

Actio Pauliana en notariële aansprakelijkheid; de notaris en het rechtsverkeer gezamenlijk in het nauw



Dr. mr. R.J. de Weijs*



Mw. mr. E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen**

1. Inleiding

Aan de curator staan verschillende instrumenten ten dienste om op te komen tegen benadeling van de gezamenlijke schuldeisers. De meest bekende daarvan is de *actio pauliana*; de vernietigingsactie door de curator in te roepen tegen de wederpartij van de failliet bij een benadelende rechtshandeling. De curator kan veelal ook terugvallen op de onrechtmatige daad en de wederpartij op deze grond aanspreken. Waar de *actio pauliana* beperkt is tot wederpartijen van de schuldenaar, is dat zeker niet het geval ten aanzien van de werking van de onrechtmatige daad. De onrechtmatige daad biedt de curator de mogelijkheid schade te verhalen op derden die op onrechtmatige wijze de gezamenlijke schuldeisers hebben benadeeld.

Een van de derden die regelmatig wordt geconfronteerd met een curator die zich op de onrechtmatige daad beroept, is de notaris die zijn medewerking heeft verleend aan een transactie die de gezamenlijke schuldeisers benadeelt. Hoewel de gezamenlijke schuldeisers in een specifiek faillissement zijn gebaat bij een ruime aansprakelijkheid van derde betrokkenen, is het schuldeisersbelang niet het enige belang dat bescherming verdient. Een ander belang is uiteraard dat van de notaris, die niet te makkelijk met aansprakelijkheid mag worden geconfronteerd. Er is echter nog een ander belang dat ook meegewogen dient te worden en niet lichtvaardig mag worden opgeofferd aan de belangen van de schuldeisers in een concreet faillissement. Een zekere en heldere beperking van notariële aansprakelijkheid is noodzakelijk ter bescherming van een vlot en efficiënt rechtsverkeer. De primaire taak van de notaris is het documenteren en vastleggen van het rechtsverkeer. Deze primaire taak komt in het gedrang door een toenemende angst voor civiele en tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. Deze primaire taak komt niet zozeer in het gedrang omdat de vastlegging minder nauwkeurig zou geschieden, maar doordat het steeds moeilijker wordt notarissen te vinden die hun ministerie aan bepaalde transacties willen verlenen.

Notarissen weigeren meer en meer hun ministerie uit angst later te worden aangesproken met het verwijt dat zij ten onrechte zouden hebben meegewerkt aan de betreffende transactie. Zo weigerde een notaris onlangs zelfs medewerking te verlenen

aan een ABC-transactie zonder dat deze notaris überhaupt onderzoek had verricht naar de reden voor het prijsverschil tussen AB en BC. De voorzieningenrechter veroordeelde deze notaris zijn medewerking te verlenen aan het passeren van de leveringsakte. Wel merkte de rechter in het vonnis op dat de veroordeling van de notaris hem niet zou vrijwaren van enige aansprakelijkheid indien achteraf zou komen vast te staan dat de in geschil zijnde ABC-transactie in strijd was met de anti-misbruikbepalingen.¹

Dit artikel behandelt de vraag hoe de betrokkenheid van een notaris bij een handeling met paulianeus karakter moet worden beoordeeld. Daartoe wordt eerst ingegaan op het takenpakket van de notaris (§ 2). Vervolgens wordt gezien wat de stand van de jurisprudentie omtrent notariële aansprakelijkheid is en hoe hier in de jurisprudentie en literatuur een ontwikkeling naar steeds verdere aansprakelijkheid waarneembaar is (§ 3). Daarna wordt de vraag gesteld in hoeverre het de curator vrij staat een notaris op grond van de onrechtmatige daad aan te spreken zonder eerst de mogelijkheden te benutten die de pauliana hem biedt (§ 4). Vervolgens wordt uiteengezet welke invulling van de zorgplicht van notaris recht doet aan de verschillende, botsende belangen van bescherming van schuldeisers, het belang van de notaris en het belang van een vlot en efficiënt rechtsverkeer (§ 5). Hierbij wordt gezien hoe de normen van de onrechtmatige daad moeten worden ingevuld indien de notaris zijn medewerking verleent aan *verplichte* rechtshandelingen (§ 5.1) en *onverplichte* rechtshandelingen (§ 5.2) die later als paulianeus worden gekwalificeerd. Het artikel sluit af met een conclusie (§ 6).

* Advocaat in het Insolventierecht te Amsterdam en docent/onderzoeker aan de UVA.
(r.de.weijs@houthoff.com).

** Advocaat - met als specialisatie beroepsaansprakelijkheid - te Amsterdam.
(e.van.rijckevorsel@houthoff.com)

De auteurs danken de heer O.W. van de Weijer en mr. S.R. Kieffer voor hun onderzoek. Zie verder ook de scriptie over dit onderwerp S.R. Kieffer, *Actio Pauliana en Persoonlijke Aansprakelijkheid van Derde Betrokken Partijen*, scriptie UvA 2011, <http://dare.uva.nl/scriptie/402688>.

1. Vzr. Rb. Arnhem 21 juni 2011, nr. 217249 / KG ZA 11-313, LJN: BR0230.

2. Taken van de notaris

De notaris vervult in het maatschappelijk verkeer een publieke taak. Hij dient spelers in het civiele rechtsverkeer te assisteren. Art. 2 lid 1 Wet op het notarisambt ("Wna") bepaalt wat onder de ambtelijke werkzaamheden moet worden begrepen. In de eerste plaats is dit het verlijden van authentieke akten. Hieronder vallen ook de notariële akten waartoe de wet niet verplicht, zoals bijvoorbeeld de notariële akte betreffende een samenlevingscontract.² In de tweede plaats moeten onder de ambtelijke werkzaamheden van de notaris worden begrepen de andere werkzaamheden die de notaris op grond van de Wna of een andere wet verricht. Ten aanzien van deze groep werkzaamheden is notariële tussenkomst aldus verplicht. Te denken valt hierbij aan overdracht van aandelen op naam/onroerende zaken en het vestigen van hypothecaire zekerheid. Waaijer benadrukt dat de tussenkomst van een notaris zorgt voor een geordend rechtsverkeer en dat zijn functie ten goede komt aan de rechtszekerheid.³ In al die omstandigheden waarin de wet de notariële vorm vereist, zijn het vastleggen van de handeling en het informeren van de partijen omtrent de rechtsgevolgen ook verreweg de belangrijkste taken.

2.1. Ministerieplicht notaris

Het staat de notaris niet vrij naar eigen keuze wel of niet zijn diensten te verlenen. Op hem rust de zogenoemde ministerieplicht. Deze ministerieplicht is opgenomen in art. 21 lid 1 Wna. Volgens de parlementaire geschiedenis van dit artikel mogen notarissen buiten "gegronde redenen" hun dienst niet weigeren, wanneer zij tot het verlenen daarvan worden verzocht.⁴ Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad⁵ rust bij het verlenen van zijn diensten op de notaris daarbij een "zwaarwegende zorgplicht ter zake van al hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke beoogd zijn met de in die akte opgenomen rechtshandelingen".

Tot voor kort was de notaris gehouden zijn dienst te weigeren "wanneer naar zijn redelijke overtuiging" de werkzaamheid die van hem wordt verlangd in strijd is met de in het tweede lid van art. 21 Wna genoemde situaties. Tot 1 januari van dit jaar bepaalde lid 2: "De notaris is verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft." Dit hield volgens de parlementaire geschiedenis in dat als bijvoorbeeld in de literatuur over een bepaalde kwestie verschillend wordt gedacht en de notaris in dat geval er vanuit gaat dat de meerderheidsopvatting de juiste is, die overtuiging als redelijk kan worden beschouwd, ook als later de rechter anders beslist.

Op 1 januari 2012 is echter een wetswijziging in werking getreden, op grond waarvan in het tweede lid van art. 21 Wna na "overtuiging" is ingevoegd: "of vermoeden".⁶ Uit de memorie van toelichting blijkt dat dit wetsvoorstel voorziet in een aanscherping van de plicht tot dienstweigering.⁷ Ter versterking van het waarborgen van de integriteit van het notariaat zal de notaris niet langer alleen bij zijn redelijke overtuiging, maar ook bij een redelijk vermoeden van door middel van zijn werkzaamheden beoogde malversaties, zijn diensten moeten weigeren. Dit betekent dat een notaris bij gerede twijfel aan de goede bedoelingen van partijen verplicht is zijn dienst te weigeren, althans dat hij zich eerst door nader onderzoek dient te overtuigen van het geoorloofde karakter ervan.

De memorie van toelichting van zowel het 'oude' als het 'nieuwe' art. 21 Wna zwijgt over de vraag in hoeverre handelen in strijd met art. 21 Wna onrechtmatig handelen van de notaris met zich brengt. Kennelijk is het daarbij voor de wetgever niet duidelijk wanneer überhaupt is voldaan aan de in art. 21 Wna geformuleerde omstandigheden. De KNB zal dan ook een verordening opstellen om hieraan verdere invulling te geven. Het onderhavige artikel biedt ook een kader voor die toekomstige verordening voor de gevallen waarin de medewerking van de notaris wordt gevraagd aan mogelijk schuldeisersbenadelende handelingen.

