

# OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1970-1972)

## PROFESSIONELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE NOTARIS

door Jean-Louis RENS  
notaris te Geraardsbergen  
buitengewoon docent V.U.B.

### INHOUD

#### Inleiding (1-6)

#### Hoofdstuk I

#### VERPLICHTINGEN IN VERBAND MET DE ORGANISATIE VAN HET AMBT (7)

7. Weigering akte te verlijden

#### Hoofdstuk II

#### PROCEDURES EN FORMALITEITEN DOOR DE NOTARIS NA TE LEVEN (8-9)

- 8. Voorkooprecht van de pachter
- 9. Fiscale opzoeking

#### Hoofdstuk III

#### DE VERPLICHTING RAAD TE GEVEN (10-21)

- 10. Inleiding
- 11. Registratie van aanwijzing van lastgever
- 12-13. Registratie van vennootschapsakte
- 14. Solvabiliteit van lener
- 15. Ontoereikend hypothecair pand
- 16. Onherroepelijke volmacht
- 17. Verkoop van andermans goed
- 18. Identificatie van partijen
- 19. Hypothecaire staat
- 20-21. Verkoop voor vrij en onbelast

1. De studie van de burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris is een ontleding van de gevolgen van het recht in de dagelijkse praktijk. De wetgeving is slechts een zekere uiting van het verlangen van onze maatschappij om aan de samenleving een bepaalde richting te geven. De practicus moet de middelen aanwenden om die richting te vinden en zelfs in zekere mate te nuanceren. Hij neemt dus zijn verantwoordelijkheden, telkens wanneer hij vorm geeft aan de rechtshandeling, die hij meent te mogen aanraden als rechtsgeldige compromis tussen het belang van zijn cliënt en de dwingende wetsbepalingen.

2. Daar de laatste jaren het ingrijpen van de Staat in private aangelegenheden belangrijker wordt, wordt de taak van de notaris in zelfde mate complexer, daar waar hij als eerste natuurlijke raadgever optreedt om de talrijke voorafgaande formaliteiten en procedures te vervullen en om tenslotte de geschikte authentieke vorm te kiezen.

De recente wetgevingen inzake stedenbouw, de rechten van de pachter en de verkoop van goederen in opbouw of te bouwen, hebben hem ongetwijfeld een groot aantal nieuwe taken opgelegd en bijgevolg zijn aansprakelijkheid uitgebreid.

Met die nieuwe wetten toont de maatschappij haar verlangen aan om zekere belangen te beschermen, om de maatschappelijke betrekkingen te hervormen. Onze samenleving evolueert op dat punt vlugger nu dan vroeger, doch die hervormingen worden te dikwijls zonder grondige studie en zonder medewerking van diegene die de nieuwe teksten moeten toe-passen, in het leven geroepen.

3. De raadgever moet zijn verantwoordelijkheden nemen indien hij zijn rol wil blijven vervullen in de samenleving. Hij blijft graag aansprakelijk voor zijn raadgevingen en zijn taak, zolang hij zijn aansprakelijkheid kan meten aan degelijke teksten en onder normale omstandigheden. De aansprakelijkheid is trouwens een waarborg voor de kwaliteiten van zijn beroep. Wanneer deze nochtans in het gedrang komt, dan wordt weldra zeer duidelijk hoe die aansprakelijkheid een diversiteit van aspecten kan vertonen.

4. Nergens bestaat een duidelijke afbakening en toch is het de verdienste van een basiswerk zoals *Les sources et la nature de la responsabilité civile des notaires en droit belge de 1830-1962* (Luik-Den Haag, 1964) van professor Pierre Harmel en notaris Robert Bourseau, de principes en de grenzen van die notariële aansprakelijkheid te hebben ontleed. Dit omvangrijk werk toont door een grondige studie van de rechtspraak tot 1962, aan hoe de begrippen in dat verband evolueerden.

Een overzicht van de rechtspraak betreffende de professionele aansprakelijkheid van de notaris voor de jaren 1963 tot 1964 verscheen in dit tijd-

schrift (Rens, R., en Rens, J. L., *T.P.R.*, 1965, blz. 433 e.v.) en ook voor de jaren 1965 tot 1969. (Rens, J. L., *T.P.R.*, 1970, blz. 45 e.v.).

5. Wij zullen nu de rechtspraak gepubliceerd tijdens de jaren 1970 tot 1972 onderzoeken en nagaan in hoeverre er werkelijk een tendens bestaat om de notariële verplichtingen uit te breiden.

Die tendens wordt inderdaad de laatste jaren meer en meer aangeklaagd (noot in *R. Not. B.*, 1972, blz. 37).

6. Om dit onderzoek duidelijk te kunnen volgen, kunnen wij niet beter doen dan de notariële aansprakelijkheid in te delen volgens de notariële verplichtingen.

Wij volgen dus de indeling vastgesteld door professor Harmel en notaris Bourseau in hun voormeld handboek, als volgt:

1) verplichtingen in verband met de *organisatie van het ambt* of enerzijds de verplichting zijn ambt te verlenen als algemene regel en anderzijds de verplichting zijn ambt te weigeren wanneer de overeenkomst strijdig is met de goede zeden, de openbare orde of dwingende wetsbepalingen;

2) verplichtingen betreffende de *vorm van de notariële akten* of de voorschriften van de ventôse-wet in verband met de bevoegdheid van de notaris, de getuigen, de lezing en ondertekening van de akte en andere vormvereisten;

3) wettelijke verplichtingen opgelegd aan de notaris belast met *procedures of formaliteiten*, buiten het opmaken van akten of alle formaliteiten vóór of na de akte te vervullen omdat ze door wetteksten aan de notaris opgelegd zijn in zijn hoedanigheid van ministerieel officier.

4) de verplichting *raad te geven*, daar de notaris zich niet kan beperken tot het zuiver materieel werk, maar ook moet zorgen voor de juridische en economische gevolgen van de rechtshandeling.

Wij zullen hierna kunnen vaststellen dat de meeste professionele tekortkomingen betrekking hebben op de plicht de partijen voor te lichten of de onderzoeksplicht.

