

175. De opdrachtgever, de notaris en belangen van derden

MR. T.P. HOEKSTRA

De belangen van derden kunnen zo groot zijn dat een opdrachtnemer aan zijn opdracht geen uitvoering kan geven. Dit geldt ook voor een notaris. In het Novitaris-arrest heeft de Hoge Raad een norm geformuleerd aan de hand waarvan de notaris kan vaststellen of deze situatie zich voordoet. Recent wees de Hoge Raad een arrest over de reikwijdte van deze Novitaris-norm (HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850). Dit arrest – waaraan helaas door de anonimisering geen welluidende naam kan worden gegeven – geeft aanleiding te onderzoeken of de zorgplicht van notaris jegens derden specifiek is voor de notaris of dat deze past in de bredere context van de overeenkomst van opdracht.

Opdracht en zorgplicht

Wie een opdracht geeft mag niet altijd verwachten dat aan die opdracht onverkort uitvoering wordt gegeven. De aannemer die van zijn opdrachtgever de opdracht krijgt in een bestaand pand een muur te verwijderen kan die opdracht niet zonder meer uitvoeren als blijkt dat het gaat om een dragende muur in de constructie. De opdrachtnemer zal dan gehouden zijn de opdrachtgever eerst te adviseren. Wil de opdrachtgever na het advies van de opdrachtnemer alsnog de muur weg hebben dan zal de opdrachtnemer een vervangende dragende constructie moeten aanbrengen of goed schriftelijk vastleggen dat hij heeft gewaarschuwd. Met een waarschuwing kan hij echter niet volstaan als uitvoering van de opdracht daadwerkelijk gevaarstelling veroorzaakt of als met het weghalen van de dragende muur ook schade dreigt aan het huis van de bovenburen. De opdrachtnemer heeft bij de uitvoering van zijn opdracht derhalve naast een verantwoordelijkheid ten opzichte van de opdrachtgever ook een verantwoordelijkheid tegenover derden.

Wie een opdracht geeft mag niet altijd verwachten dat aan die opdracht onverkort uitvoering wordt gegeven

De zorgplichten van de opdrachtnemer ten opzichte van de opdrachtgever zijn verwoord in artikel 7:401 BW waar de wetgever heeft bepaald dat de opdrachtnemer bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. Hoewel dit artikel zeer ruim is geformuleerd, kan in dit artikel, gelet op de plaatsing in de titel over de overeenkomst van opdracht, geen directe zorgplicht

jegens derden worden gelezen. Wel zal het tot de zorgplicht van de opdrachtnemer behoren dat hij voorkomt dat de opdrachtgever bij de uitvoering van zijn opdracht schadeplichtig wordt jegens derden. Een bijzondere uitwerking van de zorgplicht is verwoord in art. 7:402 BW waarin is bepaald dat de opdrachtnemer die op redelijke grond niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren, en de opdrachtgever hem niettemin aan die aanwijzingen houdt, de overeenkomst kan opzeggen wegens gewichtige redenen.

De rechtstreekse aansprakelijkheid van de opdrachtnemer jegens een derde is gebaseerd op onrechtmatige daad.¹ De daarmee samenhangende zorgplicht vloeit voort uit hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De reikwijdte van deze zorgplicht hangt af van de omstandigheden van het geval.

De opdracht aan een notaris

Wie een notaris een opdracht geeft, sluit met de notaris een overeenkomst. Ten aanzien van de wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten is dit in artikel 16 Wet op het Notarisambt (Wna) uitdrukkelijk bepaald. Met de zinsnede "*de wettelijke werkzaamheden en werkzaamheden die de notaris in samenhang daarmee pleegt te verrichten*" heeft de wetgever slechts expliciet in de wet willen vastleggen dat ook de wettelijke (ambtelijke) werkzaamheden (bijvoorbeeld het verlijden van een akte en wat

