

Bedrijfsjuridische berichten, De notaris in spagaat; ministerieplicht versus meewerken aan wanprestatie jegens een derde

Onder bijzondere omstandigheden kan de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem verplichten tot een zekere zorg voor de belangen van derden, welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij het goed ten aanzien waarvan zijn ambtsverrichtingen worden verlangd. In bepaalde gevallen kan deze zorgplicht voor de notaris zelfs aanleiding zijn om zijn ministerie te weigeren of op te schorten. Daarvan is volgens de Hoge Raad sprake indien rechten van derden een ‘beletsel’ vormen voor de beoogde levering of bezwaring.

1. Inleiding

Om uiteenlopende redenen kan de behoefte bestaan om onderling afspraken te maken over de (onzekere) toekomst. Ook ten aanzien van onroerend goed. In dat kader kan bij een persoon of een bedrijf de wens bestaan om bijvoorbeeld een winkelpand ooit (weer) in eigendom te verkrijgen. Men kan daarbij denken aan de huurder die een voorkeursrecht overeenkomt met de eigenaar van het gehuurde, inhoudende dat hij bij verkoop het recht van eerste koop zal hebben.

Hoe de benaming ook moge zijn, een dergelijke partijafpraak is niet in ‘beton gegoten’. Van derdenwerking is – bijzondere omstandigheden daargelaten – geen sprake en in goederenrechtelijke zin is een dergelijke partijafpraak kwetsbaar. De eigenaar van het goed kan – om wat voor reden dan ook – ertoe besluiten om de overeengekomen aanbiedingsplicht te negeren. De notaris wiens ambtsverrichting in zo’n geval wordt gevraagd, staat al snel voor een (groot) dilemma. Meewerken aan de levering aan een andere dan de aanbiedingsgerechtigde, zal leiden tot een wanprestatie van zijn cliënt jegens degene met het recht op aanbidding. Weigert de notaris zijn ministerie, dan zal dit leiden tot een wanprestatie van zijn cliënt jegens de beoogde koper.

In het kader van de beantwoording van de vraag hoe de notaris in een dergelijk geval zal hebben te handelen, is het belangrijk rekening te houden met de moeilijke positie van de notaris. Aan de ene kant geniet de notaris groot maatschappelijk vertrouwen vanwege zijn poortwachtersfunctie, terwijl hij aan de andere kant de hem toebedeelde monopoliepositie en de daarbij behorende ministerieplicht in acht heeft te nemen (vgl. conclusie A-G Rank-Berenschot randnummer 2.25, ECLI:NL:PHR:2015:4).

2. De casus

In 1988 draagt ‘de vader’ aan zijn twee zonen de eigendom over van zijn winkelpand. De overeengekomen koopprijs bedraagt f°230.000. De vader wil dat het pand ook in de (verre) toekomst in de familie blijft. Daartoe wordt bij de leveringsakte bepaald dat de zonen, indien zij op enig moment hun aandeel in het pand wensen te verkopen, dat aandeel eerst aan hun vader zullen hebben aan te bieden. De prijs waarvoor het aandeel dient te worden aangeboden, is gelijk aan (het deel van) de

oorspronkelijke koopprijs. Afgesproken wordt dat bij niet-nakoming van deze aanbiedingsplicht de zonen, ieder afzonderlijk, een boete zullen verbeuren van f 100.000.

In 2006 zetten de zonen het winkelpand te koop. Gealarmeerd door deze verkoopwens, wijst de vader zijn zonen op 5 september 2006 op de in de leveringsakte opgenomen aanbiedingsplicht. Zijn zonen zijn evenwel bereid het pand aan hem te verkopen, echter wensen zij daarvoor een koopsom van € 395.000 te ontvangen. De vader verklaart zich niet bereid om op dit aanbod in te gaan en wijst zijn zonen op 15 september 2006 op de reeds in de leveringsakte overeengekomen prijs. Op 10 oktober 2006 hebben de zonen hun vader bericht dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, doch bij interesse contact met de makelaar kon worden opgenomen, waarbij wederom de vraagprijs van € 395.000 is vermeld.

In juni 2007 benadert de accountant van de twee zonen de notaris met de vraag of de zonen aan hun aanbiedingsplicht hebben voldaan door het pand voor € 395.000 te koop aan te bieden aan hun vader. De notaris geeft aan dat het strikt formeel gezien de voorkeur geniet dat partijen definitief afspreken dat aan de aanbiedingsplicht is voldaan en dat van de vader de toezegging wordt verkregen dat hij geen beroep meer zal doen op de aanbiedingsplicht.

