

De notaris en het Europese consumentenrecht

Mag de notaris een akte verlijden die een (mogelijk) oneerlijk beding bevat?

*Mr. E.A.L. van Emden en mr. L.H. Rijpkema**

1 Inleiding

De aanleiding voor dit artikel is een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland over de vernietigbaarheid van een beding dat is opgenomen in een notariële akte.¹ In die zaak was de notaris geen partij; de koper en verkoper van een onroerende zaak stredden onderling over de vraag of een beding uit de leveringsakte vernietigbaar was vanwege het onredelijk bezwarend karakter daarvan. De bepalingen over onredelijk bezwarende bedingen uit art. 6:231 e.v. BW vormen de codificatie van een richtlijn uit het Europese consumentenrecht.

Deze zaak riep bij ons de vraag op naar de rol van de notaris in dit soort kwesties. Mag een notaris wel overgaan tot het verlijden van een akte als die akte een beding bevat dat (mogelijk) vernietigbaar is vanwege strijd met het Europese consumentenrecht? En zo ja, welke waarschuwing respectievelijk voorlichting moet de notaris aan partijen geven voordat de akte wordt verleden? Deze vragen willen wij in dit artikel beantwoorden. Dit artikel ziet daarmee op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de notaris. Wij laten de vraag van tuchtrechtelijke aansprakelijkheid buiten beschouwing, in het besef dat het tuchtrechtelijke toetsingskader kan verschillen van het civielrechtelijke.²

Wij zoomen in dit artikel in op het gebruik van bedingen die (mogelijk) vernietigbaar zijn op grond van de richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. Waarom wij deze afbakening hanteren, leggen we uit in paragraaf 2. In paragraaf 3 worden de inhoud en werking van deze richtlijn nader geëxpliciteerd. Paragraaf 4 geeft het algemene juridisch kader voor

notariële aansprakelijkheid. Vervolgens duiden wij in paragraaf 5 de notariële akte nader. In paragraaf 6 beschrijven wij een voorbeeldcasus, die wij zullen gebruiken om de werking van de verschillende notariële verplichtingen te illustreren. Daarna gaan wij nader in op die specifieke verplichtingen. Paragraaf 7 betreft de ministerieplicht en de vraag of een notaris in de voorbeeldcasus de akte mag verlijden. Paragraaf 8 ziet op de eventuele waarschuwingsplicht van de notaris, paragraaf 9 op de notariële informatieplicht. Paragraaf 10 duidt vervolgens enige andere aspecten van het aansprakelijkheidsrecht die aan de orde kunnen komen als in de voorbeeldcasus een verdering tegen de notaris wordt ingesteld. Paragraaf 11 bevat een korte conclusie.

2 Afbakening van dit artikel: oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten

Als uitgangspunt staat het contractspartijen vrij om onderling af te spreken wat zij willen.³ Het uitgangspunt van contractsvrijheid kent echter grenzen en nuanceringen. Zo zijn er afspraken die naar hun aard niet toelaatbaar worden geacht en daarom nietig zijn.⁴ Daarnaast zijn er ook afspraken die afbreuk doen aan de bescherming die de wetgever aan een bepaalde categorie van partijen wil bieden; dan geldt vaak een vernietigingsrecht dat door de desbetreffende partij kan worden ingeroepen. Vernietigingsrechten kennen verschillende bestaansredenen en verschijningsvormen. Zo zijn er de door contractspartijen in te roepen vernietigingsgronden vanwege wilsgebreken, zoals geregeld in art. 3:44 en 6:228 BW. Daarnaast zijn er door derden in te roepen vernietigingsgronden, zoals de paulianabepalingen uit art. 3:44 BW en art. 42 en 47 Fw, die de schuldeisers van de contractspartijen beschermen.⁵ Voorts zijn er voorschriften die een (doorgaans zwakkere) con-

* Mr. E.A.L. van Emden is advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag en buitenpromovendus aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. L.H. Rijpkema is advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden) te Den Haag.

1 Rb. Midden-Nederland 22 september 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:4820.

2 Zie ter illustratie de verschillende opvattingen van de tuchtrechter en civiele rechter over de vraag of de notaris zijn ministerie mag verlenen als de verkoper door het verlijden van de akte een voorkeursrecht zou schenden: HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479 (Novitaris I) en HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, NJ 2018/192 (Novitaris II). De notariële tuchtrechter is daarop omgegaan in Hof Amsterdam (Notariskamer) 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166.

3 C.G. Breederveld-de Voogd, Notariële zorgverplichtingen bij onroerend-goedtransacties, in: G.J.C. Lekkerkerker e.a., De goede notaris, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 69 spreekt in deze context treffend over partijautonomie.

4 Zie over het verschil tussen nietigheid en vernietigbaarheid Asser/Sieburgh 6-III 2018/607 e.v.

5 Zie over de rol van de notaris daarbij R.J. de Weijs & E.J.M. van Rijkvorsel-Teeuwen, Actio pauliana en notariële aansprakelijkheid; de notaris en het rechtsverkeer gezamenlijk in het nauw, WPNR 2012, afl. 6922, p. 215-226.

tractspartij bescherming bieden tegen bedingen met een specifieke inhoud of strekking. Voorbeelden hiervan zijn art. 6:227c BW (elektronische bestelprocedures), art. 7:291 BW (huurbedingen) en art. 7:73 BW (consumentenkrediet).

Een voor de praktijk belangrijke beschermingsbepaling vormt de regelgeving voor onredelijk bezwarende bedingen, zoals opgenomen in de ‘algemene voorwaarden’-titel van het BW (art. 6:233 e.v. BW). Deze bepalingen behelzen de codificatie van de Europese richtlijn betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (hierna: de Richtlijn).⁶ De Nederlandse wettelijke regeling uit art. 6:231 e.v. BW heeft overigens een ruimere strekking dan de Richtlijn, omdat in de Nederlandse wetgeving naast consumenten ook bedrijven beschermd worden.⁷ Bijzonder is dat deze wetgeving ten aanzien van (alleen) consumenten ambtshalve door de rechter moet worden toegepast; die ambtshalve toetsing dient om de consumentenbescherming die de regeling nastreeft, te vergroten.⁸ Dit roept bij ons de vraag op of de met de Richtlijn beoogde vergaande vorm van consumentenbescherming ook een zekere uitstralende werking heeft op de notariële zorgplicht. Maakt het feit dat de rechter een beding ambtshalve op eerlijkheid moet toetsen dat te dezer zake ook meer van de notaris wordt verwacht?