2. Kamerstukken II 1993/1994, 23 706, nr. 3.

3. J.C.H. Melis, bewerkt door B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer: Kluwer, 2003, p. 15 - 16.

4. Zie Kamerstukken II 2009/2010, 32 250, nr. 3. Omdat het volgens de wetgever de voorkeur verdiende in de wet zelf duidelijke, algemene criteria voor dienstweigering op te nemen, is in 1999 in het tweede lid "gegronde redenen" vervangen door een opsomming van hetgeen in feite daaronder ook thans reeds wordt verstaan, namelijk strijd met het recht of de openbare orde, of medewerking aan handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben. Voor de gevallen dat twijfel bestaat over de toepassing van deze criteria (zoals bijv. het geval is als een partij door geestelijke stoornis zijn wil niet kan bepalen, het opmaken van een proces-verbaal indien kennelijk elk maatschappelijk belang ontbreekt of, het passeren van een akte op een incurante plaats of tijd zonder dat er bijzondere omstandigheden zijn die dit rechtvaardigen), is de tekst nog aangevuld met "andere gegronde redenen".

5. Zie HR 28 september 1990, NJ 1991, 47 (*Crédit Lyonnais Bank Nederland N.V./T te G*) en HR 27 maart 1992, *RvdW* 1992, 96 (*Meijer/S. te Alkmaar*).

6. Het wetsvoorstel is op 3 december 2009 ingediend onder de naam 'Wijziging van de Wet op het notarisambt naar aanleiding van de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere onderwerpen in die wet en wijziging van de Wet op het centraal testamentenregister en van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme' (Kamerstukken II, 2009/2010 D 32 250). Op 27 september 2011 is dit wetsvoorstel door de Eerste Kamer aangenomen en op 28 oktober 2011 is de wetswijziging gepubliceerd in het Staatsblad (*Staatsblad* 2011, 470).

7. Kamerstukken II 2009-2010, 32 250, nr. 3.

2.2. Waarschuwingsplicht notaris

Naast de ministerieplicht rust op de notaris de in het Groninger Huwelijksvoorwaardenarrest,⁸ als bijzondere zorgplicht geformuleerde waarschuwingsplicht in gevallen waarin sprake is van misbruik van juridische onkunde en feitelijk overwicht. De Hoge Raad heeft de algemene grondslag voor deze waarschuwingsplicht als volgt geformuleerd:

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

De notaris kan in dergelijke gevallen aan die waarschuwingverplichting voldoen door partijen te wijzen op specifieke risico's die aan een rechtshandeling zijn verbonden. Dit houdt in dat de notaris zich ervan moet vergewissen dat bepaalde - zwakkere - partijen weten welke risico's aan de voorgenomen rechtshandeling zijn verbonden. In de literatuur wordt wel gesproken van de “*compenserende onpartijdigheid*”⁹. Dat wil zeggen dat de notaris - ambts-halve - de ongelijkheid tussen partijen compenseert; hij brengt evenwicht in de verhouding tussen partijen door de zwakkeren te beschermen tegen het juridisch of feitelijk overwicht van de ander.

De ministerieplicht, de waarschuwingsplicht en de plicht voor de notaris onder omstandigheden juist zijn dienst te weigeren, staan niet zelden op gespannen voet met elkaar. De rol voor de notaris hierin is vaak niet de gemakkelijkste. Van Es¹⁰ spreekt dan ook over de notaris als ‘evenwichtskunstenaar’.

3. Kader van aansprakelijkheid uit hoofde van onrechtmatige daad

De algemene zorgvuldigheidsnorm - te weten de notaris dient zich te gedragen als een *redelijk handelend en vakbekwaam notaris*¹¹ - geldt voor het handelen van de notaris voor elke rol waarin hij acteert.¹² Indien partijen een rechtshandeling verrichten die benadelend uitwerkt voor hun schuldeisers, zullen partijen zelf daarvoor in beginsel niet bij de notaris kunnen aankloppen indien deze zijn ministerie bij de rechtshandeling heeft verleend. Dit staat er echter niet aan in de weg dat indien een van de partijen failliet, de curator wel de notaris kan aanspreken. In het Peeters q.q./Gatzen-arrest¹³ oordeelde de Hoge Raad voor de eerste keer dat onder omstandigheden plaats kan zijn voor het instellen van een onrechtmatige daadsvordering van de curator tegen een derde die heeft meegewerkt aan benadeling van de schuldeisers van de gefailleerde, ook al kwam een dergelijke vordering niet aan de gefailleerde zelf toe. Deze mogelijkheid is niet onbegrensd.

Een eerste begrenzing van de aansprakelijkheid van derden, waaronder de notaris, is te vinden in de pauliana zelf. In HR Van Dooren q.q./ABN Amro I¹⁴

heeft de Hoge Raad namelijk geoordeeld dat indien er geen sprake is van paulianeus handelen, er in beginsel ook geen sprake kan zijn van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad. De Hoge Raad overwoog daartoe dat in art. 42 Fw en 47 Fw immers mede regels besloten liggen ten aanzien van hetgeen in de periode vóór het faillissement tussen de aanstaande gefailleerde en zijn schuldeisers geoorloofd is. De Hoge Raad gaf dit oordeel ten aanzien van de aansprakelijkheid van de handelende partijen zelf. Deze redenering zal *a fortiori* gelden ten aanzien van een derde die zijn medewerking verleende aan de handeling.

Voor de vraag wanneer een notaris wel aansprakelijk is, dient ten eerste te worden teruggegrepen op de THB-arresten. In de THB-arresten¹⁵ oordeelde de Hoge Raad dat de notaris geen medewerking aan het verlijden van transportakten had mogen verlenen “*indien de notaris heeft geweten of heeft moeten weten dat zijn medewerking aan het verlijden van de litigieuze transport- en/of hypotheekakte ernstig gevaar voor insolventie van [de schuldenaar] zou meebrengen*”. De Hoge Raad koppelt hier dus de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar aan de voorzienbaarheid van de insolventie: een notaris mag niet zijn medewerking verlenen aan een rechtshandeling als *daardoor*, dan wel *door* de combinatie van deze rechtshandeling en andere hem bekende omstandigheden een ernstig insolventiegevaar ontstaat.

Volgens Boks moet een notaris medewerking weigeren aan transacties die een ernstig gevaar voor de solvabiliteit van de schuldenaar opleveren, aangezien hij anders de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers van de schuldenaar zou schaden.¹⁶ Boks is van oordeel dat uit de THB-arresten in elk geval niet zonder meer volgt dat de notaris onder alle omstandigheden rekening moet houden met de

8. HR 20 januari 1989, NJ 1989, 766.

9. Zie T.R. Hidma, ‘ABC van notariële aansprakelijkheid’, WPNR 1996/6239, pag. 703 en W.G. Huigen, *Rechtszekerheid of rechtsbescherming?*, Ars Notarius, 1997, pag. 5.

10. P.C. van Es, ‘Onevenwichtige bedingen; de notaris als evenwichtskunstenaar’, JBN 2010 (7-8) 32.

11. Zie onder meer J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen en R.D. Vriesendorp, *S-B-R Verbintenissen uit de Wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer, 2003, nr. 57.

12. Onder meer R.J. Holtman, G.J.C. Lekkerkerker en F. Schonewille, *Rechtspraak Beroepsuitoefening Notaris*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 3.

13. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 597.