Een dag later, op 20 juni 2007, vindt wederom telefonisch contact tussen de notaris en de accountant plaats, waaruit blijkt dat de zonen over de aanbiedingsplicht geen verdere discussie met de vader willen en een eventuele boete op de koop toe nemen. Uiteindelijk wordt op 13 maart 2008 de inmiddels met een ander gesloten koopovereenkomst door de notaris ingeschreven in de openbare registers. De koopprijs die de koper betaalt bedraagt € 300.000, waarbij de levering op 30 juni 2008 plaatsvindt.

3. De Kamer van Toezicht

In juli 2009 beklagt de vader zich over de notaris bij de tuchtrechter. Hij betoogt dat het winkelpand niet correct aan hem is aangeboden en dat zijn voorkeursrecht ten tijde van de levering niet was geëindigd. De notaris had zich volgens de vader ervan moeten vergewissen of het voorkeursrecht al dan niet was geëindigd. Door dit nalaten heeft het recht op aanbidding zijn waarde verloren. Deze handelswijze van de notaris is volgens de vader onzorgvuldig jegens hem geweest.

Het verweer van de notaris komt er – kort gezegd – op neer dat hij op basis van hierboven genoemd gesprek van 20 juni 2007 met de accountant ervan uit mocht gaan dat het voorkeursrecht reeds was geëindigd, alsmede dat het lange stilzitten van de vader van nadien zulks ook bevestigde.

Naar het oordeel van de tuchtrechter ligt dit anders. De notaris mocht er in de gegeven omstandigheden niet van uitgaan dat aan de aanbiedingsplicht was voldaan. Hij had de zonen moeten vragen naar een afstandsverklaring van de vader, en zich ervan moeten vergewissen dat het voorkeursrecht was geëindigd. Door dit na te laten en af te gaan op de verklaring van de (accountant van de) zonen, heeft de notaris in strijd gehandeld met de zorg die hij als notaris behoorde te betrachten ten opzichte van de vader. De tuchtrechter komt tot het oordeel dat de klacht gegrond is en legt daarbij de notaris de maatregel van waarschuwing op (Kamer van Toezicht 8 juni 2010, ECLI:TNOKROE:2010:YC0467).

4. Rechtbank

In 2011 heeft de gewezen echtgenote en enige erfgename van de (inmiddels overleden) vader de gang gemaakt naar de civiele rechter en de notaris aansprakelijk gesteld op grond van onrechtmatige daad. De notaris zou de op hem rustende zorgverplichting jegens de vader hebben geschonden door het passeren van de leveringsakte, zonder daarbij na te gaan of het recht op aanbidding was geëindigd. Ook het meewerken aan de door de zonen in het kader van de aanbiedingsplicht gepleegde

wanprestatie, zou volgens de gewezen echtgenote een onrechtmatige daad van de notaris jegens de vader opleveren. Als schadevergoeding heeft zij gevorderd de schade bestaande uit het verschil tussen de in het kader van de aanbiedingsplicht overeengekomen koopprijs en de uiteindelijk door de zonen gerealiseerde verkoopprijs, zijnde ongeveer € 200.000.

Door de notaris is verweer gevoerd. Van een aanbiedingsplicht van de zonen kon volgens hem niet worden gesproken, nu niet één, maar beide zonen hun aandelen wensten te verkopen. Van een zorgplichtschending jegens de vader is daarom volgens de notaris geen sprake. Daarnaast heeft de notaris aangevoerd dat zijn medewerking aan de door de zonen gepleegde wanprestatie geen onrechtmatige daad jegens de vader oplevert en het causaal verband tussen de vermeende fout en de gevorderde schade zou ontbreken.

