

Materieel recht

24

Tuchtrechtelijke maatstaf wordt aangepast aan civielrechtelijke maatstaf zoals geformuleerd in Novitaris-arrest

Gerechtshof Amsterdam
23 januari 2018, 200.215.570/01 NOT,
ECLI:NL:GHAMS:2018:166
Noot Mr. E.J.M. van Rijkevorsel-Teeuwen,
Mr. J. Mencke

Notarieel tuchtrecht. Ministerieplicht notaris en belangen van derden. Tuchtrechtelijke maatstaf. Civielrechtelijke maatstaf. Novitaris-arrest.

Sinds jaar en dag worstelt de notariële praktijk met de vraag hoe om te gaan met rechten van derden bij een rechtshandeling waaraan de notaris zijn medewerking wordt gevraagd. De oorzaak van het dilemma waar een notaris in een dergelijk geval voor wordt geplaatst, is gelegen in de op hem rustende ministerieplicht. In haar beslissing van 23 januari 2018 stelt de Notariskamer terecht voorop dat in algemene zin onderscheid moet worden gemaakt tussen het notariële tuchtrecht enerzijds en de civielrechtelijke aansprakelijkheid anderzijds. De aard van het tuchtrecht kan een dergelijk verschil volgens het hof rechtvaardigen. De grens ligt daar waar het verschil tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke norm het optreden van de notaris in het rechtsverkeer op onaanvaardbare wijze bemoeilijkt. Daarvan is volgens het hof sprake in een geval zoals het onderhavige.

1. [klager 1] (hierna: [klager 1]),
gevestigd, althans kantoorhoudend te [plaats],
2. [klager 2] (hierna: [klager 2]),
gevestigd, althans kantoorhoudend te [plaats],
appellanten,
gemachtigde: mr. P.L. Loeb, advocaat te Amsterdam,
tegen
mr. [naam],
notaris te [plaats],

geïntimeerde,
gemachtigde: mr. B. ten Doesschate, advocaat te Utrecht.

1 Het geding in hoger beroep

1.1. Appellanten (hierna: klagers) hebben op 11 mei 2017 een beroepschrift – met bijlage – bij het hof ingediend tegen de beslissing van de kamer voor het notariaat in het ressort Amsterdam (hierna: de kamer) van 13 april 2017 (ECLI:NL:TNORAMS:2017:15). De kamer heeft in de betreden beslissing de klacht van klagers tegen geïntimeerde (hierna: de notaris) ongegrond verklaard.

1.2. Op 29 mei 2017 heeft het hof van klagers een aanvullend beroepschrift ontvangen.

1.3. De notaris heeft op 11 juli 2017 een verweerschrift – met bijlagen – bij het hof ingediend.

1.4. De zaak is behandeld ter openbare terechtzitting van het hof van 9 november 2017. Namens klagers is de gemachtigde verschenen. Verder is de notaris, vergezeld van haar gemachtigde, verschenen. Allen hebben het woord gevoerd; beide gemachtigden aan de hand van aan het hof overgelegde pleitnota's.

2 Stukken van het geding

Het hof heeft kennis genomen van de inhoud van de door de kamer aan het hof toegezonden stukken van de eerste instantie en de hiervoor vermelde stukken.

3 Feiten

3.1. Het hof verwijst voor de feiten naar hetgeen de kamer in de bestreden beslissing heeft vastgesteld. Partijen hebben tegen de vaststelling van de feiten door de kamer geen bezwaar gemaakt, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.

3.2. Kort weergegeven gaat het in deze zaak om het volgende.

3.2.1. Bij hypotheekakte van 22 augustus 2007 heeft [klager 2] aan [bank] (hierna: [bank]) een recht van eerste hypotheek verleend op – verkort weergegeven – het recht van erfpacht met betrekking tot de kantoorgebouwen met verdere toebehoren aan de [adres] (hierna: het perceel) tot een bedrag van € 76.775.000,00, strekkende tot zekerheid voor de terugbetaling van al hetgeen [klager 2] aan [bank] was verschuldigd uit hoofde van een tussen partijen op 21 augustus 2007 gesloten geldlening.

3.2.2. [klager 2] is haar verplichtingen uit de over-

eenkomst van geldlening niet nagekomen, waarna [bank] heeft besloten tot uitwinning van haar hypotheekrecht op het perceel over te gaan. In dat kader zijn [bank], [klager 2] en [klager 1] in overleg getreden over de verkoop van het perceel. Klagers en [bank] hebben daartoe een 'Letter Of Intent' (hierna: LOI) getekend in september 2015.

3.2.3. [bank], [klager 2] en [klager 1] hebben blijkens de LOI gesproken over de wijze waarop het perceel aan [klager 1] zou worden geleverd. Zij hebben ervoor gekozen de executieprocedure van artikel 3:268 van het Burgerlijk Wetboek (BW) te volgen, om zuivering te verkrijgen van het tweede hypotheekrecht op het perceel, zonder in overleg te hoeven treden met de gerechtigde hiertoe.

3.2.4. [klager 1] zou volgens de LOI een onderhands bod doen van (per saldo) € 16.538.830,00. [bank] en [klager 1] hebben onderhandeld om te komen tot een zogenaamd pre auction agreement maar een dergelijke overeenkomst is niet tot stand gekomen. In een door de advocaat van klagers opgesteld concept is vermeld:

"(...) The Bank will commence the foreclosure process (...) ultimately on 15 April 2016. [notaris], civil law notary in [plaats] with [kantoor] (which law firm is also legal counsel to the Bank) will be the appointed notary for this foreclosure process (...)".

3.2.5. Op 15 april 2016 heeft [bank] een deurwaardersexploot doen uitbrengen met daarin de vaststelling van een datum en tijdstip van veiling van het perceel. De executieveiling zou plaatsvinden op 31 mei 2016, waarbij de notaris als veilingnotaris werd aangewezen.

3.2.6. [klager 1] heeft op 13 mei 2016 een onderhandse bieding gedaan van € 16.538.830,00. [bank] heeft op dezelfde dag nog twee andere onderhandse biedingen ontvangen, waaronder een bod van [BV] (hierna: [BV]) ter hoogte van € 24.000.000,00.

3.2.7. [bank] heeft de bieding van [BV] – naar ter zitting van het hof onweersproken van de zijde van de notaris is gesteld – op 16 mei 2016 aanvaard. Op 17 mei 2016 heeft de notaris de concept-koopovereenkomst tussen [bank] en [BV] opgesteld en dezelfde dag om 20:18 uur per e-mailbericht aan [bank] verzonden.

3.2.8. Op 17 mei 2016 te 22:11 uur heeft notaris mr. [notaris A], optredend als partijnotaris van [klager 1], de notaris in een e-mail onder meer bericht:

"(...) Ik heb aan de cliënt doorgegeven dat ze niet de hoogste bieder zijn."

Ik heb mij wel verbaasd over je bericht dat de executerende bank een bod van een andere (hogere) bieder heeft geaccepteerd. De Bank pleegt in haar overeenkomst met mijn cliënt bij een dergelijke acceptatie wanprestatie. Gezien jouw positie als onpartijdig notaris zal medewerking daaraan van jou niet mogen worden verwacht. (...)

Ik verwacht dat je mijn cliënt als bieder volledig op de hoogte houdt van de ontwikkelingen omtrent de acceptatie van een bod en eventuele indiening van een verzoek conform 3:268 lid 2 BW. (...)"

3.2.9. Op 19 mei 2016 heeft de notaris als gevolmachtigde van [bank] met [BV] de koopovereenkomst ondertekend.

3.2.10. Op 19 mei 2016 te 23:31 uur heeft de advocaat van [klager 1], mr. [advocaat A] (hierna: mr. [advocaat A]), de notaris in een e-mail onder meer bericht:

"(...) Onder verwijzing naar de e-mail van mijn kantoorgenoot mr. [notaris A] van 17 mei 2016 in zijn hoedanigheid van juridisch adviseur van [klager 1] (...) vraag ik (...) uw aandacht voor het volgende.

In voornoemde e-mail is aangegeven dat [bank] (...) bij de acceptatie van een onderhands bod (...) haar bindende exclusiviteitsovereenkomst met Cliënten (het hof leest hier en verder: [klager 1]) schendt en derhalve wanprestatie pleegt. (...)

