

verklaring voor recht die op iets anders ziet dan aansprakelijkheid voor schade. In een dergelijk geval moet de rechter nog steeds ambtshalve toetsen of de eiser bij toewijzing van die eis voldoende belang heeft.

9. Kennelijk is de Hoge Raad van mening dat voor eisen tot “andersoortige” verklaringen voor recht nog altijd geldt dat ter beoordeling van de vraag of belang bij een dergelijke verklaring voor recht aanwezig is, de eisen van een behoorlijke rechtspleging meebrengen, dat de eiser niet willekeurig zijn rechtsvordering mag splitsen in afzonderlijke vorderingen betreffende erkenning van recht en veroordeling tot prestatie, en dat deze splitsing alleen toelaatbaar is wanneer bijzondere omstandigheden dit tot behoud van de rechten van de eiser rechtvaardigen (zie het citaat sub 5. conclusie).

10. Indien ervan uit kan worden gegaan dat de Hoge Raad zijn “terug komen” heeft willen beperken om nodeloze (vervolg)procedures ten aanzien van “andersoortige” verklaringen voor recht te voorkomen, in lijn met wat de advocaat-generaal sub 15. en 16. heeft overwogen over, in mijn samenvatting, het belang van duidelijke stellingen in rechte en de noodzaak van volledige voorlichting door partijen van de rechter, kan ik mij in die gedachte prima vinden.

11. Een verklaring voor recht dat aansprakelijkheid bestaat wil nog wel eens leiden tot een mennekelijk vervolg van het partijdebat, al was het maar omdat de omvang van de schade voor partijen helder is. Hierom en omdat discussie over schade al gauw van een andere, feitelijke orde is dan een discussie over of in juridisch opzicht aansprakelijkheid voor schade bestaat, is er op voorhand veel voor te zeggen om de juridische discussie niet te ‘belasten’ met ook nog een feitelijk geschil over schadeposten.

12. Het uit elkaar trekken van het aansprakelijkheidsdebat en het schadedebat is dan prima vista een goed idee. Vanuit dat oogpunt bezien, is het naar mijn mening gerechtvaardigd om voor ‘andersoortige’ verklaringen voor recht te blijven eisen dat voor een separate behandeling van erkenning van recht en prestatie een daarop toegesneden reden moet worden bijgebracht. Tenzij ook voor een ‘andersoortige’ verklaring voor recht een separate behandeling als voornoemd, ook op het eerste gezicht gerechtvaardigd is, zo lijkt mij.

13. Of de mogelijkheid van schade aannemelijk is, is een feitelijk oordeel dat zich in cassatie alleen op begrijpelijkheid laat toetsen. Daarbij veroorloof ik mij de inschatting dat wie daarover in cassatie klaagt, al snel in het formalisme zal vervallen waaraan de Hoge Raad met dit arrest paal en perk heeft – of lijkt te hebben – gesteld. De enige remedie om te bevorderen dat het niet op een toetsing in cassatie aan hoeft te komen, is het stellig uitschrijven van de feiten en meningen die er toe doen. De feitenrechter is immers, na appel op straffe van het slagen van een cassatieklacht ter zake, verplicht om op goed uitgewerkte, essentiële stellingen in te gaan.¹

14. Ook op een ander vlak heeft de Hoge Raad de vrijheid van de feitenrechter voor het voetlicht gebracht, namelijk ten aanzien van de waardering van bewijs in het licht van niet onder de reikwijdte van art. 161 Rv vallende oordelen van de strafrechter. Zo is de civiele feitenrechter vrij, zo overweegt de Hoge Raad in mijn woorden weergegeven, de aanvaarding door de strafrechter van een beroep op noodweer te waarderen op de wijze die de civiele feitenrechter voorkomt.

15. Dat de Hoge Raad deze beslissing in het arrest heeft opgenomen kan wellicht daardoor worden verklaard dat de advocaat-generaal onder 4.21 heeft opgemerkt dat enigszins verschillend wordt gedacht over de betekenis die de civiele rechter moet toekennen aan oordelen van de strafrechter omtrent strafbaarheid en persoonlijke verwijtbaarheid van de dader. Hoe dan ook: verrassend is zij niet. De rechterlijke vrijheid in de waardering van bewijs behoort niet anders dan bij wet te worden beperkt.

J. van Weerden
Cassatie-advocaat te Barneveld

89

Hoge Raad
3 april 2015, nr. 14/00380
ECLI:NL:HR:2015:831
ECLI:NL:PHR:2015:4
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens,
mr. Streefkerk, mr. Polak)
(concl. A-G mr. Rank-Berenschot)
Noot G.J. de Bock

Beroepsaansprakelijkheid notaris. Ministerieplicht. Geheimhoudingsplicht notaris. Betekenis oordeel tuchtrechter in civiele aansprakelijkheidsprocedure.

De notaris moet zijn ministerie weigeren indien hij van oordeel is dat de rechten van derden een beletsel 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, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door de levering of bezwaring te verlangen. Voor die onrechtmatige daad is het niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens de derde.

[BW art. 3:298; BW art. 6:74, 6:162; Notariswet art. 21, 22]

De Novitaris heeft, ondanks de voor hem kenbare aanbiedingsplicht van eiseres, zijn ministerie verleend aan de levering van een pand. Eiseres vordert uit hoofde van onrechtmatige daad schadevergoeding van De Novitaris. De Novitaris zou volgens eiseres zijn zorg- en onderzoekspllicht hebben geschonden.

De Hoge Raad stelt voorop dat de notaris bij gereede twijfel over de goede bedoelingen van zijn cliënten zijn ambtsverrichting niet moet uitvoeren of zich door nader onderzoek moet overtuigen van het geoorloofd karakter van de beoogde levering of bezwaring. De notaris dient vanuit zijn functie in het rechtsverkeer onder bijzondere omstandigheden ook zorg te dragen voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichting zijn betrokken. Van een dergelijke bijzondere omstandigheid is sprake als de derde rechten kan doen gelden op het goed dat betrokken is bij de levering of bezwaring. De notaris dient zich alsdan terughoudend op te stellen. Die terughoudendheid brengt met zich dat de notaris in overleg treedt met zijn cliënten en zo nodig nader onderzoek moet verrichten, teneinde

1 Asser, *Procesrecht*, Veegens-Korthals Altes-Groen, 2005, nummer 122. Feteris, (M.W.C. Feteris, *Beroep in cassatie in belastingzaken*, 2014, Kluwer Deventer, 2.4.3.7 g. Ad 1.) geeft de voorkeur aan de woorden “relevante stellingen”, onder hantering van het praktische en daarmee overtuigende argument dat geen enkele stelling ten opzichte van een andere een bijzondere plaats inneemt.

zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring.

In twee gevallen is sprake van een dergelijk beletsel. Ten eerste als 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 aangemerkt. Ten tweede als de beoogd verkrijger onrechtmatig handelt jegens de derde door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat onrechtmatig handelen is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens de derde.

Voor het oordeel over het (on)rechtmatig handelen van de beoogd verkrijger zijn bijkomende omstandigheden noodzakelijk. De notaris is, gezien zijn beperkte instrumentarium voor feitenonderzoek en de geheimhoudingsplicht richting zijn cliënten slechts gehouden zich een globaal oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt. Komt de notaris tot dat oordeel, of bestaat gereede twijfel daarover, dan dient de notaris zijn ministerie te weigeren.

In het onderhavige geval komt de Hoge Raad op grond van deze maatstaf tot het oordeel dat De Novitaris met het verlenen van zijn ministerie niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens de derde.

[eiseres],

eiseres tot cassatie,

advocaat: mr. H.J.W. Alt,

tegen:

1. Ribama B.V., voorheen De Novitaris B.V.¹,

2. de erven [De Novitaris]²,

verweerders in cassatie,

advocaat: mr. B.T.M. van der Wiel

Eiseres zal hierna worden aangeduid als [eiseres]; Ribama B.V. en [De Novitaris] als De Novitaris en Ribama B.V. en de erven als De Novitaris c.s.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:

1 Feiten en procesverloop

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten³:

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

b) Bij leveringsakte van 29 februari 1988⁴ hebben [betrokkene 2] en [betrokkene 3], zonen van [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 2+ betrokkene 3]), de eigendom verkregen van het pand [a-straat] te [plaats] (hierna: het pand) tegen een koopprijs van f 230.000,- (= € 104.369,44). In die leveringsakte is een aanbestedingsplicht opgenomen met – onder meer – de volgende inhoud: “A. Indien één der comparanten onder 2. genoemd [= [betrokkene 2+ betrokkene 3], toev. A-G] (daaronder uiteraard ook te verstaan diens erfgenamen of rechtverkrijgenden) zijn aandeel in het bij deze akte gekochte onroerend goed geheel of gedeeltelijk wenst te vervreemden, is degene die wenst te vervreemden verplicht, alvorens tot vervreemding over te gaan, diens aandeel in het betreffende onroerend goed eerst schriftelijk ter verkrijging aan te bieden aan de comparant onder 3. ge-

noemd [= [betrokkene 1], toev. A-G] (daaronder niet te verstaan diens erfgenamen indien de comparant onder 3. genoemd mocht zijn overleden), en wel voor een prijs gelijk aan het te vervreemden aandeel in de hiervoor gemelde koopsom.

Indien van de aanbieding overeenkomstig het vorenstaande gebruik gemaakt wordt, zal de notariële akte moeten worden verleden binnen één maand na de acceptatie van het aanbod, en zal de tegenprestatie moeten worden betaald bij het passeren van de notariële akte.

Alle rechten en kosten, vallende op de gebruikmaking van het recht tot verkrijging en de notariële akte, zijn voor rekening van diegene die van het recht tot verkrijging gebruik maakt.

Indien één der verkrijgers vorenstaande verplichting niet nakomt, verbeurt deze een onmiddellijk opeisbare boete groot EENHONDERD DUIZEND GULDEN (f 100.000,), ten behoeve van de comparant onder 3. genoemd.”

c) In een e-mail van 5 september 2006⁵ heeft [betrokkene 1] zich gewend tot [betrokkene 2+ betrokkene 3], hen gewezen op het bestaan van de aanbestedingsplicht, en verzocht, nu het pand bij een makelaar in de verkoop was gedaan, daarmee rekening te houden.

d) Bij brief van 7 september 2006⁶ hebben [betrokkene 2+ betrokkene 3] het pand aan [betrokkene 1] aangeboden voor een bedrag van € 395.000,-, onder de vermelding dat die prijs is inclusief de aan het pand gedane verbouwingen en aanpassingen, waardoor het pand in waarde is vermeerderd. In die brief is verder vermeld als volgt: “Indien [betrokkene 1] het pand wil verkrijgen tegen de waarde zoals vermeld, dient dit conform akte (blad 3, sub A) binnen een maand na dagtekening van dit schrijven te zijn verleden bij de notaris. Daarna vervallen de aanspraken hieromtrent.

Hiermee is aan de aanbestedingsplicht voldaan, deze geldt tot uiterlijk 8 oktober 2006, zijnde 1 maand na dagtekening.”

e) In een e-mail van 11 september 2006⁷ heeft [betrokkene 1] daarop gereageerd met de mededeling dat de brief van 7 september 2006 was ontvangen, dat hij zich er verder niet mee gaat bemoeien maar dat de notaris contact zal opnemen en de zaak verder zal afhandelen.

f) In een brief van 15 september 2006⁸ van [betrokkene 1] aan [betrokkene 2+ betrokkene 3] is nogmaals gereageerd. In die reactie is – onder meer – als volgt vermeld: “Bij deze wil ik jullie wijzen op deze aanbestedingsplicht. Conform vorenbedoelde akte zijn jullie verplicht om bij voorgenomen verkoop van bovenbedoeld registergoed, dit registergoed aan mij aan te bieden, zulks met inachtneming van in de akte dienaangaande is overeengekomen. Ook de prijs waarvoor het registergoed moet worden aangeboden is in de akte bepaald.

Jullie dienen dan ook met het vorenstaande rekening te houden.”

g) Bij brief van 10 oktober 2006⁹ hebben [betrokkene 2+ betrokkene 3] aan [betrokkene 1] bericht dat de aanbestedingsplicht door het verstrijken van de gestelde termijn is geëindigd, doch dat indien toch interesse bestaat in het pand daartoe contact opgenomen kan worden met de verkopend makelaar, waarbij zij de vraagprijs van € 395.000,- hebben vermeld.

h) In een e-mail van 14 juni 2007¹⁰ heeft [betrokkene 5] (hierna: [betrokkene 5]), accountant van [betrokkene 2+ betrokkene 3], aan [betrokkene 6] (hierna: [betrokkene 6]), medewerker van

1 Volgens de cassatiedagvaarding was de vennootschap tot 29 januari 2013 (tijdens de appelprocedure) geheten De Novitaris B.V.

2 Volgens de cassatiedagvaarding is [De Novitaris] tijdens de appelprocedure op 5 oktober 2012 overleden.

3 Ontleend aan rov. 2.1 en 2.2 van het arrest van het hof 's-Hertogenbosch van 17 september 2013 i.v.m. 2.1-2.11 van het vonnis van de rechtbank Roermond van 16 november 2011.

4 Prod. 3 bij inl. dagvaarding.

5 Prod. 4 bij inl. dagvaarding.

6 Prod. 5 bij inl. dagvaarding.

7 Prod. 7 bij inl. dagvaarding.

8 Prod. 6 bij inl. dagvaarding.

9 Prod. 10 bij inl. dagvaarding en prod. 1 bij CvA.

10 Prod. 11 bij inl. dagvaarding en prod. 2 bij CvA.

De Novitaris B.V. c.q. [De Novitaris] (hierna gezamenlijk ook: de Notaris), – onder meer – als volgt bericht: “Zoals u kunt lezen, is er het een en ander te doen geweest omtrent deze aanbiedingsplicht. Wij willen u dan ook vragen om te beoordelen en te bevestigen of de aanbiedingsplicht is komen te vervallen en het pand alsdan verkocht kan worden aan een derde.

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

i) Op 19 juni 2007 heeft telefonisch contact plaatsgevonden tussen de Notaris en [betrokkene 5]. De Notaris heeft daarbij aangegeven dat het strikt formeel gezien de voorkeur zou genieten indien tussen [betrokkene 1] en [betrokkene 2+ betrokkene 3] nogmaals definitief zou worden afgesproken dat aan de aanbiedingsplicht was voldaan en door [betrokkene 1] hierop geen beroep meer zou worden gedaan. [betrokkene 5] heeft daarop laten weten dat een en ander zou worden kortgesloten met [betrokkene 2+ betrokkene 3].

j) Op 20 juni 2007 heeft tussen [betrokkene 5] en [betrokkene 6] voornoemd een telefoongesprek plaatsgevonden, waarvan de volgende telefoonnotitie¹¹ is opgemaakt: “Zoons willen niet meer in discussie met vader over aanbiedingsplicht. Ze nemen het eventueel boetebeding op de koop toe. Bevestiging in brief zodra de akte hier is.”

k) Op 13 maart 2008 heeft de Notaris de inmiddels met betrekking tot het onderhavige pand gesloten koopovereenkomst¹² ingeschreven in de openbare registers.

l) Op 30 juni 2008 is op het kantoor van de Novitaris B.V. door mr. Rutten, kandidaat-notaris, als waarnemer van De Novitaris B.V. c.q. [De Novitaris], de leveringsakte¹³ gepasseerd van het pand, met als verkopers [betrokkene 2+ betrokkene 3] en als koper [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]). De koopprijs bedroeg € 300.000,= (exclusief € 5000,= aan roerende zaken).

1.2 [betrokkene 1] heeft op 10 juli 2009 een schriftelijke klacht ingediend tegen kandidaat-notaris mr. Rutten bij de Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Roermond (hierna: KvT). Deze klacht hield in dat de notaris onzorgvuldig heeft gehandeld (haar zorgplicht heeft geschonden) doordat zij de akte heeft verleden zonder dat de aanbiedingsplicht is geëindigd.

Bij beslissing van 8 juni 2010¹⁴ heeft de KvT overwogen dat het belang van de klager voor de notaris duidelijk kenbaar was en dat de levering van het pand aan een ander de klager een groot financieel nadeel zou opleveren, zodat de zorgplicht van de notaris zich ook uitstrekte tot de klager; dat de notaris had moeten oordelen dat de aanbieding van [betrokkene 2+ betrokkene 3] in strijd met hun aanbiedingsplicht en derhalve ongeldig was; dat de notaris met de enkele eenzijdige mededeling van [betrokkene 5] op 20 juni 2007 dat de kwestie met [betrokkene 2+ betrok-

kene 3] was kortgesloten en dat de discussie was geëindigd¹⁵ geen genoegen had mogen nemen en zich, alvorens de leveringsakte te verlijden, door overlegging van een schriftelijke verklaring van de klager ervan had moeten vergewissen dat deze van zijn voorkeursrecht geen gebruik zou maken; en dat een beroep op haar geheimhoudingsplicht de notaris niet kan baten. Naar het oordeel van de KvT heeft de notaris op grond van het voorgaande gehandeld in strijd met de zorg die zij als notaris behoorde te betrachten ten opzichte van de klager, door de akte van levering te passeren zonder inachtneming van het voorkeursrecht van de klager, althans zonder dat onomstotelijk vaststond dat de klager van zijn voorkeursrecht geen gebruik zou maken.

De KvT heeft daarom de klacht gegrond verklaard en de maatregel van waarschuwing opgelegd.

1.3 Bij inleidende dagvaarding van 2 februari 2011 heeft [eiseres] gevorderd dat De Novitaris B.V. en [De Novitaris] hoofdelijk worden veroordeeld om aan haar te voldoen € 195.630,56, vermeerderd met rente.