14. Zie HR 16 juni 2000, NJ 2000, 578 (Van Dooren q.q. / ABN Amro I) r.o. 3.6.

15. HR 23 december 1994, NJ 1996, 627-628 en HR 15 september 1995, NJ 1996, 629.

16. D.T. Boks, *Notariële aansprakelijkheid*, recht en praktijk, 119, Deventer: Kluwer 2002, p. 114 en zie bovendien Hidma, ‘ABC van notariële aansprakelijkheid’, WPNR 1996/6239, p. 705.

belangen van schuldeisers van contractspartijen. Uit deze arresten blijkt volgens haar veeleer dat de notaris onder de specifieke omstandigheden van het geval, waaronder de omstandigheid dat hij te maken had met zeer grote belangen van derden, rekening moest houden met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.¹⁷ De THB-arresten kunnen dan ook worden gezien als een voorbeeld van de toepassing van de algemene regel dat er eerder een verplichting bestaat rekening te houden met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers naarmate het belang dat voorzienbaar wordt geschaad groter is.¹⁸

Hidma¹⁹ is van mening dat een zorgplicht die tevens de positie van de schuldeisers van een contractspartij omvat erg ver gaat. Volgens hem moet een notaris alleen zijn ministerie weigeren als de rechtshandeling evident geen ander doel dient dan de benadeling van de schuldeisers. Hoewel notariële aansprakelijkheid jegens derden met de THB-arresten duidelijk op de kaart is gezet, zal dergelijke aansprakelijkheid slechts in vrij uitzonderlijke gevallen aan de orde zijn. Bij een strikte toepassing van de THB norm (ernstig gevaar voor insolventie van de schuldenaar door het gewraakte handelen), is de derde/notaris alleen aansprakelijk voor handelingen die zelfstandig de insolventie van de schuldenaar bewerkstelligen; zoals mogelijk een carrousel van prijsopdrijvende transacties als het geval was bij THB. Niet aansprakelijk zou dan zijn de notaris die meewerkt aan handelingen die weliswaar de schuldeisers benadelen door de reeds bestaande insolventie te vergroten, maar deze niet zelfstandig teweeg brengen. Geheel buiten het bereik van aansprakelijkheid zouden dan vallen het vestigen van hypothecaire zekerheden terwijl het faillissement toch al onvermijdbaar is. Hoewel deze handelingen benadelend zijn, kan dan niet worden gezegd dat deze de insolventie veroorzaakt hebben. De vraag is echter of, buiten de gevallen waarbij de gewraakte handelingen zelfstandig de insolventie veroorzaken, notarissen zich veilig kunnen weten ten aanzien van de door hen verleende ministerie.

Na de THB-arresten is geen richtinggevende jurisprudentie meer gewezen over de rol van notarissen bij handelingen met een paulianeus karakter. Notarissen zijn echter niet de enige derden, die betrokken kunnen zijn bij paulianeuze handelingen zonder daar zelf partij bij te zijn of zelf direct financieel voordeel bij te hebben. Zo heeft de Rechtbank Rotterdam zich in 2008 uitgelaten over de zorgplicht van banken bij paulianeuze handelingen.²⁰ De rechtbank oordeelde (in r.o. 2.41):

“Een bank is ten opzichte van de crediteuren van de cliënt van de bank gehouden om geen uitvoering te geven aan een betalingsopdracht waarvan de bank weet of behoort te weten dat deze paulianeus is en dat deze zal leiden tot schade voor de crediteuren van de cliënt. Deze

zorgplicht is echter beperkt tot gevallen waarin het paulianeuze karakter en de benadeling voor de bank zonder nader onderzoek kenbaar is en strekt niet zover dat de bank interne en externe gegevens moet combineren om te constateren dat er mogelijk sprake is van een paulianeuze handeling. Het grote aantal betalingen dat in Nederland dagelijks plaatsvindt, brengt met zich mee dat een verdergaande zorgplicht voor banken een feitelijk niet uit te voeren verplichting zou inhouden.”

De norm zoals die in dit laatstgenoemde vonnis (ten aanzien van de rol van de bank) is geformuleerd, is enerzijds strenger - in de zin dat zij sneller tot aansprakelijkheid van de faciliterende derde leidt - dan de norm die de Hoge Raad hanteert ten aanzien van de zorgplicht van notarissen in de THB-arresten en anderzijds is zij soepeler. De norm is strenger omdat niet vereist is dat de handeling zelfstandig tot insolventie leidt. In de THB-arresten werd dit als een vereiste voor aansprakelijkheid gehanteerd.²¹ De norm als gehanteerd door Rechtbank Rotterdam is lichter - in de zin dat minder snel aansprakelijkheid kan

17. Boks a.w., p. 118.

18. C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 290.

19. T.R. Hidma, *Actieve zorgplicht, Rechterlijke richtlijnen voor behoorlijke notariële beroepsuitoefening*, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer: Kluwer, 1994, p. 188.

20. Rechtbank Rotterdam, 1 november 2008, *LJN: BG1199*.

21. Ook de uitspraken van de Notariskamer van het hof in de bekende Yukos-uitspraken (Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 16 november 2010, *LJN: BO9062* en Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 10 mei 2011, *LJN: BQ5599*) - over klachten tegen verschillende notarissen die hun medewerking aan transacties hadden verleend terwijl niet zeker was of de curator die de notarissen de opdracht verstrekte wel vertegenwoordigingsbevoegd was - laten een verscherping zien van de norm waaraan de notaris zou moeten voldoen (waarbij de auteurs opmerken dat deze uitspraken geen betrekking hebben op de medewerking van notarissen die hun medewerking hadden verleend aan - gesteld - paulianeus handelen). In die uitspraken is het hof van oordeel dat de betreffende notarissen op grond van de uitspraak van de voorzieningenrechter (die het standpunt van de notarissen ondersteunde) en het gegeven dat het bodemgeschil al aanhangig was, er niet zonder deugdelijk nader onderzoek van uit hadden mogen gaan dat de curator bevoegd was de moedervennootschap bij het passeren van de akte te vertegenwoordigen. Aldus hebben de notarissen volgens het hof te lichtvaardig aangenomen dat de curator bevoegd was en hebben zij daarmee onzekerheid bij derden bewerkstelligd. Aangezien de notarissen als gevolg van de complexiteit van de zaak niet in staat waren op grond van hun eigen deskundigheid een gefundeerde afweging te maken tussen ministerieverlening of dienstweigering, hadden deze notarissen naar het oordeel van het hof een rechterlijke beslissing op grond van art. 254 Rv. moeten uitlokken waarin zij tot het verrichten van de gevraagde dienst zouden worden veroordeeld (deze laatste overweging heeft het hof enkel in de meest recente uitspraak, van 10 mei 2011, opgenomen). Zie hierover ook de discussie eerder in het WPNR tussen L.C.A. Verstappen enerzijds en G.P. Oosterhoff en B.F.H. Rumora-Scheltens anderzijds in *WPNR* 2011/6876 en 6894.

worden aangenomen - doordat de rechtbank een extra vereiste hanteert dat niet in THB werd gesteld; namelijk dat de derde *wist of behoorde te weten dat de handeling paulianeus is*. In de THB-arresten hoefde de notaris (slechts) te weten dat de handeling een *gevaar voor insolventie* met zich zou brengen. Het is echter maar de vraag in hoeverre notarissen zich ook op een dergelijke beperking kunnen beroepen. De Rechtbank Rotterdam motiveert de beperking immers met een verwijzing naar de massaliteit van het geautomatiseerde betalingsverkeer, hetgeen voor de door de notaris verleende diensten niet in gelijke mate opgaat.

Het vonnis van de Rechtbank Rotterdam vormt dus een gedeeltelijke verruiming van aansprakelijkheid van derden.²² In de literatuur gaan ook stemmen op die een aanzienlijk ruimere aansprakelijkheid van derden, en met name beroepsbeoefenaars betrokken bij paulianeuze handelingen, bepleiten. Een extreem voorbeeld hiervan is Van Boom. Hij schrijft:

“De norm die artikel 6:162 BW in abstracto geeft, is: gij zult in het zicht van naderend faillissement geen medewerking verlenen aan transacties waarvan u weet of behoort te weten dat deze benadeling van een of meer crediteuren zal kunnen opleveren. Zo uitgekristalliseerd is die norm overigens in werkelijkheid niet, maar ik denk dat de verzameling rechtspraak ter zake van artikel 6:162 BW en faillissementspauliana in essentie wel neerkomt op deze algemene norm.”²³

Het extreme van Van Booms standpunt is erin gelegen dat hij meent dat derden reeds aansprakelijkheid riskeren indien zij weten dat een handeling benadeling *‘zal kunnen opleveren’*. In § 5 wordt uiteengezet dat een dergelijk ruime norm zich onmogelijk in het grotere kader van de onrechtmatige daad en de pauliana laat inpassen omdat de aansprakelijkheid van derden op grond van de onrechtmatige daad dan ruimer zou zijn dan de reikwijdte van de pauliana ten aanzien van de handelende partijen.

De vraag ten aanzien van de reikwijdte van notariële aansprakelijkheid is nu of uit (i) deze recente jurisprudentie (zowel uit de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam over de zorgplicht van banken als uit de Yukos-uitspraken van de Notariskamer van het hof), (ii) de literatuur en ook uit (iii) de wetswijziging Wna, moet worden geconcludeerd dat de ‘THB-norm’ achterhaald is en dat tegenwoordig een strengere norm zou moeten gelden voor de zorgplicht die notarissen hebben bij hun medewerking aan paulianeuze handelingen.

Naar onze mening is de norm zoals die in de THB-arresten is geformuleerd inderdaad erg beperkt en zijn er ook situaties denkbaar dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld terwijl het handelen

waaraan hij zijn ministerie heeft verleend niet zelf de insolventie heeft veroorzaakt. De norm zoals bijvoorbeeld voorgestaan door Van Boom gaat echter (veel) te ver. Hieronder zullen wij handvatten geven voor een norm die voldoende rekening houdt met de diverse belangen, waaronder dat van een vlot en efficiënt rechtsverkeer. Wij staan een aansprakelijkheid van de notaris voor die secundair is ten aanzien van de aansprakelijkheid van de betrokken partijen zelf. Deze secundaire aansprakelijkheid²⁴ manifesteert zich op twee momenten in de beoordeling of de notaris aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. De eerste keer is bij de vraag wie de curator kan aanspreken (zie § 4) en de tweede keer bij de invulling van de norm en de bepaling of de notaris onrechtmatig heeft gehandeld jegens de gezamenlijke schuldeisers (zie § 5).

