en zou op vordering van de koper op de voet van art. 3:300 BW tevens kunnen bepalen dat zijn vonnis dezelfde kracht heeft als de akte van levering. De gebroeders R. kunnen de vordering tot medewerking aan de levering niet afweren met een beroep op hun verplichting het pand aan te bieden aan R. Sr. Zij zouden zich niet met recht op art. 3:298 BW kunnen beroepen, want R. Sr. heeft geen recht op levering van het pand. Dat recht zou hij eerst hebben nadat hij een door de gebroeders R. in overeenstemming met hun aanbiedingsverplichting gedaan aanbod zou hebben aanvaard. Zou R. Sr. een aanbod hebben aanvaard en zouden de gebroeders R. het pand vervolgens alsnog verkopen, dan zou het recht van R. Sr. op grond van art. 3:298 BW in beginsel

5. Zie hiervoor par. 3, onder c, punt 2 (r.o. 3.5.2).

6. Zie daarover de doorwrochte en instructieve conclusie van de A-G. Voor de verschillen van mening over de civielrechtelijke aansprakelijkheid verwijs ik in het bijzonder naar nr. 2.22 e.v. van deze conclusie.

voorgaan; het is dan het oudste recht op levering. Zouden de gebroeders R. het pand nadat zij het hebben verkocht alsnog aanbieden aan R. Sr. en zou deze het aanbod aanvaarden, dan is diens recht op levering het jongste. Dat betekent niet zonder meer dat zijn recht niet het sterkste is, want volgens art. 3:298 BW kan het jongste recht voorgaan indien dit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeit. Daar zou wel wat voor te zeggen zijn nu het recht van R. Sr. gebaseerd is op een oudere overeenkomst dan de koopovereenkomst met de koper. In het berechte geval stond vast dat R. Sr. geen recht op levering had. Zouden de gebroeders R. zich tegen de vordering van de koper kunnen verweren met de stelling dat nakoming van hun verplichting tot levering aan de koper wanprestatie jegens R. Sr. zou meebrengen? Ik meen dat deze vraag ontkennend dient te worden beantwoord indien de koper niet onrechtmatig jegens R. Sr. zou handelen door levering te verlangen. Zou de koper door levering te verlangen wel onrechtmatig jegens R. Sr. handelen, dan dient de vordering van koper door de rechter te worden afgewezen. Wijst de rechter de vordering toe, dan zal de notaris de akte van levering uiteraard dienen te passeren. Daaruit volgt naar mijn mening dat de notaris in een geval dat de rechter een vordering tot levering zou toewijzen de akte van levering ook dient te passeren zonder rechterlijke tussenkomst. De notaris handelt dan niet onrechtmatig jegens de derde. De beslissingen van de Hoge Raad geven naar mijn mening dan ook blijk van een evenwichtig oordeel en zijn overtuigend juist. Ik vind ze ook niet verrassend.

6 Positie notaris indien hij wel betrokken zou zijn geweest bij het opmaken van de koopovereenkomst

In paragraaf 1 vermeldde ik dat de notaris in het berechte geval niet bij de verkoop aan koper betrokken is geweest. Hoe dient de positie van de notaris te worden beoordeeld indien hij betrokken zou zijn geweest bij het opmaken van de koopovereenkomst, zoals dat bijvoorbeeld in Amsterdam gebruikelijk is? Dan zou de notaris de koper hebben dienen voor te lichten over de verplichting van de gebroeders R. om het pand aan te bieden aan R. Sr., die blijkt uit de in de openbare registers ingeschreven akte van levering aan de gebroeders R. Zou de koper, indien hij na te zijn voorgelicht door de notaris de koopovereenkomst desalniettemin zou hebben getekend, onrechtmatig jegens R. Sr. hebben gehandeld door levering te verlangen? De verwijzing door de Hoge Raad in r.o. 3.4.4 naar HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 doet mij twijfelen over het antwoord. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de koper in beginsel niet onrechtmatig handelde door levering te verlangen, ook al pleegt de vervreemder met de levering wanprestatie jegens een derde. Voor dat oordeel lijkt op het eerste gezicht dragend te zijn dat de koper op het tijdstip van het sluiten van de koopovereenkomst niet op de hoogte was van het voorkeursrecht van de derde. De Hoge Raad stelt in r.o. 3.4 namelijk voorop:

‘Uitgangspunt in deze zaak is dat Joba ten tijde van de totstandkoming van de (...) koopovereenkomsten niet

bekend was met het voorkeursrecht van [verweerder]. Het stond Joba daarom in beginsel vrij, ook nadat zij alsnog van dat recht op de hoogte raakte, om de nakoming van die overeenkomsten na te streven, ook door vervroeging van de levering.’

Mijn aarzeling wordt veroorzaakt door het volgende. Het ‘ongekwalificeerd’ gebruik maken van wanprestatie⁷ is niet onrechtmatig. Uit de zojuist geciteerde passage zou a contrario kunnen worden afgeleid dat het Joba niet zou hebben vrijgestaan nakoming van de koopovereenkomsten na te streven indien Joba ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomsten reeds bekend was geweest met het voorkeursrecht van verweerder (de huurder). Ik zou dat echter niet direct willen aannemen en wat de Hoge Raad als uitgangspunt vooropstelt willen aanmerken als een feitelijke constatering. Met andere woorden: ook indien Joba op het tijdstip van de totstandkoming van de koopovereenkomsten bekend was geweest met het voorkeursrecht van huurder, zou Joba door het enkel sluiten van deze overeenkomsten niet onrechtmatig hebben gehandeld jegens de huurder met voorkeursrecht. Slechts bijkomende omstandigheden, die in deze casus ook een rol spelen, kunnen het handelen van Joba onrechtmatig maken. In het hiernavolgende ga ik ervan uit dat de Hoge Raad in HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 niet is afgeweken van zijn eerdere jurisprudentie.

Dit brengt mij bij het volgende. In het onderhavige arrest heeft de Hoge Raad zijn in de Tilburgse Hypotheekbank-arresten uitgesproken oordeel herhaald dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden ook verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde *ambtsverrichtingen*. Geldt een zekere zorgplicht ook indien cliënten andere verrichtingen dan ‘ambtsverrichtingen’ van de notaris verlangen?

Een goed voorbeeld van dergelijke andere verrichtingen geeft het geval dat een koper een notaris verzoekt de mondeling tussen partijen gesloten ‘koopovereenkomst’ van een woonhuis in een schriftelijke overeenkomst neer te leggen of een door partijen, eventueel met behulp van een makelaar, opgestelde conceptovereenkomst te beoordelen. Laten wij aannemen dat in de ‘aankomsttitel’ door de toenmalige verkoper (hierna: A) een voorkeursrecht is bedongen. Ik beperk mij nu tot de mondelinge ‘overeenkomst’. Deze bindt partijen (hierna: B en C) niet nu art. 7:2 BW voorschrijft dat de koop schriftelijk wordt aangegaan. Van een bekwaam handelende notaris mag worden verwacht dat hij in het kader van zijn werkzaamheden de ‘aankomsttitel’ raadpleegt. Laat hij dat na, dan pleegt hij wanprestatie jegens zijn cliënt C. Deze zal dientengevolge geen schade lijden, want hij kan er aanspraak op maken dat B aan hem levert. Op het tijdstip dat de koopovereenkomst schriftelijk werd aangegaan, was C niet op de hoogte van het voorkeurs-