3 De bescherming die door de Richtlijn wordt geboden aan consumenten

De Richtlijn beoogt consumenten als de zwakkere contractspartij te beschermen tegen (bepaalde) oneerlijke bedingen die hun bedrijfs- of beroepsmatig handelende wederpartijen hanteren. Niet alleen heeft de consument immers doorgaans minder onderhandelingsmacht, maar daarnaast beschikt hij vaak over minder informatie dan zijn bedrijfs- of beroepsmatig handelende wederpartij en heeft hij veelal geen invloed op de redactie van de door deze wederpartij opgestelde contractvoorwaarden. De Richtlijn ziet daarmee op contractvoorwaarden die zijn opgesteld door een bedrijfs- of beroepsmatige contractspartij en die door haar worden gehanteerd in een overeenkomst met een niet bedrijfs- of beroepsmatig handelende contractspartij (consument).⁹ Het gaat daarbij om standaardbedingen, dat wil zeggen om bedingen waarover niet afzonderlijk is onderhandeld en die de gebruiker heeft opgesteld met het doel om deze vaker te hanteren. Daarbij is niet doorslaggevend of ook het specifieke etiket ‘algemene voorwaarden’ voor de bedingen is gehanteerd; een modelcontract kan ook onder de werking van de Richtlijn vallen. Een relevante beperking is dat kernbedingen (mits duidelijk geformuleerd) zijn uitgezonderd van de bescherming, aldus art. 4 lid 2 van de Richtlijn en art. 6:231 BW. De achterliggende gedachte daar-

voor is dat het hart van de overeenkomst aan partijen zelf overgelaten moet worden. Voorts geldt er geen *iustum pretium*-toetsing; de rechter kan wel oordelen over (de eerlijkheid van) het onderhandelingsproces, maar treedt niet in de beoordeling van (de eerlijkheid van) het onderhandelingsresultaat.¹⁰ Kernbedingen, dus bedingen die ‘het eigenlijke voorwerp van de overeenkomst’ betreffen, vallen daarmee buiten de reikwijdte van de Richtlijn en de Nederlandse algemene-voorwaardenregeling (mits zij voldoende duidelijk zijn geformuleerd). Een vuistregel om vast te stellen of sprake is van een dergelijk kernbeding, is het stellen van de vraag of er bij het wegdenken van het specifieke beding nog een voldoende bepaalbaar contract overblijft.¹¹

In het Nederlandse recht vindt de inhoudelijke toetsing van het beding plaats via het criterium van de onredelijk bezwarendheid uit art. 6:233 BW, waarmee materieel een vergelijkbare norm als in de Richtlijn is bedoeld. Een ‘oneerlijk beding’ wordt in art. 3 lid 1 van de Richtlijn gedefinieerd als een beding dat ‘in strijd met de goede trouw, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort’. In deze norm liggen verschillende criteria besloten. Bij de vraag of sprake is van strijd met de goede trouw moet worden vastgesteld of de gebruiker van het beding er redelijkerwijs van uit kon gaan dat de consument het beding zou aanvaarden als daarover op eerlijke wijze afzonderlijk was onderhandeld.¹² Voor de vraag of het evenwicht ten nadele van de consument in aanzienlijke mate is verstoord, moet eerst worden vastgesteld wat rechtens zou zijn als het gewraakte beding niet zou gelden. Het antwoord daarop volgt uit het overeenkomstenrecht.¹³ Vervolgens moet die denkbeeldige situatie worden vergeleken met de situatie waarin het beding wel geldt. Leidt die vergelijking tot de conclusie dat sprake is van een ‘aanzienlijke verstoring’, dan is het beding oneerlijk.

Om van een aanzienlijke verstoring te kunnen spreken is overigens niet benodigd dat het beding vergaande (nadelige) financiële gevolgen voor de consument heeft. De Richtlijn bevat een indicatieve, en dus niet-limitatieve lijst van bedingen die als oneerlijk kunnen worden aangemerkt (de zogenoemde blauwe lijst). Veel van de daarop opgesomde bedingen komen terug in de zwarte lijst (art. 6:236 BW) en grijze lijst (art. 6:237 BW), waarin de Nederlandse wetgever heeft opgesomd welke bedingen hij onredelijk bezwarend acht respectievelijk onredelijk bezwarend vermoedt te zijn. Er moet hier meteen worden aangetekend dat de vraag of een beding al dan niet oneerlijk is, in veel gevallen niet eenvoudig te beantwoorden is. Zeker als het beding niet op de blauwe, grijze en/of zwarte lijst voor-

6 Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993.

7 Uit art. 6:235 BW volgt wanneer een bedrijf geen beroep kan doen op de algemene-voorwaardenregeling.

8 Dit geldt trouwens ook voor (sommige) andere Europeesrechtelijke consumentenbeschermingsbepalingen. Omwille van de omvang en leesbaarheid van dit artikel beperken wij ons echter tot deze specifieke richtlijn.

9 Mits de overeenkomst na 31 december 1994 is gesloten.

10 Zie bijv. W.M.A. Kalkman e.a. (red.), *Compendium Verzekeringsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2019, par. 5.1.3.

11 Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 6 BW, p. 1518 e.v.

12 HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164; HvJ EU 3 april 2014, ECLI:EU:C:2014:1867; HvJ EU 26 januari 2017, ECLI:EU:C:2017:60; HvJ EU 20 september 2017, ECLI:EU:C:2017:703.

13 Illustratief: HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1800, NJ 2020/68.

komt, komt het aan op een meer inhoudelijke en contextgebonden toetsing van het beding. Overigens zal ook bij bedingen die wel op de grijze lijst staan, eerst een inhoudelijke beoordeling nodig zijn voordat vastgesteld kan worden of het beding daadwerkelijk vernietigbaar is. Het bewijsvermoeden uit art. 6:237 BW is immers weerlegbaar. Kortom, het vaststellen van de vernietigbaarheid van een beding is vaak een stuk complexer dan het enkel nalopen van de blauwe, grijze en zwarte lijst als waren zij ‘afvinklijstjes’.

De Richtlijn kan door de burger niet direct worden ingeroepen, in de zin dat de Richtlijn geen horizontale directe werking heeft. Er wordt dus getoetst aan het Nederlandse recht dat de codificatie van de Richtlijn behelst, waarbij dat Nederlandse recht zo veel mogelijk richtlijnconform moet worden uitgelegd. Het Europese recht geeft daarbij extra bescherming aan de consument doordat de codificatie van de Richtlijn ambtshalve door de rechter moet worden toegepast.¹⁴ Zodra een consumentenovereenkomst onderwerp vormt van een geding, zal de rechter eigener beweging moeten beoordelen of het ingeroepen beding valt onder het bereik van de Richtlijn, en zo ja, of het beding oneerlijk is. Het feit dat de consument de geldigheid van het beding zelf niet ter discussie stelt, doet daar niet aan af; de plicht tot ambtshalve toetsing geldt bijvoorbeeld ook in verstekzaken. Wel moet de rechter daarbij het beginsel van hoor en wederhoor in acht houden en moet de gebruiker van het beding zich dus kunnen uitlaten over de eventuele oneerlijkheid van het beding.

De uit de Richtlijn afgeleide plicht tot ambtshalve toetsing rust op de rechter. Deze plicht berust op de gedachte dat het gebrek aan deskundigheid en de kosten van een procedure een belemmering kunnen vormen voor het door de consument inroepen en verkrijgen van de bescherming die de Richtlijn hem biedt.¹⁵ Om die reden moet de rechter het beding ambtshalve toetsen. Hiermee is sprake van een verplichting die rust op de Staat. Hoewel onafhankelijk, is de rechter immers onderdeel van de Staat. Hiermee is nog geen sprake van een vergelijkbare of analoge op de notaris rustende verplichting tot ambtshalve ‘toepassing’. De notaris is immers, anders dan de rechter, geen onderdeel van de Staat.¹⁶ Daarnaast kan een notaris, anders dan de rechter, de rechtspositie tussen partijen niet zelf vaststellen door bijvoorbeeld de vernietigbaarheid van een beding uit te spreken, zodat in dat opzicht ook geen sprake kan zijn van ‘toepassing’ van de Richtlijn door de notaris. Wij denken

echter dat de bijzondere bescherming die de Richtlijn aan consumenten biedt wel kan doorwerken bij de invulling van de notariële zorgplicht.

