

Schijnhandelingen

Het jaar 2017 staat voor de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) in het teken van ethiek en integriteit. In deze aflevering van Tuchtrecht uitgelicht over schijnhandelingen wordt een voorschot genomen op dat thema. Dat de notaris dienst moet weigeren als hem wordt gevraagd een schijnhandeling vast te leggen in een notariële akte is misschien een open deur. Maar hoe herkent u de schijnhandeling en hoe ver rijkt uw onderzoeksplicht in dat kader?

| TEKST Madeleine Hillen-Muns

1. DE SCHIJNHANDELING IN HET CIVIELE RECHT

Schijnhandelingen worden onderscheiden in twee categorieën: de absolute en de relatieve. U hebt te maken met een absolute schijnhandeling als partijen naar buiten de schijn wekken dat zij een bepaalde overeenkomst sluiten, terwijl zij in het geheim afspreken dat in hun onderlinge rechtsverhouding geen wijziging wordt aangebracht. Een voorbeeld daarvan is te vinden in HR 19 december 2014, *NJ* 2015/290, waarin echtgenoten een overeenkomst van geldlening met elkaar sloten waarin de volgende considerans was opgenomen: '(...) C. Geldgever wordt sedert het najaar van 2005 belaagd door crediteuren waaronder begrepen (...) de curator van (...) en de belastingdienst waarmee Geldgever een dispuut ter zake van de uitkering c.q. uitbetaling van zogenaamde turbo vorderingen door verschillende VPB verlies compensatie vennootschappen heeft gekregen. D. Teneinde te voorkomen dat wederom door beslaglegging alle liquide middelen van Geldgever geblokkeerd zullen worden, zal Geldgever alle liquide middelen e.e.a. met een maximum van € 6.000.000 (...) die hij heeft dan wel zal verkrijgen aan Geldnemer door middel van een lening ter beschikking stellen, welke Geldnemer alsdan hetzij op bankrekening op haar naam zal stallen dan wel beleggen of investeren op een door Geldgever aan te geven wijze. (...)'

Deze geldleningsovereenkomst was naar het oordeel van de Hoge Raad nietig wegens strijd met de goede zeden.

RELATIEVE SCHIJNHANDELING


Van een relatieve schijnhandeling is sprake als achter een gesloten (schijn)overeenkomst een andere overeenkomst verborgen ligt. In werkelijkheid is een ander soort overeenkomst beoogd (een schenking in plaats van een koop bijvoorbeeld) of de werkelijke overeenkomst wordt tussen andere partijen gesloten (er wordt gebruikgemaakt van een stroman). Zie voor een voorbeeld van de laatstgenoemde vorm van schijnhandeling HR 15 december 1999, *BNB* 2000/127, waarin bij notariële akte een verzekeringspolis werd verkocht en overgedragen aan een koper die de koopprijs schuldig bleef en de polis vervolgens afkocht, waarna de koopprijs via de derdengeldenrekening van de notaris aan de verkoper werd voldaan uit de afkoopsom. De koper ontving een 'vergoeding' van 5 procent. Een constructie die door de annotator Van Dijk werd aangeduid als 'fiscale voosheid'.

ONGEORLOOFD

Niet iedere schijnhandeling is ongeoorloofd. De misleiding die door een schijnhandeling plaatsvindt, is geoorloofd als niemand daardoor wordt benadeeld en er geen wetsbepaling wordt geschonden, zie Cassel-Van Zeeland, *Groene Serie Vermogensrecht*, artikel 3:33, aantekening 5.10.1. Ook het feit dat een bepaalde afspraak geheim is, maakt haar niet per definitie ongeoorloofd, zie B. Wessels en S.A.B. van Santen, 'Side letter: verboden geheime afspraak of welkome aanvulling?', *Contracteren* 2003/3, p. 75-76.

2. DE SCHIJNHANDELING IN HET TUCHTRECHT

Civielrechtelijk mag gelden dat misleiding soms geoorloofd is, voor de notaris geldt dat hij zorg moet dragen dat wat er in een notariële akte staat, in overeenstemming is met de werkelijkheid, zie Hof Amsterdam 27 september 2001, *ECLI:NL:GHAMS:2001:BM4532*: 'Vast staat dat de notaris wist dat de door mr. D te passeren akte van optieverlening op het punt van de wijze van betaling van de optieprijs van f 150 000 niet correspondeerde met hetgeen partijen – naar 's hofs oordeel: welbewust, (...) – waren overeengekomen. Hun nadere afspraken hielden immers in dat f 25 000 was betaald en het restant nog betaald zou worden voor de uitoefening van het optierecht uiterlijk 31 december 1999, welke afspraken nadien in de met medewerking van de notaris opgestelde side-letter zijn opgenomen. De notaris was aanwezig bij het passeren van de akte van optieverlening en heeft desgevraagd verklaard aan mr. D dat partijen nadere afspraken hadden gemaakt omtrent betaling van de optieprijs. Hij heeft nagelaten mr. D omtrent de inhoud van de afspraken te informeren. Het hof is echter van oordeel dat het op de weg van de notaris had gelegen er zorg voor te dragen dat de inhoud



