

VERZEKERINGS- EN AAN- SPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann
Luiten Advocaten, Rotterdam

*Beroepsaansprakelijkheid notaris
jegens opdrachtgever* 09-089

Inleiding

In deze bijdrage besteed ik aandacht aan een arrest van de Hoge Raad, waarin de reikwijdte van de zorgplicht van de notaris aan de orde is.¹ In art. 3 lid 1 van de door de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie opgestelde Verordening beroeps- en gedragsregels is onder meer bepaald dat de notaris bij de levering van een registergoed er zoveel mogelijk zorg voor draagt dat het verkochte door de koper wordt verkregen en dat de verkoper de koopsom ontvangt. Op dit laatste punt blijft de notaris in het hier te bespreken geval in gebreke, doordat hij de op zijn derdengeldenrekening gestorte koopsom niet overmaakt naar de verkoper (een stichting), maar (onder andere) naar de bestuurder van de stichting in privé. De notaris had nagelaten de juistheid van de daartoe verstrekte betalingsopdracht te verifiëren, hoewel daar blijkens de bijzondere omstandigheden van het geval volgens Hof en Hoge Raad wel aanleiding toe bestond. Wat was het geval?

Casus

Een bestuurder van een stichting verwerft in privé een derde deel van de eigendom in een registergoed (transactie 1); een besloten vennootschap verwerft het resterende twee derde deel.

Kort daarna verkoopt de bestuurder zijn een derde eigendomsdeel aan de stichting, waarvan hij zelfstandig bevoegd bestuurder is (transactie 2).

Vervolgens verkoopt de stichting, daarbij vertegenwoordigd door deze bestuurder, samen met voornoemde besloten vennootschap het registergoed aan een derde (transactie 3). Deze derde stort het deel van de koopsom dat aan de stichting toekomt ruim twee maanden vóór de levering van het registergoed op de derdengeldenrekening van de notaris ten overstaan van

wie de drie transacties hebben plaatsgevonden. De bestuurder heeft ter verkrijging van deze vroegtijdige storting namens de stichting een overeenkomst van geldlening met de derde gesloten. Deze overeenkomst is vastgelegd in een door de notaris opgestelde schuldbekentenis, waarin de stichting verklaart uit hoofde van geldlening aan de derde een bedrag schuldig te zijn ter grootte van de koopsom.

Vervolgens maakt de notaris het gestorte bedrag over van zijn derdengeldenrekening naar een privérekening van de bestuurder en naar een bankrekening van diens zuster.

In een later stadium wordt het registergoed geleverd aan de derde. Met deze levering gaat de geldlening aan de stichting teniet: het bedrag dat de stichting op grond van de geldlening aan de derde moet terugbetalen, wordt verrekend met de koopsom die de derde aan de stichting verschuldigd is. Onnodig te zeggen dat de stichting de koopsom niet ontvangt. Zij dagvaardt daarop de notaris tot schadevergoeding wegens onzorgvuldig dan wel onrechtmatig handelen. De bestuurder van de stichting is inmiddels overleden.

Rechtbank en Hof

De Rechtbank wijst de vordering af. Zij oordeelt dat de betalingen op de bankrekeningen van de bestuurder in privé en van zijn zuster in opdracht van de bevoegde bestuurder van de stichting zijn verricht. Er bestond voor de notaris geen reden tot nader onderzoek alvorens hij deze betalingsopdracht uitvoerde.