¹ Zie hierover E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Beroepsaansprakelijkheid' Kluwer Deventer 2014 par. 1.3, Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/67 en J.A.J. Peters, GS Onrechtmatige daad VI.1.4.2 en aldaar genoemde jurisprudentie.

daarmee samenhangt) worden verricht op basis van een overeenkomst.² Voor de buitenwettelijke werkzaamheden – bijvoorbeeld het opmaken van een onderhandse akte – sprak bij invoering van het wetsartikel voor zich dat deze berusten op een overeenkomst, en wel de overeenkomst van opdracht als bedoeld in art. 7:400 BW.³ Het artikel moet derhalve zo gelezen worden dat ook de wettelijk werkzaamheden op een overeenkomst van opdracht berusten.⁴

Nu de opdrachttitel van toepassing is op de dienstverlening door de notaris, rust derhalve ook op de notaris de in art. 7:401 BW verwoorde plicht bij het verlenen van zijn diensten de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. In de lex specialis van dit artikel (art. 17 Wna) wordt zelfs benadrukt dat de notaris zijn ambt met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient uit te oefenen. Onderdeel van deze zorgvuldigheid is dat de notaris controleert of de wil van zijn cliënt wel overeenstemt met de inhoud van de akte en daartoe zal de notaris zijn cliënt in beginsel ook dienen te informeren over de gevolgen die voor partijen of één hunner uit de inhoud van de akte kunnen voortvloeien (art. 43 Wna). Onder bijzondere omstandigheden kan – als aan de rechtshandeling bijzondere risico's kleven – deze plicht uitmonden in een waarschuwingsplicht. Het kan echter ook bij de notaris voorkomen dat hij aan de gegeven opdracht geen uitvoering kan geven. De notaris hoeft dan niet op de voet van art. 7:402 lid 2 BW de overeenkomst op te zeggen, hem is in artikel 21 Wna de mogelijkheid gegeven onder omstandigheden zijn dienst te weigeren.

Aan de opdracht aan de notaris kleeft de bijzonderheid dat in de meeste gevallen ook anderen dan de opdrachtgever, direct zijn betrokken bij de rechtshandeling

Aan de opdracht aan de notaris kleeft de bijzonderheid dat in de meeste gevallen ook anderen dan de opdrachtgever, direct zijn betrokken bij de rechtshandeling. Een notaris die bijvoorbeeld door de koper is betrokken bij de levering van een registergoed, verleent zijn dienst tevens ten behoeve van de verkoper (behoudens andersluidende afspraken). Artikel 16 Wna zou zo gelezen kunnen worden dat de notaris zijn dienst ook verleent in opdracht van die andere bij de rechtshandeling betrokken partijen. Deze interpretatie van artikel 16 Wna is wellicht wat te ruim,⁵ maar in combinatie

met art. 17 Wna, waarin wordt bepaald dat de notaris de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen behartigt, geeft de wet voldoende basis voor deze conclusie.

Het feit dat de notaris meerdere opdrachtgevers heeft, brengt mee dat hij ten aanzien van alle opdrachtgevers een gelijke zorgplicht heeft. Degen die de notaris de directe opdracht geeft moet er dus rekening mee houden dat de notaris zijn diensten ook verleent in opdracht van de mede-opdrachtgever; de notaris kan daarbij geen voorkeur geven aan de wensen van één van de opdrachtgevers, hij dient bij het verlenen van zijn dienst uit hoofde van art. 17 Wna onpartijdig te zijn. Deze onpartijdigheid geldt overigens alleen voor de verrichting door de notaris van de wettelijke werkzaamheden.⁶

De onpartijdigheid van de notaris is geen passieve onpartijdigheid, de notaris dient naar vermogen te voorkomen dat tussen de betrokken partijen misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.⁷ Mogelijk tegen de wens in van zijn (directe) opdrachtgever zal hij de eventuele onevenwichtigheid tussen de opdrachtgevers moeten compenseren, of zelfs zijn dienst moeten weigeren.⁸

