
**DE ROL VAN DE NOTARIS BIJ INDIRECTE
VASTGOEDTRANSACTIES**

MRE scriptie

mr. R.R. van der Kooi

Eerste begeleider: drs. W.J. van der Post

Tweede begeleider: drs. G.B. Markink

Datum: 10 september 2020



WOORD VOORAF

Transacties waarbij de aandelen in plaats van de bakstenen worden overgedragen hebben de afgelopen jaren sterk aan populariteit gewonnen. Deze scriptie gaat over de rol die de notaris dient te vervullen bij dergelijke indirecte vastgoedtransacties. Met dit onderwerp ben ik aan de ene kant dicht bij mijn juridische huis gebleven. Een groot deel van mijn werkzaamheden houden verband met de notariële begeleiding van indirecte vastgoedtransacties. Aan de andere kant heb ik de uitdaging gezocht door niet een onderwerp van materieel recht uit te diepen, maar in te zoomen op de 'softe' kant van het notariële recht: de norm van het handelen van de notaris staat in deze scriptie centraal.

Met het afronden van deze MRE scriptie eindigt een bijzondere tijd. Met veel plezier kijk ik terug op twee leerzame en leuke studiejaren aan de Amsterdam School of Real Estate. Het hoogtepunt van de werkweek was gedurende deze periode steevast de vaste lesdag aan het Jollemanhof.

Veel dank ben ik verschuldigd aan mijn collega Fokke Jan Vonck. Als mijn interne begeleider was hij steeds bereid om mij snel van praktische, maar ook kritische feedback te voorzien. Ook grote dank aan mijn begeleiders Wim van der Post en Gerben Markink voor hun nuttige feedback. Dit heeft beslist bijgedragen aan de leesbaarheid van deze scriptie voor de niet-notariële jurist. Verder ben ik nog dank verschuldigd aan mijn collega Jérôme Ariës voor het becommentariëren van de fiscale paragrafen van deze scriptie.

Ralph van der Kooi
Amsterdam, september 2020

INHOUDSOPGAVE

Artikel		Pagina
1	INLEIDING	1
2	KADASTRAAL RECHERCHEREN – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES.....	7
3	KADASTRAAL RECHERCHEREN – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES	15
4	UITBETALING VAN DE KOOPSOM – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES	23
5	UITBETALING VAN DE KOOPSOM – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES.....	26
6	WVG – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES	31
7	WVG – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES	33
8	OVERDRACHTSBELASTING - DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES.....	37
9	OVERDRACHTSBELASTING - INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES	40
10	CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN.....	42
11	LIJST MET GEHANTEERDE AFKORTINGEN.....	46
12	LITERATUURLIJST	47
13	JURISPRUDENTIELIJST.....	49

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding

- 1.1.1 Een duidelijke trend die de afgelopen jaren zichtbaar is geworden in de Nederlandse vastgoedmarkt is het groeiend aantal indirecte vastgoedtransacties ten nadele van het aantal directe vastgoedtransacties.

Een bekend voorbeeld hiervan is de recente acquisitie (maart 2019) door de Zweedse belegger Heimstaden van een woningportefeuille van 9.544 woningen en 12.100 vierkante meter commerciële ruimte in Nederland. Deze transactie werd afgelopen jaar vormgegeven door de overname door Heimstaden van het aandelenbelang van Round Hill Capital in diverse vastgoedvennootschappen.

Onder een indirecte vastgoedtransactie wordt verstaan de transactie waarbij het (aandelen)belang in een rechtspersoon door een verkoper aan een koper wordt overgedragen met als leidend motief het verkrijgen van het economisch belang bij het vastgoed dat wordt gehouden door deze rechtspersoon. Onder een directe vastgoedtransactie wordt verstaan de transactie waarbij door een verkoper aan een koper het vastgoed zelf wordt overgedragen.

Aan deze twee transactiestructuren wordt in Nederland ook geregeld gerefereerd met de Engelse aanduidingen: '*share deal*' respectievelijk '*asset deal*'. In deze scriptie worden de gangbare Nederlandse begrippen 'indirecte vastgoedtransactie' en 'directe vastgoedtransactie' gehanteerd.

- 1.1.2 De redenen om een transactie te structureren als een indirecte vastgoedtransactie kunnen fiscaalrechtelijk zijn ingegeven. De indirecte vastgoedtransactie kan tot een fiscale optimalisatie leiden voor zowel de vennootschapsbelasting, de overdrachtsbelasting als de omzetbelasting. Deze voordelen kunnen in bepaalde gevallen ook cumulatief werken.

Het klassieke voorbeeld uit de vennootschapsbelasting heeft betrekking op de mogelijkheid voor de verkoper om bij een indirecte vastgoedtransactie met gebruik van de deelnemingsvrijstelling niet te hoeven afrekenen over de verkoopwinst. In een dergelijk geval ontstaat er weliswaar een latente vennootschapsbelasting verplichting op het niveau van de over te nemen vennootschap, welke latente verplichting de koper op zijn beurt verdisconteerd zal willen hebben in de koopsom. Echter, doordat het afrekenmoment van deze verplichting (ver) in de toekomst kan liggen, wordt de contante waarde van deze latente verplichting door partijen beduidend lager getaxeerd dan de nominale waarde van de verplichting op het moment van de transactie. De verplichting wordt in de praktijk dan ook doorgaans niet voor de nominale waarde in mindering gebracht op de koopsom, maar met toepassing van een tussen partijen nader overeen te komen korting.

Een in de praktijk voorkomend voorbeeld waar de indirecte vastgoedtransactie een voordeel in de sfeer van de overdrachtsbelasting kan opleveren is het geval dat er meerdere (niet-gelieerde) kopers optreden die elk een belang van minder dan een derde in het vastgoedlichaam verkrijgen. In een dergelijk geval kwalificeert de verkrijging niet als een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting.

In de omzetbelasting kan zich een aanzienlijk voordeel materialiseren bij indirecte vastgoedtransacties indien de koper geen recht heeft op aftrek van omzetbelasting en het onderwerp van de transactie 'nieuw vervaardigd' vastgoed betreft. Dit is bijvoorbeeld het geval bij

nieuwbouwwoningen die door een ontwikkelaar aan een belegger worden verkocht. Aangezien de indirecte vastgoedtransactie is vrijgesteld van omzetbelasting treedt er geen 'BTW-schade' op over de winst (de koopsom minus de voortbrengingskosten).

- 1.1.3 Naast fiscaalrechtelijke overwegingen kunnen er ook (mede) civielrechtelijke overwegingen ten grondslag liggen aan de indirecte vastgoedtransactie.

Indien met het vastgoed feitelijk ook een onderneming wordt verkocht geniet de indirecte vastgoedtransactie in veel gevallen de voorkeur. Een directe vastgoedtransactie zou als groot nadeel hebben dat naast het vastgoed alle individuele (vermogens)rechten, schulden en contracten zouden moeten worden overgedragen. Naast het feit dat het praktisch een lastige opgave zal zijn – alle contracten, schulden en vorderingen zouden exact in kaart moeten worden gebracht – staan de verschillende juridische formaliteiten vaak ook in de weg aan een soepele overdracht. Contractuele wederpartijen dienen bijvoorbeeld in beginsel medewerking te verlenen aan iedere individuele contractovername. De indirecte vastgoedtransactie heeft dan als voordeel dat alle (vermogens)rechten, schulden en contracten op naam blijven van de rechtspersoon waarin een (aandelen)belang wordt overgedragen. Een dergelijke transactiestructuur wordt in de praktijk bijvoorbeeld gebruikt bij de verkoop van hotels.

Een ander (meer specifiek) voorbeeld is het geval waarbij aan een huurder bij een vervreemding van het gehuurde bepaalde rechten zijn toegekend, zoals een voorkeursrecht tot koop. Afhankelijk van de redactie van dit contractuele voorkeursrecht vindt een dergelijk voorkeursrecht geen toepassing indien de aandelen in de bovenliggende vennootschap worden vervreemd in plaats van de stenen zelf. De aandeelhouder (van de verhuurder) zal immers zonder nadere regeling niet vanzelf gebonden zijn aan een afspraak tussen de verhuurder en de huurder.

Zo visten Hema en Bijenkorf bij meerdere rechtbanken, en inmiddels ook het Hof Den Haag, achter het net toen zij meenden in 2015 hun contractuele voorkeursrecht te kunnen uitoefenen toen IEF Capital verschillende van hun winkels verkocht door middel van een indirecte transactie.¹

1.2 Probleemstelling

- 1.2.1 De indirecte vastgoedtransactie is op zich geen nieuw fenomeen. Toch is het belang van deze transactiestructuur de laatste jaren aanzienlijk gestegen onder invloed van de Angelsaksische (M&A) rechtspraktijk die de (grote) transacties in Nederland steeds meer beïnvloeden, alsmede door de snel stijgende prijzen op de Nederlandse vastgoedmarkt waardoor vanuit fiscaal perspectief de indirecte vastgoedtransactie steeds aantrekkelijker is geworden. Dit laatste kan als volgt worden verklaard:

In een opgaande markt zal het verschil tussen de fiscale boekwaarde en de marktwaarde van het in de transactie betrokken vastgoed normaal gesproken groter zijn. Hoe groter het verschil tussen de hogere marktwaarde en de lagere fiscale boekwaarde, des te groter is het voordeel in verband met de deelnemingsvrijstelling (in combinatie met de latente belastingclaim) uit de vennootschapsbelasting.

- 1.2.2 Voor de juridische effectuering van zowel de directe vastgoedtransactie als ook de indirecte vastgoedtransactie is in beginsel de tussenkomst van een notaris vereist. De levering van

¹ Ik volsta hier met een verwijzing naar het arrest van het Hof: Hof 's-Gravenhage 24 december 2019.

aandelen in een niet-beursgenoteerde N.V. en aandelen in een B.V. vereist een notariële akte.² Voor de levering van onroerende zaken is tevens een notariële akte vereist.³

1.2.3 Het steeds complexer worden van de juridische rechtspraak heeft de laatste jaren geresulteerd in een grote mate van specialisering binnen het notariaat over de drie klassieke notariële werkgebieden: (i) het personen- en familierecht, (ii) het ondernemingsrecht, en (iii) het vastgoedrecht. De levering van aandelen in een vennootschap is daarbij een typische aangelegenheid voor de ondernemingsrechtnotaris, terwijl de levering van de registergoederen tot het werkgebied behoort van de vastgoednotaris.

1.2.4 De indirecte vastgoedtransactie heeft in die zin een wat hybride karakter. Aan de ene kant bestrijkt deze transactie het werkgebied van de ondernemingsrechtnotaris. Immers in de kern betreft het de levering van aandelen in een vennootschap. Aan de andere kant zullen de betrokken partijen, die eerder met een economische dan een juridische bril naar de transactie kijken, de transactie primair beschouwen als een vastgoedtransactie. Dit hybride karakter van de indirecte vastgoedtransactie resulteert erin dat in sommige gevallen partijen hun 'vaste' vastgoednotaris aanwijzen, terwijl in andere gevallen een meer in het ondernemingsrecht gespecialiseerde notaris naar voren wordt geschoven.

Daarbij dient te worden aangetekend dat er ook dikwijls klassieke notariële 'vastgoed' werkzaamheden plaatsvinden ter zake van een indirecte vastgoedtransactie. De aankoopsom zal bijvoorbeeld geregeld worden gefinancierd door het aantrekken van hypothecaire financiering. De vestiging van het hypotheekrecht behoort tot het klassieke werkgebied van de vastgoednotaris.

Het zal overigens bij aanvang van het transactieproces ook lang nog niet altijd duidelijk zijn of de stenen of de aandelen worden overgedragen.

1.2.5 In de praktijk zijn daardoor zowel notarissen met een ondernemingsrecht specialisatie, als ook notarissen met een vastgoed specialisatie de indirecte vastgoedtransactie tot hun werkterrein gaan rekenen. De praktijk leert daarbij dat de rol van de notaris rondom de afwikkeling van een directe vastgoedtransactie tot op grote hoogte wettelijk is geregeld, terwijl de indirecte vastgoedtransactie voor de notaris een relatief ongeregeerd werkterrein betreft.

Twee voorbeelden ter illustratie:

- (i) Indien uit de narecherches bij een directe vastgoedtransactie blijkt dat er rechtsgeldig beslag is gelegd op het vastgoed door een schuldeiser van verkoper, dan lijdt de koper in beginsel schade ter grootte van een bedrag dat gelijk is aan het bedrag waarvoor het beslag is gelegd. Het is voor iedere notaris duidelijk dat hij (een deel van) de koopsom niet kan uitkeren aan de verkoper totdat dit beslag is opgeheven. Bij een indirecte vastgoedtransactie ligt dit anders. Als het beslag is gelegd door een aan koper bekende schuldeiser van de vennootschap en de schuld ter zake waarvan het beslag is gelegd reeds is verdisconteerd in de koopsom voor de aandelen, dan is in die zin de schade relatief beperkt. Deze schuld was immers bekend en (indirect) door koper overgenomen. Daarvoor kreeg de koper ook een korting op de koopsom voor de aandelen. Echter, de koper lijdt in die zin wél schade dat het beslag moet worden opgeheven en daar (juridische) kosten voor moeten worden gemaakt. Er is geen specifieke

² Artikel 2:86 BW respectievelijk 2:196 BW.

³ Artikel 3:89 BW.

regelgeving waaruit kan worden opgemaakt of de notaris in een dergelijk geval al dan niet de koopsom kan uitbetalen aan de verkoper.

- (ii) De Wet voorkeursrecht gemeenten (Wvfg) biedt overheden de mogelijkheid om vastgoed aan te wijzen ten aanzien waarvan zij een voorkeursrecht tot koop wensen te verkrijgen. Uit deze wet volgt dat bij een voornemen tot verkoop van aangewezen vastgoed (een directe transactie) het vastgoed eerst te koop dient te worden aangeboden aan de desbetreffende overheid. De notaris heeft daarbij een controlerende functie. De vraag rijst nu of dit voorkeursrecht omzeild zou kunnen worden door de verkoop te structureren als een indirecte vastgoedtransactie en of de notaris dit dan ook zou moeten faciliteren.

1.2.6 Het feit dat notarissen met een verschillende specialisatie/achtergrond zich op dit werkgebied zijn gaan richten, in combinatie met het gegeven dat een uitgebreide wettelijke regeling over de indirecte vastgoedtransactie ontbreekt, leidt ertoe dat (meer dan bij directe vastgoedtransacties) met notariële aandachtspunten rondom de indirecte vastgoedtransactie door notarissen verschillend wordt omgegaan. Deze verschillen in de notariële behandeling van indirecte vastgoedtransacties kunnen mogelijk een ongewenste (rechts)onzekerheid voor betrokken partijen en derden met zich brengen. Onduidelijk is nu ook of de wijze waarop in de praktijk door notarissen wordt gehandeld bij indirecte vastgoedtransacties de toets van de (tucht)rechter zou doorstaan indien dit handelen onderwerp van geschil zou worden.

1.3 Doelstelling

1.3.1 De doelstelling van deze scriptie is het verkrijgen van kennis en inzicht omtrent de verschillen in de rol van de notaris bij indirecte vastgoedtransacties ten opzichte van directe vastgoedtransacties. De uitkomst van dit onderzoek kan daarmee van praktische betekenis zijn voor de notaris die betrokken wordt bij de afwikkeling van een indirecte vastgoedtransactie en het doel is dan ook om waar mogelijk concrete aanbevelingen te doen voor de notariële praktijk.

1.4 Onderzoeksvraag

1.4.1 Welke verschillen bestaan in de rol van de notaris bij indirecte vastgoedtransacties ten opzichte van directe vastgoedtransacties ten aanzien van het in de transactie betrokken vastgoed?

1.4.2 Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de volgende deelvragen:

- (a) Welke rol dient de notaris te vervullen ten aanzien van het (kadastraal) onderzoeken van het vastgoed?
 - (i) Dient de notaris een onderzoek te doen in de openbare registers?
 - (ii) Zo ja, op welke momenten dient hij dat te doen?
 - (iii) Zo ja, hoe dient de notaris te handelen bij onregelmatigheden welke hem blijken uit dit onderzoek?
- (b) Op welk moment kan de notaris de koopsom uitbetalen aan de verkoper?
 - (i) Tot in hoeverre hangt dit af van het antwoord op vraag (a)?

- (ii) Is het al dan niet aanwenden van hypothecaire acquisitiefinanciering door koper van belang voor beantwoording van deze vraag?
- (c) Welke rol dient de notaris te vervullen in het kader van de Wvg?
 - (i) Dient de notaris de toepasselijkheid van de Wvg te onderzoeken?
 - (ii) Hoe dient de notaris te handelen indien het vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg?
- (d) Welke betrokkenheid heeft de notaris met betrekking tot de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting?
 - (i) Heeft de notaris een wettelijke taak ten aanzien van de aangifte en voldoening van de belasting?
 - (ii) Heeft de notaris een verplichting om partijen te informeren ten aanzien van de (mogelijk) verschuldigde overdrachtsbelasting?

1.5 Methoden

- 1.5.1 Voor deze scriptie wordt gebruik gemaakt van kwalitatief juridisch onderzoek. Het onderzoek wordt verricht aan de hand van de wet, de parlementaire geschiedenis, de jurisprudentie en (rechts)wetenschappelijke literatuur.
- 1.5.2 Ten aanzien van de verschillende deelvragen zal steeds eerst het juridisch kader worden geschetst voor de directe vastgoedtransactie. De contouren van dit kader zijn in de loop van de jaren tot in grote mate van detail uitgekristalliseerd. Aan de hand van voornoemde juridische bronnen zal vervolgens worden onderzocht of, en tot op welke hoogte, materieel eenzelfde of vergelijkbaar kader geldt voor de indirecte vastgoedtransactie, waarbij in het bijzonder zal worden onderzocht of (de open norm van) de notariële zorgplicht (artikel 17 lid 1 Wna) tot een analoge toepassing leidt. Deze bepaling luidt als volgt:

"De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid."

1.6 Afbakening

- 1.6.1 De scriptie is beperkt tot de onderwerpen genoemd in artikel 1.4.2. Dit betreft geen limitatieve opsomming van alle mogelijke aandachtspunten die van belang kunnen zijn voor een notaris belast met een indirecte vastgoedtransactie. De conclusie van het onderzoek moet dan ook in dit licht worden gelezen.

