

Hulde aan Huijgen 2023/1

1 Novitaris, begrenzing van notariële beroepsaansprakelijkheid en de (civielrechtelijke en tuchtrechtelijke) beoordelingsruimte van de notaris

J. Biemans, datum 01-11-2022

Datum	01-11-2022
Auteur	J. Biemans
JCDI	JCDI:ADS683852:1
Vakgebied(en)	Rechtswetenschap / Algemeen

1.1 Inleiding
1.2 De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris jegens de derde: het Novitaris-arrest herzien
1.3 De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris jegens zijn cliënt: de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke ademruimte van art. 21 lid 2 Wna
1.4 Afsluiting

Hulde aan Huijgen 2023/1.1

1.1 Inleiding

J. Biemans, datum 01-11-2022

Datum	01-11-2022
Auteur	J. Biemans
JCDI	JCDI:ADS683912:1
Vakgebied(en)	Rechtswetenschap / Algemeen

Sinds het verdwijnen van de notariële opleiding in Amsterdam (UvA) kent Nederland nog vijf notariële opleidingen, in Leiden, Groningen, Utrecht, Nijmegen en Amsterdam (VU). Pim Huijgen is al sinds lange tijd hét boegbeeld van de Leidse notariële opleiding. De betrokken hoogleraren van de opleidingen zien elkaar geregeld, niet alleen tijdens KNB- of LNSC-congressen, maar ook tijdens vergaderingen van bijvoorbeeld het bestuur van de Stichting Beroepsopleiding Notariaat of de Raad van Toezicht van de Stichting ter Bevordering der Notariële Wetenschap. Dat geldt zeker ook voor Pim Huijgen en de auteur van deze bijdrage. Als bestuurder heb ik Pim leren kennen als een prettige, betrokken en consciëntieuze persoon. Daarnaast heb ik Pim uiteraard ook leren kennen door zijn academische werk, bijvoorbeeld waar het gaat over de vraag of de notaris kan meewerken aan wanprestatie door een van zijn cliënten,^[1] en door de uitstekende proefschriften die onder zijn leiding het daglicht hebben mogen zien.^[2]

In deze bijdrage eer ik Pim graag door aandacht te besteden aan de positie van de notaris die moet oordelen of hij zijn (noodzakelijke) medewerking verleent aan het passeren van een notariële akte.^[3] Door het passeren van die akte kan zijn cliënt enerzijds een bepaald registergoed leveren aan of daarop een beperkt recht vestigen ten behoeve van de beoogd verkrijger (en daarmee een afspraak jegens hem nakomen),^[4] maar anderzijds toerekenbaar tekortschieten jegens een andere persoon (de derde) die met betrekking tot dat

registergoed eveneens een verbintenisrechtelijke aanspraak had. Het gevolg daarvan is dat de notaris in de knel komt te zitten. Het is namelijk denkbaar dat enerzijds de derde de notaris aanspreekt op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), indien deze zijn medewerking verleent aan de notariële akte, en anderzijds de cliënt van de notaris hem aanspreekt op grond van wanprestatie (art. 6:74 BW), indien de notaris weigert zijn dienst te verlenen. In de literatuur is betoogd dat in dit verband de tuchtrechtelijke en de civielrechtelijke norm in de pas moeten lopen, zodat de notaris niet met een strengere tuchtnorm wordt geconfronteerd.^[5] In deze bijdrage betoog ik dat de notaris een tuchtrechtelijke en civielrechtelijke beoordelingsruimte heeft, waarin hij aansprakelijk is, noch jegens de derde, noch jegens zijn cliënt. Ook betoog ik, voor wat betreft de aansprakelijkheid jegens de derde, dat tussen de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke een zekere ruimte bestaat, die juist voor de beoordelingsvrijheid van de notaris zorgt, en in zoverre toe te juichen valt.

