

## KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: AL/2015/189

### KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: AL/2015/189

Beslissing van de kamer voor het notariaat op de klacht van

**[...] B.V.**,  
gevestigd te Amsterdam,  
gemachtigde: mr. J.N.A. Dijkman, advocaat te Amsterdam,

tegen

**[...]**,  
notaris te [...].

Partijen worden hierna klaagster en notaris genoemd.

#### 1. Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit

- de klacht, met bijlagen, van 23 december 2015
- het verweer, met bijlagen, van 20 januari 2016.

1.2 De klachtzaak is ter zitting van 20 april 2016 behandeld. Klaagster is ter zitting vertegenwoordigd door haar gemachtigde tezamen met [A], statutair directeur van klaagster. De notaris is in persoon verschenen.

#### 2. De feiten

2.1 De besloten vennootschappen [C] B.V. (hierna te noemen: [C]), rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer [D] en [E] B.V. (hierna te noemen: [E]), rechtsgeldig vertegenwoordigd door de heer [F], hebben hun aandelen in [G] B.V. (hierna te noemen:

[G] verkocht aan klaagster. De akte van levering is op 11 mei 2012 verleden voor [...], notaris te Amsterdam.

2.2 [C] en [F] hebben zich bij het tot stand komen van de koopovereenkomst laten adviseren door de notaris.

2.3 Klaagster en [C] hebben elkaar ter zake van onder meer het in de koopovereenkomst opgenomen concurrentieding in rechte betrokken. Die procedure is uitgemond in een tussen klaagster en [C] gesloten vaststellingsovereenkomst van 3 september 2014. In deze overeenkomst van 3 september 2014 is onder meer overeengekomen dat [D] en [C] uiterlijk op 1 maart 2016 een bedrag van € 72.500,00 aan klaagster en/of [G] dienden te betalen. Tot zekerheid van de nakoming van deze verplichting verleende [C], als eigenares van het registergoed aan het [...] te [...] (hierna te noemen: het registergoed), aan klaagster de onherroepelijke volmacht om een recht van hypotheek op dit registergoed te vestigen tot een bedrag van € 145.000,00.

2.4 Bij de koopovereenkomst is tussen [F] en klaagster een afspraak tot vrijwaring van naheffing van belastingen over de periode tot de overdrachtsdatum overeengekomen. Op 18 september 2014 heeft de Belastingdienst een naheffingsaanslag tot aan de overdrachtsdatum van de aandelen opgelegd.

2.5 Bij hypotheekakte van 16 oktober 2014 is uitvoering gegeven aan de vaststellingsovereenkomst van 3 september 2014. Met de akte heeft [C] aan klaagster recht van hypotheek en pand op het registergoed verleend, tot meerdere zekerheid voor alle betalingsverplichtingen van [C] en/of [D], tot een bedrag van € 145.000,00. Deze akte bevat onder meer de verbodsbepaling dat het onderpand niet met (verdere) hypotheek mag worden bezwaard zonder schriftelijke toestemming van klaagster.

2.6 Bij hypotheekakte van 7 november 2014, verleden voor de notaris, heeft [C] (als schuldenaar/hypotheekgever) aan [F] (als schuldeiser/hypotheeknemer), wegens van [F] ter leen ontvangen gelden, een recht van tweede hypotheek op het registergoed tot in totaal € 101.250,00 verleend.

2.7 Vanwege de naheffing van de Belastingdienst heeft klaagster beslag gelegd op vermogensbestanddelen van [F]. Klaagster en [F] hebben vervolgens een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarbij klaagster zich onder meer verbond tot het opheffen van het gelegde beslag en [F] tot het storten van een bedrag van € 160.000,- in een notarieel depot bij wijze van zekerheidsstelling. Dit bedrag is gestort op een van de kwaliteitsrekeningen van de notaris, die het bedrag in depot zou houden, totdat de belastingdienst een definitieve naheffingsaanslag zou hebben opgelegd. Op 19 november 2014 is de depotovereenkomst getekend door klaagster, [F] en de notaris. Daarmee voldeed [F] niet alleen aan haar eigen verplichting jegens klaagster, maar ook die van [C], die echter niet in staat was tot storting van € 80.000,- als zekerheid. De onder 2.6 genoemde hypotheekakte strekte tot zekerheid voor dit bedrag van € 80.000,-.