Andere onderwerpen die bij een vervolgonderzoek nog zouden kunnen worden bekeken zijn ondermeer de volgende:

- (i) Tot in hoeverre is de fysieke aanwezigheid van (vertegenwoordigers van) verkoper en koper bij de notaris vereist?

- (ii) Welke rol dient de notaris te vervullen ten aanzien van het onderzoeken in andere registers dan de openbare registers voor registergoederen (zoals het insolventieregister, het curateleregister en het handelsregister)?

1.6.2 Voor het onderzoek zijn verder de volgende uitgangspunten gehanteerd, en het onderzoek is derhalve beperkt tot de volgende gevallen:

- (a) het in de transactie betrokken vastgoed betreft steeds in Nederland gelegen registergoederen;
- (b) de indirecte vastgoedtransactie betreft de transactie waarbij alle aandelen worden overgedragen in een Nederlandse kapitaalvennootschap (een B.V. of een N.V.), welke vennootschap direct (en derhalve niet door middel van andere vennootschappen) in Nederland gelegen registergoederen houdt;
- (c) het (indirecte gehouden) vastgoed is voor de betrokken partijen steeds het leidende motief voor het aangaan van de transactie en is mitsdien niet van ondergeschikte aard in het grotere geheel van de transactie;
- (d) de kapitaalvennootschappen betreffen steeds vennootschappen waarvan de aandelen niet zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 Wft, zodat voor de overdracht van de aandelen in het kapitaal van deze vennootschappen een notariële akte is vereist.

Voor dit onderzoek zijn verder de (vereisten tot het verrichten van) reches in het Centraal Insolventieregister, het Curateleregister en het Handelsregister buiten beschouwing gelaten; daarmee vallen ook de eventuele implicaties die deze reches kunnen behelzen buiten het bereik van het onderzoek.

1.7 Relevantie

1.7.1 De indirecte vastgoedtransactie wint in de praktijk sterk aan betekenis. Er is, voor zover bekend, in de bestaande, openbaar beschikbare literatuur thans nog geen analyse gedaan naar de rol van de notaris bij indirecte vastgoedtransacties ten opzichte van directe vastgoedtransacties. De bestaande kennisleemte – en het belang van indirecte vastgoedtransacties – maakt de wetenschappelijke en maatschappelijke relevantie navenant.

2 KADASTRAAL RECHERCHEREN – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

2.1 Deelvraag

Welke rol dient de notaris te vervullen ten aanzien van het (kadastraal) rechercheren van het vastgoed bij directe vastgoedtransacties?

- (i) Dient de notaris een onderzoek te doen in de openbare registers?
- (ii) Zo ja, op welke momenten dient hij dat te doen?
- (iii) Zo ja, hoe dient de notaris te handelen bij onregelmatigheden welke hem blijken uit dit onderzoek?

2.2 Introductie

2.2.1 Voor een goed begrip van de notariële rol ten aanzien van het uitvoeren van kadastrale recherches bij vastgoedtransacties worden eerst beknopt de – voor deze scriptie relevante – wettelijke vereisten voor overdracht van vastgoed geschetst. Dit zal worden gezien vanuit de kernverplichting die een verkoper jegens een koper op zich neemt bij een vastgoedtransactie. Deze verplichting kan als volgt worden omschreven: "verkoper zal de eigendom van het vastgoed aan koper overdragen zonder dat daarop hypotheken en/of beslagen rusten". Deze verplichting vindt zijn oorsprong in artikel 7:15 lid 1 BW en de nadere invulling die daaraan wordt gegeven in verschillende standaard koopovereenkomsten.⁴

Een bepaling met een dergelijke strekking is onder meer opgenomen in de model koopovereenkomsten van de KNB, de NVM en de Ring Amsterdam van de KNB.

2.2.2 Eén van de vereisten voor de overdracht van de eigendom van het vastgoed is de juridische levering van dat vastgoed door de verkoper aan de koper.⁵ De levering van vastgoed geschiedt door het verlijden van een notariële leveringsakte, gevolgd door de inschrijving van deze akte in de daartoe bestemde openbare registers.⁶ Zowel de verkoper als de koper zijn bevoegd om de leveringsakte aan te bieden bij het kadaster ter inschrijving in de openbare registers. In de praktijk zal de notaris – als deskundige op dit terrein – de aanbieding van de leveringsakte ter inschrijving voor zijn rekening nemen namens de koper.⁷ Alleen de bewaarder van het kadaster kan vervolgens overgaan tot inschrijving van deze akte en is daartoe gehouden indien het in te schrijven stuk aan de daaraan gestelde vereisten voldoet.⁸ Door de verplichte tussenkomst van de notaris bij de leveringsakte en de gebruikelijke rol van de notaris bij de aanbieding daarvan bij het kadaster, is de notariële betrokkenheid bij vastgoedtransacties een gegeven.

De Dienst voor het Kadaster en de openbare registers is aangewezen als de instelling die verantwoordelijk is voor het bijhouden van de openbare registers voor registergoederen en deze registers worden in het spraakgebruik doorgaans kortweg aangeduid als het 'kadaster'.⁹ In deze scriptie wordt de juridische term 'openbare registers' gehanteerd voor de openbare registers voor

⁴ Breedveld & Kelterman, 2007, p. 914.

⁵ Artikel 3:84 lid 1 BW.

⁶ Artikel 3:89 lid 1 BW.

⁷ Bartels & Van Mierlo, 2013, randnummer 301.

⁸ Artikel 7, lid 1, sub a Kadasterwet.

⁹ Artikel 3 lid 1 sub a Kadasterwet.

registergoederen en de term 'kadaster' gehanteerd voor de instelling die deze registers op grond van de wet bijhoudt.

- 2.2.3 Overeenkomstig de levering van vastgoed, is ook voor de vestiging van een hypotheekrecht de inschrijving van een (notariële) hypotheekakte in de openbare registers een constitutief vereiste. Voor het leggen van beslag op vastgoed is de inschrijving van het beslag in de openbare registers weliswaar geen constitutief vereiste, maar teneinde dit beslag ook jegens derden (bijvoorbeeld opvolgend verkrijgers van het vastgoed) te kunnen laten werken is de kenbaarheid van het beslag uit de openbare registers wel vereist.¹⁰

Als gevolg van deze systematiek zijn de openbare registers verreweg de belangrijkste bron van informatie voor zowel de eigendom van vastgoed, maar ook voor informatie over eventuele hypotheekrechten en beslagen die op dat vastgoed rusten.

In het verlengde van het voorgaande ligt het voor de hand dat de notaris – als spin in het web bij de afwikkeling van vastgoedtransacties – de openbare registers, als de relevante informatiebron, raadpleegt om te beoordelen of de verkoper aan zijn verplichting jegens koper voldoet om het vastgoed over te dragen vrij van hypotheek en beslagen. Het raadplegen van de openbare registers wordt gewoonlijk aangeduid met het begrip 'kadastraal rechercheren', welke terminologie in deze scriptie verder ook zal worden gehanteerd.

2.3 Dient de notaris een onderzoek te doen in de openbare registers?

- 2.3.1 Tot 1981 bestond er nog weinig duidelijkheid omtrent de verplichting van de notaris ten aanzien van het kadastraal rechercheren bij vastgoedtransacties. Er bestond wel een notarieel gebruik dat kadastraal werd gerechercheerd.¹¹ Doorgaans betrof dat alleen een eerste recherche en een (destijds) telefonische herrecherche – dit onderscheid wordt hierna in paragraaf 2.4 behandeld –, maar dit praktijkgebruik was niet op wet- en regelgeving gestoeld.¹² Hier bracht de Hoge Raad op 30 januari 1981 abrupt verandering in met zijn arrest inzake het 'Baarns beslag'.¹³

De aanleiding voor dit arrest was de verkoop van een woning in Baarn waarop de fiscus beslag had laten leggen. Dit beslag was gelegd op de dag voorafgaand aan de inschrijving van een leveringsakte met betrekking tot deze woning in de openbare registers. Het gevolg hiervan was dat de koper een met beslag bezwaarde woning verkreeg, hetgeen in strijd was met verkopers verplichting om de eigendom van het vastgoed vrij van beslagen over te dragen. De notaris betaalde – in lijn met goed gebruik in deze tijd – de koopsom uit aan de verkoper, zonder zich er eerst van te vergewissen of er tussentijds (na de herrecherche) nog beslag op het vastgoed was gelegd. De Hoge Raad oordeelde dat de notaris in dit geval de koopsom pas had mogen uitbetalen na gecontroleerd te hebben dat de levering inderdaad vrij van hypotheek en beslagen had plaatsgevonden en dat een correcte (na)recherche diende uit te wijzen of hieraan was voldaan. De notaris was aansprakelijk jegens de koper in verband met de verwaarlozing van zijn ambtsplichten.

- 2.3.2 Het arrest deed veel stof opwaaien in de notariële praktijk en heeft onmiddellijk tot aanpassing van het notariële gebruik omtrent het kadastraal rechercheren geleid. Naar aanleiding van deze uitspraak hebben vervolgens ook de nodige aanpassingen van de notariële beroepsregels

¹⁰ Artikel 505, lid 2 Rv.

¹¹ Holtman, Lekkerkerker & F. Schonewille, 2009, p. 7.

¹² Breedveld & Keltman, 2007, p. 912.

¹³ HR 30 januari 1981 (*Baarns beslag*, *Notaris X/Tan*).

plaatsgevonden. In zijn arrest van 29 mei 1998 heeft de Hoge Raad de plicht van de notaris tot het doen van recherches bevestigd en daarbij tevens benadrukt dat het verrichten van deze kadastrale recherches volgt uit de zwaarwegende zorgplicht die hij in acht dient te nemen jegens zowel de verkoper als de koper.¹⁴

- 2.3.3 De in dit kader relevante beroepsregels die thans van kracht zijn betreffen de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (voor alle vastgoedtransacties) en de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden, welke beleidsregel overigens alleen van toepassing is indien de koopsom via de derdengeldenrekening van de notaris wordt voldaan.
- 2.3.4 Uit artikel 11 van de Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 volgt dat bij de levering van registergoederen de notaris een zodanig onderzoek dient in te stellen dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. De notaris dient er daarbij op toe te zien dat de koper het verkochte verkrijgt overeenkomstig de gemaakte afspraken; mitsdien vrij van hypotheek en beslagen.
- 2.3.5 Uit de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden volgt dat de notaris verplicht is om bij vastgoedtransacties een zogenaamde narecherche te verrichten. Onderdeel van deze narecherche is de raadpleging van de openbare registers na afronding van de transactie met het oogmerk om te onderzoeken of er geen eerder ingeschreven hypotheek, beslagen en leveringen aan de transactie in de weg hebben gestaan.
- 2.3.6 De conclusie is derhalve dat er op grond van genoemde jurisprudentie en geldende beroepsregels er thans geen enkele twijfel kan bestaan ten aanzien van de verplichting van de notaris om in het kader van een vastgoedtransactie kadastrale recherches te verrichten.

2.4 Op welke momenten dient de notaris te rechercheren?

- 2.4.1 In de praktijk zijn er min of meer standaardbenamingen ontstaan voor de drie te onderscheiden momenten waarop de notaris in het kader van een vastgoedtransactie kadastrale recherches pleegt te verrichten, te weten: (i) de eerste recherche, (ii) de herrecherche, en (iii) de narecherche.

2.4.2 Eerste recherche.

De notaris zal bij het aannemen van een opdracht tot het verzorgen van een vastgoedtransactie de openbare registers raadplegen om de eigendomssituatie en de aanwezigheid van eventuele hypotheek en beslagen te onderzoeken. Dit stelt hem in staat om de aard en omvang van de te verrichte werkzaamheden in kaart te brengen. Deze eerste recherche is dan ook van meer praktische aard en heeft niet direct een wettelijke basis.

Betoogd zou kunnen worden dat de zorgvuldigheidsnorm uit hoofde van artikel 17 lid 1 Wna de notaris hier (indirect) toe verplicht. Hoe anders dan door het doen van kadastrale recherches kan hij zorgvuldig de aard en omvang van de hem gevraagde werkzaamheden in kaart brengen?

2.4.3 Herrecherche

Op het moment onmiddellijk voorafgaand aan het verlijden van de leveringsakte dient de notaris een kadastrale herrecherche uit te voeren. De notaris kan dan vaststellen of de koper de eigenaar

¹⁴ HR 29 mei 1998 (*Caravanpark*).

is van het vastgoed en dat er geen hypotheek en beslagen staan ingeschreven, anders dan de hypotheek en beslagen die eventueel bekend zijn bij de notaris (uit de eerste recherche) en waarvan met de verkoper is afgestemd dat deze door de notaris zullen worden afgewikkeld in het kader van de transactie.¹⁵

2.4.4 Narecherche

De narecherche stelt de notaris in staat om achteraf te kunnen beoordelen of er andere inschrijvingen in de openbare registers hebben plaatsgevonden op of rondom de transactiedatum die de overdracht van het vastgoed aan koper vrij van hypotheek en beslagen (zouden kunnen) doorkruisen. Aan de hand van de narecherche beoordeelt de notaris derhalve of de beoogde transactie overeenkomstig verkopers verplichting correct is afgewikkeld. Het moment waarop de notaris zijn kadastrale narecherche dient te verrichten volgt uit (de toelichtingen bij) het Reglement rechercheren registergoederen en de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden.

De kadastrale narecherche dient te worden verricht op het moment waarop de openbare registers een actueel beeld geven van de hypotheek en beslagen die eventueel tegen een geldige eigendomsoverdracht van het vastgoed kunnen worden tegengeworpen. Aangezien er altijd enige vertraging zit bij het kadaster tussen het moment waarop stukken ter inschrijving worden aangeboden en het moment waarop deze inschrijvingen zijn verwerkt en zichtbaar worden, geldt dat de kadastrale narecherche niet onmiddellijk na het verlijden van de leveringsakte kunnen worden uitgevoerd.¹⁶ De notaris dient de termijn af te wachten die het kadaster nodig heeft om alle (nieuw) ingeschreven hypotheek en beslagen te signaleren. Daarbij is het van belang dat het kadaster aangeeft dat nieuwe hypotheekinschrijvingen in ieder geval op de eerste werkdag na inschrijving om 9.00 uur worden gesignaleerd en dat beslagen tijdens openingstijden van het kadaster (tussen 9.00 uur en 15.00 uur) binnen anderhalf uur worden verwerkt. Dit brengt met zich dat voor een sluitende kadastrale narecherche door de notaris dient te worden gewacht tot het verstrijken van het laatstgenoemde van deze twee momenten. De kadastrale narecherche kan daardoor op zijn vroegst op de eerste werkdag na de inschrijving van de leveringsakte plaatsvinden.

Twee voorbeelden:

- de leveringsakte wordt op dinsdag om 10.00 uur verleden en om 11.00 uur bij het kadaster ter inschrijving aangeboden. De kadastrale narecherche kan dan woensdagochtend meteen worden verricht.
- de leveringsakte wordt op donderdag om 16.00 verleden en om 17.00 uur bij het kadaster ter inschrijving aangeboden (derhalve na sluiting van het kadaster). De inschrijving van de akte vindt dan vrijdag plaats en de kadastrale narecherche kan op maandagochtend voor het eerst worden verricht.

2.5 **Hoe dient de notaris te handelen bij onregelmatigheden?**

2.5.1 *Algemeen*

¹⁵ HR 30 januari 1981 (*Baarns beslag, Notaris X/Tan*), zie noot 3.

¹⁶ Anders: Heyman, Bartels & Tweehuysen, 2019, p.216.

Ten aanzien van het handelen van de notaris bij onregelmatigheden geldt in het algemeen het volgende.

De handelingen van de notaris die direct verband houden met de afwikkeling van een vastgoedtransactie dienen te worden aangemerkt als handelingen die hij verricht uit hoofde van zijn (ambtelijke) rol als notaris. Bij de verrichting van dergelijke handelingen dient de notaris onpartijdig en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te handelen.¹⁷ De zorgvuldigheidsnorm brengt met zich dat de notaris partijen nauwkeurig dient te informeren omtrent eventuele onregelmatigheden.¹⁸

De reikwijdte van deze zorgplicht wordt voor een belangrijk deel ingekleurd door de zogenaamde 'Maatman-norm' die van toepassing is op vrije beroepsbeoefenaars zoals de notaris (maar ook de advocaat en de arts). Op grond van deze norm dient de notaris die zorgvuldigheid in acht te nemen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.¹⁹

De onpartijdigheid brengt met zich dat de notaris de koper en de verkoper (min of meer) gelijktijdig zal moeten informeren en hen van gelijke informatie dient te voorzien. Het feit dat slechts één van beiden de notaris zal hebben ingeschakeld (en zijn honorarium betaalt) doet daar niet aan af.²⁰

Deze ambtshandelingen dienen te worden onderscheiden van de handelingen die een notaris op verzoek van een der partijen kan verrichten in het kader van een vastgoedtransactie en waarbij de notaris handelt als partijdig adviseur. Daarbij kan gedacht worden aan het opmaken en uitonderhandelen van de koopovereenkomst namens één van de betrokken partijen. Een dergelijke rol kan de notaris dan overigens alleen vervullen indien de wederpartij daarover wordt geïnformeerd en daarmee instemt.²¹

Het zal afhangen van de aard en omvang van de onregelmatigheden of het ook op de weg van de notaris ligt om zijn diensten te verlenen om – voor zover mogelijk – deze onregelmatigheden op te lossen teneinde alsnog een overdracht vrij van hypotheek en beslagen te bewerkstelligen.

2.5.2 *Geldverkeer*

Ten aanzien van het geldverkeer bij onregelmatigheden geldt het volgende, waarbij een onderscheid dient te worden gemaakt tussen enerzijds onregelmatigheden welke blijken tijdens de herrecherche en anderzijds onregelmatigheden welke blijken bij het verrichten van de narecherche.