Zij heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat De Novitaris B.V. c.q. [De Novitaris] een onrechtmatige daad heeft gepleegd door de akte op 30 juni 2008 te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, waardoor de op de notaris rustende zorgplicht is geschonden en [betrokkene 1] schade heeft geleden. Volgens [eiseres] had de notaris moeten onderzoeken of de aanbiedingsplicht was geëindigd en haar ministerie moeten opschorten totdat ter zake duidelijkheid was verkregen. De schade bedraagt het verschil tussen de door [betrokkene 2+ betrokkene 3] gerealiseerde verkoopprijs (€ 300.000,=) en de ingevolge de aanbiedingsplicht geldende koopprijs (€ 104.369,44), zijnde € 195.630,56.¹⁶

De Notaris heeft als verweer tegen de vordering aangevoerd, onder meer en voor zover in cassatie van belang, dat (i) de notaris niet haar zorgplicht heeft geschonden (onder meer omdat zij erop mocht vertrouwen dat de aanbiedingsplicht was uitgewerkt) en (ii) het meewerken aan de door [betrokkene 2+ betrokkene 3] gepleegde wanprestatie niet onrechtmatig is jegens [betrokkene 1].¹⁷

1.4 Bij vonnis van 16 november 2011 heeft de rechtbank Roermond vastgesteld dat De Novitaris B.V. en [De Novitaris] beiden hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het handelen van kandidaat-notaris mr. Rutten (rov. 4.3). In het kader van genoemd verweer (i) heeft zij vastgesteld dat op een notaris als openbaar ambtenaar een zorgvuldigheidsplicht rust die onder omstandigheden ook betrekking kan hebben op derden wier belangen gemoeid (kunnen) zijn met de voorgenomen ambtshandeling (rov. 4.5). Zij heeft geoordeeld dat de aanbieding in de brief van 7 september 2006, reeds gelet op de daarin vermelde vraagprijs, niet als geldige aanbieding als bedoeld in de akte van 29 februari 1988 beschouwd kan worden, zodat de aanbiedingsplicht niet is geëindigd. Naar het oordeel van de rechtbank waren er geen aanknopingspunten voor de stelling dat de notaris er op mocht vertrouwen dat [betrokkene 1] afzag van zijn recht op aanbie-

578

11 Prod. 3 bij CvA.

12 Zie de op briefpapier van [A] Bedrijfsmakelaars gestelde Verkorte koop/koopovereenkomst, ondertekend op 6 maart 2008, die is aangevuld bij Koopakte overeenkomstig de NVM model koopovereenkomst voor Bedrijfs-onroerendgoed, ondertekend op 1 april 2008 (prod. 5 bij MvG). De Notaris stelt dat de overeenkomsten zijn opgesteld door [A] Bedrijfsmakelaars en dat de Notaris niet bij de verkoop betrokken is geweest, zie MvG onder 3.10 en 4.26 (onbetwist).

13 Prod. 2 bij inl. dagvaarding.

14 Prod. 12 bij inl. dagvaarding.

15 De KvT had namelijk als vaststaand feit vastgesteld: “Op 20 juni 2007 heeft [betrokkene 5] [betrokkene 6] voornoemd laten weten dat de kwestie met [betrokkene 2+ betrokkene 3] was kortgesloten en dat de discussie was beëindigd.” (p. 3). In de uitspraak van de KvT wordt nog geen melding gemaakt van de hiervoor onder 1.1-1 vermelde telefoonnotitie.

16 Volgens weergave in rov. 4.1 en 4.7 van het vonnis van 16 november 2011. Zie ook inl. dagvaarding onder 24 e.v., m.n. 29 en 40; CvR onder 22-24; pleitnota mr. Peeters d.d. 3 oktober 2011 onder 10, 13 en 16.

17 Vgl. rov. 4.2 van het vonnis. Zie ook CvA onder 4.4-4.13 resp. 4.14-4.18.

ding (rov. 4.5.1). Gelet op het kenbare en substantiële (financiële) belang van [betrokkene 1] en het telefoongesprek van 20 juni 2007 had de notaris van [betrokkene 2+ betrokkene 3] uitsluitend dienen te verlangen over de kwestie van de aanbiedingsplicht. Door dit na te laten heeft de notaris haar in dit specifieke geval óók jegens de derde geldende bijzondere zorgplicht als notaris in ernstige mate geschonden, en daarmee onrechtmatig gehandeld jegens [betrokkene 1] (rov. 4.5.2). De vraag of dit onrechtmatig handelen al dan niet ook gegrond kan worden op het verlenen van medewerking aan het plegen van wanprestatie (verweer (ii)), behoefde volgens de rechtbank daarom niet meer aan de orde te komen (rov. 4.5.3). Zij heeft de schadevergoeding gemaximeerd op het totaalbedrag van de door [betrokkene 2+ betrokkene 3] verschuldigde boete ad f 200.000,= (€ 90.756,04) (rov. 4.7.1).

De rechtbank heeft derhalve De Novitaris B.V. en [De Novitaris] c.s. hoofdelijk veroordeeld tot betaling van € 90.756,04, vermeerderd met wettelijke rente vanaf de dag van dagvaarding, met afwijzing van het meer of anders gevorderde.

1.5 De Notaris is van dit vonnis in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof 's-Hertogenbosch met conclusie dat het vonnis van de rechtbank wordt vernietigd en de vorderingen van [eiseres] alsnog worden afgewezen. De in cassatie relevante grief 1 was gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de instrumenterende notaris mr. Rutten haar zorgplicht jegens [betrokkene 1] heeft geschonden.¹⁸

[eiseres] heeft verweer gevoerd en in incidenteel appel een grief aangevoerd tegen de omvang van de toegewezen schadevergoeding. Dit incidenteel appel is in cassatie niet relevant en blijft hierna buiten beschouwing.

1.6 Bij arrest van 17 september 2013¹⁹ heeft het hof het vonnis van 16 november 2011 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van [eiseres] afgewezen.

Het hof heeft daartoe onder meer overwogen dat de rechtbank er – terecht en in hoger beroep niet bestreden – vanuit is gegaan dat op een notaris een zorgvuldigheidsplicht rust die zich niet alleen uitstrekt tot degene die zich tot hem wendt met het verzoek een aan de notaris voorbehouden ambtshandeling te verrichten, maar die onder omstandigheden ook betrekking heeft op derden, wier belangen gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtshandeling (rov. 3.1) en dat in casu, gelet op de aanbiedingsplicht van [betrokkene 2+ betrokkene 3] jegens [betrokkene 1], de belangen van [betrokkene 1] gemoeid konden zijn met het voorgenomen passeren van een akte tot levering van het pand door [betrokkene 2+ betrokkene 3] aan koper [betrokkene 4] (rov. 3.2). Het hof overwoog voorts: “3.2 (...) De rechtbank heeft geoordeeld dat [betrokkene 2+ betrokkene 3] vóór de verkoop aan [betrokkene 4] aan hun aanbiedingsverplichting jegens [betrokkene 1] niet hadden voldaan. Dat oordeel is in hoger beroep niet langer bestreden.

3.3 De Novitaris c.s.²⁰ waren van de aanbiedingsplicht en van de betrokkenheid en het belang van [betrokkene 1] op de hoogte, zowel uit de akte van aankomst als uit de e-mail van 14 juni 2007 en de daarbij aangeboden inzage van de onderliggende correspondentie. Bij die e-mail werd het oordeel van De Novitaris c.s. gevraagd “of de aanbiedingsplicht (was) komen te vervallen en het pand alsdan verkocht (kon) worden aan een derde”. Behalve hun “oordeel” werd ook hun “bevestiging” gevraagd wat erop wijst dat [betrokkene 2+ betrokkene 3] (voorshands)

de mening toegedaan waren dat die vraag bevestigend beantwoord moest worden, een bevestigend antwoord dat De Novitaris c.s. echter niet gaven.

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

3.5 Naar het oordeel van het hof gaat de onder deze omstandigheden van de notaris²¹ te vergen zorgvuldigheid niet zo ver dat zij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of [betrokkene 2+ betrokkene 3] tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op haar rustende ministerieplicht haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren. Daarbij neemt het hof mede in aanmerking:

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

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

3.6 Het hof acht het daarom niet in strijd met de zorgplicht van de notaris dat zij op 30 juni 2008 tot het passeren van de transportakte overging. Grief 1 in het principale hoger beroep slaagt.”

1.7 [eiseres] heeft – tijdig²² – beroep in cassatie ingesteld. Verweerders in cassatie hebben geconcludeerd tot verwerving van het beroep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten en eiseres tot cassatie heeft gerepliceerd. Verweerders in cassatie hebben afgezien van dupliek.

2 Beoordeling van het cassatieberoep

2.1 In cassatie zijn niet bestreden de oordelen van het hof:

- (i) dat op een notaris een zorgvuldigheidsplicht rust die zich niet alleen uitstrekt tot degene die zich tot hem wendt met het verzoek een aan de notaris voorbehouden ambtshandeling te verrichten, maar die onder omstandigheden ook betrekking heeft op derden, wier belangen gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtshandeling (rov. 3.1);
- (ii) dat in casu, gelet op de aanbiedingsplicht van [betrokkene 2+ betrokkene 3] jegens [betrokkene 1], de belangen van [betrokkene 1] gemoeid konden zijn met het voorgenomen passeren van een akte tot levering van het pand door [betrokkene 2+ betrokkene 3] aan [betrokkene 4] ingevolge de met deze gesloten koopovereenkomst (rov. 3.2);

18 Vgl. rov. 3.1 van het in cassatie bestreden arrest. Zie MvG onder 4.2-4.21.

19 Hof 's-Hertogenbosch 17 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4267.

20 Daarmee bedoelt het hof: De Novitaris B.V. en [De Novitaris].

21 Daarmee bedoelt het hof: de instrumenterende notaris mr. Rutten, zie rov. 3.1.

22 De cassatiedagvaarding is uitgebracht op 17 december 2013.

(iii) dat [betrokkene 2+ betrokkene 3] vóór de verkoop aan [betrokkene 4] aan hun aanbiedingsverplichting jegens [betrokkene 1] niet hadden voldaan (rov. 3.2); en

(iv) dat De Novitaris c.s. van de aanbiedingsplicht en van de betrokkenheid en het belang van [betrokkene 1] op de hoogte waren, zowel uit de akte van aankomst als uit de e-mail van 14 juni 2007 en de daarbij aangeboden inzage van de onderliggende correspondentie (rov. 3.3, eerste volzin).

2.2 Het cassatiemiddel is gericht tegen de daarop volgende rov. 3.3 (tweede volzin e.v.) tot en met 4.3 en het dictum. Volgens de hoofdklacht heeft het hof met zijn oordelen in met name rov. 3.4 en 3.5 blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de aard en omvang van de zorgplicht van de notaris en de daarbij in acht te nemen omstandigheden van het geval. Bovendien zou zijn oordeel zonder nadere toelichting onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd zijn.

2.3 Deze hoofdklacht wordt uitgewerkt in vier onderdelen, genummerd 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3 en 2.3, met verschillende subonderdelen. De eerste drie onderdelen richten zich tegen de rov. 3.3 (tweede volzin e.v.) tot en met 3.6 (hierboven onder 1.6 geciteerd). Het laatste onderdeel ziet op de hierop voortbouwende rov. 4.1 tot en met 4.3 en het dictum.

2.4 In de kern richt het beroep zich tegen het oordeel van het hof in rov. 3.5-3.6 dat de notaris door op 30 juni 2008 de transportakte te passeren niet heeft gehandeld in strijd met haar zorgplicht, nu in de door het hof genoemde omstandigheden van het geval de van haar te vergen zorgvuldigheid niet zo gering was dat zij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of [betrokkene 2+ betrokkene 3] tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op haar rustende ministerieplicht haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren.

Het middel stelt in essentie de vraag aan de orde of c.q. onder welke omstandigheden een notaris die bekend is met een obligatoire aanbiedingsverplichting van de vervreemder/verkoper jegens een derde, moet verifiëren of die aanbiedingsplicht door de vervreemder is nagekomen en, zo hij tot de bevinding komt c.q. behoort te komen dat dit niet het geval is, (vooralnog) ministerie moet weigeren bij levering aan de verkrijger/koper.

Inleidende beschouwingen

2.5 Daarmee raakt de zaak een bekend en veel bediscussieerd dilemma van het Nederlandse notariaat: hoe dient de notaris te handelen indien hem wordt verzocht een akte te passeren en hij door de verzochte ministerie te verlenen (mogelijk) zou meewerken aan wanprestatie van één der partijen bij de akte (in casu: [betrokkene 2+ betrokkene 3]) jegens een derde (in casu: [betrokkene 1]) en wellicht tevens aan een onrechtmatige daad van de andere partij bij de akte (in casu: [betrokkene 4]) jegens die derde? Bedoeld dilemma manifesteert zich niet alleen in geval van de dreigende niet-nakoming van een aanbiedingsplicht als de onderhavige (uit hoofde van voorkeursrecht of koopoptie; de akte spreekt van een 'recht tot verkrijging'), maar ook in geval van het dreigende niet doorgeven van een kettingbeding, de dreigende niet-nakoming van de verplichting om van de eerste hypotheekhouder toestemming te vragen (en te verkrijgen) voor de vestiging van een tweede hypotheek, en de dreigende niet-nakoming van een verplichting tot levering uit een eerdere verkoop van dezelfde onroerende zaak.

2.6 Het onderhavige geding betreft de vermeende civielrechtelijke aansprakelijkheid van de kandidaat-notaris wegens schending van haar zorgplicht jegens een derde. De daarvan te onderscheiden tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de kandidaat-notaris ter zake was reeds vastgesteld in de hierboven onder 1.2

aangehaalde beslissing van de KvT. De schending van een voor de notaris geldende tuchtrechtelijke zorgplicht leidt niet per definitie tot de schending van een voor de notaris geldende civielrechtelijke zorgplicht en derhalve niet zonder meer tot een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.²³ Verwezen zij naar het Vie d'Or-arrest²⁴, waarin Uw Raad – na in rov. 5.4.1 te hebben gewezen op het wezenlijke publieke belang dat (ook) de taakuitoefening van een accountant mede dient – het volgende overwoog (rov. 5.4.3): “Bij het antwoord op de vraag of een accountant ter zake van de uitoefening van zijn taak uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, kan de burgerlijke rechter betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter over het gewraakte handelen (vgl. HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151²⁵). Daarbij moet echter het volgende in aanmerking worden genomen.

Het tuchtrecht heeft in de eerste plaats tot doel, kort gezegd, in het algemeen belang een goede wijze van beroepsuitoefening te bevorderen. In een tuchtprocedure staat, aan de hand van andere maatstaven dan die worden gehanteerd bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid en zonder de in een civiele procedure geldende bewijsregels, ter beoordeling of een beroepsbeoefenaar in overeenstemming heeft gehandeld met de voor het desbetreffende beroepsgroep geldende normen en gedragsregels. Deze kenmerken brengen mee dat aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, niet zonder meer de gevolgtrekking kan worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm (vgl. HR 10 januari 2003, NJ 2003, 537²⁶).” 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.²⁷

Tuchtrechtelijke normen

2.7 Wat betreft de tuchtrechtelijke zorgplicht van de notaris kunnen de volgende wettelijke normen worden onderscheiden.

2.7.1 De centrale tuchtnorm voor het notariaat vindt men in art. 93 lid 1 van de Wet op het notarisambt (hierna: Wna):

“Notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen zijn aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd

23 Vgl. over deze twee verschillende notariële aansprakelijkheden o.m. Huijgen/Pleysier, 2001, p. 57; Waaier, WPNR 6456 (2001), p. 764; Kleyn, JBN 2002/41; Van Oostrom-Streep, WPNR 6675 (2006), p. 565-567; Hammerstein, WPNR 6954 (2012), p. 920-921; Huijgen, JBN 2014/19.

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

25 HR 12 juli 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1532, NJ 2003/151 m.nt. FCBvW, rov. 3.6.3, legt op de burgerlijke rechter die komt tot een oordeel dat afwijkt van het oordeel dat de tuchtrechter heeft gegeven de plicht zijn oordeel zodanig te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is.

26 HR 10 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0690, NJ 2003/537 m.nt. WMK. Ook deze zaak betrof de civielrechtelijke aansprakelijkheid van een notaris.

27 Dit leidt Verstappen ertoe op te merken dat wat hem betreft overwogen moet worden om tegen de uitspraken van de hoogste notariële tuchtrechter (hof Amsterdam) cassatie in het belang van de wet open te stellen, zie WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 18.

notaris of kandidaat-notaris niet betaamt.” (cursiveringen toegevoegd, A-G)

2.7.2 Aan de door de notaris in acht te nemen zorgvuldigheid worden hoge eisen gesteld (art. 17 lid 1 Wna): “De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.” (cursivering toegevoegd, A-G)

2.7.3 Op de notaris rust in beginsel een ministerieplicht, die is omschreven in art. 21 lid 1 Wna: “De notaris is verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede, derde, en vierde lid.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Van de in dit artikellid genoemde uitzonderingen is vooral het tweede lid van belang, waarin wordt omschreven wanneer de notaris dienst moet weigeren:

“De notaris is verplicht 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.” (cursiveringen toegevoegd, A-G)

Vóór de wetswijziging in 2012²⁸ vermeldde dit artikellid slechts de ‘redelijke overtuiging’; met de wijziging is hieraan het ‘(redelijk) vermoeden’ toegevoegd. De Memorie van Toelichting vermeldt hierover het volgende: “Ter versterking van het waarborgen van de integriteit van het notariaat wordt voorgesteld om de notaris niet langer alleen bij zijn redelijke overtuiging, maar ook bij een redelijk vermoeden van door middel van zijn werkzaamheden beoogde malversaties, te verplichten zijn diensten te weigeren. Dit betekent dat een notaris bij gereede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt verplicht is zijn dienst te weigeren, althans zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van de geoorloofde karakter ervan.”²⁹ (cursiveringen toegevoegd, A-G)

Bij de totstandkoming van de nieuwe Wet op het notarisambt in 1999 is voorts nog het volgende opgemerkt over dienstweigering in gevallen van conflicterende (leverings)rechten: “Een speciaal onderdeel van het leerstuk van de geoorloofde van dienstweigering betreft de dienstweigering bij conflicterende (leverings-)rechten (zie Melis, p. 147-149). Het gaat hier om de situatie waarin bijv. een verkoper zijn stuk grond tweemaal verkoopt. De verkoper en de tweede koper verzoeken de notaris een transportakte op te stellen. De notaris is op de hoogte van de overeenkomst tussen de verkoper en de eerste koper. De vraag is of de notaris de akte moet passeren of eerst de kwestie aan de rechter in kort geding moet voorleggen. Met de bewerkers van voornoemd handboek en de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris meen ik dat de notaris zich terughoudend dient op te stellen ingeval hij geconfronteerd wordt met conflicterende leveringsrechten.”³⁰ (cursivering toegevoegd, A-G)

Bij art. 6 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 zijn op de voet van art. 21 lid 5 Wna nadere regels gesteld betreffende de toepassing van art. 21 lid 2 Wna. Daarin is niet voorzien in dienstweigering in geval van dreigende wanprestatie of onrechtmatige daad.