Voetnoten

[1] Zie bijvoorbeeld W.G. Huijgen, 'De notaris en de kunst van "ieder het zijne"', *WPNR* 2012/6954, p. 910-916, W.G. Huijgen, 'De nieuwe verordening inzake dienstweigering van de KNB', *JBN* 2014/19 (hierna: Huijgen 2014) en W.G. Huijgen, 'Een belangrijk arrest voor het notariaat', *JBN* 2015/33 (hierna: Huijgen 2015).

[2] Eén daarvan, die in het navolgende nog terug zal komen, is L.M. de Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht (Serie Ars Notariatus, nr. 167)* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

[3] De bijdrage bouwt voort op mijn preadvies voor de KNB 2022: J.W.A. Biemans, 'De vierde schil: de notariële zorg voor de belangen van derden', in: L.C.A. Verstappen e.a. (red.), *De poortwachtersrol van de notaris (Preadviezen KNB 2022)*, Den Haag: Sdu Uitgeverij 2022 (hierna: Biemans 2022).

[4] Hierna wordt gemakshalve alleen van de levering uitgegaan, tenzij anders aangegeven.

[5] Zie de literatuur genoemd in de conclusie (onder 2.17) vóór HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*).

Hulde aan Huijgen 2023/1.2

1.2 De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris jegens de derde: het Novitaris-arrest herzien

J. Biemans, datum 01-11-2022

Datum	01-11-2022
Auteur	J. Biemans
JCDI	JCDI:ADS683853:1
Vakgebied(en)	Rechtswetenschap / Algemeen

Ministerieplicht en dienstweigering

Op grond van art. 21 lid 1 Wna is de notaris in beginsel verplicht de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten (de ministerieplicht). Hij moet echter zijn dienst 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', aldus art. 21 lid 2 Wna ('dienstweigering'). Het spanningsveld tussen ministerieplicht en dienstweigering doet zich ook voor bij de hiervoor in de inleiding beschreven casus. Immers, de notaris wordt enerzijds gevraagd door partijen om een notariële akte te passeren, en dient in zoverre aan zijn ministerieplicht te voldoen. Anderzijds zal de notaris op grond van art. 21 lid 2 Wna zijn dienst moeten weigeren in voorkomende gevallen. De tekst van art. 21 lid 2 Wna en de (enkele) opmerking in de parlementaire geschiedenis dat de notaris 'zich terughoudend dient op te stellen' ingeval hij wordt geconfronteerd met conflicterende leveringsrechten,^[1] bieden de notaris echter niet of nauwelijks houvast.

Dienstweigering bij onrechtmatig handelen van partijen

De KNB heeft de vraag of de notaris zijn medewerking mag verlenen aan een transactie zoals hier aan de orde rondom 2013 nader willen regelen in art. 6 lid 4 Verordening Beroeps- en Gedragsregels (VBG). De voorgestelde bepaling luidde: '*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.*' Pim Huijgen heeft destijds tegen deze bepaling geageerd.^[2] De bepaling is uiteindelijk nooit in werking getreden.^[3]

Een van de terechte bezwaren die hij tegen de bepaling aanvoerde, was dat - vanuit civielrechtelijk oogpunt - weliswaar de enkele wanprestatie van een partij in de akte (de vervreemder) jegens een derde (bijvoorbeeld een kettingbedinggerechtigde) geen reden voor de notaris behoeft te zijn om zijn diensten te weigeren,^[4] maar dat zulks anders is indien een partij bij de akte (met name de verkrijger) zélf aansprakelijk zal zijn op grond van onrechtmatige daad jegens de derde. In dat laatste geval is de notaris ook aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad jegens de derde, zo volgt uit de THB-arresten.^[5] Een tuchtrechtelijke regel die bepaalt dat de onrechtmatige daad van een partij bij de notariële akte geen grond behoeft te zijn voor dienstweigering is om die reden dan ook onbegrijpelijk, aldus Huijgen.