Namens Cliënten verzoek ik u zich te onthouden van medewerking aan het executeren van de Koopovereenkomst en vervolghandelingen. Uw medewerking daaraan, alsmede het vervolgens terzake de Koopovereenkomst meewerken aan de procedure als bedoeld in artikel 3:268 lid 2 BW en – meer algemeen – eventuele overige handelingen van u als veilingnotaris die strekken tot (de medewerking aan) overdracht van het Verkochte aan een ander dan Cliënten, is naar het oordeel van Cliënten in strijd is met artikel 21 lid 2 Wna. (...)

Naar het oordeel van Cliënten is het in dit geval jegens hen onrechtmatig dat u als notaris medewerking verleent aan deze transactie – en daarmee: de wanprestatie van Bank jegens Cliënten – zonder uw ministerie op te schorten en eerst overleg te plegen met Cliënten. (...)

Als laatste zou het verlenen van uw ministerie in het gegeven geval de schijn van partijdigheid wekken bij u als notaris, aangezien de Bank wordt bijgestaan door uw kantoorgenoot Mr. [advocaat B]. (...)"

3.2.11. In een brief van 23 mei 2016 heeft de advocaat van de notaris onder meer de door mr. [advo-

caat A] gestelde onrechtmatigheid en partijdigheid van de hand gewezen en geschreven – kort samengevat – dat indien en zodra de overdracht mogelijk was, de notaris zou beslissen of zij haar ministerie al dan niet moest weigeren.

3.2.12. Bij verzoekschrift van 23 mei 2016 heeft [bank] de onderhandse koopovereenkomst met [BV] ter goedkeuring voorgelegd aan de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats].

3.2.13. [klager 1] heeft vervolgens [bank] in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] en – samengevat – gevorderd [bank] te bevelen het verzoekschrift ex artikel 3:268 BW in trekken, [bank] te verbieden om uitvoering te geven aan de koopovereenkomst met [BV] en [bank] te bevelen uitvoering te geven aan (artikel 13 van) de LOI en te goeder trouw en exclusief met [klager 1] in overleg en onderhandeling te treden om te komen tot de koop, verkoop en levering van het perceel.

3.2.14. In een brief van 6 juni 2016 heeft [klager 2] de notaris geschreven dat [klager 2] het niet in haar belang acht dat de koopovereenkomst resulteert in een overdracht van het perceel aan [BV], omdat volgens [klager 2] die overdracht zou resulteren in een schending van het exclusiviteitsbeding onder de LOI.

3.2.15. Bij vonnis van 29 juli 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] de vorderingen van [klager 1] afgewezen, overwegende, voor zover hier van belang, dat het belang van [bank] om de executie en de onderhandse verkoop van het perceel aan [BV] ongehinderd te kunnen voortzetten zwaarder moet wegen dan het belang van [klager 1] bij een toewijzing van de gevorderde voorziening. De voorzieningenrechter achtte het aannemelijk dat [bank] aanzienlijke schade zou lijden bij staking van de executie en een verbod op de koopovereenkomst met [BV]. Mocht in een bodemprocedure komen vast te staan dat [bank] ten opzichte van [klager 1] tekort is geschoten, dan was voldoende aannemelijk dat dit hoogstens zou kunnen leiden tot een veroordeling van [bank] om (een deel van) de schade te vergoeden.

3.2.16. Bij brief van 5 augustus 2016 heeft mr. [advocaat A] de notaris nogmaals in overweging gegeven haar ministerie te weigeren.

3.2.17. Bij e-mail van 19 augustus 2016 heeft de advocaat van de notaris hierop geantwoord dat geen sprake was van een weigeringsverplichting op de voet van artikel 21 lid 2 Wet op het nota-

risambt (Wna). De advocaat heeft herhaald dat de notaris de schijn van partijdigheid van de hand wijst.

3.2.18. Bij beschikking van 7 september 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] verlof verleend om het perceel onderhands te verkopen aan [BV] voor een bedrag van € 24.000.000,00 k.k.

3.2.19. Op grond van voormelde beschikking zou de levering van het perceel plaatsvinden op 12 september 2016.

3.2.20. Klagers hebben op 8 september 2016 klachten bij de kamer ingediend en op grond van artikel 106 Wna de voorzitter van de kamer verzocht om gedurende de behandeling van de klachten de notaris te verbieden verder mee te werken aan de veilingprocedure c.q. aan de levering van het perceel aan enige andere derde dan [klager 1] of een door haar aangewezen groepsvennootschap.

3.2.21. Op 9 september 2016 heeft de notaris aan [BV] meegedeeld dat het haar onder dreiging van de klachten niet vrij stond om medewerking te verlenen aan het tekenen van de akte van levering en dat het transport tot nader order niet kon doorgaan. Ook heeft de notaris erop gewezen dat de beschikking van 7 september 2016 niet uitvoerbaar bij voorraad is verklaard.

3.2.22. Bij brief van 16 september 2016 heeft [BV] de notaris verzocht alsnog haar ministerie te verlenen aan het passeren van de leveringsakte.

3.2.23. Bij verweerschriften van 16 september 2016 heeft de notaris de voorzitter van de kamer verzocht niet over te gaan tot het opleggen van een ordemaatregel op de voet van artikel 106 Wna.

3.2.24. Bij beroepschrift van 20 september 2016 is [klager 2] bij het gerechtshof [plaats] in hoger beroep gegaan tegen de beschikking van 7 september 2016 van de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats]. Dit hoger beroep is enige tijd later, op 26 oktober 2016, ingetrokken.

3.2.25. Bij brief van 22 september 2016 heeft de voorzitter van de kamer aan klagers meegedeeld geen grond te zien voor een ordemaatregel op de voet van artikel 106 Wna.

3.2.26. Bij brief van 22 september 2016 heeft [BV] de notaris wederom verzocht haar ministerie te verlenen, bij gebreke waarvan [BV] een kort geding tegen de notaris aanhangig zou maken.

3.2.27. Bij brief van 26 september 2016 heeft de advocaat van de notaris [BV] meegedeeld dat de

situatie door een rechter diende te worden beoordeeld en dat de notaris er de voorkeur aan gaf om de beslissing van de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] af te wachten. Voorts heeft hij namens de notaris meegedeeld dat zij bereid was om vrijwillig in dat kort geding te verschijnen en dat zij klagers van het kort geding in kennis diende te stellen. Klagers hebben zich in kort geding gevoegd aan de zijde van de notaris.

3.2.28. Bij vonnis van 17 oktober 2016 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] de beschikking van de voorzieningenrechter van de rechtbank [plaats] van 7 september 2016 alsnog uitvoerbaar bij voorraad verklaard en de notaris veroordeeld om binnen twee dagen na betekening van het vonnis de leveringsakte te passeren.

3.2.29. Op 18 oktober 2016 heeft de notaris de leveringsakte gepasseerd waarbij het perceel is overgedragen aan [BV]. Dezelfde dag is de akte ingeschreven in de openbare registers.

4 Standpunt van klagers

Het verwijt dat klagers de notaris maken bestaat uit de navolgende onderdelen.

1. De notaris had als veilingnotaris uiterlijk vanaf de kennisgeving van (de gestelde) wanprestatie door de betrokkenen op 17 mei 2016 haar diensten moeten weigeren omdat op dat moment sprake was van een schending van een contractueel recht van een derde ([klager 1]) zonder dat een concurrent leveringsrecht (de koopovereenkomst tussen [BV] en [bank]) of een (andere) rechtvaardigingsgrond aanwezig was.

2. De notaris had, subsidiair, haar diensten moeten weigeren bij het tot stand komen van het recht op levering dat aan [BV] is toegekomen door het executeren van de koopovereenkomst.

3. De notaris had, ten derde, haar diensten moeten weigeren bij iedere andere handeling die strekte tot de totstandkoming en tenuitvoerlegging van de koopovereenkomst tussen [BV] en [bank], waaronder begrepen maar niet beperkt tot haar handelingen in het kader van de verzoekschriftprocedure bij de rechtbank [plaats] en alle andere handelingen ter uitoefening van haar ambt als veilingnotaris.