4. Wie wordt door de curator aangesproken: de wederpartij van de gefailleerde of de notaris?

Voordat aan de invulling van de norm van de zorgplicht van notarissen bij paulianeuze rechtshandelingen kan worden toegekomen, zal eerst worden gekeken wanneer überhaupt aan de toetsing aan die norm wordt toegekomen. Kan een notaris, nadat is gebleken van een paulianeuze handeling, door de curator worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad terwijl nog niet is gebleken dat de begunstigde geen verhaal biedt, laat staan dat jegens de begunstigde überhaupt de pauliana is ingeroepen? Bij het beantwoorden van deze vraag dient te worden bedacht dat de notaris veelal een makkelijker en daarmee aantrekkelijker doelwit is dan een contractuele wederpartij. In de eerste plaats is de notaris verzekerd en in de tweede plaats is de notaris gevoelig voor tuchtrecht en reputatie. Via twee wegen zou kunnen worden geoordeeld dat een vordering van de curator dient te worden afgewezen, in het geval de curator eenvoudig de notaris aanspreekt zonder dat hij eerst heeft geprobeerd de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers ongedaan te maken door de wederpartij van de paulianeuze rechtshandeling aan te spreken.

22. Wij laten een analyse van hoe zorgplichten van banken en notarissen zich mogelijk ten opzichte van elkaar verhouden in het kader van betrokkenheid bij schuldeisersbenadelende handelingen achterwege.

23. W.H. van Boom, ‘Een juridisch advies over paulianeus handelen’, *Ars Aequi*, 2008, p. 726 - 734. Hij vervolgt: “Ik denk overigens dat het nauw luistert hoe men het verwijt formuleert: als men medewerking aan een betaling als bedoeld in artikel 47 Fw verwijt, dan moet wel aan de vereisten van artikel 47 Fw zijn voldaan.”

24. De term secundair hanteren wij hier ter onderscheid met de hieronder te bespreken term subsidiaire aansprakelijkheid, die reeds een eigen invulling heeft gekregen.

De eerste weg is door te oordelen dat, zolang de curator een beroep toekomt op de actio pauliana, er in het geheel geen sprake is van benadeling. Gispen betoogt dat zolang de pauliana ten dienste staat aan de curator, de boedel geen schade lijdt als bedoeld in art. 6:162 BW.²⁵ Pas wanneer de pauliana niet of met beperkt gevolg of tegen hoge kosten kan worden ingesteld, ontstaat vermogensschade. Het is ook alleen deze resterende schade die de curator met een beroep op de onrechtmatige daad op een derde betrokkene kan verhalen indien deze derde op onrechtmatige wijze betrokken is geweest bij de benadeling van de gezamenlijke schuldeisers, aldus Gispen.²⁶ Deze redenering van Gispen – ook wel genoemd de subsidiaire aansprakelijkheid – is naar onze mening niet juist. De paulianavordering stelt als voorwaarde dat sprake is van benadeling van schuldeisers. Het komt ongerijmd voor om voor de pauliana aan te nemen dat sprake is van benadeling, maar dan bij de toetsing van de onrechtmatige daad te oordelen dat van een dergelijke benadeling geen sprake is.

Een andere benadering is te oordelen dat de gezamenlijke schuldeisers wel zijn benadeeld, maar dat een vordering van de curator dient te worden afgewezen, voor zover de curator zonder goede gronden de pauliana niet inroept. De curator wordt dan eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW tegengeworpen.²⁷ Deze benadering is dogmatisch anders in die zin dat er bij deze wel vanuit wordt gegaan dat de gezamenlijke schuldeisers door de paulianeuze handeling zijn benadeeld, maar dat deze benadeling niet op de beroepsbeoefenaar kan worden verhaald wegens het tekortschieten van de curator in diens schadebeperkingsplicht.

Voor de schadebeperkingsplicht gelden in principe dezelfde voorwaarden als voor de 'gewone' eigen schuld. Zo zal er tussen het nalaten maatregelen te nemen en de schade causaal verband moeten bestaan.²⁸ Tevens heeft de Hoge Raad tot maatstaf genomen of de schade in redelijkheid als gevolg van het achterwege laten van die maatregelen aan de benadeelde kan worden toegerekend.²⁹ Het benodigde causale verband tussen het handelen en de schade lijkt niet voor problemen te zorgen: het niet instellen van de pauliana door de curator heeft tot gevolg dat er minder vermogen beschikbaar is voor verdeling onder de gezamenlijke schuldeisers.

De grenzen van de verplichting ex art. 6:101 BW tot beperking van de schade worden door de redelijkheid bepaald.³⁰ Gezien het feit dat het instellen van een pauliana voor de curator geen buitengewone bezigheid is, is het redelijk dit eerst van de curator te vergen. Daarnaast weegt ook mee dat de curator de kosten van een op redelijke gronden ingestelde pauliana ingevolge art. 6:96 lid 2 sub a BW kan verhalen op de notaris indien het inroepen van de pauliana geen/onvoldoende verhaal heeft geboden (redelijke

kosten ter voorkoming of beperking van de schade). Hiermee is het een elegante oplossing voor beide partijen. De curator loopt weinig risico en de notaris is pas gehouden door de gezamenlijke schuldeisers geleden schade te vergoeden op het moment dat er in alle redelijkheid geen verhaalsmogelijkheden op de begunstigde zijn, of verhaal op deze wederpartij onredelijk bezwarend is voor de curator.³¹ Door de redelijkheidstoets hoeft ook geen digitale keuze te worden gemaakt tussen de benadering waarin de curator zich nimmer direct tot de notaris mag wenden enerzijds en de benadering waarin de curator zich juist immer en zonder enige inperking direct tot de notaris kan wenden anderzijds.

Wij menen dan ook dat aangesproken derden, met name notarissen, zich jegens een curator in principe kunnen verweren met een beroep op 6:101 BW indien de curator niet de pauliana instelt, terwijl het verwijt aan het adres van de notaris nu juist is dat deze zijn ministerie aan een paulianeuze rechtshandeling heeft verleend. Indien bijvoorbeeld de notaris zijn ministerie heeft verleend aan een paulianeuze zekerheidsvestiging in het zicht van faillissement, en deze zekerheden zijn per datum faillissement nog niet uitgewonnen, zou het zeer onredelijk en bevreemdend zijn wanneer de curator wel de notaris aanspreekt uit hoofde van onrechtmatige daad, maar niet stappen onderneemt om de zekerheden zelf te vernietigen en de zekerheidsgerechtigde gewoon als separatist zijn rechten laat uitoefenen. Bij een paulianeuze overdracht van registergoederen is de analyse behoudens bijkomende omstandigheden niet principieel anders. Uiteindelijk zal het om een veelheid van gevallen gaan. Het leidende principe is hier de redelijkheid. Een omstandigheid daarbij zal

25. G.H. Gispen, 'Vragen rond de faillissementspauliana', *Insolad Jaarboek 1998*, Deventer: Kluwer, 1998, p. 40.

26. Gispen stelt bovendien dat het niet toelaatbaar is dat een crediteur die de pauliana laat verjaren, alsnog aan die verjaring de gevolgen kan ontnemen door een onrechtmatige daadvordering in te stellen. Met laatstgenoemde stelling van Gispen is de meerderheid het echter niet eens. Zie onder meer *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, F.P. Koppen, Deventer, Kluwer 1998, p. 175. Zie meer in het algemeen over de samenloop van de faillissementspauliana en onrechtmatige daad R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzafschieting & Transaction Avoidance in Insolventies*, Deventer: Kluwer 2010, p. 332 - 354.

27. Zie voor uitgebreide analyse van de verschillende aspecten van eigen schuld A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht, Over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Recht en Praktijk 127, Deventer: Kluwer 2003.

28. Zie onder meer *Toelichting-Meijers Parl. Gesch. Van het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1981, p. 351 en *Groene Serie* Schadebeperkingsplicht bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, art. 101.

29. HR 23 april 2010, *LJN* BL4084; *RvdW* 2010/580.

30. Zie ook Keirse, a.w., p. 117 e.v.

31. De stel- en bewijsplicht bij de schadebeperkingsplicht ligt in beginsel op de gedaagde (in casu de notaris).

ook zijn in hoeverre het voor de notaris evident was dat de handeling paulianeus was. De notaris moet de curator/de schuldeisers niet opzadelen met het hoe dan ook moeten inroepen van de pauliana. Als de notaris wist dat de handeling paulianeus was, zal deze zich minder snel op de schadebeperkingsplicht van de curator kunnen beroepen.