Indien uit de herrecherches blijkt dat de verkoper niet in staat is om de eigendom van het vastgoed vrij van hypotheek en beslagen over te dragen, dan zal de notaris de betrokken partijen hierover informeren en zal hij geen medewerking mogen verlenen aan het verlijden van de leveringsakte. Immers, het beoogde effect – de overdracht van de eigendom vrij van hypotheek en beslagen – zal daarmee niet intreden. In het kader van zijn zorgplicht zal de notaris geen akten mogen verlijden waarvan op voorhand duidelijk is dat het beoogde rechtsgevolg niet zal intreden.²² Tenzij partijen anders zijn overeengekomen, blijft de koper onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom tot het moment dat de leveringsakte is verleden. Dat brengt met zich dat de koper in de situatie dat

¹⁷ Artikel 17 lid 1 Wna.

¹⁸ Toelichting bij artikel 11 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011.

¹⁹ HR 9 november 1990 (*Speeckaert/Gradener*), r.o. 3.7.

²⁰ HR 20 december 2002.

²¹ Artikel 18 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011.

²² HR 28 september 1990.

de leveringsakte niet wordt verleden als gevolg van onregelmatigheden die blijken uit de herrecherches in beginsel gerechtigd is om van de notaris te verlangen dat de koopsom aan hem wordt gerestitueerd.²³

Verkoper en koper kunnen met de notaris in dit verband ook (expliciet of impliciet) een andere afspraak maken. Dit gebeurt in de praktijk bijvoorbeeld ten aanzien van het gedeelte van de koopsom dat als waarborgsom wordt aangemerkt. Het concept van de waarborgsom staat er immers aan in de weg dat de koper zondermeer restitutie van dit bedrag van de notaris kan verlangen (ook als dit niet expliciet is overeengekomen).

Vanaf het moment van verlijden van de leveringsakte geldt een complexere etikettering van het bedrag dat als koopsom op de notariële derdengeldenrekening wordt gehouden. Vanaf dit moment is niet langer de koper, maar de verkoper gerechtigd tot de koopsom. Hij is dan echter slechts voorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom. Uit het arrest van de Hoge Raad van 14 januari 2011 volgt dat hij daartoe pas onvoorwaardelijk gerechtigd wordt vanaf het moment dat hij uitbetaling van de koopsom kan verlangen.²⁴ Op zijn beurt kan de verkoper deze uitbetaling pas verlangen indien (uit de narecherches) is gebleken dat hij aan zijn verplichting tot overdracht van het vastgoed, vrij van hypotheek en beslagen, heeft voldaan.²⁵

Deze systematiek brengt met zich dat de notaris tussen het moment van verlijden van de leveringsakte en het moment waarop de notaris aan de hand van de narecherches heeft kunnen vaststellen of verkoper aan zijn verplichtingen heeft voldaan, aan geen van partijen de koopsom mag uitkeren.

Indien vervolgens uit de narecherches onregelmatigheden mochten blijken, dan zal de notaris logischerwijs de koopsom niet aan de verkoper kunnen overmaken (hierover uitgebreid in paragraaf 4.2). Hij heeft immers niet aan zijn verplichting voldaan tot overdracht van het vastgoed vrij van hypotheek en beslagen en wordt dan ook niet onvoorwaardelijk gerechtigd tot de koopsom. Daarmee is het overigens niet een gegeven dat de koper meteen (weer) gerechtigd wordt tot de koopsom. Dat zal afhangen van de aard en omvang van de geconstateerde onregelmatigheden, waarbij de situatie dat de eigendom van het vastgoed niet op koper blijkt te zijn overgegaan dient te worden onderscheiden van de situatie dat er onbekende hypotheek en/of beslagen op het vastgoed blijken te rusten.

Ingeval uit de narecherches blijkt dat de eigendom van het vastgoed in zijn geheel niet op koper is overgegaan en zulks ook niet meer mogelijk is, dan zal de koop op grond van het bepaalde in artikel 6:265 BW (kunnen) worden ontbonden. In een dergelijk geval wordt koper onvoorwaardelijk gerechtigd tot uitbetaling van de koopsom.

De situatie dat uit de kadastrale narecherche blijkt dat de eigendom in het geheel niet is overgegaan op de koper, lijkt vrij uitzonderlijk. Dit zou zich slechts in de zeer bijzondere (en frauduleuze) situatie kunnen voordoen dat verkoper rondom het moment van het verlijden van de leveringsakte bij een tweede notaris (mogelijk per volmacht) de eigendom van het vastgoed aan een derde overdraagt, welke akte bij de narecherches een hogere rang blijkt te hebben (door

²³ Heyman, Bartels & Tweehuysen, 2019, p.213.

²⁴ HR 14 januari 2011 (*Butterman q.q./Rabobank*).

²⁵ Heyman, Bartels & Tweehuysen, 2019, p.216.

eerdere inschrijving van de akte, dan wel door een eerder tijdstip van verlijden ingeval van gelijktijdig inschrijving).

Minder hypothetisch is echter het geval dat bij de narecherches in het Centraal Insolventieregister blijkt dat de eigendom niet op koper is overgegaan als gevolg van een faillissement van verkoper dat is uitgesproken op of voor de dag van inschrijving van de leveringsakte. Door de terugwerkende kracht van een faillissement tot 00.00 uur van de dag waarop het wordt uitgesproken en het juridische gevolg dat een faillissement aan een verkoper zijn bevoegdheid tot beschikking over zijn vermogensbestanddelen ontnemt, kan een faillissementsuitspraak de eigendomsoverdracht frustreren.²⁶ De gevolgen van een faillissement en de verplichtingen omtrent het rechercheren hierop vallen verder buiten het bestek van deze scriptie.

Ingeval uit de narecherches blijkt dat de eigendom van het vastgoed weliswaar is overgegaan op koper, maar dat het vastgoed bezwaard blijkt met hypotheek en/of beslagen dan geldt het volgende. In deze situatie dient een onderscheid te worden gemaakt tussen aan de ene kant een beslag dat – om de hierna te noemen redenen – niet tegen koper kan worden ingeroepen en aan de andere kant een hypotheekrecht of een beslag dat wel tegen de koper kan worden ingeroepen.

Bij een beslag bestaat er een mogelijkheid dat dit beslag weliswaar geldig is gelegd, maar dat dit niet tegen de koper kan worden ingeroepen. Dat is het geval indien het beslag niet is ingeschreven in de openbare registers (artikel 505 lid 2 Rv). In een dergelijk geval zal dit beslag echter ook niet uit de narecherches blijken. Echter, ook ingeval het beslag is ingeschreven in de openbare registers vóór de inschrijving van de leveringsakte maar na het tijdstip van verlijden van de leveringsakte, geldt dat dit beslag niet zondermeer tegen de koper kan worden ingeroepen. Dit kan namelijk niet ingeval de inschrijving van de leveringsakte heeft plaatsgevonden op of voor de eerste werkdag na de dag waarop het beslag is ingeschreven.²⁷ In ieder ander geval kan het beslag wel tegen de koper worden ingeroepen.

Indien de geconstateerde onregelmatigheden erin bestaan dat er weliswaar geldig een beslag ten laste van verkoper is gelegd op het vastgoed, maar dat dit beslag niet tegen koper kan worden ingeroepen dan dient te worden geconstateerd dat verkoper jegens koper wel aan zijn verplichtingen heeft voldaan. In dat geval heeft koper vanzelfsprekend ook geen recht meer op de koopsom.

Indien de geconstateerde onregelmatigheden erin bestaan dat een beslag is gelegd dat wel tegen de koper kan worden ingeroepen of dat het vastgoed bezwaard blijkt met een hypotheek, dan heeft verkoper niet voldaan aan zijn verplichting om het vastgoed vrij van hypotheek en beslagen over te dragen.

Een onbekend hypotheekrecht zal zich in de praktijk gewoonlijk niet voordoen. Net als bij een tussentijdse vervreemding aan een derde (zie hiervoor), zou dit alleen kunnen plaatshebben in het (frauduleuze) geval dat een verkoper een andere notaris de opdracht geeft tot vestiging van het hypotheekrecht en deze hypotheekvestiging plaatsvindt rondom het moment dat ook de overdracht van het vastgoed aan de koper wordt bewerkstelligd.

²⁶ Artikel 23 FW.

²⁷ Artikel 505 lid 3 Rv.

In een dergelijk geval zal de notaris de koopsom vanzelfsprekend niet aan verkoper kunnen uitbetalen. De koper zal voor de keuze worden gesteld om de koopovereenkomst al dan niet te ontbinden. Indien nakoming wordt gevorderd zal de verkoper het ertoe moeten leiden dat de vordering van de beslaglegger (of hypotheekhouder) wordt voldaan, zodat het beslag (casu quo het hypotheekrecht) kan worden opgeheven en alsnog aan de verplichting tot overdracht van het vastgoed vrij van hypotheeken en beslagen wordt voldaan. Na deze 'reparatie' zal de notaris alsnog de koopsom aan de verkoper kunnen overmaken.

Afhankelijk van de bepalingen die van toepassing zijn op de koopovereenkomst en de tijd die is gelegen tussen de beoogde overdrachtsdatum en de 'reparatie', wordt verkoper mogelijk nog een boete en/of aanvullende schadevergoeding verschuldigd aan koper. In een dergelijk geval is het niet uit te sluiten dat koper ter zekerheid van de verplichtingen van verkoper tot betaling van deze bedragen zelf beslag legt op de koopsom die op de derdengeldenrekening van de notaris wordt gehouden. In een dergelijk geval zal de notaris alsnog niet kunnen overgaan tot uitbetaling van de koopsom aan verkoper, maar zal eerst dit beslag moeten worden afgewikkeld.

Door ontbinding van de koopovereenkomst wordt koper (weer) gerechtigd tot de koopsom en wordt hij verplicht om de eigendom van het vastgoed (terug) over te dragen aan verkoper.²⁸ De zorgplicht van de notaris brengt in dat geval met zich dat hij alleen zal overgaan tot uitbetaling van de koopsom nadat hem onomstotelijk is gebleken dat de koopovereenkomst is ontbonden en het vastgoed weer aan verkoper is overgedragen. Indien de notaris zelf bij de afwikkeling betrokken blijft en deze (terug)overdracht verzorgt, dan zal dit geen probleem opleveren. Deze (terug)overdracht kwalificeert dan op zich weer als een nieuwe transactie waarop dan ook dezelfde regels ten aanzien van kadastraal rechercheren en uitbetalen van toepassing zijn die gelden bij een reguliere transactie.

Omwille van de transparantie verdient het daarbij overigens wel aanbeveling dat de notaris erop aanstuurt dat hierover heldere afspraken worden gemaakt tussen de betrokken partijen en de notaris. Indien partijen voor de (terug)overdracht aan verkoper een andere notaris inschakelen, dan zal de notaris terughoudend moeten zijn met de uitbetaling van de gelden aan koper. De zorgplicht brengt dan met zich dat de notaris dit alleen zal kunnen doen op gezamenlijke instructie van partijen, danwel indien de koper aan de notaris een rechterlijke uitspraak (waartegen geen beroep meer openstaat) kan overleggen waaruit het recht van koper op de koopsom onomstotelijk blijkt.

Voor zover dit niet in strijd is met dwingendrechtelijke beroepsregels van de notaris, staat het partijen vrij om met de notaris afspraken te maken over het handelen van de notaris ten aanzien van het geldverkeer. In de praktijk worden dergelijke procesafspraken geregeld ook gemaakt en deze worden dan doorgaans opgenomen in een zogenaamde 'notarisbrief'.

Deze ruimte is er wat betreft de periode vanaf het moment dat de koper de koopsom heeft gestort op de derdengeldenrekening van de notaris tot het moment van verlijden van de leveringsakte. Verder bestaat deze ruimte er voor wat betreft het terugstorten van de koopsom naar de rekening van koper ingeval er uit de narecherches onregelmatigheden blijken. Deze ruimte is er echter niet voor het doen van betalingen in de tijdspanne tussen het verlijden van de leveringsakte en de narecherches. Op het handelen van de notaris in deze tijdspanne is de Beleidsregel tijdstip uitbetalen derdengelden van toepassing (zie paragraaf 4.2).

²⁸ Artikel 6:271 BW.

3 KADASTRAAL RECHERCHEREN – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

3.1 Deelvraag

Welke rol dient de notaris te vervullen ten aanzien van het (kadastraal) rechercheren van het vastgoed bij indirecte vastgoedtransacties?

- (i) Dient de notaris een onderzoek te doen in de openbare registers?
- (ii) Zo ja, op welke momenten dient hij dat te doen?
- (iii) Zo ja, hoe dient de notaris te handelen bij onregelmatigheden welke hem blijken uit dit onderzoek?

3.2 Rechercheplicht bij indirecte vastgoedtransacties

3.2.1 *Praktijkgebruik*

In de praktijk blijken notarissen bij indirecte vastgoedtransacties verschillend om te gaan met de vraag of al dan niet kadastraal wordt gerechercheerd. Dit lijkt ook mede af te hangen van het 'type' notaris dat de transactie begeleidt, waarbij een meer klassieke vastgoednotaris eerder geneigd lijkt te zijn om kadastraal te rechercheren dan een klassieke ondernemingsrecht notaris. De praktijk geeft derhalve geen eenduidig beeld van het notariële handelen. Er is voor zover bekend echter geen kwantitatief onderzoek gedaan naar het handelen van de notaris ter zake het kadastraal rechercheren bij indirecte vastgoedtransacties.

Daarbij dient te worden opgemerkt dat, ook indien er een duidelijk notarieel praktijkgebruik zou bestaan, een dergelijk gebruik de notaris niet ontheft van de door hem te betrachten hoge mate van zorgvuldigheid en dat daar derhalve maar zeer beperkte betekenis aan zou kunnen worden toegekend. De Hoge Raad heeft dit met zoveel woorden bevestigd in zijn arrest van 14 juni 2013.²⁹

Het eerder aangehaalde Baarn beslag-arrest (zie paragraaf 2.3) is een goed voorbeeld van een geval waarbij de Hoge Raad, in afwijking van goed praktijkgebruik van het gehele Nederlandse notariaat, oordeelde dat deze notarieel gangbare praktijk in strijd was met de zorgvuldigheidsnorm.

3.2.2 *Wettelijke regels en beroepsregels*

De vraag is of (de open norm van) de notariële zorgplicht (uit hoofde van artikel 17 lid 1 Wna) een verplichting tot het doen van kadastrale recherches behelst. De in dit kader meest relevante uitwerking van deze norm in de notariële beroepsregels wordt gevonden in artikel 11 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels. Dit artikellid luidt als volgt.

"Bij de levering van registergoederen [...] stelt de notaris een zodanig onderzoek in dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat. Eenzelfde verplichting rust op de notaris bij de levering van aandelen op naam [...]."

De tweede zin van deze bepaling heeft betrekking op de levering van aandelen in een kapitaalvennootschap en heeft derhalve ook betrekking op hetgeen in deze scriptie is gedefinieerd als de indirecte vastgoedtransactie. Een puur grammaticale lezing van de woorden '*Eenzelfde*

²⁹ HR 14 juni 2013 en eerder: HR 28 september 1990.

verplichting' zou tot de conclusie kunnen leiden dat deze terugverwijzen naar het instellen van *'een zodanig onderzoek dat over de rechtstoestand van het registergoed zo min mogelijk onzekerheid bestaat'*. Bij een dergelijke lezing zou de notaris gehouden zijn om de rechtstoestand van de registergoederen te onderzoeken die tot het vermogen van de vennootschap behoren waarin aandelen worden overgedragen. Dat zou dan beteken dat de notaris bij iedere aandelenoverdracht – door onderzoek in de openbare registers – dient na te gaan of er door de vennootschap registergoederen worden gehouden en derhalve tot een bevestigend antwoord op de onderhavige deelvraag leiden.

Een dergelijke lezing van deze bepaling lijkt echter niet voor de hand te liggen. In slechts een fractie van de gevallen waarbij aandelen worden geleverd is indirect ook vastgoed betrokken, terwijl de redactie van de bepaling op een meer universele reikwijdte lijkt te duiden en daarmee alle aandelentransacties lijkt te bestrijken. Ook de toelichting bij deze bepaling ondersteunt een dergelijke lezing niet. Meer voor de hand lijkt te liggen dat met *'Eenzelfde verplichting'* wordt bedoeld *'Een vergelijkbare verplichting'*, waarmee dan wordt bedoeld dat de notaris een onderzoek instelt naar de rechtstoestand van de aandelen. Meer concreet betekent dit dan dat er een titelrecherche wordt gedaan op de aandelen die het onderwerp zijn van de transactie, hetgeen ook goed notarieel gebruik is.³⁰

Uit de ruime en open formulering van de norm van artikel 17 lid 1 Wna ("de grootst mogelijke zorgvuldigheid") volgt dat deze norm ook betrekking kan hebben op gevallen die niet een expliciete nadere uitwerking kennen in andere (lagere) regelgeving. Treffend is in dit kader de annotatie van Luijten bij het arrest van de Hoge Raad van 28 september 1990. Dit arrest had betrekking op de verplichting die op een notaris rust om de vertegenwoordigingsbevoegdheid van een vertegenwoordiger van een van de betrokken partijen te controleren. Deze verplichting bleek niet met zoveel woorden uit de tekst van de wet. Ten aanzien van de notariële zorgplicht concludeert Luijten dat *"onze tijd een andere dan een louter legistische uitleg kent"*.³¹

Dit arrest is overigens nog gewezen onder de oude Wna, waarin in artikel 50c een – naar de letter – minder verstrekkende notariële zorgplicht was opgenomen. Anders dan onder de huidige wettekst, werden in de destijds geldende wettekst de adjectieven 'grootst mogelijke' niet gebezigd in relatie tot de zorgplicht van de notaris. Er is derhalve eerder sprake van een uitbreiding dan van een beperking van de notariële zorgplicht sinds dit arrest uit 1990.

Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat (i) er geen wettelijke regel of beroepsregel lijkt te bestaan die het verrichten van kadastrale recherches bij indirecte vastgoedtransacties expliciet voorschrijft, maar dat aan de andere kant (ii) de zorgvuldigheidsnorm een open norm betreft, zodat voor een nadere vaststelling van de begrenzing daarvan onderzoek naar de parlementaire geschiedenis en jurisprudentie van belang is.

