



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Onevenwichtige bedingen: de notaris als evenwichtskunstenaar
Es, P.C. van

Citation

Es, P. C. van. (2010). Onevenwichtige bedingen: de notaris als evenwichtskunstenaar. *Jbn: Juridische Berichten Voor Het Notariaat*, 2010(7-8 / 32), 3-6. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3193454>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3193454>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Onevenwichtige bedingen; de notaris als evenwichtskunstenaar

Publicatie: Juridische Berichten voor het Notariaat
Aflevering: 2010/7-8
Vindplaats: 2010/32
Publicatiedatum: 01 augustus 2010
Auteurs: P.C. van Es

Samenvatting

In deze bijdrage staat de vraag centraal welke rol de Nederlandse notaris speelt of zou moeten spelen, wanneer hij bij zijn ambtsuitoefening stuit op onevenwichtige bedingen in een overeenkomst die zijn cliënten zijn aangegaan of voornemens zijn aan te gaan. Men kan hierbij denken aan een ongebruikelijk hoog rentepercentage in een hypothecaire leningsovereenkomst, een buitenproportioneel hoge of lage koopprijs voor een onroerend goed, het ontbreken van een deugdelijke zekerheidsstelling bij een omvangrijke lening, dan wel aan het ontbreken van gebruikelijke garanties (of de aanwezigheid van juist ongebruikelijk veel garanties) in bijvoorbeeld een overeenkomst van aandelenoverdracht of een koop- en aannemingsovereenkomst.

Tekst

1. Inleiding

In deze bijdrage staat de vraag centraal welke rol de Nederlandse notaris speelt of zou moeten spelen, wanneer hij bij zijn ambtsuitoefening stuit op onevenwichtige bedingen in een overeenkomst die zijn cliënten zijn aangegaan of voornemens zijn aan te gaan. Men kan hierbij denken aan een ongebruikelijk hoog rentepercentage in een hypothecaire leningsovereenkomst, een buitenproportioneel hoge of lage koopprijs voor een onroerend goed, het ontbreken van een deugdelijke zekerheidsstelling bij een omvangrijke lening, dan wel aan het ontbreken van gebruikelijke garanties (of de aanwezigheid van juist ongebruikelijk veel garanties) in bijvoorbeeld een overeenkomst van aandelenoverdracht of een koop- en aannemingsovereenkomst.

Het hiervoor gemaakte onderscheid tussen cliënten die een overeenkomst *zijn* aangegaan en zij die *voornemens zijn* een overeenkomst aan te gaan, speelt in het kader van de onderhavige problematiek een belangrijke rol. De Nederlandse notaris is in een groot aantal gevallen niet betrokken bij het opstellen van obligatoire overeenkomsten (met eventueel onevenwichtige bedingen daarin), maar slechts bij de goederenrechtelijke uitvoering daarvan, waarbij te denken valt aan de levering van registergoederen of aandelen in een BV, dan wel aan de vestiging van een recht van hypotheek. In het onderstaande wordt eerst, meer in het algemeen, bezien of er aan het ambt verbonden belemmeringen zijn die in de weg staan aan het door de notaris vervullen van een rol als bestrijder van onevenwichtigheden in partijrelaties. In dit verband gaat de aandacht uit naar de lijdelijkheid en de onpartijdigheid van de notaris (§ 2), alsmede naar de notariële geheimhoudingsplicht (§ 3). Vervolgens wordt in § 4 bezien wat de taak is van de notaris die betrokken is bij de goederenrechtelijke uitvoering van een onevenwichtige obligatoire overeenkomst die buiten hem om is aangegaan. Hierbij komt ook de vraag aan de orde wat er – op het terrein van het bestrijden van onevenwichtige bedingen – aan de rol van de notaris zou veranderen wanneer zijn tussenkomst bij de koop van onroerend goed door particulieren verplicht zou worden gesteld.

2. Lijdelijkheid en onpartijdigheid; de mogelijkheden van de notaris om in te grijpen in partijverhoudingen

De tijd ligt ver achter ons dat de notaris lijdelijk was in die zin dat het slechts zijn taak was op te schrijven wat partijen hem dicteerden, zonder dat hij hierop enige invloed uitoefende. Een mijlpaal in de ontwikkeling van een lijdelijke naar een meer rechtsbeschermende rol van de notaris, is het Groningse notaris-arrest (HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766). De Hoge Raad promoveert hier de notaris uitdrukkelijk van aktemaker tot rechtshulpverlener:

‘De functie van de notaris in het rechtsverkeer brengt immers (en bracht ook destijds) mee dat hij beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht.’

