

HC 12, 29-05-2018

De zorgplicht van een notaris valt uiteen in 2 componenten: hoe zorgvuldig moet je omgaan met de belangen van betrokkenen bij de transactie en wanneer je hebt gedaan wat je moest doen (iedereen is voorgelicht, je hebt de risico van de transactie goed ingeschat), dan is de vraag of je je ministerie kan verlenen. Art. 21 Wna zegt daarover dat je verplicht bent ministerie te verlenen. Je mag niet zomaar je diensten weigeren, omdat de ministerieplicht de tegenhanger is van het domeinmonopolie. Als je alleen bij het notariaat terecht kan, dan moet de notaris ook handelen. Dit zegt de Commissie Hammerstein. Als je diensten niet kan uitvoeren omdat je bijvoorbeeld gespecialiseerd bent, mag je doorverwijzen naar een ander, mits die ander de transactie vervolgens verricht.

Je mag diensten wel weigeren, in art. 21 lid 2 Wna staan een aantal normen. Een van de normen is:

- Je bent verplicht te weigeren indien naar redelijke overtuiging of vermoeden strijd is met recht/ openbare orde, wanneer er sprake is van een handeling met een ongeoorloofd doel of gevolg of wanneer er sprake is van andere gegronde redenen.

Je mag niet vaak je dienst weigeren, de notaris moet zo vaak mogelijk ministerie verlenen. Je kan het echter snel verkeerd doen als je weigert terwijl je wel ministerie had moeten verlenen. In de norm die hierboven genoemd is staat “andere gegronde redenen”. Dit kan van alles zijn, dat vergt een nadere invulling.

Het is een lastige beoordeling. Als je enige twijfel hebt over de toelaatbaarheid van een transactie, dan kan je bijvoorbeeld overleggen met collega’s en als je echt het gevoel hebt dat er iets niet deugt, kan je de cliënt soms afschrikken met de hoeveelheid vragen en de kosten van het onderzoek.

Een afweging kan fout zijn, dit zien we in het Yukos-arrest. Dit is een Russisch oliebedrijf met een dochtervennootschap in Nederland. De moedervennootschap is in Rusland failliet gegaan op dubieuze wijze. De geldigheid van deze faillissement stond in Nederland ter discussie, maar de door curatoren aangestelde bestuurders in de moeder wilde handelingen verrichten met betrekking tot de Nederlandse dochter. Dit ging over overdrachten, statuten wijzigen etc. Ze gingen zoeken naar een notaris en kwam terecht bij notaris Waaijer. Waaijer moest deze afweging maken: kon hij in het kader van die dubieuze faillissement de transactie laten verrichten? Hij kwam tot een oordeel na advies in te hebben gewonnen, het faillissement was geldig. Hij kreeg allerlei waarschuwingsbrieven van kantoren, maar toch heeft Waaijer de akte gepasseerd. Waaijer werd ter verantwoording geroepen bij de rechter in Hof Amsterdam. Waaijer stelde: er was een uitspraak in Nederland geweest waarbij in voorlopige voorziening het faillissement rechtsgeldig werd beoordeeld. Waaijer vond dat hij voldoende advies had ingewonnen en had de afweging gemaakt dat hij de akte kon passeren.

Je zit in een spagaat: iemand wil je voor de tuchtrechter slepen als je niet passeert en de ander doet het als je wel passeert. Het hof zei dat hij niet had mogen passeren. Waaijer had volgens het hof onvoldoende verstand van een dergelijk faillissement, zelfs terwijl hij advies had ingewonnen van een council van Russische curatoren. Als je zelf niet een afweging kan maken, dan moet je zelf een procedure beginnen en je laten veroordelen tot het nemen van ministerie. Dit dekt dan de rug van de notaris. Als de rechter dan zegt dat je je ministerie moet verlenen, dan kan je niets anders doen dan je ministerie verlenen. Als er wordt gezegd dat je je ministerie moet weigeren, dan kan je niets anders doen dan je ministerie weigeren. Maar deze manier kost tijd en geld.

Andere gegronde redenen

Art. 6 verordening. Wanneer weiger je je ministerie? Met name wanneer je de zorgplicht die je ten opzichte van je cliënt en derden in acht moet nemen niet mogelijk is.

- Groningse Huwelijkse Voorwaarden: De notaris moet waken voor misbruik door feitelijk overwicht en juridische onkunde. Op het moment dit niet lukt, het valt niet te corrigeren, dan is dit een reden voor dienstweigering. De notaris weet of vermoedt dat de inhoud van de akte in strijd is met de waarheid.