Het Hof oordeelt daarentegen dat de notaris zijn zorgplicht heeft geschonden en schadeplichtig is jegens de stichting. Het Hof neemt bij dit oordeel tot uitgangspunt dat op een notaris, gelet op zijn positie in het maatschappelijke verkeer en op het vertrouwen dat notarissen als zodanig genieten, een zwaarwegende zorgplicht rust jegens degene die aan hem gelden toevertrouwt met een betalingsopdracht. Het Hof verwijst op dit punt naar *HR 20 december 2002, NJ 2003, 325*. Vervolgens overweegt het Hof dat deze zorgplicht onder meer meebrengt dat de notaris, voor zover rede-

lijkerwijs mogelijk is en van hem kan worden geveerd, nadere informatie inwint bij degene die hem gelden heeft toevertrouwd met een betalingsopdracht, ingeval over de inhoud of strekking van de opdracht redelijkerwijs twijfel kan bestaan. De notaris had in het onderhavige geval bij de uitvoering van de betalingsopdracht² niet mogen volstaan met de constatering dat de bestuurder bevoegd was namens de stichting te handelen. De door de notaris jegens de stichting in acht te nemen zorgplicht bracht mee dat hij bij een andere vertegenwoordiger van de stichting navraag had moeten doen of het werkelijk de bedoeling van de stichting was dat de koopsom niet aan haar zou worden uitgekeerd, maar aan de bestuurder en diens zuster. De stelling van de notaris dat hij zijn boekhouder opdracht had gegeven de koopsom over te maken op rekeningnummers zonder te weten ten name van wie deze rekeningen stonden, acht het Hof weinig geloofwaardig en in ieder geval niet getuigen van zorgvuldig handelen.

Hoge Raad

De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof in stand. Het gekozen uitgangspunt met betrekking tot de zorgplicht van de notaris is juist. Het oordeel van het Hof komt erop neer dat de notaris gelet op de specifieke omstandigheden van het geval rekening had behoren te houden met de mogelijkheid dat de bestuurder aan de stichting toekomende gelden zou verduisteren door de koopsom te laten uitkeren op bankrekeningen van hemzelf en van zijn zuster, waarbij hij misbruik maakte van zijn bestuursbevoegdheid. Volgens de Hoge Raad geeft het oordeel van het Hof geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is het voldoende gemotiveerd.

Commentaar

In art. 17 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna) is bepaald dat de notaris zijn ambt in onafhankelijkheid uitoefent en de belangen behartigt van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze *'en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid'*. Blijkens art. 4 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels is de notaris gehouden alle partijen bij de rechtshandeling waarvoor zijn tussenkomst is ingeroepen, voor te lichten omtrent de gevolgen van de

handeling, voor zover de wet of de gewoonte dit van hem verlangt. In de jurisprudentie van de Hoge Raad is de zorgplicht van de notaris verder ingevuld. Zo moet de notaris, die dient te handelen als een redelijk bewaare en redelijk handelende beroepsgeenoot, onder andere zorgvuldig omgaan met op zijn derdengeldenrekening gestorte gelden.

In het door het Hof aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 20 december 2002 was sprake van een geval waarin een derdebelanghebbende, die als financier bij een transactie was betrokken, gelden aan de notaris had toevertrouwd onder het beding dat deze gelden slechts zouden mogen worden uitbetaald indien aan bepaalde voorwaarden was voldaan. De Hoge Raad nam in dit arrest een zwaarwegende zorgplicht aan van de notaris jegens deze financier. Omdat over de inhoud en strekking van de betreffende voorwaardelijke betalingsopdracht in dat geval redelijkerwijs twijfel kon bestaan, had de notaris bij die derdebelanghebbende nadere informatie moeten inwinnen. De Hoge Raad overwoog toen: *'Indien de notaris in een dergelijk geval desondanks op basis van een eigen interpretatie van de betalingsinstructie zonder het inwinnen van nadere informatie bij zijn opdrachtgever tot uitbetaling overgaat, terwijl het inwinnen van informatie wel mogelijk was geweest, moet hij de nadelige gevolgen van zijn handelwijze jegens de opdrachtgever dragen indien die interpretatie, hoewel deze op zichzelf mogelijk is, achteraf onjuist blijkt te zijn. Dit is slechts anders indien in de gegeven omstandigheden omtrent de inhoud en de strekking van de opdracht redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan.'*

