

## KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/2008

### KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN DE KANDIDAAT-NOTARISSEN TE ZUTPHEN

Klachtnummer: 10/2008

Beslissing inzake de klacht van:

**[klager],**  
notaris te [plaats] ,  
klager,  
gemachtigde: [gemachtigde klager],  
advocaat te [plaats],

tegen

**[notaris],**

notaris te [plaats],  
gemachtigde: ,  
advocaat te [plaats].

Partijen worden in deze beslissing mede aangeduid als klager en de notaris.

#### 1. **Het verloop van de procedure**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de klacht van 23 juli 2008 met bijlagen;
- de reactie van de notaris van 11 september 2008;
- de repliek van klager van 27 november 2008;
- de dupliek van de notaris van 29 januari 2009 met bijlage;
- het proces-verbaal van de openbare vergadering van de Kamer van 19 maart 2009.

#### 2. **Vaststaande feiten**

De navolgende feiten worden als vaststaand aangenomen:

2.1 Bij beschikkingen van 4 april en 23 augustus 2007 van de kantonrechter te [plaats] is [bewindvoerder] benoemd tot bewindvoerder over alle goederen behorende

tot het vermogen van [moeder] respectievelijk van de heer [vader]. De onderbewindstellingen werden uitgesproken op grond van een geestelijk onvermogen bij betrokkenen. [bewindvoerder] heeft in zijn hoedanigheid van bewindvoerder over het vermogen van dit echtpaar de klacht tegen [notaris] ingediend.

2.2 [vader en moeder] zijn met elkaar in algehele gemeenschap van goederen gehuwd. Zij hebben [ \* ] kinderen, waarvan er inmiddels [\*] zijn overleden. De onderlinge verhoudingen tussen de kinderen zijn sinds geruime tijd ernstig verstoord.

2.3 In het begin van het jaar 2006 heeft [vader] een geldlening van € 411.705,00 aan zijn jongste zoon [zoon] verstrekt. De Rabobank - de bank van [vader] - heeft in een brief van 31 januari 2006 [vader] geadviseerd om deze geldlening notarieel te laten vastleggen.

2.4 Op 20 april 2006 heeft [notaris] een akte van geldlening gepasseerd, waarbij de geldlening werd vastgelegd, met die aanvulling dat een bedrag van € 111.000,00 aan [zoon] werd kwijtgescholden. Voor deze kwijtschelding heeft mevrouw [moeder] geen toestemming als bedoeld in artikel 1:88 van het Burgerlijk Wetboek gegeven. De notaris was ervan op de hoogte dat zij onvoldoende in staat was om haar wil te bepalen.

2.5 De akte van geldlening bevat een positieve hypotheekverklaring (op eerste verzoek van de geldgever wordt een hypothecaire zekerheid verleend door geldlener op de woning van [zoon]) en een negatieve hypotheekverklaring (zonder toestemming van de geldgever wordt geen hypothecaire zekerheid ten behoeve van derden op de woning van [zoon] gevestigd). Deze positieve/negatieve hypotheekverklaring bevatte geen onherroepelijke volmacht door de schuldenaar aan de schuldeiser om namens de schuldenaar, zonder dat diens verdere medewerking nog vereist is, het betreffende hypotheekrecht op diens woning te vestigen. Er stond daarnaast geen sanctie op niet-naleving van de hypotheekverklaring.

In de considerans van de akte van geldlening is het volgende vermeld:

‘Ter aflossing op de uiterlijke datum één mei tweeduizend zes heeft schuldenaar een herfinancieringsverzoek ingediend bij de ABN Amro Bank N.V. waaruit blijkt middels een kopie van “termsheet”.’

2.6 Op 9 juni 2006 is voor [notaris] verleden een akte waarin ten behoeve van de ABN Amrobank een hypotheekrecht is gevestigd op de woning van [zoon] Aan [vader] is hiervoor geen toestemming gevraagd.

2.7 Op 13 maart 2007 heeft [notaris] de akte wijziging huwelijkse voorwaarden van [zoon] en diens echtgenote mevrouw [echtgenote zoon] gepasseerd. Hierin werd de woning van [zoon] in eigendom toegedeeld aan zijn echtgenote.

De verplichtingen die voortvloeien uit de onder 2.5 vermelde positieve/negatieve hypotheekverklaring zijn hierin niet overgedragen aan mevrouw [echtgenote zoon].