Dit zijn de voornaamste activiteiten die van de notaris als raadgever worden verwacht en waarvan de omvang te dikwijls niet vermoed wordt. Anderzijds worden de formaliteiten en procedures die aan het notariaat door de recentste wetgeving toevertrouwd worden, steeds talrijker, zodat de rechtspraak ook op dat punt toeneemt.

VERPLICHTINGEN IN VERBAND MET DE ORGANISATIE  
VAN HET AMBT

## WEIGERING AKTE TE VERLIJDEN

7. Meestal komt de burgerlijke aansprakelijkheid van de notaris in het gedrang wanneer hij akte heeft verleden van een overeenkomst die strijdig is met zekere wetsbepalingen, met de openbare orde of soms met de goede zeden. Het valt veel minder voor dat hij zonder ernstige reden zijn ambt weigert, daar waar artikel 3 van de wet van 25 ventôse jaar XI hem de verplichting oplegt zijn ambt te verlenen wanneer hij daartoe verzocht wordt.

Tijdens het geding, beslecht door de rechtbank van eerste aanleg te Brussel op 17 januari 1972 (*T. Not.*, 1972, blz. 71), tracht de verweerder op tegeneis aan te tonen welke schade hij geleden heeft, toen de notaris naliet authentieke akte te verlijden van een beweerde verkoopovereenkomst.

Op 15 april 1969 werd openbare verkoop gehouden van een onroerend goed, dat de verweerder voor een onverdeeld deel toebehoort. Op die openbare tekoopstelling deed verweerder een bod van 360.000 F. dat blijkbaar niet aanvaard werd door alle verkopers. Bij gebreke aan overeenstemming van alle betrokken partijen over de prijs en de eigendomsoverdracht van het goed, oordeelde de notaris dat het onnodig was proces-verbaal op te maken.

Wanneer gezegde verweerder later voor de rechtbank gedagvaard wordt om uit onverdeeldheid te treden, tracht hij te bewijzen dat er geen onverdeeldheid meer bestaat, daar hij het goed op 15 april 1969 zou gekocht hebben.

Zijn bewijsmateriaal bestaat in een éézijdig door hem opgestelde onderhandse verklaring, volgens dewelke hij het bedoeld goed „met het volledig akkoord van de andere erfgenamen” mits 360.000 F zou gekocht hebben. Dit stuk, gedagtekend van 16 april 1969, heeft hij op 2 juni daarna laten registreren.

De rechter oordeelt dat het akkoord van de andere mede-veilers om het bod van 360.000 F dat op 15 april 1969 werd gedaan, te aanvaarden, niet bewezen wordt, dat het voorgelegd stuk en de aangehaalde briefwisseling geen schriftelijk noch mondeling akkoord aantonen, zodat bij gebrek aan wilsovereenstemming de notaris niet kon verplicht worden akte te verlijden.

De notaris is de ministeriële officier benoemd om het authentiek bewijs te leveren van overeenkomsten (art. 1 van de Ventôsewet), maar voor hem bestaat er geen professionele verplichting te instrumenteren wanneer de overeenkomst niet tot stand komt.

PROCEDURES EN FORMALITEITEN DOOR DE NOTARIS  
NA TE LEVEN

## VOORKOOPRECHT VAN PACHTERS

8. Het is een feit dat een grotere staatstussenkomst in de private rechtshandelingen alleen kan bereikt worden door het opleggen van procedures en formaliteiten aan de ministeriële officier belast met het opmaken van akten. Met de vermenigvuldiging van die nieuwe wettelijke verplichtingen moeten de notariële verantwoordelijkheden onvermijdelijk toenemen. De risico's een of ander van die formaliteiten onnauwkeurig of onvolledig te vervullen of ze zelfs uit het oog te verliezen, zijn belangrijker geworden. De pachtwet illustreert dit het best. Zo moet de notaris na de opbiedingen bij openbare verkoop en vóór de toewijzing aan de pachter in het openbaar de vraag stellen of hij al dan niet gebruik maakt van zijn voorkooprecht. (art. 48, 2e van de pachtwet).

De pachter die de notaris dagvaardt voor de rechtbank van eerste aanleg te Namen (Namur, 24 februari 1969, *Ann. Not. Enr.*, 1970, blz. 373) beweert dat hij niet in de gelegenheid werd gesteld zijn voorkooprecht uit te oefenen, maar zijn uiteenzetting van de feiten is strijdig met de termen van het proces-verbaal van openbare verkoop, zodat zijn vordering terecht wordt afgewezen. Vooraf had de notaris de onbevoegdheid van de rechtbank opgeworpen, waarop de rechter antwoordt dat, indien weliswaar de pachtwet en het voorkooprecht van de pachter onder de bevoegdheid van de vrederechter vallen, alle vorderingen inzake notariële aansprakelijkheid voor de burgerlijke rechtbank moeten ingeleid worden (art. 568 Ger. W.).

## FISCALE OPZOEKINGEN

9. Een andere formaliteit, die de notaris dagelijks vervult, wordt hem opgelegd door het wetboek van inkomstenbelastingen. Dit is het onderzoek van de fiscale toestand van de partijen. Dit lokt dan bijna steeds een verzet in zijn handen, te dikwijls voor onbeduidende sommen, die hij verplicht is te innen voor rekening van de schatkist. Het notariaat vraagt vruchteloos sedert jaren te worden vrijgesteld van de inning en overschrijving van geringe sommen, daar die taken tijdrovend zijn voor het notarieel personeel. Wij moeten nochtans toegeven dat de door de schatkist gevorderde som in het geding voorgelegd aan het hof van beroep te Brussel (Brussel, 14 febr. 1968, *T. Not.*, 1970, blz. 132) en nadien ook aan het hof van cassatie (Cass., 13 maart 1969, *T. Not.*, 1970, blz. 132) aanzienlijk was.

De notaris had na het verlijden van de verkoopakte aan de verkoper geheel zijn aandeel in de prijs uitgerekte, zonder rekening te houden met het verzet

in zijn handen gedaan door het beheer van rechtstreekse belastingen, bij toepassing van artikel 324 en 325 W.I.B., voor de door de verkoper verschuldigde belastingen.

Dit verzet bij aangetekende brief geldt als verzet onder derden. De notaris wordt hierdoor geen schuldenaar van de verschuldigde belastingen, maar wordt persoonlijk aansprakelijk voor de betaling ervan. Hij kan het voorrecht van uitwinning inroepen tegen de belastingsplichtige, doch deze is *in casu* onvermogen.