Het Novitaris-arrest nader bezien

In het Novitaris-arrest^[6] heeft de Hoge Raad dit inzicht bevestigd. Volgens de Hoge Raad verplicht de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden óók tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen. De zorgplicht van de notaris jegens derden kan ertoe leiden dat hij zijn dienst moet weigeren of opschorten. Indien de notaris zijn dienst toch verleent, kan hij civielrechtelijk aansprakelijk zijn jegens de betrokken derde(n).^[7] Voor botsende rechten op levering geeft de Hoge Raad een inhoudelijk criterium:^[8] tenzij de betrokken derde verklaart geen bezwaar te hebben tegen de levering of bezwaring, moet de notaris zijn dienst weigeren (i) 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 (ii) indien de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen (waarvoor niet voldoende is dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde). Deze weigeringsgronden worden hierna kortheidshalve aangeduid als de eerste respectievelijk tweede weigeringsgrond. De Hoge Raad heeft in het arrest voorts procedurele aanwijzingen gegeven voor de notaris in verband met zijn onderzoeksplicht en geheimhoudingsplicht.^[9] De tweede weigeringsgrond onderstreept de hiervoor weergegeven zienswijze van Pim Huijgen: de notaris mag zijn medewerking aan de notariële akte niet verlenen, indien de beoogd verkrijger daardoor onrechtmatig jegens de derde zou handelen, waarvoor niet voldoende is dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde.

De eerste weigeringsgrond is minder duidelijk, ook in verhouding tot de tweede weigeringsgrond. De notaris dient ook zijn dienst te weigeren indien de beoogd verkrijger geen rechtmatig belang heeft bij de levering of bezwaring, hetgeen volgens de Hoge Raad het geval is indien het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen. In de literatuur is deze regel meestal zó uitgelegd, veelal zonder

onderbouwing,^[10] dat daarvan bijvoorbeeld sprake is bij botsende rechten van levering, zoals bedoeld in art. 3:298 BW. Art. 3:298 BW ziet op botsende rechten op levering en bepaalt: ‘ *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.*’ Kennelijk dient de notaris zijn medewerking ook te weigeren in het geval dat twee verbintenisrechtelijke rechten op levering met elkaar botsen, los van het geval aan de orde in de tweede weigeringsgrond. Het zou dan voldoende zijn dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde, ongeacht of de beoogd verkrijger onrechtmatig jegens de derde zou handelen door levering of bezwaring te verlangen. Die uitleg is echter niet bevredigend, omdat de twee weigeringsgronden hierdoor innerlijk met elkaar in tegenspraak zijn.^[11]

Een dergelijke uitleg is ook niet wenselijk. Die uitleg zou namelijk tot het resultaat leiden dat de notaris die zijn medewerking verleent aan de notariële akte óók aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad jegens een derde in een geval dat een of beide partijen bij de notariële akte dat niet zijn.^[12] Dat gaat mij een stap te ver. De notaris kan aansprakelijk zijn jegens de derde, indien hij zijn medewerking verleent aan een onrechtmatig daad van een of beide partijen jegens die derde, maar dat is ook wel de grens. Indien de partijen zélf niet (eens) aansprakelijk zijn jegens een derde op grond van onrechtmatig daad, bestaat mijns inziens geen goede grond om de notaris dan wel aansprakelijk te achten wegens onrechtmatige daad jegens dezelfde derde, op de grond dat de notaris zijn medewerking heeft verleend aan de notariële akte. Toegespitst op art. 3:298 BW, een levering door de vervreemder in strijd met art. 3:298 BW leidt weliswaar tot wanprestatie jegens de derde, maar uit de tweede weigeringsgrond volgt dat die wanprestatie niet zonder meer tot de aansprakelijkheid van de verkrijger hoeft te leiden op grond van onrechtmatige daad, omdat daarvoor bijkomende omstandigheden zijn vereist. Indien partijen in dit geval niet onrechtmatig handelen door wanprestatie te plegen, kan de notaris evenmin aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad, en dient dat evenmin een reden te zijn voor de notaris om zijn dienst te weigeren. Anders gezegd, de vraag of de notaris in een geval zoals aan de orde in art. 3:298 BW zijn dienst dient te weigeren, moet worden bepaald aan de hand van het tweede criterium (met als grens: het onrechtmatig meewerken aan wanprestatie) en niet aan de hand van het eerste criterium (met als grens: de regel van art. 3:298 BW). Volgens De Hoog^[13], promotus van Pim Huijgen, kan een derde niet een sterker recht in de zin van het Novitaris-arrest ontlenen aan art. 3:298 BW en volgt die zienswijze ook niet uit het Novitaris-arrest. Uit het voorgaande moge blijken dat ik mij bij die zienswijze aansluit.^[14]