- De feiten kunnen niet met een redelijke mate van zekerheid worden vastgesteld.
 - Je wordt als notaris wel eens betrokken bij feiten waar je gek niet veel meer kan zeggen dan enig ander.
 - De notaris in Zuidlaren fungeerde een aantal jaren geleden als dominotaris. Er waren wedstrijden omtrent domino's, Domino D-Day. Notaris moest verslag doen hoeveel steentjes er zijn omgevallen met kracht van authenticiteit. Je mag dit wel doen, maar er moeten wel waarborgen zijn ingebouwd dat je dit daadwerkelijk kan vaststellen. Het systeem zou zo moeten zijn ingericht, dat je als notaris de middelen hebt zodat je met enige mate van zekerheid de feiten kan vaststellen.
- Notaris of kantoorgenoot was als partijadviseur betrokken.
 - Vaker zijn notarissen een expert op een bepaald vakgebied, het kan handig zijn als je zo'n notaris in de arm neemt. Die notaris kan fungeren als council voor een van beiden, mag je dan als algemene notaris beide partijen begeleiden? Art. 22 Verordening: nee, notaris mag dan niet meer notarieel ministerie verlenen, tenzij alle partijen ermee akkoord gaan.

Ministerie en belangen van derden

Credit Lyonnais-arrest: zorgvuldig ten aanzien de vertegenwoordiging van een van de betrokken partijen. Dat degene die tekent ook daartoe bevoegd is, dit moet notaris zich van vergewissen. De notaris kan kijken in de statuten of handelsregister en vragen om een paspoort om zeker van te zijn dat diegene ook is zoals hij beweert. Als er sprake is van volmacht, dan moet je kijken of de volmachtgever ook bevoegd is tot het verstrekken van de volmacht en of de volmachtgever is wie hij zegt dat hij is. Je kan dan de handtekening laten legaliseren, dit is een van de methoden om vast te stellen dat de handtekening echt is. Dit kan je doet door erbij te zijn bij het zetten van de handtekening of bijvoorbeeld wanneer een kandidaat dit doet.

Een handtekening kan ook echt zijn ook al ben je er niet bij. Dan moeten er wel waarborgen zijn. Zoals als de notaris vaker heeft gezien dat de cliënt zijn handtekening heeft gezet of hij heeft veel contact gehad met de cliënt, dan kan de notaris vergewissen dat de handtekening echt is.

Voorbeelden waarbij er afgevraagd kan worden of het in overeenstemming is met de zorgplicht:

- Voorkeursrecht geschonden. Bijvoorbeeld: vastgoed is verkocht aan X, maar de huidige eigenaar had eerst aan Y moeten aanbieden, dit stond in de leveringsakte, Y heeft voorkeursrecht. Moet je je ministerie weigeren?
- Anti-speculatiebeding geschonden, dit is een beding waarbij je afsprekt dat als je weer doorverkoopt binnen een bepaalde termijn, je de eventuele overwinst deelt met de oude eigenaar. Of het kan inhouden dat je niet mag doorverkopen binnen een bepaalde termijn of helemaal niet of alleen wanneer er winst wordt afgedragen. Het schenden van zo'n beding kan toch wel leiden tot een geldige transactie.
- Waarde woning dubbele van gisteren. Je moet onderzoek doen waardoor de stijging is ontstaan. Dit soort dingen zijn witwasgevoelig. Door te onderzoeken hoe de stijging te verantwoorden is, kan de notaris zich ervan vergewissen dat er geen sprake is van witwassen. Als de waardestijging niet te verklaren is, dan ga je terug naar het lijstje: ik vermoed dat er strijd is met de waarheid/ openbare orde, dat er fraude is gepleegd en dan ga ik mijn ministerie niet verlenen totdat jij mij hier voldoende over hebt geïnformeerd.
- Geen toestemming echtgenoot (art. 1:88). Je mag niet zomaar die echtgenoot benaderen, maar je kan zeggen dat die toestemming er wel moet zijn. Het kan ook zijn dat je niet weet of toestemming nodig is, zoals bij een vakantiehuisje. Net als bij de Pauliana, als je iets duidelijk paulianus is, dan werk je er niet aan mee. Maar als je eraan twijfelt, dan waarschuw je de partijen wel en dan passeer je toch. De rechter gaat uiteindelijk uitmaken of het wel of niet paulianus is. Als ik nu op de rem trap, dan gaat de akte helemaal niet door.