4 De notariële zorgplicht

Voor veel rechtshandelingen is de tussenkomst van een notaris wettelijk voorgeschreven. Zo kan een onroerende zaak slechts worden overgedragen of in zekerheid worden gegeven door middel van (onder meer) een notariële akte. De reden voor de verplichte notariële tussenkomst is het belang van het goed functioneren van het rechtsverkeer. Door de tussenkomst van de notaris wordt zo veel als mogelijk gerealiseerd dat bepaalde rechtshandelingen vrij zijn van juridische gebreken. Dat dient de rechtszekerheid; als uitgangspunt kan men ervan uitgaan dat een onroerende zaak die via een notaris in eigendom is verkregen, ook daadwerkelijk eigendom van de verkrijger is geworden. De notaris dient zo bij het uitoefenen van (veel aspecten van) zijn functie een algemeen belang. Dit legt dan ook bepaalde zwaarwegende verantwoordelijkheden op hem. Een aantal daarvan volgt direct uit de Wet op het notarisambt (Wna). Art. 17 lid 1 Wna bepaalt dat de notaris de belangen van de partijen met de akte met de grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigt. Hiermee wordt nadrukkelijk geen risicoaansprakelijkheid geschapen; ook de notariële zorgplicht kent zijn grenzen.¹⁷ De notariële zorgplicht uit de Wna omvat onder meer de hierna te bespreken plicht tot ministerieverlening (art. 21 Wna) en de plicht tot voorafgaande voorlichting van de partijen bij de akte (art. 43 Wna).

Naast de Wna vormt ook de rechtspraak een bron die de notariële zorgplicht invult. Er kunnen daarbij grofweg twee vormen van notariële zorgplichten worden geduid.¹⁸ Enerzijds is er de zorgplicht die strekt tot het tot stand komen van een geldige rechtshandeling. De rechtspraak leert dat een hoge mate van zorg van de notaris wordt verlangd ten aanzien van hetgeen nodig is voor het intreden van de met de akte beoogde rechtsgevolgen.¹⁹ Zo moet de notaris controleren of de akte overeenstemt met de wil van partijen, moet hij zich vergewissen van de identiteit van de partijen en moet hij vaststellen of bepaalde in de akte vermelde rechtsfeiten juist zijn (als onderdeel van zijn rechercheplicht). Anderzijds heeft de notaris ook een rechtsbeschermende functie. Zo moet de notaris de partijen bij de akte ex art. 43 Wna voorlichten over niet alleen de inhoud, maar ook de gevolgen van de beoogde akte.²⁰ Deze voorlichting moet de notaris standaard, in beginsel in alle gevallen,

14 HvJ EU 26 april 2012, ECLI:EU:C:2012:242; HvJ EU 21 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:180; HvJ EU 3 april 2014, ECLI:EU:C:2014:1857; HvJ EU 28 juli 2016, ECLI:EU:C:2016:612; HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW6135, NJ 2013/431; HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274; HR 29 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:769, NJ 2018/41.

15 HvJ EG 4 juni 2009, ECLI:NL:EU:C:2009:350.

16 Vgl. HR 24 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3192, NJ 2009/488 over de positie van de deurwaarder ten opzichte van de Staat. Zie voorts G.J.C. Lekkerkerker, *De notaris en zijn eigen waarde; een kijk op het beroep, beroepspllichten en realiteiten van het hier en nu*, in: G.J.C. Lekkerkerker e.a., *De goede notaris*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010, p. 21 e.v.

17 Illustratief is HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3762, NJ 2008/8 (Ooms/Van Tiggelen). Zie over dit arrest onder meer E.M. van Orsouw, *Beroepsaansprakelijkheid notaris: over aansprakelijkheidsdrempels en het spanningsveld tussen zorg- en geheimhoudingsplicht*, MvV 2008, afl. 2, p. 38-42. Zie over de grenzen aan de notariële zorglicht bijv. ook D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2003, p. 45 en 46.

18 Vgl. A-G Lindenberg 10 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1252, sub 4.7 e.v.

19 Zie onder meer HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095, NJ 1991/473 (CLBN/notaris T); HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198, NJ 2003/325 (Zürich/LG).

20 Wij duiden deze voorlichtingsplicht hierna ook aan als informatieplicht.

geven. Onder bijzondere omstandigheden kan zelfs een waarschuwingsplicht op de notaris rusten. Wij denken dat er een zekere volgorde geldt ten aanzien van de diverse notariële verplichtingen. De eerste vraag is of de notaris zijn medewerking wel mag verlenen aan het verlijden van de akte. Is de conclusie dat ministerieweigering geboden is, dan komen de verdere notariële plichten eigenlijk niet meer aan de orde. De notaris mag dan immers de akte niet verlijden. Is de conclusie dat de notaris in beginsel zijn ministerie wel moet verlenen, dan kan daarbij onder bijzondere omstandigheden wel een waarschuwingsplicht op hem rusten. Die waarschuwingsplicht zal vaak strekken tot bescherming van slechts één partij bij de akte en zal doorgaans ook zien op slechts bepaalde aspecten of risico's van de beoogde akte. Veel ruimer van aard is de notariële voorlichtingsplicht, die in beginsel steeds moet worden nagekomen en die geldt ten aanzien van alle partijen bij de akte.

Wij bespreken de verschillende notariële zorgverplichtingen hierna. Daarbij bespreken wij die verplichtingen naar volgorde van ingrijpendheid: eerst ministerieweigeringplicht, vervolgens waarschuwingsplicht en dan informatieplicht. Wij stellen daarbij steeds de vraag hoe het feit dat de akte een (mogelijk) oneerlijk beding bevat elk van deze notariële plichten invult. Daaraan voorafgaand is het nodig om eerst de notariële akte en de rol van de notaris daarbij nader te duiden.

5 De verschillende elementen van de notariële akte en de notariële onpartijdigheid

De wet schrijft voor aan welke eisen de notariële akte in elk geval moet voldoen om geldig te zijn en het daarmee beoogde rechtseffect tot stand te brengen. Zo bevat de Wna specifieke vormvoorschriften, zoals de eis dat de akte wordt ondertekend (art. 37 Wna) en dat daarin bepaalde personalia zijn opgenomen (art. 40 Wna).²¹ Daarnaast volgen vaak formele vereisten uit het materiële recht; zo bevatten art. 3:260 e.v. BW eisen voor de inhoud van een hypotheekakte. Veelal behelst een notariële akte echter (veel) meer dan alleen de eigen waarneming van de notaris ten aanzien van het voldoen aan de wettelijke eisen. Er wordt dan gesproken van een notariële partijakte. In zo'n akte worden dan tevens onderlinge verklaringen en afspraken van de partijen vastgelegd. Een voorbeeld vormt een leveringsakte waarin niet slechts de bepalingen zijn opgenomen die nodig zijn om eigendomsoverdracht van de onroerende zaak als zodanig tot stand te brengen, maar waarin ook afspraken die partijen in de context van hun koopovereenkomst hebben gemaakt, zijn vastgelegd. In veel gevallen hebben partijen die onderlinge afspraken zelf al gemaakt voordat zij de notaris inschakelden.²² Partijen sluiten bijvoorbeeld vaak zelf (al dan niet met bijstand van adviseurs zoals makelaars) de

koopovereenkomst en vragen de notaris pas daarna om de eigendomsoverdracht te realiseren. Veelal hebben partijen hun onderlinge afspraken dan al vastgelegd in een apart contract (wat bij de koop van woonhuizen op grond van art. 7:2 BW ook vereist is).