2.8 De tuchtrechtelijke jurisprudentie betreffende het meewer-

ken door een notaris aan wanprestatie of onrechtmatige daad vertoont een vrij consistente lijn.³¹

Zo vermeldt Kleijn dat reeds in 1976 de Kamer van Toezicht te ‘s-Gravenhage oordeelde dat een notaris niet mag meewerken aan een transport in strijd met een op de verkoper drukkend anti-speculatiebeding ten behoeve van de gemeente.³²

In 1979 vermelden De Vries en Van Os³³ een uitspraak van een Kamer van Toezicht betreffende het passeren van een transportakte waarbij op uitdrukkelijk verlangen van partijen een door de gemeente aan de verkoper opgelegd kettingbeding achterwege werd gelaten. Dat werd in strijd geacht met de eer en waardigheid van het ambt, omdat de notaris aldus doende zijn medewerking verleende aan de ontkrachting van het overheidsbeleid ter zake van de gepremieerde woningbouw.³⁴

WPNR jaargang 1982³⁵ vermeldt een uitspraak van de Kamer van Toezicht (te ‘s-Gravenhage³⁶) waarin onderscheid wordt gemaakt tussen overtreding van een bepaling van een kettingbeding en het weglaten van dat kettingbeding. Hierin wordt geoordeeld 1) dat een notaris in het algemeen zijn diensten zal mogen weigeren indien partijen door het niet-nakomen van contractuele verplichtingen wanprestatie (willen) plegen ten opzichte van een derde. De notaris evenwel die van mening is niet te mogen weigeren, handelt niet zonder meer in strijd met de eer en waardigheid van het notarisambt; de bijzondere omstandigheden van het geval zullen hier een belangrijke rol spelen; 2) dat de notaris die zijn medewerking verleent aan het op verzoek van partijen weglaten van kettingbedingen in een opvolgende akte zijn ambtsplichten verwaarloost en zich blootstelt aan tuchtrechtelijke maatregelen. Hij zal derhalve zijn diensten moeten weigeren en aan ‘verduistering van titel’ onder geen omstandigheid dienen mede te werken; een en ander zou in flagrante strijd zijn met het vertrouwen dat men in de notaris als openbaar ambtenaar moet kunnen stellen. De Kamer van Toezicht voegt hieraan toe dat zij met dit oordeel thans een wijdere en algemenere strekking geeft aan haar eerdere uitspraak van enige jaren terug in een ongeveer gelijksoortige casus³⁷ en dat de notaris zich dient te onthouden van medewerking aan benadeling van welke derde dan ook.

2.9 In 1986 constateert de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris in haar rapport voor de KNB een duidelijke ontwikkeling in de opvatting omtrent de verantwoordelijkheid van de notaris ten aanzien van zijn medewerking aan laakbare handelingen van zijn cliënten. Werd de verantwoordelijkheid voor de inhoud van de rechtshandeling aanvankelijk bij partijen gelegd, nu wordt zij in veel meer gevallen voor rekening van de notaris gebracht (hetgeen leidt tot een minder lijdelijke notaris). Uit-

31 De notariële tuchtrechtspraak uit de vorige eeuw is slecht toegankelijk. Publicatie ervan geschiedde niet of slechts sporadisch, veelal samengevat en versnipperd over diverse en niet voor iedereen toegankelijke bronnen. Vgl. hierover Van den Haak, De notaris in appel, 2009, p. 9-10, voetnoot 6 en p. 47-48, voetnoot 67.

32 Kleijn, WPNR 6505 (2002), p. 701.

33 De Vries, WPNR 5480 (1979), Notariële (groene) bijlage, p. 14-15 en Van Os, WPNR 5494 (1979), Notariële (groene) bijlage, p. 54-55.

34 Ook Van Oostrom-Streep (WPNR 6675 (2006), p. 566) maakt melding van een uitspraak van de Kamer van Toezicht uit 1979 waarin deze bepaalde dat een notaris zijn dienst had moeten weigeren toen hem kenbaar werd dat de voorgenomen transactie de belangen van een derde zou schenden.

35 WPNR 5606 (1982), p. 285-286.

36 Zo vermelden althans Kleijn (in zijn annotatie bij HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 (Curaçao/Boyé)) en Huijgen (JBN 2014/19 onder 1 en 2) in hun verwijzingen naar deze uitspraak.

37 Waarschijnlijk de in de vorige alinea besproken zaak, aldus ook Van Os, WPNR 5614 (1982), p. 426 noot 1.

28 Wet van 29 september 2011 tot wijziging van de Wet op het notarisambt (Stb. 2011, 470), in werking getreden op 1 januari 2012.

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

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

gaande van hetgeen volgens haar de maatschappij van een notaris verwacht, formuleert de Commissie een aantal regels.³⁸

Eén daarvan is de regel dat de notaris zijn dienst moet weigeren bij schending van wettelijke en/of contractuele rechten van derden welke de notaris kent of behoort te kennen, tenzij er een rechtvaardigingsgrond³⁹ aanwezig is. De Commissie maakt daarbij geen onderscheid tussen gevallen waarin de koper ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst al of niet wist of behoorde te weten van het bestaan van het recht van de derde. De opvatting van de Commissie is namelijk geheel gegrond op de zorgplicht van de notaris. Doorslaggevend is het feit dat door de rechtshandeling rechten van derden worden geschonden, waaraan de notaris niet mag meewerken; de (on)bekendheid van de wederpartij met die schending is niet relevant.⁴⁰

2.10 Ook daarna is deze tuchtrechtelijke lijn verder doorgezet, zoals mag blijken uit de volgende uitspraken van de hoogste tuchtrechter, de Notariskamer van het hof Amsterdam⁴¹:

- Hof Amsterdam 27 december 2001⁴²: het hof oordeelt over een geval waarin een eigenaar zijn woning verkoopt in strijd met zijn verplichtingen uit een anti-speculatiebeding jegens de gemeente, en overweegt dat “de notaris bij de tegenstrijdige belangen zoals deze in casu aanwezig waren zijn ministerie [had] dienen te weigeren en de koper en verkoper in overweging [had] dienen te geven hem in kort geding te dagvaarden zodat de President 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, derhalve ook de belangen van de gemeente. Door zulks na te laten en de akte te passeren is de notaris op de stoel van de rechter gaan zitten. Het geven van een oordeel als ware hij rechter is evenwel geen taak van een notaris. De klacht is derhalve gegrond.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Hieraan doet volgens het hof niet af dat de notaris partijen bij de levering had gewezen op de mogelijke consequenties van het niet in acht nemen van het anti-speculatiebeding en dat hij de gemeente in kennis had gesteld van het tijdstip van passeren van de leveringsakte.

- Hof Amsterdam 19 januari 2006⁴³: in een zaak waarin de notaris had meegewerkt aan een levering waarbij uit de in de leveringsakte van toepassing verklaarde algemene verkoopvoorwaarden kenbaar was dat overdracht niet zonder meer was toe-

gestaan en zou kunnen leiden tot de verschuldigdheid van een boete, had de notaris naar het oordeel van het hof nader onderzoek moeten doen naar de inhoud en gevolgen van de voorwaarden. Het hof overweegt voorts nog: “Het standpunt van de notaris dat zijn onderzoeksplicht niet meer omvat dan er voor te zorgen dat partijen een onaantastbare rechtshandeling verrichten en dat hij het niet tot zijn plicht rekent er voor te waken dat partijen in strijd handelen met obligatoire beperkingen, is onjuist.”

- Hof Amsterdam 24 mei 2011⁴⁴: een notaris passeert een akte tot vestiging van een tweede hypotheekrecht, terwijl hij weet dat de eerste hypotheekhouder niet de daarvoor ingevolge de eerste hypotheekakte benodigde toestemming heeft gegeven. Het hof oordeelt dat de notaris ministerie had moeten weigeren. Het overweegt daartoe in de eerste plaats als volgt: “6.2 In het algemeen zijn er goede gronden als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om dienst te weigeren, indien het de notaris bekend is dat dienstverlening (...) 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. Medewerking door een notaris aan de totstandkoming van een tekortkoming of onrechtmatige daad schaadt immers de eer en het aanzien van het notariaat.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Dan lijkt de uitspraak echter toch een opening te bieden voor dienstverlening:

“6.3 (...) [D]e wetgever [verlangt] in geval van conflicterende rechten van de notaris weliswaar terughoudendheid (...)⁴⁵, maar [verplicht] hem niet onder alle omstandigheden tot dienstweigering. De onder 6.2 geformuleerde algemene regel kan naar het oordeel van het hof uitzondering leiden, indien in geval van conflicterende rechten dienstweigering leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij dat de notaris ingevolge art. 17 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te behartigen en de notaris in verband daarmee tot de conclusie komt dat hij zijn ministerie dient te verlenen.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Deze opening biedt de notaris in casu echter geen soelaas. Nu niet is gesteld of gebleken dat het rechtmatig belang van de tweede hypotheekhouder was dat de notaris tot de conclusie heeft gebracht dat zij haar dienst niet mocht weigeren (dat was namelijk het belang van de kredietnemer geweest, A-G), gaat het hof niet uit van conflicterende rechten als in rov. 6.3 bedoeld. De eerste hypotheekhouder was volgens het hof door vestiging van de tweede hypotheek op relevante wijze in haar belang geraakt en het was niet aan de notaris, maar aan de eerste hypotheekhouder om te beoordelen of, en zo ja, onder welke voorwaarden toestemming voor het vestigen van een tweede hypotheek zou kunnen worden gegeven.

2.11 De tuchtrechtelijke jurisprudentie is echter van meet af aan onderwerp van discussie geweest en verdeelt de literatuur in (felle) voor- en tegenstanders van de gevolgde koers. De laatste tijd heeft vooral de zojuist geciteerde uitspraak van het hof Amsterdam van 24 mei 2011 (opnieuw) zeer veel stof doen opwaaien.⁴⁶ In hoofdlijnen kan in de literatuur een tweetal opvattingen of stromingen worden onderscheiden.

38 Rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, Preadvis KNB 1986, p. 19-20.

39 De Commissie geeft niet aan welke rechtvaardigingsgronden dit zouden kunnen zijn. De uitspraak van de Kamer van Toezicht en vooral het artikel van Van Os (WPNR 5614 (1982), p. 426-428, zie met name onder D) – waarop de commissie zich hier baseert – vermelden ook geen specifieke rechtvaardigingsgronden. Integendeel, zij achten in geval van medewerking aan een bewuste schending van rechten van derden geen uitzondering mogelijk op de regel dat de notaris dan dienst moet weigeren.

40 Rapport, p. 22-24.

41 Naast de hierna opgenomen uitspraken kunnen nog worden vermeld: Hof Amsterdam 19 december 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:BM4662, PW 1997/20775, ook opgenomen in WPNR 6280 (1997), p. 533-534, en Hof Amsterdam 13 februari 1997, opgenomen in WPNR 6285 (1997), p. 672-673. Buiten beschouwing wordt hier gelaten Hof Amsterdam 11 maart 2013, ECLI:GHAMS:2013:1891. Deze uitspraak – waarbij geen sprake was van een schending van een recht van de klagende derde – is voor de onderhavige materie niet relevant (vgl. ook Huijgen, JBN 2014/19 onder 1). Anders meent kennelijk Van Oostrom-Streep (WPNR 7008 (2014), p. 209-211), die hierin een verrassende afwijking van de tuchtrechtelijke jurisprudentie alsmede een bevestiging van de door haar voorgestane opvatting ziet.

42 ECLI:NL:GHAMS:2001:BM4632, PW 2002/21447. Deze zaak is ook besproken door Holtman in WPNR 6477 (2002), p. 172-174.

43 ECLI:NL:GHAMS:2006:AV0591.

44 ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, JOR 2012/86 m.nt. NWAT (beslissing van 24 mei 2011, uitgesproken op 27 december 2011).

45 Het hof doet in dit verband een beroep op de in deze conclusie onder 2.7.3 aangehaalde parlementaire geschiedenis bij nieuwe Wet op het notarisambt 1999.

46 Zie over deze uitspraak o.m. (zeer kritisch) Wibier, WPNR 6922 (2012), p. 212-214 en Van Oostrom-Streep, WPNR 6930 (2012), p. 361-368 met reactie van Holtman (WPNR 6946 (2012), p. 706-708) en naschrift (idem, p. 708). Zie over de uitspraak voorts het

2.12 De eerste opvatting – die van de zogenaamde ‘preciezen’⁴⁷ – komt er op neer dat de notaris, gezien zijn maatschappelijke positie, geen medewerking mag verlenen en derhalve dienst moet weigeren als hij weet dat de rechtshandeling waarbij zijn ministerie wordt verzocht tot gevolg kan hebben dat een der partijen wanprestatie pleegt of onrechtmatig handelt jegens een derde. Volgens hen kan de notaris zijn taak om notariële akten te maken niet op mechanische of lijdelijke wijze uitvoeren zonder zich op enigerlei wijze rekenschap te geven van de morele geoorlooftheid van hetgeen cliënten met behulp van zijn tussenkomst wensen te bereiken.⁴⁸ De notaris ontbeert echter het instrumentarium om zelf een goede (eind)afweging te kunnen maken. Bij dienstweigeren kunnen partijen het oordeel van de (kort geding-) rechter inroepen, welke stap de notaris partijen ook nadrukkelijk in overweging kan geven.

2.13 Kritiek op voormelde tuchtrechtelijke koers is er steeds geweest van auteurs die wel worden aangeduid als de ‘rekkelijken’⁴⁹. De meest gehoorde kritiek is dat de tuchtrechtelijke lijn afwijkt van de civielrechtelijke jurisprudentie – waarover hierna onder 2.17 e.v. – en dat medewerking aan wanprestatie zeer snel of zelfs vrijwel altijd zal leiden tot tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris. Dit zal ertoe leiden dat notarissen hun ministerie bij de aan de orde zijnde rechtshandelingen stelselmatig zullen weigeren en dat een dergelijke wanprestatie vrijwel onmogelijk wordt. Hierdoor verkrijgen obligatoire bedingen ten aanzien van registergoederen de facto een goederenrechtelijke werking, althans totdat de rechter eventueel anders beslist. Dit vormt een vergaande inbreuk op de partijautonomie en de contractsvrijheid, en het druist in tegen het systeem van ons recht⁵⁰ en tegen de aan de wetgever voorbehouden en door deze gemaakte keuzes (bijv. ten aanzien van: de werking van een kettingbeding; de beperkingen verbonden aan beperkte rechten en kwalitatieve verplichtingen in de zin van art. 6:252

BW; de onmogelijkheid om (register)goederen door een beding onoverdraagbaar te maken (art. 3:83 BW), en het feit dat een koper op grond van art. 7:15 jo 20 BW bij levering geen lasten behoeft te accepteren die hij niet uitdrukkelijk heeft aanvaard). De notaris zou in deze opvatting wel zijn medewerking moeten verlenen, maar niet dan nadat hij eerst de partijen heeft geïnformeerd en gewaarschuwd voor de mogelijke gevolgen van het een en ander. Aangenomen wordt veelal – en mijns inziens terecht – dat de notaris vanwege zijn geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna en art. 4 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011) in ieder geval niet zelfstandig – zonder dat partijen hiermee instemmen – de derde in kwestie kan waarschuwen.⁵¹

2.14 De beide groepen verwijten elkaar over en weer een opvatting te huldigen waarin de notaris op de stoel van de rechter gaat zitten. De ‘rekkelijken’ menen dat in de opvatting van de preciezen de notaris op de stoel van de rechter gaat zitten door dienst te weigeren en daarmee (zonder expliciete wettelijke basis) de overdracht van (met name) onroerende zaken te blokkeren vanwege niet-nagekomen obligatoire bedingen,⁵² en de ‘preciezen’ menen dat in de opvatting van de rekkelijken de notaris juist op de stoel van de rechter gaat zitten door aan een dergelijke rechtshandeling mee te werken zonder eerst de rechter aan het woord te laten.⁵³

2.15 In de reeds meermalen genoemde uitspraak van de Notariskamer van het hof Amsterdam van 24 mei 2011 heeft de KNB aanleiding gezien een Verordening dienstweigeren op te stellen.⁵⁴ De Verordening dienstweigeren is in januari 2014 goedgekeurd door de ledenraad van de KNB en ter goedkeuring

themanummer WPNR 6954 (2012) met bijdragen van Tjon Tjin Tai (p. 902-909), Huijgen (p. 910-916), Verstappen (p. 917-919) en Hammerstein (p. 920-921).