Het ging in deze zaak om de vraag of de notaris die een akte van wijziging huwelijksvoorwaarden had verleden (waarin een beperkte gemeenschap werd omgezet in een algehele gemeenschap van goederen), de echtgenote expliciet had moeten waarschuwen voor de nadelige gevolgen die deze wijziging voor haar - in het concrete geval - zou kunnen hebben. De notaris verweerde zich met de stelling dat hij had gedaan wat de (toenmalige) Wet op het notarisambt hem opdroeg, te weten het geven van een zakelijke toelichting op de inhoud van de akte. De Hoge Raad overwoog hieromtrent:

‘Onjuist is vooreerst dat een notaris bij het verlijden van een akte nimmer tot meer is gehouden dan tot vorenbedoelde zakelijke toelichting op de inhoud van de akte: de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat de notaris beroepshalve is gehouden tot het geven van verdergaande informatie, en met name tot het wijzen op specifieke aan de voorgenomen rechtshandeling verbonden risico’s.’

De waarschuwingsplicht van de instrumenterende notaris was in dit geval geïndiceerd omdat hij ervan op de hoogte was dat de echtgenoot (die ook notaris was) omvangrijke schulden had, waardoor het vermogen van de echtgenote als gevolg van de omzetting dreigde te verdampen.

De regel uit het arrest (waar het ging om de civielrechtelijke aansprakelijkheid) is als tuchtnorm gecodificeerd in de derde zin van art. 43 Wna.1

Nu vaststaat dat de notaris bevoegd en verplicht kan zijn om in te grijpen in partijverhoudingen door middel van het expliciet waarschuwen voor bepaalde risico’s, rijst de vraag hoe deze handelwijze zich verhoudt tot zijn plicht om de belangen van partijen op onpartijdige wijze te behartigen (zie art. 17 Wna). Het is duidelijk dat een notaris die onevenwichtigheden in een overeenkomst probeert recht te trekken, zich niet onpartijdig opstelt in die zin dat hij zich de belangen van beide partijen gelijkelijk aantrekt. Hij treedt juist corrigerend op door zich de belangen van diegene extra aan te trekken die zich door juridische onkunde of feitelijk overwicht in een achterstandspositie bevindt. In de literatuur duidt men het handelen van de notaris in zo’n geval wel aan als ‘compenserend’ onpartijdig.² Het hier bestaande spanningsveld is door Verkade in zijn conclusie voor HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 8 (Ooms / notaris X) als volgt verwoord:

‘Tegenover een plicht om min of meer indringend op de risico’s te wijzen en zo nodig door te vragen naar de aard van de voorgenomen rechtshandeling, staat het gegeven dat de notaris kan worden beticht van al te veel bemoeizucht, omdat hij daarmee de belangen van de andere betrokkenen bij dezelfde rechtshandeling kan benadelen.’

Aangenomen moet worden dat een notaris zich compenserend (on)partijdig mag opstellen indien de omstandigheden van het geval dit rechtvaardigen.

3. Het bestrijden van onevenwichtigheden en de notariële geheimhoudingsplicht

Soms blijkt de onevenwichtigheid (of de mate van onevenwichtigheid) van een beding pas wanneer men het beziet tegen de achtergrond van bepaalde, niet uit de overeenkomst blijken, externe informatie. Het hiervoor aan de orde gekomen beding tot wijziging van huwelijksvoorwaarden was onevenwichtig in het licht van de financiële situatie van beide echtgenoten. Een ander voorbeeld betreft de onevenwichtigheid van een leningsovereenkomst zonder deugdelijke zekerheidstelling: deze onevenwichtigheid is des te groter en zorgwekkender wanneer de geldlener insolvent is. Ook bij de beoordeling van de vraag of de koopovereenkomst van een onroerend goed onevenwichtig is wegens een te lage koopsom, kan bepaalde externe informatie een rol spelen. Zo is er in ieder geval reden om vraagtekens te zetten bij de omvang van de koopsom wanneer men weet dat hetzelfde onroerende goed, nog voor de levering, voor een aanzienlijk hoger bedrag is doorverkocht.

De vraag die in deze paragraaf aan de orde komt, is wat een notaris moet doen wanneer hij van dergelijke relevante

informatie op de hoogte is als gevolg van het feit dat deze hem door een van de partijen *in zijn hoedanigheid van notaris is toevertrouwd*. Mag (of moet) hij deze informatie delen met de wederpartij of staat zijn geheimhoudingsplicht (art. 22 Wna) hieraan in de weg? Wanneer men de Nederlandse tuchtrechtspraak bestudeert, lijkt er enige ruimte te bestaan om ten behoeve van het rechte trekken van onevenwichtige bedingen de geheimhoudingsplicht te doorbreken. Zo leest men in Hof Amsterdam 25 juli 1996, *WPNR* (1996) 6235 (Brandstichtende hypotheekgever) het volgende:

‘Bij een conflict van concurrerende notariële beroepsplichten waarbij de geheimhoudingsplicht staat tegenover de plicht zorgvuldigheid te betrachten, wordt voorrang van de ene plicht boven de andere telkens in concreto bepaald door van de omstandigheden van het geval afhankelijke afweging van op het spel staande, met het nakomen van die onderscheiden plichten gemoeide afzonderlijke belangen.’