3.2.3 *Parlementaire geschiedenis*

Bij het initiële wetsvoorstel dat strekte tot invoering van het huidige BW (destijds aangeduid als het Nieuw BW of 'NBW') was – in lijn met de destijds geldende wettelijke regel – geen verplichte tussenkomst van de notaris voorgeschreven bij de levering van aandelen in een vennootschap. Het

³⁰ De Vries, 2016, p. 703.

³¹ HR 28 september 1990.

voorschrift van de notariële akte is bij amendement uiteindelijk in de wet gekomen (artikelen 2:86 en 2:196 BW). In de toelichting bij dit amendement werd onder andere als argument voor de notariële tussenkomst gegeven dat "*de notaris er door zijn onpartijdigheid op zal kunnen toezien dat beide partijen de verplichtingen die het NBW aan verkopers en kopers oplegt (zie bijvoorbeeld de artikelen 7:9, 7:15 en 7:17), zullen nakomen of zijn nagekomen*".³²

In het bijzonder is de verwijzing naar artikel 7:17 BW in deze (overigens niet-limitatieve) opsomming van belang voor de indirecte vastgoedtransactie. Op grond van dit wetsartikel dient de afgeleverde zaak (lees: de aandelen in de vennootschap)³³ aan de overeenkomst te voldoen. Bij een indirecte vastgoedtransactie zal uit de (koop)overeenkomst blijken dat onderwerp van deze koop is (het aandelenkapitaal in) een vennootschap waarin bepaald vastgoed wordt gehouden. Op grond daarvan ligt het op het pad van de notaris om door middel van kadastrale recherches erop toe te zien dat verkoper aan zijn verplichting voldoet om aandelen te leveren in een vennootschap die ook daadwerkelijk gerechtigd is tot dat vastgoed.

Op grond van wet- en regelgeving is de rol van de notaris bij directe vastgoedtransacties juist met name gericht op artikel 7:15 BW (de juridische conformiteit): aan de koper dient eigendom te worden verschaft vrij van bijzondere lasten en beperkingen. De notaris heeft daarbij maar zeer summierlijk een controlerende taak ten aanzien de naleving van artikel 7:17 BW dat betrekking heeft op de feitelijke conformiteit. De associatie bij dit artikel gaat al snel naar de lekkende daken, bettonrot en boktorren. In de particuliere praktijk zal van de notaris hoogstens kunnen worden verwacht dat bij aan de koper vraagt of hij het vastgoed nog heeft bezichtigd en tevreden was met hetgeen hij daarbij aantrof. Een zelfstandige controlerende taak heeft de notaris niet.

Het kan opmerkelijk worden genoemd dat bij aandelentransacties (en derhalve ook bij indirecte vastgoedtransacties) de wetgever wel een expliciete verwijzing naar artikel 7:17 BW heeft gemaakt bij de totstandkoming van de bepaling die de verplichte notariële tussenkomst voorschrijft. Weliswaar gebeurde dit bij amendement en op een moment dat het nieuwe BW (waaronder artikel 7:17 BW) alleen nog als voorstel van wet bestond, toch kan een dergelijke duidelijke aanwijzing niet geheel worden genegeerd. De toelichting bij het amendement kleurt op zijn minst de context van het handelen dat van de notaris mag worden verwacht. Blijkbaar had de wetgever – bij aandelentransacties – een beeld voor ogen van een behoorlijk ruim takenpakket voor wat betreft de controlerende functie van de notaris.

3.2.4 *Jurisprudentie*

Voor beantwoording van deze deelvraag zijn de volgende arresten van respectievelijk de Hoge Raad en het Hof Arnhem-Leeuwarden van belang.

3.2.4.1 Hoge Raad 20 december 2012

Van belang in dit kader is met name het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2012. In dit arrest stond de vraag centraal hoever de zorgplicht van de notaris reikt tegenover degene die hem gelden toevertrouwt met een betalingsopdracht waarbij over de inhoud van de opdracht

³² Kamerstukken II 1991/92, 21155, 17, p. 4.

³³ Aandelen zijn geen zaken in de zin van artikel 3:2 BW, maar vermogensrechten in de zin van 3:6 BW. Echter, op grond van het bepaalde in artikel 7:47 BW, is artikel 7:17 BW van overeenkomstige toepassing op vermogensrechten voor zover dit in overeenstemming is met de aard van het recht.

redelijkerwijs twijfel kan bestaan. De Hoge Raad overwoog ten aanzien van de notariële zorgplicht het volgende:

*"Gelet op de positie van notarissen in het maatschappelijk verkeer en op het vertrouwen dat zij als zodanig genieten, rust op notarissen, die dienen te handelen als redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoten, een zwaarwegende zorgplicht jegens degene, die aan de notaris gelden toevertrouwt met de opdracht deze door te betalen indien aan zekere voorwaarden is voldaan. Deze zorgplicht brengt onder meer met zich dat de notaris, voorzover zulks redelijkerwijs mogelijk is en in zoverre van de notaris kan worden gevergd, nadere informatie inwint bij degene die hem gelden heeft toevertrouwd ingeval over de inhoud of strekking van de opdracht redelijkerwijs twijfel kan bestaan."*³⁴

In de praktijk zal in de opdracht aan de notaris vaak geen expliciete instructie zijn opgenomen ten aanzien van het (al dan niet) kadastraal rechercheren van het vastgoed dat door de vennootschap wordt gehouden. Als een dergelijke expliciete instructie niet wordt gegeven, dan kan moeilijk worden betoogd dat er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over het moment waarop de koopsom aan de verkoper mag worden betaald (al dan niet na succesvolle kadastrale narecherches). Het notariaat heeft in wezen door zijn diffuse handelen ten aanzien van het kadastraal rechercheren bij indirecte vastgoedtransacties (zie paragraaf 3.2.1) zelf in de hand gewerkt dat ten aanzien van zijn rol bij indirecte vastgoedtransacties deze twijfel juist wél kan bestaan.

Toepassing van deze overweging van de Hoge Raad op indirecte vastgoedtransacties leidt tot de conclusie dat, behoudens in het uitzonderlijke geval daarover geen misverstand kan bestaan, de notaris bij de koper zal moeten vragen wat de strekking van de aan hem verleende opdracht is en aan welke voorwaarden zal moeten zijn voldaan voordat tot uitbetaling van de koopsom wordt overgegaan. Daarbij zal in ieder geval de vraag moeten worden gesteld of ook een kadastrale recherche ten aanzien van het (vermeende) vastgoed van de vennootschap dient te worden verricht. Het ligt in de lijn der verwachting dat een koper deze vraag snel bevestigend zal beantwoorden.

Uiteraard zal de notaris vervolgens ook de reikwijdte van zijn opdracht met de verkoper moeten afstemmen. De verkoper zal mogelijk niet altijd even enthousiast reageren op het idee dat er kadastrale (na)recherches plaatsvinden. Het logische vervolg is immers dat dit ook een vertraging in de uitbetaling van de koopsom betekent (zie paragraaf 2.5.2). Het is de taak van de notaris om partijen vervolgens op één lijn te brengen.

3.2.4.2 Hoge Raad 14 juni 2013

Verder is in dit kader van belang een arrest dat een jaar later door de Hoge Raad werd gewezen met betrekking tot het handelen van het Curaçaose notariaat bij het doen van recherches. In dit arrest herhaalt de Hoge Raad de leer dat op de notaris, uit hoofde van zijn taak bij het verlijden van een akte, een zwaarwegende zorgplicht rust ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen die zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen. De Hoge Raad vervolgt dat dit mede betekent dat van de notaris bij een recherche een hoge mate van zorgvuldigheid mag worden verwacht. Deze zorgvuldigheid strekt ertoe dat de notaris alle voor hem toegankelijke registers dient te raadplegen. In deze zaak ging het om een openbaar register

³⁴ HR 20 december 2002, r.o. 3.5.1.

dat weliswaar raadpleegbaar was, maar dat in de praktijk door het Curaçaose notariaat gewoonlijk niet werd geraadpleegd.

Het is lastig om dit arrest één op één door te trekken naar indirecte vastgoedtransacties. De overweging van de Hoge Raad heeft immers betrekking op "*in die akte opgenomen rechtshandelingen*" en bij indirecte vastgoedtransacties vinden in de leveringsakte (van de aandelen) geen rechtshandelingen plaats ten aanzien van het vastgoed zelf.

Het belang van dit arrest is erin gelegen dat het aantoont dat de Hoge Raad eerder neigt naar een uitleg van de zorgplicht die strekt tot uitgebreidere recherches dan tot beperkte recherches. Daarnaast wordt in dit arrest wederom bevestigd dat een gebruikelijk handelen van het notariaat niet bepalend is voor de reikwijdte van de zorgplicht die op de notaris rust.

3.2.4.3 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013 (tussenarrest) en 1 april 2014 (eindarrest)

In deze arresten stond onder meer de onderzoekplicht van een notaris centraal ten aanzien van een notariële akte waarin een zogenaamde positieve negatieve hypotheekverklaring met betrekking tot een Spaanse villa was opgenomen.

Bij een positieve negatieve hypotheekverklaring wordt niet daadwerkelijk direct (door middel van de akte) een hypotheekrecht gevestigd op het vastgoed, maar wordt door de schuldenaar de verplichting op zich genomen om op later moment een hypotheekrecht op het vastgoed te vestigen (positieve verklaring) en om het vastgoed niet voortijdig ten behoeve van een ander te bezwaren met een hypotheekrecht (negatieve verklaring). Evenals bij indirecte vastgoedtransacties is derhalve ook bij dit type akte het vastgoed op een indirecte wijze onderwerp van de akte. In die zin kan aan hetgeen het Hof in dit arrest overweegt ten aanzien van de onderzoekplicht van belang zijn voor indirecte vastgoedtransacties.

Ten aanzien de onderzoekplicht oordeelde het Hof dat deze niet bestond ten aanzien van de Spaans villa. Daarvoor was in deze zaak redengevend dat het informatie betrof waartoe de Nederlandse notaris geen toegang heeft. Van belang is hier echter met name dat het Hof bij de uitgangspunten van zijn bespreking van de verweren wél een verwijzing maakt naar en citeert uit de arresten van de Hoge Raad van 26 januari 1996 en van 14 juni 2013:

"Deze zorgplicht, die voortvloeit uit de op de notaris rustende verplichting om de zorgvuldigheid te betrachten van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot behelst, waar het de vervreemding of bezwaring van registergoederen betreft, mede de plicht om een onderzoek in te stellen naar de rechtstoestand van het registergoed, de onderzoekplicht.³⁵ De hoge mate van zorgvuldigheid die van de notaris bij een recherche wordt verwacht, brengt mee dat de notaris alle voor hem toegankelijke registers raadpleegt".³⁶

Het Hof lijkt daarmee impliciet te erkennen dat er een kadastrale onderzoekplicht bestaat bij een akte met positieve negatieve hypotheekverklaring, ondanks dat er in de akte zelf geen bezwaring van het vastgoed plaatsvond. Zie hier de parallel met de indirecte vastgoedtransactie, waarbij in de akte ook geen vervreemding van het vastgoed plaatsvindt. Het gegeven dat het in deze zaak een Spaans (en daarmee niet openbaar te raadplegen) register betrof lijkt uiteindelijk doorslaggevend voor de overweging dat in dit specifieke geval geen kadastrale recherche (in Spanje) behoefde te

³⁵ HR 26 januari 1996.

³⁶ HR 14 juni 2013.

worden verricht. Uit de formulering van dit arrest lijkt wel te kunnen worden afgeleid dat anders was geoordeeld indien het in Nederland gelegen vastgoed had betroffen.

Indien deze conclusie ten aanzien van een akte met positieve negatieve hypotheekverklaring analoog wordt toegepast op een leveringsakte van aandelen bij een indirecte vastgoedtransactie, dan kan de conclusie worden getrokken dat van de notaris inderdaad verwacht wordt dat hij kadastrale recherches verricht bij indirecte vastgoedtransacties, tenzij hem nadrukkelijk anders is geïnstrueerd.

3.2.4.4 Samengevat kan aan de hand van voornoemde arresten het volgende worden geconcludeerd.

Uit het arrest van de Hoge Raad 20 december 2012 kan de conclusie worden getrokken dat, indien de koopsom via derdengeldenrekening van de notaris wordt voldaan, de notaris aan de koper onder meer zal moeten vragen of hij al dan niet kadastrale (na)recherches dient te verrichten. Een dergelijke extra controle is in kopers belang en deze zal dan ook snel genegen zijn om deze vraag bevestigend te beantwoorden. De notaris dient de verkoper hierover te informeren.

Het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 en genoemde arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden zijn met name van belang voor het geval de koopsom niet wordt voldaan via de notariële derdengeldenrekening. Uit deze arresten lijkt (impliciet) te kunnen worden opgemaakt dat ook in dergelijke gevallen de notaris gehouden is tot het doen van kadastrale recherches naar het vastgoed, tenzij partijen hem nadrukkelijk anders instrueren.

3.3 Op welke momenten dient de notaris te rechercheren?

3.3.1 Indien wordt geconcludeerd dat de notaris bij een indirecte vastgoedtransactie gehouden is om kadastrale recherches ten aanzien van het vastgoed te verrichten, dan rijst de vraag op welke momenten hij dat zal moeten doen. In het verlengde van de constatering dat er geen wettelijke regel of beroepsregel bestaat die het verrichten van kadastrale recherches bij indirecte vastgoedtransacties expliciet voorschrijft, bestaat er vanzelfsprekend ook geen regel die expliciet voorschrijft wanneer deze recherches zouden moeten worden verricht.

3.3.2 Temeer omdat er geen richtinggevende expliciete beroepsregel bestaat, ligt het voor de hand dat de notaris aanstuurt op het maken van procesafspraken ten aanzien van de momenten waarop hij kadastraal rechercheert. In de praktijk worden dergelijke procesafspraken geregeld ook gemaakt en deze worden dan doorgaans opgenomen in een zogenaamde 'notarisbrief'.

3.3.3 Bij de directe vastgoedtransactie kunnen drie duidelijke momenten van rechercheren worden onderscheiden (zie paragraaf 2.4): (i) de eerste recherche, (ii) de herrecherche, en (iii) de narecherche. In de volgende paragrafen wordt bezien of analoge toepassing van deze onderscheidenlijke momenten voor de hand ligt.

3.3.4 *Eerste recherche*

Logischerwijs zal de notaris in ieder geval bij het aannemen van de zaak het vastgoed rechercheren. Zo kan hij nagaan of de vennootschap waarin de aandelen worden overgedragen inderdaad gerechtigd is tot het vastgoed en of dit vastgoed (als dat is overeengekomen) vrij is van hypotheek en beslagen. Hij kan dan ook vaststellen of er eventueel van hem nog werkzaamheden worden verwacht in het kader van het opheffen van mogelijke hypotheek en/of beslagen. Evenals bij de directe vastgoedtransactie dient deze eerste recherche hoofdzakelijk een praktisch belang.

3.3.5 *Herrecherche*

De notariële zorglicht en het vertrouwen dat betrokken partijen in de notaris mogen stellen brengt met zich dat, indien de notaris kadastrale recherches verricht, hij dit doet op dezelfde momenten waarop hij zulks zou doen bij een directe vastgoedtransactie. Het ligt dan ook in de reden om op een moment vlak voor het verlijden van de leveringsakte een herrecherche te verrichten. Zo kan de notaris nog voordat de levering van de aandelen wordt geëffectueerd eventuele onregelmatigheden ondervangen.

3.3.6 *Narecherche*

Ook wat betreft de narecherche zou logischerwijs aansluiting moeten worden gezocht bij de directe vastgoedtransactie. Zonder nadere afspraken ligt het derhalve in de reden dat ook een kadastrale narecherche wordt verricht. Anders dan bij de directe vastgoedtransactie, kan bij een indirecte vastgoedtransactie deze kadastrale narecherche altijd op de eerste werkdag na het verlijden van de akte worden gedaan, ongeacht het tijdstip waarop de akte wordt verleden. De levering van de aandelen komt immers direct tot stand bij het verlijden van de akte en hiervoor is geen inschrijving van de akte in de openbare registers (of een ander register) vereist. Bij een indirecte vastgoedtransactie kan in sommige gevallen derhalve een werkdag eerder worden overgegaan tot de narecherches.

3.4 **Hoe dient de notaris te handelen bij onregelmatigheden?**

3.4.1 *Algemeen*

Hetgeen hiervoor is opgenomen in paragraaf 2.5.1 is onverkort van toepassing op indirecte vastgoedtransacties. Dit betekent dat de notaris in geval van onregelmatigheden beide partijen min of meer gelijktijdig nauwkeurig dient te informeren omtrent eventuele onregelmatigheden. Afhankelijk van de aard van de geconstateerde onregelmatigheden kan de notaris mogelijk een rol vervullen bij de oplossing daarvan.

3.4.2 *Geldverkeer*

Indien de koopsom wordt voldaan via de notariële derdengeldenrekening, dan zal de notaris gehouden zijn om aan de koper te vragen wat de strekking van de verleende opdracht is en aan welke voorwaarden zal moeten zijn voldaan voordat tot uitbetaling van de koopsom wordt overgegaan (zie paragraaf 3.2.4).³⁷ Dit dwingt tot het maken van procesafspraken met beide betrokken partijen en worden bijvoorbeeld opgenomen in een 'notarisbrief'. Wat betreft het geldverkeer zal de notaris vervolgens dienen te handelen naar de afspraken die hieromtrent zijn gemaakt.

Indien de notaris (in weerwil van het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2002) niet op voorhand duidelijke procesafspraken heeft gemaakt, dan ligt het in de reden dat de notaris bij onregelmatigheden op zo veel mogelijk vergelijkbare wijze handelt als hij zou doen bij directe vastgoedtransacties.

Dit betekent dat de notaris bij onregelmatigheden die blijken uit de herrecherches op diens verzoek de koopsom in beginsel kan terugstorten naar de koper. Dit is anders indien daar (expliciete of

³⁷ HR 20 december 2002, r.o. 3.5.1.

impliciete) andersluidende afspraken over zijn gemaakt. Dit is bijvoorbeeld het geval ten aanzien van een waarborgsom (zie paragraaf 2.5.2).