De analyse is hiermee nog niet voltooid. De vraag resteert wat heeft te gelden wanneer de curator meent dat hij zich niet hoeft te verdiepen in de vragen naar verhaalbaarheid op de wederpartij. Hij zou simpelweg kunnen oordelen dat het 'een pot nat' is en dat partijen maar onderling moeten uitvechten wat de onderlinge draagplicht is. Hij zou daartoe een hoofdelijke veroordeling kunnen vorderen van de begunstigde en de notaris. Zo is Van den Akker van oordeel dat de zelfstandige aard van de zorgplicht van de notaris ten opzichte van derden met zich brengt dat in geval van een paulianeuze rechtshandeling het beginsel van hoofdelijkheid heeft te gelden tussen de begunstigde en de (betrokken) notaris.³²

Voor zover de curator de wederpartij aanspreekt op grond van de pauliana dient een vordering van de curator tot hoofdelijke veroordeling sowieso te worden afgewezen. Immers, de betalingsverplichting van de notaris aan de curator uit hoofde van een geslaagde onrechtmatige daadsvordering betreft een betaling van schadevergoeding, terwijl de curator jegens de contractuele wederpartij een goederenrechtelijke aanspraak zal hebben bij de paulianeuze handelingen waarbij de notaris betrokken is, zoals ofwel revindicatie van een overgedragen registergoed of de vernietiging van gevestigde zekerheden. Als gevolg hiervan zal niet voldaan zijn aan de vereisten voor hoofdelijkheid (ex art. 6:102 BW) en kan evenmin worden gesproken van eenzelfde prestatie ex art. 6:6 BW. Hier zou nog tegen kunnen worden aangevoerd dat de curator als oplossing hiervoor een onrechtmatige daadsactie tegen zowel de begunstigde als jegens de notaris zou kunnen instellen. In dat geval zou immers wel sprake zijn van eenzelfde prestatie (ex art. 6:6 BW) en dezelfde schadevergoeding (ex art. 6:102 BW). Echter, naar onze mening zou dat oneigenlijk gebruik van het recht zijn, voor zover het onderliggende verwijt dat de curator partijen maakt is dat zij paulianeus hebben gehandeld. Door niet de pauliana in te roepen, maar terug te vallen op het meer algemene onrechtmatige daadsrecht, zou de curator via een omweg hoofdelijkheid proberen te construeren die de pauliana niet biedt.

Hiermee is niet gezegd dat de curator niet meteen tegen de notaris zou kunnen procederen en/of enkel uit voorzorg de lopende verjaring zou kunnen stuiten. Indien er rekening mee gehouden moet worden dat de wederpartij van de schuldenaar na het inroepen van de pauliana onvoldoende verhaal zal bieden, zou de curator bijvoorbeeld in een procedure jegens

de notaris een verklaring voor recht kunnen vragen dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld, in combinatie met een veroordeling van de schade *voor zover* die niet met redelijke inspanning verhaalbaar is op de wederpartij.

4.1. *Duits recht: subsidiaire aansprakelijkheid*

In tegenstelling tot het Nederlandse recht kent het Duitse recht wel een subsidiaire aansprakelijkheid van de notaris.³³ § 19 van de *Bundesnotarordnung* ("BNotO") biedt een exclusieve grondslag voor de (ambts)aansprakelijkheid van de notaris voor typisch notariële activiteiten. Aansprakelijkheid kan niet daarnaast op een toerekenbare tekortkoming worden gebaseerd. § 19 BNotO luidt:

"Verletzt der Notar vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu verlangen vermag (...)."

Uit het tweede deel van de bepaling blijkt dat § 19 BNotO slechts subsidiaire aansprakelijkheid inhoudt. Indien een gelaedeerde de notaris aanspreekt, terwijl hij ook een vordering jegens een derde (zoals de laedens of een persoonlijk adviseur) kan instellen, leidt dit tot niet-ontvankelijkheid van de vordering jegens de notaris.³⁴ Een gemiste aansprakelijkheidsmogelijkheid op een dergelijke derde wordt de gelaedeerde tegengeworpen alsof deze nog bestaat.³⁵ Aan deze subsidiariteit heeft de Duitse wetgever wel enkele voorwaarden gesteld. Zo geldt deze alleen bij nalatigheid van de notaris (dus niet bij opzet) en niet bij gevallen van inbewaarneming en ondersteuning c.q. vertegenwoordiging van de belanghebbenden.³⁶ Verder moet de verhaalsmogelijkheid op de primair aan te spreken partij redelijk zijn.³⁷ De Duitse wetgever wilde ervoor zorgen dat de verhaalsmogelijkheid voor de benadeelde reël bleef.³⁸

32. E.J.A.M. van den Akker, *Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. 154.

33. Deze subsidiariteitsregeling is overigens algemeen geldend en niet specifiek toegespitst op het faillissement.

34. *Bundesnotarordnung: Kommentar*, Schippel/Bracker, 9. Auflage: Vahlen 2011, § 19, Rn 124.

35. *Bundesnotarordnung: Kommentar*, Schippel/Bracker, 9. Auflage: Vahlen 2011, § 19, Rn 127.

36. "...das gilt jedoch nicht bei Amtsgeschäften der in § 23, § 24 bezeichneten Art im Verhältnis zwischen dem Notar und dem Auftraggeber.", § 19 BNotO.

37. *Bundesnotarordnung: Kommentar*, Schippel/Bracker, 9. Auflage: Vahlen 2011, § 19, Rn 117.

38. *Das Schadensvorsorgesystem im Notariatswesen*, B. Nagel, VVW: Karlsruhe 1994, p. 13.

De gedachte achter het Duitse systeem van subsidiariteit is tweeledig. Allereerst acht de Duitse wetgever het bij nalatigheid van een notaris gewenst dat in beginsel de primair bevoordeelde wordt aangesproken. Deze gedachte is afgeleid van de algemene subsidiariteitsregel voor openbare ambtenaren.³⁹ Daarnaast weegt de ministerieplicht zwaar mee, wat ook blijkt uit de beperking van de subsidiariteit bij inbewaarneming en vertegenwoordiging. Deze handelingen vallen niet onder de ministerieplicht en de notaris mag deze zonder reden weigeren. Bij de notariële handelingen die wél onder de ministerieplicht vallen, kan de notaris zijn cliënten niet uitzoeken en moet hij daarom worden beschermd tegen vorderingen die al te lichtzinnig tegen hem worden ingesteld.

5. Welke invulling van de zorgplicht van de notaris doet recht aan de belangen van alle betrokkenen?

In § 3 is het grotere kader geschetst waarbinnen de vraag naar een zorgplichtschending van een notaris dient te worden beantwoord. In dit hoofdstuk geven wij nadere beoordelingscriteria voor de vraag of de notaris al dan niet onrechtmatig jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft gehandeld indien achteraf blijkt dat hij zijn medewerking heeft verleend aan een paulianeuze rechtshandeling. Bedacht dient wel te worden dat deze vraag ons inziens pas relevant wordt als de wederpartij van de schuldenaar geen of onvoldoende verhaal biedt of verhaal op de wederpartij in redelijkheid niet van de curator gevergd kan worden. Immers, als dat wel het geval is, dient de curator eerst de wederpartij aan te spreken om aan zijn schadebeperkingsplicht te voldoen.⁴⁰

Bij het beoordelen van de vraag of de notaris een norm jegens de gezamenlijke schuldeisers heeft geschonden, dient ten eerste onderkend te worden dat de beoordeling van de rechtmatigheid van het ministerie van de notaris een andere is dan de toets of partijen al dan niet paulianeus hebben gehandeld. Niet gezegd kan worden dat indien *partijen* paulianeus hebben gehandeld, daarmee reeds de onrechtmatigheid van het handelen van de notaris is gegeven; ook niet indien aangenomen zou moeten worden dat de notaris over dezelfde kennis en inzichten beschikte als de betrokken partijen.⁴¹ Het enkele gegeven dat een rechter later vaststelt dat een handeling paulianeus is, rechtvaardigt niet reeds de conclusie dat de notaris, met dezelfde wetenschap als partijen, daarmee ook onrechtmatig heeft gehandeld. Anderzijds zal wel te gelden hebben dat indien *partijen* niet paulianeus hebben gehandeld, de notaris hoe dan ook niet onrechtmatig zijn ministerie heeft verleend.⁴²

Een notaris handelt echter wel onrechtmatig jegens de gezamenlijk schuldeisers indien hij ook zonder nader onderzoek weet dat de rechtshandeling waarvan hij zijn medewerking verleent, paulianeus is. In

dat geval voldoet de notaris ook niet aan de in het hiervoor in § 2 aangehaalde arrest *Crédit Lyonnais* beschreven zorgplicht ter zake al hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd. Minstens zo belangrijk is dat de notaris de curator/de schuldeiser niet dient op te zadelen met het hoe dan ook moeten inroepen van de pauliana. Zie in vergelijkbare zin Broeders, die meent dat een notaris niet kan volstaan met het innemen van een lijdelijke rol. Broeders komt tot de conclusie dat de notaris zich dient te onthouden van handelingen waarvan hij weet of behoort te weten dat deze paulianeus zijn.⁴³