Gelijk we hiervoor hebben gezien bij de aannemer mag de opdrachtgever die een opdracht aan een notaris geeft dus eveneens niet altijd verwachten dat aan die opdracht onverkort uitvoering wordt gegeven. In het geval van de notaris zullen ook de direct betrokkenen invloed hebben op de uitvoering van de opdracht. Het is niet ondenkbaar dat de notaris door de koper is ingeschakeld maar op basis van de wilscontrole bij de verkoper zijn dienst moet weigeren, of vanwege het gebrek aan evenwicht tussen partijen. De notaris kan bijvoorbeeld niet meewerken aan het transport in opdracht van de koper als bij de verkoper geen enkele wil valt te ontwaren.

De wetgever neemt tot uitgangspunt dat de notaris een ministerieplicht heeft. De notaris is echter op de voet van artikel 21 lid 2 Wna 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. Aan deze weigerplicht is nader invulling gegeven in de Verordening beroeps- en gedragsregels.

Zorgplicht jegens derden

Bij de aannemer zagen we hiervoor ook een zorgplicht jegens derden. Bij de notaris is dat niet anders. De Hoge Raad heeft deze zorgplicht jegens derden aanvankelijk terug-

2 Zie over de achtergrond hiervan D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Kluwer Deventer 2002, hdst 1.

3 D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Kluwer Deventer 2002, p. 31. E.A.L. van Emden en M. de Haan (p. 3) wijzen erop dat ook de bepalingen inzake volmacht en/of lastgeving van toepassing kunnen zijn.

4 Zie voor het onderscheid tussen wettelijke en buitenwettelijk werkzaamheden, J.C.H. Melis, *De Notariswet*, hoofdstuk 15.

5 Zie ook D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Kluwer Deventer 2002, par. 1.3.3.2, die zaakwaarneming en/of stilzwijgende lastgeving als oorzaak ziet van het medeopdrachterschap.

6 MvT II, 23 706, nr. 3, p. 24

7 HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766

8 Artikel 4 lid 2 Verordening beroeps- en gedragsregels

houdend geformuleerd. In de THB-arresten formuleerde de Hoge Raad het aldus: *de functie van de notaris in het rechtsverkeer verplicht hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg voor de belangen van derden welke mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtshandelingen.*⁹ Dat deze norm terughoudend is geformuleerd, is goed voorstelbaar als bedacht wordt dat de notaris op basis van zorgvuldige afweging van de belangen van de direct betrokken partijen (dus de directe opdrachtgever maar ook de medeopdrachtgever(s)) tot het voornemen is gekomen zijn dienst te verlenen ten behoeve van de rechtshandeling. Wil een derde daar nog op inbreken dan moet er wel wat aan de hand zijn.

Over deze zorgvuldigheidsnorm jegens derden handelt het in de inleiding genoemde arrest en de directe voorganger daarvan, het Novitaris-arrest.¹⁰

In het Novitaris-arrest heeft de Hoge Raad beslist dat 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, hij daarover met zijn opdrachtgevers dient te overleggen en zo nodig nader onderzoek moet 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.

De conclusie is dus gerechtvaardigd dat 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, aan het vereiste uit de THB-arresten is voldaan dat sprake moet zijn van een bijzondere omstandigheid.

Wat voorts opvalt is dat de Hoge Raad de zorgplicht jegens de opdrachtgever voorop blijft stellen. Primair zal de notaris immers met zijn opdrachtgevers moeten overleggen. De situatie laat zich tot op zekere hoogte weer vergelijken met de eerdergenoemde aannemer. De aannemer zal ook moeten overleggen over het verwijderen van de muur. Op basis van dat overleg kan de opdracht worden ingetrokken, of de opdracht kan worden aangepast. In het geval van de notaris kan het daarnaast voorkomen dat de opdrachtgever voorafgaand aan de opdracht had voorzien dat het recht van de derde een rol van betekenis zou spelen en dat de opdrachtgever reeds in een oplossing heeft voorzien.

