

University of Groningen

De (kandidaat-)notaris, de rechtszekerheid en de minderjarige

Haar, ter, Hans; Visser, Irene

Published in:
Juridische Berichten Notariaat

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Haar, ter, H., & Visser, I. (2021). De (kandidaat-)notaris, de rechtszekerheid en de minderjarige. *Juridische Berichten Notariaat*, 2021(1), 10-13. Artikel JBN 2021/3.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

3. De (kandidaat-)notaris, de rechtszekerheid en de minderjarige

J.H.M. TER HAAR EN I. VISSER

Soms heeft de (kandidaat-)notaris te maken met een minderjarige partij. Hij dient dan op zijn hoede te zijn ten aanzien van de formaliteiten die hij in het licht van de rechtszekerheid in acht moet nemen. Met name moet hij zich overtuigen van de bevoegdheid van degene die namens de minderjarige optreedt. Het belang hiervan werd onlangs onderstreept in een uitspraak van de hoogste tuchtrechter van 7 april 2020 (ECLI:NL:GHAMS:2020:1079).

De feiten

In deze zaak was sprake van een zeventienjarige verkoopster van een woning, afkomstig uit de nalatenschap van haar vader, van wie zij de enige erfgename was. Op 24 april 2017 werd de woning verkocht aan koper C. Een door de moeder van de verkoopster gemachtigde, X, trad daarbij op namens de verkoopster. De koopovereenkomst is vier dagen later door de notaris ingeschreven in de openbare registers.

De woning werd op 6 oktober 2017 geleverd door koper C aan opvolgend koper D. De akte werd om 12.12 uur gepasseerd door de waarnemend kandidaat-notaris. Op dezelfde dag werd de woning namens de erfgename aan C geleverd. Deze akte is om 12.45 uur door dezelfde kandidaat-notaris gepasseerd en ondertekend door zowel koper C als X, die daarbij nog steeds handelende krachtens de door de moeder van de verkoopster verstrekte volmacht. Op het moment van passeren was de erfgename/verkoopster inmiddels meerderjarig. Beide leveringsaktes zijn op 9 oktober om 9.00 uur ingeschreven in de openbare registers.

Tegen zowel de notaris als de kandidaat-notaris is een klacht ingediend. Ten tijde van de inschrijving van de koopovereenkomst van de erfgename aan C op 28 april 2017 was de woning belast met conservatoir beslag, dat door klaagster is gelegd in verband met een vordering die zij had op de erflater. Dat beslag is op 5 september 2017 doorgehaald, omdat de Rechtbank Overijssel klaagster niet ontvankelijk verklaarde in de betreffende vordering. Op dezelfde dag legde klaagster echter opnieuw beslag. Nu de koopovereenkomst tussen de erfgename en C was ingeschreven in de openbare registers vóór het tweede beslag, heeft klaagster echter grotendeels het nakijken. Met maar liefst tien klachten meldde klaagster zich bij de Kamer voor het Notariaat en vervolgens in hoger beroep bij het Hof Amsterdam.

De uitspraak

Klaagster verwijt de (kandidaat-)notaris – kort gezegd – opzettelijk te hebben meegewerkt aan een constructie die is bedacht met het oogmerk klaagster te benadelen. Van opzettelijke benadeling door de (kandidaat-)notaris is volgens het hof echter niet gebleken. Het ligt niet aan de kandidaat-notaris dat het eerste beslag is doorgehaald en dat het tweede beslag geen werking had vanwege de reeds ingeschreven koopovereenkomst. Volgens het hof was er voor de kandidaat-notaris ook geen aanleiding onderzoek te doen naar de verkoopprijs, omdat deze ruim boven de WOZ-waarde lag. Tevens meent het hof – anders dan klaagster – dat sprake was van een (quasi-) Baarns beslag-situatie en dat de kandidaat-notaris daarom terecht volgens de beleidsregels heeft gehandeld. Dat beide transacties op hetzelfde kantoor plaatsvonden, maakt daarbij volgens het hof niet uit. Interessant is nog dat klaagster vanwege de per 1 januari 2016 gewijzigde Vormeringsregels recht zou kunnen hebben op het surplus van de verkoopprijs. Omdat zij de klacht die hierop zag echter voor het eerst in hoger beroep naar voren bracht, is die klacht niet-ontvankelijk verklaard door het hof.

Wat overblijft zijn enkele klachten die zich toespitsen op de bevoegdheid van degene die de minderjarige erfgename/verkoopster vertegenwoordigde. Op deze klachten gaan wij nader in.

