

NOTARIEEL TUCHTRECHT: VLOEK OF ZEGEN VOOR BANKEN EN VASTGOEDBELEGGERS ?



[Mr. Ernst Loendersloot](#)
*Sr. kandidaat notaris te
Maastricht*

Een klein jaar geleden heeft het Gerechtshof in Amsterdam, in haar hoedanigheid van tuchtrechter voor notarissen, een [uitspraak](#) gedaan die voor vastgoedbeleggers en iedere bank van belang is. Simpel gezegd mag een notaris geen tweede hypotheekrecht vestigen op een registergoed als de eerste hypotheekhouder daarvoor geen toestemming heeft gegeven.

Casus Phanos

De betreffende casus was (kort samengevat) als volgt. Een vastgoed belegger bezat een forse beleggingsportefeuille met (vooral) commercieel onroerend goed. Daarop was ten gunste van bank X een eerste hypotheekrecht gevestigd van enkele tientallen miljoenen. Later werd bij dezelfde notaris het recht van tweede hypotheek gevestigd op dezelfde onderpanden ten gunste van bank Y, wederom voor enkele tientallen miljoenen euro's.

Helaas ging de betreffende belegger failliet en wilde bank Y haar vorderingen aflossen middels een openbare verkoop op grond van haar (tweede) hypotheekrecht.

De eerste hypotheekhouder was hier niet van gecharmeerd en klaagde dat de tweede hypotheek niet gevestigd had mogen worden omdat in de eerste hypotheek (danwel de algemene voorwaarden waarnaar verwezen werd) was opgenomen dat de debiteur geen (ander) hypotheekrecht mocht vestigen tenzij bank X toestemming daarvoor

had gegeven. De notaris had geen toestemming gevraagd en deze was dus ook niet verleend.

Als hoogste (notariële) tuchtrechter oordeelde het Gerechtshof Amsterdam dat de notaris niet mee had mogen werken aan het vestigen van het (tweede) hypotheekrecht ten gunste van bank Y, en bleef deze bank met een ongedekte vordering achter.

Sinds die tijd vragen notarissen dus toestemming aan de eerste hypotheekhouder als er een tweede hypotheek gevestigd moet worden ten gunste van een andere crediteur.

Casus De Novitaris

Op 3 april jongstleden deed de Hoge Raad [uitspraak](#) in een situatie waarin de notaris mee had gewerkt aan de overdracht van een onroerende zaak waarbij het voorkeursrecht van de vorige eigenaar tot terugkoop werd geschonden. Hier was de vraag aan de orde of de notaris schadeplichtig was jegens deze voorkeursgerechtigde omdat de notaris geen navraag had gedaan of afstand gedaan was van het voorkeursrecht. Deze vraag wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord; de akte mocht getekend worden door de notaris.

De parallellen met de tuchtzaak zijn er, omdat het in beide situaties simpel gezegd gaat om de vraag of een notaris wel een akte (van levering of hypotheekstelling) mag passeren als daardoor belangen van derden geschonden worden (de voorkeursgerechtigde resp. bank X). Desondanks is er dus wel een duidelijk verschil in uitkomst.

Praktisch belang voor hypotheekverstrekkers

In een uitgebreid artikel in het Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie van 13 juni jl. (WPNR 7067 p. 555 en verder) analyseert Prof Mr. H.W. Heyman de uitspraak van de Hoge Raad en legt hij deze naast die van het Gerechtshof Amsterdam.

In zijn optiek gaat het er om of er sprake is van conflicterende rechten van de betrokken partijen. Daarbij gaat hij in paragraaf 6 specifiek in op de situatie die in Amsterdam beslecht is.

Zoals ik het begrijp is het zo dat bank X een ander recht had (een zakelijk (hypotheek)recht) dan bank Y. Die laatste had enkel een obligatoir recht ten opzichte van haar schuldenaar, namelijk het recht om een hypotheekakte te laten tekenen.

Bij de casus van de Hoge Raad hadden zowel de voorkeursgerechtigde (vorige eigenaar) als de koper hetzelfde soort (obligatoire) recht tot koop.

Dit onderscheid leidt dan tot het verschil in uitkomst.

Opmerkelijk vind ik wel dat Heyman op pagina 560 ingaat op de mogelijkheid dat de belangen van de beide banken kunnen botsen. Dat zou kunnen als de tweede bank al geld heeft uitgeleend aan de debiteur en daarvoor (alsnog) zekerheid wenst te verkrijgen. Als ik het goed begrijp zou de uitspraak van de Hoge Raad (met als gevolg tekenen van de tweede hypotheekakte zonder toestemming) boven het arrest van het Gerechtshof Amsterdam gaan (toestemming is noodzakelijk).

Het wachten is dus op een casus waarbij bank Y wel al geld heeft uitgeleend, maar nog geen zekerheid heeft gekregen. Heyman acht de kans op zo'n situatie niet zo groot, maar als er sprake is van een lening binnen de familie (de Familiebank) kan het zomaar wel spelen.

Is het Gerechtshof al om ?

Op 2 juni jl. heeft het Gerechtshof Amsterdam in haar rol van tuchtrechter een uitspraak gedaan waaruit je zou kunnen concluderen dat het hof de lijn van de Hoge Raad al volgt.

Een schuldeiser had conservatoir beslag gelegd op een onroerende zaak van een debiteur voor een openstaande schuld. Het pand was verkocht en de notaris die de akte van levering moest passeren had contact opgenomen met de crediteur om het beslag door te halen bij het Kadaster. De schuldeiser stemde hier mee in onder de voorwaarde dat er na de levering € 50.000,- overgeboekt zou worden.

De notaris wist al, toen deze afspraak werd gemaakt, dat er (waarschijnlijk) derdenbeslag gelegd zou worden door een andere schuldeiser op het geld dat de notaris ná de levering onder zich zou houden voor de verkoper.

Het conservatoir beslag op het pand werd geroyeerd, de akte van levering getekend, het derdenbeslag door de andere schuldeiser gelegd. Daardoor kon de notaris aan de eerste schuldeiser dus geen € 50.000,- uitbetalen.

Deze schuldeiser stelde dat de notaris hem had moeten wijzen op de dreiging van het derdenbeslag, maar de tuchtrechter ging hier niet in mee. De notaris heeft correct gehandeld door zijn zwijgplicht (jegens de eerste schuldeiser) niet te schenden. Deze plicht gaat hier boven het behartigen van alle belangen van de (zijdelings) betrokken partijen.

[Wil je hierover wat laten weten, stuur dan een mail.](#)

Mr. Ernst Loendersloot
kandidaat notaris te Maastricht
Telefoon 043-3509950.

Kijk ook eens op www.ntrs.nl of scan de QR code hieronder.

Of schrijf je in voor mijn [gratis nieuwsbrief](#).

U kunt ook op de hoogte blijven via:
[LinkedIn](#) [Twitter](#) [Facebook](#)

[Brochures kunt u hier downloaden.](#)