*Bij een relatieve schijnhandeling ligt
achter een gesloten (schijn)overeenkomst
een andere overeenkomst verborgen*

Voorstelling Eefje Wentelteefje in Extrapool

van de notariële akte van optieverlening correspondeerde met de werkelijkheid. Dat hij hiertoe geen actie heeft ondernomen, acht het hof klachtwaardig. Het is immers bij uitstek de taak van een notaris erop toe te zien dat een notariële akte een getrouwe weergave geeft van hetgeen in realiteit is geschied.’

BERISPING

De notaris die een schijnconstructie had geadviseerd en uitgevoerd met als doel een boetebeding te omzeilen, kreeg een berisping, zie Hof Amsterdam 22 februari 2007, ECLI:NL:GHAMS:2007:BA0530: ‘Gelet op de inhoud van de (...) tekst [van het beding uit] diende het voor de notaris volstrekt duidelijk te zijn dat de bepaling ertoe strekte dat het registergoed in de familie zou blijven gedurende vijfenzeventig jaar. De notaris is hieraan voorbijgegaan en heeft zijn medewerking verleend aan een constructie waarmee niet anders werd beoogd dan het registergoed uit de familie te doen geraken zonder de bedongen boete verschuldigd te worden. De verkoop en levering van het registergoed door [A] aan zijn zoon, gevolgd door een verkoop en levering door deze zoon aan derden was derhalve een schijnhandeling. (...) Het had op de weg van de notaris gelegen

om in het onderhavige geval acht te slaan op de belangen van klaagster bij de nakoming van het beding en – gelet op de feitelijke gang van zaken – zijn ministerie te weigeren. Door dit na te laten heeft de notaris gehandeld in strijd met hetgeen een behoorlijk notaris betaamt.’

ALERT

Of een rechtshandeling schijn is of niet, is niet altijd op het eerste gezicht duidelijk. Van de notaris wordt echter verwacht dat hij alert is en dat hij waar nodig relevante vragen stelt en om onderbouwing van de door de cliënt gegeven antwoorden vraagt, zie recent Kamer voor het notariaat Amsterdam 19 juli 2016, ECLI:NL:TNORAMS:2016:20. In die zaak zijn niet-bestaande vorderingen vastgelegd in een notariële vaststellingsovereenkomst. Het doel daarvan was te ontkomen aan dreigend loonbeslag. De Kamer overwoog: ‘5.6 Naar aanleiding van de summiere omschrijving op de factuur van Uw Advies BV (...) hadden naar het oordeel van de kamer de kandidaat-notarissen, (...) dienen dóór te vragen naar de aard van dat bedrag, omdat hetzelfde bedrag dat op die factuur werd vermeld in de desbetreffende vaststellingsovereenkomst is omschreven als ‘declaraties met betrekking tot (mondeling overeen-

gekomen) advieswerkzaamheden’ en het bedrag ‘schuldig wordt erkend’ als ‘hoofdsom’, opeisbaar zonder daaraan voorafgaande ingebrekestelling.

Naast deze discrepantie hadden ook de in de (concept-)akten genoemde, voor particulieren toch ongebruikelijke (zeer) hoge bedragen verschuldigd voor adviesdiensten aanleiding moeten zijn voor nadere vragen, evenals het feit dat het toch hoogst ongebruikelijk is dat een dienstverlener een vordering op grond van een onbetaald gebleven declaratie notarieel laat vastleggen in een vaststellingsovereenkomst. Ter zitting heeft de notaris verklaard dat [X] en [mr. B] de website van Uw Advies BV “www.minderloonbeslag.nl” hadden bekeken. Naar het oordeel van de kamer had dat bij hen reeds de nodige vragen kunnen en moeten oproepen.

5.7 De kamer is van oordeel dat geen genoeg was had mogen worden genomen met de enkele verklaring van Uw Advies BV en de schuldenaar dat het bedrag dat in de vaststellingsovereenkomst werd opgenomen juist was, maar tenminste had moeten worden nagegaan of de akte(n) een ongeoorloofd doel dienden, op grond waarvan ministerie had moeten worden geweigerd. (...)’ ■