Het Earth Water-arrest; conservatoir beslag tot levering

Het recent gewezen Earth Water-arrest^[15] laat zien welke route de derde in een dergelijk geval dient te volgen en bevestigt dat de notaris in beginsel (tenzij partijen onrechtmatig handelen) aan een dergelijke transactie zijn medewerking kan verlenen. De derde die op grond van art. 3:298 BW een sterker recht op levering heeft, dient conservatoir beslag tot levering te leggen op de onroerende zaak. De derde wordt beschermd door art. 505 lid 2 eerste zin Rv: een vervreemding van een onroerende zaak die tot stand is gekomen ná de inschrijving van het proces-verbaal van inbeslagneming in de openbare registers kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. Op deze wijze kan hij zijn oudste recht op levering ‘vervolgen’ en heeft hij de mogelijkheid om na de levering aan de jonger gerechtigde, waaraan de notaris zijn medewerking heeft verleend, op grond van art. 3:298 BW alsnog levering af te dwingen door in een procedure (art. 700 Rv) van de vervreemder nakoming te vorderen, en in deze procedure de verkrijger te betrekken. Het is dan ook de rechter en niet de notaris die het oordeel geeft over de vraag aan welke persoon de onroerende zaak dient toe te behoren. Indien partijen niet onrechtmatig handelen, kan de notaris meewerken aan de levering van het registergoed, ondanks een dergelijk conservatoir beslag; de ouder gerechtigde wordt door dat beslag voldoende beschermd, zo volgt uit het arrest.^[16]

Voor de goede orde zij opgemerkt dat het uiteraard van belang is dat de partijen de levering ondanks het conservatoir beslag ook *beogen*. Immers, meestal beogen partijen de levering van de onroerende zaak ‘vrij en onbezwaard’. Het is dan juist de taak van de notaris om ervoor te waken dat op het registergoed géén beslagen of hypotheekrechten rusten, zo volgt ook uit de rechtspraak.^[17] In een casus zoals aan de orde in het Novitaris-arrest, het onderwerp van deze bijdrage, kan zich hierop juist een uitzondering voordoen.

De eerste weigeringsgrond

Maar hoe dient de eerste weigeringsgrond dan wel te worden begrepen? Ik meen met name in goederenrechtelijke zin. Van een rechtmatig belang in de zin dat het recht van de derde door een wettelijke regel als het sterkere recht wordt aangewezen zal bijvoorbeeld sprake zijn indien de derde de eigenaar van het registergoed is. Indien een partij, in weerwil van het feit dat een ander de eigenaar van de onroerende zaak is, beoogt om dat registergoed aan een derde te leveren, dient de notaris uiteraard óók zijn dienst te weigeren. In dat geval zal eveneens sprake zijn van onrechtmatig handelen van de partij, aangezien de partij een inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de ander (art. 6:162 BW). Als gevolg daarvan zal ook de notaris die aan die notariële akte zijn (noodzakelijke) medewerking verleent, aansprakelijk zijn jegens de derde op grond van onrechtmatige daad.^[18] Een ander voorbeeld is het niet naleven van de blokkeringsregeling bij de levering van aandelen, welke regeling ook goederenrechtelijk werking heeft (art. 2:195 BW). In deze gevallen is steeds sprake van een door de wet aangewezen sterker recht van de derde.