Er is ontegensprekelijk beroepsfout, zodat de notaris veroordeeld wordt tot betaling van de aan de schatkist verschuldigde sommen meer de gerechtelijke intresten.

Beide voormelde arresten bepalen ook de wijze waarop men de twaalf werkdagen, binnen dewelke geldig verzet kan betekend worden, moet berekenen (art. 325 W.I.B.).

In afwijking van het gemeen recht tellen alle dagen niet om de termijn te berekenen. De wettekst beschikt dat het uitsluitend om „werkdagen” gaat. Bijgevolg, vóór de laatste en twaalfde werkdag moet men elf werkdagen tellen, dit wil zeggen dat de zon- en feestdagen moeten afgetrokken worden. De termijn moet tot 's anderendaags verlengd worden of tot de eerstvolgende werkdag, indien de laatste dag ook een zon- of feestdag is.

### HOOFDSTUK III

#### DE VERPLICHTING RAAD TE GEVEN

10. Die verplichting is misschien wel de voornaamste en speelt thans meer dan vroeger de hoofdrol bij de uitoefening van het notarisambt. Tegenover de complexiteit van het modern leven wordt de drang naar raad steeds groter. Daarom is de rol van raadgever een waarborg in de toekomst voor het notariaat als zelfstandig beroep.

Een indeling van de materie is onontbeerlijk, wil men een duidelijk beeld geven van de uitgestrektheid en de grenzen van die verplichting. Hier ook zullen wij de onderscheiden aspecten van het probleem benaderen door de bepalingen die Harmel en Bourseau weerhielden, te volgen :

1. de plicht de partijen voor te lichten, opdat zij de juiste juridische en economische gevolgen van hun overeenkomsten zouden kennen ;
2. de onderzoeksplicht van de notaris, of dat voorbereidend werk dat aan de beoogde overeenkomst rechtszekerheid moet geven ;
3. de vervulling van formaliteiten na het verlijden van de akten.

## REGISTRATIE VAN AANWIJZING VAN LASTGEVER

11. De eerste beslissing die wij hier bespreken is wel een typisch voorbeeld van de plicht om voor te lichten in verband met de economische gevolgen van de akte voor de betrokken partijen. Het gaat over een vonnis van het vredegerecht te Deurne van 19 mei 1972 (*Rec. Gen. Enr. Not.*, 1972, 21.643).

*In casu* werd proces-verbaal van openbare toewijzing onder de opschortende voorwaarde van afwezigheid van hoger bod gesloten, bij toepassing van artikel 1592 van het gerechtelijk wetboek. Achtentwintig dagen later stelt de notaris het proces-verbaal van afwezigheid van hoger bod op en laat in dat proces-verbaal de adjudicataris een lastgever aanwijzen.

Daar de voorwaarden gesteld door artikel 159, 1<sup>o</sup> van het wetboek van registratierechten niet vervuld zijn, namelijk de aanbidding ter registratie van de aanwijzing van lastgever uiterlijk de eerste werkdag die volgt op de laatste en vijftiende dag door het gerechtelijk wetboek voorgeschreven om geldig een hoger bod te betekenen, werd de aanwijzing zoals een herverkoop geregistreerd aan het evenredig recht van 12,50 %, in de plaats van het algemeen vast recht van 150 F.

De werkende notaris bekende dat hij tijdig werd verwittigd van het voor-nemen aanwijzing van lastgever te doen, zodat hij veroordeeld werd de schade te vergoeden, dit is het verschil tussen het evenredig registratie-recht en het algemeen vast recht, na aftrek van 3/5e van de geïnde regi-stratierechten die terugbetaald worden bij herverkoop binnen de zes maand (art. 212 Wb. Reg.).

## REGISTRATIE VAN VENNOOTSCHAPSAKTE

12. Een gebrek aan voorlichting omtrent de op de ontworpen akte te be-talen registratierechten, of de wettelijke bepalingen die een vermindering van registratierechten laten genieten, kan soms catastrofale gevolgen hebben.

Het volgend geschil werd in eerste aanleg en in hoger beroep tegenstrijdig beslecht. (Rb. Brussel, 13 nov. 1967, en Brussel, 22 april 1969, *R. P. Not.*, 1970, 183 en 189; *Ann. Not. Enr.*, 1970, blz. 141, *Rec. Gen. Enr. Not.*, 21.336). De notaris werd verzocht akte te verlijden houdende fusie van twee vennootschappen en kapitaalsverhoging volgens ontwerp van akte opge-maakt door de juridische dienst van een der partijen in de akte, die zelf de berekening van de aktekosten, registratierechten inbegrepen, had opgesteld. Meer dan tien jaar later komt men tot de vaststelling dat de rechten op die akte verschuldigd ingevolge artikel 117 van het wetboek der registratierech-ten, gevoelig minder hadden kunnen zijn, indien men bij het ministerie van economische zaken het attest had gevraagd dat toepassing van artikel 302bis van zelfde wetboek toeliet. In dat geval zou men 5.162.825 F minder aan registratierechten betaald hebben!

De notaris haalt voor zijn verdediging aan dat hij uitsluitend verzocht werd authenticiteit te verlenen aan een overeenkomst waarvan het ontwerp niet door hem werd opgesteld, doch door vakkundige juristen, dat dezen trouwens de aktekosten berekenden op basis van voormeld artikel 117, dat hij het ontwerp slechts elf dagen vóór de afspraak door cliënten gesteld voor het verlijden van de akte ontving, dat het dus telaat was om nog een attest bij het bevoegd Ministerie te bekomen en dat hij de aandacht van de betrokkenen op artikel 302bis in kwestie zou getrokken hebben.

Schijnbaar zal hij dit laatste nochtans moeilijk kunnen bewijzen, daar zulks mondeling gebeurde.