Pièce de résistance is vervolgens het vaststellen van de grens van onrechtmatig handelen jegens de gezamenlijke schuldeisers wanneer de notaris redenen heeft te twifelen of een transactie de toets van de pauliana zal kunnen doorstaan. Een mogelijke benadering zou zijn te kijken in hoeverre de notaris kon voorzien dat de handeling paulianeus zou zijn. De vraag naar het onrechtmatig handelen van de notaris staat en valt ons inziens echter niet enkel met de mate waarin ten tijde van de transactie duidelijk was dat de handeling paulianeus was. Bij de beoordeling of de notaris civielrechtelijk onrechtmatig handelt door zijn ministerie te verlenen, dienen (behoudens

39. Zie art. 839, lid 1, 2e zin BGB.

40. Ook indien men het hiervoor in § 4 betoogde niet zou volgen, blijft onverlet dat bij de beoordeling van de norm-schending geldt dat de pauliana een norm geeft voor de handelende partijen en niet een aansprakelijkheidsregel voor derden geeft. Wij menen dan ook dat hetgeen hier in § 5 wordt uiteengezet, geldt ongeacht of men de curator toch, in tegenstelling tot hetgeen hierboven is betoogd, geheel vrij zou achten in het vervolgen van de aanspraken die het privaatrecht hem biedt.

41. Reeds in het algemeen geldt o.i. dat de pauliana niet als een *lex specialis* van de onrechtmatige daad kan worden beschouwd. Een gevolg van het verwerpen van een dergelijk nauw verband van *lex specialis*-*lex generalis* tussen de pauliana en de onrechtmatige daad is dat wij menen dat ook reeds niet kan worden gezegd dat indien *partijen* paulianeus hebben gehandeld, deze *partijen* daarmee *ipse facto* ook een onrechtmatige daad in de zin van 6:162 BW hebben gepleegd. Zo staan onder meer de in de praktijk zeer belangrijke bewijsvermoedens aan *lex specialis* relatie in de weg. Indien bijvoorbeeld een paulianavorde- ring van de curator wordt toegewezen omdat de weder- partij er niet in slaagt een toepasselijk bewijsvermoeden te ontzenuwen, is er onvoldoende grond aan te nemen dat de wederpartij ook daarmee reeds aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. De pauliana is een nietigheidsactie en geen actie tot schadevergoeding. Ter nadere illustratie kan er nog op worden gewezen dat ook een bestuurder die namens de vennootschap een paulianeuze handeling verricht, daarmee nog niet automatisch zelf onrechtmatig jegens de schuldeisers handelt. Zie nader, R.J. de Weij, *Faillissementspauliana, Insolvent- zanaftecht & Transaction Avoidance in Insolventies*, Deventer: Kluwer 2010, p. 354 en 355.

42. Dit volgt uit het hierboven in § 3 reeds besproken arrest HR Van Dooren q.q./ABN Amro I.

43. Zie de bijdrage van M.A. Broeders 'Notaris, onderneming en insolventie', in *Insolventierecht in de notariële praktijk*, Sdu Uitgevers 2011, p. 183 e.v.

het geval dat de notaris wist dat de handeling paulianeus was) twee vragen in onderlinge samenhang te worden gesteld: Ten eerste in hoeverre duidelijk was dat de rechtshandeling paulianeus zou kunnen zijn. Ten tweede in hoeverre voor de notaris duidelijk was dat verhaal op de civielrechtelijke wederpartij bij de gewraakte handeling niet of niet geheel mogelijk zou zijn. Uitgangspunt hierbij dient te zijn dat indien de notaris geen zorgen heeft of behoeft te hebben over de mogelijkheden van verhaal, hij zich ook geen zorgen hoeft te maken over de benadeling van schuldeisers. Immers, voor zover de schuldeisers reeds door een handeling zouden worden benadeeld en de handeling paulianeus zou zijn, kan de curator de wederpartij aanspreken.

Anderzijds zal dan ook gelden dat hoe groter de zorg van de notaris over de solvabiliteit van de begunstigde/wederpartij is, hoe meer de notaris zich zal moeten afvragen of hij op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid niet zijn dienst zal moeten weigeren als hij meent dat de transactie paulianeus kan zijn. Hierbij bestaat een grijs gebied, waarbij de vraag of de notaris onrechtmatig heeft gehandeld, afhankelijk is van vele factoren. De notaris zal bij de beoordeling een zekere beoordelingsvrijheid moeten worden toegekend. Indien de notaris de problematiek heeft onderkend, zich heeft laten informeren en vervolgens weloverwogen een beslissing heeft genomen, is de enkele omstandigheid dat later blijkt dat de handeling paulianeus was en de contractuele wederpartij geen verhaal biedt, onvoldoende voor aansprakelijkheid van de notaris.⁴⁴

In onze visie heeft de notaris in beginsel dan ook onrechtmatig gehandeld indien hij ten tijde van de handeling waarvoor zijn medewerking werd gevraagd wist dat die handeling paulianeus was. In de tweede plaats zal de notaris onrechtmatig handelen indien hij zijn ministerie heeft verleend aan een paulianeuze rechtshandeling indien het voor hem duidelijk was of had moeten zijn dat de rechtshandeling waarvoor zijn medewerking werd gevraagd waarschijnlijk paulianeus zou zijn, terwijl hij ook kon of behoorde te voorzien dat verhaal op de wederpartij niet mogelijk zou zijn. Niet onrechtmatig handelt de notaris dan indien hij weliswaar aarzeling had bij de vraag of de handeling de toets van de pauliana zal kunnen doorstaan, maar niet kon of behoorde te voorzien dat de wederpartij geen verhaal zou bieden.

Het mogelijke tegenargument dat de notaris met zijn juridische expertise maar een juiste inschatting moet kunnen maken of iets wel of niet paulianeus is, miskent het complexe karakter van de problematiek. De pauliana heeft zich daarbij ontwikkeld tot een dermate ingewikkeld leerstuk dat het veelal lastig is om ten tijde van de handeling met zekerheid te kunnen oordelen of een handeling wel of niet paulianeus is. Zie in deze zin treffend, J.J. van Hees over de werking van bewijsvermoedens: "Omdat veelal niet

valt te voorspellen of en zo ja binnen welke termijn een mogelijke actio pauliana aan de orde komt, is het paulianarisch bij rechtshandelingen die binnen het bereik van de wettelijke regeling voor een omkering van de bewijslast vallen vaak niet of nauwelijks in te schatten."⁴⁵ Ook de rechtelijke macht heeft de zaak Van Dooren q.q./ABN Amro tot drie keer toe tot de Hoge Raad laten komen, voordat duidelijk was of de toezegging van Hendriksen zekerheden te vestigen, wel of niet paulianeus was.⁴⁶ De rol en kennis van de notaris dienen dan ook niet overschat of overvraagd te worden. De wettelijk voorgeschreven tussenkomst van de notaris is vereist voor het vastleggen van de transactie en niet om een garantie te krijgen ten aanzien van de onaantastbaarheid van de transactie, welke garantie ook nog eens zou zijn afgezekerd met notariële aansprakelijkheid.

In het hiernavolgende zal de hier voorgestane norm worden toegepast op respectievelijk verplichte rechtshandelingen in strijd met art. 47 Fw en onverplichte rechtshandelingen in strijd met art. 42 Fw, waarbij steeds het uitgangspunt is dat de handeling paulianeus is.

5.1. Ministerie bij verplichte rechtshandelingen hangende een faillissementsaanvraag

Art. 47 Fw biedt twee gronden om een verplichte rechtshandeling te vernietigen, te weten 'samen spanning'⁴⁷ en de wetenschap van een aanhangige

44. Zoals hiervoor (noot 21) reeds is uiteengezet, heeft naar aanleiding van de tuchtuitspraken van de Notariskamer van het hof in de Yukos-zaken, in WPNR reeds een discussie plaatsgevonden tussen Verstappen en de advocaten die voor klagers in deze procedure optraden (L.C.A. Verstappen, Is dit nieuw beleid van de tuchtkamer van het Hof van Amsterdam?, WPNR 2011/6876; G.P. Oosterhoff en B.F.H. Rumora-Scheltema, Reactie, WPNR 2011/6894; en L.C.A. Verstappen, Naschrift, WPNR 2011/6894). Met Verstappen zijn wij van mening dat het werk van de notaris met deze tuchtuitspraken in belangrijke mate onmogelijk wordt gemaakt en dat het van groot belang is de beoordelingsvrijheid van de notaris te erkennen. Ter voorkoming van herhaling verwijzen wij naar (het standpunt van Verstappen in) voormelde discussie.

45. J.J. van Hees, 'Divida et impera': verdelingsvraagstukken in het zicht van insolventie', in: M. Holzer, A.F.J.A. Leijten en D.J. Oranje, *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2008-2009*, Deventer: Kluwer 2009, p. 175.