4. Verder heeft de notaris de schijn van partijdigheid gewekt door in strijd met de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (Vbg) als veilingnotaris op te treden in een executoriale veiling waar haar kantoorgenoot mr. [advocaat B] als

partijadviseur voor [bank] bij betrokken was terwijl betrokkenen expliciet daartegen bezwaar hadden gemaakt. Vanwege de ontbrekende toestemming van de betrokkenen had de notaris haar diensten niet mogen verlenen, of ten minste haar diensten moeten staken per moment dat de betrokkenen hun bezwaren kenbaar maakten.

[klager 2] maakt de notaris voorts het navolgende verwijt.

5. De notaris had het belang van [klager 2] in de verzoekschriftprocedure bij de rechtbank [plaats] moeten bewaken. Dat belang is onder andere gelegen in het genereren van de hoogst mogelijke executieopbrengst. De notaris weet of behoort te weten dat: (i) er marktpartijen zijn die in een openbare veiling een hoger bod willen doen; en (ii) de hypotheekhouder afwijzend is tegen ieder ander hoger bod dan het bod van [BV]. Door haar medewerking te (blijven) verlenen aan de levering van het perceel aan [BV] heeft de notaris meegewerkt aan schending van de zorgplicht van [bank] jegens [klager 2] en heeft zij het belang van de hypotheekgever veronachtzaamd en [klager 2] benadeeld. De LOI is tevens door [klager 2] ondertekend. Het was in het belang van [klager 2] om te voorkomen dat verdere wanprestatie werd gepleegd. De notaris heeft in strijd met dat belang gehandeld.

5 Standpunt van de notaris

De notaris heeft verweer gevoerd. Het standpunt van de notaris wordt, voor zover relevant, hieronder besproken.

6 Beoordeling

Klachtonderdelen 1, 2 en 3

6.1. Gezien de onderlinge samenhang zal het hof deze klachtonderdelen gezamenlijk behandelen.

6.2. Klagers verwijten de notaris in deze klachtonderdelen niet dat zij de opdracht om als veilingnotaris op te treden heeft aanvaard. De kern van de klacht is dat de notaris haar verdere diensten als veilingnotaris had moeten weigeren na ontvangst van het e-mailbericht van 17 mei 2016 van notaris mr. [notaris A], respectievelijk de sommatie van mr. [advocaat A] van 20 mei 2016, gelet op het belangenconflict tussen [klager 1] en [bank] over de verkoop van het perceel en de uitleg van de LOI.

6.3. De notaris heeft aangevoerd dat zij tot het bericht van mr. [notaris A] niet op de hoogte was van de (inhoud van de) LOI en de beweerdelijke

wanprestatie van [bank] jegens [klager 1]. Aangezien sprake was van een hoger bod van [BV], welk bod reeds door [bank] was aanvaard vóórdat zij de e-mail van mr. [notaris A] ontving, heeft zij op goede gronden kunnen meewerken aan de uitvoering van de koopovereenkomst. Zij heeft, reeds voor ontvangst van de e-mail, de concept-koopovereenkomst aan [bank] verzonden en zij heeft daarna verdere uitvoering aan de koopovereenkomst gegeven. De notaris had gegronde redenen om aan te nemen dat de door [klager 1] gepretendeerde aanspraken niet in de weg behoefden te staan aan verkoop en levering aan [BV]. Ook was zij op grond van het Novitaris-arrest (ECLI:NL:HR:2015:831) niet gehouden om haar dienstverlening te staken. Verder heeft de notaris erop gewezen dat het stoppen van de veilingprocedure aanzienlijke schade voor [bank] zou hebben veroorzaakt. Volgens de notaris was zij niet verplicht om haar diensten te weigeren.

6.4.1. Het hof dient te beoordelen of de notaris haar dienst had moeten weigeren omdat zij, zo wordt haar althans verweten, ermee bekend was dat haar dienstverlening een tekortkoming van [bank] jegens [klager 1] tot gevolg heeft. Bij dit oordeel dient het hof acht te slaan op de artikelen 93 lid 1, artikel 17 lid 1 en in het bijzonder artikel 21 van de Wet op het Notarisambt (Wna), dat de notaris verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten (lid 1), behoudens het bepaalde in het tweede, derde, en vierde lid. Het tweede lid bepaalt vervolgens dat de notaris verplicht is zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt 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.

6.4.2. Ter uitwerking van het bepaalde in de artikelen 93 lid 1, artikel 17 lid 1 en artikel 21 lid 1 en 2 Wna heeft het hof in zijn uitspraken van 24 mei 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685) en 4 april 2017 (ECLI:NL:GHAMS:2017:1120) overwogen dat er in het algemeen goede gronden als bedoeld in artikel 21 lid 2 Wna zijn om dienst te weigeren indien het de notaris bekend is dat zijn dienstverlening een onrechtmatige daad jegens een derde of een tekortkoming jegens een derde in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige

daad jegens een derde door één of meer bij de transactie betrokken partijen tot gevolg heeft. Daarbij is verder overwogen dat van de notaris weliswaar wordt verlangd dat hij zich terughoudend opstelt in geval van conflicterende rechten, maar dat hij niet onder alle omstandigheden verplicht is tot dienstweigering. Indien dienstweigering leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij dat de notaris (ingevolge artikel 17 lid 1 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid) dient te behartigen, kan de notaris in verband daarmee tot de conclusie komen dat hij zijn medewerking desondanks dient te verlenen.

6.4.3. Deze tot op heden gehanteerde tuchtrechtelijke maatstaf is een andere dan de civielrechtelijke maatstaf die de Hoge Raad hanteert in het door de notaris genoemde Novitaris-arrest en die is herhaald in HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850. De tuchtrechtelijke maatstaf neemt tot uitgangspunt dat de notaris in de gevallen die hier aan de orde zijn, zijn dienst moet weigeren, *tenzij* sprake zou zijn van een schending van een rechtmatig belang van een bij de te verrichten rechtshandeling betrokken partij dat de notaris ingevolge artikel 17 lid 1 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te behartigen; in dat geval *kan* de notaris tot de conclusie komen dat hij zijn medewerking toch dient te verlenen. De civielrechtelijke maatstaf neemt tot uitgangspunt dat de notaris zijn dienst moet weigeren of opschorten, *indien* hij weet of na onderzoek tot het oordeel komt dat de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij een levering of bezwaring van een goed, hetgeen het geval is indien het recht van een derde door een wettelijke regel als het sterkere recht is aangewezen of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen.

6.4.4. Het notarieel tuchtrecht strekt er primair toe in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen, niet om de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris vast te stellen. In de tuchtprocedure staat ter beoordeling of een notaris in overeenstemming heeft gehandeld met de voor zijn beroepsgroep geldende normen en gedragsregels. Die beoordeling geschiedt aan de hand van andere maatstaven dan die worden gehanteerd bij de beoordeling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid en zonder de in een civiele procedure geldende en mede ter

bescherming van de gedaagde (notaris) strekken de bewijsregels (HR 10 januari 2003, NJ 2003/537, ECLI:NL:HR:2003:AF0690). Het hof overweegt dat het verschil in de aard van het tuchtrecht en het civiele recht kan rechtvaardigen dat de tuchtrechter andere en hogere eisen stelt aan het handelen of nalaten van een notaris of de door hem te betrachten zorg, mits die eisen niet zodanig uiteenlopen dat het tuchtrecht van de notaris een handelen of nalaten van een andere mate van zorg verlangt dan het civiele recht en het optreden van de notaris in het rechtsverkeer daardoor op onaanvaardbare wijze wordt bemoeilijkt.

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 dienstweigerings 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.

6.4.6. Dat betekent dat het hof de tot deze uitspraak gehanteerde tuchtrechtelijk maatstaf in gevallen als in deze zaak aan de orde aanpast en in overeenstemming brengt met de maatstaf zoals die door de Hoge Raad is geformuleerd in het hiervoor genoemde Novitaris-arrest. Ter vermijding van misverstanden neemt het hof de formulering van deze maatstaf onverkort over als volgt:

– Art. 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) verplicht de notaris de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Hij dient zijn dienst evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die

kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna). Bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt dient de notaris zijn dienst te weigeren of zich door nader onderzoek te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan (Kamerstukken II 2009-2010, 32 250, nr. 3, p. 20).