Klaagster meent allereerst dat de notaris bij het inschrijven van de koopovereenkomst in de openbare registers verzuimd heeft te controleren of – gezien de minderjarigheid van de erfgename – de machtiging als bedoeld in art. 1:345 lid 1 sub a BW door de kantonrechter voor deze overeenkomst was verleend. Voorts meent klaagster dat de notaris zonder deze controle de akte van levering namens de erfgename aan C niet had mogen passeren. Ten slotte

meent klagster dat de kandidaat-notaris geen gebruik had mogen maken van de volmacht die de moeder als wettelijke vertegenwoordiger van de erfgename aan X had verleend. De erfgename was immers ten tijde van het passeren van de akte van levering meerderjarig. Volgens klagster blijkt nergens uit dat de erfgename heeft ingestemd met het gebruik van de volmacht.

Volgens het hof is het in zijn algemeenheid verstandig dat een notaris onderzoek doet naar omstandigheden die eventueel aan de rechtsgeldigheid van een in te schrijven overeenkomst in de weg kunnen staan. Bij veronachtzaming van het vereiste van art. 1:345 lid 1 BW kan een namens de minderjarige verrichte rechtshandeling van de zijde van de minderjarige worden vernietigd (art. 1:347 BW). Het hof constateert dat zo lang de overeenkomst niet vernietigd is, deze rechtsgeldig is en meent evenals de kamer dat er voor de notaris geen beletsel bestond om de – niet vernietigde en dus geldige – koopovereenkomst in te schrijven zonder te verifiëren of toestemming was gevraagd aan de kantonrechter. Het feit dat door de inschrijving van de koopovereenkomst in de openbare registers het door klagster gelegde beslag niet tegen koper C kon worden ingeroepen doet daaraan niet af (zie r.o. 5.4).

Vervolgens is de vraag of de kandidaat-notaris laakbaar handelde door de akte van levering zonder machtiging in de zin van art. 1:345 lid 1 BW te passeren. Hierover is het oordeel van het hof evenals de kamer dat '(a) de kandidaat-notaris van de rechtsgeldigheid van de koopovereenkomst uit mocht gaan en (b) de erfgenaam ten tijde van het passeren van de akte meerderjarig was zodat geen machtiging van de kantonrechter is vereist' (r.o. 5.14).

Het hof gaat vervolgens in op het gebruik van de volmacht die door de wettelijke vertegenwoordiger aan X is verstrekt. Gewezen wordt op de verplichting van een (kandidaat-)notaris zich er zo volledig en nauwkeurig mogelijk van te vergewissen dat de vertegenwoordiger bevoegd is om namens de vertegenwoordigde de in die akte opgenomen rechtshandeling te verrichten. Deze verplichting vloeit volgens het hof voort uit de op de (kandidaat-)notaris rustende zwaarwegende zorgplicht om de rechtsgevolgen te laten intreden die in de akte zijn beoogd. De kandidaat-notaris had daarom geen gebruik mogen maken van de aan X verleende volmacht. De inmiddels meerderjarige erfgename/verkoopster, en niet haar moeder, was immers bevoegd de woning te leveren. Was het desalniettemin de bedoeling geweest dat X als gemachtigde had opgetreden, dan had de inmiddels meerderjarige erfgename de volmacht aan X zelf moeten afgeven. Dat de erfgename heeft ingestemd met de door de kandidaat-notaris gehanteerde handelswijze doet hier volgens het hof niet aan af.

Hoewel in deze uitspraak voor het overige alle klachtonderdelen zijn afgewezen rekent het hof de kandidaat-notaris deze onzorgvuldigheid zwaar aan. Het hof:

'In het belang van de rechtszekerheid dient de rechtsgeldigheid van de door de (kandidaat-)notaris gepasseerde akte niet in twijfel te kunnen worden getrokken. Het bevorderen van de rechtszekerheid is een kerntaak van de (kandidaat-)notaris. Nu de kandidaat-notaris daaraan in dit geval onvoldoende invulling heeft gegeven, kan niet worden volstaan met een lichtere maatregel dan die van berisping'.

Controle van de vertegenwoordigingsbevoegdheid

Waar sprake is van vertegenwoordiging van een minderjarige, is het voor de notaris van belang de bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordiger te controleren. Deze is voor verschillende rechtshandelingen beperkt door een wettelijk voorgeschreven machtiging of goedkeuring van de kantonrechter, die voorafgaand aan de rechtshandeling gegeven moet worden. Art. 1:345 BW is hiervan een belangrijk voorbeeld. Verzuimt de wettelijke vertegenwoordiger machtiging te verzoeken, dan is de betreffende rechtshandeling op grond van art. 1:347 BW vernietigbaar, met dien verstande dat deze alleen van de zijde van de minderjarige kan worden vernietigd.