De notaris zal – volgens nog steeds het Novitaris-arrest – als het overleg niet tot een oplossing leidt of opdrachtgevers onverkort aan hun opdracht willen vasthouden, vervolgens onderzoek moeten doen of het recht van de derde geen beletsel vormt. De notaris zal zich daarover zelfstandig een oordeel moeten vormen, onafhankelijk van de wens van zijn opdrachtgevers. Hij mag daarbij overigens geen overleg

plegen met die derde, daaraan staat zijn geheimhoudingsplicht in de weg.

Waar in de THB-arresten werd gesproken over een *zekere zorg* kan het belang van derden op basis van het Novitaris-arrest leiden tot een dienstweigerings. De Hoge Raad heeft daarmee mijns inziens een verdergaande norm geformuleerd dan in de THB-arresten.

De Novitaris-norm sluit wel aan bij de norm die ook geldt voor de aannemer; het belang van de bovenbuurman bij het niet beschadigen van zijn woning kan zo groot zijn dat de aannemer de overeenkomst van opdracht tot het verwijderen van de dragende muur opzegt wegens gewichtige redenen. Doet hij dit niet, dan neemt hij het risico naast de opdrachtgever aansprakelijk te zijn.

Uit het Novitaris-arrest volgt dat ook in de notariële praktijk het belang van de derde zo groot kan zijn dat het een beletsel vormt dat in de weg staat aan de dienstverlening van de notaris. Ook al neemt de (wanpresterende) opdrachtgever van de notaris voor lief dat de derde hem zal aanspreken tot schadevergoeding, dan staat dus nog niet vast dat de notaris zijn dienst zal verlenen. Is er sprake van een zodanig beletsel en verleent de notaris toch zijn dienst, dan kan hij naast de opdrachtgever aansprakelijk worden gehouden.

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.¹¹

Als sprake is van een beletsel zal de notaris alsnog zijn dienst moeten weigeren.

Dit beletsel spreekt minder tot de verbeelding dan het beletsel waar de aannemer op stuit de opdracht krijgt een dragende muur weg te halen. De opdrachtgever van de notaris kan ook aanvoeren dat bij rechtshandelingen waar geen notariële tussenkomst noodzakelijk is, hij zelf de keuze heeft te wanpresteren en dat deze rechtspraak dus tot willekeur leidt. Daarop valt tegen te werpen dat de grens feitelijk samenvalt met die rechtshandelingen waarvan de wetgever het belang zo groot acht dat notariële tussenkomst verplicht is voorgeschreven. Wie de notaris inschakelt voor buitenwettelijke werkzaamheden kiest ervoor dat de notaris ervoor zorgt dat deze zorgvuldigheidsnormen in acht worden genomen.

In de diverse annotaties onder en artikelen over het Novitaris-arrest zijn de situaties besproken die een beletsel kunnen

9 HR 23 december 1994, NJ 1996/627; HR 23 december 1994, NJ 1996/628; HR 15 september 1995, NJ 1996/629 (Curatoren THB)

10 HR 3 april 2015, NJ 2015/479 m.nt. S. Perrick

11 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).

vormen. Ik wil die analyses hier niet herhalen en verwijs graag naar deze annotaties.¹² Voor de opdrachtgever is met name van belang te weten in welke gevallen hij geconfronteerd kan worden met een notaris die zijn dienst weigert vanwege de belangen van een derde, en hoe hij daarop kan anticiperen.