– De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkterwijs 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.

– De belangen van derden zijn onder meer betrokken bij de verlangde ambtsverrichting indien deze betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop (hierna: de levering of bezwaring), terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zodanig geval behoort de notaris zich terughoudend op te stellen (vgl. Kamerstukken II 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 26).

– Indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat laatste is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde.

– Bij het voorgaande is van belang dat het de notaris, gelet op de in art. 22 Wna neergelegde geheimhoudingsplicht, niet is toegestaan zich tot de betrokken derde te richten, behoudens voor zover partijen hem daarvoor toestemming verlenen. Hij

dient zijn onderzoek dan ook te verrichten op basis van informatie die hem door partijen wordt verschafte 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 gerede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren.

6.5. Uit de stukken blijkt dat de hypotheekhouder [bank] de notaris op de voet van artikel 3:268 BW heeft aangewezen als veilingnotaris. In die hoedanigheid dient de notaris te bevorderen dat voor de hypotheekhouder de hoogste opbrengst wordt gerealiseerd. Dat is ook in het belang van de schuldenaar, [klager 2], en mogelijke andere schuldeisers. Als veilingnotaris was de notaris verantwoordelijk voor de voortgang van het reeds in gang gezette veilingtraject. In dit traject zijn op 13 mei 2016 drie onderhandse biedingen gedaan, waarbij [BV] een aanzienlijk hoger bod heeft uitgebracht dan [klager 1]. [bank] heeft vervolgens het bod van [BV] aanvaard.

6.6. Gelet op de feiten en omstandigheden is het hof van oordeel dat de notaris geen reden voor dienstweigering had. Zij kon haar werkzaamheden als veilingnotaris in beginsel voortzetten en verdere uitvoering geven aan de koopovereenkomst, aangezien [BV], na aanvaarding van het onderhandse bod van [BV] door [bank], derhalve reeds op 16 mei 2016 en een dag vóór het bericht van mr. [notaris A], een sterker recht op levering van het perceel had dan [klager 1]. Het sterker recht is niet tot stand gebracht door de notaris maar door de aanvaarding door [bank] van het bod van [BV]. Op de voet van artikel 3:268 lid 2 BW diende het onderhandse bod vervolgens ter goedkeuring aan de voorzieningenrechter van de rechtbank te worden voorgelegd. De notaris kon op goede gronden tot het oordeel komen dat het door [klager 1] gestelde recht geen beletsel vormde voor de beoogde levering. Er was geen aanleiding tot gerede twijfel daarover.

Overigens is rechtens niet vast komen te staan dat

[bank] jegens [klager 1] wanprestatie heeft gepleegd. Tevens is niet aannemelijk geworden dat de notaris reeds eerder kennis droeg van de inhoud van de LOI. De notaris is bij de voortzetting van haar dienstverlening naar het oordeel van het hof zorgvuldig te werk gegaan, aangezien zij op verschillende momenten het oordeel van de rechter heeft afgewacht alvorens haar werkzaamheden te verrichten. Voorts is van belang dat een veilingnotaris het veilingtraject niet zomaar kan afbreken omdat daarbij allerlei belangen zijn betrokken.

Het hof acht deze klachtonderdelen, evenals de kamer, ongegrond.

Klachtonderdeel 4

6.7. Op grond van artikel 18 lid 2 Vbg passeert een notaris geen akten bij de totstandkoming waarvan hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van een van de partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen op grond van aan hen vooraf verstrekte informatie. Op grond van artikel 18 lid 3 Vbg dient de instrumenterende notaris zich als zodanig terug te trekken zodra een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict tussen partijen is ontstaan of dreigt te ontstaan over de rol van de notaris als instrumenterende notaris, zoals bedoeld in artikel 18 lid 2 Vbg.

6.8. De notaris meent dat zij zich niet als veilingnotaris hoefde terug te trekken. De notaris heeft erop gewezen dat [klager 1] niet meer als mogelijke partij in beeld was, toen bleek dat zij niet het hoogste bod had uitgebracht. Omdat de werkzaamheden van de notaris verband hielden met de koopovereenkomst tussen [bank] en [BV] en met de levering door [bank] aan [BV], speelde het belangenconflict tussen [bank] en [klager 1] geen rol. [klager 2] was als schuldenaar wel een belanghebbende jegens wie de notaris een zorgplicht heeft, maar niet een betrokken partij in de zin van artikel 18 lid 2 Vbg, aldus de notaris.

6.9. De notaris is opgetreden als veilingnotaris zoals bedoeld in artikel 3:268 BW, ter uitoefening van het recht van parate executie van [bank] als hypotheekhouder. Zoals ook door de kamer is overwogen krijgt een notaris de opdracht tot een veiling weliswaar van de hypotheekhouder, maar voert hij die rol in onafhankelijkheid uit. De veilingnotaris kan dus niet worden beschouwd als partijnotaris in de zin van artikel 18 Vbg. Een veilingnotaris treedt op als regisseur in de executieprocedure en dient zich op grond van artikel 17

lid 1 Wna onpartijdig op te stellen jegens alle bij de executie betrokkenen.

6.10. Op grond van het dossier staat vast dat noch de notaris, noch één van haar kantoorgenoten bij de totstandkoming van de LOI betrokken is geweest. In de LOI is bepaald dat een veilingnotaris zou worden aangewezen, zodat klagers daarvan op de hoogte waren. Nadat de LOI was ondertekend, is de veilingopdracht door [bank] aan de notaris gegeven. Tevens heeft [bank] zich tot mr. [advocaat B], advocaat en een kantoorgenoot van de notaris, gewend voor bijstand in het kader van de onderhandelingen over een pre auction agreement tussen [bank] en [klager 1]. Klagers waren ervan op de hoogte dat de notaris kantoorgenoot was van mr. [advocaat B] en hebben daartegen geen bezwaar aangetekend (vgl. 3.2.4.).

Het staat verder vast dat geen overeenstemming over een pre auction agreement is bereikt. Ter zitting in hoger beroep heeft de notaris verklaard dat zij wist dat [advocaat B] hiermee bezig was; de notaris heeft in verband hiermee geen werkzaamheden verricht. Voorts is niet gebleken dat mr. [advocaat B] bemoeienis heeft gehad met de akte waarmee het perceel aan [BV] is overgedragen.

6.11. Het hof is van oordeel dat de notaris zich in deze zaak niet heeft hoeven terugtrekken op het moment dat klagers bezwaar aantekenden tegen haar betrokkenheid aangezien klagers, professionele partijen voorzien van deskundige juridische bijstand, van meet af aan wisten wie bij de procedure betrokken waren en wat de rol van een ieder was. Daarbij komt dat de notaris op verschillende momenten haar werkzaamheden als veilingnotaris heeft opgeschort in afwachting van het oordeel van de rechter, zoals ook reeds hiervoor overwogen. Het hof volgt de stelling van klagers dat de notaris door haar werkzaamheden voort te zetten de schijn van partijdigheid heeft gewekt niet.

Het hof acht dit klachtonderdeel, evenals de kamer, eveneens ongegrond.

Klachtonderdeel 5

6.12. Het hof overweegt dat, voor zover er al rechten uit de LOI voortvloeiden voor [klager 2], de notaris in haar hoedanigheid als veilingnotaris verdere uitvoering mocht geven aan de tussen [bank] en [BV] gesloten koopovereenkomst, zoals in het voorgaande overwogen. De notaris diende primair de belangen van [bank] en [BV] te behartigen.

Voorts kan niet worden gezegd dat de notaris in strijd heeft gehandeld met het belang van [klager

2] bij een zo hoog mogelijke executieopbrengst. Het onderhandse bod van [BV] was immers een stuk hoger dan de door [klager 1] geboden koopprijs, terwijl bovendien de procedure bij de voorzieningenrechter ex artikel 3:268 BW niet heeft geleid tot een gunstigere opbrengst. Dit klachtonderdeel, dat er kennelijk toe strekt te betogen dat de notaris het belang van [klager 2] bij de uitvoering van de LOI onvoldoende heeft gewaarborgd, is eveneens ongegrond, zoals ook de kamer heeft beslist.

6.13. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven omdat het niet van belang is voor de beslissing in deze zaak.