Volgens de rechtbank rust op de notaris als openbaar ambtenaar een zorgvuldigheidsplicht die onder omstandigheden ook betrekking kan hebben op belangen van derden, die met de voorgenomen ambtshandeling zijn gemoeid. Als mogelijke relevante omstandigheden wijst de rechtbank op de aard van, en de inzicht in, het belang van de derde en de voorzienbaarheid en de omvang van de schade (Rechtbank Roermond 15 december 2011 r.o. 4.4, ECLI:NL:RBROE:2011:6536). Naar het oordeel van de rechtbank hebben de zonen niet voldaan aan hun aanbiedingsplicht en had de notaris in dat licht onvoldoende aanknopingspunten om er gerechtvaardigd op te mogen vertrouwen dat de vader afzag van zijn recht op aanbidding. De prijs waarvoor de zonen het pand aan hun vader hadden aangeboden, kwam immers niet overeen met de in de oorspronkelijke leveringsakte (in 1988) afgesproken prijs. De rechtbank acht het aannemelijk dat de vader – indien de aanbiedingsplicht correct zou zijn nagekomen – gebruik zou hebben gemaakt van zijn aanbiedingsrecht, welk recht volgens de rechtbank – in haar bewoordingen – een onmiskenbaar lucratief karakter heeft. De notaris had in dat kader van de zonen uitsluitel moeten verlangen omtrent de aanbiedingsplicht. De notaris wist immers van het bestaan ervan. Door dit na te laten, heeft de notaris willens en wetens het voorzienbare risico genomen dat aanzienlijke schade zou kunnen ontstaan bij de vader als rechthebbende van het recht op aanbidding. De notaris heeft hiermee, naar het oordeel van de rechtbank, in ernstige mate zijn zorgplicht geschonden, die hij in dit specifieke geval óók jegens een derde in acht heeft te nemen. De vraag of dit onrechtmatig handelen eveneens gegrond kan worden op het verlenen van medewerking aan het plegen van een wanprestatie, behoeft gezien het voorgaande, naar het oordeel van de rechtbank geen beantwoording (r.o. 4.5.3). De uiteindelijke schadevergoeding wordt door de rechtbank gemaximeerd tot de hoogte van de tussen partijen in de leveringsakte overeengekomen boetebepaling.

5. Gerechtshof

Ook naar het oordeel van het hof was de notaris ten tijde van de levering bekend met de aanbiedingsplicht van de zonen. Voorts was in hoger beroep onbestreden dat door de zonen aan hun aanbiedingsverplichting niet was voldaan. Het hof lijkt er – anders dan de rechtbank – echter van uit te gaan dat de zonen (uiteindelijk) in 2008 – al dan niet terecht – in de veronderstelling verkeerden dat het hen vrij stond om het pand aan de beoogde koper te verkopen.

Het hof oordeelt dat de van de notaris onder deze omstandigheden te vergen zorgvuldigheid niet zover gaat dat de notaris zelfstandig dient te beoordelen of de zonen hebben voldaan aan hun aanbiedingsplicht respectievelijk daarin niet zijn tekortgeschoten. Volgens het hof is daarbij van belang dat buiten toedoen van de notaris een situatie was ontstaan, waarbij de ministerie van de notaris aan de beoogde vervreemding van het pand mogelijk een inbreuk op de rechten van de vader opleverde, terwijl de weigering van de notaris om mee te werken aan de levering een mogelijke inbreuk op de rechten van

de beoogde koper tot gevolg zou hebben gehad. Het hof neemt daarbij in aanmerking (i) dat het recht van de beoogde koper ingevolge art. 3:298 BW in beginsel voorgaat; en (ii) de omstandigheid dat de vader gedurende anderhalf jaar de gelegenheid heeft gehad om zijn rechten veilig te stellen, maar zulks heeft nagelaten.

6.Hoge Raad

De notaris is in beginsel verplicht om zijn ministerie te verlenen, indien zijn cliënt daarom vraagt (art. 21 Wna). De notaris dient evenwel – naar het oordeel van de Hoge Raad en onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 21 lid 2 Wna – zijn ministerie te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de gevraagde werkzaamheid leidt tot strijd met bijvoorbeeld het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer de notaris 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 // 2009-2010, 32 250, nr. 3](#), p. 20).”

Onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak (Hoge Raad 3 april 2015, r.o. 3.4.3, ECLI:NL:HR:2015:831), benadrukt de Hoge Raad dat onder bijzondere omstandigheden de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem kan verplichten tot een zekere zorg voor de belangen van derden, welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij het goed ten aanzien waarvan zijn ambtsverrichtingen worden verlangd. Volgens de Hoge Raad kan deze zorgplicht in bepaalde gevallen voor de notaris aanleiding zijn om zijn medewerking te weigeren of op te schorten.

Wanneer de voor de notaris kenbare feiten aanleiding geven om te vermoeden dat derden rechten kunnen ontlenen aan het goed, ten aanzien waarvan de notaris om zijn ambtsverrichting wordt gevraagd, dient de notaris zich terughoudend op te stellen. De notaris heeft zich daarbij een oordeel te vormen over de bij de zaak betrokken belangen. Hij dient daarover in overleg te treden met partijen en zo nodig onderzoek te doen naar de bij de zaak betrokken belangen. Gelet op de geheimhoudingsplicht van de notaris mag hij zich daarbij, behoudens de toestemming van partijen, niet tot derden verstaan. Hij moet zijn onderzoek verrichten op basis van informatie die hem door partijen is verschaft of hem anderszins ter beschikking staat.