Wanprestatie (medewerking verlenen bij wanprestatie?)

Hof Amsterdam 17 dec 2001, WPNR 6477/2002: Gemeente Utrecht had vastgoed verkocht met de afspraak dat dit niet mag worden doorverkocht zonder de toestemming van de gemeente binnen een bepaalde periode. Er is niet aan de afspraak gehouden en is toch aan iemand anders verkocht, De notaris zag de anti-speculatiebeding. De notaris vroeg aan de gemeente of ze wilde instemmen met de overdracht. De gemeente wilde dit niet. Ze wilden wel een uitzondering maken als het verkocht wordt voor dezelfde prijs als het is aangekocht. Notaris: dit gaat niet zo, anders krijg ik de hypotheek er niet van af. Zou de notaris moeten passeren? Want ook de belangen van koper zijn belangrijk. De gemeente wilde niet dat dit gebeurde. De notaris kreeg dus brieven van de koper dat hij zijn handtekening moest zetten. De notaris deed dit. Er werd een klacht ingediend door de gemeente en deze werd door de tuchtrechter gegrond verklaard. Notaris mocht niet meewerken, omdat de notaris geen rechter is die moet kiezen tussen de koper en de gemeente. De notaris had zich moeten laten veroordelen tot ministerie door een procedure. In dit soort gevallen mag hij niet zelf beslissen, maar moet hij aansturen op een kort geding. Hoe doe je dit?

Yukos-arrest: Waaijer had medewerking verleent. Hij had tegen diegene die er niet mee eens was gezegd dat diegene een kort geding moest aanspannen voor een verbod. Hof: dit moet niet zo. Je moet tegen degene zeggen die wel wilt dat je passeert je laten aansporen tot ministerie en niet tegen mensen die niet willen dat je passeert. In de eerste plaats moet de notaris op basis van zijn eigen deskundigheid een gefundeerde afweging maken, tenzij het de expertise van de notaris te buiten gaat. Als dat zo is, dan moet je “aansturen op een rechterlijk gebod” en niet “aansturen op een rechterlijk verbod om de handelingen te verrichten”.

Novitaris-arrest: gaat over medewerking aan wanprestatie, hierbij is de civiele rechter aangezocht. Woning van Reijnders werd verkocht aan 2 zonen. Zij waren de koopprijs schuldig gebleven, ze hadden geleend van Reijnders. In de overeenkomst was gezet dat als de zonen wilden doorverkopen, dat ze het eerst moesten verkopen aan vader voor een vastgestelde prijs, met een boetebeding als deze regel wordt geschonden. De zonen willen het verkopen, maar de woning is gestegen in prijs. Het bracht veel meer op dan wanneer ze eerst zouden verkopen aan vader. Zonen willen de discussie niet aan met vader en betalen gewoon de boete. Het wordt verkocht aan Kurtjens. Novitaris verzorgt de levering. Wat vindt de tuchtrechter ervan? Zie die WPNR 6477/2002-arrest, de tuchtrechter zegt daar: het mag niet, het schaadt de eer en aanzien.

HR zegt hier: nee, de notaris heeft het hier goed gedaan. De HR wijdt vervolgens veel passages aan hoe de notaris moet handelen. HR zegt dat de notaris bij dreigende wanprestatie eerst moet vaststellen wie een sterkere recht heeft. Vader had geen sterker recht, want de koper had recht op levering, vader nog niet. Alleen wanneer een koopovereenkomst is aangeboden. Oudere rechten gaan niet voor op jongere, niet bij verbintenissenrecht (behalve als het gaat om een recht om levering, art. 3:298 BW), maar wel bij goederenrecht. HR zegt dat als het niet is verkocht aan vader, dan is er geen recht op levering en dan heeft vader geen sterkere recht dan koper. Dit is een afweging die de notaris moet maken. 2^e afweging: handelt Kurtjens onrechtmatig wegens vader? Dit is wanneer de koper misbruikt maakt van de wanprestatie en wist van het voorkeursrecht op het moment van kopen. Pas als er onrechtmatig handelen is, dan moet notaris zijn ministerie weigeren.