Wat betreft onregelmatigheden die blijken uit de narecherches is het niet in alle gevallen eenvoudig om te beoordelen hoe op zo veel mogelijk vergelijkbare wijze kan worden gehandeld als bij directe vastgoedtransacties. Het type transactie is immers anders en de juridische gevolgen voor de koper ten aanzien van onregelmatigheden die zich voordoen met betrekking tot het indirect verworven vastgoed zijn ook anders.

Een voorbeeld: Indien uit de narecherches bij een directe vastgoedtransactie blijkt dat er rechtsgeldig beslag is gelegd op het vastgoed door een schuldeiser van verkoper, dan lijdt de koper in beginsel schade ter grootte van een bedrag dat gelijk is aan het bedrag waarvoor het beslag is gelegd. Het beslag zal immers slechts door de koper kunnen worden opgeheven tegen vergoeding van dat bedrag aan verkopers schuldeiser. Bij een indirecte vastgoedtransactie ligt dit anders. Als het beslag is gelegd door een 'bekende' schuldeiser van de vennootschap en de desbetreffende schuld reeds is verdisconteerd in de koopsom voor de aandelen, dan is de schade relatief beperkt. De desbetreffende schuld kwam (indirect) immers al voor rekening van koper en hij had daarvoor een korting op de koopsom gekregen. De kosten zijn er dan met name in gelegen om het beslag juridisch opgeheven te krijgen en de vraag is voor wiens rekening deze kosten dienen te komen.

Geconcludeerd kan worden dat de notaris dient te handelen naar de procesafspraken die hij met partijen behoort te maken bij indirecte vastgoedtransacties. Het belang van het maken van duidelijke procesafspraken blijkt temeer uit het feit dat het lastig lijkt om zonder dergelijke afspraken een bestendige lijn te volgen die overeenkomt met het handelen bij directe vastgoedtransacties.

4 UITBETALING VAN DE KOOPSOM – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

4.1 Deelvraag

Op welk moment kan de notaris de koopsom uitbetalen aan de verkoper bij directe vastgoedtransacties?

- (i) Tot in hoeverre hangt dit af van het antwoord op de voorgaande deelvraag (paragraaf 2)?
- (ii) Is het al dan niet aanwenden van hypothecaire acquisitiefinanciering door koper van belang voor beantwoording van deze vraag?

4.2 Moment van uitbetalen van de koopsom in relatie tot de rechercheplicht

Op welk moment kan de notaris de koopsom uitbetalen aan de verkoper? Tot in hoeverre hangt dit af van het antwoord op voorgaande deelvraag (paragraaf 2)?

- 4.2.1 Voor beantwoording van deze vraag wordt verondersteld dat de betaling van de koopsom wordt voldaan via de derdengeldenrekening van de notaris die de overdracht van het vastgoed verzorgt (zie ook paragraaf 1.6.2).

Het gebruik van de notariële derdengeldenrekening voor voldoening van de koopsom bij vastgoedtransacties is de gangbare praktijk en sluit aan bij het bepaalde in artikel 7:26 lid 3 BW.³⁸ Deze bepaling is echter niet van dwingend recht en hiervan kan worden afgeweken, hetgeen in specifieke gevallen ook gebeurt (bijvoorbeeld in geval van aan transactie tussen gelieerde partijen of familieleden).

- 4.2.2 Het moment waarop de koopsom mag worden uitgekeerd door de notaris blijkt thans uit de Beleidsregel tijdstip uitbetaling gelden.

Zoals ook uiteengezet in paragraaf 2, was het tot het Baarns beslag-arrest (1981) goed notarieel gebruik om de gelden onmiddellijk na het verlijden van de leveringsakte uit te betalen. Dit arrest, gevolgd door voornoemde beleidsregel, heeft hier abrupt verandering in gebracht.

Op grond van deze beleidsregel is de notaris gehouden om te wachten met het verrichten van de uitbetaling totdat hem uit de kadastrale narecherches is gebleken dat er geen eerdere ingeschreven hypotheek, beslagen en leveringen aan de transactie in de weg kunnen staan. Het moment waarop de notaris de narecherches dient te verrichten is in detail uitgewerkt in paragraaf 2. De beleidsregel is voor de notaris verbindend en het staat de notaris niet vrij – ook niet met instemming van partijen – om van deze beleidsregel af te wijken.

Indien koper eerder over de koopsom wenst (of dient) te beschikken, dan staat het koper en verkoper wel vrij om af te spreken dat de koopsom rechtstreeks – zonder notariële tussenkomst – op de leveringsdatum wordt voldaan. Indien een dergelijke afspraak wordt gemaakt, ligt het echter wel op het pad van de notaris om partijen nadrukkelijk op de risico's van een dergelijk handelen te wijzen en door het stellen van gerichte vragen te controleren of zij zich daar voldoende bewust van zijn.³⁹

³⁸ Heyman, Bartels & Tweehuysen, 2019, p.201.

³⁹ Toelichting bij artikel 11 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011.

4.2.3 De Beleidsregel tijdstip uitbetaling gelden geeft weliswaar een duidelijke regel wat betreft het moment waarop voor het eerst tot uitbetaling mag worden overgegaan, de beleidsregel zwijgt echter over het moment waarop de notaris dit uiterlijk dient te doen. Daarop is de algemene regel van artikel 25 lid 4 Wna van toepassing. Op grond van deze bepaling heeft een rechthebbende (lees: de verkoper), voor zover uit de aard van zijn recht niet anders voortvloeit (lees: niet gedurende de periode tot de narecherches), te allen tijde recht op uitkering van zijn aandeel in het saldo van de derdengeldenrekening. De verkoper noch de koper hoeft hiervoor uitdrukkelijk opdracht te verstrekken aan de notaris. Uit de memorie van toelichting behorende bij de wijziging van de Wna uit 1999 blijkt dat de storting van de gelden op de derdengeldenrekening (in dit geval door de koper) wordt geacht impliciet een opdracht aan de notaris te behelzen tot het doen van de nodige betalingen (in dit geval aan de verkoper).⁴⁰ Hieruit volgt dat de notaris geen grond heeft om na het verrichten van de narecherches (waaruit geen onregelmatigheden blijken) de koopsom nog langer onder zich te houden en dat hij tot uitbetaling dient over te gaan. Ook Waaijer is van mening dat naast de verplichting om niet te vroeg uit te betalen er ook een verplichting bestaat om dit niet te laat te doen.⁴¹

In 2007 bepleitten Breedveld en Kelterman, beiden destijds werkzaam in de notariële vastgoedpraktijk als respectievelijk notaris en kandidaat-notaris, om gedurende een periode van vijf dagen na ontvangst van de akte door het kadaster te wachten met het uitboeken van de koopsom.⁴² Zij bepleitten dat dit de termijn is waarbinnen inschrijving van de akte door de bewaarder van het kadaster dient plaats te vinden en dat pas na afloop van deze termijn ook zekerheid bestaat dat de leveringsakte daadwerkelijk is ingeschreven. Indien de akte niet aan de inschrijvingsvereisten zou voldoen, dan zou de bewaarder nog binnen deze termijn de inschrijving kunnen weigeren, hetgeen erin zou resulteren dat er geen overdracht van het vastgoed plaatsvindt. Dit betoog uit 2007 lijkt echter te zijn achterhaald door (de toelichting bij) het Reglement rechercheren registergoederen waarin wordt verduidelijkt dat pas met de narecherche dient te worden begonnen na ontvangst van het bewijs van inschrijving. Met andere woorden: indien de inschrijving door de bewaarder enkele dagen op zich zou laten wachten, dan worden de narecherches (en diensengevolge ook de uitbetaling) met evenveel dagen opgeschort.

Daarbij zij echter opgemerkt dat de toelichting van de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden (uit 2007) nog vermeldt dat de notaris na bewijs van ontvangst en narecherche [...] kan uitbetalen. Deze toelichting lijkt achterhaald in de context van de latere toelichting bij het Reglement rechercheren registergoederen, maar zou in de praktijk tot verwarring kunnen leiden.

4.3 Uitbetaling bij gebruik hypothecaire acquisitiefinanciering

Is het al dan niet aanwenden van hypothecaire acquisitiefinanciering door koper van belang voor beantwoording van deze deelvraag?

4.3.1 Onder gebruik van hypothecaire acquisitiefinanciering wordt verstaan dat de koper (een deel van) de koopsom financiert door middel van een aan hem verstrekte lening, ter zekerheid waarvan een hypotheekrecht wordt gevestigd op het te verkrijgen vastgoed. De vestiging van het hypotheekrecht vereist een notariële akte, gevolgd door de inschrijving daarvan in de openbare registers. Deze hypotheekakte wordt doorgaans opgemaakt door dezelfde notaris die ook belast is

⁴⁰ Kamerstukken II 1993/94, 23706, 3, p.32 (MvT).

⁴¹ Melis & Waaijer, 2019, p.421.

⁴² Breedveld & Kelterman, 2007, p. 915.

met de leveringsakte. In de meeste gevallen zal immers de koper de notaris aanwijzen en heeft hij er geen praktisch belang bij om verschillende notarissen met de transactie te belasten.

In gevallen waarbij de verkoper van de koper het recht bedingt om de notaris aan te wijzen die belast wordt met de leveringsakte, kan het gebeuren dat de koper wel een andere (eigen) notaris aanwijst die belast wordt met de hypotheekakte. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij de verkoop door een ontwikkelaar of belegger van verschillende woningen binnen een project. De verkoper pleegt dan te bedingen dat zijn eigen projectnotaris het transport verzorgt.⁴³ De problematiek die de betrokkenheid van twee notarissen bij een dergelijke transactie met zich kan brengen valt verder buiten het bestek van deze scriptie.

4.3.2 In aanvulling op de algemene analyse (zoals uiteengezet in paragraaf 4.2), geldt voorts dat de notaris ervoor zal moeten zorgdragen dat de hypotheek rechtsgeldig is gevestigd voordat hij de (door de hypothecaire financier ter beschikking gestelde) gelden aanwendt voor het doen van betalingen aan de verkoper. Zowel de beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden als ook het Reglement rechercheren registergoederen zijn onverkort van toepassing op de vestiging van hypotheekrechten. Dit betekent dat de notaris dient te wachten op het bewijs van inschrijving ten aanzien van zowel de leveringsakte als de hypotheekakte. De notaris dient vervolgens te wachten met het verrichten van de narecherches tot minimaal 9.00 uur van de werkdag na de dag van inschrijving van de laatste van beide aktes (zie paragraaf 2.4). Pas na de (succesvolle) narecherches zal de notaris mogen overgaan tot het uitbetalen van de gelden.

Het gebruik door koper van hypothecaire acquisitiefinanciering zou er derhalve toe kunnen leiden dat pas op een later moment tot uitbetaling van de koopsom aan verkoper wordt overgegaan. In de praktijk worden de leveringsakte en hypotheekakte echter haast zonder uitzondering op dezelfde dag ingeschreven in de openbare registers, zodat er ook geen vertraging ontstaat voor het doen van de narecherches en de daarop volgende uitbetaling.

⁴³ Heyman, Bartels & Tweehuysen, p.227.

5 UITBETALING VAN DE KOOPSOM – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

5.1 Deelvraag

Op welk moment kan de notaris de koopsom uitbetalen aan de verkoper bij indirecte vastgoedtransacties?

- (i) Tot in hoeverre hangt dit af van het antwoord op de voorgaande deelvraag (paragraaf 3)?
- (ii) Is het al dan niet aanwenden van hypothecaire acquisitiefinanciering door koper van belang voor beantwoording van deze vraag?

5.2 Moment van uitbetalen van de koopsom in relatie tot de rechercheplicht

Op welk moment kan de notaris de koopsom uitbetalen aan de verkoper? Tot in hoeverre hangt dit af van het antwoord op voorgaande deelvraag (paragraaf 3)?

5.2.1 Voorop dient te worden gesteld dat er geen wet- of regelgeving is die expliciet voorschrijft op welk moment de notaris de koopsom kan uitbetalen bij indirecte vastgoedtransacties.

In paragraaf 3.2.4 is ten aanzien van de rechercheplicht bij indirecte vastgoedtransacties (met geldverkeer via de notariële derdengeldengeldenrekening) reeds de conclusie getrokken dat de notaris in beginsel bij koper navraag dient te doen naar de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat tot uitbetaling van de koopsom wordt overgegaan. Uit de onpartijdige rol van de notaris volgt dat hij hier vanzelfsprekend ook transparant over moet zijn naar de verkoper. Daarbij dient hij partijen actief te informeren over de eventuele risico's bij dergelijke procesafspraken, waarbij hij beroepshalve gehouden is om naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht van één van de partijen.⁴⁴

Waar het de kern van het notarieel (ambtelijke) handelen betreft mag van de notaris worden verwacht dat hij een actieve rol vervult.⁴⁵ Als partijen niet op één lijn lijken te zitten, dan zal de notaris derhalve het voortouw dienen te nemen om tot een voor partijen werkbare oplossing te komen. Een passieve opstelling past de notaris wat betreft deze procesafspraken dan ook niet.

5.2.2 Ontdaan van verschillende sub varianten, zijn er met betrekking tot het moment van uitbetalen van de koopsom in de kern twee varianten te onderscheiden, met bijbehorend risicoprofiel:

- (i) de uitbetaling geschiedt onmiddellijk na verlijden van de leveringsakte van de aandelen;
- (ii) de uitbetaling geschiedt na afronding van kadastrale narecherches (en een insolventiecheck) op de eerste werkdag na het verlijden van de leveringsakte van de aandelen.

5.2.3 *Variant (i): uitbetaling na verlijden van de leveringsakte*

In deze variant wordt de koopsom onmiddellijk na het verlijden van de leveringsakte aan de verkoper uitbetaald. Per het moment van het verlijden van de leveringsakte gaat de gerechtigdheid tot de aandelen (en daarmee indirect ook de gerechtigdheid tot het vastgoed) over op de koper. De

⁴⁴ HR 20 januari 1989, r.o. 3.3.

⁴⁵ Melis & Waaijer, 2019, p.23.

inschrijving van deze akte in enig openbaar register is daarvoor géén constitutief vereiste. Een verkoper heeft zo gezien goede redenen om te beargumenteren dat hij dan ook onmiddellijk na verlijden van de akte gerechtigd zou moeten zijn om de koopsom uitbetaald te krijgen.

Indien partijen kiezen voor deze variant, dan zal de notaris de koper nadrukkelijk over de risico's hiervan dienen te informeren. Er wordt dan immers niet eerst een onderzoek in de openbare registers gedaan teneinde te beoordelen of de verkoper – wat betreft het indirect verkochte vastgoed – aan zijn verplichting heeft voldaan, voordat tot uitbetaling van de koopsom wordt overgegaan.

Dit laat overigens nog onverlet dat de notaris in beginsel wel narecherches zal moeten verrichten (zie paragraaf 3.2) en partijen over de uitkomst daarvan dient te informeren (zie paragraaf 3.4.1). Echter, de uitkomst van deze narecherches zal dan niet meer van invloed kunnen zijn op de uitbetaling van de koopsom die reeds heeft plaatsgevonden.

Hierbij zij verder opgemerkt dat bij aandelentransacties in het algemeen (dus ook indien geen indirect gehouden vastgoed is betrokken), de variant waarbij onmiddellijk na verlijden van de akte wordt uitbetaald, niet altijd de logische en veilige keuze is. Ook in verband met het risico van verkopers insolventie verdient het aanbeveling om de koopsom niet eerder dan op de eerste werkdag na het verlijden van de akte aan verkoper uit te betalen. Ook ten aanzien van dit risico dient de notaris de koper te informeren.

Door de terugwerkende kracht van een faillissement tot 00.00 uur van de dag waarop het wordt uitgesproken en het juridische gevolg dat een faillissement aan een verkoper zijn bevoegdheid tot beschikking over zijn vermogensbestanddelen ontnemt, kan een faillissementsuitspraak (ook als deze na het verlijden van de akte plaatsvindt) de overdracht van de aandelen frustreren. Om die reden dient koper te worden gewezen op de (gebruikelijke) mogelijkheid om de uitbetaling van de koopsom pas te laten plaatsvinden op de eerste werkdag na het verlijden van de akte en nadat een onderzoek in het Centraal Insolventieregister heeft plaatsgevonden.

Het voorgaande laat onverlet dat, zolang de koper de risico's voldoende begrijpt en deze aanvaardt, er ook goede redenen kunnen zijn om bewust wel voor deze variant te kiezen. De verkoper krijgt immers de koopsom een werkdag eerder uitbetaald dan het geval is bij variant (ii). Indien de transactie op een vrijdag wordt afgewikkeld dan komt dit feitelijk zelfs op drie kalenderdagen neer.

In verband met de tijdswaarde van geld blijken bepaalde partijen gebrand om zo snel als mogelijk over de verkoopopbrengst te kunnen beschikken. Iedere dag dat de koopsom vaststaat op de notariële derdengeldenrekening gaat immers ten koste van het rendement dat op de belegging wordt gerealiseerd.

5.2.4 *Variant (ii): uitbetaling op de eerste werkdag na verlijden van de leveringsakte*

Deze variant kan worden gezien als de – voor de koper – veilige variant. De notaris zal nu wel wachten met het doen van de uitbetaling totdat hem uit de narecherches geen onregelmatigheden zijn gebleken. De verkoper heeft nu weliswaar pas een werkdag later recht op uitbetaling van de koopsom, maar het redelijke belang dat koper hierbij heeft kan deze vertraging in de uitbetaling rechtvaardigen.

Deze variant benadert de gebruikelijke manier waarop de notaris dient te handelen ten aanzien van het uitbetalen van de koopsom bij een directe vastgoedtransactie. Ook dan zal de notaris immers pas tot uitbetaling overgaan na het verrichten van de narecherches (zie paragraaf 4.2). Het moment waarop kan worden aangevangen met de narecherches verschilt echter bij de twee onderscheiden transactievormen. Bij een directe vastgoedtransactie kunnen deze pas worden gedaan op de eerste werkdag na inschrijving van de akte in de openbare registers (zie paragraaf 2.4). Bij de indirecte vastgoedtransactie is de inschrijving van de leveringsakte (van de aandelen) in enig (openbaar) register geen constitutief vereiste voor de overdracht. Om die reden kunnen de narecherches bij de indirecte vastgoedtransactie reeds worden verricht op de eerste werkdag na verlijden van de akte.