46. Bovendien is het weigeren door de notaris zijn ministerie te verlenen omdat hij niet zeker weet of de betreffende handeling paulianeus is, ook niet de oplossing.

47. De grond van 'samen spanning' volgt uit de nadere invulling van het overleg-criterium dat in art. 47 Fw wordt genoemd. De Hoge Raad heeft in zijn arrest HR Gispén q.q./IFN (NJ 1995, 628) het volgende overwogen: "In het licht hiervan, brengt een redelijke, ook met de huidige eisen van zekerheid van het betalingsverkeer strokende, uitleg van art. 47 mee, dat voor de aanwezigheid van overleg als in dat artikel bedoeld, is vereist dat sprake is van samenspanning, dat wil zeggen dat niet alleen bij de schuldeiser, maar ook bij de schuldenaar het oogmerk heeft voorgezet, door de gewraakte betaling deze schuldeiser boven andere te begunstigen."

faillissementsaanvraag.⁴⁸ Wij bespreken hier de tweede. Bij een verplichte rechtshandeling waar een notaris aan te pas dient te komen, valt te denken een verplichte zekerheidsverschaffing, zoals het vestigen van hypotheekrechten aan een bank na een beroep op art. 26 Algemene Bankvoorwaarden.⁴⁹ Wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag maakt het mogelijk een verplichte rechtshandeling te vernietigen. Art. 47 Fw richt zich daarbij op de wederpartij van de failliet. Hoewel de enkele wetenschap van een aanhangige faillissementsaanvraag voldoende rechtvaardiging biedt de pauliana in te roepen jegens de ontvangende schuldeiser, is de enkele wetenschap van de notaris van een aanhangige faillissementsaanvraag onvoldoende om te oordelen dat de notaris onrechtmatig heeft gehandeld door zijn ministerie te verlenen.

Ons inziens zou de notaris onrechtmatig handelen als hij zijn medewerking verleent aan een rechtshandeling terwijl hij weet dat het faillissement van de betalende/zekerheidsverlenende partij is aangevraagd en hij ook weet dat het faillissement er zal komen. Op het moment echter dat partijen voorafgaand aan de bestreden handeling gemotiveerd aan de notaris hebben kunnen uiteenzetten waarom het faillissement mogelijk nog zou kunnen worden voorkomen (ondanks dat het wel reeds was aangevraagd), zal de notaris ons inziens zijn dienst niet mogen weigeren en kan hij achteraf niet aansprakelijk worden gesteld. Dit wordt pas anders indien de notaris niet alleen zorgen heeft over de vraag of de transactie paulianeus is, maar ook kon of behoorde te voorzien dat de wederpartij geen verhaal zou bieden. Ook hier heeft te gelden dat de notaris een beoordelingsvrijheid moet worden toegekend.

Deze benadering is ook in overeenstemming met de THB-norm. Immers, in het geval van een aanhangige faillissementsaanvraag hoeft nog geenszins te zijn voldaan aan de strenge THB-norm ('ernstig gevaar voor insolventie door het gewraakte handelen'). Er hoeft geen enkele relatie te bestaan tussen het faillissement van de betreffende partij en de handelingen waaraan de notaris zijn medewerking heeft verleend, zoals het verstrekken van zekerheden.

Dat de enkele wetenschap van een hangende faillissementsaanvraag niet met zich brengt dat derden aansprakelijk zijn indien zij hun medewerking verlenen aan handelingen die in geval van een opvolgend faillissement het actief zouden doen verminderen, blijkt ook uit het volgende. Als de notaris op dezelfde gronden aansprakelijk zou zijn uit hoofde van onrechtmatige daad als partijen aangesproken kunnen worden met de pauliana uit art. 47 Fw, zou aan de wetenschap van een faillissementsaanvraag *de facto* hetzelfde effect worden toegekend als aan een gelegd beslag. Waar beslag nog met waarborgen is omgeven, met name toestemming van de Voorzieningrechter en een strikte risicoaansprakelijkheid

indien de vordering waarvoor beslag is gelegd wordt afgewezen, geldt dit niet voor het indienen van een faillissementsaanvraag. Verder wordt beslag op specifieke vermogensbestanddelen gelegd en is er veelal nog de mogelijkheid door het stellen van een bankgarantie een gelegd beslag op te heffen.⁵⁰ Beslag is de door de wetgever aangewezen weg om verhaalsobjecten veilig te stellen. Aan het versturen van een brief met een mededeling dat het faillissement is aangevraagd, waardoor notarissen niet meer bereid zouden zijn overdrachten c.q. zekerheidsvestigingen te faciliteren, kan een dergelijk (rechts)gevolg niet worden verbonden. Indien de enkele wetenschap van een faillissementsaanvraag met zich zou brengen dat derden geen handelingen ten laste van het vermogen van de mogelijk toekomstige failliet mogen verrichten, dan wel mogen faciliteren, dan zou dit verstrekken ongewenste en door de wetgever nimmer beoogde gevolgen hebben. De enkele faillissementsaanvraag zou daarmee zeer wel een "*self-fulfilling prophecy*" kunnen worden, doordat de schuldenaar niet meer *kan* handelen.

Voor zover de zekerheden nog niet zijn uitgewonnen, zal de curator zich, zo mogen wij toch hopen, in ieder geval eerst tot de wederpartij richten. Mocht echter bijvoorbeeld een bank reeds de zekerheden hebben uitgewonnen en wegens eigen insolventie geen verhaal bieden, dan zal een curator mogelijk toch naar de notaris kijken. In het algemeen zal echter te gelden hebben dat de enkele wetenschap van een faillissementsaanvraag volstrekt onvoldoende is om de notaris een verwijt van onrechtmatig handelen wegens verleende ministerie in de schoenen te schuiven. Daarvoor zal nog vereist zijn dat de notaris gronden had aan te nemen dat ondanks pogingen van partijen het faillissement af te wenden, deze vruchteloos zouden zijn of dat de notaris concrete aanwijzingen had dat de wederpartij, hier een bank, geen verhaal zou bieden voor vorderingen uit hoofde van de pauliana.

48. Zie in het algemeen over de werking van art. 47 Fw, N.E.D. Faber, *Verrekening*, Deventer: Kluwer 2005, p. 335 - 352, B. Wessels, *Gevolgen van faillietverklaring* (2), Deventer, Kluwer 2010, nrs. 3195 - 3233 en R.J. de Weijis, a.w., p. 279 - 300.

49. Zie over de werking van de Algemene Bankvoorwaarden bij toepassing van de pauliana, De Weijis, a.w., p. 282, 283 en p. 291 - 296.

50. Voorts is gewaarborgd dat bij een dergelijk beslag ook de derde beslagene de vereiste duidelijkheid krijgt middels de (over)betekening bij gebreke waarvan het beslag vervalt. Dit alles ontbreekt bij een faillissementsaanvraag.

5.2. Ministerie bij onverplichte rechtshandelingen

Art. 42 Fw voorziet in de mogelijkheid onverplichte rechtshandelingen te vernietigen. Vereist voor een geslaagd beroep op de pauliana is een onverplichte rechtshandeling verricht voor het faillissement, die heeft geleid tot benadeling van schuldeisers, terwijl de schuldenaar wist of behoorde te weten dat benadeling het gevolg zou, en bij rechtshandelingen anders dan om niet tevens de wederpartij handelde met deze wetenschap.⁵¹

In het arrest Bakker q.q./Katko⁵² heeft de Hoge Raad reeds geoordeeld dat voor het slagen van een beroep op de pauliana *niet* voldoende is de wetenschap dat een *kans op benadeling* bestaat. In Van Dooren q.q./ABN Amro III⁵³ oordeelde de Hoge Raad dat van wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw sprake is indien ten tijde van de handeling het faillissement en een tekort daarin met een *redelijke mate van waarschijnlijkheid* waren te voorzien voor zowel de schuldenaar als degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte.

Voormelde normen hebben uitdrukkelijk betrekking op de wetenschap van de schuldenaar en degene met of jegens wie de schuldenaar de rechtshandeling verrichtte, derhalve op *partijen zelf*. De vraag is vervolgens welke norm zou moeten gelden ten aanzien van de wetenschap van derden, zoals de notaris, die niet partij zijn bij de transactie, maar slechts hun medewerking verlenen aan de transactie.

Van Boom gaat bij de toepassing van art. 6:162 BW van de norm uit dat iemand in het zicht van een naderend faillissement geen medewerking mag verlenen aan transacties waarvan hij weet of behoort te weten dat deze benadeling van een of meer schuldeisers *zal kunnen* opleveren.⁵⁴ Deze norm gaat ons inziens (veel) te ver. Voor het aannemen van de wetenschap van benadeling in de zin van art. 42 Fw is volgens vaste, hiervoor aangehaalde jurisprudentie een 'kans op benadeling' niet voldoende.⁵⁵ Van Boom betoogt dus impliciet dat derden eerder aansprakelijk zijn uit hoofde van onrechtmatige daad dan dat de betrokkenen zelf aangesproken kunnen worden op grond van de pauliana. Dit verhoudt zich reeds niet met het uitgangspunt van HR Van Dooren q.q./ABN Amro I, dat geen sprake zal zijn van onrechtmatig handelen indien niet aan de vereisten van de pauliana is voldaan.