De notaris is op grond van art. 17 lid 1 Wna onpartijdig. Dat brengt mee dat de notaris zich in beginsel niet mag uitlaten over de wenselijkheid of realiteit van het onderhandelingsresultaat dat partijen onderling hebben bereikt.²³ Ter illustratie: als de koper en verkoper van een woonhuis de notaris vragen om het transport te verzorgen, is het niet aan de notaris om zich uit te laten over de realiteit van de uitonderhandelde koopsom. Huijgen heeft in dit kader verzocht dat de notariële inschakeling soms wat tardief lijkt; hebben partijen zich onderling gecommitteerd, dan kan de notaris slechts nog in extreme gevallen 'ingrijpen', bijvoorbeeld wanneer sprake is van een wilsgebrek.²⁴

Het onderscheid in de notariële akte tussen de eigen waarneming enerzijds en de partijverklaring anderzijds is van belang omdat de hiervoor genoemde zwaarwegende notariële verantwoordelijkheid (primair) ziet op dat deel van de akte dat ziet op de eigen waarneming van de notaris en het voldoen aan de vormvereisten.²⁵ Ten aanzien van de in de notariële akte vastgelegde partijafspraken heeft de notaris echter wel degelijk ook een zekere zorgplicht. Dit houdt onder meer verband met de bijzondere deskundigheid die de notaris, als jurist, heeft. Van hem wordt bijvoorbeeld verwacht dat hij zorg draagt voor de juridische duidelijkheid van de akte en dat hij partijen desgevraagd behulpzaam is bij de redactie van hun onderlinge afspraken.²⁶ Er rust dus een zekere 'redactieplicht' op de notaris.²⁷ Hebben partijen echter zelf al afspraken gemaakt, dan moet de notaris die afspraken wel als uitgangspunt nemen bij het redigeren van de partijverklaring in de akte. Evidente omissies, onduidelijkheden of tegenstrijdigheden in het door partijen gesloten contract zal de notaris aan de orde moeten stellen, maar verder vormt de reeds gemaakte partijafpraak de leidraad voor het vormgeven van de partijverklaring.

Gesignaleerd moet worden dat bepalingen die zich mogelijk als oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn laten duiden, in (praktisch) alle gevallen zullen voorkomen in dat deel van de notariële akte dat de partijverklaring bevat. Dat deel van de akte dat de eigen waarneming van de notaris bevat, is immers

21 Zie over de eisen waaraan de notariële akte moet voldoen uitvoeriger J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 66.

22 Dat hoeft natuurlijk niet steeds zo te zijn. Zo is het in de Amsterdamse vastgoedpraktijk gangbaar dat de notaris betrokken is bij het koopcontract en kunnen partijen er in allerlei andere situaties voor kiezen om de notaris behulpzaam te laten zijn bij het vastleggen van de gemaakte en/of nog nader te maken afspraken.

23 Vgl. W.G. Huijgen, *Notariaat en integriteit*, *Bouwrecht* 2009, p. 221.

24 W.G. Huygen, annotatie bij Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:, 1407; JBN 2014/78. Zie ook Lekkerkerker 2010, p. 36, die schrijft dat waar partijen zich reeds contractueel hebben vastgelegd, de voorlichting door de notaris nog maar weinig aan de gedachtevorming kan bijdragen.

25 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 188-189 en Breederveld-de Voogd 2010, p. 113.

26 Zie over de rol van de notaris bij een notariële partijakte uitvoeriger Melis & Waaijer 2012, hoofdstuk 77.

27 Zie over deze redactieplicht bijv. Melis & Waaijer 2012, p. 125; Breederveld-de Voogd 2010, p. 88; Hof Amsterdam 6 maart 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC8301.

geen afspraak tussen partijen (en dus in beginsel ook geen beding). Vooral wanneer partijen tevoren partijafspraken hebben gemaakt die zijn vastgelegd in een door de wederpartij van de consument opgesteld contract, rijst de vraag welke zorgplicht te dezer zake dan op de notaris kan rusten.

6 Voorbeeldcasus en de positie van de consument daarin

Wij zullen hierna de te onderscheiden notariële zorgplichten behandelen en daarbij de vraag stellen hoe die uitpakken wanneer een (mogelijk) oneerlijk beding is opgenomen in het contract dat partijen al sloten. Wij gebruiken daarvoor een voorbeeld dat wij ontleen aan de in de inleiding aangehaalde uitspraak. Het gaat dan om een koopovereenkomst tussen een koper die consument is en een verkoper die bedrijfsmatig handelt, en waarbij het koopcontract door de verkoper is opgesteld. In dat koopcontract wordt een aantal verplichtingen op de koper gelegd, die hij krachtens een kettingbeding moet doorgeven aan een opvolgende verkrijger. Het contract bevat een boetebeding dat bepaalt dat bij schending van genoemde verplichtingen een boete door de koper wordt verbeurd.

Boetebedingen staan op de blauwe lijst van de Richtlijn en zijn niet toelaatbaar als daarmee op de consument de plicht wordt gelegd tot betaling van een 'onevenredig hoge schadevergoeding'. Of sprake is van een onevenredig hoge schadevergoeding, vergt een contextafhankelijke beoordeling. Daarbij zijn onder meer van betekenis de aard van de overeenkomst, de hoogte van de boete en de mogelijke cumulatie van het boetebeding met andere bedingen uit de overeenkomst.²⁸ Kortom, men kan niet simpelweg vaststellen dat een boetebeding ontoelaatbaar of toelaatbaar is. Wat dat betreft is de situatie dus ingewikkelder dan wanneer het zou gaan om een beding dat is opgenomen op de zwarte lijst en waarvan de onredelijk bezwarendheid respectievelijk oneerlijkheid direct duidelijk is. Een voorbeeld van zo'n duidelijker geval vormt een beding dat aan een consument het recht op opschorting ontnemt; zo'n beding is op grond van art. 6:236 sub c BW simpelweg niet toegestaan.

Bij de bespreking van de diverse notariële verantwoordelijkheden is voorts relevant om te bepalen wat de rechtspositie van de consument is na het verlijden van de akte. De consument heeft een vernietigingsrecht indien sprake is van een onredelijk bezwarend respectievelijk oneerlijk beding (ook als dat beding is opgenomen in een notariële akte). Dat vernietigingsrecht is weliswaar aan verjaring onderhevig, maar die verjaringstermijn neemt op grond van art. 3:52 lid 1 sub d jo. art. 6:235 lid 4 BW pas aanvang nadat de gebruiker het beding daadwerkelijk heeft ingeroepen. In concreto: eerst nadat de gebruiker het boetebeding inroept, start de driejaarstermijn die de consument heeft om het beding te vernietigen. Dat is relevant, omdat dit bete-

kent dat het verlijden van de akte door de notaris de consument dus niet per definitie benadeelt. Het verlijden van de akte doet geen afbreuk aan het vernietigingsrecht als zodanig. Aantekening verdient voorts dat het hier gaat om de vernietigbaarheid van het specifieke beding, maar niet om de vernietigbaarheid van de volledige overeenkomst. Vernietiging van een oneerlijk boetebeding laat de verdere koopovereenkomst onaangetast.