Vanwege het gebrek aan het instrumentarium voor een diepgaand onderzoek, mag de notaris volstaan met een globaal onderzoek, waarbij hij moet beoordelen of de beoogde verkrijger een rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring. Dit belang ontbreekt voor de beoogde verkrijger, indien het recht van een derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een ‘beletsel’ is volgens de Hoge Raad sprake indien het recht van een derde door een wettelijke regel als sterker recht wordt aangewezen of de beoogd verkrijger door levering of bezwaring te verlangen onrechtmatig jegens de derde zou handelen, waarbij niet voldoende is dat de ververvreemder met de levering of bezwaring een wanprestatie pleegt:

“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 voor gerede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te

hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren.”

Volgens de Hoge Raad ligt in het oordeel van het hof besloten dat het heeft onderzocht of de notaris, toen zijn ministerie werd gevraagd, tot het oordeel kon komen dat het recht van de vader geen beletsel vormde om de levering aan de beoogde koper door te zetten.

In zijn afsluitende overweging oordeelt de Hoge Raad dat de aanbiedingsplicht, zoals die in casu is overeengekomen, de vader geen recht op levering geeft in de zin van art. 3:298 BW. Van twee botsende rechten op levering in de zin van art. 3:298 BW is dan ook geen sprake.

7. Commentaar

Zie ik het goed, dan vliegt de rechtbank de zaak aan over de band van het verweer van de notaris. Mij valt daarbij op dat de rechtbank geen oog lijkt te hebben voor de spagaat waarin de notaris zich in het onderhavige geval bevindt. Bij de beoordeling van de zorgplicht van de notaris jegens de vader ten aanzien van het recht op aanbieding, gaat de rechtbank geheel niet in op het reeds ontstane (sterkere) recht op levering van de beoogde koper. De rechtbank lijkt over het hoofd te zien dat de notaris niet alleen een poortwachtersfunctie heeft, welke functie een groot maatschappelijk vertrouwen in hem schept, maar dat hij aan de andere kant – in beginsel – ook de verplichting heeft om zijn ministerie te verlenen, indien daarom door zijn cliënt wordt gevraagd (de ministerieplicht). Onduidelijk is of de rechtbank in dit kader tot een volledige belangenafweging is gekomen. Het hof leek voor deze spagaat meer oog te hebben. En volgens de Hoge Raad was dat terecht.

Deze uitspraak is een goede illustratie van de manier waarop derden belang kunnen hebben bij het werk van de notaris. Zowel de civiele rechter(s) als de tuchtrechter trekt zich dat lot van de derde aan, zo blijkt uit de rechtspraak. Hoever de zorgverplichting van de notaris jegens een derde zich in een geval als het onderhavige dient uit te strekken respectievelijk hoe deze dient te worden beoordeeld, lijkt in de praktijk grotendeels af te hangen van de aard van de procedure.

Naar het oordeel van de tuchtrechter diende de notaris zich in deze zaak ervan te vergewissen dat het voorkeursrecht was geëindigd. De (potentiele) wanprestatie van de zonen jegens de vader is hier naar het oordeel van de tuchtrechter op zichzelf al voldoende reden voor de notaris om zijn dienst te weigeren. Het civiele recht lijkt de notaris onder deze omstandigheden echter meer (verweers)mogelijkheden te bieden. Een verklaring hiervoor kan mogelijk gevonden in de omstandigheid dat de tuchtrechter – naar vaste tuchtrechtspraak – het meewerken aan een wanprestatie jegens een derde strenger beoordeelt en (dus) een verdergaande zorgplicht jegens derden lijkt toe te passen. Een (volgens critici) behoorlijk eendimensionale benadering, waarin maar weinig oog lijkt te bestaan voor de andere belangen waarmee de notaris rekening moet houden (zoals de belangen van de beoogde verkrijger bij de transactie) en de ‘Catch-22’ situatie waarin de notaris zich daardoor bevindt. De civiele rechtspraak heeft traditioneel meer oog voor die spagaat. Zie ook A-G Rank-Berenschot:

“Als gezegd is een veel gehoorde kritiek op de tuchtrechtelijke koers dat deze in strijd is met het civiele aansprakelijkheidsrecht betreffende het meewerken aan wanprestatie” (conclusie A-G Rank-Berenschot randnummer 2.17, vgl. ook randnummers 2.7-2.11 en de daarin opgesomde rechtspraak).