7. Terminologie ontleend aan Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/66b.

recht van A. Overigens is de positie van C in beginsel niet anders dan in het geval de notaris geen wanprestatie jegens hem zou hebben gepleegd en de 'aankomsttitel' zou hebben ingezien en C zou hebben ingelicht over de aanbiedingsverplichting van B. Ook in dat geval zou C, tenzij er sprake is van bovenbedoelde bijkomende omstandigheden, niet onrechtmatig handelen jegens A door het onroerend goed te kopen en aan zich te laten leveren en zou een notaris zijn ministerie ter zake evenmin dienen te weigeren. En de notaris mag ook in dat geval meewerken aan de totstandkoming van de koopovereenkomst die B in strijd met een op hem jegens A rustende verplichting aangaat, ook indien C en de notaris van de verplichting op de hoogte zijn. Tenzij het globale onderzoek door de notaris naar eventuele bijkomende omstandigheden zijn oordeel rechtvaardigt dat het recht van de voorkeursgerechtigde een beletsel vormt voor de beoogde levering dan wel aanleiding vormt tot gereede twijfel daarover. Ook in dit geval, waarin het niet om een 'ambtsverrichting' gaat, staat de geheimhoudingsplicht van de notaris eraan in de weg dat hij zich tot de voorkeursgerechtigde wendt.

7 Arrest is ook van belang indien cliënt vestiging van een tweede hypotheekrecht verzoekt

Het oordeel van de Hoge Raad heeft ook betrekking op de vestiging van een beperkt recht 'terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden'. Hierbij is onder meer te denken aan het geval waarover de Notariskamer van het Hof Amsterdam oordeelde in Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685. In het berechte geval had de notaris een akte gepasseerd waarbij een tweede recht van hypotheek werd gevestigd terwijl de eigenaar daarvoor niet de vereiste toestemming van de eerste hypotheekhouder had verkregen. Het hof achtte de handelwijze van de notaris tuchtrechtelijk laakbaar, maar zag geen aanleiding voor het opleggen van een tuchtmaatregel. Dat de toestemming van de eerste hypotheekhouder vereist was, was kenbaar uit de, door de betreffende notaris gepasseerde, akte waarbij het eerste recht van hypotheek werd gevestigd.

Hoe dient het handelen van de notaris in het licht van het onderhavige arrest van de Hoge Raad te worden beoordeeld? Ik beantwoord deze vraag allereerst civielrechtelijk. Er is in dit geval niet sprake van botsende rechten tot levering. Daarbij kan hier in het midden blijven of art. 3:298 BW analogisch van toepassing is op het, zich hier niet voordoende, geval dat de eigenaar zich jegens twee partijen heeft verbonden een (tweede) recht van hypotheek te vestigen. Dan blijft de vraag te beantwoorden of de beoogde tweede hypotheekhouder onrechtmatig zou handelen jegens de eerste hypotheekhouder door van de eigenaar vestiging van het hypotheekrecht te verlangen terwijl hij weet dat de eigenaar de daarvoor vereiste toestemming van de eerste hypotheekhouder niet heeft verkregen. Ik meen dat die vraag als volgt dient te worden beantwoord. Voor het onrechtmatig handelen van de beoogde tweede hypotheekhouder jegens de eerste hypotheekhouder is niet voldoende dat de eigenaar jegens de eerste hypotheekhouder

wanprestatie pleegt en dat de beoogde tweede hypotheekhouder daarvan gebruik maakt. Daarvoor is, ook na HR 28 maart 2014, NJ 2014/194, nodig dat er sprake is van bijkomende omstandigheden. Dus in beginsel is niet onrechtmatig dat een financier een tweede recht van hypotheek bedingt terwijl hij weet, of behoort te weten, dat daarvoor de toestemming van de eerste hypotheekhouder is vereist en niet is verkregen. En in beginsel handelt de beoogde tweede hypotheekhouder evenmin onrechtmatig door vestiging van het tweede hypotheekrecht te verlangen en mee te werken aan de vestiging daarvan. Als dat zo is, bestaat er geen uitzondering op de ministerieplicht van de notaris jegens zijn ene cliënt, de beoogde tweede hypotheekhouder, noch jegens zijn andere cliënt, de beoogde hypotheekgever. Anders Heyman,⁸ die meent:

'Als notariële tussenkomst wanprestatie kan verhinderen, levert dat op zichzelf genomen alleen maar een winstpunt op en is sprake van toegevoegde waarde van het notariaat. Het civiele recht wordt hier niet tekort gedaan, integendeel.'