In mijn bijdrage aan het KNB-advies uit 2007 (p. 36-37) heb ik mij afgevraagd of deze benadering van de geheimhoudingsplicht wel valt te rijmen met de wijze waarop de Hoge Raad in het *Ogem/notaris Maas-arrest* (HR 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173) het verschoningsrecht (en daarmee mijns inziens ook de geheimhoudingsplicht) op de kaart heeft gezet. Hij lijkt daar namelijk juist niet te willen weten van een concrete belangenafweging.³ Wat daarvan ook zij, in hetzelfde advies heb ik mij op het standpunt gesteld dat de notaris (in ieder geval naar wenselijk recht) de ruimte zou moeten hebben om - afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval - de informatieplicht boven de geheimhoudingsplicht te laten prevaleren (zie p. 67-77).

In de visie van Kraan kan er van een reëel conflict tussen de informatieplicht en de geheimhoudingsplicht eigenlijk nooit sprake zijn. In zijn bijdrage aan het hiervoor vermelde advies schrijft hij namelijk op p. 88:

‘In het algemeen geldt dat gegevens die aan de notaris worden meegedeeld en die van belang zijn voor de rechtspositie van iemand wiens belangen de notaris dient te behartigen, niet als toevertrouwd hebben te gelden in die zin dat de notaris deze gegevens mag - of moet - meedelen aan de ander.’

Waaier is in zijn bespreking van het advies kritisch over dit standpunt, dat hij overigens wel verdedigbaar acht.⁴ In zijn oratie lijkt Waaier meer in de richting van Kraan te schuiven.⁵

Al met al kan slechts geconcludeerd worden dat de problematiek rond de verhouding tussen de informatie- en waarschuwingsplicht en de geheimhoudingsplicht in Nederland nog niet volledig is uitgekristalliseerd.

4. Onevenwichtige bedingen in de obligatoire voorfase; de notaris als mosterd na de maaltijd?

De notariële tussenkomst is in het Nederlandse recht onder meer verplicht bij de levering van onroerend goed en bij de vestiging van een beperkt recht hierop, alsmede bij de levering van aandelen in een BV, maar niet bij het aangaan van de obligatoire overeenkomsten die tot deze handelingen verplichten. Het zijn echter juist deze achterliggende overeenkomsten waarin men de eventuele onevenwichtige bedingen zal aantreffen. In dit verband heeft Van Herwijnen ten aanzien van de vraag wat de taak van de notaris dan is, ooit opgemerkt:

‘Het trieste antwoord is: fungeren als mosterd na de maaltijd! Dat wil zeggen op zeer deskundige wijze aan de koper uitleggen welke risico's hij zich allemaal op de hals heeft gehaald, risico's waaraan door de notaris niets meer te doen valt.’⁶

Dit sombere beeld is niet geheel terecht. De notaris die bij de goederenrechtelijke uitvoering van een (in hoge mate) onevenwichtige overeenkomst betrokken is, heeft onder bepaalde omstandigheden namelijk het wapen van de dienstweigering in handen. De plicht tot dienstweigeren bestaat in ieder geval wanneer de onevenwichtige overeenkomst in verband kan worden gebracht met een strafbaar feit, zoals oplichting (art. 326 Sr).⁷ Dienstweigering is echter ook in een aantal andere gevallen geïndiceerd. Van groot belang hierbij is dat de Hoge Raad in het *Crédit Lyonnais Bank / notaris T.-arrest*⁸ heeft overwogen dat op de notaris die een akte verlijdt een ‘zwaarwegende zorgplicht’ rust ‘ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen’.

Uit deze overweging (die betrekking heeft op het door de notaris onvoldoende controleren van de

vertegenwoordigingsbevoegdheid van een van de partijen) kan de algemene regel worden afgeleid dat een notaris niet mag meewerken aan goederenrechtelijke uitvoeringshandelingen waaraan een nietige of vernietigbare titel ten grondslag ligt. Wat betreft de problematiek van de onevenwichtige bedingen kan men dan vooral denken aan de mogelijke vernietigbaarheid van de titel op grond van het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil (art. 3:34 BW), of op grond van bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW), dan wel dwaling (art. 6:228 BW). Nu is het natuurlijk zo dat dienstweigering - mocht de notaris hiervan al gebruik mogen maken - geen volmaakt wapen is in de strijd tegen onevenwichtige bedingen. De kans bestaat namelijk dat partijen een andere notaris (die niet over bepaalde relevante informatie beschikt) bereid vinden de akte wel te passeren. Toch moet men mijns inziens de betekenis van de mogelijkheid tot dienstweigeren niet onderschatten. Een dreigende dienstweigering kan door de notaris namelijk gehanteerd worden als een breekijzer om de onderhandelingen ten aanzien van de obligatoire overeenkomst te heropenen.