Tussenconclusie

Concluderend, indien het gaat om de belangen van derden, is de notaris op grond van zijn zorgplicht jegens de derde gehouden om zijn dienst te weigeren aan de beoogde vastgoedtransactie, indien de partijen bij de notariële akte daardoor onrechtmatig zouden handelen jegens de derde. Indien van een dergelijk onrechtmatig handelen geen sprake is (waarvoor niet voldoende is dat de vervreemder met de levering of bezwaring wanprestatie pleegt jegens een derde, óók in de zin van art. 3:298 BW), behoeft de notaris zijn dienst *in beginsel* niet te weigeren én is hij in ieder geval niet aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad jegens de derde.

Voetnoten

[1] [Kamerstukken II 1993/94, 23706, nr. 3](#), p. 25-26.

[2] Zie Huijgen 2014.

[3] Zie Huijgen 2015 en de conclusie (onder 2.24) vóór HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*) en de conclusie (onder 2.12) vóór HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, NJ 2018/192, m.nt. S. Perrick (*Langstlevende zekerheidsverstrekker*).

[4] Zie HR 17 mei 1985, ECLI:NL:PHR:1985:AG5024, NJ 1986/760, m.nt. C.J.H. Brunner en W.M. Kleijn (*Curaçao/Erven-Boyé*).

[5] Zie HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2277, NJ 1996/627, m.nt. W.M. Kleijn (*Notarissen THB I*), HR 23 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1590, NJ 1996/628, m.nt. W.M. Kleijn (*Notarissen THB II*) en HR 15 september 1996, ECLI:NL:HR:1995:ZC1801, NJ 1996/629, m.nt. W.M. Kleijn (*Notarissen THB III*).

[6] Zie HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479, m.nt. S. Perrick (*Novitaris*).

[7] R.o. 3.4.2 en 3.4.3.

[8] R.o. 3.4.4 en 3.4.6.

[9] R.o. 3.4.4 en 3.4.5.

[10] Zie o.a. B.C.M. Waaijer, 'De positie van de notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', AA 2015, p. 693-693 (onder 3 en 4); J.J. van Hees in zijn noot (onder 8) onder JOR 2015/189; S. Perrick in zijn noot (onder 5) onder NJ 2015/479; H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende

rechten na HR 3 april 2015 (De Novitaris)', *WPNR* 2015/7067, par. 3; en H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen, *Vastgoedtransacties: Overdracht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, nr. 35, 430, 435. Zie ook r.o. 3.5.4, waar art. 3:298 BW wordt genoemd en met name de conclusie vóór het arrest waarin deze bepalingen worden genoemd.

[11] Zie ook Biemans 2022, par. 7.3.

[12] Zie Biemans 2022, par. 7.1 en 7.2.

[13] De Hoog, *De prioriteitsregel in het vermogensrecht (AN. 167)* 2018, par. 9.2.2 en 9.5.

[14] Zie Biemans 2022, par. 7.3.

[15] Zie HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:164, *NJB* 2022/466 (*Earth Water*).

[16] Zie Asser Procesrecht/Steneker 5 2019/442 en Biemans 2022, par. 7.3 en 7.4.

[17] Zie HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2658, *NJ* 1999/287, m.nt. W.M. Kleijn (*Caravanpark*).

[18] Vgl. Biemans 2022, par. 7.3 en 7.4.

Hulde aan Huijgen 2023/1.3

1.3 De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris jegens zijn cliënt: de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke ademruimte van art. 21 lid 2 Wna

J. Biemans, datum 01-11-2022

Datum	01-11-2022
Auteur	J. Biemans
JCDI	JCDI:ADS683913:1
Vakgebied(en)	Rechtswetenschap / Algemeen