Het civiele recht zou wel degelijk tekort worden gedaan in een geval dat de beoogde tweede hypotheekhouder, zonder dat hij onrechtmatig handelt jegens de eerste hypotheekhouder, gerechtigd is van de eigenaar/kredietnemer te vorderen dat deze meewerkt aan de vestiging van het tweede hypotheekrecht. In een dergelijk geval dient de notaris zijn ministerie te verlenen. In de door mij weggelaten noot uit het citaat van Heyman verwijst deze onder meer naar Verstappen,⁹ die het preventief optreden van het notariaat een 'unique sellingpoint' noemt. In het licht van het onderhavige arrest een onhoudbaar standpunt: de notaris en het notariaat hebben hier niets te verkopen, de notaris dient zijn ministerie ook te verlenen indien een van de partijen bij de akte, door aan de levering of bezwaring mee te werken, jegens een derde wanprestatie pleegt. Dit is alleen anders indien de voor de notaris kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat het recht van die derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring dan wel aanleiding vormen tot gereede twijfel daarover. Heyman meent, naar mijn mening ten onrechte, dat het toetsingskader van het huidige arrest niet van toepassing is op 'deze situatie, waarbij geen sprake is van botsende obligatoire rechten'. Dat er geen sprake is van botsende obligatoire rechten is geen overtuigende grond voor zijn standpunt. Het 'toetsingskader' is immers ook van toepassing als er geen botsende rechten zijn en wel omdat er daarnaast sprake kan zijn van het geval dat de beoogde tweede hypotheekhouder onrechtmatig zou handelen door bezwaring – lees: vestiging van het tweede hypotheekrecht – te verlangen.

8 Verband met tuchtrecht

Ook in het hiervoor in paragraaf 7 (slot) behandelde geval zal gelden dat de notaris tuchtrechtelijk laakbaar handelt indien

8. WPNR (2015) 7067, onder 6. Ook Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4325 miskent dit naar mijn oordeel.

9. WPNR (2012) 6959.

hij meewerkt aan de vestiging van een tweede hypotheekrecht in een geval dat de beoogde tweede hypotheekhouder geen rechtmatig belang heeft bij de vestiging van het hypotheekrecht. Daarvan zal naar mijn mening slechts sprake zijn indien er volgens het civiele recht een uitzondering bestaat op de ministerieplicht van de notaris.

In paragraaf 1 vermeldde ik dat de Kamer van Toezicht aan de waarnemend notaris de maatregel van waarschuwing heeft opgelegd op de grond dat zij haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij de leveringsakte heeft verleden zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. Ik acht dit oordeel onjuist. Een notaris die, zoals in het berechte geval, verplicht is zijn ministerie te verlenen, handelt niet in strijd met een in de Wna neergelegde tuchtnorm.¹⁰

De waarnemend notaris heeft jegens R. Sr. geen zorgplicht geschonden door de leveringsakte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. Onder 2.8 e.v. van haar conclusie geeft de A-G de vrij consistente lijn weer die de tuchtrechtelijke jurisprudentie vertoont betreffende het meewerken door een notaris aan wanprestatie of onrechtmatige daad. De onder 2.10 van haar conclusie vermelde jurisprudentie van de Notariskamer van het Amsterdamse gerechtshof is naar mijn mening achterhaald voor zover daarin is geoordeeld dat een notaris tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld in een geval dat voor hem volgens de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest geformuleerde regels een ministerieplicht geldt. Men zou het vorenstaande aldus kunnen formuleren: uit het feit dat de notaris in gevallen waarop de oordelen van de Hoge Raad zien niet onrechtmatig handelt jegens anderen dan zijn cliënt, volgt dat hij ook niet tuchtrechtelijk laakbaar handelt. De vraag of er sprake is van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid, wordt beantwoord vanuit de civielrechtelijke onrechtmatigheid. Bij de beantwoording van de vraag naar de civielrechtelijke onrechtmatigheid speelt de zorgplicht ten aanzien van de belangen van derden een beslissende rol. Andersom is het naar mijn mening zo dat de notaris die onrechtmatig jegens een derde handelt wegens strijd met de zorg die hij jegens die derde dient te betrachten, ook tuchtrechtelijk laakbaar handelt. Dit laat in het algemeen onverlet de in het Vie d'Or-arrest¹¹ geformuleerde regel dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor een beroepsgroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. Zie r.o. 3.4.3, waar de Hoge Raad opmerkt dat indien de notaris de gevraagde dienst in strijd met zijn zorgplicht jegens een derde verleent, dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde *kan* meebrengen. Ik versta deze rechtsoverweging aldus dat het onrechtmatig handelen van de notaris jegens de derde, dat gelegen is in het handelen van de notaris in strijd met zijn zorgplicht jegens de derde, tot schadeplichtigheid van de notaris jegens de derde leidt, indien aan de

overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, waaronder schade en causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade.

Aan het slot van 2.6 van haar conclusie vermeldt de A-G:

‘Het is zelfs niet uitgesloten dat gedrag overeenkomstig door de tuchtrechter ontwikkelde normen kan leiden tot resultaten die niet stroken met hetgeen geldt volgens het civiele recht.’

Het lijkt mij aannemelijk dat de tuchtrechter in de toekomst niet meer zal oordelen dat de notaris tuchtrechtelijk laakbaar handelt in gevallen dat de verkoper in strijd met een op hem rustende verplichting handelt en de notaris verplicht is zijn ministerie te verlenen. Daarbij is van belang hetgeen de Hoge Raad in r.o. 3.4.5 en 3.4.6 overweegt: indien de voor de notaris kenbare feiten het globale 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 bezwaren te hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren. De Notariskamer, Hof Amsterdam 27 december 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:BM4632, oordeelde dat de notaris de koper en verkoper in overweging had dienen te geven hem in kort geding te dagvaarden zodat de voorzieningenrechter in kort geding een beslissing zou kunnen geven omtrent het al dan niet passeren van de akte, waarbij deze laatste alle belangen in zijn oordeelsvorming had kunnen betrekken. Deze weg zal de notaris niet behoeven te volgen indien hij tot het (globale) oordeel komt dat het recht van de derde geen beletsel vormt voor de beoogde levering. Is er sprake van de zojuist vermelde twijfel, dan mag de notaris de akte niet verlijden. Hij behoeft de koper en de verkoper ook niet in overweging te geven hem in kort geding te dagvaarden. Zouden de verkoper en/of de koper de notaris in kort geding dagvaarden teneinde de voorzieningenrechter te laten oordelen dat er onvoldoende grond is voor de gerede twijfel en de notaris te laten veroordelen de akte te verlijden, dan dient de notaris de akte te verlijden indien de voorzieningenrechter hem daartoe veroordeelt. Ik meen dat hij dan noch tuchtrechtelijk laakbaar handelt, noch onrechtmatig handelt jegens de derde, ook niet indien de rechter in een bodemprocedure in hoogste instantie beslist dat de koper geen rechtmatig belang bij de levering heeft. Het vorenstaande geldt ook indien de koper de verkoper in kort geding dagvaardt en de voorzieningenrechter de verkoper veroordeelt om aan koper te leveren.

9 Oordelen van Hoge Raad niet alleen van belang ten aanzien van registergoederen

De door de Hoge Raad gegeven oordelen zijn niet alleen van belang indien een derde ten aanzien van een registergoed rechten kan doen gelden, maar ook in andere gevallen dat de wet voor levering van een goed, of de vestiging van een beperkt recht daarop, een notariële akte voorschrijft. Daarbij is in het bijzonder te denken aan aandelen op naam in een bv of een nv.