47 Zie voor deze aanduiding Melis/Waaijer, 2012, par. 4.6.2.2. Hieronder kunnen o.m. worden geschaard de eerder genoemde Van Os (vgl. WPNR 5494 (1979), Notariële (groene) bijlage, p. 54-55 en WPNR 5614 (1982), p. 426-428), oud-lid van de Notariskamer van het hof Amsterdam; de leden van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris (waaronder Van Os), opstellers van het hierboven besproken rapport van die commissie; en de bewerkers van verschillende drukken van het handboek De Notariswet van Melis (onder wie ook Waaijer, vgl. Melis/Waaijer, 2012, par. 4.6.2.2, die daarbij echter wel aantekent dat er civielrechtelijk het nodige wringt en dat evident is dat de positie van de notaris in het rechtsverkeer nog onvoldoende ten gronde is doordacht). Voorts Holtman (WPNR 5751 (1985), p. 575-577; WPNR 6501 (2002), p. 612-613); Van Mourik (WPNR 5794 (1986), p. 524; WPNR 5959 (1990), p. 296; WPNR 6724 (2007), p. 801); Van den Akker, diss. (2001), p. 152; Waaijer, (WPNR 6456 (2001), p. 763-764); Hammerstein (WPNR 6954 (2012), p. 920-921).

48 Vgl. Melis/Waaijer, 2012, par. 4.6.2.2.

49 Zie voor deze aanduiding Melis/Waaijer, 2012, par. 4.6.2.2. Hieronder kunnen o.m. worden geschaard de eerder genoemde De Vries (WPNR 5480 (1979), Notariële (groene) bijlage, p. 14-15); Kleijn (o.m. annotatie bij HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 (Curaçao/Boyé); Preadviezen KNB en VBR 1985, p. 52 e.v.; JBN 2002/41; WPNR 6505 (2002), p. 701); Kraan (WPNR 5734 (1985), p. 252 en WPNR 5751 (1985), p. 577); Van Velten (WPNR 5671 (1983), p. 676; Preadviezen KNB en VBR 1985, p. 38 en 66; WPNR 5774 (1986), p. 158); Van Oostrom-Streep (WPNR 6675 (2006), p. 565-567; WPNR 6930 (2012), p. 361-368; WPNR 7008 (2014), p. 209-211); Verstappen (WPNR 6954 (2012), p. 917-919); Wibier (WPNR 6922 (2012), p. 212-214).

50 Vgl. o.m. het bekende Blaauboer/Berlips-arrest (HR 3 maart 1905, W 8191).

51 Vgl. in die zin in het bijzonder Van Es (Preadvies KNB 2007, p. 42-50), die daarbij het beroep van Boks (diss. 2002, p. 145-155) (overigens ook gedaan door Holtman, WPNR 6320 (1998), p. 433-434) op o.a. het Kilbarr-arrest (HR 11 maart 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1296, NJ 1995/3 m.nt. HJS) voor de verdediging van een tegengesteld standpunt m.i. terecht afwijst. Vgl. voorts ook bijv. eerdergenoemde tuchtrechtspraak van Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, JOR 2012/86 m.nt. NWAT (beslissing van 24 mei 2011, uitgesproken op 27 december 2011), rov. 6.5, en het commentaar van de KNB op deze uitspraak zoals te lezen op www.knb.nl/stream/bijlage-bij-2012-02-08-notaris-moet-dienst-weigeren-als-toestemming-eerste-hypotheekhouder-ontbreekt; het rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, Preadvies KNB 1986, p. 29; Melis/Waaijer, 2012, p. 50; Van Mourik, WPNR 5794 (1986), p. 524-525; Van Oostrom-Streep, WPNR 6930 (2012), p. 361-368 onder VI en VII; en Rb Arnhem 14 december 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV1439. Anders echter Van Mourik in WPNR 6724 (2007), p. 801, waar hij meent dat hier de geheimhoudingsplicht moet wijken. Uiteindelijk lijkt deze opvatting echter ook niet tot een oplossing van de situatie te leiden. Hoe lang zal de notaris dan immers de derde de tijd moeten gunnen om maatregelen te nemen? Bestaat de zorgplicht van de notaris jegens de derde überhaupt slechts voor zover de derde (snel) ingrijpt?

52 Vgl. bijv. Van Velten, Preadviezen KNB en VBR 1985, p. 66; Van Oostrom-Streep, WPNR 6675 (2006), p. 566-567 en WPNR 6930 (2012), p. 361-368 onder VII en Verstappen, WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 13. Vgl. ook Boks over Kleyn, diss. 2002, p. 144.

53 Zie bijv. Holtman, WPNR 5751 (1985), p. 577 en WPNR 6501 (2002), p. 612. In die zin ook eerdergenoemde tuchtrechtspraak van Hof Amsterdam 27 december 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:BM4632, PW 2002/21447. Vgl. hierover voorts rov. 3.4 van de uitspraak van de Kamer van Toezicht te Utrecht die in hoger beroep heeft geleid tot de uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 mei 2011, opgenomen achter deze laatste uitspraak onder ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685.

54 Jaarverslag KNB 2012-2013, par. 4.2.1, p. 32. Vgl. hierover ook Van Oostrom-Streep, WPNR 7008 (2014), p. 209 onder 1 en Huijgen, JBN 2014/19. Verstappen had een dergelijke stap door de KNB al gesuggereerd in WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 17-18.

aan het ministerie van Veiligheid en Justitie voorgelegd.⁵⁵ In de Verordening staat onder andere dat wanprestatie van de cliënt niet per definitie reden is om dienst te weigeren. Het notariële tuchtrecht dient naar de mening van de KNB zoveel mogelijk aan te sluiten op de civielrechtelijke jurisprudentie, volgens welke enkel een wanprestatie of onrechtmatige daad onvoldoende grond voor dienstweigering zou zijn. Er kunnen wel omstandigheden zijn die meebrengen dat de notaris zijn dienst moet weigeren; dit moet hij zelf beoordelen.⁵⁶ Op de notaris rust daarnaast een zorgplicht om zijn cliënten te informeren over en te waarschuwen voor de mogelijke gevolgen van hun wanprestatie of onrechtmatige daad, aldus de KNB.⁵⁷

2.16 Huijgen⁵⁸ vermeldt dat de nieuwe regel dient ter aanvulling van art. 6 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 en luidt als volgt:

“een (mogelijke) tekortkoming in de nakoming van een verbintenis die één van de partijen heeft jegens een derde en/of een (mogelijke) onrechtmatige daad van één van de partijen jegens een derde zijn onvoldoende grond voor dienstweigering.”

Huijgen acht het niet onwaarschijnlijk dat de tuchtrechter een dergelijke verordening ofwel als onverbindend zal beschouwen, ofwel buiten toepassing zal laten. Hij wijst erop dat alle wettelijke bepalingen in formele zin – art. 93 lid 1, 17 lid 1 en 21 lid 2 Wna – en ook de parlementaire geschiedenis ongewijzigd blijven en de notariële tuchtrechter bij zijn interpretatie van deze (wettelijke) normen steeds consistent heeft geoordeeld dat meewerken aan wanprestatie in de aan hem voorgelegde gevallen in strijd komt met de eer en waardigheid van het notariaat,⁵⁹ met andere woorden, in strijd is met hetgeen een behoorlijk notaris betaamt, en derhalve in strijd met het (ongeschreven) recht. Dat geldt eens te meer als het meewerken aan de rechtshandeling (ook nog) een onrechtmatige daad van (een van beide) partijen jegens een derde tot gevolg heeft, in de zin van een handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit leidt er niet alleen toe dat de notaris verplicht is zijn dienst te weigeren op grond van art. 21 lid 2 Wna, maar daarmee zal de notaris door zijn bewuste medewerking ((ook) zelf) een onrechtmatige daad plegen, aldus Huijgen.

Civiele aansprakelijkheid van partijen bij de levering

2.17 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. Daarbij richt de focus zich op de positie van de koper die ter nakoming van de door hem gesloten koopovereenkomst levering verlangt van de door hem gekochte onroerende zaak, terwijl zijn wederpartij, de verkoper, zich met betrekking tot de te leveren zaak eerder obligatoir jegens een derde heeft gebonden. Volgens vaste jurisprudentie van Uw Raad handelt de koper van een on-

roerende zaak die meewerkt aan het transport van die zaak niet onrechtmatig jegens een derde op de enkele grond dat hij, de koper, ten tijde van de levering weet of behoort te weten dat zijn wederpartij door de levering tekortschiet in zijn verplichtingen jegens die derde. Er zijn bijkomende omstandigheden vereist om het enkele profiteren of gebruikmaken van een dergelijke wanprestatie onrechtmatig te doen zijn. Daarbij lijkt in de regel een belangrijke rol te zijn weggelegd voor wetenschap van de koper ten tijde van de koop⁶⁰, maar doorslaggevend is deze niet. Zeer recent nog heeft Uw Raad geoordeeld dat het de koper van een onroerende zaak die ten tijde van de totstandkoming van de koopovereenkomsten niet bekend was met het voorkeursrecht van de zittende huurder: “3.4 (...) in beginsel vrij[stond], 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. Zodanige handelwijze kan onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig zijn jegens degene die zoals [huurder] een voorkeursrecht heeft dat daardoor wordt gefrustreerd, waarbij met name valt te denken aan het geval dat sprake is van onevenredigheid tussen het belang bij nakoming van de koopovereenkomsten en het belang dat bestaat bij het kunnen uitoefenen van het voorkeursrecht. Dergelijke omstandigheden zijn door het hof echter niet aan zijn oordeel ten grondslag gelegd. [Koper] heeft gesteld dat zij belang erbij had de (...) [door doorverkoop aan een vierde] aangegane leveringsverplichting na te komen, waartoe zij zich volgens haar op straffe van een boete van 10% van de koopsom had verbonden. In het licht van deze stelling behoefde het oordeel van het hof dat het handelen van [koper] jegens [huurder] onrechtmatig was, nadere motivering.”⁶¹ (cursivering toegevoegd, A-G)

2.18 Indien het handelen van de koper als onrechtmatig moet

584

55 Ambtshalve ingewonnen informatie bij de KNB leerde dat de tekst van de Verordening inmiddels is gewijzigd en opnieuw ter goedkeuring aan de ledenraad zal worden voorgelegd.

56 De toelichting noemt het geval dat het passeren van de akte leidt tot bijzonder ernstige gevolgen, zie redactioneel naschrift, WPNR 6954 (2012), p. 900-901.

57 Jaarverslag KNB 2012-2013, par. 4.2.1, p. 32.

58 Huijgen, JBN 2014/19.

59 Anders Verstappen (WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 17), die een verordening kennelijk voldoende acht om het hof Amsterdam ‘terug te fluiten’, aangezien daarmee naar zijn mening de verantwoordelijkheid over het vaststellen van de notariële beroeps- en gedragsregels wordt genomen door de instantie die door de wetgever primair daarvoor in het leven is geroepen: de KNB (onder goedkeuring van de Minister van Veiligheid en Justitie).

60 HR 8 december 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC0651, NJ 1990/217 (Scheerders/Van Hoek) betreffende levering ter uitvoering van een verkoop van grond na een eerder(e) (bindend aanbod tot een) ruilovereenkomst ter zake van dezelfde grond. Vgl. voorts eerder al – ook voor voorbeelden van bijkomstige omstandigheden die het profiteren van wanprestatie onrechtmatig (kunnen) maken – o.m. HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 m.nt. GJS (Pos/Van den Bosch), betreffende onrechtmatige aanvaarding van een schenking in weerwil van een koopoptie (kennis van de koopoptie in combinatie met bewustzijn van het aanmerkelijk nadeel dat de derde zal lijden en de bijzondere vertrouwenspositie van de profiterende partij ten opzichte van en zijn invloed op de wederpartij); HR 3 januari 1964, ECLI:NL:HR:1964:AB6690, NJ 1965/16 m.nt. GJS met vergelijkbare omstandigheden in een geval van dubbele verkoop; en HR 4 juni 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB6841, NJ 1965/381 (Caltex/Kamsteeg) in een geval van schending van (op) een kettingbeding (gelijkende verplichtingen) (kennis wanprestatie, gebruikmaking daarvan om bepaalde doelen te bereiken waarmee een substantieel financieel voordeel kon worden behaald, en bewustzijn dat ook anderen tot schending van hun verplichtingen jegens de derde kunnen worden gebracht). Zie ook HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 m.nt. CJHB en WMK (Curaçao/Boyé) betreffende het niet doorgeven van een kettingbeding (kennis van het beding bij aankoop, bewustzijn van de strekking ervan, vraag of op de koper een onderzoeksplicht rust, ernst en voorzienbaarheid van het nadeel van de derde op het moment van aankoop, mate van beïnvloeding en de rol die de mogelijkheid van profiteren bij aankoop van het goed heeft gespeeld). Zie voor het oordeel dat kennis van wanprestatie ten tijde van de (koop en) levering op zichzelf nog niet tot onrechtmatigheid leidt o.m. nog HR 12 januari 1962, NJ 1962/246 (Nibeja/Grundig); HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5155, NJ 2005/513; HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5682, NJ 2006/33, JA 2006/22 m.nt. HJSML (Van Oosterom/Baas); HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1084, NJ 2007/78. Vgl. over dit onderwerp ten slotte uitgebreid Du Perron, diss. 1999, Hfd. 4. par. 3.4.

61 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (Joba/X).

worden gekwalificeerd, kan de schadevergoeding desgevorderd plaatsvinden in andere vorm dan betaling van een geldsom (art. 6:103 BW), bijvoorbeeld door veroordeling van de koper tot overdracht van de verkochte zaak aan de derde tegen betaling van de geschatte waarde⁶² of de door de koper betaalde koopprijs.

2.19 De wanprestatie van de verkoper jegens de derde zal, gelet op de levering aan de koper, slechts kunnen leiden tot een schadevergoeding in geld ten behoeve van de benadeelde derde.

Civiele aansprakelijkheid van de notaris

2.20 Met betrekking tot de civiele aansprakelijkheid van de notaris in het algemeen heeft Uw Raad in de Tilburgse Hypotheekbank-arresten⁶³ (hierna: THB) overwogen dat de door de notaris bij zijn ambtsbediening in acht te nemen zorgvuldigheid niet uitsluitend de belangen van zijn cliënten geldt en dat hij onder bijzondere omstandigheden een zekere zorgplicht jegens derden kan hebben:

“Het [hof] heeft kennelijk – en terecht – aangenomen dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók verplicht tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.” (cursivering toegevoegd, A-G)

Naar het oordeel van Uw Raad viel bij de toenmalige stand der rechtsontwikkeling ten aanzien van de omvang van de zorgplicht van notarissen jegens derden te billijken dat het hof zich had onthouden van de beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden (in het algemeen) een dergelijke zorgplicht moet worden aangenomen. In de THB-arresten werd wel overwogen dat van een onrechtmatig tekortschieten van de notaris in kwestie jegens de schuldeisers van zijn cliënte THB sprake zou kunnen zijn indien deze notaris heeft geweten of heeft moeten weten dat zijn medewerking aan (een of meer van) de gevraagde rechtshandelingen een ernstig gevaar voor insolventie van THB zou meebrengen.

2.21 In de literatuur worden in het algemeen als aanknopingspunten voor de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden in bovenstaande zin – waaronder de notaris zich de belangen van een derde moet aantrekken – aangemerkt: de kenbaarheid van (de aard en omvang van) het belang van de derde,⁶⁴ de voorzienbaarheid van de door deze te lijden schade,⁶⁵ een eventueel door de notaris bij de derde opgewekt vertrouwen,⁶⁶ de hoedanigheid van de notaris⁶⁷ en de ernst van de (door cliënt) gemaakte (of te maken) fout.⁶⁸

2.22 Aangenomen wordt dat de THB-maatstaf ook van belang is voor het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de notaris voor het meewerken aan wanprestatie en onrechtmatige daad

van cliënt(en) jegens derden.⁶⁹ Voormelde gezichtspunten kunnen daarbij een rol spelen.

Omstreden is of reeds de voorzienbaarheid van het belang van de derde (bijv. zijn voorkeursrecht) en van de door deze te lijden schade meebrengt dat de notaris jegens de derde aansprakelijk is door zijn ministerie te verlenen. Er wordt op gewezen dat de eisen van een institutioneel beroep als dat van de notaris in te gestelde richtingen wijzen: het maatschappelijk vertrouwen in zijn ‘poortwachtersfunctie’ pleit voor aansprakelijkheid, terwijl zijn faciliterende rol en daarmee verband houdende ministerieplicht daartegen pleiten. Tegen deze achtergrond wordt verdedigd dat medewerking aan wanprestatie en onrechtmatige daad door een notaris niet snel tot aansprakelijkheid kan leiden en in ieder geval beperkt zal moeten zijn tot bedingen waarvan de controle op naleving binnen de gewone notariële werkzaamheid valt, eventueel uit te breiden tot optierechten.⁷⁰ Ook wordt betoogd dat in een geval als het onderhavige, waarin de belangen van de derde niet parallel lopen met die van partijen bij de akte, minder snel plaats is voor aansprakelijkheid van de notaris dan in situaties waarin deze belangen wel parallel lopen (zoals wanneer de derde afgaat op de rechtsgeldigheid van de in een notariële akte opgenomen rechtshandeling van partijen), omdat de notaris primair het belang van zijn cliënt moet dienen en het eerst en vooral een verplichting van partijen is om de rechten van derden te respecteren.⁷¹

2.23 Voorts is de vraag op welke wijze aan een eventuele zorgplicht invulling moet worden gegeven: dient de notaris elke voor hem kenbare wanprestatie van één der partijen jegens een derde met voorzienbare schade te voorkomen door dienst te weigeren, of kan hij volstaan met (bijvoorbeeld) het waarschuwen van de partijen die zijn medewerking verlangen voor de gevolgen van hun handelen?⁷² Uit de civielrechtelijke jurisprudentie lijkt te volgen dat, indien geen uitsluitel is verkregen over de vraag of het kenbare belang van derde (nog) aan dienstverlening in de weg staat, dienstweigeren moet volgen.⁷³

2.24 In zeer brede kring – door zowel de ‘rekkelijken’ als de

62 Vgl. HR 17 november 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4789, NJ 1968/42 m.nt. GJS (Pos/Van den Bosch).