Laten wij hier de raad geven aan onze confraters, om in de notariële akten uitdrukkelijk de verklaring van partijen op te nemen, waarbij zij verklaren af te zien van de aanvraag tot vermindering van fiscale rechten, wanneer het geval zich voordoet. In eerste aanleg wordt de vordering tegen de notaris ingeleid als ongegrond verworpen, overwegende dat de notaris alleen belast was authentieke akte te verlijden, zonder verplichting om raad te geven, terwijl de eisers niet bewijzen dat zij zijn advies hebben ingewonnen en integendeel de eisers en hun juridische raadgevers die het ontwerp opstelden vakkundig genoeg waren, om de voorlichting van de notaris te missen. Het hof van beroep zal integendeel de aansprakelijkheid van de notaris principieel behouden.

Laten wij nochtans eerst de volgende betwistbare overwegingen van het hof voor zover als nodig aanhalen :

Zo bijvoorbeeld zou de eisende partij het bewijs hebben geleverd dat het ministerie van economische zaken bij hoogdringendheid het attest *ad hoc* op tien dagen kon afleveren. Dit schijnt mij twijfelachtig of minstens uitzonderlijk.

Verder is het hof de mening toegedaan dat het wetboek van registratierechten deel uitmaakt van een domein dat aan specialisten voorbehouden is, namelijk de notariële wetenschap; terwijl de juridische diensten van de eisende partij meer aanleg hebben voor het wetboek van inkomstenbelastingen en ... "qu'ils sont d'autant plus excusables de l'avoir ignorée que, dans le code (des droits d'enregistrement), sa disposition est renvoyée à un article 302bis, plutôt que d'être rapprochée des articles 115 à 117".

Doch de notaris wordt principieel verantwoordelijk gesteld op grond van het feit dat hij de wettelijke raadgever is van de partijen en dat hij als dusdanig de partijen moet voorlichten ook omtrent de fiscale voordelen die zij kunnen genieten. Nochtans wordt toegegeven dat in zekere omstandigheden de notariële aansprakelijkheid kan verminderd of soms zelfs vrijgesteld worden, bijvoorbeeld mits aan te tonen dat de hem toevertrouwde opdracht beperkt bleef tot het verlijden van de akte, dat de eisende partij en haar diensten het fiscaal probleem voldoende kenden of dat de hem opgelegde termijn hem niet toeliet de formaliteiten te vervullen.



Wij hebben hoger gezien hoe het hof de aangelegenheid van een korte termijn van de hand wees en de bewering volgens dewelke de eisers vak-kundig waren ook verwierp.

Blijft alleen de mogelijkheid de notariële aansprakelijkheid te milderen door de perken van de opdracht te bewijzen, wat het hof weerlegt als volgt : „Attendu qu'en droit, il est exact que le devoir de conseil diminue lorsqu'il ne s'agit, pour le notaire, que d'imprimer l'authenticité à une convention ou à un acte qu'il n'a pas préparé lui-même; que ce devoir n'est cependant pas pour autant aboli (Harmel et Bourseau, nr. 149 en 155); qu'il appartient au notaire d'examiner le projet, d'en redresser les erreurs, de combler les lacunes ou omissions;

Attendu qu'en fait, il apparait inexact que l'appelante n'ait recouru à l'intimé que dans les limites prétendues; que cette limitation, par là même qu'elle dérogerait à une obligation légale du notaire, devrait être expresse ou ne pourrait être déduite que de faits qui l'impliquent nécessairement...”. En het hof besluit dat alle verdedigingsmiddelen weerlegd zijn, behoudens de bewering van de notaris volgens dewelke hij vóór het verlijden van de akte de aandacht zou gevestigd hebben op artikel 302bis, zodat hij verzocht werd zulks te bewijzen.

Het geding ging niet verder, daar een transactie werd gesloten.

Wat vooreerst opvalt is het feit dat de juridische dienst van de eisende partij niet alleen het ontwerp van akte maar ook de berekening der rechten opmaakte, dat dit feit in eerste aanleg als belangrijk argument in aanmerking komt, terwijl het arrest daaraan geen woord besteedt. Heeft de eiseres, door die berekening te doen, niet aangetoond of minstens laten vermoeden dat zij de toepassingen van het wetboek van registratierechten voldoende kende en de notaris van die taak wilde ontlasten?

Alles is een probleem van feiten en omstandigheden, aan het oordeel van de rechter overgelaten. De vraag betreffende de uitgestrektheid van de plicht om raad te geven is gesteld. De rechtbank heeft de nadruk gelegd op de perken van die verplichting, en het hof heeft de argumenten die vóór een beperking pleiten weerlegd om de nadruk te leggen op de algemene plicht van de notaris de wettelijke raadgever van partijen te zijn.

**13.** De hedendaagse rechtsleer en rechtspraak aanzien de notaris als een wettelijke raadgever, alhoewel geen enkel wettekst die verplichting omschrijft, tenzij de verklaring gegeven door de Staatsraad Réal in de Memorie van toelichting van de wet van 25 ventôse jaar XI.

Daarom hebben sommigen de voorkeur gegeven aan de uitdrukking „natuurlijke raadgever”, die naar de aard van het beroep verwijst. De Page, (Deel I, nr. 8) vindt de verplichting van de notaris om raad te geven in de „normatieve regels” van onze samenleving, dit wil zeggen in de organisatie en de ontwikkeling van onze maatschappij. Het notariaat is ontstaan uit de behoeften van de maatschappij.

Zijn eerste functie is die van authentieke akten op te maken, dewelke onafscheidbaar is van de plicht raad te geven, zodat functie en plicht raad te geven samen de instelling vormen.

Alhoewel van openbare orde, is de plicht van raadgever steeds suppletief, zijn uitgestrektheid is evenredig met zijn noodwendigheid en hij beweegt zich tussen redelijke grenzen (Harmel et Bourseau, *o.c.*, nr. 148, e.v.).

Vooraleer de perken van die plicht na te gaan, moet er aan herinnerd worden dat er nooit sprake kan zijn van beperking daar waar het gaat om essentiële en elementaire opzoekingen en voorlichtingen die de juridische waarde en gevolgen van de akte aanbelangen.

Na de rechtspraak te hebben onderzocht geven de heren Harmel en Bourseau volgende classificatie van de omstandigheden die de plicht van raadgever kunnen beperken:

- a) de intellectuele vorming en de ondervinding van de partijen.
- b) de aard van de akte.
- c) de omstandigheden onder dewelke de akte verleden wordt.