Belang van het arrest

Alvorens daaraan toe te komen moet besproken worden wat het belang is van het recente arrest van de Hoge Raad, naast het Novitaris-arrest. Het Novitaris-arrest betrof eigenlijk een variant op de dubbele verkoop. Bij de dubbele verkoop wordt de notaris gevraagd de levering te verzorgen van een registergoed dat ook aan een ander (derde) is verkocht. De verkoper zal tegenover een van kopers wanpresteren en de notaris zal via de regels van het Novitaris-arrest moeten nagaan of hij aan de levering zijn dienst kan verlenen. De variatie bestaat erin dat de eerste koper (derde) geen koopovereenkomst had gesloten, maar slechts een voorkeursrecht had. Hij had dus nog geen eerste recht op levering.

Het Novitaris-arrest bevat een algemene norm ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden

De casus die ten grondslag ligt aan het hier besproken arrest betreft het vestigen van een hypotheek tot zekerheid voor (onder andere) een vordering uit hoofde van een ouderlijke boedelverdeling. Door het overlijden van moeder kregen de vier erfgenamen een vordering ter zake van hun erfdeel op vader. Door tot zekerheid van de vorderingen van twee erfgenamen een hypotheek te vestigen werd de andere twee erfgenamen (derden) de facto hun erfdeel uit de nalatenschap van moeder ontnomen. De Hoge Raad heeft naar aanleiding van die feiten verduidelijkt dat het Novitaris-arrest een algemene norm bevat ter zake van de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die de belangen van derden schaden, en dat die norm niet beperkt is tot de zich in het Novitaris-arrest voordoende situatie. Nu duidelijk is dat de Novitaris-norm een algemene norm betreft, kan een inventarisatie worden gemaakt van de gevallen waarin de opdrachtgever met een dienstweigering kan worden geconfronteerd (overigens zonder te pretenderen dat de inventarisatie compleet is).

12 Annotaties onder 'De Novitaris': S. Perrick, *NJ* 2015/479. H.J. Delhaas, *JA* 2015/73 Artikelen: B.C.M. Waaijer, 'Het arrest 'De Novitaris': kompas voor de notaris bij botsende aanspraken', *WPNR* 2015/7063 en 'De positie van de notaris in geval zijn bijstand zou leiden tot benadeling van derden', *Ars Aequi* 2015/0691. W.G. Huigen, 'Een belangrijk arrest voor het notariaat', *JBN* 2015/33. Annotaties bij het onderhavige arrest, S.Perrick in *NJ* 2018/192, H.J. Delhaas in *JA* 2018/2. Zie ook *RAV* 2018/14

Inventarisatie

In de literatuur die is verschenen na het Novitaris-arrest is op verschillende situaties gewezen waarbij de door de Hoge Raad geformuleerde regel van toepassing kan zijn. Reeds hiervoor besproken is de dubbele verkoop en de variant dat de derde geen eerste recht op levering heeft maar slechts een voorkeursrecht. Over een derde variant schrijven Heyman¹³ en Oostrom-Streep (de laatste in dit blad)¹⁴; de situatie waarbij het recht op levering botst met een eerder overeengekomen optierecht. Perrick¹⁵ werpt met betrekking tot de dubbele verkoop de vraag op of de notaris zich in een andere positie bevindt, als de koop door zijn cliënten al is gesloten en zijn opdracht slechts de levering inhoudt, dan in het geval dat het opstellen van de titel ook tot zijn opdracht behoort. Perrick en Heyman discussiëren over het geval dat zich voordoet als de notaris gevraagd wordt een tweede hypotheek te vestigen terwijl in de akte waarbij de eerste hypotheek is gevestigd bedongen is dat de eerste hypotheekhouder (als derde) toestemming moet verlenen voor opvolgende hypotheeken.¹⁶ In de tuchtrechtelijke jurisprudentie is nog aan de orde geweest de gunning in het kader van een openbare veiling, waarbij de derde een partij was waarmee buiten de veiling om al afspraken waren gemaakt.¹⁷ Van Oostrom-Streep wijst in dit blad op het geval waarin een notaris wordt gevraagd een kettingbeding te verbreken en de derde die de begunstigde is van het kettingbeding, benadeeld wordt.¹⁸ In al deze gevallen kan de opdrachtgever ermee worden geconfronteerd dat de notaris eerst met de mede opdrachtgevers in overleg treedt over de opdracht en onderzoekt of het recht van een derde een beletsel vormt.