63 HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627 m.nt. WMK onder NJ 1996/629 (Curatoren THB/Notaris V.), r.o. 3.5.3; HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628 m.nt. WMK onder NJ 1996/629 (Notaris M./Curatoren THB), r.o. 4.5.4; HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629 m.nt. WMK (Notaris E./Curatoren THB), r.o. 4.5.

64 Boks, diss. 2002, p. 115-116, 132-133, 144.

65 Boks, diss. 2002, p. 116-118, 132-133, 144; Van den Akker, diss. 2001, p. 152.

66 Boks, diss. 2002, p. 119-120, 132, 144.

67 Boks, diss. 2002, p. 120-121, 132-133; Du Perron, diss. 1999, nr. 343-346.

68 Boks, diss. 2002, p. 118 (met verwijzing naar Du Perron, diss. 1999, nr. 337), 133, 136 en 144. Vgl. ook Tjong Tjin Tai, WPNR 6954 (2012), p. 902-909 onder 4.

69 Vgl. o.m. Kleijn, noot (onder 6) bij HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629; Waaijer, WPNR 6456 (2001), p. 763; Van den Akker, diss. 2001, p. 145, 152; Boks, diss. 2002, p. 114.

70 Tjong Tjin Tai, diss. 2006, p. 210-215. Zie ook WPNR 6954 (2012), p. 902-909 onder 4-6.

71 Du Perron, diss. 1999, nr. 346; Boks, diss. 2002, p. 131.

72 Zie over de inhoud van de zorgplicht uitgebreid Boks, diss. 2002, p. 140 e.v., die meent dat het verlenen van ministerie door de notaris bij het bestaan van een zorgplicht jegens een derde in feite geen optie (meer) is, doch onder omstandigheden een derde weg ziet in het waarschuwen van de derde door de notaris (p. 145). Zie ook Van den Akker, diss. 2001, p. 152-154 (met vermelding van vindplaatsen), die kennelijk uitgaat van dienstweigeren.

73 Zie voor enkele voorbeelden uit de lagere rechtspraak waarin wordt geoordeeld dat het meewerken van de notaris aan wanprestatie onrechtmatig was, althans zonder (voorlopig zijn ministerie op te schorten teneinde) (te proberen) zich te vergewissen van de instemming van de derde: Rb. Dordrecht 2 mei 1984, ECLI:NL:RBDOR:1984:AB7989, NJ 1987/371 en Rb. Arnhem 14 december 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV1439. Zie voorts Pres. Rb. Zwolle 7 september 1989, ECLI:NL:RBZWO:1989:AH2854, KG 1989/379. Zie ook hof Arnhem 27 december 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU9310, RN 2006/21 (waarover Pleysier, JBN 2006/56), waarin werd geoordeeld dat de zorgplicht van de notaris niet zover gaat dat hij gehouden is om, nadat één van partijen desgevraagd uitdrukkelijk heeft medegedeeld dat het voorkeursrecht is uitgewerkt, buiten partijen om, een onderzoek in te stellen. Hierbij wordt echter mede in aanmerking genomen dat het ging om een contractueel voorkeursrecht dat enkel werkt tussen één van partijen en een derde, en niet om omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de juridische status van onroerende

‘preciezen’ – wordt ongewenst geacht dat de civiele en de tuchtrechtspraak teveel uiteen (gaan) lopen: er wordt veel gepleit voor een zekere tucht- en civielrechtelijke synthese.⁷⁴ Ofschoon te verdedigen valt dat de tuchtrechter ‘strenger’ mag zijn dan de civiele rechter, bemoeilijkt een te ver uiteenlopen van civiel recht en tuchtrecht de positie van de notaris die wordt geconfronteerd met de vraag hoe in het concrete geval te handelen indien de verzochte ministerie kan leiden tot meewerken aan wanprestatie of een onrechtmatige daad jegens een derde.

Er bestaat in het notariële veld dan ook een sterke behoefte aan meer zekerheid op dit punt, in welk verband onder meer voorstellen zijn gedaan voor: een bindende uitspraak door de voorzitter van de Kamer van Toezicht⁷⁵, advisering door de voorzitter van het ringbestuur⁷⁶, een wettelijke regeling,⁷⁷ een KNB-verordening⁷⁸ (welke mogelijkheid zoals vermeld inmiddels door de KNB ter hand is genomen, doch ook ernstig wordt bekritiseerd), het openstellen van cassatie in het belang der wet tegen de uitspraken van de hoogste notariële tuchtrechter (het hof Amsterdam)⁷⁹, en voor het instellen van een permanente KNB-commissie die zich buigt over bestaande en mogelijk nieuwe beroeps- en gedragsregels.⁸⁰

2.25 Bij de beantwoording van de vraag hoe de notaris moet handelen bij potentiële wanprestatie jegens een derde, dient naar mijn mening een balans worden gezocht tussen enerzijds de bij de uitvoering van zijn publieke taak en maatschappelijke rol van hem te verlangen integriteit, en anderzijds de daarbij eveneens aan hem door de wetgever toebedeelde monopoliepositie en daarbij behorende ministerieplicht.⁸¹

Verder moet rekening worden gehouden met de taak van de notaris om een efficiënt, effectief en ordelijk rechtsverkeer zoveel mogelijk te bevorderen, en hierin geen onnodige belemmering te vormen.⁸² Dat wil zeggen dat hij het beloop van het recht – de rechtstoestand die het civiele recht (uiteindelijk) aanwijst – niet in de weg staat en dit ook niet vertraagt door zijn handelen. Daarbij moet het ontstaan van onnodige kosten en aansprake-

lijkheden voor (vertrags-)schade bij zowel partijen als bij de notaris zelf worden vermeden.⁸³

Tenslotte dient te worden bedacht dat het uitgangspunt dat een notaris de plicht heeft ervoor te waken dat partijen (in casu: de vervreemder) in strijd handelen met obligatoire beperkingen, in deze situaties geen geschikt criterium is: de vervreemder/verkoper schiet immers steeds tekort, ofwel doordat de notaris zijn medewerking verleent aan de rechtshandeling waarvoor zijn medewerking wordt gevraagd, ofwel doordat de notaris aan die rechtshandeling juist bewust zijn medewerking onthoudt.⁸⁴ Aan beide kanten bevindt zich een wederpartij met een mogelijk rechtmatig belang.

2.26 Tegen de achtergrond van genoemde voorwaarden meen ik dat bij de beoordeling van de civiele aansprakelijkheid van de notaris – indien hij niet bij de totstandkoming van de titel van levering (koop) betrokken is geweest en derhalve door partijen wordt geconfronteerd met het voldongen feit van een reeds bestaand recht op levering – uitgangspunt moet zijn dat de notaris zoveel mogelijk moet trachten te bewerkstelligen dat ieder van betrokkenen uiteindelijk “krijgt wat hem toekomt” volgens het civiele recht.⁸⁵ Dat betekent dat levering slechts door de notaris zou mogen worden gefaciliteerd indien het recht van de koper/verkrijger op levering door het civiele recht op dat moment als het sterkste recht wordt aangewezen of, in de woorden van de hoogste tuchtrechter, een ‘rechtmatig belang’ behelst.⁸⁶ Dat laatste is bijvoorbeeld niet het geval indien het recht van de derde door een wettelijke regel (bijv. art. 3:298 of art. 7:3 BW) als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de koper/verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering te verlangen (‘profiteren van wanprestatie’).⁸⁷ In laatstgenoemd geval valt mijns inziens niet te ontkomen aan de conclusie dat het (bewust) meewerken aan de onrechtmatige daad van de koper tot een zekere ‘medeplichtigheid’⁸⁸ van de notaris aan deze onrechtmatige daad en daarmee tot een onrechtmatige daad van de notaris zelf leidt.⁸⁹

2.27 Toegespijst op een nog niet uitgewerkt voorkeursrecht als het onderhavige betekent dit dat de notaris levering slechts zou mogen faciliteren indien het obligatoire recht op levering van de koper rechtens ten minste even sterk is als het obligatoire recht op uitoefening van het voorkeursrecht. In beginsel zijn deze rechten even sterk (vgl. art. 3:277 BW). Het recht van de koper kan echter zijn ingeschreven op de voet van art. 7:3 BW, in welk geval het niet kan worden getroffen door een eventuele latere vervreemding – na uitoefening van het voorkeursrecht –

zaken, de juistheid van vermeldingen in de openbare registers of andere algemene belangen.

74 Vgl. bijv. Huijgen/Pleysier, 2001, p. 56-59; Kleijn, JBN 2002/41; Van Oostrom-Streep, WPNR 6675 (2006), p. 565-567 en WPNR 6930 (2012), p. 361-368; Wibier, WPNR 6922 (2012), p. 212-214 onder 5; Hammerstein, WPNR 6954 (2012), p. 920-921 onder 3. Zie ook Tjong Tjin Tai, WPNR 6954 (2012), p. 902-909 onder 6 slot, waar hij het belang van voorspelbaarheid benadrukt. In dit licht moet ook het pleidooi van Van Es in WPNR 6514 (2002), p. 853-854; van Melis/Waaijer, 2012, p. 46-52; en van Huijgen in WPNR 6954 (2012), p. 910-916 worden gezien.

75 Vraag gesteld door de Tweede Kamer aan de minister bij de totstandkoming van de nieuwe Notariswet in 1999, zie Kamerstukken II 1994-1995, 23 706, nr. 5, p. 22-23. De minister heeft geantwoord dat de notaris sneller over een eventuele dienstweigering kan beslissen en hij de voorzitter van de Kamer van Toezicht niet met deze extra taak wil belasten, zie Kamerstukken II 1995-1996, 23 706, nr. 6, p. 41. Zie ook nog Kamerstukken II 1996-1997, 23 706, nr. 12, p. 24-25.

76 Waaijer, WPNR 6837 (2010), p. 251-252.

77 Tjong Tjin Tai, diss. 2006, p. 215. Hij noemt het voorbeeld van de plicht om de zaak te bevriezen totdat er een uitspraak van de rechter (al dan niet in kort geding) ligt.

78 Verstappen, WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 17-18.

79 Verstappen, WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 18.

80 Verstappen, WPNR 6954 (2012), p. 917-919 onder 19.

81 Vgl. hierover ook Melis/Waaijer, 2012, par. 4.1-4.2 en Tjong Tjin Tai, diss. 2006, p. 212-213 en WPNR 6954 (2012), p. 902-909 onder 5.

82 Vgl. hierover ook Melis/Waaijer, 2012, p. 50.

83 Vgl. hierover Huijgen/Pleysier, 2001, p. 58; Melis/Waaijer, 2012, p. 42; Kleijn, JBN 2002/41 onder 4; Wibier, WPNR 6922 (2012), p. 212-214 onder 4.

84 Vgl. Tollenaar in zijn noot (onder 10) bij Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, JOR 2012/86.

85 Aldus Van Es, WPNR 6415 (2002), p. 853-854. Zie voor deze benadering ook Huijgen, WPNR 6954 (2012), p. 910-916.

86 Vgl. Hof Amsterdam 24 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685, JOR 2012/86 m.nt. NWAT, rov. 6.3.

87 Vgl. Van Velten, WPNR 5774 (1986), p. 158, r.k. Verschillende auteurs bepleiten reeds dienstweigering indien de koper van de wanprestatie op de hoogte is. Zie de vindplaatsen, genoemd in het Rapport van de Commissie verantwoordelijkheid notaris (1986), p. 22. Zie ook Melis/Waaijer, 2012, par. 4.6.2.1 e.v., Van Es, WPNR 6514 (2002), p. 853-854, en Huijgen, WPNR 6954 (2012), p. 910-916 en JBN 2014/19.

88 In de terminologie van Tjong Tjin Tai, zie WPNR 6954 (2012), p. 902-909 onder 3 en 4. Vgl. ook art. 48 Sr.

89 Ook de ‘rekkelijken’ wijzen in dat geval dienstverlening af. Zie Kleijn, WPNR 6505 (2002), p. 702; Huijgen, JBN 2014/19 onder 3.

aan de derde.⁹⁰ Anderzijds is omstreden of art. 3:298 BW analoog kan worden toegepast op een ouder voorkeursrecht.⁹¹ Het recht van de koper moet het in ieder geval afleggen tegen het voorkeursrecht indien de koper zich door levering te verlangen schuldig zou maken aan onrechtmatig gedrag, bijvoorbeeld omdat hij – kort gezegd – het voorkeursrecht opzettelijk tracht te frustreren of omdat sprake is van onevenredigheid tussen het belang van de koper bij nakoming van de koopovereenkomst en het belang van de derde bij uitoefening van het voorkeursrecht.⁹² Verdedigbaar lijkt dat dit laatste niet anders is indien de koper zijn recht heeft ingeschreven op de voet van art. 7:3 BW.⁹³

2.28 Daarbij rijst de vraag in hoeverre van de notaris – die niet beschikt over het (bewijsrechtelijke) instrumentarium van de rechter – mag worden verwacht dat hij daadwerkelijk zelf vaststelt hoe de civielrechtelijke verhoudingen liggen. Naar mijn mening behoort het tot de door de wetgever aan de notaris toebedachte ordenende en controlerende taak om een eerste en voorlopig oordeel te geven over het voorliggende geval.⁹⁴ De notaris zal daartoe in ieder geval moeten inventariseren of er aanwijzingen bestaan voor een civielrechtelijk beletsel dat mogelijk aan levering in de weg kan staan, bijvoorbeeld aanwijzingen voor onrechtmatig profiteren van wanprestatie door de koper of voor een onevenredig verschil tussen het belang van de koper bij nakoming van de koopovereenkomst en het belang van de voorkeursgerechtigde bij het kunnen uitoefenen van zijn recht.⁹⁵ Blijken dergelijke aanwijzingen te bestaan of bestaat hierover gerede twijfel, dan dient naar mijn mening een zorgvuldig notaris dienst te weigeren en kunnen partijen eventueel worden verwezen naar de (kort geding-)rechter.⁹⁶ De notaris beschikt immers als gezegd niet over de mogelijkheden en de middelen om hiernaar een verder, gedetailleerd onderzoek te doen.⁹⁷

2.29 Dusdoende handelt de notaris in overeenstemming met art. 21 lid 2 Wna, waarin hij wordt verplicht tot dienstweigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of – sinds 2012 – vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Volgens de toelichting bij de toevoeging van het ‘redelijk vermoeden’ is daarmee beoogd te bewerkstelligen dat een notaris reeds bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen

van zijn cliënt verplicht is zijn dienst te weigeren, althans zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van de geoorloofde karakter ervan. Voorts strookt een dergelijk handelen met de door de wetgever vereiste terughoudendheid bij de notaris in geval van conflicterende (leverings-)rechten.⁹⁸

Deze handelwijze lijkt mij ten slotte in overeenstemming te zijn met een tuchtrechtspraak van het hof Amsterdam van 10 mei 2011⁹⁹, waarin overigens een geheel andere kwestie aan de orde was, maar waarin in het algemeen geoordeeld werd dat: “6.6 In een dergelijke situatie, waarin een notaris moet leveren tussen de Scylla van de (wellicht onterechte) ministerieverlening en de Charybdis van de (wellicht onterechte) dienstweigeren, is het algemene uitgangspunt dat de notaris op grond van zijn eigen deskundigheid een gefundeerde afweging moet maken. Dit zal anders zijn in een situatie als de onderhavige, waarin de notarissen, gelet op de complexiteit van de zaak, redelijkerwijze niet in staat zijn om op basis van eigen deskundigheid een afweging te maken. Alsdan zou het het meest voor de hand hebben gelegen – zoals de tuchtrechter in vergelijkbare gevallen al meermalen en in constante jurisprudentie heeft beslist – dat de notarissen zouden hebben bewerkstelligd dat een rechterlijke beslissing op de voet van artikel 254 en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou zijn uitgelokt waarin de notarissen tot het verrichten van de gevraagde diensten werden veroordeeld.”

Dat de notaris partijen – en niet de derde – naar de rechter moet verwijzen blijkt uit het vervolg van deze uitspraak: “Anders dan notaris A nog heeft aangevoerd (...) dient een dergelijke voorziening niet geëntameerd te worden langs de weg van een uitnodiging/aansporing door de instrumenterende notaris aan/van degene die bezwaren heeft tegen de voorgenomen rechtshandelingen om deze handelingen door de voorzieningenrechter te laten verbieden. De notaris dient, kortom, aan te sturen op een rechterlijk gebod tot het verrichten van de rechtshandelingen en niet op een rechterlijk verbod om de handelingen te verrichten.”

Het hof voegt hieraan in rov. 6.7 nog toe: “dat het zich er wel degelijk van bewust is dat een dergelijke door hem geschetste wenselijke gang van zaken onder omstandigheden het rechtsverkeer kan vertragen of belemmeren. Echter, ingeval justitiabelen gebruik maken van de tussenkomst van een notaris, hetzij vrijwillig, hetzij omdat zulks wettelijk is voorgeschreven, dan is die vertraging of belemmering het gevolg is van diens ambts- en taakuitoefening, zoals door de wetgever binnen het Nederlandse rechtsstelsel beoogd. Aan die ambts- en taakuitoefening behoort geen afbreuk te worden gedaan op grond van de wens tot spoed van een of meer partijen bij een dergelijke voorgenomen rechtshandeling.”

2.30 Bestaan er geen aanwijzingen voor een civielrechtelijk beletsel dat aan levering in de weg kan staan, dan brengt het alsdan voorshands als ‘rechtmatig’ aan te merken belang van de koper mee dat de notaris het gevraagde ministerie mag – en moet – verlenen. Ik verwijs naar de hiervoor onder 2.10 geci-

90 In dat geval zou medewerking door een notaris aan levering door de verkoper aan de voorkeursgerechtigde niet voor de hand liggen, vgl. Rank-Berenschot in: De Boer e.a. (red.), Strikwerda's conclusies (2011), p. 417-418, met vermelding van vindplaatsen.