Wanneer wij die richtlijnen toepassen op het geschil dat onderworpen werd eerst aan de rechtbank nadien aan het hof van beroep te Brussel, dan vinden wij op het eerste gezicht volgende gelijkenissen met de door de voornoemde auteurs als voorbeelden aangegeven rechtspraak.

- a) De intellectuele vorming van aanlegster die over een juridische dienst beschikt, bekwaam om ontwerp van akte en berekening der aktekosten op te stellen, is ontegensprekelijk.
- b) Onder de omstandigheden die het verlijden van de akte omringen schrijven Harmel en Bourseau (nr. 154) „Lorsque le notaire sera appelé à recevoir un acte sur projet, son devoir de conseil diminuera considérablement; ... mais il conservera la même obligation quant aux éléments de droit essentiels ...”.

Was de toepassing van artikel 302bis van het wetboek van registratie een essentieel element dat de juridische waarde van de akte kan beïnvloeden? Wij denken het niet.

Het hield wel verband met de economische gevolgen van de handeling, doch in het algemeen is de rechtspraak breder geweest bij de beoordeling van de plicht van voorlichting tegenover economische dan tegenover de juridische gevolgen.

- c) Wanneer een akte in spoedtempo dient verleden te worden, wordt doorgaans de aansprakelijkheid ook gemilderd. Elke practicus zal moeten toegeven dat tien dagen zeer kort is om de besproken akte grondig te bestuderen.

De redactie van het arrest zal meer tijd hebben vergegd.

De verzachtende omstandigheden die de notariële aansprakelijkheid in zekere mate kunnen beperken, worden door de rechter beoordeeld.

Moeten wij dus besluiten dat de recente rechtspraak geen rekening meer houdt met die redelijke beperkingen en de plicht van raadgever wenst uit te breiden, wat volgend arrest trouwens schijnt te bevestigen?

#### SOLVABILITEIT VAN LENER

14. Steeds in verband met de plicht van raadgever, wat de economische gevolgen van de akte betreft, lezen wij een arrest van het Franse hof van cassatie van 9 juni 1969 (*R. P. Not.*, 1970, 314).

Eerst omschrijft het hof zeer duidelijk het principe, welke omschrijving wij als volgt kunnen vertalen:

— Daar de notarissen beroepshalve gehouden zijn de partijen voor te lichten over de gevolgen van hun akten, kunnen zij het principe van hun verantwoordelijkheid niet afwijzen, door voor te houden dat zij zich beperkt hebben tot het verlenen van de authentieke vorm aan de hun gedane verklaringen.

Van de feiten weten wij dat de notaris hypothecaire leningsakte heeft verleden op verzoek van een maatschappij, tenvoordele van een lener, wiens catastrofale financiële toestand de instrumenterende notaris zeer goed kende.

Er wordt aan de notaris verweten dat hij de maatschappij-geldschietster niet verwittigd heeft van het risico dat zij nam. Weldra werd het pand bij gedwongen verkoop tegelde gemaakt en toen bleek de opbrengst ontoereikend om de schuld te dekken. De notaris werd veroordeeld tot betaling van het tekort aan de maatschappij.

De omstandigheden van die zaak zijn te onvolledig beschreven om ons toe te laten dit arrest nauwkeurig te beoordelen.

Laten wij nochtans aanstippen dat bij de onderhandeling van een lening twee elementen in overweging worden genomen, namelijk de solvabiliteit van de lener en de waarde van het pand.

Ofwel heeft de notaris de lening zelf onderhandeld, wat uitzonderlijk is wanneer het gaat om een hypothecaire maatschappij, maar dan heeft hij beide partijen met elkaar in contact gesteld en dus een zekere verantwoordelijkheid op zich genomen. Er dient dan verondersteld dat de notaris de financiële toestand en dus de solvabiliteit van de kandidaat-lener verzwegen heeft, wat de maatschappij niet ontsloeg van een nauwkeurige schatting van het in pand aangeboden goed te doen. Er zou dus een zekere tekortkoming zijn vanwege de geldschietster, die ongetwijfeld zoals alle hypothecaire maatschappijen gewoonlijk het advies inwint van een deskundige vooraleer de lening toe te staan.

In dat geval moeten de verantwoordelijkheden minstens gedeeld worden. Maar aangezien het arrest gewag maakt van een makelaar die voor de maatschappij opgetreden is, zou men moeten veronderstellen dat de lening en geheel het voorafgaand onderzoek, omtrent de solvabiliteit en het pand,

rechtstreeks door de zaakgelastigde van de schuldeiseres onderhandeld werd.

Is het zo, dan begrijpen wij niet waarom de notaris een maatschappij moest voorlichten over feiten die zij zelf nog beter moest kennen.

#### ONTOEREIKEND HYPOTHECAIR PAND

15. Wij hebben reeds aangetoond dat wie totaal vreemd is aan de notariële praktijk en in het algemeen aan de zakenwereld, meer moet verwachten van de notaris-raadgever, dan wie door zijn intellectuele vorming en zijn ondervinding de ontworpen akte beter kan begrijpen. Zo zal meestal de raadgever een grotere verantwoordelijkheid dragen tegenover de schuldenaar van een hypothecaire lening dan tegenover de geldschietster, vooral wanneer deze een financiële instelling is. Maar de plicht bestaat tegenover beide partijen.

In een arrest van 12 december 1968 (*Pas.*, 1969, II, 56 en *R. P. Not.* 1970, blz. 312) steunt het hof van beroep te Gent op een dubbele tekortkoming.

Een hypothecaire lening werd toegestaan op een goed waarvan de waarde gelijk was aan de helft van het uitgeleend bedrag, terwijl bij onderhandse overeenkomsten opgesteld naast de notariële akte, de leners zich verbonden de schuld terug te betalen langs een maatschappij om, die zelf de verbintenis nam de terugbetalingen en intresten aan de geldschietsters uit te keren. De notariële praktijk kent de risico's van zulke contracten. In huidig geval was de hypothecaire waarborg zeker onvoldoende, en daarenboven liepen de leners het gevaar een tweede maal aan de uitleners te moeten betalen, indien de tussenkommende maatschappij haar verplichtingen niet meer naleefde.

De notaris bekende geen voorlichting te hebben gegeven aan de leners noch aan de uitleners.