In de akte wijziging huwelijkse voorwaarden is vermeld dat mevrouw [echtgenote zoon] aan [zoon] een onherroepelijke volmacht geeft tot het verrichten van alle rechtshandelingen noodzakelijk voor het nakomen van alle verplichtingen uit de akte van geldlening van 20 april 2006.

2.8 [bewindvoerder] heeft na zijn benoeming tot bewindvoerder in april 2007 geconstateerd dat in de periode 2003-2006 een aanzienlijk bedrag uit het vermogen van het onderbewind gestelde echtpaar door of op verzoek van [zoon] is overgeheveld naar de bankrekeningen van [zoon], diens echtgenote of diens besloten vennootschap. [bewindvoerder] tracht vanaf zijn benoeming dit bedrag terug te brengen in het vermogen van het echtpaar [moeder]. In dit kader heeft hij de lening van €300.000,= aan [zoon] per 20 juli 2007 opgezegd en de schenking van € 111.000,= (de kwijtschelding van een deel van de geldlening) aan [zoon] buitengerechtelijk vernietigd overeenkomstig het

bepaalde in artikel 1:89 van het Burgerlijk Wetboek vanwege het ontbreken van de toestemming van mevrouw [moeder]. [zoon] is niet tot terugbetaling overgegaan.

2.9 Bij vonnis van 4 juni 2008 heeft de Rechtbank te [plaats] de vordering van [bewindvoerder] tot terugbetaling van onder meer de hiervoor bedoelde geldlening en de schenking door [zoon] toegewezen.

### **3. De klacht, de gronden waarop deze berust en het verweer**

3.1 De klacht valt uiteen in vijf onderdelen:

Klachtonderdeel 1:

De notaris heeft onzorgvuldig gehandeld bij de totstandkoming van de schenking van [vader] aan [zoon], aangezien voor deze schenking de wettelijke vereiste toestemming van de echtgenote van schenker, mevrouw [moeder], ontbrak.

Klachtonderdeel 2:

De notaris heeft bij het opstellen van een akte van geldlening verwijtbaar gehandeld door in die akte een negatieve / positieve hypotheekverklaring op te nemen, zonder onherroepelijke volmacht en zonder een sanctie op niet-naleving van die hypotheekverklaring.

Klachtonderdeel 3:

De notaris heeft meegewerkt aan het, op verzoek van de heer [zoon], vestigen van een hypotheekrecht ten behoeve van een derde (ABN AMRO Bank), terwijl de notaris dit ten onrechte niet heeft getoetst aan de voornoemde hypotheekverklaringen.

Klachtonderdeel 4:

De notaris heeft verzuimd in de akte wijziging huwelijkse voorwaarden de verplichting van de heer [zoon] in verband met voornoemde hypotheekverklaringen op een juridisch zorgvuldige wijze op de echtgenote van de heer [zoon] over te dragen.

Klachtonderdeel 5:

De notaris heeft, in verband met al de voorgaande klachten, niet steeds de belangen van alle betrokken partijen in gelijke mate behartigd.

3.2 De verweren van de notaris komen in het navolgende, voor zover nodig, aan de orde.

### **4. De beoordeling van de klacht** **Klachtonderdeel 1**

4.1 De Kamer stelt voorop dat voor het doen van een schenking (in dit geval de kwijtschelding van een geldlening) een notariële akte geen wettelijk vereiste is. In het onderhavige geval heeft [vader] evenwel gemeend de schenking aan zijn zoon [zoon] bij een door de notaris te passeren akte te moeten doen vastleggen. De notaris heeft erkend dat hij wist dat de echtgenote van [vader] niet in staat was dienaangaande haar wil te verklaren en dus de nietigheid van deze schenking in te roepen. Tevens heeft de notaris verklaard dat hij [vader] heeft gewezen op de mogelijkheid daarvoor de beslissing van de kantonrechter in te roepen, doch dat [vader] heeft geweigerd die procesgang te benutten.

4.2 Ondanks deze opstelling van de opdrachtgever(s) had het volgens de Kamer op de weg van de notaris gelegen om de belangen van de echtgenote van [vader] - als zwakste partij - te beschermen en zijn medewerking aan het passeren van de schenkingsakte te weigeren. Op hem rust in dat opzicht immers een eigen verantwoordelijk-

heid. Nu hij zulks heeft nagelaten, heeft hij gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 17, eerste lid, van de Wet op het notarisambt (Wna).