Gevolgen en oplossingen

Wat in het artikel van Van Oostrom-Streep duidelijk wordt, is dat de notaris met het Novitaris-arrest in de hand nog

13 H.W. Heyman, 'Notariële dienstverlening bij botsende rechten na HR 3 april 2015' in *WPNR* 2015/7076.

14 Van Oostrom-Streep, 'De rol van de notaris bij (een op handen zijnde) wanprestatie', *ORP* 2015/259.

15 S. Perrick, 'De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt' in *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015 nr. 12. Perrick en Heyman verschillen van mening over hoe de notaris in een dergelijk geval moet handelen. Het laatste woord over de problematiek is nog niet gezegd.

16 Zie Hof Amsterdam, 20 oktober 2015, *JOR* 2016/139. Zie ook F.J. Vonk, 'Nieuwe tuchtspraak over medewerking aan wanprestatie', *WPNR* 2017/7153 over Hof Amsterdam 4 april 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1120.

17 Hof Amsterdam, 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166, *JOR* 2018/88. In deze uitspraak is de tuchtnorm gelijkgetrokken met het Novitaris-arrest. Zie hierover ook L.C. Dufour en H.J. Delhaas, 'Meewerken aan wanprestatie: het handelen van de notaris wordt ook tuchtrechtelijk getoetst aan de Novitaris-maatstaf', *JBN* 2018/12, S. Steneker, 'Tucht en recht' *Ars Aequi* 2018/0304 en J. Mencke en E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, 'Tuchtrechtelijke maatstaf wordt aangepast aan civielrechtelijke maatstaf zoals geformuleerd in Novitaris-arrest', *TT* 2018/24.

18 Uit Rb Noord-Holland, 16 augustus 2017, ECLI:NL:NBHO:2017:6960 volgt dat de Novitaris-norm niet toepasselijk is bij het opmaken van een testament.

niet voor elke situatie een panklare oplossing heeft. Zo zal het voor de notaris nog altijd moeilijk zijn te beoordelen of de gevraagde wanprestatie ook een onrechtmatige daad oplevert van zijn cliënten jegens de derde.¹⁹ Bij een dubbele verkoop maakt het enkele feit dat de koper – nadat de notaris vanwege het recht van de derde, die eerste koper is, met partijen overleg heeft gepleegd – weet dat de verkoper ten opzichte van de eerste koper wanprestatie pleegt, nog niet dat de koper jegens die derde onrechtmatig handelt.²⁰ Naast die wetenschap zijn bijkomende omstandigheden vereist om tot de conclusie te komen dat het profiteren van wanprestatie ook een onrechtmatige daad oplevert.

Het gerechtshof Amsterdam²¹ heeft als uitkomst voor die situatie de regel geformuleerd (die in de praktijk al werd toegepast) dat een notaris die gelet op de complexiteit van de zaak, redelijkerwijze niet in staat is om op basis van eigen deskundigheid een afweging te maken, moet bewerkstelligen dat in kort geding een rechterlijke beslissing wordt uitgelokt waarin hij/zij tot het verrichten van de gevraagde diensten wordt veroordeeld. Het is daarbij uitdrukkelijk niet de bedoeling dat de notaris uitlokt dat hij in kort geding wordt verboden de voorgenomen dienst te verlenen.²² De opdrachtgever kan dus nog altijd worden geconfronteerd met een notaris die vanwege onzekerheid over de vraag of hij zijn dienst wel kan verlenen, zijn ministerie weigert.