Het zelfde arrest veroordeelt wegens het aanrekenen van kosten en vergoedingen die dubbel gebruik uitmaken met het ereloon door de leners betaald overeenkomstig het wettelijk notarieel barema en ook wegens het aanrekenen van negociatieloon, zonder reële onderhandelingen te hebben gevoerd, loon dat hoger ligt dan het maximum bepaald bij het Koninklijk Besluit nummer 225 van 7 januari 1936, en zonder daarvan melding te maken in de akte zoals door zelfde Besluit opgelegd wordt. Artikel 8 van dit Koninklijk Besluit beperkt het loon voor onderhandelingen tot 0,50 F ten honderd en verplicht melding te maken in de akte van het aan de lener aangerekend loon.

Onmiddellijk na het invoege treden van die nieuwe regeling werd de vraag gesteld of die verplichting al dan niet toepasselijk is op het door een notaris aangerekend negociatieloon. De rechtsleer concludeerde toen tot negatieve besluiten, omdat:

1. de wetgever van 1936 uitsluitend de vergoedingen door hypothecaire maatschappijen en door makelaars gevorderd, wilde beogen;
2. het negociatieloon van de notaris niet vrij door de begunstigde bepaald wordt, doch vastgesteld is door een algemeen erkend aanvullend tarief, dat onder toezicht van de tuchtkamers blijft;
3. het notarieel negociatieloon meestal een aantal activiteiten dekt, zoals de onderhandelingen tussen uitlener en lener, de schatting van het pand, een onderzoek omtrent de solvabiliteit en de betrouwbaarheid van de lener, het bepalen van de voorwaarden van de lening en zelfs raadgevingen aan de uitlener in verband met de beoogde belegging ten opzichte van zijn fiscale toestand of zijn pensioen;
4. ten slotte, indien de notaris in een akte van zijn ambt een loon in zijn eigen voordeel moest bedingen, dan zou deze akte nietig zijn (*Ann. Not. Enr.*, 1936, blz. 97, 180 en 429).

In elk geval moet het notarieel negociatieloon steeds gerechtvaardigd zijn door werkelijk gevoerde onderhandelingen en werkzaamheden die door het wettelijk ereloon niet gedekt zijn en zal dit liefst tot 0,50 F beperkt blijven. In de zelfde zin heeft de notaris die forfaitaire kosten ter gelegenheid van een openbare verkoop voor rekening van de verkopers ontvangt, de plicht met zijn cliënten een nauwkeurige afrekening op te stellen met naleving van de bepalingen van openbare orde die de notariële erelonen regelen (zie *Gent*, 15 febr. 1970 en *Cass.*, 25 juni 1971, *T. Not.*, 1971, blz. 179). Daar die laatstgemelde beroepsfouten de waardigheid van het notariaat in het gedrang brengen en geen wetenschappelijk belang inhouden, beperken wij ons tot die vermelding.

#### ONHERROEPELIJKE VOLMACHT

16. Het is opnieuw een arrest van het hof van cassatie van Frankrijk van 16 juni 1970 (*R. Not. B.*, 1971, blz. 640) dat verband houdt met de plicht om voor te lichten.

Een grondeigenaar had aan zijn vertrouwensman notariële onherroepelijke volmacht verleend om al zijn goederen te verkopen. Later komt de volmachtgever terug uit het buitenland en hij verkoopt zelf zijn goederen. De verkoopakte wordt verleden door de zelfde notaris die de volmacht had ontvangen.

De volmachtgever en de notaris werden tot voor het hof van cassatie door de lasthebber vervolgd, die overtuigd was dat een onherroepelijke volmacht hem het recht verleende, ter uitsluiting van wie ook, de goederen te verkopen. Hij hield staande dat de notaris die het bestaan kende van de onherroepelijke volmacht had moeten weigeren de verkoopakte te verlijden.

Maar het hof sprak de notaris vrij van elke beroepsfout, daar een eigenaar steeds het recht behoudt zijn goederen te verkopen, zelfs wanneer hij onherroepelijke volmacht tot verkopen aan een derde verleende.

17. De twee arresten die volgen betreffen de onderzoeksplicht van de notaris. In beide zaken werd nagegaan of de notaris alle nodige opzoekingen deed vóór het verlijden van de akten en of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de wijze waarop de notaris zijn taak vervulde en de nietigheid van de akte.

Het arrest uitgesproken door het hof van beroep te Brussel op 20 januari 1969 (*Ann. Not. Enr.*, 1970, blz. 117) bevestigt het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 14 mei 1965 (*Ann. Not. Enr.*, 1970, blz. 117).

De feiten deden zich als volgt voor: A had een goed groot 5 ha. 31 ca. verkocht aan B bij akte verleden voor notaris X, later verkocht B het zelfde goed met een zelfde oppervlakte aan C bij akte verleden voor notarissen X en Y. Nadien bleek dat A reeds 71 aren 20 ca. vroeger uit zelfde goed aan een derde had verkocht, zodat hij slechts 4 ha 29 a. 11 ca. geldig aan B had kunnen verkopen.

De verkoop van andermans goed is nietig en kan aanleiding geven tot schadevergoeding, indien de koper niet wist dat het goed aan een derde toebehoort (art. 1599 B.W.).

C vordert schadevergoeding van B, die zich keert tegen A, terwijl de notarissen X en Y in vrijwaring worden geroepen.

De te vergoeden schade is gelijk aan de prijs meer de aktekosten (art. 1630 B.W.), te vermeerderen met de meerwaarde die het goed sedert de koopakte heeft genoten (art. 1633 B.W.), onverschillig of de verkoper te goeder of te kwader trouw is.

Nochtans, indien de notaris vóór het verlijden van de akte degelijk zijn onderzoeksplicht heeft vervuld (a effectué les diligences de sa charge), een hypothecaire staat en de kadastrale stukken heeft gelicht, waaruit niet kon uitgemaakt worden dat A reeds een deel van het goed verkocht had, kan hem geen fout aangeschreven worden, zodat hij niet aansprakelijk is.