In de praktijk materialiseert dit onderscheid zich met name bij transacties die gedurende de tweede helft van de middag – na de sluiting van het kadaster om 15.00 uur – plaatsvinden. Een voorbeeld:

- Directe vastgoedtransactie:

De leveringsakte (van het vastgoed) wordt op maandag om 16.00 verleden. Dit brengt met zich dat de akte pas op dinsdag zal worden ingeschreven in de openbare registers en dat op die dag de juridische overdracht wordt voltooid. De narecherches en de uitbetaling van de koopsom zullen dan op zijn vroegst de daaropvolgende werkdag (woensdag) plaatsvinden.

- Indirecte vastgoedtransactie:

De leveringsakte (van de aandelen) wordt op maandag om 16.00 verleden. Met het verlijden van de akte wordt direct de juridische overdracht voltooid. De openbare registers laten op de eerste werkdag (dinsdag) de inschrijvingen van de voorgaande werkdag (maandag) zien. Op dinsdag kunnen derhalve meteen de narecherches worden verricht en kan worden beoordeeld of de vennootschap op het moment van de voltooiing van de juridische overdracht gerechtigd was tot het vastgoed (vrij van hypotheek en beslagen). De uitbetaling kan dan ook meteen op dinsdag plaatsvinden.

Een voor de koper bijkomend voordeel is dat de notaris nu ook de gelegenheid krijgt om onderzoek te doen in het Centraal Insolventieregister op de eerste werkdag na het verlijden van de akte. Dit stelt de notaris in staat om te beoordelen of een eventueel faillissement nog aan een geslaagde overdracht van de aandelen in de weg staat. Ook ten aanzien van dit insolventieonderzoek zal de notaris transparantie moeten betrachten. Hij zal partijen dienen te informeren over het feit dat hij een dergelijk onderzoek zal doen.

Ook indien dit niet expliciet is overeengekomen volgt uit de notariële zorgplicht dat de notaris in deze variant gehouden is om op de eerste werkdag na het verlijden van de akte tevens het Centraal Insolventieregister te raadplegen. Uit het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2013 blijkt immers duidelijk dat de notaris, indien hij recherches verricht, meteen ook alle voor hem toegankelijke registers dient te raadplegen en derhalve ook het Centraal Insolventieregister.⁴⁶

⁴⁶ HR 14 juni 2013.

5.3 Uitbetaling bij gebruik hypothecaire acquisitiefinanciering

Is het al dan niet aanwenden van hypothecaire acquisitiefinanciering door koper van belang voor beantwoording van deze deelvraag?

5.3.1 Bij vastgoedtransacties zal de externe financier gewoonlijk zekerheidsrechten bedingen. Haast zonder uitzondering betreft dat in ieder geval een hypotheekrecht op het vastgoed dat onderwerp is van de transactie. Dit is bij indirecte vastgoedtransacties even zeer aan de orde als bij directe vastgoedtransacties.

Bij een indirecte vastgoedtransactie met hypothecaire acquisitiefinanciering vinden vereenvoudigd doorgaans in ieder geval de volgende (rechts)handelingen plaats, waarbij de notaris (als spin in het web) de juiste totstandkoming van al deze handelingen in samenhang coördineert:

- (i) de leveringsakte van de aandelen wordt verleden; de aandelen gaan daarbij onmiddellijk over op de koper;
- (ii) gelijktijdig wordt het bestuur van de vastgoedvennootschap gewisseld, in die zin dat de koper of één of meer aan koper gelieerde (rechts)personen zitting krijgen in het bestuur;
- (iii) de financier verstrekt een lening aan de koper (en/of aan de vastgoedvennootschap) en maakt het bedrag van de lening over op de derdengeldenrekening van de notaris;
- (iv) de hypotheekakte wordt verleden; namens de vastgoedvennootschap tekent het nieuwe bestuur de akte.
- (v) de notaris zorgt voor aanbidding van de hypotheekakte ter inschrijving in de openbare registers;
- (vi) na afronding van de gebruikelijke narecherches in de openbare registers (zie hierna), kan de notaris de koopsom overmaken aan de verkoper.

5.3.2 Feitelijk krijgt de indirecte vastgoedtransactie een directe vastgoedcomponent voor zover het de vestiging van het hypotheekrecht betreft. De analyse zoals uiteengezet in paragraaf 4.3 geldt dan ook onverkort voor de hypotheekvestiging bij een indirecte vastgoedtransactie. Zowel de Beleidsregel tijdstip uitbetaling van gelden als ook het Reglement rechercheren registergoederen zijn van toepassing op de vestiging het hypotheekrecht. Dit betekent dat de notaris dient te wachten op het bewijs van inschrijving ten aanzien van de hypotheekakte. De notaris dient vervolgens te wachten met het verrichten van de narecherches tot de werkdag na de dag van inschrijving van de hypotheekakte. Pas na de (succesvolle) narecherches zal de notaris mogen overgaan tot het uitbetalen van de koopsom (zie paragraaf 4.3).

5.3.3 Dit betekent dat bij een indirecte vastgoedtransactie partijen niet kunnen opteren voor variant (i), waarbij de koopsom direct wordt uitbetaald na het verlijden van de leveringsakte. De zorgplicht van de notaris, zoals genormeerd door genoemde beleidsregel en reglement, jegens de betrokken financier staat hieraan in de weg.

5.3.4 Variant (ii) – waarbij er wel narecherches plaatsvinden – lijkt weliswaar beter aan te sluiten op de hierboven beschreven systematiek, maar ook deze variant stuit op problemen waar het betreft het moment dat de narecherches kunnen worden verricht. Het hypotheekrecht komt immers pas tot

stand na de inschrijving van de hypotheekakte in de openbare registers. Dit betekent dat – anders dan in variant (ii) – pas op de eerste werkdag na de inschrijving van de hypotheekakte de narecherches ter hand kunnen worden genomen en ook pas daarna tot uitbetaling van de koopsom kan worden overgegaan. Indien gebruik wordt gemaakt van hypothecaire acquisitiefinanciering dient derhalve anders te worden gehandeld dan bij een indirecte vastgoedtransactie zonder deze vorm van financiering (zie hier variant (iii)).

5.3.5 Zeker in dit geval verdient het aanbeveling dat de notaris de verkoper goed informeert over zijn werkwijze. Immers, de keuze van de koper om al dan niet te werken met hypothecaire acquisitiefinanciering is van invloed op het moment waarop de verkoper over de koopsom kan beschikken.

Het verschil tussen variant (ii) en variant (iii) materialiseert zich in de praktijk ook nu weer met name bij transacties die gedurende de tweede helft van de middag – na de sluiting van het kadaster om 15.00 uur – plaatsvinden. Een voorbeeld waarin ook variant (i) wordt betrokken:

- Variant (i) – zonder (hypothecaire) acquisitiefinanciering:

De leveringsakte (van de aandelen) wordt op donderdag om 16.00 verleden. Onmiddellijk na verlijden van de akte kan de koopsom worden uitbetaald (zie paragraaf 5.2.3).

- Variant (ii) – zonder (hypothecaire) acquisitiefinanciering:

De leveringsakte (van de aandelen) wordt op donderdag om 16.00 verleden. Op vrijdag kunnen de narecherches worden verricht en onmiddellijk daarna kan de uitbetaling plaatsvinden (zie paragraaf 5.2.4).

- variant (iii) – bij hypothecaire acquisitiefinanciering:

De leveringsakte (van de aandelen) en de hypotheekakte worden op donderdag om 16.00 en 16.05 verleden. Met het verlijden van de akte wordt direct de juridische overdracht voltooid. De vestiging van het hypotheekrecht komt echter pas tot stand na de inschrijving van de hypotheekakte in de openbare registers. Doordat de hypotheekakte is verleden na sluiting van het kadaster (om 15.00 uur), zal de akte op zijn vroegst op vrijdag worden ingeschreven in de openbare registers. Dit betekent dat op zijn vroegst pas op maandag de narecherches kunnen worden gedaan, gevolgd door de uitbetaling.

Uit dit voorbeeld blijkt dat er zich situaties kunnen voordoen waarin de verkoper pas na vier dagen over de koopsom kan beschikken. De notaris dient hier op voorhand transparant over te communiceren en de – voor verkoper wellicht lastig te accepteren – noodzaak hiervan toe te lichten. Dit laat onverlet dat het uiteraard aanbeveling verdient dat de koper ter gelegenheid van het aangaan van de koopovereenkomst transparant is jegens de verkoper over het gebruik van hypothecaire financiering.

6 WVG – DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

6.1 Deelvraag

Welke rol dient de notaris te vervullen in het kader van de Wvg bij directe vastgoedtransacties?

- (i) Dient de notaris de toepasselijkheid van de Wvg te onderzoeken?
- (ii) Hoe dient de notaris te handelen indien het vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg?

6.2 Dient de notaris de toepasselijk van de Wvg te onderzoeken?

6.2.1 De Wvg geeft gemeenten onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid om vastgoed aan te wijzen ten aanzien waarvan zij een voorkeursrecht tot koop wensen te verkrijgen.⁴⁷ Het desbetreffende vastgoed dient bij een voorgenomen verkoop eerst te koop te worden aangeboden aan de desbetreffende gemeente voordat het vastgoed aan een derde kan worden overgedragen.⁴⁸

De naam van de wet wekt de suggestie dat deze mogelijkheid alleen aan gemeenten toekomt. Bij wetswijziging in 2010 is deze mogelijkheid echter ook aan de rijksoverheid en aan provincies toegekend.⁴⁹ De naam van de wet is daarbij niet gewijzigd.

6.2.2 De controlerende taak ten aanzien van de naleving van de Wvg is aan de notaris toebedeeld. Daarbij is door de wetgever overwogen dat akten, strekkende tot vervreemding in de zin van de Wvg, in verreweg de meeste gevallen worden opgemaakt door notarissen en dat zij dan ook zullen moeten nagaan of die akten ingevolge de Wvg kunnen worden ingeschreven in de openbare registers.⁵⁰ Deze taak van de notaris is (thans) uitgewerkt in artikel 24 van de wet, in welk artikel de verplichting van de notaris is opgenomen om onder zijn akte een voetverklaring op te nemen met de strekking dat de vervreemding van het vastgoed niet in strijd is met de Wvg.⁵¹

Onder de huidige stand van de jurisprudentie en literatuur is het onduidelijk wat het rechtsgevolg is van een vervreemding in strijd met de Wvg, ten aanzien waarvan de notaris abusievelijk de vereiste verklaring heeft afgegeven. Verdedigd wordt dat een dergelijke vervreemding mogelijk niet het beoogde effect heeft omdat het vastgoed simpelweg niet vatbaar is voor overdracht. Echter, ook het standpunt wordt verdedigd dat de verkrijger in geval van een onoplettende notaris 'geluk' heeft en het vastgoed toch verkrijgt.⁵²

6.2.3 Bovengenoemde controlerende taak ten aanzien van de Wvg brengt derhalve met zich dat de notaris bij directe vastgoedtransacties altijd dient te onderzoeken of het vastgoed is aangewezen onder de Wvg.

⁴⁷ Artikel 2 Wvg

⁴⁸ Artikel 10 Wvg.

⁴⁹ Artikel 9a Wvg.

⁵⁰ Kamerstukken II 1975/76, 13713, 3, p.20 (MvT).

⁵¹ Artikel 24 lid 1 Wvg.

⁵² Zie uitgebreid hierover: Heyman, Bartels & Tweehuysen, p.41 e.v.

6.3 Hoe dient de notaris te handelen indien het vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg?

- 6.3.1 Indien het in de transactie betrokken vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg, dan zal de notaris de verkoper en de koper hierover dienen te informeren. Hij zal hen (min of meer) gelijktijdig moeten informeren en hen van gelijke informatie dienen te voorzien (zie ook paragraaf 2.5.1).
- 6.3.2 Algemeen wordt aangenomen dat de notaris onder omstandigheden niet alleen een zorgplicht heeft jegens de bij zijn akte betrokken partijen, maar ook jegens derden.⁵³ De overheid is zo'n derde die bij verschillende transacties een bijzondere positie inneemt, zo ook bij transacties die (mogelijk) in strijd zijn met de Wvg. Indien er een specifieke wettelijke regeling is die de notaris een controlerende opdracht geeft en de betreffende wetsbepaling dreigt te worden geschonden, zal de notaris zijn medewerking aan het verlijden van de akte moeten onthouden.⁵⁴
- 6.3.3 Gegeven zijn controlerende taak uit hoofde van artikel 24 Wvg, en het gegeven dat de notaris welhaast valsheid in geschrifte zou moeten plegen om de akte in de openbare registers ingeschreven te krijgen, zal de notaris derhalve steevast zijn dienst moeten weigeren indien het in de transactie betrokken vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg.

⁵³ Zie uitgebreid hierover: Melis & Waaijer, 2019, p.69 e.v.

⁵⁴ Zie bijvoorbeeld: Melis & Waaijer, 2019, p. 67.

7 WVG – INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

7.1 Deelvraag

Welke rol dient de notaris te vervullen in het kader van de Wvg bij indirecte vastgoedtransacties?

- (i) Dient de notaris de toepasselijkheid van de Wvg te onderzoeken?
- (ii) Hoe dient de notaris te handelen indien het vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg?

7.2 Dient de notaris de toepasselijk van de Wvg te onderzoeken?

7.2.1 Vanzelfsprekend kan ook vastgoed dat bij een indirecte vastgoedtransactie is betrokken zijn aangewezen onder de Wvg. Noch het bepaalde in artikel 10 (ten aanzien van de aanbiedingsplicht), noch het bepaalde in artikel 24 lid 1 (ten aanzien van de voetverklaring van de notaris) is echter van toepassing op indirecte vastgoedtransacties.

Bij indirecte vastgoedtransacties is geen inschrijving van de akte in de openbare registers vereist en de verklaring bedoeld in artikel 24 lid 1 Wvg betreft nu juist een vereiste waaraan moet zijn voldaan voordat de akte kan worden ingeschreven in de openbare registers. De controlerende taak van de notaris uit hoofde van artikel 24 lid 1 Wvg is derhalve niet van toepassing op indirecte vastgoedtransacties.

7.2.2 Hoewel blijkens de wettekst weliswaar niet specifiek toegespitst op indirecte vastgoedtransacties, lijken indirecte vastgoedtransacties onder omstandigheden wel binnen het toepassingsbereik van de vangnetbepaling van artikel 26 Wvg te vallen. Op grond van lid 1 van dit artikel kunnen gemeenten de nietigheid van rechtshandelingen inroepen die zijn verricht met de kennelijke strekking afbreuk te doen aan de voorkeurspositie van de gemeente uit hoofde van de Wvg.

Het relevante criterium voor het toepassingsbereik van dit artikel is blijkens de parlementaire geschiedenis dat de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de grond in een zodanige mate worden overgedragen aan een of meer andere (rechts-)personen dat een resultaat wordt bereikt dat materieel op hetzelfde neerkomt als gehele of gedeeltelijke vervreemding. Daarbij werd nog expliciet aangegeven dat ook de overdracht van een deel van de beschikkingsmacht en het economisch belang bloot staan aan vernietiging.⁵⁵

Aangezien de wettekst niet meteen duidelijkheid verschaft over de vraag of artikel 26 Wvg ook van toepassing is op indirecte vastgoedtransacties dient de parlementaire (ontstaans)geschiedenis van en de jurisprudentie over dit wetsartikel te worden geraadpleegd.

7.2.3 De voorloper van artikel 26 Wvg⁵⁶, dat bij amendement in de wet is gekomen, had wel direct toepassing op indirecte vastgoedtransacties.⁵⁷

Verkort luidde lid 1 van dit artikel: "*Een gemeente kan de nietigheid inroepen van: a. de overdracht of uitgifte van aandelen of certificaten in besloten en naamloze vennootschappen (...), één en ander indien de vennootschappen (...) onmiddellijk of*

⁵⁵ Kamerstukken II 2001/02, 27750, 5, p. 5 (gewijzigd MvT n.a.v. Advies RvS).

⁵⁶ Artikel 22b (oud) Wvg.

⁵⁷ Kamerstukken II 1976/77, 13713, 24 (Amendement).

middellijk eigenaar zijn van of zakelijk gerechtigde zijn op, dan wel de certificatrechten betrekking hebben op gronden' waarop een gemeentelijk voorkeursrecht rust."

Het artikel is in 1996 gewijzigd waarbij de expliciete verwijzing naar de overdracht van aandelen is geschrapt en is vervangen door een (meer generieke) verwijzing naar rechtshandelingen. Blijkens de toelichting bij die wetwijziging betrof het een verruiming van het toepassingsbereik van het artikel en werd geen inperking (ten aanzien van aandelentransacties) beoogd.⁵⁸ Hieruit volgt onmiskenbaar dat artikel 26 Wvg ook betrekking kan hebben op indirecte vastgoedtransacties.⁵⁹ Daarbij is het criterium genoemd in paragraaf 7.2.2 bepalend.

- 7.2.4 In de jurisprudentie zijn twee uitspraken bekend waarbij de vernietiging van een indirecte vastgoedtransactie centraal stonden.

Hof 's-Gravenhage 11 augustus 2005

De eerste uitspraak betreft een arrest uit 2005 van het Hof 's-Gravenhage. In deze zaak werd de vernietiging uitgesproken van de verkoop en levering van 300 (van in totaal 400) aandelen in het kapitaal van een vennootschap die gerechtigd was tot weilanden in het plangebied Harnaschpolder. Deze weilanden waren door de (voormalige) gemeente Schipluiden aangewezen onder de Wvg. De gemeente doet in deze zaak met succes een beroep op vernietiging. Het Hof overweegt dat met de aandelenoverdracht de beschikkingsmacht over en het economisch belang bij de percelen in zodanige mate is overgedragen dat een resultaat wordt bereikt dat materieel op hetzelfde neerkomt als een gehele of gedeeltelijke vervreemding van de percelen en dat daarmee dus afbreuk wordt gedaan aan de in de wet geregelde voorkeurspositie van de gemeente.⁶⁰

Rechtbank 's-Hertogenbosch 27 juli 2009

Ook in de zaak die ten grondslag lag aan een vonnis uit 2009 van de rechtbank 's-Hertogenbosch stonden indirecte vastgoedtransacties centraal. De gemeente Veghel deed in deze zaak succesvol een beroep op vernietiging van twee opvolgende leveringen van aandelen in een vennootschap waarin vastgoed werd gehouden dat was aangewezen onder de Wvg. De eerste levering betrof twee/derde deel van het aandelenkapitaal, en de tweede levering betrof het gehele aandelenkapitaal van de vennootschap.⁶¹

De (weliswaar beperkte) jurisprudentie ten aanzien van indirecte vastgoedtransacties laat derhalve onmiskenbaar zien dat ook in de rechtspraktijk indirecte vastgoedtransacties met toepassing van artikel 26 Wvg worden gesanctioneerd.