Belangrijk is voorts in dit kader dat het tuchtrecht tot doel heeft om in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen, waarbij de vraag centraal staat of de beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor de beroepsgroep geldende normen. Daarbij speelt ook het vertrouwen in de beroepsgroep een (grote) rol. Daarnaast hanteert men in de tuchtprocedure andere

maatstaven en vinden de in civiele procedure geldende bewijsregels in het tuchtrecht geen toepassing (conclusie A-G Rank-Berenschot randnummer 2.6, onder verwijzing naar HR 10 januari 2003, *NJ* 2003/537). Aan het oordeel van de tuchtrechter dat door de notaris laakbaar is gehandeld, kan dan niet de gevolgtrekking worden verbonden dat de notaris ook civielrechtelijk aansprakelijk is (conclusie A-G Rank-Berenschot randnummer 2.6). Op grond van bovenstaande, is het niet onlogisch dat de uitkomst van de zaak in de civiele procedure vooral ook door de strekking van art. 3:298 BW wordt bepaald. Daarbij is van belang dat koop een obligatoir, en aldus een persoonlijk, recht op levering schept. Persoonlijke rechten zijn, ongeacht hun tijdstip van ontstaan, even sterk (art. 3:277 BW). Art. 3:298 BW maakt een uitzondering op dit beginsel. Bij twee botsende rechten op levering ten aanzien van eenzelfde goed, gaat het oudste recht op levering in beginsel voor.

De notaris dient zich in een geval als de onderhavige een beeld te vormen van de belangen die zijn betrokken bij het goed ten aanzien waarvan zijn ambtsverrichting wordt gevraagd. Hij moet daarbij oordelen of het recht van een derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. De notaris mag naar het oordeel van de civiele rechter volstaan met een globaal onderzoek, nu hij niet over het instrumentarium beschikt om een diepgaand feitenonderzoek te verrichten. De notaris ziet zich in een dergelijk geval – hoe dan ook – geconfronteerd met zijn medewerking aan een wanprestatie; hetzij jegens de derde, hetzij jegens de beoogde verkrijger. Behoudens een beletsel die bestaat uit (i) een sterker recht (bijvoorbeeld in de zin van art. 3:298 BW); of (ii) een onrechtmatige daad van de beoogde verkrijger jegens de derde, dient de notaris zijn ministerie te verlenen. Voor dat laatste (een onrechtmatige daad van de beoogde verkrijger) is met name van belang – maar niet doorslaggevend – of de beoogde koper vóór de koop wist van bijvoorbeeld het voorkeursrecht van de derde.

Duidelijk is dat het civiele recht en het tuchtrecht in één en dezelfde casus tot verschillende uitkomsten kunnen leiden. Allerm minst duidelijk is echter wat de notaris de volgende keer in een soortgelijke situatie zou kunnen doen om zowel in het tuchtrecht als in het civiele rechtelijk vrijuit te gaan. Een mogelijkheid is dat de notaris de beoogde koper in overweging geeft om middels een kortgedingprocedure de rechter laat beslissen over het verlenen van zijn ministerie. Doet hij dit niet, dan lijkt de notaris in dit specifieke geval een keuze te moeten maken tussen twee 'kwaden'. Wellicht zal de Verordening dienstweigeren van de KNB, waar momenteel nog aan wordt gewerkt, het tuchtrecht en het civiele recht op dit punt nader tot elkaar kunnen brengen. Daarin wordt onder andere bepaald dat de enkele wanprestatie van de cliënt geen reden voor de notaris is om dienst te weigeren (conclusie A-G Rank-Berenschot randnummer 2.6).

Ondertussen is het interessant om over de versterking van de positie van de voorkeursgerechtigde na te denken. Van belang is dat de vader destijds het winkelpand ook in de (verre) toekomst in de familie wilde houden. Waarom er uiteindelijk is gekozen voor het recht op aanbidding om dit te bewerkstelligen, is moeilijk te achterhalen. Vandaag de dag had de vader er wellicht goed aan gedaan om een ander recht overeen te komen, dat een betere bescherming zou kunnen hebben bieden tegen het recht op levering van een eventuele latere koper. Denkbaar lijkt in dat kader dat de vader meteen na de verkoop aan zijn zonen een tweede koopovereenkomst met zijn zonen onder ontbindende of opschortende voorwaarde aangaat of dat hij een private volmacht ex 7:423 BW bedingt om het huis later weer aan zichzelf terug te leveren (W.M. Kleijn, Een onverwachte versterker van de optiehouder bij een registergoed, *WPNR* 2005, 6635/725). Een dergelijke constructie biedt waarschijnlijk minder snel de mogelijkheid om genegeerd worden.

Voetnoten

[1] Kemal Ertürk is advocaat bij Kennedy Van der Laan.