Rechtsbescherming

De notaris heeft waar het art. 1:345 BW of vergelijkbare bepalingen betreft een taak, zowel in het kader van rechtsbescherming als in het kader van rechtszekerheid. Waar het gaat om rechtsbescherming doelen wij op de vraag welke verantwoordelijkheid de notaris heeft ten aanzien van de bescherming van de belangen van de minderjarige. Het is onbetwist dat de notaris een plicht tot voorlichting heeft ten aanzien van machtigings- of goedkeuringsvoorschriften in het kader van rechtshandelingen waarvoor zijn tussenkomst plaatsvindt. Men denke naast art. 1:345 BW ook aan art. 3:183 lid 2 BW (goedkeuring voor een verdeling waarbij een of meer deelgenoten niet het vrije beheer over hun vermogen hebben) of aan art. 1:350 lid 2 BW (machtiging voor belegging van vermogen van minderjarigen).

Stel: de sanctie vernietigbaarheid of nietigheid voor het veronachtzamen van een voorschrift als hiervoor genoemd ontbreekt, strekt dan de rechtsbeschermende taak van de notaris alleen al zo ver dat hij zijn dienst moet weigeren? Wij menen dat dit niet zo is, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. In het geval ouders bijvoorbeeld ten name van hun kinderen een garagebox kopen, is hiervoor machtiging van de kantonrechter vereist, omdat sprake is van belegging van vermogen (art. 1:350 lid 2 BW). De wet bepaalt in art. 1:352 BW echter dat als aan dit voorschrift niet is voldaan, de rechtshandeling geldig is. Het is aan de notaris die de akte van koop en/of levering verzorgt de ouders te wijzen op het voorschrift en te benadrukken dat zij bij veronachtzaming daarvan aansprakelijk kunnen zijn wegens slecht bewind. Dringen zij toch aan op passeren, dan hoeft de notaris naar onze mening geen dienst te weigeren. Dit is uiteraard anders, als de notaris gegronde redenen

heeft om aan de rechtmatigheid van de rechtshandeling te twijfelen. Zie over het voorgaande ook het WODC-rapport: Toezicht op het bewind van ouders en voogden (2017) p. 42 en 43. Behoedzaamheid blijft geboden. Waaijer meent bijvoorbeeld in het kader van het huwelijksvermogensrecht dat alleen de zorgplicht jegens degene die toestemming in de zin van art. 1:88 BW moet geven de notaris er al ertoe noopt dienst te weigeren bij de akte van levering, als bij de koop niet aan dit voorschrift is voldaan (Melis/Waaijer, *De Notariswet*, 2019, paragraaf 5.4). Het is overigens de vraag of voorschriften als art. 1:88, 1:345 of 3:183 lid 2 BW wel geheel los gezien kunnen worden van hun sanctie. Zo merkt Verstappen (WPNR 2012/6954) terecht op dat (vorm)voorschriften die op straffe van (ver)nietig(baar)heid in het leven zijn geroepen vaak een publiek belang tot achtergrond hebben of zien op de bescherming van specifieke private belangen. De sanctie is een uitroep teken achter de rechtsbescherming die uit de bepaling voortvloeit. Zij maakt de rechtsbescherming immers effectief.

Rechtszekerheid

Het belang van de rechtszekerheid leidt tot het uitgangspunt dat de notaris zijn ministerie weigert, als een voor een rechtshandeling voorgeschreven machtiging, goedkeuring of toestemming ontbreekt (zie Melis/Waaijer, *De Notariswet*, 2019, paragraaf 5.4). In onderhavige casus is de notaris in eerste instantie slechts verzocht een aan hem aangeboden koopovereenkomst in te schrijven in de openbare registers. Bij de Vormerkung beperkt de taak van de notaris zich formeel tot het bepaalde in art. 7:3 lid 6 BW. Dit komt erop neer dat de notaris de koopovereenkomst niet inhoudelijk toetst. Hij beziet alleen of aan de vereisten van art. 7:3 lid 1, 2 en 5 BW is voldaan. Blijkens de parlementaire geschiedenis heeft de minister er rekening mee gehouden dat de kans bestaat dat nietige of vernietigbare overeenkomsten worden ingeschreven (*Kamerstukken I* 2001/02, 23095, nr. 178b, p. 19, MvA). Huijgen stelt in WPNR 2007/6726 de interessante vraag of de notaris, gelet op de algemene beginselen van het notariële tucht- en aansprakelijkheidsrecht, zijn taak in dit kader niet ruimer moet opvatten en de hem aangeboden contracten inhoudelijk dient te toetsen. Volgens de uitspraak van het Hof Amsterdam van 2 juli 2013 (ECLI:NL:GHAMS:2013:1827) rusten op een notaris bij de inschrijving van een registerverklaring – naast zijn algemene notariële zorgplicht – geen andere verplichtingen dan die zoals weergegeven in art. 7:3 lid 6 BW. Daarom hoeft de notaris geen onderzoek in te stellen naar de beschikkingsbevoegdheid of vertegenwoordigingsbevoegdheid van de koper. We citeren het hof (r.o. 5.1):

‘Op het moment dat een notaris er op grond van diens algemene zorgplicht en de hem bekende gegevens er redelijkerwijs vanuit mag gaan dat de vertegenwoordiger van de verkoper(s) bevoegd is op het moment van ondertekening van de overeenkomst, kunnen achteraf aan het licht komende gebreken aan deze vertegenwoordigingsbevoegdheid van de notaris niet verweten worden.’