### **3. De klacht en het verweer**

3.1 Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris ter zake van de hypotheekakte van 7 november 2014 niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam notaris mag worden verwacht. Klaagster wijst er in dit verband op dat de notaris bekend was met de vaststellingsovereenkomst van 3 september 2014. Er bestond daarom aanleiding voor de notaris om het bestaan van rechten van klaagster te vermoeden. Ook had de notaris zich moeten baseren op de hem ter beschikking staande informatie in de openbare registers. Bovendien, zo stelt klaagster, is de akte van 16 oktober 2014 weliswaar niet gepasseerd door de notaris, maar dat neemt niet weg dat de notaris er in redelijkheid vanuit moest gaan dat daarin het bezwaringsverbod voorkwam.

3.2 Uitgaande van bekendheid met het bezwaringsverbod bij de notaris, stelt klaagster zich op het standpunt dat de notaris daarmee niet correct is omgegaan. Volgens klaagster heeft de notaris nagelaten om met [C]/[D] te bespreken dat er geen tweede hypotheekrecht op het registergoed mag worden gevestigd zonder toestemming van de eerste hypotheekhouder, klaagster. Daarnaast is klaagster van mening dat de notaris niet had mogen meewerken aan het vestigen van het tweede recht van hypotheek zonder toestemming (te vragen) van klaagster als eerste hypotheekhouder. In dit verband geeft klaagster aan dat zonder deze toestemming sprake is van een wanprestatie van [C]/[D] jegens klaagster. Klaagster wijst hierbij op arresten van de Hoge Raad van 23 december 1994 (ECLI:NL:HR:1994:AD 2277) en 15 september 1995 (ECLI:NL:HR:1995:ZC 1801) waaruit, zo geeft klaagster weer, volgt dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer hem onder bijzondere omstandigheden ook tot een zekere zorg verplicht voor de belangen van derden welke mogelijkerwijs zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtsverrichtingen.

3.3 De notaris stelt zich in de eerste plaats op het standpunt dat klaagster geen derde belanghebbende is met een zodanig belang dat dit tot weigering van de gevraagde dienstverlening (het passeren van de akte van 7 november 2014) had moeten leiden. Ook de notaris wijst op de door klaagster genoemde arresten van de Hoge Raad en ook hij leest daarin dat het onder bijzondere omstandigheden zo kan zijn dat van de notaris ook een zekere zorg wordt verlangd voor de belangen van derden. Dat kan er toe leiden dat deze zorgplicht moet uitmonden in het weigeren van de gevraagde dienst. Dit brengt volgens de notaris niet met zich dat alleen uit bekendheid met de hypotheekakte zoals die is ingeschreven in de Openbare Registers voor hem voldoende duidelijk heeft moeten blijken dat er een verbodsbepaling geldt voor het vestigen van een tweede recht van hypotheek. Naar de mening van de notaris dient bij zijn oordeel over een eventuele dienstweigering ook te worden betrokken de (onder zijn geheimhoudingsplicht vallende) informatie die partijen bij de akte hem hebben verstrekt. Van een absoluut verbod is aldus geen sprake. Volgens de notaris is met de klacht voorbij gegaan aan de kern van het arrest van de Hoge Raad, de ruime beoordelingsmarge van de notaris in combinatie met zijn verplichting tot geheimhouding indien partijen hem daarvan niet ontslaan. Op basis van de door zijn cliënten verschaft informatie heeft de notaris vastgesteld dat klaagster een direct belang had bij de vorming van het depot, waarbij het klaagster bekend was dat [C] niet in staat was haar aandeel in dit depot te voldoen, zodat [F] zich genoodzaakt zag de storting van het bedrag van € 160.000,- volledig voor haar rekening te nemen. Het aandeel van [C] is door [F] voldaan door dit bedrag aan [C] te lenen, waarbij [C] ten behoeve van [F] een recht van tweede hypotheek heeft gevestigd op het registergoed.

3.4 De notaris voert verder het volgende aan. In de toelichting, aan klaagster gegeven door de notaris die de akte van eerste hypotheek heeft gepasseerd, is vermeld dat de verbodsbepalingen onder 3.3 zijn opgenomen om te voorkomen dat het onderpand in waarde daalt. Aangezien het vestigen van een recht van tweede hypotheek de waarde niet doet dalen en daarnaast de verbodsbepaling voor het vestigen van een recht van tweede hypotheek niet voorkomt in de tussen klaagster en [C]/[D] tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst, meent de notaris dat deze bepaling ten onrechte is “mee-genomen” in de akte. Volgens de notaris ontbreekt het klager om die reden aan een rechtmatige grondslag voor het indienen van de klacht.