Wilscontrole (zorgplicht)

Iemand wilt dat jij testament passeert maar hij is niet meer volledig bij zinnen. Van de notaris wordt verlangd dat hij geen testamenten passeert voor mensen die duidelijk wilsonbekwaam zijn. Maar dit is wel moeilijk te beoordelen. De KnB heeft een stappenplan voor wilsbekwaamheid: beginnen met maken van onderscheid van verschillende rechtshandelingen: wilt hij daadwerkelijk wat hij zegt te willen? Je kan onderscheid maken met complexe en eenvoudige dingen. Het kan ook afhangen van hoe complex het is, of van wat normaal is, of van wat logisch is en niet alleen of iemand dement is.

Als het een logische beslissing is, zijn belangen worden daardoor gebaat, beter dan geen testament en dan kan ministerie toch worden verleend.

Drie scenario's:

- Duidelijk wilsonbekwaam, dan kan je niet passeren.
- Duidelijk wilsbekwaam.
- Twijfel, dan is het lastig.
 - Wat wordt van de notaris verwacht met betrekking tot de zorgplicht? Sommigen komen helder over en anderen weer warrig, wat doe je dan? Je kan een dokter/deskundige inschakelen. En wat dan? Mag de dokter de notaris daar verslag over doen? Ook wat moeilijk is, is dat je veel routes kan bewandelen, procedures en trajecten kunt uitzetten. Maar je weet vaak vrij zeker dat de persoon morgen dood is. Die traject kunnen ertoe leiden dat er daardoor geen testament komt.
 - Het kan ook zijn dat er op korte termijn een testament moet komen, moet je dan vanwege dat je ministerie verlenen? Kan je gewoon passeren? Je moet goede dossiervoering bijhouden en de beoordeling van wilsbekwaamheid vastleggen in de akte en dossier, ook in de volgende overweging, zie Hof Amsterdam 16 dec 2014, dia 29: iedereen moet een testament kunnen maken en daarin logische beslissingen voor zichzelf kunnen vastleggen. En dat het als de notaris twijfelt of die wilsbekwaamheid er is daartoe niet van houdt. Hierbij ging het om een geval waarbij iemand een eenvoudig testament wilde opmaken, wilde kinderen en broer erfgenaam maken. Het was geconstateerd dat ze warrig was maar op zich wel steeds consistent dezelfde wil presenteerde. De notaris had extra tijd genomen om ervan te vergewissen dat mevrouw dit ook echt wilde, vaak bij haar geweest, vastgelegd dat het testament wel kan worden aangetast. Hij heeft zich laten leiden door de gedachte dat als achteraf iemand toch handelingsonbekwaam was, dat je na overlijden het testament kan vernietigen. Maar als iemand achteraf wel handelingsbekwaam is en er blijkt geen testament te zijn, dan komt na overlijden het testament niet alsnog. Dus voor de zekerheid kan je bij twijfel in deze gevallen wel passeren. Als je zeker weet dat alles vernietigbaar is, dan is dat reden voor ministerie weigering. Als je twijfelt over de vernietigbaarheid, dan kan je redeneren: er is druk op de ketel, haast bij. Dan passeer ik wel en als iemand het willen aanvechten, dan kan het altijd nog. Maar als niet passeer, dan is er in elk geval niets.

HC 13, 31-05-2018, gastcollege

Vroeger waren er notarissen en die verschilden niet zo veel van elkaar, maar het landschap is nu heel erg verschillend en er zijn nu mensen bezig dit in kaart te brengen. Als je naar een notariaat kijkt zijn er 7 bedrijfsmodellen.

1. Kleine notarispraktijk in een gemeente met 40.000 inwoners. Dit is de dorpspraktijk.
2. Generieke notarispraktijk met stedelijke, regionale uitstraling.
3. Grote notarispraktijk met hoge kwaliteitsaspiraties. De solitaire kantoren
4. Notarispraktijk in transactiepraktijk in groot advocatenkantoor
5. Netwerk: samenwerkingsverband van kleinere kantoren
6. Nichepraktijk gericht op een specifieke doelgroepen hun problemen
7. Commodity kantoor met scherpe prijzen

De kanttekening hierbij is dat deze bedrijfsmodellen zagen op het notariaat van voor 2009. Na de crisis is het landschap nog gedifferentieerder geraakt. Hierdoor zijn veel notariskantoren kleiner geworden. Dit heeft tot gevolg dat veel mensen die kennis hadden uit het notariaat zijn gevloeid. Ook gingen veel kantoren samenwerken, maar dit bleef lastig. Notarissen zijn niet geschikt om samen te

werken omdat aan het eind van de streep er maar 1 de beslissing neemt als het erop aan komt. Je kan wel overleggen, maar het is jouw handtekening en jouw verantwoordelijkheid. Als het dan spannend wordt, heb je geen irritaties. Maar in de crisis zag je dat veel gefuseerde kantoren uit elkaar vielen. Wat ook door de crisis is ontstaan, is een lost generation van kandidaat-notarissen. Veel studenten konden geen baan vinden en werken nu buiten het notariaat. Notariskantoren zijn ook andere keuzes gaan maken door de verandering.

