

Toestemming "eerste hypotheekhouder"

Het komt regelmatig voor dat een woning belast wordt met een recht van (tweede) hypotheek, terwijl op deze woning al een recht van eerste hypotheek rust van een *andere* bank (eerste hypotheekhouder).

In de algemene hypotheekvoorwaarden van een bank of in de hypotheekakte zelf wordt over het algemeen bepaald dat de hypothecaire lening opeisbaar wordt indien een "**volgend**" recht van hypotheek wordt gevestigd bij een andere bank, tenzij de eerste hypotheekhouder hiervoor schriftelijke toestemming heeft verleend.

In dit geval is er de verplichting om de eerste hypotheekbank te verzoeken akkoord te gaan met de tweede hypotheek. De cliënt kan dit zelf regelen maar ook de notaris toestemming geven om dit namens hem of haar te doen.

Maar wat als de cliënt geen toestemming wenst te verlenen om namens hem of haar de benodigde toestemming bij de eerdere hypotheekhouder aan te vragen? Op 2 februari jl. is er een uitspraak van het Hof Amsterdam van 27 december jl. gepubliceerd waaruit de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie concludeert dat een notaris zijn dienst weigeren wanneer zijn cliënt weigert toestemming te vragen aan de eerste hypotheekhouder om een tweede hypotheek te vestigen.

De uitspraak van het hof is een belangrijke wijziging van een bestaande notariële praktijk. Het hof baseert zijn oordeel op een passage in de parlementaire geschiedenis waarin de toenmalige staatssecretaris van Justitie heeft gezegd dat een notaris zich terughoudend moet opstellen bij conflicterende (leverings)rechten. De uitspraak betekent volgens de KNB dat een notaris in principe zijn dienst moet weigeren wanneer toestemming van de eerste hypotheekhouder ontbreekt.

In de zaak waar het hof over oordeelde, had een notaris een hypotheekakte gepasseerd waarin de (standaard)bepaling stond dat bij vestiging van een opvolgende hypotheek op dezelfde onroerende zaak toestemming nodig was van de hypotheekbank. Een paar maanden later vestigde dezelfde notaris een tweede hypotheek op dezelfde onroerende zaak zonder toestemming van de eerste hypotheekhouder. De eerste hypotheekhouder diende hiervoor een klacht in tegen de notaris.

Notaris moet dienst weigeren

Het hof vindt dat de notaris niet aan de vestiging van de tweede hypotheek had mogen meewerken, zonder dat de cliënt toestemming aan de eerste hypotheekhouder had gevraagd. Volgens het hof mag een notaris die toestemming aan de eerste hypotheekhouder in verband met zijn geheimhoudingsplicht niet zelf (dus zonder toestemming van de cliënt) vragen.

De informatie dat de cliënt een tweede hypotheekrecht wil vestigen, is namelijk vóór de totstandkoming van het hypotheekrecht nog niet openbaar. Regelt een cliënt de toestemming niet, dan kan de notaris niets anders dan zijn dienst weigeren. Verder bepaalt het hof dat een mondelinge mededeling van een cliënt dat toestemming is verleend, niet voldoende is. De notaris moet een bewijs van de verleende toestemming in zijn dossier hebben.

Het bovenstaande betekent dat in een geval waarin de toestemming van een eerdere hypotheekhouder vereist is, deze óf door de cliënt of tussenpersoon óf door de notaris moet worden aangevraagd. Wenst een cliënt de toestemming niet te (laten) regelen dan kan de notaris niets anders dan zijn dienst weigeren.