Er valt nochtans op te merken dat de kadastrale stukken geen bewijs van eigendom uitmaken en dat deze zoals de hypothecaire staat niet altijd de actuele toestand weergeven, evenmin als een opzoeking op het bevoegd registratiekantoor, zodat wij moeten besluiten dat de uitoefening van het notariaat nooit vrij is van risico's. Doch niemand is gehouden tot het onmogelijke, zodat de in vrijwaring geroepen notarissen van alle verantwoordelijkheden werden vrijgesproken. De enige goed ingelichte moest ongetwijfeld de verkoper A zijn.

### IDENTIFICATIE VAN PARTIJEN

18. Het tweede arrest werd uitgesproken door het hof van cassatie van Frankrijk op 25 november 1969 (*R. P. Not.*, 1970, blz. 398), en toont aan

hoe een onnauwkeurig voorafgaand onderzoek eerst de nietigheid van de akte liet vrezen, maar tenslotte na grondig onderzoek op een aangename verrassing uitviel.

De notaris had hypothecaire leningsakte verleden, doch nadien bleek dat de dame die met de schuldenaar in de akte opgetreden was niet zijn echtgenote, maar zijn vriendin was en dat die zelfde schuldenaar op dat ogenblik uit de echt gescheiden was.

Was de hypotheekstelling wel geldig?

De notaris wordt in elk geval aansprakelijk gesteld om:

1. artikel 11 van de wet van 25 ventôse jaar XI niet te hebben nageleefd, dit wil zeggen geen beroep te hebben gedaan op bewijsgetuigen, wanneer hij een der partijen niet voldoende kent, namelijk de echtgenote van de schuldenaar;
2. de identiteit van de dame die met de schuldenaar opgetreden is, niet te hebben onderzocht;
3. de oorsprong van eigendom van het in hypotheek gesteld goed onvolledig te hebben nagegaan.

Inderdaad, een bijkomende opzoeking bewees dat het onroerend goed deel uitmaakte van de huwelijksgemeenschap van de schuldenaar, gemeenschap die door echtscheiding ontbonden was.

Doch verder vernemen wij nog dat na uitspraak van de echtscheiding de echtgenote aan de gemeenschap had verzaakt, wat als gevolg had dat het goed aan de schuldenaar voor eigen toebehoorde en hij dus geldig de hypotheek kon verlenen.

Bijgevolg, alhoewel er nalatigheid is bij het vervullen van de onderzoeksplicht, is er toch geen schade, wat de hypotheekstelling betreft. Aangezien de eiser de solvabiliteit van de dame, die de leningsakte medeondertekend heeft, niet opwerpt, moet het hof de aansprakelijkheid van de notaris op dat punt niet onderzoeken. Tenslotte besluit het arrest terecht dat een professionele fout die geen schade veroorzaakt, geen veroordeling op gebied der burgerlijke aansprakelijkheid uitlokt.

Dit sluit natuurlijk de disciplinaire maatregels niet uit.

## HYPOTHECAIRE STAAT

19. De notaris die voor de rechtbank van eerste aanleg te Huy (Rb. Huy, 15 febr. 1971, *R. Not. B.*, 1972, blz. 37) gedaagd werd, had een handelshuis samen met de goederen onroerend door bestemming, bij uitvoerend beslag verkocht. Ter gelegenheid van de akte-rangregeling heeft hij alle schuldeisers die op de hypothecaire staat van het onroerend goed voorkwamen, uitbetaald. Nadien daagt een schuldeiser op die alleen een inschrijving bezat op het handelsfonds (wet van 25 okt. 1919). Daar met het onroerend goed

de voornaamste elementen van zijn pand verkocht werden, en hij niet opgeroepen werd bij de rangregeling, stelt hij de notaris aansprakelijk voor het verlies dat hij geleden heeft.

De rechtbank treedt de thesis van de eiser in zekere mate bij, daar zij overtuigd is dat een notaris die een onroerend goed met handelskarakter verkoopt, niet alleen een hypothecaire lastenstaat op het onroerend goed, maar ook een staat op het handelsfonds moet lichten. En de rechter gaat zelfs verder: „... que la chose lui était d'autant plus aisée que c'est le même bureau qui détient les registres où sont inscrites les créances hypothécaire sur immeubles et les créances gagées sur fonds de commerce;” wat juist is in kleine arrondissementen, maar niet waar verschillende hypotheekkantoren bestaan voor een zelfde rechtsgebied. En verder: „... que c'est à l'accomplissement de toutes ces diligences que correspond l'honoraire ...” wat zonder verband is met de grond van de zaak.

9 Nochtans wordt de aansprakelijkheid verdeeld omdat de rechter de mening  
toegedaan is, dat de eiser beter had gedaan naast de inschrijving op het  
handelsfonds, ook een hypothecaire inschrijving op het onroerend goed te nemen.

De noot die op de publicatie van het vonnis volgt, becritiseert het vonnis, daar de rechter de notariële aansprakelijkheid uitbreidt, alhoewel de wet op de inpandstelling van handelsfondsen niets aan de hypotheekwet gewijzigd heeft. Theoretisch moet de notaris die het onroerend goed verkoopt zich niet bekommeren om het handelsfonds. De praktijk toont nochtans aan welke risico bestaat wanneer men bij dat theoretisch standpunt blijft. De voorzichtige notaris zal het geraadzaam oordelen toch de toestand van de handelszaak te onderzoeken.

De auteur van de noot voegt er aan toe, dat *in casu* geen plicht om raad te geven bestaat, daar zulke plicht alleen bestaat tegenover de vervolgende schuldeiser, de beslagene, de ingeschreven schuldeisers en schuldeisers die een bevel lieten overschrijven.

De rechter wijst meer op de onderzoeksplicht, die een aspect is van de plicht van raadgeving.

Laten wij besluiten dat in rechte geen onderzoeksplicht bestond, dat het vonnis in rechte niet gegrond is, maar dat de voorzichtige notaris de leemten van de wet zal aanvullen door zijn plicht niet al te theoretisch te beperken.

## VERKOOP VOOR VRIJ EN ONBELAST

20. De partijen moeten, ook na het verlijden van de akte, nog bepaalde diensten van de notaris kunnen verwachten, zoals bijvoorbeeld de opheffing van de hypothecaire inschrijvingen die het goed bezwaren, wanneer dat goed „voor vrij, zuiver en onbelast” werd verkocht.