Van Oostrom-Streep maakt in dit blad in haar bespreking van het Novitaris-arrest de interessante opmerking dat de in de vorige alinea genoemde jurisprudentie van het gerechtshof Amsterdam onjuist is omdat de Hoge Raad in de THB-arresten geen sluitende regel heeft willen formuleren. Ik zou daaraan willen toevoegen dat deze jurisprudentie ook onwenselijk is nu deze regel de opdrachtgever opzadelt met de doorgaans niet geringe kosten van een kort geding. De opdrachtgever heeft bovendien niet veel aan het kort geding, want als de notaris tot dienstverlening is veroordeeld is nog zeker niet uitgesloten dat de derde de opdrachtgever in rechte betreft.

Achter deze regel van het gerechtshof Amsterdam schuilt met name de wens de notaris niet te confronteren met beroepsaansprakelijkheid als hij toch de verkeerde keuze maakt. Met een rechterlijk oordeel zou hij van deze last zijn bevrijd. Deze problematiek zou echter ook anders opgelost kunnen worden door (wettelijk) vast te leggen dat een notaris uitsluitend zijn dienst moet weigeren als evident sprake

is van een beletsel, maar bij gerechtvaardigde twijfel zijn dienst moet verlenen en niet aansprakelijk is voor de gevolgen daarvan. Voor zover zijn opdrachtgever dan onrechtmatig heeft gehandeld jegens de derde dient dat opgelost te worden tussen partijen en niet met behulp van de ‘*deep pockets*’ van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de notaris.

Advies aan de opdrachtgever

De opdrachtgever doet er in de hiervoor genoemde gevallen (en andere gevallen waarin het belang van een derde in het geding is) goed aan te bedingen dat hij jegens zijn wederpartij niet gehouden is tot schadevergoeding in het geval de notaris zijn dienst weigert vanwege het belang van die derde. Nog beter is natuurlijk dat een mogelijk geschil met een derde vooraf al (schriftelijk) is geregeld. Bij een voorzienbaar probleem zal in ieder geval de nodige tijd aan de notaris gegund moeten worden om de nodige stappen te doorlopen. Bovendien zal geanticipeerd moeten worden op een eventuele dienstweigering.

Er zijn overigens meer redenen waarom ‘even naar de notaris gaan’ om in haast nog een rechtshandeling te verwezenlijken niet meer van deze tijd is. Aan de notaris is in het kader van de WWFT een poortwachtersfunctie gegeven. Hij moet waken voor witwassen en financiering van terrorisme. In dat kader zal de notaris onderzoek moeten doen naar zijn cliënten (identificatie en verificatie, onderzoek naar de UBO), risico's inventariseren (bijvoorbeeld in verband met de betrokkenheid van PEP's (personen met een prominente publieke functie)) en onderzoek doen naar het doel van de beoogde rechtshandeling. Ook daarvoor zal de notaris tijd moeten inruimen.

In een steeds jachtigere samenleving plaatst de wetgever en de jurisprudentie een rem bij de notaris. Als dat wordt opgevat als een moment van bezinning is dat een mooie functie. Wie daarvan zo weinig mogelijk last wil hebben, dient zich op de gang naar de notaris goed voor te bereiden althans de notaris niet te laat bij de voorgenomen rechtshandeling te betrekken.

Over de auteur

T.P. Hoekstra

Thijs Hoekstra is advocaat.

19 Zie over deze problematiek J.J. Dammingh, 'Profiteren van wanprestatie', *ORP* 2016/184 en N.C. van Oostrom-Streep, 'Over de positie van derden bij overeenkomsten na HR 14 juli 2017', *WPNR* 2017/7170.

20 HR 23 december 2005, *NJ* 2006/33, HR 26 januari 2007, *NJ* 2007/78, HR 8 januari 2010, *NJ* 2010,187 en 28 maart 2014, *NJ* 2014, 194.

21 Hof Amsterdam 10 mei 2011 (ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5599)

22 Zie voor een van de vele voorbeelden Rb Noord-Holland, 27 juni 2016, *NJF* 2016/369