6.14. Het hiervoor overwogene leidt tot de volgende beslissing.

7 Beslissing

Het hof bevestigt de bestreden beslissing.

NOOT

Inleiding

1. Sinds jaar en dag worstelt de notariële praktijk met de vraag hoe om te gaan met rechten van derden bij een rechtshandeling waaraan de notaris zijn medewerking wordt gevraagd. Een bekend voorbeeld is de situatie waarin de notaris wordt gevraagd medewerking te verlenen aan het vestigen van een tweede hypotheekrecht, terwijl hij weet dat de hypotheekverstrekker daarmee zijn eerdere afspraak met de eerste hypotheekhouder schendt dat enkel een tweede hypotheekrecht mag worden gevestigd na schriftelijke toestemming van de eerste hypotheekhouder. Andere voorbeelden zijn de dubbele verkoop van een onroerende zaak en schending van een voorkeursrecht van of aanbiedingsplicht jegens een derde. In dergelijke gevallen van conflicterende rechten betekent het meewerken door de notaris dat mogelijk door een van de partijen jegens een derde wanprestatie wordt gepleegd of onrechtmatig wordt gehandeld.

2. De oorzaak van het dilemma waar een notaris in een dergelijk geval voor wordt geplaatst, is gelegen in de op hem rustende ministerieplicht. Een notaris is immers krachtens art. 21 lid 1 Wna in beginsel verplicht medewerking te verlenen aan de hem krachtens de wet of partijen opgedragen werkzaamheden. Deze ministerieplicht is

echter begrensd in art. 21, lid 2 Wna. Daarin is bepaald dat een notaris verplicht is zijn dienst te weigeren indien naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden (i) zijn werkzaamheden leiden tot strijd met het recht of de openbare orde, (ii) de beoogde handelingen een ongeoorloofd doel hebben of (iii) hij andere gegronde gronden voor weigering heeft. Deze beperking van de ministerieplicht hangt, evenals de ministerieplicht zelf, samen met de functie van de notaris in het rechtsverkeer. De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook een zekere zorg voor de belangen van die derden welke mogelijkwerwijs zijn betrokken bij de hem gevraagde ambtsverrichtingen.¹ Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienst te weigeren. Tel daarbij op dat de geheimhoudingsplicht van de notaris hem belet met derden over een ophanden zijnde rechtshandeling te spreken en het wordt duidelijk welke dilemma's een notaris in de dagelijkse praktijk kan tegenkomen.

Ontwikkelingen jurisprudentie vanaf 2011

3. Niet alleen de notariële praktijk worstelde met dergelijke situaties, ook de rechtspraak was hierover verdeeld. De hoogste tuchtrechter in het notariaat, de Notariskamer van het Hof Amsterdam, gaf in 2011 een eerste aanzet voor een duidelijke koers. Het hof oordeelde dat een notaris in beginsel reden voor dienstweigering had, indien de notaris wist dat zijn dienstverlening wanprestatie of een onrechtmatige daad van een van de partijen jegens een derde tot gevolg had.² De Notariskamer stelde hiermee het belang van de derde voorop, kennelijk gevoed door de gedachte dat een notaris zich niet moet lenen voor het plegen van wanprestatie.

4. De uitspraak heeft het hof de nodige kritiek op-

geleverd.³ Belangrijkste punt van kritiek was dat de uitspraak zich niet verdraagt met de civielrechtelijke maatstaf omtrent het 'meewerken aan wanprestatie'. Deze maatstaf gaat immers ervan uit dat het enkel meewerken aan wanprestatie jegens een derde in beginsel nog niet onrechtmatig is jegens de derde.⁴ In de eerdergenoemde commentaren op de uitspraak van het hof werd erop gewezen dat een notaris hierdoor in feite de bewaker van tussen partijen gesloten overeenkomsten zou worden en dat zuiver obligatoire bepalingen in notariële akten *de facto* goederenrechtelijke werking verkregen.

5. Met het Novitaris-arrest⁵ uit 2015 gaf de Hoge Raad de discussie een nieuwe impuls door een duidelijke maatstaf te formuleren. Daarin werd de civielrechtelijke lijn inzake het meewerken aan wanprestatie doorgetrokken naar de positie van de notaris. De Hoge Raad stelt in het Novitaris-arrest de ministerieplicht van de notaris voorop. Rechten van derden kunnen slechts tot ministerieweigering leiden (i) indien het recht van de derde door een wettelijke regel als sterker recht wordt aangewezen of (ii) indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. De Hoge Raad heeft in 2017 bovendien bevestigd dat

1 Hoge Raad 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627; Hoge Raad 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628; HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629 (*Curatoren THB*)

2 Zie Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, JOR, 2012/86, m.nt. N.W.A. Tollenaar.

3 Zie o.m. de noot van N.W.A. Tollenaar bij Hof Amsterdam 24 mei 2011, JOR 2012/86 en verder L.C.A. Verstappen, WPNR 2011/6876; R.M. Wibier, WPNR 2012/6922; N.C. van Oostrom-Streep, WPNR 2012/6930.

4 Hoge Raad 4 juni 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB6841, NJ 1965/381 (*Kamsteeg/Caltex*), Hoge Raad 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 m.nt. G.J. Scholten (*Pos/Van den Bosch*), Hoge Raad 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Boyé*), Hoge Raad 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682, NJ 2006/33 (*Van Oostrom/Baas*), Hoge Raad 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78 (*Van de Ven/Sleegers c.s.*), Hoge Raad 8 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BJ9352, NJ 2010/187 m.nt. M.R. Mok (*ARN/Multicar*) en Hoge Raad 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (*Joba Trust*).

5 Hoge Raad 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479, m.nt. S. Perrick. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat een van de auteurs van deze noot (J. Mencke) De Novitaris in die procedure heeft bijgestaan.

deze maatstaf niet is beperkt tot de casuspositie van botsende rechten zoals in het Novitaris-arrest aan de orde was, maar zich uitstrekt tot alle gevallen waarin de belangen van derden geschaad kunnen worden.⁶

6. Een groot deel van de schrijvers meende dat het Novitaris-arrest voor de Notariskamer een aanleiding zou moeten vormen haar tuchtrechtelijke koers te wijzigen.⁷ In 2017 kreeg de Notariskamer daartoe de gelegenheid, maar liet zij nogmaals (impliciet) weten vast te houden aan de in 2011 ingezette tuchtrechtelijke koers.⁸ Het gevolg hiervan was dat notarissen vanuit tuchtrechtelijk oogpunt gehouden konden zijn dienst te weigeren, terwijl vanuit civielrechtelijk oogpunt ministerie moest worden verleend. De notaris werd daarmee in een positie gebracht dat hij ofwel door de hond ofwel door de kat zou worden gebeten.

7. Een uiterst onwenselijke situatie, die naar onze mening niet goed kon worden verklaard door de verschillen die nu eenmaal bestaan tussen het tuchtrecht en civiele recht, zoals A-G De Bock lijkt te suggereren in haar conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 10 november 2017.⁹ De ministerieplicht raakt immers de kern van het notariële handelen, te weten het uitvoering geven aan een door partijen voorgenomen rechtshandeling. Het in stand laten van onzekerheid over de wijze van uitvoering van deze plicht heeft direct invloed op het rechtsverkeer.

8. De Notariskamer lijkt gevoelig te zijn gebleken voor de kritiek op haar beleid en is met de hier te bespreken uitspraak van 23 januari 2018¹⁰ terug-

gekomen op de in 2011 uitgezette tuchtrechtelijke lijn. De hoogste tuchtrechter heeft in zijn uitspraak van 23 januari 2018 de door de Hoge Raad in het civiele recht ontwikkelde Novitaris-maatstaf alsnog integraal overgenomen en als maatstaf geformuleerd voor de beoordeling van het handelen van een notaris in situaties waarin sprake is van botsende rechten van derden.

9. Met deze uitspraak lijkt de rust in het debat omtrent de ministerieplicht van de notaris teruggekeerd. Wij kunnen de duidelijke koerswijziging van het hof alleen maar toejuichen. De Novitaris-maatstaf biedt naar onze mening voor de notaris ook tuchtrechtelijk een uitstekend toetsingskader om te beoordelen of hij ministerie moet verlenen in gevallen waarin rechten van derden zijn betrokken. Wij bespreken hierna de concrete toepassing van deze maatstaf door het hof.