3.5 De notaris is van mening dat klaagster geen schade als gevolg van de vestiging van de tweede hypotheek heeft geleden en, zo er al schade is, deze niet is onderbouwd. Tot slot geeft de notaris aan dat de partijen bij de akte van 7 november 2014 hem bij navraag hebben laten weten dat zij hem niet uit zijn geheimhoudingsplicht ontslaan. De notaris beroept zich daarop en is van mening dat hij overeenkomstig het arrest van de Hoge Raad van 3 april 2015 heeft gehandeld.

#### **4. De beoordeling**

4.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 van de Wet op het notarisambt (hierna: Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan het tuchtrecht onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris niet betaamt. De kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

##### *Omvang beoordeling*

4.2 Voor zover in de onderhavige klachtzaak civielrechtelijke aansprakelijkheid en het vergoeden van kosten en schade aan de orde is gesteld, zal de kamer dit buiten beschouwing laten omdat het niet aan de kamer is om daarover te oordelen.

##### *Het bezwaringsverbod en de ministerieplicht*

4.3 In artikel 21 lid 1 Wna is bepaald dat de notaris verplicht is de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten, behoudens het bepaalde in het tweede, derde en vierde lid.

4.4 In artikel 21 lid 2 Wna is bepaald dat de notaris verplicht is zijn dienst te weigeren wanneer de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. Die redenen zijn er (zie gerechtshof Amsterdam, ECLI:NL:GHAMS:2011:BV2685), indien het de notaris bekend is dat dienstverlening een onrechtmatige daad jegens een derde of een tekortkoming jegens een derde in de

nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad jegens een derde door één of meer bij de transactie betrokken partijen tot gevolg heeft.

4.5 Het verweer van de notaris, die niet betwist dat hij bekend was dan wel kon zijn – dat laatste gezien de hem bekende voorgeschiedenis dan wel door raadpleging van de openbare registers en nu de notaris ook heeft erkend dat een dergelijke bepaling vrijwel altijd is opgenomen – met de verbodsbepaling dat het onderpand niet met (verdere) hypotheek mocht worden bezwaard zonder schriftelijke toestemming van klaagster en dus met de tekortkoming die de vestiging van het recht van tweede hypotheek zou meebrengen, komt er in kern op neer dat hij naar zijn mening een afweging diende te maken en daarbij correct gehandeld heeft. Het is juist dat een notaris in geval van conflicterende belangen niet onder alle omstandigheden tot dienstweigering is gehouden. De onder 4.4 geformuleerde regel kan immers uitzondering lijden, indien in geval van conflicterende rechten dienstweigering leidt tot schending van een rechtmatig belang van een bij de rechtshandeling betrokken partij dat de notaris ingevolge artikel 17 lid 1 Wna met de grootst mogelijke zorgvuldigheid dient te behartigen en de notaris in verband daarmee tot de conclusie komt dat hij zijn ministerie dient te verlenen.

4.6 Gesteld noch gebleken is echter dat er op 7 november 2014 sprake was van een situatie dat het weigeren van medewerking aan het vestigen van de tweede hypotheek schending van rechtmatige rechten en belangen van [F] en/of [C] tot gevolg zou hebben gehad. De in het onderhavige geval genoemde omstandigheid dat klaagster bekend was of kon zijn met de achtergronden van het depot en daar ook belang bij had, als beschreven onder de feiten, is geen rechtvaardiging om desondanks ministerie te verlenen.

4.7 Gelet op het voorgaande zal de kamer de klacht gegrond verklaren. Aan de notaris zal de tuchtmaatregel van waarschuwing worden opgelegd.

## **5. De beslissing**

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden

- verklaart de klacht gegrond;
- legt de notaris de tuchtmaatregel van een waarschuwing op.

Deze beslissing is gegeven door mr. D. Vergunst, voorzitter, mr. D.E.M.J. Eggels, mr. H.J. Hetteema, mr. M.J.C. van Leeuwen en A. Roesink-Kragt, leden, en in tegenwoordigheid van G.J. Doeleman, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 30 juni 2016.

De secretaris,

De voorzitter,