Wat is er ten goede veranderd? Vandaag de dag kan je de notaris worden die je zelf wil zijn. De Verordening beroeps-en gedragsregels horen daar ook bij. Full service hoeft niet meer, je kan je specialiseren. Specialiseren is goed, maar je moet de basis wel blijven beheersen om de cliënt goed te kunnen adviseren. Je kan je kantoor steeds meer inrichten zoals je het zelf wil.

Als je naar de staat kijkt van het notariaat; zijn er bedreigingen? In welke vorm bestaat het notariaat later? De maatschappij verandert snel en de bedreigingen komen niet zozeer van buiten maar ook van binnen in het notariaat. Wat hebben ze geleerd over de crisis? Niemand heeft het daar meer over. Notarissen nemen nu niet de tijd om te zorgen dat het notariaat niet meer instort tijdens een crisis. De prijzen staan onder druk en de cliënten zien de meerwaarde niet altijd van de notaris. Een deel daarvan is door de notaris zelf veroorzaakt.

Wat ook een gevaar is, is dat de vastgoedbubbel dreigt te gaan barsten. Er staan heel weinig huizen te koop en de huizenmarkt zit weer bijna op slot. Er is dus minder werk voor de notaris die overdrachten voorbereiden. Wat vaak als bedreiging wordt gezien, is de hele blockchain industrie. Het is een slotje wat je ergens aan smart contract kan hangen. Die is nog niet te hacken. Je kan dus informatie en gegevens bevriezen. Een notaris heeft bepaalde werkzaamheden die je door een blockchain kan vervangen. Dit kan je hangen aan bijvoorbeeld de overdracht van een registergoed. Maar de notaris heeft ook een adviserende functie wat ten opzichte van de blockchain de meerwaarde heeft.

De notaris heeft de functie van poortwachter. De notaris zal alle criminelen wel filteren. Maar de notaris heeft niet zo veel middelen in handen om daarachter te komen. Veel notarissen weten niet dat ze meewerken aan een malafide transactie. Maar wie betaalt het onderzoek? De cliënt wil wel dat de notaris opschiet. De notaris krijgt ook geen geld van de overheid om een onderzoek in te stellen. Je bent afhankelijk van derden, maar je moet de cliënten wel extra controleren.

We hebben een nieuwe gemeenschap van goederen. Je kan als je in gemeenschap van goederen wil trouwen langs de burgerlijke stand gaan en een kruisje zetten. Maar er zijn ook veel kansen voor het notariaat. Je hebt namelijk niet alleen een stoffelijke nalatenschap, maar ook een digitale nalatenschap. Je hebt een telefoon, een Facebook, cryptomunten etc. De sociale mediaclausule is doorontwikkeld naar de anti-vechtscheidingsclausule. Dan staat er een boete op het maken van een vechtscheiding.

Netwerknotarissen

Netwerknotarissen zoeken het niet in de labels, maar in de staat van de dienstverlening. Dit zijn veel verschillende soorten notariskantoren. Er is natuurlijk wel een gemene deler. De kantoren zeggen dat het zo ingewikkeld is geworden, dat je meer mensen moet spreken dan alleen de notarissen op je eigen kantoor. Onder deze naam werken ongeveer 600 notarissen. De koepelorganisatie zit in Utrecht. Netwerknotarissen ontwikkelen een kennisnetwerk, doordat de kantoren aan de kwaliteitscriteria voldoen. Dit doen ze onder meer door een eigen opleiding. Elk jaar is er een bijscholing, dat is permanente educatie. Daar kan iedereen cursussen volgen naar hun eigen interesse. Er is steeds meer aandacht voor soft skills. Hoe ga je bijvoorbeeld om met mensen die heel emotioneel of heel boos zijn? Voor de startende kandidaat-notarissen is er de junior Academie.

De netwerknotarissen krijgen beschikking over een kennisbank die deels uit de koepelorganisatie komt en deels uit praktijkcasussen. Daarmee is er eigenlijk een eigen kwaliteitssysteem ontwikkeld.