Uit de onderhavige uitspraak blijkt dat het in het arrest van 20 december 2002 geformuleerde uitgangspunt betreffende de zwaarwegende zorgplicht van de notaris jegens degene die aan hem gelden toevertrouwt met de opdracht deze door te betalen indien aan zekere voorwaarden is voldaan, eveneens geldt in situaties waarin sprake is van een onvoorwaardelijke betalingsopdracht. In zoverre lijkt de zorgplicht van de notaris met het onderhavige arrest nog weer verder te worden verzaard. Ook de omstandigheid dat de betalingsopdracht

van de bestuurder van de stichting op zichzelf genomen duidelijk was, stond volgens de Hoge Raad niet aan toepassing van genoemd uitgangspunt in de weg. Ik leid hieruit af dat de Hoge Raad van oordeel was dat weliswaar omtrent de inhoud van de opdracht redelijkerwijs geen twijfel kon bestaan, maar dat dit wel het geval was ten aanzien van de strekking daarvan: was het inderdaad de bedoeling van de stichting om aan haar toekomstige gelden in het vermogen van haar bestuurder en diens zuster te laten vloeien?

Bij de bevestigende beantwoording van de vraag of de notaris zijn zorgplicht jegens de stichting had geschonden door zonder voorafgaand onderzoek de door haar bestuurder gegeven betalingsopdracht uit te voeren, had het Hof onder meer de navolgende omstandigheden in acht genomen:

1. De gang van zaken met betrekking tot de betaling van de door de derde aan de stichting verschuldigde koopsom (vroegtijdige storting van de koopsom in de vorm van een geldlening op de derdengeldenrekening van de notaris, welke geldlening door het transport teniet zou gaan) week af van de gebruikelijke gang van zaken bij een transport van een registergoed en noopte de notaris tot verhoogde waakzaamheid.
2. De notaris die zelf de schuldbekentenis ter zake van de overeenkomst van geldlening had opgesteld, was ervan op de hoogte dat de stichting met betrekking tot het gestorte bedrag de enige rechthebbende was en dat dit bedrag derhalve aan haar diende te worden voldaan. De opdracht tot overboeking van dit bedrag naar bankrekeningen van derden (te weten de bestuurder en diens zuster) was daarmee niet in overeenstemming.
3. De notaris ten overstaan van wie ook de eerste twee transacties hadden plaatsgevonden, moet ervan doordrongen zijn geweest dat de bestuurder zich in twee hoedanigheden bij hem had gepresenteerd.

Deze vragen oproepende omstandigheden hadden de notaris volgens het Hof alert moeten maken op de mogelijkheid dat de bestuurder misbruik zou maken van zijn bestuursbevoegdheid. Op de notaris rustte dan ook een onderzoeksplicht.

In de conclusie van A-G Spier voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad spreekt de A-G van een onverkwikkelijke zaak, waarbij de notaris op essentiële punten die zijn zorgplicht raken, tegenstrijdige en daarmee ongeloofwaardige stellingen heeft ingenomen. Volgens de A-G kan een notaris die aldus optreedt, niet met succes betogen dat hij de vereiste hoge mate van zorgvuldigheid in acht heeft genomen. Alle cassatieklachten van de notaris stuiten wat de A-G betreft hierop al af.

Gelet op art. 17 Wna en het arrest van 20 december 2002 omtrent de zorgplicht van de notaris ter zake van aan hem ter doorbetaling toevertrouwde gelden met een voorwaardelijke betalingsopdracht, valt er zeer zeker iets voor te zeggen dat de notaris ook in dit geval aansprakelijk is bevonden. Hij had inderdaad het risico dat de bestuurder aan de stichting toekomstige gelden met zijn (onvoorwaardelijke) betalingsopdracht trachtte te verduisteren, eenvoudig kunnen vermijden door navraag te doen bij een andere vertegenwoordiger van de stichting, gesteld dat deze er was. Door dit achterwege te laten heeft de notaris de stichting in feite blootgesteld aan een onnodig risico, waarop hij gezien de bijzondere omstandigheden bedacht had kunnen zijn.