Achtergronden van deze zaak

10. Eerst de casus van deze zaak. Een executerende hypotheekhouder (de bank) en een geïnteresseerde koper (klager) hebben een Letter of Intent (LoI) ondertekend met daarin afspraken over de hoogte van het door klager uit te brengen onderhands bod op een perceel en de aansluitend daarop te volgen route van art. 3:268 BW. Tot een definitieve onderhandse verkoop komt het echter niet. Daarna zet de bank de openbare executie in gang. Voorafgaand aan de openbare verkoop legt klager op 13 mei 2016 zijn bod bij de bank neer. De bank ontvangt diezelfde dag nog twee onderhandse biedingen, waarvan ten minste één bod hoger is dan het bod van klager. De bank accepteert het bod van de hoogste bieder (koper) en verzoekt de notaris een concept-koopovereenkomst op te stellen. De notaris stelt op 17 mei 2016 de concept-koopovereenkomst tussen de bank en koper op en mailt die aan partijen. Diezelfde dag ontvangt de notaris 's avonds een e-mail van (de gemachtigde van) klager, waarin laatstgenoemde de notaris op de hoogte brengt van de LoI tussen de bank en klager. Klager maakt in dat licht bezwaar tegen de voorgenomen verkoop en levering van het perceel aan koper.

6 Hoge Raad 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, JA 2018/2 m.nt. H.J. Delhaas.

7 S. Perrick, 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt', *MvV* 2015/12.3, J.J. van Hees in zijn noot in *JOR* 2015/189, § 11, B.C.M. Waaijer, 'De positie van de Notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', *Ars Aequi* september 2015, § 5, H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', *WPNR* 2015/7067, § 7 en W.G. Huijgen, 'Een belangrijk arrest voor het notariaat', *JBN* 2015/33.

8 Hof Amsterdam 4 april 2017, *JOR* 2017/219, m.nt. H.W. Heyman.

9 Zie § 2.14 van haar conclusie voor Hoge Raad 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850.

10 Zie voor eerdere commentaren bij deze uitspraak A.

Steneker, *JOR* 2018/88 en L.C. Dufour en H.J. Delhaas 'Meewerken aan wanprestatie: het handelen van de notaris wordt ook tuchtrechtelijk getoetst aan de Novitaris-maatstaf', *JBN* aflevering 2018/3, vindplaats 2018/12.

11. De notaris stelt zich echter op het standpunt dat zij is gehouden medewerking te verlenen. Na van de voorzieningenrechter verkregen toestemming ex art. 3:268 lid 2 BW alsmede een afgewezen vordering van klager in kort geding, passeert de notaris in oktober 2016 de akte van levering waarmee Koper het perceel geleverd krijgt.

12. Klager legt zich hier niet bij neer en dient een klacht in tegen de notaris. De klacht komt – kort gezegd – erop neer dat de notaris haar dienst had moeten weigeren bij de uitvoering van de onderhandse verkoop en levering van het perceel door de bank aan koper, aangezien de notaris ervan op de hoogte was dat bank hierdoor jegens klager tekortschoot in de nakoming van de Lol. De notaris stelt dat zij op grond van de Novitaris-maatstaf gehouden was aan levering mee te werken.

13. In haar beslissing van 23 januari 2018 stelt de Notariskamer terecht voorop dat in algemene zin onderscheid moet worden gemaakt tussen het notariële tuchtrecht enerzijds en de civielrechtelijke aansprakelijkheid anderzijds. In een tuchtprocedure staat ter beoordeling of een notaris heeft gehandeld in overeenstemming met de voor zijn beroepsgroep geldende normen en gedragsregels en een dergelijke beoordeling kan afwijken van de wijze waarop civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt beoordeeld.¹¹ Dit kan ook ertoe leiden dat in tuchtrechtelijke zin hogere eisen worden gesteld aan het handelen van een notaris. De aard van het tuchtrecht kan een dergelijk verschil volgens het hof rechtvaardigen. De grens ligt daar waar het verschil tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke norm het optreden van de notaris in het rechtsverkeer op onaanvaardbare wijze bemoeilijkt. Daarvan is volgens het hof sprake in een geval zoals het onderhavige. Dit brengt het hof tot de conclusie dat de tuchtrechtelijke norm in deze gevallen in lijn moet worden gebracht met de door de Hoge Raad geformuleerde Novitaris-maatstaf.

Bespreking oordeel Notariskamer

14. De beslissing van het hof is overtuigend en naar onze mening juist. Hoewel wij het door het hof omschreven onderscheid tussen een tucht-

rechtelijke en civielrechtelijke beoordeling onderschrijven, leent nu juist de ministerieplicht van de notaris zich naar onze mening niet voor afwijkende beoordelingsmaatstaven tussen het tuchtrecht en het civiele aansprakelijkheidsrecht. De ministerieplicht vergt in de kern genomen immers een alles-of-niets beslissing van de notaris. Zoals wij hiervoor al schreven, wordt de notaris in een bijzonder lastige positie gebracht indien een notaris hierbij wordt geconfronteerd met een discrepantie tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke beoordeling van diens handelen. Dit belemmert een ordelijk verloop van het rechtsverkeer. Het risico bestaat dat notarissen in dergelijke situaties partijen zekerheidshalve maar naar de rechter verwijzen om de knoop door te (laten) hakken. Het hof heeft naar onze mening dan ook terecht de eerder ingezette lijn verlaten en zijn koers in overeenstemming gebracht met de Novitaris-maatstaf.

15. Alvorens stil te staan bij de concrete toepassing van de Novitaris-maatstaf door het hof in deze zaak, bespreken wij eerst hoe deze maatstaf in de praktijk moet worden toegepast. Uit de Novitaris-maatstaf destilleren wij twee¹² stappen die een notaris moet doorlopen als hij aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft en hij wil vaststellen of die rechten van derden aanleiding geven ministerie te weigeren:¹³

- i. overleggen met partijen over en zo nodig nader onderzoek doen naar deze rechten van derden;
- ii. beoordelen of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien:
 - a. het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of
 - b. de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen.

16. Het verdient uiteraard aanbeveling dat een notaris de in deze twee stappen gemaakte afwijkingen telkens zoveel mogelijk schriftelijk vast-

11 Het hof verwijst hierbij expliciet naar Hoge Raad 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690, NJ 2003/537.

12 Voor een uitgebreider stappenplan verwijzen wij naar overweging 2.10 van de conclusie van A-G R.H. de Bock bij Hoge Raad 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, JA 2018/2 m.nt. H.J. Delhaas.

13 Daaraan vooraf gaat uiteraard het algemene onderzoek dat een notaris in het kader van de op hem rustende onderzoeksplicht dient te verrichten.

legt, zodat achteraf inzicht kan worden gegeven in de totstandkoming van de beslissing.¹⁴ De notaris kan zich via het in deze twee stappen neergelegde onderzoek slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of rechten van derden aanleiding geven ministerie te weigeren. Een notaris bezit volgens de Hoge Raad slechts een beperkt instrumentarium om diepgravend feitenonderzoek te doen, waarbij de op een notaris rustende geheimhoudingsplicht deze onderzoeksmogelijkheden ook nog eens verder beperkt. Zoals Heyman naar onze mening treffend samenvat, betekent dit dat van de notaris niet meer kan worden verwacht dan een voorlopig oordeel gebaseerd op informatie van partijen of die zonder diepgravend onderzoek kan worden verkregen, of gegevens die hij uit hoofde van zijn normale onderzoek of andere bron kent.¹⁵

17. De Novitaris-maatstaf biedt uiteraard niet alleen een praktische handleiding voor de notaris, maar vormt tevens een duidelijk toetsingskader voor de (tucht)rechter bij de beoordeling van het handelen van een notaris in een concreet geval. Zowel de civiele rechter als de tuchtrechter zal zich daarbij rekenschap moeten geven van de beperkte mogelijkheden die een notaris ten dienste staan om onderzoek te doen naar omstandigheden die aan dienstverlening in de weg kunnen staan. Gewaakt moet worden voor een *hindsight bias*, waarbij later gebleken omstandigheden invloed hebben op de beoordeling van het handelen van de notaris.