Als mogelijke oorzaak voor de beperkte jurisprudentie ten aanzien van vernietiging van indirecte vastgoedtransacties op grond van de Wvg wijst Meijer in zijn artikel op de preventieve werking van de dreiging van vernietiging.⁶² Een andere mogelijke oorzaak is erin gelegen dat notarissen hun taak in de praktijk blijken te erkennen en hun medewerking niet verlenen aan indirecte vastgoedtransacties die vernietigbaar zijn ingevolge de Wvg.

⁵⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 235, 5, p. 17-18 (NV).

⁵⁹ Zie over de parlementaire (ontstaans)geschiedenis van artikel 26 Wvg ook uitgebreid de noot van Mus bij Hof 's-Gravenhage 11 augustus 2005.

⁶⁰ Hof 's-Gravenhage 11 augustus 2005, r.o. 5.

⁶¹ Rb. 's-Hertogenbosch 27 juli 2009.

⁶² Meijer, 2019, p.91.

7.2.5 Ten behoeve van deze scriptie is de indirecte vastgoedtransactie afgebakend tot de overdracht van alle aandelen in een vastgoedvennootschap waarbij de verkrijging van een economisch belang bij het vastgoed het leidende motief is (zie paragraaf 1.6.2). Toepassing van het criterium voor artikel 26 Wvg (zie paragraaf 7.2.2) en vergelijking met de relevante jurisprudentie (zie paragraaf 7.2.4), leidt tot de ontegenzeggelijke conclusie dat een indirecte vastgoedtransactie voor vernietiging vatbaar is indien het in de transactie betrokken vastgoed is aangewezen onder de Wvg.

Minder evident is de mogelijkheid tot vernietiging van een aandelentransactie waarbij slechts een (zeer) beperkt gedeelte van het aandelenkapitaal wordt overgedragen (denk daarbij aan een transactie van aandelen in een beursgenoteerde vastgoedvennootschap) of waarbij het vastgoed slechts een ondergeschikte rol speelt (denk aan de overdracht van de aandelen in een energiemaatschappij die gerechtigd is tot verschillende opstalrechten voor nutsvoorzieningen waarvan er één blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg).⁶³

7.2.6 Blijkens vaste jurisprudentie heeft de notaris een zwaarwegende zorgplicht ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van de rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in de notariële akte opgenomen rechtshandelingen. Mede gelet op het vertrouwen dat de deelnemers aan het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, geldt deze verplichting jegens alle belanghebbenden (ook jegens overheden).⁶⁴ Dit bevordert dat rechtshandelingen die zijn opgenomen in notariële akten ook als geldig worden aangemerkt.

Waaijer legt deze rechtsregel zo uit dat de notaris bij een akte strekkende tot overdracht van goederen niet kan volstaan met de naleving van de vereiste leveringshandelingen. Aangezien de betrokken partijen de overdracht van het goed beogen, zal de zorg van de notaris zich tot meer dan enkel de leveringsformaliteiten dienen uit te strekken.⁶⁵ Hij dient ook aandacht te geven aan de onaantastbaarheid van de levering en de overdracht van het goed.

Toepassing van deze rechtsregel uit de vaste jurisprudentie leidt tot de conclusie dat de notaris ook bij indirecte vastgoedtransacties de toepasselijkheid van de Wvg dient te onderzoeken. De toepasselijkheid van deze wet kan immers de vernietigbaarheid van de indirecte vastgoedtransactie tot gevolg hebben. De zorgplicht van de notaris strekt er mede toe om dergelijke aantastbare rechtshandelingen voorkomen.

7.3 Hoe dient de notaris te handelen indien het vastgoed blijkt te zijn aangewezen onder de Wvg?

7.3.1 Evenals bij de directe vastgoedtransactie zal de notaris partijen omtrent de toepasselijkheid van de Wvg dienen te informeren.

7.3.2 Anders dan bij directe vastgoedtransacties behoeft de notaris bij indirecte vastgoedtransacties geen voetverklaring onder zijn akte op te nemen met de strekking dat Wvg niet aan de transactie in de weg staat. Artikel 24 Wvg vormt derhalve geen belemmering voor de notaris om zijn medewerking te verlenen aan het verlijden van de akte.

⁶³ Zie uitgebreid hierover: Meijer, 2019, p. 91 e.v. en Sluysmans, 2007, p.144.

⁶⁴ HR 28 september 1990 (*Credit Lyonnais Bank / notaris*), r.o. 3.3 en daarna herhaald in: HR 7 december 1990 (*SHV/Nauta*); HR 27 maart 1992 (*Meijer/Thesing Vastgoed B.V.*); HR 29 mei 1998 (*Caravanpark*) en Gemeensch. Hof van Justitie van de Ned. Antillen en Aruba 14 april 2009.

⁶⁵ Melis & Waaijer, 2019, p.20.

7.3.3 Echter, uit de in paragraaf 7.2.6 genoemde jurisprudentie volgt dat de notaris een zorgplicht heeft ten aanzien van de onaantastbaarheid van rechtshandelingen. In de literatuur wordt deze zorgplicht zo uitgelegd dat de notaris in beginsel zijn diensten dient te weigeren indien de beoogde overdracht tot vernietiging kan leiden; dat geldt ook indien partijen op de vernietigbaarheid zijn gewezen en desondanks de beoogde transactie wensen voort te zetten. Indien de vernietigbaarheid is gelegen in het ontbreken van een vereiste toestemming van een derde (zoals een overheid), dan zal de zorgplicht jegens deze derde de notaris er in ieder geval van moeten weerhouden om zijn medewerking te verlenen aan het verlijden van de akte.⁶⁶

Het spreekt voor zich dat de zorgplicht van de notaris met zich brengt dat hij – voor zover mogelijk – het moment van dienstweigeren voor dient te zijn en het in de transactie betrokken vastgoed vroegtijdig bij het aannemen van de zaak dient te controleren op een eventuele aanwijzing onder de Wvg.

⁶⁶ Melis & Waaijer, 2019, p.554.

8 OVERDRACHTSBELASTING - DIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

8.1 Deelvraag

Welke betrokkenheid heeft de notaris met betrekking tot de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting bij directe vastgoedtransacties?

- (i) Heeft de notaris een wettelijke taak ten aanzien van de aangifte en voldoening van de belasting?
- (ii) Heeft de notaris een verplichting om partijen te informeren ten aanzien van de (mogelijk) verschuldigde overdrachtsbelasting?

8.2 Algemeen

8.2.1 De verkrijging van in Nederland gelegen vastgoed is in beginsel belast met overdrachtsbelasting.⁶⁷ Gegeven de notariële betrokkenheid bij vastgoedtransacties rijst de vraag of aan de notaris een bepaalde rol toekomt ter zake de overdrachtsbelasting. Deze vraag wordt bevestigend beantwoord. De taak van de notaris is zelfs tweeledig. Op de notaris rust allereerst een verplichting jegens de belastingdienst in het kader van de aangifte en afdracht van de overdrachtsbelasting. Daarnaast heeft hij ten opzichte van de koper een informerende en waarschuwendende taak.

8.3 Aangifte en voldoening

8.3.1 De overdrachtsbelasting betreft een belasting die op aangifte dient te worden voldaan.⁶⁸ De belasting dient binnen een maand na het ontstaan van de belastingschuld te worden betaald aan de belastingdienst.⁶⁹ Voor wat betreft de overdrachtsbelasting wordt de verkrijging van het (direct verworven) vastgoed geacht plaats te vinden op het moment van verlijden van de leveringsakte.⁷⁰ Op dat moment ontstaat dan ook al de belastingschuld.

Dit wijkt derhalve af van het moment waarop de civielrechtelijke verkrijging plaatsvindt. Deze vindt immers pas op het (latere) moment plaats dat de akte wordt ingeschreven in de openbare registers (zie paragraaf 2.2.2).

8.3.2 De belasting wordt vervolgens, door de notaris namens de koper, voldaan ter gelegenheid van de aanbieding van de leveringsakte ter registratie bij de KNB.⁷¹ De minister heeft bevestigd dat in een dergelijke geval de koper in beginsel ook niet meer een eigen zelfstandige verplichting heeft tot het doen van aangifte.⁷²

8.3.3 Op grond van het bepaalde in artikel 42 IW is bij directe vastgoedtransacties de notaris, naast de koper, wel hoofdelijk aansprakelijk voor de overdrachtsbelasting die in gevolge de inhoud van de akte is verschuldigd.

Hierbij dient nog te worden opgemerkt dat de notaris de overdrachtsbelasting weliswaar voldoet, maar dat dit gegeven de notaris nog niet een belastingschuldige maakt in de zin van artikel 2 lid 1

⁶⁷ Artikel 2 lid 1 WBR.

⁶⁸ Artikel 17 WBR.

⁶⁹ Artikel 19 lid 3 AWR.

⁷⁰ Artikel 8 lid 1 WBR.

⁷¹ Artikel 18 WBR jo. artikel 21a Ur AWR jo. artikel 4 Ur Rw.

⁷² Kamerstukken II, 1988/89, 20588, 6, p. 65 (MvA).

sub k IW. Hij voldoet immers de belasting niet uit eigen naam maar uit naam van de koper.⁷³ Deze nuance brengt met zich dat op grond van artikel 49 IW de notaris niet eerder aansprakelijk kan worden gesteld op grond van artikel 42 IW dan nadat de koper (de belastingschuldige) in gebreke is met de betaling van de belastingschuld.

- 8.3.4 De vraag naar de reikwijdte van deze aansprakelijkheid stond centraal in de zaak die leidde tot het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 6 maart 2018. In deze zaak werd (onterecht) in een akte van teruglevering een beroep gedaan op de vrijstelling van artikel 15 lid 1 sub r WBR jo. artikel 19 WBR. De (terecht opgelegde) naheffingsaanslag blijft door de verkrijger onbetaald en de ontvanger stelt de notaris vervolgens aansprakelijk op grond van artikel 42 IW. Dit beroep slaagt niet, omdat er in de akte niets is opgenomen wat erop duidt dat de vrijstelling niet van toepassing zou zijn. Het gegeven dat de notaris in zijn dossier wel over informatie beschikte (waarvan in de akte geen melding werd gemaakt) waaruit duidelijk bleek dat de vrijstelling geen toepassing kon vinden, deed daar niet aan af. Artikel 42 IW dient derhalve zeer restrictief te worden uitgelegd: de aansprakelijkheid van de notaris gaat niet verder dan de verschuldigde belasting, zoals deze blijkt uit de inhoud van akte.

Deze beperkte verhaalsmogelijkheid op grond van artikel 42 IW neemt overigens niet weg dat de notaris mogelijk wel met succes – via civielrechtelijke weg – had kunnen worden aangesproken op grond van onrechtmatig handelen jegens de belastingdienst. Op de notaris rust immers een zwaarwegende zorgplicht en deze zorgplicht dient hij onder omstandigheden ook jegens derden te betrachten (zie paragraaf 7.2.6).⁷⁴

8.4 Informerende rol

- 8.4.1 Op grond van artikel 17 lid 1 Wna dient de notaris zijn werkzaamheden te verrichten met de grootst mogelijke zorgvuldigheid. De reikwijdte van deze zorgplicht wordt voor een belangrijk deel ingekleurd door de 'Maatman-norm' (zie paragraaf 2.5.1). De vraag is hoe deze norm dient te worden toegepast op fiscale aspecten van notariële aangelegenheden. De notaris is in de kern immers civielrechtelijk geschoold en geen fiscaal specialist, maar heeft aan de andere kant – ook als onderdeel van zijn universitaire opleiding en zijn beroepsopleiding – toch de nodige fiscale bagage.
- 8.4.2 In haar proefschrift uit 2002 stelt Boks dat de notaris in beginsel partijen niet hoeft te wijzen op fiscale risico's die mogelijkterwijs aan de voorgenomen rechtshandeling zijn verbonden.⁷⁵ De notaris is immers geen belastingkundige en in het algemeen kan hij zich beperken tot de juridische kant van de zaak. Zij vervolgt echter dat bijzondere omstandigheden ertoe kunnen leiden dat een notaris bepaalde fiscale gevolgen wél in zijn voorlichting dient te betrekken.

Deze bijzondere omstandigheden waren volgens haar aan de orde in een vonnis van de Rechtbank Zwolle.⁷⁶ In deze zaak oordeelde de rechtbank dat de notaris aansprakelijk was jegens een verkoper, omdat hij had verzuimd deze verkoper voldoende te waarschuwen omtrent de toepasselijkheid van artikel 11 lid 1 sub a.1 Wet OB, waardoor omzetbelasting verschuldigd was. De bijzondere omstandigheden waren erin gelegen dat er (i) bijzondere fiscale risico's uit de rechtshandeling voortvloeiden, (ii) de verkoper fiscaal ondeskundig was en geen eigen adviseur

⁷³ HR 7 mei 2010.

⁷⁴ Zie uitgebreid hierover: noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018.

⁷⁵ Boks, 2002, p.95.

⁷⁶ Rb. Zwolle 16 augustus 2000.

had, en (iii) het al dan niet aangaan van de rechtshandeling (mede) afhing van de fiscale kwalificatie.

- 8.4.3 Huijgen meent dat uit latere jurisprudentie inmiddels blijkt dat het uitgangspunt zoals verwoord in het proefschrift van Boks inmiddels is achterhaald.⁷⁷ Hij onderbouwt deze stelling mede aan de hand van een uitspraak van de Rechtbank Utrecht.

In deze zaak stond de reikwijdte van de notariële werkzaamheden bij een juridische fusie centraal. De Rechtbank oordeelde dat bij een dergelijke opdracht fiscale aspecten, waaronder het overhevelen van compensabele verliezen, een belangrijke rol spelen. Voor deze opdracht gold de verplichting van de notaris om de fiscale aspecten van de transactie in het oog te houden dan ook in volle omvang. Hieruit vloeit voort dat het normaal gesproken op de weg van de notaris had gelegen om te informeren naar mogelijke compensabele verliezen van de moeder- en de dochtermaatschappij en te attenderen op de consequenties daarvan in het licht van de beoogde juridische fusie.⁷⁸

Uit deze uitspraak kan de algemene regel worden afgeleid dat het tot de taak van de notaris behoort om partijen te informeren over en – zo nodig – te waarschuwen voor fiscale gevolgen die met een rechtshandeling samenhangen. Teneinde partijen adequaat te kunnen informeren, rust op de notaris een verhoogde onderzoeksplicht naar mogelijk door partijen onvoldoende besepte fiscale gevolgen.

Daarbij dient nog te worden opgemerkt dat deze uitspraak betrekking had op fiscale aspecten uit hoofde van de vennootschapsbelasting, welke belasting algemeen niet wordt beschouwd als één van de klassieke 'notariële belastingen'. Algemeen wordt aangenomen dat de erfbelasting, de schenkbelasting, de overdrachtsbelasting en de omzetbelasting (voor zover het de verkrijging van onroerende zaken of rechten daarop betreft) notariële belastingen betreft. Huijgen meent dat de notariële zorgplicht verder reikt bij notariële belastingen (waaronder overdrachtsbelasting) dan bij overige belastingen (waaronder vennootschapsbelasting).⁷⁹

Ook ten aanzien van de mogelijkheid tot disculpatie wat betreft de fiscale informatie- en waarschuwingsplicht geeft het vonnis van de Rechtbank Utrecht een duidelijke rechtsregel. De notaris had gesteld dat hij met cliënt was overeengekomen niet de met de beoogde fusie samenhangende fiscale advisering te kunnen verstrekken. De rechtbank meent dat een dergelijke uitsluiting van een deel van de 'normale' werkzaamheden rond de fusie weliswaar mogelijk is maar dat dit dan uitdrukkelijk – en in beginsel schriftelijk – moet gebeuren, hetgeen de notaris in het betreffende geval niet kon bewijzen.⁸⁰

- 8.4.4 Geconcludeerd dient te worden dat de notaris bij een directe vastgoedtransactie gehouden zal zijn om de koper te informeren over en – zo nodig – te waarschuwen voor de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting. Alleen indien hij dit uitdrukkelijk en (in beginsel) schriftelijk te kennen geeft, kan hij zich gekweten achten van zijn taak.

⁷⁷ Huijgen, 2015, p. 830.

⁷⁸ Rb. Utrecht 24 augustus 2005, r.o.4.8.

⁷⁹ Huijgen, 2015, p. 830 en onderbouwd aan de hand van Rb. Roermond 8 februari 2001.

⁸⁰ Rb. Utrecht 24 augustus 2005, r.o.4.9.

9 OVERDRACHTSBELASTING - INDIRECTE VASTGOEDTRANSACTIES

9.1 Deelvraag

Welke betrokkenheid heeft de notaris met betrekking tot de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting bij indirecte vastgoedtransacties?

- (i) Heeft de notaris een wettelijke taak ten aanzien van de aangifte en voldoening van de belasting?
- (ii) Heeft de notaris een verplichting om partijen te informeren ten aanzien van de (mogelijk) verschuldigde overdrachtsbelasting?

9.2 Algemeen

9.2.1 Op grond van het bepaalde in artikel 4 lid 1 sub a WBR zal in bepaalde gevallen ook bij een indirecte vastgoedtransactie overdrachtsbelasting verschuldigd zijn. Ook de indirecte vastgoedtransactie vereist een notariële tussenkomst (zie paragraaf 1.2.2). De vraag rijst nu of de rol die de notaris vervult bij een directe vastgoedtransactie verschilt van zijn rol bij een indirecte vastgoedtransactie. De twee (bij directe vastgoedtransacties) te onderscheiden notariële taken worden in deze paragraaf gezien vanuit de indirecte vastgoedtransactie.