91 Zie hierna onder 2.45.

92 HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (Joba/X).

93 In dat geval geldt weliswaar in beginsel de regel van art. 7:3 lid 3 sub a BW – en zou een vervreemding aan de derde dus niet jegens de koper kunnen worden ingeroepen – doch in dat geval zal óók gelden dat de derde de koper kan aanspreken uit onrechtmatige daad en mogelijk alsnog levering kan verkrijgen (art. 6:103 BW). Dat betekent m.i. dat de notaris ook in dit geval niet mag meewerken aan een transport aan de koper.

94 Vgl. Van Mourik, WPNR 6724 (2007), p. 801. Vgl. over de ordenende functie van de notaris in dit verband ook Van den Akker, diss. 2001, p. 133 en 153-154, en het rapport van de Commissie Verantwoordelijkheid Notaris, Preadvies KNB 1986, p. 11.

95 Vgl. voor het gebruik van dit criterium, naast de recente uitspraak HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194 (Joba/X), ook Rb Arnhem 23 juni 1983, ECLI:NL:RBARN:1983:AC8039, NJ 1985/617, rov. 16. In dit kader moeten m.i. ook de uitspraken van Rb Arnhem 14 december 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AV1439 en Rb Dordrecht 2 mei 1984, ECLI:NL:RBDOR:1984:AB7989, NJ 1987/371 worden geplaatst.

96 In die zin ook Van Es, WPNR 6514 (2002), p. 853-854 onder 3.

97 Vgl. in die zin ook Melis/Waaijer, 2012, p. 47.

98 Zie de wetgevingsgeschiedenis, vermeld hiervoor onder 2.7.3.

99 Hof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5599, RN 2011/82. Vgl. in deze kwestie eerder reeds hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062, RN 2011/25, waarin ervan wordt uitgegaan dat de notaris, alvorens hij overgaat tot het verlenen van zijn medewerking aan een rechtshandeling, een deugdelijk nader (eigen) onderzoek doet naar de eventuele problemen waarvoor aanleiding bestaat te vermoeden dat die bij die rechtshandeling een rol spelen.

teerde tuchtuitspraak van het hof Amsterdam van 24 mei 2011, rov. 6.3.¹⁰⁰

2.31 Tegen de achtergrond van voormelde uitgangspunten zullen nu de klachten worden behandeld.

Bespreking van de cassatieklachten

2.32 Volgens het aangevallen oordeel van het hof ging onder de omstandigheden van het geval de van de notaris te vergen zorgvuldigheid niet zo ver dat zij gehouden zou zijn om zich een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of [betrokkene 2+ betrokkene 3] tekort waren geschoten in de vervulling van hun aanbiedingsverplichting en, zo ja, om in afwijking van de in beginsel op haar rustende ministerieplicht haar medewerking aan het verlijden van de transportakte te weigeren (rov. 3.5).

2.33 De door het hof bedoelde omstandigheden kunnen in essentie worden samengevat tot de volgende drie argumenten:

(A) de door [betrokkene 2+ betrokkene 3] gewekte indruk dat het pand inmiddels vrij kon worden verkocht (rov. 3.3-3.4):

gelet op hun vraag d.d. 14 juni 2007 om een 'bevestiging' dat het pand kon worden verkocht aan een derde, waren de broers voorshands van mening dat de aanbiedingsplicht was uitgewerkt; de notaris heeft een bevestigend antwoord echter niet gegeven (rov. 3.3.) maar – zo begrijp ik de gedachtegang van het hof – heeft aangegeven dat met [betrokkene 1] afgesproken moest worden dat aan de aanbiedingsplicht was voldaan en dat hij daarop geen beroep meer zou doen (rov. 2.2); toen [betrokkene 2+ betrokkene 3] zich begin 2008 tot de notaris wendden met het verzoek de transportakte te passeren, gaven zij daarmee te kennen dat zij inmiddels definitief de mening toegedaan waren dat zij vrij waren het pand aan een derde te verkopen (rov. 3.4);

(B) de door de notaris aangetroffen civielrechtelijke verhouding tussen de koper en de voorkeursgerechtigde (rov. 3.5, eerste gedachtestreepje):

buiten toedoen¹⁰¹ van de notaris was inmiddels de volgende situatie ontstaan: de koper had een recht op levering waarvan vaststond dat het door weigering van ministerie zou worden geschaad; [betrokkene 1] had een voorkeursrecht dat door vervreemding mogelijk zou worden geschaad; het recht van de koper was de notaris niet minder tot zorg dan het recht van [betrokkene 1]; in de verhouding tussen de koper en de voorkeursgerechtigde ging het eerste in beginsel voor ingevolge art. 3:298 BW;

(C) het stilzitten van [betrokkene 1] (rov. 3.5, tweede gedachtestreepje):

nadat [betrokkene 2+ betrokkene 3] hem per brief van 10 oktober 2006 uitdrukkelijk hadden meegedeeld dat zij aan hun aanbiedingsplicht hadden voldaan en dat het pand daarom in de vrije verkoop werd aangeboden, had [betrokkene 1] ongeveer anderhalf jaar gelegenheid gehad om zelf zijn rechten en belangen veilig te stellen.

2.34 Eiser tot cassatie richt zijn pijlen zowel tegen elk van deze argumenten (A), (B) en (C) als tegen – los daarvan – het eindoordeel dat op de notaris geen zelfstandige onderzoekplicht naar de naleving van de aanbiedingsplicht rustte.

2.35 Daarbij loopt als een rode draad door de klachten het ver-

wij dat het hof geen betekenis heeft gehecht aan de telefoonnotitie van 20 juni 2007¹⁰², luidende: "Zoons willen niet meer in discussie met vader over aanbiedingsplicht. Ze nemen het eventueel boetebeding op de koop toe."

Volgens eiseres werd hiermee de wanprestatie van [betrokkene 2+ betrokkene 3] – het niet-nakomen van hun aanbiedingsverplichting – reeds aangekondigd.

2.36 Ten betoge dat het hof in rov. 3.4 t/m 3.6 voor schending van de zorgplicht van de notaris is uitgegaan van een onjuiste – want te zware – maatstaf, neemt het middel in onderdeel 2.2.2 (sub a en c) tot uitgangspunt dat een notaris die zich geconfronteerd ziet met een in een notariële akte vervatte aanbiedingsplicht, uit hoofde van zijn positie als openbaar ambtenaar een onderzoekplicht heeft naar de status van die aanbiedingsplicht (cassatiedagvaarding p. 14, 24). Deze onderzoekplicht geldt a fortiori wanneer, zoals in dit geval, de vervreemder heeft aangekondigd wanprestatie te zullen plegen (cassatiedagvaarding, p. 17, 24). De notaris dient zich, op straffe van aansprakelijkheid, voorafgaand aan het transport een zelfstandig oordeel te vormen over de vraag of de aanbiedingsplicht is nagekomen en, zo dit niet het geval is, zijn ministerie te weigeren, aldus het onderdeel (cassatiedagvaarding, p. 24).

Een en ander wordt gebaseerd op, kort samengevat, de zorgplicht van de notaris voor de kenbare belangen van derden (overeenkomstig de THB-arresten en daaraan in de literatuur gegeven invulling) in verband met zijn verplichting ministerie te weigeren bij gereede twijfel aan de goede bedoelingen van de cliënt (overeenkomstig art. 21 lid 2 Wna en bijbehorende toelichting).

Subsidiar wordt geklaagd dat, indien het hof het vorenstaande niet heeft miskend, zijn oordeel in het licht van de in onderdeel 2.2.2 sub b (b.1 t/m b.7) aangehaalde stellingen van [eiseres] betreffende de kenbaarheid van de wanprestatie en het verzaken van de onderzoekplicht onbegrijpelijk althans ontoereikend gemotiveerd is (cassatiedagvaarding, p. 24).

Voorts klaagt onderdeel 2.2.2 sub d (i.v.m. cassatiedagvaarding, p. 14) dat het hof bij de beantwoording van de vraag of sprake is van schending van een zorgplicht jegens een derde ten onrechte niet alle in MvA punt 3.17 genoemde omstandigheden van het geval – m.n. de bezwaren van de tuchtrechter en de telefoonnotitie met de daarin aangekondigde wanprestatie – in aanmerking heeft genomen, althans zijn oordeel in het licht van bedoelde stellingen onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd is.

Onderdeel 2.2.3 voegt nog toe dat reeds het enkele niet-onderzoeken van de status van de aanbiedingsplicht een schending van de zorgplicht oplevert, ongeacht de hier voor als (B) en (C) aangeduide argumenten in rov. 3.5 (eerste resp. tweede gedachtestreepje), wat daar overigens van zij. Indien het hof dit niet heeft miskend, is zijn oordeel onbegrijpelijk althans onvoldoende gemotiveerd.

2.37 Op het eerste gezicht lijkt er (ook) vanuit civielrechtelijk oogpunt veel te pleiten voor de regel dat een notaris die bekend is met een contractueel voorkeursrecht van een derde, te allen tijde moet verifiëren of de vervreemder zijn aanbiedingsplicht is nagekomen. Theoretisch kunnen er immers verschillende situaties zijn ontstaan die weigering van ministerie zouden rechtvaardigen. Zo is denkbaar dat de notaris tot de bevinding zou komen dat de aanbiedingsplicht wél correct is nageleefd en na acceptatie heeft geresulteerd in een sterker recht op levering van de derde (art. 3:298 en/of 7:3 BW). Ook een (nog) niet nagekomen aanbiedingsplicht kan aan ministerieverlening in

¹⁰⁰ Vgl. in (enigszins) vergelijkbare zin Van Mourik in WPNR 5959 (1990), p. 297; Van Es in WPNR 6514 (2002), p. 853-854; en Breedveld-De Voogd, Preadvies KNB 2010, p. 118. Vgl. ook Pres. Rb. Zwolle 7 september 1989, ECLI:NL:RBZWO:1989:AH2854, KG 1989/379.

¹⁰¹ De Notaris stelt – onbetwist – niet bij de totstandkoming van de koopovereenkomst betrokken te zijn geweest. Zie hiervoor voetnoot 12.

¹⁰² Prod. 3 bij CvA.

de weg staan, bijvoorbeeld in geval van – kort gezegd – onrechtmatig profiteren van wanprestatie door de koper.

2.38 Hiervoor heb ik evenwel betoogd dat een zorgvuldig notaris moet inventariseren of er aanwijzingen bestaan dat een hem bekend voorkeursrecht een civielrechtelijk beletsel voor het passeren van de leveringsakte kan opleveren. Blijken dergelijke aanwijzingen te bestaan of bestaat hierover gerede twijfel, dan moet m.i. (vooralsnog) ministerie worden geweigerd; bestaan dergelijke aanwijzingen niet, dan brengt het voorshands als rechtmatig aan te merken belang van de koper mee dat de notaris het gevraagde ministerie moet verlenen (zie hiervoor onder 2.28-2.30). Tegen deze achtergrond bestaat er m.i. voor een onderzoek naar de naleving van de aanbiedingsplicht geen reden – en is het nalaten van zo'n onderzoek derhalve niet in strijd met de zorgplicht jegens de voorkeursgerechtigde – indien er voor de notaris geen aanwijzingen bestaan dat het voorkeursrecht, ook indien de aanbiedingsplicht (nog) niet zou zijn nageleefd, aan verlening van ministerie in de weg kan staan.

2.39 Met zijn hiervoor onder argument (B) aangeduide overwegingen (rov. 3.5, eerste gedachtestreepje) geeft het hof aan dat naar zijn oordeel de notaris ervan mocht uitgaan dat het recht van de koper als het sterkere recht moest worden gekwalificeerd. Naar het kennelijke oordeel van het hof is niet gesteld of gebleken dat er voor de notaris aanwijzingen bestonden dat het voorkeursrecht mogelijk als het sterkere recht zou kunnen worden aangewezen. Dat oordeel is niet onbegrijpelijk in het licht van de gedingstukken, waarin geen stellingen van [eiseres] betreffende de materiële rechtsverhouding tussen het voorkeursrecht en het recht op levering worden aangevoerd. Indien genoemde oordelen – die met onderdeel 2.2.1 sub d t/m h worden aangevallen – stand houden, blijft m.i. ook de daarop gebaseerde beslissing van het hof – dat geen sprake is van schending van de zorgplicht – in stand. Naar mijn mening wordt deze namelijk reeds geheel gedragen door argument (B), de onderlinge verhouding van de betrokken rechten.

2.40 Hierna zullen derhalve eerst de tegen rov. 3.5, eerste gedachtestreepje (argument (B)) gerichte klachten worden besproken.

2.41 Onderdeel 2.2.1 sub d klaagt dat het hof heeft miskend dat de koper geen sterker recht uit hoofde van de koopovereenkomst toekwam nu hij – de koper – heeft nagelaten [betrokkene 2+ betrokkene 3] te vragen om een schriftelijke verklaring van [betrokkene 1] dat hij van zijn voorkeursrecht afzag. Daartoe wordt aangevoerd dat het een feit van algemene bekendheid en een ervaringsfeit is dat voor het sluiten van een koopovereenkomst betreffende een onroerende zaak de voorafgaande transportakte aan de adspirant-koper ter hand wordt gesteld, en dat een zorgvuldige koper dus op het beding met de aanbiedingsplicht had moeten stuiten.

2.42 Deze klacht faalt. Ofschoon kennisneming van de onderhavige koopakte¹⁰³ leert dat de verkoper daarin verklaart de tekst van o.m. de voorgaande akte van levering aan de koper ter hand te hebben gesteld en de koper verklaart kennis te hebben genomen van de inhoud van deze akte (art. 5.2) – op welk beding door [eiseres] blijkens de gedingstukken geen beroep is gedaan – ben ik van mening dat de terhandstelling van de voorafgaande transportakte niet kwalificeert als een voor het eerst in cassatie op te voeren feit van algemene bekendheid of een ervaringsregel (art. 149 lid 2 Rv). Afgezien daarvan constitueert de enkele wetenschap van een voorkeursrecht nog geen onrechtmatige gedraging van de levering verlangende koper en kan (dus) niet worden aangenomen dat er op de aspirant-koper een onder-

zoekplicht rust met betrekking tot de contractuele verplichtingen van zijn wederpartij ten aanzien van de door hem te kopen onroerende zaak, ook niet indien deze verplichtingen kenbaar zijn uit de voorafgaande transportakte.¹⁰⁴

2.43 Onderdeel 2.2.1 sub e komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen het oordeel dat “het recht van [betrokkene 4] in diens verhouding tot [betrokkene 1] ingevolge art. 3:298 BW in beginsel voorging.” Daartoe wordt aangevoerd dat het ging om botsende rechten op levering, waarvan het recht van [betrokkene 1] ouder was. Althans, zo betoogt onderdeel 2.2.1 sub f is de facto sprake van een ouder recht op levering van [betrokkene 1], nu de aanbiedingsplicht in 1988 is overeengekomen en [betrokkene 1] per brief van 15 september 2006 heeft aangegeven onverkort aanspraak te maken op die aanbieding, waarin besloten ligt dat hij daarvan gebruik had gemaakt indien hem die gelegenheid was geboden. Onderdeel 2.2.1 sub g klaagt dat het hof met de aangehaalde overweging buiten de rechtsstrijd is getreden, nu een beroep op art. 3:298 BW slechts is gedaan in het kader van een beroep op het ontbreken van causaal verband.¹⁰⁵ Onderdeel 2.2.1 sub h verwijt het hof niet kenbaar te zijn ingegaan op het expliciete en als essentieel aan te merken beroep van [betrokkene 1] op de uitzondering van de redelijkheid en billijkheid.¹⁰⁶

2.44 Bij de beoordeling van deze klachten staat het volgende voorop. Art. 3:298 BW luidt als volgt: “Vervolgen twee of meer schuldeisers ten aanzien van één goed met elkaar botsende rechten op levering, dan gaat in hun onderlinge verhouding het oudste recht op levering voor, tenzij uit de wet, uit de aard van hun rechten, of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit.”

De bepaling maakt derhalve een uitzondering op het beginsel dat rechten op levering, als persoonlijke rechten, ongeacht hun tijdstip van ontstaan even sterk zijn (art. 3:277 BW).¹⁰⁷ Er wordt door de Minister op gewezen dat het artikel ziet op botsende vorderingen tot levering van eenzelfde goed, daaronder begrepen het geval dat de ene schuldeiser recht heeft op levering van het goed in onbezwaarde toestand en de andere recht op vestiging van een beperkt recht, alsmede het geval dat de ene vordering ziet op levering van het gehele goed en de andere op een aandeel daarin. Volgens de toelichting ligt het voor de hand dat soms analogische toepassing mogelijk zal zijn op andersoortige vorderingsrechten ten aanzien van één goed die bij samenlopende vervolging van het recht op nakoming met elkaar zouden botsen. Genoemd wordt het geval dat een huis tweemaal verhuurd is.¹⁰⁸ Bij de uitzondering op grond van redelijkheid en billijkheid kan gedacht worden aan een niet te veronachtzamen groter belang van de latere schuldeiser te goeder trouw.¹⁰⁹

2.45 In de lagere rechtspraak wordt verschillend gedacht over de vraag of en op welke wijze art. 3:298 BW analogisch kan worden toegepast als een van beide schuldeisers een (ouder) optie-

104 Vgl. hierover bijv. Kleijn onder punt 3 van zijn annotatie bij HR 17 mei 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG5024, NJ 1986/760 (Curaçao/Boyé).

105 Verwezen wordt naar MvG onder 4.27 (grief 2) en de reactie van [eiseres] in MvA onder 7.6.

106 Verwezen wordt naar MvA onder 7.6.

107 MvT Inv., Parl. Gesch. Wijz. Rv e.a. (Inv. 3, 5 en 6), p. 211.

108 MvT Inv., Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1396-1397. Vgl. voor analogische toepassing op dubbele verhuur: Hof Amsterdam 25 november 1993, ECLI:NL:GHAMS:1993:AD1995, NJ 1994/677 en Hof Amsterdam 22 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6835, NJF 2011/399.