Het bovenstaande neemt niet weg dat het duidelijk is dat de positie die de notaris in het rechtsverkeer met betrekking tot onroerend goed inneemt, niet ideaal is. Al sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw is er daarom van verschillende zijden op aangedrongen de notaris bij de koop van onroerend goed door particulieren een rol te geven in de obligatoire fase.⁹ De eerdere tussenkomst van de notaris zou, in de woorden van Van Herwijnen, betekenen dat de notaris 'ten volle de gelegenheid [krijgt] partijen te adviseren tot het afsluiten van een evenwichtig en billijk contract'.¹⁰

Uit dit citaat (opgetekend uit de mond van de oprichter van de vereniging Eigen Huis) blijkt onmiddellijk dat een mogelijke nieuwe rol van de notaris in het rechtsverkeer ten aanzien van onroerend goed, verwachtingen schept bij het publiek. Het notariaat zal voor nieuwe, ingewikkelde, vragen komen te staan, waarbij in het bijzonder gedacht kan worden aan de vraag hoever de notaris moet gaan in zijn pogingen een zo evenwichtig mogelijk contract op te stellen. Moet hij zich - ook buiten gevallen waarin sprake is van snel opeenvolgende waardeinstijgingen - bemoeien met de omvang van de koopsom? In hoeverre moet hij onderzoeken of een bepaald beding dat in abstracto niet onevenwichtig is, in het concrete geval wellicht onevenwichtig uitpakt?

De problematiek rond de notariële inmenging bij onevenwichtige bedingen krijgt alsdan een nieuwe dimensie en de notaris zal, meer nog dan thans, de rol van evenwichtskunstenaar¹¹ moeten vervullen.¹²

P.C. van Es

¹ 'Zo nodig wijst hij daarbij [bij het geven van een toelichting op de zakelijke inhoud van de akte, PCE] tevens op de gevolgen die voor partijen of één of meer hunner uit de inhoud van de akte voortvloeien'.

² Zie J.C.H. Melis, *De Notariswet* (bewerkt door B.C.M. Waaijer), Deventer: Kluwer 2003, p. 28, alsmede - met verdere literatuurverwijzingen - mijn bijdrage in *Meer spreken, minder zwijgen?* (KNB-advies 2007), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 23.

³ Zie in het bijzonder r.o. 3.6: '*Het hof heeft terecht geoordeeld dat een ruimere beoordelingsmarge en een meer genuanceerde afweging van de met het concrete geval gemoeide tegenstrijdige belangen achteraf, zoals in de beschikking van de R-C werd voorgestaan, tot een zodanige onzekerheid omtrent de reikwijdte van het verschoningsrecht zou leiden dat dat daardoor op onaanvaardbare wijze zou worden aangetast.*'

⁴ *WPNR* (2007) 6724, p. 805.

⁵ B.C.M. Waaijer, *Wat was was voordat was was was* (oratie Amsterdam, UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, p. 16.

⁶ H.J. van Herwijnen, in: *Lijdelijkheid... anachronisme* (14e landelijk notarieel studentencongres), Deventer: Kluwer 1979, p. 45.

⁷ Vergelijk art. 21 lid 2 Wna.

⁸ HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 473.

9 Zie bijvoorbeeld M.J.A. van Mourik, 'De tussenkomst van de notaris bij de totstandkoming van obligatoire overeenkomsten, in het bijzonder die tot eigendomsoverdracht van onroerend goed', *WPNR* (1975) 5302; W.G. Huijgen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 20-21 en recentelijk A.L.M. Keirse e.a., *Rapportage Wet koop onroerende zaken; de evaluatie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 223-228. 10 H.J. van Herwijnen, in: *Lijdelijkheid... anachronisme* (14e landelijk notarieel studentencongres), Deventer: Kluwer 1979, p. 47. 11 De vergelijking tussen de notaris en een evenwichtskunstenaar is eerder gemaakt door H.F. van den Haak in *WPNR* (1997) 6291. 12 Hierbij zij overigens opgemerkt dat men in Amsterdam - waar op grond van informele afspraken met makelaars de koopakte als regel wordt ondertekend ten kantore van de notaris - al veel ervaring heeft opgedaan met de hierboven in de tekst bedoelde rol van de notaris. Veel jurisprudentie ten aanzien van bovenvermelde vragen heeft dit niet opgeleverd. Mijns inziens zou dit wel eens kunnen veranderen wanneer de bedoelde rol van de notaris in het Burgerlijk Wetboek wordt geformaliseerd.