Daarmee is nog niet de vraag beantwoord of de notaris een (niet door hem opgestelde) koopovereenkomst in de openbare registers mag inschrijven, als een machtiging als bedoeld in art. 1:345 BW ontbreekt. Men zou immers kunnen betogen dat zijn algemene zorgplicht hem van inschrijving dient te weerhouden. Het hof beantwoordt die vraag in onderhavige recente uitspraak echter bevestigend. Wij vragen ons hierbij af of hetzelfde geldt voor een koopovereenkomst waarbij de toestemming van art. 1:88 BW ontbreekt. Uit deze uitspraak lijkt men te kunnen afleiden dat de notaris ook dan tot inschrijving van de koopovereenkomst kan overgaan (Vormerkung). De uitspraak zegt overigens niets over de informatieplicht van de notaris in dit kader. Wij zijn van mening dat wel het tot de algemene zorgplicht van de notaris behoort om degene die inschrijving van de koopovereenkomst verzoekt op het voorschrift van art. 1:345 lid 1 BW (of art. 1:88 BW) te wijzen, alsmede op het feit dat de overeenkomst zonder voorgeschreven machtiging (of toestemming) vernietigbaar is.

In de praktijk zal het vaker voorkomen dat in het kader van een levering (alsnog) machtiging wordt verzocht, waar dit bij het aangaan van de koopovereenkomst niet is gebeurd. Is geen machtiging verstrekt, maar werkt de eenmaal meerderjarig geworden minderjarige verkoper mee aan de levering, dan is daarmee de overeenkomst bevestigd (art. 3:55 lid 1 BW). In onderhavige zaak was de verkoopster inmiddels meerderjarig en kon de kandidaat-notaris passeren zonder de voorgeschreven machtiging te controleren.

Het oordeel van het hof spitst zich uiteindelijk toe op de vertegenwoordiging van de erfgename/verkoopster door de gemachtigde X. Ten tijde van het verlenen van de volmacht aan X was de moeder van de minderjarige hiertoe als wettelijke vertegenwoordiger bevoegd. Bij de levering ontbrak de bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordiger vanwege het meerderjarig worden van de erfgename/verkoopster. Hiermee eindigde ook de door de wettelijk vertegenwoordiger afgegeven volmacht. De wettelijke vertegenwoordiger kan dus niet over haar eigen vertegenwoordigingsbevoegdheid heen regeren. De kandidaat-notaris had de fout in casu kunnen herstellen door de dochter zo snel mogelijk de ongeldige levering te laten bekrachtigen (art. 3:69 BW jo. art. 3:58 lid 1 BW) en daarmee tevens de vernietigbare rechtshandeling te bevestigen (art. 3:55 lid 1 BW). De klacht is naar onze mening uiteindelijk terecht gegrond, al is de straf (met name vanwege de veroordeling in de kosten van behandeling van de klacht in twee instanties) zwaar.

Tot slot

De les die uit onderhavige uitspraak valt te trekken is dat de notaris een aan hem aangeboden koopovereenkomst, ondanks het ontbreken van een machtiging als bedoeld in art. 1:345 lid 1 BW in de openbare registers mag – en op grond van zijn ministerieplicht zelfs moet – inschrijven. Dit neemt naar onze mening niet weg dat de notaris degene die om inschrijving verzoekt wel op het ontbreken van de machtiging en de consequenties daarvan dient te wijzen. De

uitspraak bevat nog meer voor de vastgoedpraktijk belangrijke aandachtspunten. Een daarvan is dat de notaris bij vertegenwoordiging van minderjarigen alert moet zijn op diens leeftijd. Wordt de minderjarige gedurende het overdrachtsproces meerderjarig, dan valt de bevoegdheid van de wettelijke vertegenwoordiger weg en moet de meerderjarige de transactie zelf verrichten. Een door de wettelijke vertegenwoordiger afgegeven volmacht kan dan ook niet langer meer worden gebruikt.

Hof Amsterdam 7 april 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:1079

Over de auteurs

J.H.M. ter Haar

Universitair docent notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen

I. Visser

Universitair docent notarieel recht aan de Rijksuniversiteit Groningen