Ministerieplicht en zorgplicht

De ministerieplicht en de zorgplicht van de notaris hangen nauw met elkaar samen. De notaris is niet meer verplicht om de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, zodra de notaris niet aan zijn notariële zorgplicht kan voldoen. Die zorgplicht bestaat niet alleen jegens zijn opdrachtgever of de partijen bij de notariële akte, maar ook jegens anderen, zoals een derde met een tegenstrijdig belang bij de transactie.^[1] In die gevallen is de notaris gehouden om zijn dienst te weigeren op grond van art. 21 lid 2 Wna. Toegepast op de problematiek zoals in deze bijdrage aan de orde, zal de notaris in dat geval niet aansprakelijk zijn jegens de derde indien hij weigert om zijn medewerking te verlenen aan de transactie tussen partijen die onrechtmatig zou zijn jegens de derde. De notaris blijft dan uit zicht; hij is niet betrokken bij de onrechtmatig daad jegens de derde. Zoals hierna (par. 3 'Aansprakelijkheidsvrije beoordelingsruimte') wordt betoogd, gaat de dienstweigerings echter verder dan schending van een concrete, civielrechtelijke zorgplicht jegens een derde zoals bedoeld in het Novitaris-arrest.

Geen toerekenbaar tekortschieten bij dienstweigering

Kan de notaris in het geval van dienstweigering worden aangesproken door zijn opdrachtgever of een van de (beoogd) partijen bij de notariële akte, omdat de notaris zijn medewerking niet heeft verleend, en op grond daarvan zélf aansprakelijk is wegens wanprestatie? Art. 16 Wna geeft de civielrechtelijke voorzet voor de rechtsverhouding tussen de notaris en zijn opdrachtgever: het verrichten van wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten, berust op een overeenkomst tussen de notaris en de cliënt bedoeld in titel 6.5 BW (art. 6:217 e.v. BW). Deze overeenkomst tussen notaris en opdrachtgever is meer in het bijzonder een overeenkomst van opdracht, op grond waarvan de opdrachtgever aan de notaris opdracht geeft om bepaalde werkzaamheden te verrichten (art. 7:400 BW)^[2] en in dat kader aanwijzingen aan de notaris kan geven (art. 7:402 BW).^[3] De notaris heeft op grond van de op deze overeenkomst toepasselijke bepalingen onder meer een contractuele zorgplicht jegens zijn opdrachtgever (art. 7:401 BW). Indien de notaris toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van deze contractuele zorgplicht of een andere verplichting uit hoofde van de overeenkomst, zal de notaris jegens zijn cliënt in beginsel verplicht zijn om op grond van art. 6:74 e.v. BW de daardoor geleden schade te vergoeden.^[4] Het is derhalve de vraag of de notaris toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de overeenkomst van opdracht indien hij weigert om zijn dienst te verlenen. Ik meen dat het antwoord daarop ontkennend dient te zijn. Dat antwoord is langst twee of zelfs drie wegen te geven.

Ten eerste, de notaris en de cliënt kunnen een overeenkomst van opdracht slechts aangaan voor zover deze (meerszijdige rechtshandeling) door zijn inhoud of strekking niet in strijd is met de goede zeden en evenmin in strijd is met een dwingende wetsbepaling (art. 3:40 lid 1 respectievelijk 2 BW). Voor zover was beoogd om te contracteren in strijd met art. 21 lid 2 Wna zal dat leiden tot een (partiële) nietigheid van de overeenkomst van opdracht in strijd met art. 3:40 BW.

Ten tweede, volgens art. 6:74 lid 1 BW verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis ('wanprestatie') de schuldenaar (lees: de notaris) de schade die de schuldeiser (lees: zijn cliënt) daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend ('overmacht'). Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet is te wijten aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aldus art. 6:75 BW. Van een dergelijke overmacht is algemeen sprake, indien de tekortkoming gerechtvaardigd is.^[5] Meer in het bijzonder is daarvan sprake, indien nakoming voor de schuldenaar onmogelijk of praktisch bezwaarlijk zou zijn.^[6] Het spreekt voor zich dat nakoming door een notaris niet mogelijk is, indien hij daarmee in strijd zou handelen met een of meer bepalingen uit de Wet op het notarisambt. Indien de notaris verplicht is om op grond van art. 21 lid 2 Wna zijn dienst te weigeren, zal de notaris dus niet toerekenbaar tekortschieten in de zin van art. 6:74 lid 1 jo. 7:400 e.v. BW: hetgeen bij de wet verboden is, wordt als onmogelijk aangemerkt. Hoewel de nakoming, zij het met overtreding van het verbod, mogelijk is, is zij juridisch gezien onmogelijk geworden ('wettelijke onmogelijkheid'). De notariële plicht tot gehoorzaamheid aan de Wet op het notarisambt, het gemeenschapsbelang, weegt zwaarder dan de plicht tot nakoming van de aangegane verbintenis. Voor de niet-nakoming bestaat dan een rechtvaardigingsgrond.^[7]