9.3 Aangifte en voldoening

9.3.1 Bij ministeriële regeling kunnen regels worden gesteld welke ertoe strekken dat de belasting ter zake waarvan een notariële akte is opgemaakt worden voldaan ter gelegenheid van de aanbidding van die akte ter registratie.⁸¹ Van deze mogelijkheid is – voor wat betreft de directe vastgoedtransactie – gebruik gemaakt (zie paragraaf 8.3.2). De relevante ministeriële regeling is neergelegd in artikel 21a Ur AWR. De verkrijging uit hoofde van artikel 4 lid 1 sub a WBR (fictieve onroerende zaken) is echter uitdrukkelijk van het toepassingsbereik van deze bepaling uitgesloten. Aangezien de (mogelijk) verschuldigde overdrachtsbelasting bij indirecte vastgoedtransacties juist zijn grondslag vindt in genoemde wetsbepaling kan worden geconcludeerd dat de notaris geen taak heeft voor wat betreft de voldoening van overdrachtsbelasting bij indirecte vastgoedtransacties.

9.3.2 De notaris is ook niet hoofdelijk aansprakelijk voor de eventueel verschuldigde overdrachtsbelasting. Het toepassingsgebied van artikel 42 IW is expliciet beperkt tot de gevallen van artikel 18 WBR en, zoals hierboven reeds geconstateerd, de indirecte vastgoedtransactie valt weer buiten het bereik van dat laatste artikel.

9.3.3 Dit betekent dat, anders dan bij de directe vastgoedtransactie, de koper (als belastingplichtige) zelf gehouden is om aangifte van de overdrachtsbelasting te doen en dat de notaris daarvoor niet mede aansprakelijk is.⁸²

Naast de koper rust echter ook op de 'vastgoedvennootschap' zelf een bepaalde verplichting ter zake de verschuldigde overdrachtsbelasting. Op grond van artikel 3 lid 3 Ur AWR, dient de vennootschap waarin de aandelen worden verkregen in beginsel een melding daarvan te doen aan de inspecteur. Nalaten van een dergelijke melding kan door de inspecteur worden gesanctioneerd

⁸¹ Artikel 18 WBR.

⁸² Artikel 6 lid 3 AWR jo. artikel 3 lid 1 Ur AWR.

met een verzuimboete op grond van artikel 67ca AWR. Op de notaris zal, in verband met zijn informerende rol (zie paragraaf 9.4 hierna), een verplichting rusten om de vennootschap hierop te attenderen.

9.4 Informerende rol

- 9.4.1 De analyse ten aanzien van de rol van de notaris bij directe vastgoedtransacties is van overeenkomstige toepassing op zijn rol bij indirecte vastgoedtransacties. Immers, de conclusie die hiervoor in paragraaf 8.4.4 is getrokken betreft een algemene conclusie ten aanzien van fiscale aspecten bij notariële aangelegenheden. Noch de jurisprudentie noch de literatuur waarop deze conclusie is gestoeld had specifiek betrekking op directe vastgoedtransacties.
- 9.4.2 Verschillende fiscaal-rechtelijke auteurs komen tot een vergelijkbare conclusie. Zo stelt Litjens dat het feit dat de notaris vanuit fiscaal oogpunt geen taak heeft bij de aangifte overdrachtsbelasting er niet aan afdoet dat de notaris vanuit zijn deskundigheid over de overdrachtsbelasting civielrechtelijk wel een zorgplicht heeft.⁸³ Volgens Booij kan deze zorgplicht meebrengen dat de notaris de koper tijdig en volledig moet inlichten over het verschuldigd zijn van overdrachtsbelasting.⁸⁴ Van der Paardt gaat nog iets verder en stelt dat het niet signaleren van een mogelijke verschuldigdheid van overdrachtsbelasting, of een risico op naheffing met boete en rente als de koper geen aangifte doet en de verschuldigde belasting afdraagt, mogelijk als een nalatigheid in het handelen van de notaris kan worden gezien.⁸⁵
- 9.4.3 Geconcludeerd kan derhalve worden dat ook bij indirecte vastgoedtransacties op de notaris een informerende en waarschuwende taak rust, ter zake waarvan hij zich alleen uitdrukkelijk en (in beginsel) schriftelijk kan disculperen.

Naast de verkoper en de koper zal bij de indirecte vastgoedtransactie in beginsel ook de 'vastgoedvennootschap' zelf partij zijn bij de akte. De informerende en waarschuwende taak van de notaris strekt zich logischerwijs dan ook tevens uit over deze vennootschap. In de praktijk zal dit betekenen dat de notaris de vastgoedvennootschap dient te informeren over de meldingsplicht jegens de inspecteur (zie paragraaf 9.3.3).

⁸³ Litjens, 2012, zonder paginanummer.

⁸⁴ Booij, 2007, zonder paginanummer.

⁸⁵ Van der Paardt, 2010, p.901.

10 CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN

10.1 Conclusie

10.1.1 Schematische weergave per deelvraag

In onderstaande tabel zijn de conclusies per deelvraag schematisch weergegeven.

	Directe Vastgoedtransactie	Indirecte Vastgoedtransactie
Kadastraal rechercheren		
• Rechercheplicht?	§ 2.3 Ja, altijd.	§ 3.2 Indien de koopsom wordt voldaan via de notariële derdengeldenrekening, dient de notaris de koper te informeren naar de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat hij de koopsom kan uitbetalen. Hij dient in dat kader de vraag te stellen of het vastgoed al dan niet kadastraal moet worden gerechercheerd. Het antwoord van koper op deze vraag dient aan de verkoper te worden gecommuniceerd. De notaris kan de transactie pas afwickelen indien de verkoper daarmee akkoord gaat. Vindt er geen betaling plaats via de notariële derdengeldenrekening, dan zal de notaris het vastgoed kadastraal dienen te rechercheren, tenzij partijen hem nadrukkelijk anders instrueren.
• Welke momenten?	§ 2.4 <ul style="list-style-type: none">- Bij het aannemen van de zaak (eerste recherche)- Vlak voor het verlijden van de akte (herrecherche)- De eerste werkdag <u>na de inschrijving</u> van de akte (narecherche)	§ 3.3 <ul style="list-style-type: none">- Indien de notaris kadastrale recherches verricht, dan zal hij dit in ieder geval doen bij het aannemen van de zaak.- Daarnaast zal hij vlak voor het passeren van de akte een kadastrale recherche uitvoeren.- Of de notaris ook een narecherche verricht zal afhangen van de procesafspraken. De narecherche kan plaatsvinden op de eerste werkdag <u>na het verlijden</u> van de akte.

<p>• Hoe te handelen bij onregelmatigheden?</p>	<p>§ 2.5.1</p> <ul style="list-style-type: none"> - Partijen informeren - Mogelijk een rol voor wat betreft het verhelpen van de onregelmatigheden. 	<p>§ 3.4.1</p> <ul style="list-style-type: none"> - Partijen informeren - Mogelijk een rol voor wat betreft het verhelpen van de onregelmatigheden.
	<p>§ 2.5.2</p> <ul style="list-style-type: none"> - Geldverkeer: <ul style="list-style-type: none"> o Bij constatering dat de eigendom niet is overgegaan: de koopsom (terug)betalen aan de koper. o Bij constatering van een bezwaring met hypotheek en/of beslag: geen betalingen verrichten totdat duidelijkheid bestaat omtrent de opheffing van het geconstateerde hypotheekrecht / beslag en de financiële afwikkeling daarvan. 	<p>§ 3.4.2</p> <ul style="list-style-type: none"> - Geldverkeer: <ul style="list-style-type: none"> o Indien de notaris procesafspraken heeft gemaakt met partijen: handelen overeenkomstig deze procesafspraken. o Indien de notaris geen procesafspraken heeft gemaakt met partijen: zo veel mogelijk handelen overeenkomstig het gebruikelijke handelen bij directe vastgoedtransacties.
<p>Uitbetalen Koopsom</p>		
<p>• Wanneer (in relatie tot recherches)?</p>	<p>§ 4.2</p> <p>Na afronding van de narecherches (die plaatsvinden op de eerste werkdag <u>na de inschrijving</u> van de akte).</p>	<p>§ 5.2</p> <p>Afhankelijk van de met partijen gemaakte procesafspraken. De twee meest voor de hand liggende momenten zijn:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) onmiddellijk na het verlijden van de akte; (ii) na afronding van de narecherches (die dan plaatsvinden op de eerste werkdag <u>na het verlijden</u> van de akte). <p>Indien geen procesafspraken zijn gemaakt: moment (ii).</p>
<p>• Anders bij hypothecaire acquisitiefinanciering?</p>	<p>§ 4.3</p> <p>Na afronding van narecherches ten aanzien van zowel de levering als de hypotheekvestiging; dit zal doorgaans niet resulteren in een</p>	<p>§ 5.3</p> <p>Na afronding van de narecherches ten aanzien van de hypotheekvestiging. Deze narecherche kan pas worden gedaan op de eerste werkdag <u>na de inschrijving</u> van de hypotheekakte. Er kan door het gebruik van hypothecaire</p>

	ander betaalmoment.	acquisitiefinanciering een werkdag vertraging optreden ten aanzien van het betaalmoment.
WVG		
• Verplichting tot onderzoek naar WVG?	§ 6.2 Ja	§ 7.2 Ja
• Hoe handelen bij aanwijzing onder WVG?	§ 6.3 - Partijen informeren. - Dienst weigeren voor wat betreft het verlijden van de akte.	§ 7.3 - Partijen informeren. - Dienst weigeren voor wat betreft het verlijden van de akte.
Betrokkenheid bij overdrachtsbelasting		
• Aangifte en voldoening?	§ 8.3 Een duidelijke en harde wettelijke verplichting tot het verzorgen van de aangifte en de voldoening van de belasting.	§ 9.3 <u>Geen</u> wettelijke plicht tot het verzorgen van de aangifte of de voldoening van de belasting.
• Informatieplicht?	§ 8.4 Op de notaris rust een informerende en waarschuwende taak. Alleen uitdrukkelijk en (in beginsel) schriftelijk kan hij zich hiervan disculperen.	§ 9.4 Op de notaris rust een informerende en waarschuwende taak; nu ook ten aanzien van de vastgoedvennootschap. Alleen uitdrukkelijk en (in beginsel) schriftelijk kan hij zich hiervan disculperen.

10.1.2 Conclusie ten aanzien van de hoofdvraag

Geconcludeerd kan worden dat er weliswaar verschillen bestaan in de rol van de notaris bij indirecte vastgoedtransacties ten opzichte van directe vastgoedtransacties, maar dat deze verschillen beperkt zijn. Alleen op het gebied van de aangifte en voldoening van de overdrachtsbelasting bestaat een duidelijk verschil in de taak van de notaris. Voor wat betreft de informerende en (soms ook) waarschuwende taak van de notaris, die zich met name manifesteert bij onregelmatigheden en ten aanzien van de fiscale aspecten van de transacties, geldt geen onderscheid tussen de twee transactiestructuren. Ten aanzien van de meeste andere onderzochte aspecten wordt als rode draad herkend dat, in afwezigheid van een duidelijk wettelijk kader, de notaris heldere procesafspraken met partijen dient te maken omtrent zijn handelen. Bij gebreke daarvan mag van de notaris worden verwacht dat hij zoveel mogelijk handelt overeenkomstig het gebruikelijk handelen bij directe vastgoedtransacties.

10.2 Aanbevelingen

10.2.1 Aangezien bij de indirecte vastgoedtransactie over de rol van de notaris ten aanzien van verschillende aspecten van zijn handelen op voorhand geen duidelijkheid bestaat, verdient het aanbeveling dat de notaris hierover duidelijke procesafspraken maakt met partijen. Dergelijke procesafspraken kunnen bijvoorbeeld worden opgenomen in een notarisbrief: een afsprakenbrief die de notaris opstelt en door partijen voor akkoord wordt getekend. Deze notarisbrief zal de in deze scriptie onderzochte aspecten van het notariële handelen dienen te adresseren. Als partijen niet op één lijn lijken te zitten, dan zal de notaris zelf het voortouw dienen te nemen om tot een voor partijen werkbare oplossing te komen. Een passieve opstelling past de notaris wat betreft deze procesafspraken niet.

10.2.2 Meer in het bijzonder geldt ten aanzien van de overdrachtsbelasting dat het aanbeveling verdient dat de notaris partijen helder informeert over zijn rol. Indien hij de fiscale gevolgen niet goed overziet, dan zal de notaris partijen uitdrukkelijk en schriftelijk dienen te berichten dat hij de fiscale aspecten niet tot zijn opdracht beschouwt. Desalniettemin verdient het in een dergelijk geval aanbeveling dat de notaris wel toetst of partijen zelf fiscaal voldoende onderlegd zijn om de gevolgen van de transactie te beoordelen danwel of zij elders fiscaal advies hebben ingewonnen.

Hoewel niet wettelijk verplicht, verdient het in het verlengde daarvan nog aanbeveling om ook bij indirecte vastgoedtransactie een fiscale paragraaf op te nemen in de leveringsakte. Dit dwingt de notaris immers om met de betrokken partijen, al dan niet na het inwinnen van extern fiscaal advies, duidelijkheid te krijgen over de fiscale behandeling van de transactie.

11 LIJST MET GEHANTEERDE AFKORTINGEN

- AWR Algemene wet inzake rijksbelastingen
- B.V. besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
- BW Burgerlijk Wetboek
- FW Faillissementswet
- IW Invorderingswet 1990
- jo. juncto (*in verband met*)
- KNB Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
- MvT Memorie van Toelichting
- MvA Memorie van Antwoord
- N.V. naamloze vennootschap
- NVM Nederlandse Coöperatieve Vereniging van Makelaars en Taxateurs in onroerende goederen U.A.
- Rv Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
- RvS Raad van State
- Ur AWR Uitvoeringsregeling AWR1994
- Ur Rw Uitvoeringsregeling Registratiewet 1970
- WBR Wet op belastingen van rechtsverkeer
- Wet OB Wet op de omzetbelasting 1968
- Wft Wet op het financieel toezicht
- Wna Wet op het notarisambt
- Wvg Wet voorkeursrecht gemeenten

12 LITERATUURLIJST

- **S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger) (2013)**
Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht, Deventer: Kluwer 2013.
- **D.T. Boks (2002)**
Notariële aansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2002.
- **J.A. Booij (2007)**
'Aansprakelijkheid van de notaris voor overdrachtsbelasting op grond van artikel 42 IW', *Fiscale Berichten voor het Notariaat* 2007, afl. 4.
- **H.M.I.Th. Breedveld & L.W. Kelterman (2007)**
'De beleidsregels uitbetaling gelden: praktisch (on)mogelijk', *WPNR* 2007/6729, p. 912 – 916.
- **H.W. Heyman, S.E. Bartels & V. Tweehuysen (2019)**
Vastgoedtransacties. Overdracht, Den Haag: Boom juridisch 2019.
- **R.J. Holtman, G.J.C. Lekkerkerker & F. Schonewille (2009)**
Rechtspraak. Beroepsuitoefening Notaris, Den Haag: Sdu Uitgevers: 2009.
- **W.G. Huijgen (2015)**
'Aansprakelijkheid van de notaris voor onjuist belastingadvies', *WPNR* 2015/7077, p. 828 – 833.
- **J.W.E. Litjens (2012)**
'Aandachtspunten in de vennootschapsbelasting en overdrachtsbelasting bij akten van pandrecht en statutenwijziging', *Fiscale Berichten voor het Notariaat* 2012, afl. 2.
- **W.B. Meijer (2019)**
'Corporate Real Estate M&A: enkele aandachtspunten bij (vastgoed) M&A-transacties', *WPNR* 2019/7225, p. 84 – 95.
- **J.C.H. Melis & B.C.M. Waaijer (2019)**
De Notariswet, Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- **R.N.G. van der Paardt (2010)**

'Wetsvoorstel tot wijziging van art. 4 Wet op belastingen van rechtsverkeer, een nachtmerrie?', *WPNR* 2010/6867, p. 899 – 901.

- **J.A.M.A. Sluysmans (2007)**

'Transformatie van het agrarisch gebied: wie betaalt en wie verhaalt? Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht', *TvAR* 2007/4, p.140 – 155.

- **P.P. de Vries (2016)**

'De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV', *WPNR* 2016/7119, p. 697 - 704.

13 JURISPRUDENTIELIJST

Hoge Raad

- HR 30 januari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4140, *NJ* 1982/56, m.nt. W.M. Klein (*Baarns beslag, Notaris X/Tan*).
- HR 20 januari 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0586, *NJ* 1989/766, m.nt. E.A.A. Luijten.
- HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0095, *NJ* 1991/473, m.nt. E.A.A. Luijten (*Credit Lyonnais Bank / notaris*).
- HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991, 26 (*Speeckaert/Gradener*).
- HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0070, *NJ* 1991/474 (*SHV/Nauta*).
- HR 27 maart 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0557, *NJ* 1993/188 (*Meijer/Thesing Vastgoed B.V.*).
- HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2467, *NJ* 1996/607.
- HR 22 maart 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2514, *NJ* 1996/668, m.nt. W.M. Kleijn.
- HR 29 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2658, *NJ* 1999/287, m.nt. W.M. Kleijn (*Caravanpark*).
- HR 20 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF0198, *NJ* 2003/325, m.nt. W.M. Kleijn.
- HR 7 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM3292.
- HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN7887, *NJ* 2011/366, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Butterman q.q./Rabobank*).
- HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5721, *NJ* 2013/340.

Gerechtshoven

- Hof 's-Gravenhage 11 augustus 2005, *TBR* 2008/14, m.nt. J.B. Mus.
- Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba 14 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:B13287.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL: 2013:5722.
- Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2722, *NJ* 2016/296, m.nt. S. Perrick.

- Hof Arnhem-Leeuwarden 6 maart 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:2187, m.nt. Redactie Vakstudie Nieuws.
- Hof 's-Gravenhage 24 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3300.

Rechtbanken

- Rb. Zwolle 16 augustus 2000 HA ZA 99-869 (niet gepubliceerd).
- Rb. Roermond 8 februari 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AA98754.
- Rb. Utrecht 24 augustus 2005, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU1598.
- Rb. 's-Hertogenbosch 27 juli 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:3410.