18. Dan de toepassing van de twee stappen. De eerste stap zal in belangrijke mate afhangen van een beoordeling van de omstandigheden van het geval. Wat kan een notaris afleiden uit de hem bekende informatie? Blijkt van potentiële botsende rechten van een derde, dan zal de notaris dit met partijen moeten bespreken, waarbij een notaris aanvullend onderzoek zal moeten doen in-

dien daarvoor aanleiding bestaat. Dit overleg en nadere onderzoek zullen met name tot doel hebben aanvullende informatie te verkrijgen om uiteindelijk de beoordeling van de tweede stap te kunnen maken.

19. De tweede stap is waar het naar onze mening met name om draait, namelijk de beoordeling of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring. De Novitaris-maatstaf geeft ook hiervoor een helder toetsingskader. De notaris zal allereerst moeten vaststellen of het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen. Dit zal met name het geval zijn in door art. 3:298 BW bestreken situaties. In de praktijk zal dit ongetwijfeld aanleiding tot discussie kunnen geven, maar in de meeste gevallen zal deze beoordeling geen problemen opleveren. Daarbij zij nog maar eens herhaald dat de notaris zich slechts een globaal oordeel kan vormen en de rechter hiermee rekening zal moeten houden in diens oordeelsvorming.

20. Is geen sprake van een door de wet erkend sterker recht van de derde – hetgeen ook het geval is bij botsende rechten van *gelijke rang* – dan resteert de beoordeling of de beoogd verkrijger desalniettemin onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Het zal voor een notaris in de praktijk niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen of zich een dergelijke situatie voordoet. Gelukkig schiet de Novitaris-maatstaf de notaris ook op dit punt te hulp. De notaris dient zich in de beoordeling te richten op de positie van de *verkrijger* ten opzichte van de derde. De positie van de (mogelijk wanpresterende) *vervreemder* blijft in deze afweging in beginsel buiten beschouwing.¹⁶ Hierbij is voorts van belang dat de enkele wanprestatie door de *vervreemder* onvoldoende is om onrechtmatig handelen van de *verkrijger* jegens de derde aan te nemen. En ook de enkele wetenschap van de verkrijger van de op handen zijnde wanprestatie door de *vervreemder* achten wij daarvoor onvoldoende.¹⁷ Er zullen derhalve concrete aanvullende omstandigheden moeten zijn

14 Zie in dat kader Hoge Raad 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:288, NJ 2016/295 met daarbij direct de kanttekening dat het enkel niet schriftelijk vastleggen naar onze mening nog geen zelfstandige fout oplevert. Zie daarover ook E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Is het niet vastleggen per definitie fout? Over beroepsaansprakelijkheid en dossierplicht.', TAV 2018/23.

15 H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', WPNR 2015/7067.

16 Zie voor een mooi voorbeeld Rechtbank Noord-Holland 27 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:5223 r.o. 4.4.

17 Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (*Joba Trust*).

die maken dat het afdwingen van levering of bezwaring door de verkrijger onrechtmatig handelen jegens de derde oplevert. Het hiervoor reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 10 november 2017 vormt hiervan een goed voorbeeld.¹⁸ Afgezien van deze concrete toepassing van de Novitaris-maatstaf volgt uit de rechtspraak op het gebied van meewerken aan wanprestatie dat gedacht kan worden aan situaties waarin de verkrijger de wanprestatie uitlokt c.q. bevordert of wanneer het nadeel van de derde – afgezet tegen de belangen van de verkrijger – het verlangen van nakoming onrechtmatig maakt.¹⁹

21. Een interessante vraag is wat nu precies de status is van de hiervoor beschreven stappen uit de Novitaris-maatstaf. Moet een notaris in een voorkomend geval beide stappen (bewust) doorlopen en daarover verantwoording kunnen afleggen? Of is deze maatstaf slechts een hulpmiddel voor de notaris om tot een beslissing omtrent ministerieverlening te komen en achteraf in rechte de juistheid van de beslissing te toetsen? Denkbaar is bijvoorbeeld dat een notaris geen overleg met partijen heeft gevoerd of onvoldoende onderzoek heeft gedaan naar de bij de ambtsverrichting betrokken rechten van derden, terwijl achteraf kan worden vastgesteld dat terecht ministerie is verleend. Handelt een notaris in dat geval tuchtrechtelijk en/of civielrechtelijk laakbaar doordat één of beide stappen van de Novitaris-maatstaf niet zijn gevolgd?²⁰

22. Aangezien de kern van het aan de notaris in dit soort situaties gemaakte verwijt ziet op de (onterechte) ministerieverlening c.q. ministerieweigering, zou het niet doorlopen van de stappen uit de Novitaris-maatstaf naar onze mening nog niet automatisch onrechtmatig c.q. tuchtrechtelijk verwijtbaar hoeven te zijn. Het gaat er immers primair om vast te stellen of een notaris terecht ministerie heeft verleend c.q. geweigerd en niet zozeer of bij het nemen van deze beslis-

sing de juiste toetsingsmaatstaf is gehanteerd. Hierbij merken wij op dat de eerder genoemde doelstellingen van het tuchtrecht kunnen meebrengen dat in dergelijke situaties het handelen van een notaris in bredere perspectief wordt getoetst en het niet volgen van beide stappen van de Novitaris-maatstaf toch een tuchtrechtelijk verwijt kan opleveren, ook al heeft de notaris – min of meer per toeval – de juiste beslissing genomen om ministerie te verlenen.²¹

23. Nu weer terug naar de beslissing van de Notariskamer van 23 januari 2018. In r.o. 6.6 van deze beslissing past het hof de Novitaris-maatstaf toe op het onderhavige geval en concludeert dat de notaris in dit geval geen reden voor dienstweigering had. Zij kon haar werkzaamheden als veilingnotaris in beginsel voortzetten en verdere uitvoering geven aan de koopovereenkomst, aangezien

"[Koper], na aanvaarding van het onderhandse bod van [Koper] door [Bank], derhalve reeds op 16 mei 2016 en een dag vóór het bericht van mr. [gemachtigde van Klager], een sterker recht op levering van het perceel had dan [Klager]. Het sterker recht is niet tot stand gebracht door de notaris maar door de aanvaarding door [Bank] van het bod van [Koper]".

24. Het hof lijkt voor zijn oordeel dat de notaris geen reden voor dienstweigering had twee punten doorslaggevend te vinden. In de eerste plaats acht het hof kennelijk relevant dat de bank het aanbod van koper had geaccepteerd vóórdat de notaris op de hoogte werd gesteld van de Lol. Het hof acht het met andere woorden van belang dat koper een sterker recht op levering had gekregen dan klager vóórdat de notaris op de hoogte werd gebracht van de rechten van de klager, zo benadrukt het hof nogmaals in r.o. 6.6: *"Tevens is niet aannemelijk geworden dat de notaris reeds eerder kennis droeg van de inhoud van de LOL."*

25. Wij kunnen deze gedachtegang niet goed volgen. Het hof lijkt hiermee te impliceren dat als de notaris reeds bekend was geweest met de Lol op het moment dat de bank het onderhandse bod van koper aanvaardde – en koper derhalve pas

18 Hoge Raad 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, JA 2018/2 m.nt. H.J. Delhaas.

19 Zie hiervoor de in voetnoot 4 aangehaalde arresten van de Hoge Raad.

20 Zie in bevestigende zin bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4325, JOR 2016/139, m.nt. I. Visser, waarbij wordt opgemerkt dat een van de auteurs van deze noot (J. Mencke) de desbetreffende notaris in die zaak bijstond.

21 Overigens is vanuit civielrechtelijk oogpunt ook denkbaar dat een dergelijke discussie wordt gevoerd in het kader van het causaal verband, maar dit laten wij hier nu verder rusten.

het sterkere recht op levering verkreeg *nadat* de notaris bekend was geraakt met de Lol – de notaris mogelijk wel aanleiding had gehad ministerie te weigeren. Naar ons oordeel is het *moment* waarop de notaris bekend raakt met het bestaan van de rechten van derden die kunnen conflicteren echter niet relevant. De notaris zal slechts moeten beoordelen of de derde een wettelijk sterker recht heeft. Art. 3:298 BW bepaalt in dat verband dat het oudste recht op levering in beginsel voorgaat. Het moment waarop de notaris van de (mogelijk) botsende rechten kennisneemt is hiervoor niet van belang. Zou deze notaris de Lol derhalve al in haar bezit hebben gehad toen de bank het bod van koper aanvaardde, dan had dit enkele gegeven naar onze mening geen rol gespeeld in de oordeelsvorming van de notaris omtrent het al dan niet meewerken aan de levering aan koper.