Ten derde, de notaris kan in zijn algemene voorwaarden het beroep op dienstweigering opnemen als een uitsluiting van zijn (beroeps)aansprakelijkheid.

Aansprakelijkheidsvrije beoordelingsruimte

De notaris heeft op grond van art. 21 lid 2 Wna een plicht tot dienstweigering die verder gaat dan zijn zorgplicht jegens de derde zoals bedoeld in het Novitaris-arrest. Uit het voorgaande volgt dat de notaris zijn medewerking dient te weigeren, indien dat leidt^[8] tot een schending van zijn zorgplicht voor de belangen van de derde. Dienstweigering op grond van art. 21 lid 2 Wna gaat echter verder dan dat, omdat de notaris zijn dienst eveneens dient te weigeren indien 'naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde' (in de parlementaire geschiedenis vertaald als 'gerede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt')^[9] of indien 'zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben'. Omdat de notaris de

verplichting heeft om zijn dienst reeds te weigeren bij gereede twijfel aan de goede bedoelingen van zijn cliënt, kan hij eerder verplicht zijn tot dienstweigering dan dat hij daadwerkelijk zijn zorgplicht jegens de derde schendt. De notaris dient dus ook zijn dienst te weigeren omdat naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de partijen onrechtmatig zullen handelen, terwijl dat achter bezien niet het geval is. Voorts hoeft het gebrek aan goede bedoelingen bij partijen nog niet te betekenen dat sprake is van onrechtmatig handelen. Veel handelingen in de maatschappij gebeuren (helaas) zonder goede bedoelingen, maar zijn daarmee nog niet (zonder meer) onrechtmatig. De tuchtrechtelijke norm van art. 21 lid 2 Wna voor dienstweigering kan dus inhoudelijk verschillen van de privaatrechtelijke norm van art. 6:162 BW. In deze gevallen schiet de notaris niet toerekenbaar tekort in de nakoming van zijn verplichting uit hoofde van de overeenkomst van opdracht met zijn opdrachtgever (par. 3 'Geen toerekenbaar tekortschieten bij dienstweigering'), en is de notaris evenmin aansprakelijk jegens de derde op grond van onrechtmatige daad (par. 2). Dit is de aansprakelijkheidsvrije beoordelingsruimte van de notaris in het burgerlijk recht. De notaris die ondanks de wetenschap over het gebrek aan goede bedoelingen van partijen zijn medewerking aan de rechtshandeling verleent, handelt tuchtrechtelijk laakbaar, maar is niet civielrechtelijk aansprakelijk, indien het handelen van de partijen niet tevens onrechtmatig is jegens de derde. Naar mijn mening heeft de derde er in een dergelijk geval geen belang bij om de notaris dan in een tuchtrechtelijke procedure te betrekken.^[10]

De procedurele regels van het Novitaris-arrest sluiten op het voorgaande aan: de notaris die twijfelt aan de goede bedoelingen van zijn opdrachtgever, en op grond daarvan zijn dienst wil weigeren, zal er goed aan doen om met hem zijn zorgen over de schending van zijn zorgplicht jegens de derde te delen, zodat zijn opdrachtgever de gereede twijfels van de notaris zo veel mogelijk kan ontzenuwen. Deze benadering leidt ertoe dat de notaris die moet varen op vermoedens en twijfels kan kiezen tussen ministerieplicht en dienstweigering zonder aansprakelijk te zijn jegens derde of opdrachtgever.