Voor zover het betoog van Van Boom enigszins afgezwakt zou moeten worden tot de zin dat waar partijen paulianeus handelen, de notaris die zijn ministerie verleent en kennis heeft van dezelfde feiten en omstandigheden onrechtmatig handelt, kan het echter ook niet gevolgd worden. Derden als de notaris zijn geen partij en hebben daarmee niet direct een financieel belang bij de transactie. Ten aanzien van derden past een norm die verdiscon-

teert dat zij niet op dezelfde wijze verantwoordelijkheid dragen als betrokken partijen. Ook al heeft de notaris met dezelfde kennis van zaken zijn ministerie verleend als waarmee de partijen hebben gehandeld, dan rechtvaardigt het oordeel dat de onverplichte handeling van partijen vernietigbaar is op grond van art. 42 Fw nog niet dat de notaris daarmee onrechtmatig heeft gehandeld.⁵⁶ De pauliana is een restitutieaanspraak gericht op de wederpartij. Voor een aanspraak tot schadevergoeding van een derde, zal de normschending aanzienlijk zwaarder moeten zijn.

Voor notariële aansprakelijkheid ter zake van ministerie bij onverplichte rechtshandelingen moet ofwel evident zijn dat er sprake is van paulianeus handelen, ofwel moet het voor de notaris zeer waarschijnlijk zijn geweest dat sprake was van paulianeus handelen terwijl bij hem serieuze bedenkingen bestonden ten aanzien van de solvabiliteit van de wederpartij. Enkel zorgen over de vraag of de handeling mogelijk paulianeus zal kunnen zijn, kunnen nog niet het oordeel dragen dat de notaris daarom op straffe van persoonlijke aansprakelijkheid reeds zijn ministerie dient te weigeren.

Een goed voorbeeld van de uitwerking van de hier voorgestane aansprakelijkheidsnorm is de inschakeling van een notaris bij een reorganisatie van een onderneming in moeilijkheden. Stel een onderneming zit in grote financiële problemen. Als er niets gebeurt, zal deze onderneming failleren. Een grote solvabele partij is bereid een dochteronderneming over te nemen. Het is nog maar zeer de vraag of de maatregelen de onderneming zullen redden en er bestaan serieuze twijfels of de handelingen bij een eventueel later faillissement de toets van de pauliana kunnen doorstaan. Duidelijk is namelijk wel dat de koopsom zal worden aangewend voor de herstructurering en daarmee niet voor schuldeisers beschikbaar zal zijn indien het onverhoopt toch in een faillissement eindigt. In een dergelijk spannend geval zal de notaris naar ons oordeel zijn dienst bij de aandelenoverdracht niet mogen weigeren en zal

51. Zie in het algemeen over de werking van art. 42 Fw, Faber, a.w., p. 315 - 335, Wessels, a.w., nrs. 3057 - 3128 en De Weijis, a.w., p. p. 222 - 279.

52. HR 17 november 2000, Bakker q.q./Katko, NJ 2001, 272 (m.nt. Van Schilfgaarde).

53. HR 22 december 2009, Van Dooren q.q./ABN Amro III, NJ 2010, 273 (m.nt. Van Schilfgaarde).

54. W.H. van Boom, 'Een juridisch advies over Paulianeus handelen', *Ars Aequi*, 2008, p. 726 - 734.

55. Zie onder meer HR 17 november 2000, Bakker q.q./Katko, NJ 2001, 272 (m.nt. Van Schilfgaarde).

56. In het algemeen geldt ons inziens reeds dat de vaststelling dat een handeling paulianeus is, niet met zich brengt dat partijen reeds daarmee ook aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad (zie uitgebreider voetnoot 41 hierboven).

hier geen ruimte zijn voor notariële aansprakelijkheid. Uiteraard zal de notaris de problematiek tevoren moeten onderkennen en partijen erop moeten wijzen dat er een gereede kans is dat deze handeling achteraf als paulianeus zal worden beoordeeld. De notaris zal ook dienen vast te leggen dat hij dit met partijen heeft besproken. Indien achteraf blijkt dat de handeling inderdaad paulianeus is dan kan een vordering van de curator op de notaris niet worden toegewezen, ook al heeft de notaris met dezelfde kennis als de partijen gehandeld.

6. Conclusie

De laatste jaren is een verschuiving waarneembaar in de opvatting over de zorgplicht die notarissen hebben in verband met hun medewerking bij (mogelijk) paulianeuze handelingen. De opvatting lijkt post te vatten dat als er ook maar een kans is dat de betrokken rechtshandeling paulianeus zou kunnen zijn, de notaris zijn ministerie zou moeten weigeren omdat hij anders onrechtmatig handelt. Een gevolg hiervan is dat notarissen - begrijpelijk maar ten onrechte en zeer onwenselijk - hun dienst weigeren uit angst nadien te worden aangesproken.

De primaire taak van de notaris is het vastleggen en registreren van bepaalde rechtshandelingen. Vanuit een faillissementsperspectief is hiervan het grote voordeel dat de positie van partijen, voor zover de notariële vorm voor een rechtshandeling is voorgeschreven, duidelijk is. Een bijkomend voordeel is dat, wederom voor zover de notariële vorm is voorgeschreven, de curator eenvoudig de rechtshandelingen voorafgaand aan het faillissement kan traceren evenals latere overdrachten. Dat de notaris zijn ogen niet kan sluiten voor de grotere wereld is duidelijk. De zorgplicht van de notaris jegens derden dient echter niet zo ver opgerekt te worden dat de primaire taak in het gedrang komt doordat notarissen bij iedere twijfel hun ministerie gaan weigeren. Ook indien het spannend wordt en het vraagstuk van de pauliana op tafel ligt, zijn primair partijen zelf verantwoordelijk voor de gevolgen van hun handelingen. Een ruime notariële aansprakelijkheid zal ertoe leiden dat partijen in financiële nood geen notaris meer kunnen vinden die zijn ministerie verleent.

Ter bescherming van niet alleen de notaris, maar ook van een flexibel en efficiënt rechtsverkeer, dient onderkend te worden dat de notariële aansprakelijkheid slechts op de achtergrond speelt. Ten eerste brengt de algemene schadebeperkingsplicht ex art. 6:101 BW met zich dat de curator in beginsel eerst de contractuele wederpartij dient aan te spreken. Slechts indien deze geen verhaal biedt of anderszins in redelijkheid niet van de curator kan worden gevergd dat deze eerst de contractuele wederpartij aanspreekt, kan de curator de notaris aanspreken. Ten tweede zal slechts onder uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden aangenomen dat de nota-

ris, door zijn ministerie te verlenen aan een paulianeuze handeling, onrechtmatig handelt jegens de gezamenlijke schuldeisers. Hierbij dient bedacht te worden dat het enkele feit dat de handeling paulianeus is, onvoldoende is om te oordelen dat de notaris daarmee reeds onrechtmatig heeft gehandeld, zelfs wanneer de notaris handelde met dezelfde kennis als partijen. Bij het invullen van de zorgplicht van notarissen jegens derden, staat of valt de vraag of de notaris onrechtmatig heeft gehandeld echter niet enkel met de beantwoording van de vraag in hoeverre de notaris het paulianeuze karakter onderkende of behoorde te onderkennen. Een belangrijke vraag is ook in hoeverre de notaris redenen had om, indien later zou blijken dat de handeling zou kunnen worden bestreden op grond van de pauliana, aan te nemen dat de wederpartij ook geen verhaal zou bieden. Hoe meer de zorg van de notaris toeneemt over de solvabiliteit van de begunstigde enerzijds en waarschijnlijkheid van het paulianeuze karakter van de handeling anderzijds, hoe meer de notaris zich ook zal moeten afvragen of hij niet zijn dienst zal moeten weigeren. Hier zal een groot grijs gebied bestaan. Wij menen dat de notaris bij deze keuze een zekere beoordelingsvrijheid moet worden toegekend.

Gewaakt dient te worden voor een stroperig rechtsverkeer door bange notarissen. De notaris dient niet te worden gezien als de 'rijdende rechter' die in iedere situatie tot in detail in beoordeling treedt van de verhoudingen van partijen en de voorgenomen handelingen. Ook kan de notaris niet als een soort kredietverzekeraar worden behandeld die instaat voor de mogelijkheden van verhaal als een transactie in notariële vorm in strijd blijkt te zijn met de pauliana. De notaris staat op afstand en kan slechts in uitzonderlijke gevallen aansprakelijk worden gehouden voor zijn betrokkenheid bij paulianeuze handelingen.