7 Ministerieplicht: mag de notaris een akte die een mogelijk oneerlijk beding bevat, verlijden?

Als uitgangspunt rust op grond van art. 21 Wna op een notaris een ministerieplicht. Als de notaris door partijen wordt gevraagd om de akte te verlijden, dan moet hij daartoe overgaan. Art. 21 lid 2 Wna kent hierop een uitzondering en bepaalt wanneer de notaris zijn ministerie juist moet weigeren.²⁹ Dit is het geval als de notaris de redelijke overtuiging of het vermoeden heeft dat hem wordt gevraagd om een akte te verlijden die leidt tot (a) strijd met het recht of (b) de openbare orde, wanneer het gaat om een handeling met (c) een kennelijk ongeoorloofd doel of gevolg, of (d) wanneer de notaris andere gegronde redenen voor weigering heeft. Met die laatste categorie wordt onder meer gedacht aan de situatie dat een partij door een geestelijke stoornis haar wil niet kan bepalen.³⁰ In de THB-arresten ging het om de vraag of een notaris zijn ministerie moest weigeren bij mogelijk paulianeuze handelingen.³¹ De Hoge Raad zet in die uitspraken de ministerieplicht voorop. Geoordeeld werd dat alleen als de notaris zonder (uitvoerig) nader onderzoek al duidelijk moet zijn dat met zijn akte paulianeus handelen wordt gefaciliteerd, hij op de rem moet trappen.³² In de Novitaris-uitspraken heeft de Hoge Raad zich weer uitgelaten over de ministerieplicht.³³ Het ging daar om de vraag of de notaris medewerking mag verlenen aan het verlijden van een akte als daardoor een voorkeursrecht van een derde dreigde te worden gefrustreerd. De Hoge Raad onderkent dat de notaris een zorgplicht kan hebben jegens derden en vergt daarom dat de notaris over de dreigende schending van belangen van derden met de partijen bij de akte overlegt. Onder omstandigheden kan in dit kader ook van de notaris worden gevergd dat hij eerst nader onderzoek doet naar het geoorloofde karakter van de transactie voordat hij tot ministerieverlening besluit. Een absolute plicht om ministerie te weigeren vanwege (dreigende schending van) het belang van de derde werd echter door de Hoge Raad niet aangenomen. Ook in uit-

29 Zie over de ministerieplicht en de uitzondering daarop uitvoeriger Melis & Waaijer 2012, hoofdstuk 44.

30 Kamerstukken II 2009/10, 23706, nr. 3, p. 219-220 en 225 e.v. (MvT). Zie voor de vraag hoe de notaris moet omgaan met mogelijke wilsonbekwaamheid ook het KNB Stappenplan Wilsonbekwaamheid.

31 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.

32 Zie hierover De Weijts & Van Rijkevorsel-Teeuwen 2012.

33 HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831, NJB 2015/746 (Novitaris I); HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850, NJ 2018/192 (Novitaris II). Zie over het eerstgenoemde arrest onder meer S. Perrick, De ministerieplicht van de notaris wordt door de Hoge Raad gefundeerd op de civielrechtelijke positie van zijn cliënt, MvV 2015, afl. 12, p. 355-361.

28 Zie ook HvJ EU 30 mei 2013, ECLI:EU:C:2013:341; HvJ EU 21 april 2016, ECLI:EU:C:2016:283. Zie over de ambtshalve toetsing van boetebedingen ook het LOVCK-rapport Ambtshalve toetsing III (2018), p. 34 e.v.

spraken over speculatieve grondtransacties lijkt het primaat bij de ministerieplicht te worden gelegd.³⁴ Kortom, ministerieweigering is slechts in zeer uitzonderlijke situaties geboden.

Wat nu als de notaris wordt gevraagd om een leveringsakte te verlijden waarin als partijafsprake verplichtingen met een daaraan gekoppeld boetebeding op de consument worden gelegd zoals in de voorbeeldcasus? De weigeringsgronden sub a en b lijken hier niet aan de orde. Weliswaar zou de inhoud van de afspraak strijdig kunnen zijn met de wet (meer specifiek art. 6:233 e.v. BW), maar dat maakt het verlijden van de akte als zodanig nog niet strijdig met de wet. Anders gezegd, conform art. 3:40 lid 2 BW is bepalend dat het verrichten van de rechtshandeling zelf – dus het verlijden van de akte – verboden moet zijn. Daarvan is in dit voorbeeld geen sprake.³⁵ Het verlijden van de akte is volgens ons evenmin in strijd met de openbare orde. Niet gezegd kan worden dat het verlijden van een akte met deze inhoud strijdig is met de fundamentele beginselen die wezenlijke belangen van de samenleving betreffen en die vorm geven aan grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunen.³⁶ De weigeringsgrond sub c lijkt ook niet toepasselijk. Deze weigeringsgrond ziet op handelingen met een kennelijk ongeoorloofd doel of gevolg. Hierbij wordt bijvoorbeeld gedacht aan het verlenen van medewerking aan strafrechtelijk laakbare handelingen of handelingen die opzettelijk niet de ware intenties van partijen openbaren, maar enkel tot doel hebben om een bepaalde schijn te wekken. Als voorbeeld is genoemd het opstellen van een samenlevingsovereenkomst met het doel om een verblijfsvergunning te verkrijgen, terwijl in werkelijkheid geen sprake is van een affectieve relatie.³⁷ Een ander voorbeeld vormt de situatie waar evident gebruik werd gemaakt van een stromanconstructie.³⁸ De vraag is dus of de ‘andere weigeringsgrond’ sub d toepassing vindt. Wij denken dat dit niet snel het geval zal zijn. Het enkele feit dat een bepaald beding uit de in de notariële akte vastgelegde partijafspraken mogelijk, of zelfs zeker, vernietigbaar is, maakt volgens ons nog niet dat de notaris de akte helemaal niet meer zou mogen verlijden. Dat is slechts anders als er (zwaarwegende) bijkomende redenen zijn om ministerie te weigeren. Gedacht kan wellicht worden aan de situatie dat de notaris, mede op basis van de aan hem voorgelegde partijafspraken, de overtuiging krijgt dat werkelijk misbruik wordt gemaakt van de consument. Dergelijk misbruik kan namelijk wel een reden voor ministerieweige-

ring zoals bedoeld in de d-categorie behelzen. Van dergelijk misbruik kan echter in de voorbeeldcasus nog niet worden gesproken en de enkele onevenwichtigheid of onredelijkheid van de gemaakte partijafsprake zal naar onze mening onvoldoende zijn om tot die kwalificatie te komen. Kortom, volgens ons maakt het feit dat een partijafsprake die in de notariële akte opgenomen moet worden en een (mogelijk) vernietigbare bepaling bevat nog niet dat de notaris daarom moet weigeren om de akte te verlijden.