Doorgaans worden de goederen vrij, zuiver en onbelast verkocht. Doch



in de notariële akten wordt bijna steeds de uitdrukking „voor vrij, zuiver en onbelast” gebruikt; dit betekent dat indien het goed belast is, het zo vlug mogelijk door aanwending van de verkoopprijs zal gezuiverd worden. De notaris die de verkoopprijs aan de verkoper overhandigt zonder er voor te zorgen dat eerst het goed gezuiverd wordt van schulden en dat de hypothecaire inschrijvingen doorgehaald worden, is materiële en morele schadevergoeding verschuldigd aan de koper (Beroep Brussel 30 sept. 1970, *Pas.*, 1971, II, 52).

Wanneer de akte voor twee notarissen verleden wordt, de ene optredend voor de koper en de andere voor de verkoper, dan is het de notaris van de koper die aansprakelijk kan gesteld worden door deze laatste.

Hij is de door hem gekozen raadgever, die zich tegenover hem moet kunnen rechtvaardigen.

De plicht van raadgever behelst zekere formaliteiten die na het verlijden van de akte moeten vervuld worden.

Toen hij de verkoopprijs aan zijn confrater, notaris van de verkoper, overhandigde en aldus de plichten van zijn ambt aan deze laatste toevertrouwde, dan deed hij dit op zijn risico.

Hij is aansprakelijk ook al was hij territoriaal onbevoegd bij het verlijden van de akte. Hij kan natuurlijk zijn confrater, op wie dezelfde beroepsfout weegt, in vrijwaring roepen.

Alsof het nodig was de tekortkomingen van die notarissen breedvoeriger uit te leggen, wordt hun door het arrest verweten dat zij de kopers niet ingelicht hebben over de hypothecaire toestand van het goed bij het verlijden van de akte. Wij menen dat de plicht van voorlichting hieraan vreemd blijft. Maar het arrest gaat nog veel verder wanneer het de mening deelt, dat de notaris van de koper had moeten vragen dat de hypothecaire schuldeisers aanwezig zouden zijn bij het verlijden van de akte!

De notariële plichten moeten dichter bij de werkelijkheid van de notariële praktijk beoordeeld worden. In dat verband is het wel zo dat de confraterniteit vergt, dat de werkende notaris alle formaliteiten voortvloeiend uit zijn ambt, niet alleen stipt zou vervullen, maar ook zou rechtvaardigen tegenover zijn tussenkomende confrater.

21. Een laatste gerechtelijke beslissing laat ons toe de aard van de notariële plicht van raadgever te benaderen.

Het hof van beroep te Gent had een notaris veroordeeld overwegende dat het feit van de overhandiging van de fondsen door de kopers aan de notaris een stilzwijgend mandaat impliceert tot betaling van de hypothecaire schulden en tot het zorgen dat de hypothecaire inschrijvingen zouden doorgehaald worden.

De raadsman van de notaris verzet zich voor het hof van cassatie tegen de bewering dat een mandaat zou zijn ontstaan, daar dit een wederzijdse wilsuitdrukking veronderstelt om iets te doen, hetgene niet het geval is, zodat aan de notaris alleen een gebrek aan voorlichting van partijen kan aan-

geschreven worden : „Qu'à défaut de mandat il ne reste plus que l'obligation d'éclairer les parties...” (Cass., 9 juni 1970, *Pas.*, 1970, I, 898).

Laten wij eerst opmerken dat het hiervoor besproken arrest (nr. 20) de nadruk legt op het gebrek aan voorlichting, terwijl het hof van cassatie in onderhavig geval meer gegrond is op de niet-ervulling van zekere formaliteiten na het verlijden van de akte.

Nochtans komen beide arresten tot dezelfde besluiten, te weten de aansprakelijkheid van de notaris die de verkoopprijs niet aangewend heeft tot betaling van de hypotheaire schuld die het verkocht goed bezwaarde, zodat hij de opheffing van de hypotheek niet bekwam, alhoewel het goed voor vrij en onbelast verkocht werd.

Beide plichten, voorlichting en vervulling van gezegde formaliteiten zijn aspecten van de taak van raadgever. Maar wij menen nochtans dat de tweede plicht hier de hoofdrol heeft gespeeld. Inderdaad, had de notaris de van hem verwachte formaliteiten vervuld zonder de kopers voor te lichten, dan ware er geen fout geweest bij gebrek aan nadelige gevolgen voor hen. En had hij ze degelijk voorgelicht doch zonder de formaliteiten uit te voeren was er toch beroepsfout.

Laatstgemeld arrest stipt terecht aan dat de uitvoering van een deel van de plicht, niet vrijstelt van de andere elementen, dat bijgevolg de voorlichting van de kopers, de betaling van de schuld en de opheffing van de hypotheek samen de plicht van raadgever uitmaken.

Indien het voor de hand ligt de plicht van voorlichting als een morele verplichting te kenmerken, dan schijnt het op eerste gezicht even voor de hand liggend, de plicht om zekere formaliteiten uit te voeren, als een stilzwijgend mandaat te beschouwen. Die theorieën worden nochtans sedert het einde van vorige eeuw niet meer verdedigd. Zelfs niet die van het wettelijk mandaat, daar dit de vervulling veronderstelt van een rechtshandeling uitgevoerd in opdracht van een betrokken partij, wat zeker niet het geval is bij het geven van raad (Harmel et Bourseau, *o.c.*, blz. 177).

Toch verdedigt laatstgemeld arrest van het hof van cassatie de thesis van het gegeven mandaat.

Wij hebben hoger (nr. 13) de aard van de plicht van raadgever omschreven en ookaangetoond dat de conventionele aard van de plicht van raadgever thans totaal uitgesloten wordt, om de raadgeving ofwel als natuurlijke ofwel zelfs als wettelijke plicht te kenmerken (Harmel et Bourseau, *o.c.*, 116 en 117).

Wij zouden mogen besluiten dat de notaris, eerste raadgever van partijen, zijn plicht vervult op zijn verantwoordelijkheid, als natuurlijk voortvloeiend uit de aard van zijn ambt, omdat hij, gezien het in hem gesteld vertrouwen, daartoe de morele plicht heeft, wat bevestigd wordt door de geest van de wetten die de organisatie van het notariaat beheersen.