109 MvT Inv., Parl. Gesch. Wijz. Rv e.a. (Inv. 3, 5 en 6), p. 211. Zie bijv. Rb. Arnhem 23 juni 1983, ECLI:NL:RBARN:1983:AC8039, NJ 1985/617, rov. 16.

recht of voorkeursrecht had.¹¹⁰ Ook in de literatuur bestaat verdeeldheid. Verdedigd wordt dat de bepaling – direct dan wel naar analogie – toepasselijk is op iedere botsing van persoonlijke rechten ter zake van een prestatie die maar éénmaal kan worden nagekomen.¹¹¹ Onder verwijzing naar de wetgeschiedenis wordt betoogd dat analoge toepassing op een koopoptie niet uitgesloten is.¹¹² Kleijn heeft het voorkeursrecht weliswaar aangeduid als een recht op levering onder opschortende voorwaarde van acceptatie, maar is, gelet op het ontbreken van terugwerkende kracht bij de vervulling van een voorwaarde, tot de slotsom gekomen dat het voorkeursrecht niet kwalificeert als een (ouder) recht in de zin van art 3:298 BW.¹¹³

Tenslotte is onduidelijk wat de verhouding is tussen een ouder recht op levering en een jonger recht op levering indien dat laatste recht wordt ingeschreven ex art. 7:3 BW. Tegenover de zienswijze dat in dat geval art. 3:298 BW prevaleert¹¹⁴, staat de opvatting dat het (eerst) ingeschreven recht voorrang heeft.¹¹⁵

2.46 Met de aangevallen overweging heeft het hof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat (de notaris ervan mocht uitgaan dat) het (reeds bestaande) recht op levering van [betrokkene 4] op grond van art. 3:298 BW in de onderlinge verhouding tot [betrokkene 1] in beginsel voor zou gaan op het recht op levering van [betrokkene 1] dat zou ontstaan indien, nadat de notaris op aanbieding zou hebben aangedrongen, alsnog een koopovereenkomst met [betrokkene 1] tot stand zou komen.¹¹⁶ Dit oordeel is noch onjuist noch onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Terzijde kan nog worden opgemerkt dat het recht op levering van de koper door de notaris was ingeschreven op de voet van art. 7:3 BW en reeds uit dien hoofde (tijdelijk) niet door levering aan [betrokkene 1] zou kunnen worden getroffen. Voor zover het middel het oudere voorkeursrecht van [betrokkene 1] aanmerkt als een botsend recht op levering in de zin van art. 3:298 BW is dat ten onrechte. Onderdeel 2.2.1 sub e faalt dan ook.

2.47 Eveneens onjuist is de opvatting, in onderdeel 2.2.1 sub f, dat het oudere voorkeursrecht heeft te gelden als een ouder recht op levering in de zin van art. 3:298 BW op de grond dat het voorkeursrecht stellig zou zijn uitgeoefend indien daartoe de gelegenheid was geboden. Indien het onderdeel bedoelt te betogen dat art. 3:298 BW analoog van toepassing is op een voorkeursrecht op de uitoefening waarvan ‘onverkort aanspraak’ is gemaakt, dient dat betoog m.i. te falen. Nu art. 3:298 BW een uitzondering behelst op het beginsel van de *paritas creditorum*, dient m.i. terughoudend te worden omgegaan met analoge toepassing. Dat geldt te meer indien, zoals in dit geval, sprake is van twee ongelijksortige rechten.

2.48 Ook onderdeel 2.2.1 sub g kan niet slagen. De kwestie omtrent de vraag wie op basis van art. 3:298 BW een sterker recht kon doen gelden is door de Notaris immers ook nadrukkelijk

aan de orde gesteld in het kader van de zorgplicht van de notaris. Verwezen zij naar MvG, grief 1 “Geen schending zorgplicht Notaris”, onder 4.15.

2.49 Ten slotte strandt ook onderdeel 2.2.1 sub h. Zoals in het middel is opgemerkt, behelst het betoog op de aangegeven vindplaats (MvA onder 7.6) niet een verweer in het kader van grief 1 betreffende de zorgplicht, maar in het kader van grief 2 betreffende het ontbreken van causaal verband. Voorts heeft [eiseres] geen expliciet beroep gedaan op de redelijkheid en billijkheid, maar heeft slechts opgemerkt:

“dat het oudste recht op levering in beginsel voorgaat, tenzij uit de wet, uit de aard van de rechten of uit de redelijkheid en billijkheid anders voortvloeit. In casu ligt onmiskenbaar vast de aanbiedingsplicht, zoals weergegeven in de akte van 29 februari 1988. [eiseres] sluit niet uit, dat deze omstandigheid ertoe leidt, dat koper [betrokkene 4] geen succesvol beroep op het bepaalde in art. 3:298 BW kan doen.”

Het hof heeft daarin geen concreet en voldoende onderbouwd beroep op de uitzondering op grond van redelijkheid en billijkheid behoeven lezen.

2.50 De slotsom is dat de klachten in onderdeel 2.2.1 sub d t/m h falen, zodat het oordeel van het hof in rov. 3.5, eerste gedachtestreepje, tevergeefs is bestreden.

2.51 Nu aldus het enige dragende argument voor ‘s hofs beslissing in stand is gebleven (argument (B), de rechtsverhouding tussen de koper en de voorkeursgerechtigde), kunnen de onderdelen 2.2.2 en 2.2.3 niet tot cassatie leiden.

2.52 Daarmee behoeven de tegen de argumenten (A) en (C) gericht klachten van onderdeel 2.2.1 sub a t/m c geen bespreking meer. Slechts volledigheidshalve wordt daar nog kort op ingegaan.

2.53 Onderdeel 2.2.1 sub a is geheel gebouwd op de telefoonnotitie van 20 juni 2007 en de daarin volgens [eiseres] vervatte ‘aankondiging van wanprestatie’.

In de eerste plaats wordt – op verschillende plaatsen – tot uitgangspunt genomen dat het hof heeft geoordeeld dat de notaris er zonder nader onderzoek op mocht vertrouwen dat [betrokkene 2+ betrokkene 3] (inmiddels) vrij waren om de woning aan een derde over te dragen. Geklaagd wordt dat dit gelet op de inhoud van de telefoonnotitie onjuist althans onbegrijpelijk is (cassatiedagvaarding, p. 9).

Deze klacht faalt bij gemis aan feitelijke grondslag. Het hof heeft immers slechts bij zijn beoordeling in aanmerking genomen dat, volgens het hof, [betrokkene 2+ betrokkene 3] de mening waren toegedaan dat zij vrij waren het pand aan een derde te verkopen (en over te dragen).

2.54 Volgens de tweede klacht (cassatiedagvaarding, p. 10) heeft het hof door in rov. 3.5, tweede gedachtestreepje, gewicht te hechten aan de brief van 10 oktober 2006 van [betrokkene 2+ betrokkene 3] aan [betrokkene 1] – waarin zij meedelen aan hun aanbiedingsplicht te hebben voldaan – miskend dat die brief volledig achterhaald is door het contact dat later heeft plaatsgevonden in 2007 en waarbij de notaris is gebleken dat niet aan de aanbiedingsplicht zou worden voldaan. Aan genoemde brief kon de notaris derhalve geen vertrouwen ontlenen dat e.e.a door de gebroeders met hun vader was geregeld.

Deze klacht faalt. Zij miskent dat de brief van 10 oktober 2006 aan [betrokkene 1] in de gedachtegang van het hof van belang is voor het aan het daarop volgende gedrag – stilzitten – van [betrokkene 1] te ontlenen vertrouwen van de notaris (argument (C)). Dit gedrag van [betrokkene 1] wordt niet anders doordat er nadien in 2007 contact is geweest tussen [betrokkene 2+ betrokkene 3] en de notaris (dat mogelijk van invloed zou kunnen zijn op de door [betrokkene 2+ betrokkene 3][betrokkene 2+ betrokkene 3] gewekte indruk bij de notaris (argument (A)).

110 Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31; Jongbloed, GS Vermogensrecht, art. 3:298 BW, aant. 6. Positief: Pres. Rb. Arnhem 29 augustus 1996, ECLI:NL:RBARN:1996:AH5686, KG 1996/300. Negatief: Rb. Arnhem 23 juni 1983, ECLI:NL:RBARN:1983:AC8039, NJ 1985/617; en Pres. Rb. Groningen 13 juli 2001, ECLI:NL:RBGRO:2001:AH8460, KG 2001/206.

111 Jongbloed, GS Vermogensrecht, art. 3:298 BW, aant. 6.

112 Sniijders, noot (punt 9) onder HR 11 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1262, NJ 1994/651 (Van Kooten/Wilmink).

113 Kley, Preadviezen KNB en VBR 1985, p. 57. Vgl. Kleijn, WPNR 6319 (1998), p. 416.

114 Kleijn, WPNR 6319 (1998), p. 416.

115 Aldus Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/31. In die zin vermoedelijk ook TjongTjin Tai, WPNR 6954 (2012), onder 6, waar deze opmerkt dat na inschrijving ex art. 7:3 BW verwijzing naar de (kort geding-)rechter overbodig is.

116 Vgl. het gelijklopende betoog van de Notaris in MvG onder 4.15.

2.55 Volgens de derde klacht (cassatiedagvaarding, p. 10 bovenaan en p. 10 onderaan/p.11) heeft het hof miskend dat de door de notaris jegens de voorkeursgerechtigde in acht te nemen zorgvuldigheid eist dat de notaris, indien hem eerder wanprestatie is aangekondigd, een nader onderzoek instelt naar de status van de aanbiedingsplicht en, indien blijkt dat die niet is nagekomen, ministerie weigert.

Deze klacht is reeds verworpen in het kader van de behandeling van de onderdelen 2.2.2 en 2.2.3.

2.56 Onderdeel 2.2.1 sub b bestrijdt met rechts- en motiveringsklachten het oordeel (rov. 3.5, tweede gedachtestreepje) dat [betrokkene 1] ongeveer anderhalf jaar de gelegenheid heeft gehad tot het treffen van maatregelen om zelf zijn rechten en belangen veilig te stellen. Daartoe wordt aangevoerd dat het aan [betrokkene 1] niet bekend was of er daadwerkelijk tot verkoop zou worden overgegaan en zo ja aan wie, alsook bij welke notaris het transport zou plaatsvinden.

Deze klacht faalt, nu het [betrokkene 1] bekend was dat het pand in de vrije verkoop werd en/of zou worden aangeboden en voorts het treffen van enige maatregel niet onmogelijk werd gemaakt door het (eventuele) ontbreken van de (overige) genoemde gegevens.

2.57 Onderdeel 2.2.1 sub c bouwt voort op onderdeel 2.2.1 sub a (zie cassatiedagvaarding, voetnoot 20) en moet derhalve het lot delen van onderdeel 2.2.1 sub a.

2.58 Gelet op het falen van de overige klachten treft ook de voortbouwende klacht in onderdeel 2.3 geen doel.

3 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

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

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

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

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

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

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

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

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

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

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

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

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

(€ 104.369,44). (iii) In de leveringsakte is een aanbiedingsplicht opgenomen, voor zover van belang inhoudend dat ieder van [betrokkene 2 + betrokkene 3], alvorens tot gehele of gedeeltelijke vervreemding van zijn aandeel in het pand over te gaan, gehouden is dat aandeel eerst schriftelijk aan [betrokkene 1] aan te bieden "voor een prijs gelijk aan het te vervreemden aandeel in de in de leveringsakte gemelde koopsom". Verder is daarin bepaald dat indien één van [betrokkene 2 + betrokkene 3] deze verplichting niet nakomt, deze ten behoeve van [betrokkene 1] een onmiddellijk opeisbare boete groot f 100.000,= verbeurt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(xi) Op 20 juni 2007 heeft tussen de accountant en de medewerker van De Novitaris een telefoongesprek plaatsgevonden, waarvan de volgende telefoonnotitie is opgemaakt: "Zoons willen niet meer in discussie met vader over aanbiedingsplicht. Ze nemen het eventueel boetebeding op de koop toe. Bevestigen in brief zodra de akte hier is."

(xii) Op 13 maart 2008 heeft De Novitaris de inmiddels met be-

trekking tot het pand gesloten koopovereenkomst ingeschreven in de openbare registers.

(xiii) Op 30 juni 2008 is de leveringsakte van het pand gepasseerd door kandidaat-notaris mr. E.A.S. Rutten als waarnemer van De Novitaris, met als verkopers [betrokkene 2 + betrokkene 3] en als koper [betrokkene 4] (hierna: [betrokkene 4]). De koopprijs bedroeg € 300.000,= (exclusief € 5000,= aan roerende zaken).

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

3.2.1 In dit geding heeft [eiseres] de hoofdelijke veroordeling gevorderd van De Novitaris tot betaling van € 195.630,56, vermeerderd met rente. Daaraan heeft zij ten grondslag gelegd dat De Novitaris een onrechtmatige daad heeft gepleegd door op 30 juni 2008 de hiervoor in 3.1 (xiii) genoemde akte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, waardoor [betrokkene 1] schade heeft geleden. De rechtbank heeft De Novitaris hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding, begroot op het totaalbedrag van de door [betrokkene 2 + betrokkene 3] verschuldigde boete ad € 90.756,04 (f 200.000,=).

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

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

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

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

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

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

- dat inmiddels buiten toedoen van de notaris of van De Novitaris c.s. een situatie ontstaan was waarin enerzijds de vervreemding van het pand aan [betrokkene 4] mogelijk een inbreuk op de rechten en belangen van [betrokkene 1] opleverde, maar

waarin anderzijds het weigeren van medewerking aan het transport een inbreuk op de rechten en belangen van [betrokkene 4] tot gevolg zou hebben, welke rechten en belangen haar niet minder dan die van [betrokkene 1] tot zorg moesten zijn (terwijl het recht van [betrokkene 4] in diens verhouding tot [betrokkene 1] ingevolge artikel 3:298 BW in beginsel voorrang);

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

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

3.3 Het middel klaagt onder meer dat het hof is uitgegaan van een onjuiste maatstaf voor de zorgplicht van de notaris. Het beoogt dat een notaris die zich geconfronteerd ziet met een in een notariële akte vervatte aanbiedingsplicht, uit hoofde van zijn positie als openbaar ambtenaar een onderzoeksplicht heeft naar de status van die aanbiedingsplicht. Deze onderzoeksplicht geldt in elk geval wanneer, zoals in dit geval, de vervreemder heeft aangekondigd wanprestatie te zullen plegen. Indien de notaris vaststelt dat de aanbiedingsplicht niet is nagekomen dient hij zijn ministerie te weigeren. Als het hof wel de juiste maatstaf heeft toegepast is zijn oordeel in het licht van de omstandigheden van het geval – waaronder het oordeel van de tuchtrechter en de hiervoor in 3.1 (xi) vermelde telefoonnotitie – ontoereikend gemotiveerd, aldus het middel.

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

3.4.2 Art. 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (Wna) verplicht de notaris de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Hij dient zijn dienst evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna). Bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt dient de notaris zijn dienst te weigeren of zich door nader onderzoek te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan (Kamerstukken II 2009-2010, 32 250, nr. 3, p. 20).

3.4.3 De functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen (HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627; HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628; HR 15 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629 (Curatoren THB)). Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft als bedoeld in art. 21 lid 2 Wna om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Verleent hij de gevraagde dienst toch, dan kan dit zijn civielrechtelijke aansprakelijkheid jegens de betrokken derde(n) meebrengen.

3.4.4 De belangen van derden zijn onder meer betrokken bij de verlangde ambtsverrichting indien deze betrekking heeft op de levering van een goed of de vestiging van een beperkt recht daarop (hierna: de levering of bezwaring), terwijl ook een derde ter zake van dat goed rechten kan doen gelden. In zodanig geval

behoort de notaris zich terughoudend op te stellen (vgl. Kamerstukken II 1993-1994, 23 706, nr. 3, p. 26).

Indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat laatste is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde (vgl. bijv. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:740, NJ 2014/194).

3.4.5 Bij het voorgaande is van belang dat het de notaris, gelet op de in art. 22 Wna neergelegde geheimhoudingsplicht, niet is toegestaan zich tot de betrokken derde te richten, behoudens voor zover partijen hem daarvoor toestemming verlenen. Hij dient zijn onderzoek dan ook te verrichten op basis van informatie die hem door partijen wordt 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.

3.4.6 Indien de voor de notaris kenbare feiten het oordeel rechtvaardigen dat het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring, dan wel aanleiding vormen tot gerede twijfel daarover, dan dient hij – tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring – zijn ministerie te weigeren.

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

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

3.5.3 Ook de klacht dat het hof zijn oordeel onvoldoende heeft gemotiveerd in het licht van de beslissing van de KvT is ongegrond. Bij het antwoord op de vraag of een beroepsbeoefenaar ter zake van de uitoefening van zijn taak uit onrechtmatige daad aansprakelijk is, kan de burgerlijke rechter betekenis toekennen aan het oordeel van de tuchtrechter over het gewraakte handelen. Aan het oordeel van de tuchtrechter dat in strijd is gehandeld met de voor het desbetreffende beroep geldende normen en regels, kan echter niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aanspra-

kelijk is wegens schending van een zorgvuldigheidsnorm. (Vgl. HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, NJ 2008/528 (Vie d'Or)).

3.5.4 Het middel komt daarnaast tevergeefs op tegen het oordeel van het hof dat het recht van [betrokkene 4] in diens verhouding tot [betrokkene 1] ingevolge art. 3:298 BW in beginsel vooringing. In het oordeel van het hof ligt besloten dat met de plicht van [betrokkene 2 + betrokkene 3] om hun aandelen in het pand bij een voorgenomen vervreemding eerst aan [betrokkene 1] aan te bieden (voor de in de leveringsakte genoemde prijs), nog geen sprake was van een recht op levering van [betrokkene 1] als bedoeld in art. 3:298 BW. Dat oordeel is juist.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiseres] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van De Novitaris c.s. begroot op € 6275,34 aan verschotten en € 2200,= voor salaris.