8 Notariële waarschuwingsplicht

Als de notaris in de voorbeeldcasus de akte in beginsel moet verlijden, is het dan wellicht aan hem om de consument klemmend af te raden om akkoord te gaan met de akte, althans hem indringend te waarschuwen voor het (mogelijk) oneerlijke karakter van de daarin vervatte bepalingen? Anders gezegd, heeft de notaris een waarschuwingsplicht? Wij tekenen meteen aan dat een notariële *waarschuwingsplicht* wat anders is dan de hierna te bespreken notariële *informatieplicht*. Voorlichten/informereren is neutraal van karakter; er wordt informatie verstrekt over bepaalde aspecten zonder dat daarbij stelling wordt genomen over de wenselijkheid daarvan. Waarschuwen is meer sturend van aard; waarschuwen behelst het meer indringend benadrukken van bepaalde (mogelijk) negatieve aspecten van een voorgenomen handeling, waarmee een uitspraak wordt gedaan over de onwenselijkheid van die voorgenomen handeling.³⁹

Hiervoor werd al aangetekend dat de notaris op grond van art. 17 Wna onpartijdig moet zijn. Onpartijdigheid staat naar haar aard op gespannen voet met waarschuwen. Door een partij te waarschuwen voor (mogelijk) negatieve effecten van een door de andere partij voorgestelde bepaling neemt de notaris als het ware stelling tegen die partij. Dat verklaart waarom de notariële waarschuwing slechts in meer uitzonderlijke gevallen (toegelaten en) geboden is.⁴⁰ In deze context wordt wel gesproken over ‘compenserende partijdigheid’.⁴¹ De notaris is in beginsel onafhankelijk, maar in gevallen waarin er sprake is van een zodanige ongelijkheid tussen partijen waardoor (wezenlijke) onevenwichtigheid kan ontstaan, en daardoor sprake kan zijn van (machts)misbruik, moet de notaris het evenwicht als het ware herstellen door de zwakkere partij van nadere informatie te voorzien en die informatie op een meer sturende wijze te verstrekken. Hierbij wordt gedacht aan situaties van emotionele afhankelijkheid, gebrekkige verstandelijke ontwikkeling of een gebrek aan financiële of juridische deskundigheid van een van de partijen.⁴² Omstandigheden die hierbij een rol spelen, zijn onder meer de aard van de verstrekte opdracht, de aard en het belang van de beoogde transactie, de aard en omvang van de daaruit voortvloeiende gevolgen, de hoedanig-

34 Hof Amsterdam (Notariskamer) 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1407; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9521. Zie eerder al Hof Amsterdam (Notariskamer) 14 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:15. Zie ook Brederveld-de Voogd 2010, p. 90 e.v. In Hof Amsterdam 21 januari 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:85 werd overwogen dat de notaris in een dergelijke situatie zijn ministerie moest verlijden. Dit arrest is vernietigd in HR 1 oktober 2021, ECLI:NL:HR:2021:1422, maar die vernietiging berust alleen op een motiveringsgebrek in het arrest van het hof (onderdeel VI van de cassatieklacht).

35 Zie ook Brederveld-de Voogd 2010, p. 88 e.v.

36 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2018/345.

37 Melis & Waaijer 2012, p. 44.

38 Rb. Gelderland 19 oktober 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:6091.

39 Zie over het verschil tussen waarschuwen en informeren ook E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.5.

40 Vgl. Brederveld-de Voogd 2010, p. 117.

41 Melis & Waaijer 2012, p. 30; Boks 2003, p. 80.

42 Lekkerkerker 2010, p. 35.

heid, ervaring en deskundigheid van de partijen, en de mate waarin partijen zelf (partijdige) bijstand van adviseurs ontvangen. In geval van dreigend misbruik vanwege een dergelijke factor moet de notaris door waarschuwing ‘in actie’ komen tot het herstel van het evenwicht tussen partijen dat op vergaande en oneerlijke wijze dreigt te worden verstoord.

Een notariële waarschuwingsplicht wordt in de praktijk slechts met een zekere terughoudendheid aangenomen.⁴³ Het bekendste voorbeeld vormt het Huwelijks voorwaarden-arrest.⁴⁴ Het ging daar om een echtpaar waarbij de man zelf notaris van beroep was en dus specifieke juridische deskundigheid had, en de vrouw huisvrouw was zonder relevante juridische deskundigheid. Partijen overwogen, op initiatief van de man, wijziging van hun huwelijks vermogensregime op een wijze die (vooral) in het voordeel van de man zou zijn.⁴⁵ De man had behoorlijke schulden en de vrouw had een relevant eigen vermogen. Na de wijziging van het huwelijks vermogensregime zou de vrouw het risico lopen dat haar vermogen aangesproken werd voor de schulden van de man. De betrokken notaris was op de hoogte van zowel de hoedanigheid en deskundigheid van beide echtelieden als hun financiële situatie. Juist vanwege het kenbare gebrek aan evenwicht in deskundigheid tussen beide partijen werd hier van de notaris gevraagd dat hij de zwakkere partij – de vrouw – waarschuwde voor de negatieve gevolgen die het wijzigen van het huwelijksvermogensregime voor specifiek haar kon hebben. Een notariële waarschuwingsplicht wordt soms ook aangenomen als het gaat om zeer risicovolle beleggingen, zoals bij het verstrekken van een (omvangrijke) lening zonder dat daarvoor adequate zekerheid wordt gesteld.⁴⁶ Het enkele feit dat een speculatieve transactie wordt beoogd, maakt echter nog niet dat de notaris moet waarschuwen.⁴⁷ In de (feiten)rechtspraak waarin een notariële waarschuwingsplicht werd aangenomen, lijkt een rol te spelen dat wanneer een transactie zeer onevenwichtig of risicovol lijkt, er impliciet lijkt te worden aangenomen dat misbruik wordt gemaakt van de onkunde van de partij die dat risico aangaat. Het wordt dan, onder omstandigheden, aangewezen dat de notaris expliciet op dat risico wijst en in dat opzicht een waarschuwing geeft. Zelf zouden wij dit soort situaties overigens eerder onder de notariële voorlichtingsplicht scharen, waarover hierna meer.

Betekent het enkele feit dat de in de voorbeeldcasus bedoelde akte een beding zou bevatten dat (mogelijk) vernietigbaar is, dat de notaris de consument hiervoor moet waarschuwen? Wij betwijfelen dat sterk. In de eerste plaats denken wij namelijk

dat de notariële waarschuwingsplicht slechts kan bestaan als er sprake is van een ernstige onevenwichtigheid tussen partijen die het vermoeden van misbruik rechtvaardigt. De Hoge Raad rechtvaardigt in het hiervoor besproken Huwelijks voorwaarden-arrest de waarschuwingsplicht vanwege het in die zaak blijvende ‘misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht’. Het enkele feit dat een door de professionele verkoper opgesteld contract een boetebeding bevat, is volgens ons niet voldoende om aan te nemen dat sprake is van een dergelijk misbruik. Daarnaast zal het hanteren van het beding de consument ook niet per definitie wezenlijk benadelen. De consument heeft ook na het verlijden van de akte immers zijn vernietigingsrecht. Als de rechter het beding in het concrete geval vernietigbaar acht, dan wordt de consument beschermd. Vindt de rechter het beding niet vernietigbaar, dan is de consument in beginsel niet slechter af. Wij vinden dus dat het enkele feit dat de voorgenomen akte een (mogelijk) vernietigbaar beding bevat, als zodanig nog geen notariële waarschuwingsplicht in het leven roept. Daarvoor zijn aanvullende omstandigheden nodig die zodanig zwaarwegend van aard zijn dat gesproken kan worden van een (voor de notaris kenbaar) dreigend misbruik van de consument.