Anderzijds vraag ik mij af of men met deze beslissing wel oog heeft gehad voor het feit dat het toch ook wel weer heel ver gaat dat een notaris zijn cliënt, een rechtspersoon, moet beschermen tegen misbruik door de eigen bestuurder. Zou het niet veeleer zo moeten zijn dat de consequenties van frauduleus handelen van bestuurders voor rekening en risico van de rechtspersoon zelf komen? Daarbij komt dat een rechtspersoon slechts door natuurlijke personen kan deelnemen aan het rechtsverkeer. Dit betekent dat de bestuurder die de rechtspersoon vertegenwoordigt feitelijk de contactpersoon van de notaris is. Wanneer de no-

taris twijfels heeft over de vraag of de van een vertegenwoordigingsbevoegde bestuurder verkregen opdracht overeenstemt met de wil van de door hem vertegenwoordigde rechtspersoon en de notaris dit verifieert bij een andere vertegenwoordiger van de rechtspersoon (aangenomen dat die er is), betekent dit uiteraard een motie van wantrouwen jegens zijn contactpersoon. Ik kan mij voorstellen dat een notaris beducht is dat hij op deze wijze cliënten zal verliezen.

De conclusie die uit het hier besproken arrest in elk geval kan worden getrokken, is dat de notaris op eieren moet lopen bij de uitvoering van betalingsopdrachten ter zake van aan hem toevertrouwde gelden. Hij zal zorgvuldig alle omstandigheden van het geval in zijn beoordeling moeten betrekken alvorens hij tot uitvoering van de opdracht overgaat. Alleen dan kan gezegd worden dat hij de vereiste uiterste zorgvuldigheid heeft betracht.

Noten

1. Hoge Raad 12 juni 2009, LJN: BH4723.
2. Hoewel het bestaan van deze betalingsopdracht volgens het Hof niet vaststaat, gaat het Hof veronderstellenderwijs wel van dit bestaan uit.

HOOFDARTIKEL

ONDERNEMING EN STRAFRECHT

Prof. mr. Th.A. de Roos, advocaat bij De Roos & Pen, Amsterdam en hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit van Tilburg

Vernieuwing van het onderzoek ter terechtzitting

Mede in de spiegel van de juryrechtspraak en andere vormen van lekenparticipatie...

09-090

Inleiding

Al in de eerste bundel van het grote onderzoeksproject *Strafvordering 2001* worden, na een inleiding waarin de rolkenmerken van de deelnemers aan het Nederlands strafproces worden omschreven, de uitgangspunten geformuleerd waar een kwalitatief adequaat en consistent en duidelijk geregeld strafproces aan zou moeten voldoen. Het behoeft geen verbazing te wekken dat het onderzoek ter terechtzitting een zo prominente plaats krijgt in het onderzoeksverslag. Het is immers het openbare deel van het strafproces, waar (in beginsel) alle deelnemers hun gezichtspunten, belangen en argumenten naar voren kunnen brengen ten overstaan van de instantie die is geroepen te beslissen over de diverse te nemen beslissingen. Dat betreft niet alleen de zogenaamde voorvragen en hoofdvragen, neergelegd in de artikelen 348 en 350 Wetboek van strafvordering, maar ook tal van tussenbeslissingen, bijvoorbeeld op de oproeping van (nadere) getuigen en deskundigen, of de ambtshalve beslissing van de rechter om de afwezige verdachte op te roepen, desnoods met bevel tot medebrenging. Verder kan het ook gaan om overleg tussen de rechter en de partijen over de regie van de zaak, de zogenaamde regiezitting (waarover hieronder meer), anders gezegd: de (tijds)planning van de behandeling. Het is bij uitstek in deze openbare fase dat het strafrecht 'smoelt' en dat de dramatische en contradictoire of het strijd karakter van het strafproces zichtbaar worden, zowel voor de deelnemers zelf als voor het publiek. Het maatschappelijk belang daarvan kan nauwelijks worden overschat. Daaraan doet niet af dat het vooron-