NOOT

1. De notaris kan door het verlenen van zijn ministerie de wanprestatie van één of meer van zijn cliënten jegens een derde bewerkstelligen. Daar staat tegenover dat het weigeren van zijn ministerie de (mogelijk) rechtmatige belangen van één of meer van zijn cliënten kan frustreren. De notaris staat dan voor een dilemma. De Hoge Raad geeft de notaris met dit arrest enige ruimte en richting. De feiten en omstandigheden zijn als volgt.

2. De twee zonen van de in 2010 overleden echtgenoot van eiseres tot cassatie hebben bij leveringsakte van 29 februari 1988 een pand in eigendom verkregen. De koopsom bedroeg f 230.000,= (€ 104.369,44). In de leveringsakte werd ten gunste van eiseres een aanbiedingsplicht opgenomen inhoudende – verkort – dat de zonen hun aandelen in het pand bij vervreemding eerst schriftelijk aan eiseres moesten aanbieden “voor een prijs gelijk aan het te vervreemden aandeel in de in de leveringsakte gemelde koopsom”. Bij niet-nakoming van die aanbiedingsplicht verbeuren de zonen een boete van f 100.000,= (€ 45.378,02).

3. Begin september 2006 constateerde eiseres dat de zonen het pand bij een makelaar te koop aanboden. Eiseres attendeerde de zonen vervolgens op de aanbiedingsplicht. Bij brief van 7 september 2006 deelden de zonen aan eiseres mede dat het pand werd aangeboden voor € 395.000,= (f 870.465,45). De zonen stelden in diezelfde brief dat hiermee was voldaan aan de aanbiedingsplicht en dat deze gold tot uiterlijk 8 oktober 2006. Bij brief van 10 oktober 2006 hebben de zonen nogmaals aan eiseres kenbaar gemaakt dat de aanbiedingsplicht was geëindigd, maar dat, indien interesse in het pand bestond, zij contact kon opnemen met de makelaar.

4. Na een periode zonder correspondentie stuurde de accountant van de zonen op 14 juni 2007 een e-mail aan verweerders in cassatie (hierna mannelijk in enkelvoud: ‘De Novitaris’) met het verzoek te beoordelen of de aanbiedingsplicht inderdaad was geëindigd. Naar aanleiding van deze e-mail volgden twee telefoongesprekken tussen (een medewerker van) De Novitaris en de accountant. Van dat laatste telefoongesprek is een notitie opgemaakt door De Novitaris met de navolgende inhoud: “Zoons willen niet meer in discussie met vader over aanbiedingsplicht.

Ze nemen het eventuele boetebeding op de koop toe. Bevestigen in brief zodra de akte hier is”.

5. Op 30 juni 2008 werd het pand geleverd door de zonen aan koper voor de koopsom van € 300.000,=. Een waarneemster van De Novitaris passeerde de leveringsakte.

6. Eiseres diende een klacht in bij de Kamer van Toezicht (hierna: ‘KvT’) stellende dat de waarneemster van De Novitaris haar onderzoeks- en zorgplicht heeft geschonden door de leveringsakte te passeren zonder dat de aanbiedingsplicht was geëindigd. Deze klacht werd door de KvT bij beslissing van 8 juni 2010 gegrond verklaard.

7. In de voorliggende civiele aansprakelijkheidsprocedure vordert eiseres van De Novitaris op grond van onrechtmatige daad een schadevergoeding behelzende het verschil tussen de koopsom in 2008 en de aanvankelijke koopsom in 1988, zijnde in hoofdsom € 195.630,56. De Rechtbank Roermond heeft De Novitaris op 16 november 2011 veroordeeld tot betaling van deze schade (niet gepubliceerd).

8. Het Hof Den Bosch heeft dat vonnis bij arrest van 17 september 2013 vernietigd (ECLI:NL:GHSHE:2013:4267). De kernoverwegingen van het hof zijn (r.o. 3.1-3.5):

(i) dat de zorgvuldigheidsnorm die op De Novitaris rust onder omstandigheden zich ook uitstrekt tot de belangen van een derde die gemoeid zijn of kunnen zijn met de voorgenomen ambtsverrichtingen;

(ii) dat het belang van eiseres – het niet-voldoen door de zonen aan aanbiedingsplicht – voor De Novitaris kenbaar was;

(iii) dat de zonen zelf hebben aangegeven dat zij van mening waren dat de aanbiedingsplicht was geëindigd en zij het pand inmiddels hadden verkocht;

(iv) dat hierdoor een situatie was ontstaan van conflicterende rechten tussen eiseres (nakoming van de aanbiedingsplicht) en verkrijger (nakoming van de leveringsplicht) van gelijke rang die beide vallen onder de zorgvuldigheidsnorm van De Novitaris;

(v) dat eiseres na de brief van 10 oktober 2006 ongeveer anderhalf jaar gelegenheid heeft gehad om (rechts)maatregelen te treffen om haar rechten en belangen veilig te stellen. Onder deze omstandigheden gaat de zorgplicht die De Novitaris jegens eiseres, als derde, in acht moet nemen niet zo ver dat hij zelfstandig een oordeel moet vormen over de vraag of de zonen (toerekenbaar) tekort zijn geschoten in de vervulling van de aanbiedingsplicht en, zo ja, of dat meebrengt dat De Novitaris zijn ministerie dient te weigeren, aldus het Hof Den Bosch in r.o. 3.5.

9. De cassatieklachten van eiseres richten zich met name tegen bovengenoemde kernoverwegingen, waarbij aan de vooraankondiging van de wanprestatie door de zonen (supra 4) veel gewicht wordt toegekend. Op De Novitaris zou, vanuit zijn positie als openbaar ambtenaar, alsdan een onderzoeksplicht rusten. Wanneer De Novitaris vaststelt dat de aanbiedingsplicht niet is nagekomen, dient De Novitaris zijn ministerie te weigeren. De Hoge Raad volgt eiseres niet in haar stellingen.

10. De Hoge Raad stelt onder verwijzing naar art. 21 lid 2 Wna voorop dat de notaris bij gegronde redenen om te twijfelen aan de goede bedoelingen van zijn cliënten de ambtsverrichting moet weigeren of onderzoek moet verrichten naar het geoorloofde karakter van die bedoelingen (r.o. 3.4.2).

11. Vervolgens wordt door de Hoge Raad de bestendige rechtspraak aangaande de notariële zorgplicht bij in het geding zijnde belangen van derden herhaald (r.o. 3.4.3). De notaris dient vanuit zijn functie in het rechtsverkeer onder bijzondere omstandigheden ook zorg te dragen voor de belangen van derden welke mogelijk bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichting zijn betrokken (HR 23 december 1994, NJ 1996/627; HR 23 december 1994,

NJ 1996/628; HR 15 september 1995, NJ 1996/629 (*Curatoren THB*); afwijkend Rb. Noord-Nederland 1 april 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:1659).

12. De belangen van derden zijn onder meer relevant voor de notaris indien de derde bij een beoogde levering of bezwaring ten aanzien van dat goed ook rechten kan doen gelden. Dat wordt kwalificeerd als een bijzondere omstandigheid die voor de notaris jegens de derde een zorgplicht doet ontstaan als bedoeld in de arresten *Curatoren THB*. Gedacht kan worden aan een (dreigende) niet-nakoming van een aanbiedingsplicht als in het onderhavig arrest, maar ook aan het niet doorgeven van een kettingbeding, het niet in acht nemen van een negatieve hypotheekverklaring of het incorrect uitwerken van een contractuele kortingsregeling in de leveringsakte waar een derde belang bij heeft (voor dat laatste geval Rb. Rotterdam 19 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY7724). De notaris moet alsdan voorzichtig handelen en het volgende in acht nemen (r.o. 3.4.4): “indien de notaris aanleiding heeft te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen te overleggen en zo nodig nader onderzoek te doen, teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel behoort te vormen voor de beoogde levering of bezwaring. Van een zodanig beletsel is sprake indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen, of indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor dat laatste is niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde (vgl. bijv. HR 28 maart 2014, ECLI:NL:2014:740, NJ 2014/194)”.

13. Om aan deze zorgvuldigheidsnorm te voldoen moet de notaris reeds acteren bij een *vermoeden* en niet bij gerede twijfel of gegronde redenen. De drempel ligt bijzonder laag. Doemt een vermoeden op, dan treedt de notaris in overleg met zijn cliënten doch niet – gezien de op de notaris rustende geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna; art. 4 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011) – met de derde wiens rechten op het goed mogelijk in het geding zijn. Alleen met toestemming van cliënten kan de notaris derden benaderen (r.o. 3.4.5; zie voor deze problematiek ook E.M. van Orsouw, ‘Beroepsaansprakelijkheid notaris: over aansprakelijkheidsdrempels en het spanningsveld tussen zorg- en geheimhoudingsplicht’, *MvV* februari 2008, nr. 2, p. 38-42).

14. De notaris zou, bij een vermoeden van een beletsel, zijn cliënten standaard schriftelijk om toestemming moeten vragen tot het benaderen van en het betrekken van de derde bij het overleg. Het weigeren van de gevraagde toestemming dwingt de notaris tot nader onderzoek en is, mijns inziens, een sterke aanwijzing voor de notaris om te twijfelen aan de goede bedoelingen van één of meer van zijn cliënten.

15. Dat de notaris zo *nodig* nader onderzoek verricht, lijkt voor de notaris een loze exit. Wanneer de notaris eenmaal met zijn cliënten in overleg is getreden over het vermoeden van een beletsel, zal hij ook nader onderzoek moeten verrichten, tenzij uit het overleg dadelijk en onomstotelijk blijkt van de aan- of afwezigheid van het beletsel. Bij het invullen van dat onderzoek is de notaris in ieder geval gehouden tot het raadplegen van alle voor hem toegankelijke registers (vgl. HR 14 juni 2013, NJ 2013/340, *Notaris x/Spaar en Beleenbank Curaçao*; Rb. Noord-Nederland 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4862, r.o. 6.10).

16. Het staat de notaris voorts vrij om in het kader van zijn onderzoek nadere informatie op te vragen bij zijn cliënten. De notaris zal zich jegens zijn cliënten in dat verband actief moeten

opstellen (vgl. HR 20 januari 1998, *NJ* 1989/766, *Groningse huwelijksvoorwaarden*; HR 14 december 2007, *NJ* 2008/ 8, *Ooms/Notaris x*; HR 12 juni 2009, *NJ* 2009/274, *Ilias/Notaris x*). De actieve zorgplicht van de notaris vindt evenwel zijn begrenzing in het opwerpen van geschilpunten die tussen cliënten niet in debat zijn. De notaris dient zijn functie onverminderd op een onpartijdige wijze te vervullen (Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1718).

17. In het geval dat de cliënten van de notaris afwijzend reageren op verzoeken tot overleg en/of verstrekking van informatie komt het mij voor dat de notaris zich te allen tijde terughoudend dient op te stellen, behalve als de notaris op basis van eigen onderzoek tot het oordeel komt dat de rechten van de derde non-existent zijn of geen beletsel vormen voor de gevraagde ambtsverrichting, hetgeen zelden het geval zal zijn.

18. Ter voorkoming van blootstelling aan civiele aansprakelijkheid zal de notaris zijn ministerie moeten weigeren (of opschorten) bij twee door de Hoge Raad geduide beletsel. Ten eerste wanneer de notaris tot het oordeel komt, of gerede twijfel bestaat, dat het recht van de derde door een wettelijke regel wordt kwalificeerd als een sterker recht dan dat van de beoogd verkrijger. Van een sterker recht is geen sprake bij een aanbiedingsplicht, omdat die verplichting geen recht op levering, als bedoeld in art. 3:298 BW, van de onroerende zaak doet ontstaan (r.o. 3.5.4). Ten tweede in het geval dat de beoogd verkrijger jegens de derde onrechtmatig zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Voor het oordeel van de notaris omtrent het onrechtmatig handelen van de verkrijger is ook niet voldoende dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde. Om het profiteren van de wanprestatie van een ander onrechtmatig te laten zijn, zijn naar bestendige rechtspraak bijkomende omstandigheden noodzakelijk (vgl. HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42, *Pos/Van de Bosch*; HR 8 december 1989, *NJ* 1990/217, *Scheeders/Van Hoek*; HR 28 maart 2014, *NJ* 2014/194, *Joba/Humphrey*).

19. Het oordeel van de notaris over de bijkomende omstandigheden geeft de notaris in het civiele aansprakelijkheidsrecht, in afwijking van de tuchtrechtelijke normen, de nodige (speel)ruimte om zijn ministerie te verlenen dan wel te weigeren bij wanprestatie van de vervreemder. Bij het meewerken door de notaris aan de wanprestatie van een van zijn cliënten wordt een tuchtklacht vrijwel altijd gegrond verklaard (zie ook conclusie A-G E.B. Rank-Berenschot bij dit arrest, randnummers 2.7-2.16). De civiele aansprakelijkheid is daarmee nog niet gegeven. Een gegrond verklaarde tuchtklacht kan doorwerken in het oordeel van de rechter over de civiele aansprakelijkheid maar beslissend is het zeker niet, ook niet in het onderhavige arrest (r.o. 3.5.3; HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008/528, *Vie d'Or*).

20. De vraag is echter hoe de notaris met zijn beperkt instrumentarium moet oordelen of, naast de wanprestatie van de vervreemder jegens de derde, ook bijkomende omstandigheden zijn aan te wijzen die het handelen van de verkrijger onrechtmatig maken jegens de derde. Een met de onderhavige zaak vergelijkbaar geval lag recentelijk voor aan het Hof Arnhem-Leeuwarden met een andere uitkomst voor de notaris (Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:714). Het ging in dat arrest om wanprestatie van de vervreemder jegens de derde op grond van een recht van eerste koop.

21. Het Hof Arnhem-Leeuwarden legt een min of meer vergelijkbare maatstaf aan voor het al of niet weigeren van ministerie door de notaris (r.o. 3.15-3.17) als door de Hoge Raad geformuleerd in onderhavig arrest. Overigens wordt door het Hof Arnhem-Leeuwarden te makkelijk omgesprongen met de geheimhoudingsplicht van de notaris door zonder meer te

overwegen dat bij het beantwoorden van de vraag of verkrijger onrechtmatig handelt “een rol speelt of de notaris de derde correct heeft geïnformeerd over diens rechten en de voorgenomen levering”, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden in r.o. 3.18. Die algemene overweging kan niet zonder meer worden betrokken in het oordeel over de civiele aansprakelijkheid van de notaris (supra 13).

22. Bij het wegen van de concrete omstandigheden van het geval hecht het Hof Arnhem-Leeuwarden veel waarde aan de (on)bekendheid van de beoogd verkrijger met het recht van eerste koop bij het sluiten van de koopovereenkomst. Is het voor de notaris *evident* dat de beoogd verkrijger bij aangaan van de koopovereenkomst geen wetenschap droeg van dat recht, dan mag de notaris ervan uitgaan dat de verkrijger niet onrechtmatig handelt jegens de derde. Was die wetenschap *mogelijk* wel aanwezig (lees: gerede twijfel), dan dient de notaris er rekening mee te houden dat de beoogd verkrijger, afhankelijk van bijkomende omstandigheden, onrechtmatig handelt jegens de derde.

23. Het Hof Arnhem-Leeuwarden lijkt met deze overweging (supra 22) te miskennen dat in het arrest *Scheeders/Van Hoek* (HR 8 december 1989, *NJ* 1990/217) door de Hoge Raad is bepaald dat de onbekendheid van de verkrijger met de aanstaande wanprestatie van de vervreemder bij het sluiten van de obligatoire overeenkomst, maar de bekendheid met het recht van de derde op het betrokken goed en de wanprestatie van de vervreemder ten tijde van de notariële levering onder omstandigheden, door alsnog levering te verlangen, kan resulteren in een onrechtmatig handelen van de verkrijger jegens de derde (*NJ* 1990/217, r.o. 3.2). De sleutelrol die het Hof Arnhem-Leeuwarden toedicht aan de wetenschap van de beoogd verkrijger bij het aangaan van de koopovereenkomst, zou enkel als een relevante bijkomende omstandigheid moeten worden beschouwd.

24. Verder noemt het Hof Arnhem-Leeuwarden als bijkomende omstandigheid onder andere dat de derde kenbaar had gemaakt aan de notaris haar recht van eerste koop te willen effectueren. De derde mocht onder die omstandigheden erop vertrouwen dat de notaris, zonder voorafgaande mededeling, geen ambtsverrichting zou uitvoeren die het de derde zou bemoeilijken om haar rechten en belangen veilig te stellen, bijvoorbeeld door het leggen van conservatoir beslag. Dit laatste is overigens eenvoudig te verifiëren door de notaris in het voor hem toegankelijke register. Het zijn dergelijke bijkomende omstandigheden die ook het oordeel van het Hof Den Bosch hebben gekleurd (supra 8).

25. In de onderhavige zaak blijft het arrest van het Hof Den Bosch in stand omdat uit het feitencomplex niet blijkt dat de beoogd verkrijger bij het aangaan van de koopovereenkomst reeds bekend was met de wanprestatie van de beoogd vervreemder. De verkrijger speelde, anders dan in het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden voornoemd, in de zaak van De Novitaris een ondergeschikte rol. De koper van het pand van de zonen was een échte derde. Daar komt bij dat het standpunt van de zonen over het beëindigd zijn van de aanbiedingsplicht vanuit het globaal onderzoek van de notaris (mogelijk) te verdedigen viel. Voorts heeft eiseres ruim gelegenheid gehad tot het treffen van rechtsmaatregelen om haar rechten uit te oefenen of te conserveren zonder dat daadwerkelijk te doen. Het kwartje valt daarom voor De Novitaris de goede kant op. Getuige het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden had dit met iets meer of anders gekleurde bijkomende omstandigheden ook anders kunnen uitvallen. Het dilemma is nog niet volledig opgelost voor de notaris.