9 Notariële informatieplicht

Art. 43 Wna verplicht de notaris om de voor hem verschenen partijen te informeren over de zakelijke inhoud van de akte en zo nodig over de gevolgen die daaruit voor (één van) hen kunnen voortvloeien.⁴⁸ Achtergrond van deze bepaling is dat de notaris voordat hij de akte verlijdt, moet verifiëren dat de partijen begrijpen wat de voorgenomen rechtshandeling inhoudt en wat de (directe) gevolgen daarvan zijn, zodat partijen weloverwogen akkoord kunnen gaan met de akte.⁴⁹ Men zou hier van een *informed consent*-norm kunnen spreken. Deze voorlichtingsplicht ziet primair op de (zakelijke) inhoud en gevolgen van die bepalingen die de rechtshandeling zelf betreffen. Bij een beoogde levering zal de notaris dus in elk geval aan de partijen moeten uitleggen dat de akte inhoudt dat de specifieke onroerende zaak tegen een bepaalde prijs per een bepaalde datum in eigendom overgaat. Het is niet benodigd dat de notaris ook steeds alle randvoorwaarden die in de partijverklaring zijn opgenomen, uitvoerig aan partijen toelicht. Ook de plicht van de notaris om de gevolgen van het verlijden van de akte aan partijen voor te houden, kent grenzen. Zo hoeft de notaris partijen bijvoorbeeld niet te informeren over aspecten waarmee hij hen reeds bekend mag veronderstellen;⁵⁰ art. 43 Wna verplicht tot voorlichting ‘zo nodig’. De notaris moet de in het oog springende juridische risico’s die direct zijn verbonden aan het verlijden van de akte aan partijen benoemen. Het gaat daarbij om reële risico’s die voor de notaris direct kenbaar en

43 Aldus ook H.J. Delhaas & L.C. Dufour, Invulling van de norm waaraan een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris moet voldoen, MvV 2018, afl. 3, par. 5.

44 HR 20 januari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD0586, NJ 1989/766.

45 De gemeenschap van vruchten en inkomsten werd gewijzigd in een algemene gemeenschap van goederen.

46 Zie bijv. de uitspraken die zijn genoemd in Delhaas & Dufour 2018, par. 5.

47 HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3762, NJ 2008/8 (Ooms/Van Tiggelen).

48 Vgl. A.T. Bolt & J. Spier, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (Preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1996, p. 132.

49 Vgl. Boks 2003, p. 54.

50 Zie HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557, NJ 1993/188 en bijv. ook Rb. Midden-Nederland 30 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3030, NJF 2014/436.

voorzienbaar zijn.⁵¹ De notaris hoeft dus niet ongevraagd een (nagenoeg) uitputtend advies te geven over alle denkbare gevolgen van het verlijden van de akte. Evenmin hoeft de notaris eigener beweging allerhande aspecten die mogelijk relevant zijn voor de onderliggende transactie te onderzoeken.⁵² Een notaris hoeft bijvoorbeeld niet ongevraagd na te gaan of wat in de partijverklaring is opgenomen over de gebruiksmogelijkheden van het pand in lijn is met het bestemmingsplan.⁵³ De verantwoordelijkheid van de notaris houdt in beginsel op waar een geldige, onaantastbare rechtshandeling tot stand komt.⁵⁴ Daarbij komt ook het meer praktische argument dat de vergoeding die de notaris ontvangt voor het verlijden van de akte niet voldoende is om de kosten te dekken die zijn verbonden aan het maken van een zeer uitvoerige juridische analyse van alle denkbare gevolgen en scenario's. Het spreekt voor zich dat de precieze invulling van de voorlichtingsplicht uiteindelijk afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan allerhande factoren, zoals de hoedanigheid en deskundigheid van partijen, de aard en complexiteit van de voorliggende transactie en de kenbaarheid, aard en omvang van de risico's.

Moet een notaris in de voorbeeldcasus de consument wijzen op het mogelijk vernietigbare karakter van een boetebeding? Hiertegen pleit dat het gaat om een randvoorwaarde en niet om de kern van de koopovereenkomst. Toch denken wij dat in deze situatie onder omstandigheden wel een zekere voorlichtingsplicht op de notaris kan rusten. Een boetebeding legt een financiële verplichting op de consument-koper, die zich gedurende vele jaren na het verlijden van de akte nog kan doen gelden. De gevolgen van het inroepen van het boetebeding kunnen groot zijn. Een boetebeding is niet evident ontoelaatbaar, maar staat wel op de blauwe lijst, terwijl de (on)toelaatbaarheid van dit type bedingen de laatste jaren ook relatief veel aandacht heeft gekregen in de rechtspraak.⁵⁵ Wij vinden hierbij ook van belang dat de blauwe, grijze en zwarte lijst op zich eenvoudig en snel raadpleegbaar zijn. Het is niet zeer bewerkelijk of kostenverhogend om aan de hand van de lijsten in elk geval een eerste controle uit te voeren op de inhoud van de partijafspraken. Het is daarbij niet aan de notaris om definitief uitsluitsel te geven over de vernietigbaarheid van een beding. In veel gevallen zal daarover tevoren ook niet met zekerheid een uitspraak kunnen worden gedaan, omdat ook de notaris veelal niet zal kunnen voorzien hoe de rechter een beding uiteindelijk bij een contextgebonden beoordeling waardeert. Wel lijkt denkbaar dat de rechter van de notaris verwacht dat hij partijen in elk geval wijst op het feit dat een door hen gemaakt

te partijafpraak voorkomt op de blauwe, grijze en/of zwarte lijst en dat dit mogelijk tot vernietigbaarheid leidt. Een dergelijke voorlichting past ook bij de rol van de notaris als juridisch deskundige en als voorlichter van partijen. Het gaat dan om een signalering door de notaris over het feit dat een beoogd beding mogelijk vernietigd kan worden. Partijen kunnen dan vervolgens zelf bezien of zij in dat licht een andere afspraak willen maken, en worden voorts alert gemaakt op de mogelijke gevolgen van handhaving van het beding. Deze vorm van voorlichting is neutraal van karakter, zodat de notariële onpartijdigheid niet in het gedrang komt.

Aanzienlijk verdergaand is het om tevens van de notaris te verwachten dat hij naast het uitvoeren van een eerste check aan de hand van de blauwe, grijze en/of zwarte lijst ook verder nagaat of het beding anderszins mogelijk als oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. Er is dan immers sprake van een veel inhoudelijkere toetsing van de juridische houdbaarheid van de overeenkomst dan het enkele nalopen van de diverse lijsten. Het is dan voor een notaris (nog) lastiger om tevoren vast te stellen of er in de toekomst mogelijk een vernietigingsberoep gedaan kan worden. Wij denken dat er alleen dan een dergelijke meer uitvoerige notariële onderzoeks- en voorlichtingsplicht kan worden aangenomen als zeer in het oog springend is dat het beding als oneerlijk respectievelijk onredelijk bezwarend aangemerkt zou kunnen worden. Wij denken hierbij aan zeer onevenwichtige bepalingen waaraan een notaris direct, zonder uitvoerig literatuur- of rechtspraakonderzoek, kan zien dat de geldigheid van het beding in de toekomst een reëel discussiepunt kan worden. De notariële informatieplicht vindt volgens ons in elk geval zijn grens als het gaat om bedingen waarvan de (mogelijke) vernietigbaarheid niet vrij evident is. Men kan van een notaris immers niet verlangen dat hij ongevraagd een uitvoerige juridische analyse van de partijafspraken maakt, waar zijn opdracht welbeschouwd alleen strekt tot het verlijden van de samenhangende akte.