26. In de tweede plaats acht het hof van belang dat het sterkere recht van koper niet tot stand is gebracht door de notaris, maar door de aanvaarding van het bod door de bank. Hiermee wekt het hof de indruk dat de uitkomst van deze zaak mogelijk anders was geweest indien de notaris zelf betrokken zou zijn geweest bij de totstandkoming van de (mondelinge) koopovereenkomst die aan de levering ten grondslag lag – derhalve voordat de bank het bod van koper had aanvaard.

27. Deze overweging brengt ons bij een interessante discussie waarover tot op heden nog niet in rechte is beslist. Het gaat dan om de situatie waarin – anders dan het onderhavige geval waarin de notaris wordt geconfronteerd met het voldongen feit dat twee rechten botsen – een notaris actief betrokken is, althans door partijen zijn medewerking wordt gevraagd bij *de totstandkoming van een recht* dat met een bestaand recht van een derde zal botsen; door Heyman ook wel het pre-botsing-geval genoemd.²² Een duidelijk(er) voorbeeld van een dergelijk geval betreft de situatie waarin een notaris wordt gevraagd een koopovereenkomst schriftelijk vast te leggen²³ terwijl in de aankomsttitel een voorkeurs-

recht van een derde is opgenomen. De vraag is of de Novitaris-maatstaf ook voor dergelijke situaties geldt en zo ja, of toepassing in dergelijke gevallen tot een andere uitkomst kan leiden dan wanneer de notaris voor een voldongen feit wordt geplaatst. Heyman meent dat de Novitaris-maatstaf niet van toepassing is op het pre-botsing-geval.²⁴ Volgens Perrick daarentegen vallen ook dergelijke situaties onder het bereik van de Novitaris-maatstaf.²⁵ Wij zijn geneigd ons bij het standpunt van Perrick aan te sluiten en wijzen in dat licht op de formulering van de in art. 21 lid 1 Wna neergelegde ministerieplicht. Dit artikel bepaalt immers expliciet dat de ministerieplicht niet alleen geldt voor de "*bij of krachtens de wet opgedragen werkzaamheden*", maar ook voor de "*door een partij verlangde werkzaamheden*".²⁶ In zoverre strekt de ministerieplicht zich ook uit tot de hiervoor genoemde pre-botsing-gevallen en ligt voor de hand dat ook in dergelijke situaties de Novitaris-maatstaf van toepassing is. Of de Notariskamer deze visie ook aanhangt, zal de toekomst moeten uitwijzen.

28. Ten slotte staan wij kort stil bij de overweging van het hof aan het slot van r.o. 6.6 waarin – weliswaar ten overvloede – is geoordeeld dat de notaris zorgvuldig te werk is gegaan, "*aangezien zij op verschillende momenten het oordeel van de rechter heeft afgewacht alvorens haar werkzaamheden te verrichten*". Het hof zal de desbetreffende notaris ongetwijfeld een pluim hebben willen geven voor haar zorgvuldige optreden, hetgeen wij zonder meer onderschrijven. Het hof wekt hiermee echter ook – wellicht onbedoeld – de indruk dat notarissen in vergelijkbare situaties er verstandig aan doen partijen naar de rechter te verwijzen om een beslissing omtrent ministerieverlening te verkrijgen.

29. Dit lijkt ons een onwenselijk signaal. De Novi-

schriftelijk moet worden aangegaan.

22 H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', *WPNR* 2015/7067.

23 Art. 7:2 BW bepaalt immers dat bij koop van een woonhuis door een particulier de overeenkomst

24 H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', *WPNR* 2015/7067.

25 S. Perrick, 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt', *MvV* 2015/12.3.

26 Dit volgt naar onze mening reeds uit de zinsnede '*of door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten*' in art. 21 lid 1 Wna. Zie daarnaast ook B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012, p. 39.

taris-maatstaf biedt notarissen juist een duidelijk kader waarbinnen zij zelf voortvarend een beslissing kunnen nemen in situaties waarin (mogelijk) conflicterende rechten aan de orde zijn. Het door het hof zelf genoemde belang van een ordelijk en soepel verloop van het rechtsverkeer brengt mee dat notarissen zelf beslissingen moeten kunnen nemen en partijen niet te makkelijk naar de rechter moeten verwijzen. Een rechter zal pas nodig zijn indien de notaris, ook na zorgvuldig onderzoek en beoordeling aan de hand van de Novitaris-maatstaf, nog steeds niet in staat is een beslissing te nemen. Dit zal naar onze mening slechts in uitzonderingssituaties aan de orde zijn. Gewaakt moet worden voor notarissen die uit angst voor tuchtklachten of schadelclaims alsnog de beslissing naar de rechter doorschuiven. Anders zijn we immers ondanks de Novitaris-maatstaf nog steeds niet veel verder gekomen. De hier aangehaalde overweging van het hof draagt daar helaas echter (onbedoeld) wel aan bij.

Conclusie

30. Ondanks de hiervoor besproken kanttekeningen juichen wij de beslissing van het hof in deze zaak toe. Nu ook de hoogste tuchtrechter de Novitaris-maatstaf heeft omarmd, zullen notarissen in de praktijk een stuk beter in staat zijn te beslissen hoe om te gaan met botsende rechten. Ook tuchtrechters hebben hiermee nu een duidelijk instrument in handen gekregen waarmee het handelen van een notaris in een concreet geval kan worden getoetst. Hierbij is het naar onze mening van groot belang dat rekening wordt gehouden met de beperkingen die aan de positie van de notaris en zijn mogelijkheden voor onderzoek kleven. De notaris staat op afstand en kan zich slechts een globaal oordeel vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring. De rechter zal hier in zijn beslissing rekening mee moeten houden. In het geval de notaris kan aantonen dat hij die beoordeling en beslissing op zorgvuldige wijze en met inachtneming van zijn ministerieplicht heeft gemaakt, kan de notaris naar ons oordeel slechts in uitzonderlijke gevallen tuchtrechtelijk (of civielrechtelijk) een verwijt worden gemaakt.

Mr. E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen
Advocaat bij Houthoff en redactielid van Tijdschrift Tucht recht

Mr. J. Mencke
Advocaat bij Houthoff.

25

Geen belangenconflict: advocaat beschikte niet over relevante vertrouwelijke informatie

Hof van Discipline
26 januari 2018, 170210,
ECLI:NL:TAHVD:2018:11
Noot Mr. N. van Schaik

Advocaten tuchtrecht. Belangenconflict.

[Gedragsregel 7 (Gedragsregels 1992)]

Volgens het hof valt niet in te zien hoe het indertijd aan verweerder toevertrouwde belang van (de echtgenote van) klager in de procedure rondom het paard van de echtgenote waar het toen om ging op enigerlei wijze verband kan houden met het belang dat speelt in een acht jaar later lopende procedure over een ander paard met ook andere procespartijen. Niet gebleken is dat verweerder beschikte over vertrouwelijke informatie die hem moest beletten op te treden tegen (de echtgenoot van) zijn voormalige cliënte. Bekrachtiging.

klager tegen:
verweerder

Hof:

1 Het geding in eerste aanleg

Het hof verwijst naar de beslissing van de Raad van Discipline in het ressort 's-Hertogenbosch (verder: de raad) van 19 juni 2017, onder nummer 16-1129/DB/ZWB, aan partijen toegezonden op 19 juni 2017, waarbij de klacht van klager tegen verweerder ongegrond is verklaard. De beslissing is gepubliceerd op tuchtrecht.nl als ECLI:NL:TADRSHE:2017:122.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 De memorie waarbij klager van deze beslissing in hoger beroep is gekomen, is op 18 juli 2017 ter griffie van het hof ontvangen.

2.2 Het hof heeft voorts kennis genomen van:
– de stukken van de eerste aanleg;