10. Zie over de tuchtnorm de A-G in haar conclusie onder 2.7.

11. HR 13 oktober 2006, NJ 2008/528 m.nt. Van Dam onder NJ 2008/529.

Voor de levering van zodanige aandelen schrijft de wet (in beginsel) een daartoe bestemde notariële akte voor waarbij de betrokkenen partij zijn (zie art. 2:196 lid 1 en 2:86 lid 1 BW). Daarbij bedenke men dat de ‘aankomsttitel’ van de verkoper, waaruit eventueel een recht van een derde, bijvoorbeeld de persoon van wie de verkoper de aandelen heeft verkregen, blijkt niet uit het aandeelhoudersregister kenbaar hoeft te zijn. Dientengevolge zal de koper minder gemakkelijk kunnen vaststellen of de verkoper door de aandelen aan de koper te verkopen in strijd handelt met een voorkeursrecht van verkopers verkoper. Dat is niet noodzakelijkerwijs van belang, omdat het ‘ongekwalificeerd’ gebruik maken van verkopers wanprestatie door koper niet onrechtmatig is jegens verkopers verkoper. En voorts kan ook een voorkeursrecht zijn toegekend aan een ander, bijvoorbeeld de huurder van een pand, zoals in de casus waarover HR 28 maart 2014, NJ 2014/194 oordeelde, waarvan niet blijkt uit de aankomsttitel.

10 Relevantie arrest voor andere gevallen

De oordelen van de Hoge Raad hebben betrekking op het geval dat de van de notaris verlangde ambtshandeling betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop. Het door de Hoge Raad gekozen civielrechtelijke uitgangspunt kan naar mijn mening ook van belang zijn in andere gevallen. Ik licht dat toe aan de hand van het volgende aan mijn praktijk ontleende geval.

Een notaris passeert een akte, waarbij de enige aandeelhouder alle aandelen in een bv verpandt en het stemrecht voorwaardelijk wordt toegekend aan de pandhouder. Ten tijde van het passeren van de akte bevatten de statuten van de vennootschap geen enkel beletsel voor de verpanding van de aandelen en de voorwaardelijke toekenning van het stemrecht aan de pandhouder. Onmiddellijk na het passeren van de akte, waarbij het pandrecht werd gevestigd, heeft de notaris een akte houdende wijziging van de statuten van de vennootschap gepasseerd, ten gevolge waarvan de statuten bepalen: ‘Bij de vestiging van een pandrecht op een aandeel kan het stemrecht niet aan de pandhouder worden toegekend.’ De pandhouder heeft eerst enige tijd na het passeren van de akte van statutenwijziging van de voor hem belangrijke wijziging kennisgenomen. De bedoeling van de wijziging is geweest te voorkomen dat het stemrecht na vervulling van de voorwaarde waaronder het is toegekend, aan de pandhouder toekomt. Ik ga er in het kader van dit artikel van uit dat deze bedoeling is bereikt en laat de argumenten die ervoor pleiten dat dit met de weergegeven statutaire bepaling niet zo is, onbesproken.

Indien de aandeelhouder de cliënt van de notaris is, is het naar mijn mening duidelijk dat de notaris zijn ministerie had moeten weigeren. De aandeelhouder pleegt door mee te werken aan de statutenwijziging wanprestatie, althans een onrechtmatige daad, jegens de pandhouder, een derde. De zorgplicht van de notaris jegens deze derde brengt dan mee dat de notaris de akte van statutenwijziging niet mag passeren. Ik meen dat dit niet anders is indien, zoals ik aanneem, de vennootschap de

cliënt is van de notaris. Daarbij kan in het midden blijven of het onrechtmatige handelen van de enige aandeelhouder aan de vennootschap mag worden toegerekend. De notaris dient zijn ministerie ook te weigeren indien het passeren van de akte schadelijke gevolgen van de onrechtmatige daad van de enige aandeelhouder jegens de pandhouder bewerkstelligt.

11 Conclusie

Met het in deze bijdrage besproken en becommentarieerde arrest heeft de Hoge Raad aan het notariaat een duidelijk richtsnoer gegeven bij het beantwoorden van de vraag wanneer het een notaris niet vrijstaat zijn ministerie te weigeren, indien bij een door hem te passeren akte een derde is betrokken. De beantwoording van die vraag dient te geschieden aan de hand van de civielrechtelijke positie van de cliënt van de notaris.

Ik heb in mijn commentaar ook getracht de onduidelijkheid weg te nemen die over de betekenis van de oordelen van de Hoge Raad is ontstaan en het belang van deze oordelen aan te geven voor casusposities die strikt genomen niet onder de reikwijdte van het arrest vallen.