Ingewikkeld is de situatie waarin de partijen niet alle zelf bij de notaris verschijnen om de akte te laten verlijden. Een partij kan een volmacht aan een ander verstrekken om de akte buiten haar aanwezigheid te laten verlijden. Hiervoor is een gelegaliseerde volmacht vereist, waarbij de notaris die de handtekening op de volmacht legaliseert wel een zekere voorlichting moet geven over de inhoud van de akte waarop de volmacht ziet.⁵⁶ De legaliserende notaris placht echter geen volledige voorlichting zoals bedoeld in art. 43 Wna te geven. In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat de partij die bij volmacht verschijnt, zelf het risico neemt dat zij minder goed kan worden voorgelicht door de notaris.⁵⁷ In hoeverre de notaris die is ingeschakeld om de akte te verlijden dan toch nog nadere voorlichting aan de niet-verschijnende partij dient te geven, is sterk contextafhankelijk. In meer uitzonderlijke omstandighe-

51 Vgl. Rb. Rotterdam 10 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO6440.

52 Vgl. Hof Leeuwarden 24 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX2696.

53 Vgl. Hof Amsterdam 12 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1849; Rb. Rotterdam 24 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:6012; Rb. Arnhem 10 oktober 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY0809; zie ook Boks 2003, p. 180.

54 Boks 2003, p. 54 e.v.

55 Getuige ook de aandacht voor dit type bedingen in de LOVCK-rapporten Ambtshalve toetsing.

56 Vgl. Melis & Waaijer 2012, p. 281.

57 Kamerstukken II 1996/97, 23706, nr. 12, p. 36-37 (NV). Zie ook Hof Amsterdam 22 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1407.

den wordt van de notaris gevergd dat hij toch nog zelf contact zoekt met de niet-verschijnende partij om te onderzoeken of haar wil inderdaad strookt met de inhoud van de akte.⁵⁸ Blijkt echter uit de beschikbare informatie dat de partij adequaat is geïnformeerd over de inhoud en relevante gevolgen van de voorgenomen akte, dan kan de notaris de akte in elk geval zonder nadere actie verlijden. Toegepast op onze voorbeeldcasus zal dus onder meer van belang zijn of uit de beschikbare informatie volgt of de bij volmacht verschijnende consument al geweest is op het mogelijk vernietigbare karakter van het boetebeding. Is dat het geval, dan lijkt er in elk geval geen zinvol doel te worden gediend door het door de notaris herhalen van die al bekende informatie.

10 Fout, maar ook aansprakelijkheid?

Het handelen van de notaris wordt, zoals steeds bij beroepsaansprakelijkheid, getoetst aan de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot. Hierbij is sprake van een schuldaansprakelijkheid, die telkens contextafhankelijk wordt beoordeeld. Neemt men aan dat de notaris in de concrete omstandigheden anders had moeten handelen dan hij feitelijk heeft gedaan, zodat sprake is van een beroepsfout,⁵⁹ dan is zijn aansprakelijkheid daarmee nog niet gegeven. Aansprakelijkheid vergt naast een fout ook causaal verband en schade. Deze vereisten worden beoordeeld via de vermogensvergelijking: in welke situatie had de eiser zich bevonden in het hypothetische geval dat de notaris anders had gehandeld? De aard van de fout bepaalt mede welke schade in het hypothetische geval geclaimd kan worden. Wordt aangenomen dat de notaris in de voorbeeldcasus zijn ministerie had moeten weigeren, dan bestaat het hypothetische scenario eruit dat geen levering had plaatsgevonden. Alle nadelen, maar ook alle voordelen, die het verkrijgen van de eigendom dan met zich mee heeft gebracht voor de consument moeten daarbij in de schadebegroting worden betrokken. Daarbij is denkbaar dat niet alle schade nog in redelijkheid aan de fout kan worden toegerekend (vgl. art. 6:98 BW). Bestaat de fout uit het achterwege laten van een waarschuwing, dan zal eerst bepaald moeten worden of in het hypothetische geval dat gewaarschuwd was, de akte ook zou zijn verleden. Nu een waarschuwingsplicht specifiek is gericht op het bieden van bescherming tegen de verwezenlijking van een bepaald risico, zou dan mogelijk een bewijsvermoeden (zoals de omkeringsregel) toegepast kunnen worden. Bestaat de fout uit het niet informeren van de consument, dan zal de consument in beginsel 'vol' moeten bewijzen dat hij in geval van nadere notariële informatieverstrekking de akte niet had laten verlijden. In al deze gevallen is maar de vraag of de consument in het hypothetische geval wel onder zijn verplichting tot het laten verlijden van de akte uit kon komen. In dit voorbeeld was immers reeds voor de inschakeling van de notaris een bindende koopovereenkomst tot stand gekomen, die de

consument-koper tot afname verplichtte. Het enkele feit dat de koopovereenkomst (mogelijk) vernietigbare bepalingen bevat, geeft de koper nog geen recht om de koopovereenkomst als geheel te vernietigen of te ontbinden. Voorts blijft het vernietigingsrecht van de consument in stand. Nadelige gevolgen die hij ondervindt van het boetebeding kan hij dus mitigeren door de vernietigbaarheid van dat beding in te roepen. De consument zal in dat geval mogelijk niet de boete, maar alleen de kosten die zijn verbonden aan het debat over de vernietiging van het boetebeding als schade kunnen claimen. Kortom, zelfs als de conclusie zou zijn dat de notaris in het concrete geval niet voldoende zorgvuldig heeft gehandeld, is zijn aansprakelijkheid geen automatisme.

11 Conclusie

Het feit dat een beoogde notariële akte een beding bevat dat (mogelijk) vernietigbaar is op grond van (de codificatie van) de Richtlijn, maakt volgens ons niet dat de notaris zijn ministerie moet weigeren of een waarschuwing moet doen uitgaan. Wel zal er mogelijk onder omstandigheden van de notaris worden gevergd dat hij de partijen informeert over de (mogelijke) vernietigbaarheid van het beding. Zo'n informatieplicht ligt wat meer voor de hand wanneer het gaat om bedingen die voorkomen op de blauwe, grijze en/of zwarte lijst. Het is immers betrekkelijk eenvoudig voor de notaris om de inhoud van de voorgenomen partijverklaring naast die lijsten te leggen en zo een eerste check uit te voeren. Gaat het om (mogelijk) vernietigbare bedingen die niet op deze lijsten zijn vermeld, dan zal een notariële voorlichtingsplicht volgens ons slechts aan de orde zijn indien het (mogelijke) vernietigbare karakter van het beding erg in het oog springt. Het voert te ver om de notaris ongevraagd te belasten met een uitvoerig juridisch onderzoek naar de mogelijke vernietigbaarheid van de door partijen gemaakte afspraken. Kortom, zou de notaris in de voorbeeldcasus door de consument zijn aangesproken, dan is geenszins gegeven dat dit ook tot zijn beroepsaansprakelijkheid had geleid.

⁵⁸ Vgl. Boks 2003, p. 57 e.v.

⁵⁹ Mits dat onzorgvuldig handelen aan de notaris toe te rekenen valt; toerekenbaarheid blijkt in de praktijk echter zelden een discussiepunt. Dit houdt verband met het feit dat een relatief lichte mate van verwijtbaarheid als uitgangspunt volstaat voor toerekenbaarheid.