Voetnoten

[1] Zie Biemans 2022, par. 4.

[2] Zie B.C.M. Waaijer, *Wiens woord men spreekt, diens brood men eet* (Serie Ars Notariatus, nr. 164), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 13; J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 4.4 en par. 7.1.

[3] Deze bepaling wordt in tuchtrechtelijke zin genuanceerd door art. 21 lid 1 Wna, dat bepaalt dat de notaris verplicht is de hem bij of krachtens de wet opgedragen *of de door een partij verlangde* werkzaamheden te verrichten (behoudens het bepaalde in art. 21 lid 2 t/m 4 Wna). De bij de rechtshandeling betrokken partij lijkt in dit opzicht, net als de opdrachtgever in de zin van art. 16 Wna, aan de notaris bepaalde aanwijzingen te kunnen geven (van hem bepaalde werkzaamheden te kunnen verlangen).

[4] Aansprakelijkheid op grond van art. 6:74 BW was voor E.A.A. Luijten kennelijk nog ondenkbaar. Zie zijn noot onder HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766 (*Groningse huwelijkse voorwaarden*): '[Het] is mij niet duidelijk geworden hoe schending van een ambtsplicht gelijk kan staan met 'een soort wanprestatie', een begrip in de contractuele sfeer'.

[5] Asser/Sieburgh 6-I 2020/318 en 340; en *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 263-264.

[6] Asser/Sieburgh 6-I 2020/335, 343.

[7] Asser/Sieburgh 6-I 2020/338, 359 en 318.

[8] In het kader van de onderhavige problematiek; er zijn uiteraard méér gevallen denkbaar.

[9] Zie [Kamerstukken II 2009/10, 32250, nr. 3](#), p. 19-20.

[10] Vgl. art. 3:303 BW: zonder voldoende belang komt niemand een rechtsvordering toe.

1.4 Afsluiting

J. Biemans, datum 01-11-2022

Datum	01-11-2022
Auteur	J. Biemans
JCDI	JCDI:ADS683849:1
Vakgebied(en)	Rechtswetenschap / Algemeen

De tuchtrechtelijk en civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheid van de notaris verdient beter begrensd te worden, zodat de notaris weet waar hij aan toe is. Deze bijdrage hoopt daaraan een bijdrage te leveren, niet alleen door de grenzen duidelijker aan te geven, maar ook door de aansprakelijkheid van de notaris te begrenzen. Zo dient het bijvoorbeeld niet mogelijk te zijn dat een notaris aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad jegens een derde, omdat hij zijn noodzakelijke medewerking verleent aan een notariële akte, indien de partijen bij die akte zelf niet aansprakelijk zouden zijn jegens dezelfde derde. In deze zin dient het Novitaris-arrest te worden begrepen. Voorts is van belang dat de positie van de notaris ten opzichte van zijn opdrachtgever duidelijker wordt afgebakend. De notaris dient niet te vrezen voor een aansprakelijkstelling door zijn opdrachtgever, indien hij op terechte gronden zijn dienst heeft geweigerd zoals bedoeld in art. 21 lid 2 Wna. Hiervoor (par. 3 'Geen toerekenbaar tekortschieten bij dienstweigering') is uiteengezet waarom dat het geval is. Omdat de notaris op grond van art. 21 lid 2 Wna eerder zijn dienst kan weigeren, dan dat hij aansprakelijk is jegens een derde wegens schending van zijn zorgplicht, bestaat in de gevallen waarop het Novitaris-arrest ziet, een aansprakelijkheidsvrije beoordelingsruimte van de notaris. Indien achteraf blijkt dat partijen niet onrechtmatig handelden jegens de derde en de notaris ondanks goede gronden daarvoor zijn dienst niet heeft geweigerd, zou de derde hem daarop tuchtrechtelijk niet moeten kunnen aanspreken, wegens een gebrek aan belang bij de derde.