Dit onderdeel van de klacht is dan ook gegrond.

#### **Klachtonderdeel 2**

4.3 De stelling van klager dat bij het opstellen van een akte van geldlening de notaris in de akte aan de negatieve/positieve hypotheekverklaring een onherroepelijke volmacht en een sanctie op niet-naleving van die hypotheekverklaring dient op te nemen, snijdt geen hout. Immers, het verbinden van een onherroepelijke volmacht en een sanctie aan een dergelijke negatieve/positieve hypotheekverklaring zijn geen wettelijke vereisten maar slechts opties. Wel ligt het op de weg van de notaris om de schuldeiser op die opties te wijzen.

De notaris heeft verklaard dat [vader] als uitgangspunt had om [zoon] te helpen in een lastige situatie waarin hij door toedoen van een andere zoon van [vader] was terechtgekomen. Hierbij diende te worden voorkomen dat de andere kinderen van [vader] in geval van overlijden van [vader] direct konden overgaan tot executie.

Onder deze omstandigheden acht de Kamer het door de notaris niet opnemen in de akte van geldlening van een onherroepelijke volmacht en een sanctie op niet-nakoming van de hypotheekverklaring niet als verwijtbaar aan te merken.

Dit onderdeel van de klacht is dan ook ongegrond.

#### **Klachtonderdeel 3**

4.4 Tussen partijen staat onweersproken vast, dat de notaris wist van de hiervoor bedoelde hypotheekverklaring. Het had volgens de Kamer dan ook op de weg van een behoorlijk en zorgvuldig handelend notaris gelegen om aan de geldgever te vragen of hij instemde met het ten gunste van de ABN Amro Bank vestigen van een hypotheek op het onderhavige pand en eveneens of de door [vader] verstrekte geldlening met de daaruit door [zoon] verkregen gelden werd afgelost dan wel dat [vader] instemde met de niet-aflossing.

Nu de notaris zulks heeft nagelaten, is dit onderdeel van de klacht gegrond.

#### **Klachtonderdeel 4**

4.5 Tussen partijen staat onweersproken vast, dat [zoon] een onherroepelijke volmacht heeft verkregen van zijn echtgenote om zijn verplichtingen uit hoofde van de akte van geldlening na te komen. [zoon] is derhalve volgens de Kamer in staat zelfstandig een hypotheekrecht ten gunste van [vader] te vestigen.

Dit onderdeel van de klacht is daarom ongegrond.

#### **Klachtonderdeel 5**

4.6 Dit aan de notaris gemaakte verwijt valt geheel samen met de andere klachten, zodat deze klacht geen afzonderlijke bespreking behoeft.

#### **Conclusie**

4.7 Gelet op de voorgaande afwegingen dient de conclusie te zijn dat het eerste en het derde klachtonderdeel gegrond zijn en de overige twee klachtonderdelen ongegrond zijn.

De Kamer is van oordeel dat de twee geconstateerde tekortkomingen dusdanig ernstig zijn dat ter zake daarvan de maatregel van waarschuwing dient te worden opgelegd.

4.8 Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan als in het voorgaande reeds behandeld dan wel als thans niet ter zake dienend buiten beschouwing worden gelaten.

4.9 Het vorenoverwogene leidt tot de navolgende beslissing.

#### **5. De beslissing**

De Kamer:

- 5.1 verklaart het eerste klachtonderdeel en het derde klachtonderdeel gegrond;
- 5.2 legt de notaris de maatregel van waarschuwing op;
- 5.3 verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Aldus gegeven door mr. G. Vrieze, voorzitter, mr. W.M. Eijkelestam, de heer E. Bos en mr. E.J. Oostrik, leden, en mr. E.R. Koers, plaatsvervangend lid, zulks in tegenwoordigheid van de heer C.D.W. van Meurs als secretaris en uitgesproken ter openbare zitting van 11 juni 2009.

secretaris

voorzitter

Binnen 30 dagen na de dag van verzending van de brief, waarbij deze beslissing wordt toegezonden, kan hoger beroep worden ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. Het beroepschrift dient binnen de termijn van 30 dagen door het Gerechtshof te zijn ontvangen. Het adres van het Gerechtshof luidt: Gerechtshof te Amsterdam t.a.v. kamer 17A, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam.