

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 4073734 / NT 08-30 P

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDIDAAT-NOTARISSEN

TE AMSTERDAM

Beslissing van 17 maart 2009 op de klacht met nummers 403734 / NT RK 08-30 P van:

[klaagster],
gevestigd te [vestigingsplaats]
gemachtigde mr. P. Vermeij
tegen:

[de notaris],
notaris te [vestigingsplaats],

Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 28 juli 2008;
- verweerschrift met bijlagen van 10 september 2008;
- repliek van 15 september 2008;
- dupliek met bijlage van 13 oktober 2008;

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 17 februari 2009 waren de directeur van klaagster, de heer [A], mr. P. Vermeij en de notaris aanwezig. Beide partijen hebben het woord gevoerd en hun standpunten toegelicht. Uitspraak is bepaald op 17 maart 2009.

1. De feiten

Uitgegaan wordt van de volgende feiten en omstandigheden:

a. Op 16 november 2006 heeft klaagster met een van haar opdrachtgevers, de heer en mevrouw [X] (hierna te noemen: [X]), een overeenkomst van aanneming van werk voor de bouw van een huis aan de [straat en plaats] (hierna te noemen: het huis) gesloten. Artikel 14 lid 1 van de aannemingsovereenkomst luidt, voor zover van belang: “De verkrijger kan, zonder een beroep te doen op artikel 262 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek en onder voorbehoud van zijn recht op oplevering, maximaal 5 % van de aanneemsom inhouden op de laatste termijn of

laatste termijnen en dit bedrag in plaats van aan de ondernemer te betalen, in depot storten bij de notaris”.

b. Op 20 november 2007 heeft klaagster de laatste termijnfactuur gezonden aan [X], groot 10% van de aanneemsom, zijnde een bedrag van € 47.000,-.

c. Op 29 november 2007 heeft [X] een “deelopleverrapport bovenverdieping” getekend.

d. Op 29 november 2007 heeft [X] de helft van het onder b. genoemde bedrag voldaan en, gebruikmakend van de in artikel 14 lid 1 van de aannemingsovereenkomst gegeven mogelijkheid, een bedrag ter grootte van 5% van de aanneemsom, derhalve € 23.500,-, in depot gestort bij de notaris.

Een medewerkster van de notaris heeft klaagster op dezelfde dag een fax gestuurd waarin zij schrijft: “Zoals telefonisch besproken doe ik u hierbij een bevestiging toekomen dat wij namens de heer [X] een bedrag hebben ontvangen van € 23.500,00 inzake de 5% regeling”.

e. In juni 2008 heeft klaagster de notaris verzocht, onder overlegging van (onder meer) een door [X] ondertekend document met als benaming “proces-verbaal van oplevering” en gedateerd 22 december 2007, houdende, onder meer, een opsomming van punten die nog door klaagster dienden te worden aangepakt, om tot uitbetaling aan haar van het depot over te gaan op grond van artikel 14 lid 3 van de aannemingsovereenkomst.

f. Artikel 14 lid 3 van de aannemingsovereenkomst luidt, voor zover van belang: “De notaris brengt een eventueel depot in de macht van de ondernemer nadat drie maanden zijn verstreken na het tijdstip van oplevering, tenzij de verkrijger van de in artikel 262 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek toegekende bevoegdheid wenst gebruik te maken. In dat geval deelt de verkrijger aan de notaris mee tot welk bedrag het depot moet worden gehandhaafd.”

g. [X] heeft zich tegenover de notaris op het standpunt gesteld dat géén oplevering had plaatsgevonden en dat het werk ook nog niet was afgerond.

h. In een e-mailbericht van 11 juli 2008 aan de vertegenwoordiger van klaagster heeft de notaris aangegeven, voor zover van belang: “Voor [klaagster] moet het zekerheid geven dat het depotbedrag veilig bij de notaris staat, dat is ook altijd de bedoeling van een depot: uit de macht van de andere partij. Graag zou ik dat als belangrijkste punt willen vasthouden in een discussie waar ik part noch deel aan heb”(.....) In alle redelijkheid zie ik niet in wat er op deze afspraken valt af te dingen en ik vraag u en [klaagster] dan ook niet langer mij lastig te vallen met verzoeken, aanmaningen, sommaties etc: met de familie [X] moet u of [klaagster] –en voor de duidelijkheid: niet ik- tot een akkoord zien te komen of dat anders via een procedure afdwingen maar u moet mij niet proberen te brengen tot iets waar ik óf jegens de een óf jegens de ander een fout zal maken, een fout waar ik nog voor kan worden aangesproken ook”.

i. In een e-mailbericht van 12 oktober 2008 heeft [X] de notaris gemeld dat klaagster en hij zijn overeengekomen dat een bedrag van € 16.000,- uit het depot kan vrijvallen. Het resterende bedrag van € 7.500,- zou vrijvallen nadat alle werkzaamheden goed zouden zijn uitgevoerd.

j. Ter zitting van 17 februari 2008 heeft klaagster meegedeeld dat het depot inmiddels in het geheel is vrijgegeven en aan haar is uitgekeerd.

2. De klacht

2.1. De notaris heeft zich bij het storten van het depot in november 2007 niet vergewist van de regeling die partijen ter zake waren overeengekomen. Het gebrek aan voldoende informatie was in eerste instantie reden voor de notaris om het uitbetalingsverzoek niet

in behandeling te nemen. Een notaris dient zich echter voorafgaand aan het aanvaarden van een depot van een en ander op de hoogte te stellen. De notaris is als enige verantwoordelijk voor zijn praktijk. Het enkele feit dat de boekhoudster van de notaris instemde met het depot maakte het tot een verantwoordelijkheid van de notaris.

2.2. De notaris is ten onrechte meegegaan in de stellingen van [X] dat er niet zou zijn opgeleverd en dat het depot niet mocht vrijvallen. De notaris ging te ver door na afloop van de drie maandentermijn alsnog [X] in de gelegenheid te stellen om aan te geven of en tot welk bedrag hij het depot wenste te handhaven. Er ligt een duidelijke regeling tussen partijen die de notaris diende uit te voeren. Uit de stukken die klaagster en [X] hebben ondertekend volgt duidelijk dat er op 21 december 2007 is opgeleverd. Dat blijkt uit de vermelding van “proces-verbaal van oplevering” op het stuk van 21 december 2007.

Het betreft hier een onderhandse akte, waarvan de authenticiteit niet is betwist, zo meent klaagster. Vanaf 22 november 2007 woonde [X] al op de bovenverdieping van het huis en vanaf 22 december 2007 is hij er helemaal gaan wonen. Aangezien er sprake was van oplevering en [X] geen tijdige mededeling had gedaan dat het depot moest worden gehandhaafd, had de notaris op grond van artikel 14 lid 3 van de in het klaagschrift genoemde aannemingsovereenkomst het depot aan klaagster moeten uitkeren en had hij na afloop van de daarin genoemde drie maandentermijn geen toestemming daartoe meer nodig van [X]. Klaagster heeft het proces-verbaal van oplevering in juni 2008 aan de notaris gestuurd.

2.3. De notaris kon niet stellen dat hij, uit hoofde van de door hem zelf aanvaarde depotovereenkomst, niet benaderd mocht worden en ook niet langer lastig gevallen wenste te worden met correspondentie. Het past een notaris niet om te dreigen met een mededeling dat, indien klaagster hem lastig blijft vallen, hij kosten inzake de depotdiscussie aan klaagster in rekening zal brengen, aangezien die kosten op basis van de overeenkomst met [X] bij [X] in rekening moeten worden gebracht.

3. Het verweer

3.1. De notaris was niet betrokken bij de aannemingsovereenkomst tussen [X] en klaagster. In november 2007 kwam het verzoek om storting van een depot op kantoor van de notaris door [X] voor de notaris dan ook geheel onverwacht. De boekhoudster van de notaris stemde daarin toe en bevestigde dit per fax, buiten medeweten van de notaris. Het was de notaris wel duidelijk dat het een depot betrof inzake de zogenaamde “5% regeling”.

De notaris heeft bij het eerste contact met [X] gevraagd hem op de hoogte te houden. Dat is niet gebeurd. Klaagster is wel meteen geïnformeerd over de depotstelling, maar heeft voor juni 2008 geen contact opgenomen met de notaris.

3.2. Over de feitelijke vraag of er ooit een eindoplevering is geweest – [X] stelt dat in november en december 2007 slechts deelopleveringen zijn geweest, en dat de laatste oplevering niet mag worden aangemerkt als een echte oplevering- voelt de notaris zich niet gerechtigd een uitspraak te doen, ook al doet de titel van hetgeen op 21 december 2007 is vastgelegd anders vermoeden. De notaris heeft geprobeerd klaagster gerust te stellen door te melden dat haar belangen waren zeker gesteld met het bij de notaris gedeponeerde bedrag. De notaris leest in artikel 14 lid 3 van voornoemde aannemingsovereenkomst niet –zoals klaagster stelt- dat het depot aan de aannemer vrijvalt tenzij de opdrachtgever voor afloop van die termijn (lees: van drie maanden) aan de notaris

doorgeeft dat hij de verdere betaling van bedragen wil blijven opschorten. Naar de mening van de notaris staat in artikel 16 van de algemene voorwaarden, geldend voor de aanneming (vermeld onderaan de aannemingsovereenkomst), als hoofdregel dat, indien het uitgevoerde werk niet voldoet aan de opdracht, er te allen tijde mag worden opgeschort.

Daarbij komt dat klaagster nooit de moeite heeft genomen de notaris op de hoogte te stellen van de inhoud en de details van de diverse afspraken tussen haar en [X].

Pas op 25 juni 2008 heeft de notaris het proces-verbaal van oplevering gekregen van klaagster waarna hij contact heeft opgenomen met [X]. Pas toen hoorde de notaris van het meningverschil tussen partijen.

De bezwaren van [X], inhoudende dat er zijns inziens geen eindoplevering had plaatsgevonden, gaven naar de mening van de notaris geen andere mogelijkheid dan het depot niet uit te keren. In dat verband zou klaagster zelfs het verwijt gemaakt kunnen worden, aldus de notaris, dat zij heeft geprobeerd de notaris aan te zetten, bijna te dwingen (met inschakeling van haar gemachtigde) willens en wetens tot onterechte uitbetaling van het depot over te gaan.

4. Beoordeling

4.1. Ingevolge artikel 98, eerste lid, Wet op het notarisambt zijn notarissen en kandidaat-notarissen aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling of een op deze wet berustende verordening, hetzij met de zorg die zij als notarissen of kandidaat-notarissen behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte zij optreden en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt. Beoordeeld dient te worden of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

4.2. Allereerst dient de kamer te beoordelen of de notaris klachtwaardig gehandeld heeft door bij de storting van het depot in november 2007 door [X] niet bij partijen te informeren naar hetgeen partijen ten aanzien van het depot waren overeengekomen en wat zij van de notaris verwachtten.

Het feit dat de notaris het depot zonder nadere vragen daarbij te stellen heeft geaccepteerd, is naar de mening van de kamer niet klachtwaardig, aangezien duidelijk was aangegeven dat het om een depot inzake de "5%-regeling" ging.

Wel had de notaris zich kort na de storting van het depot op de hoogte dienen te stellen van de achterliggende afspraken tussen partijen. Aangezien het hier de "5% regeling" betrof en de notaris derhalve wist dat hij met een laatste betalingstermijn van de aanneemsom te maken had, was een actievere rol van de notaris op zijn plaats geweest waardoor wellicht latere problemen hadden kunnen worden voorkomen.

De kamer meent dan ook dat dat nalaten van de notaris een klachtwaardige gedraging is, maar acht het verzuim niet voldoende zwaar om een maatregel te rechtvaardigen.

4.3. Voorts dient de kamer te beoordelen of de notaris ten onrechte is meegegaan in de stellingen van [X] dat niet zou zijn opgeleverd en dat het depot niet mocht vrijvallen. De notaris heeft na het verzoek om uitbetaling van klaagster terecht bij [X] geïnformeerd of de door klaagster verstrekte gegevens juist waren. Toen [X] hem meedeelde dat géén algehele oplevering had plaatsgevonden, mocht de notaris zich op het standpunt stellen dat het niet aan hem was om over dit geschil tussen partijen te beslissen. Het niet uitkeren van het depotbedrag, zolang dit geschilpunt tussen partijen niet was opgelost, levert dan ook

niet een klachtwaardige gedraging op in de zin van de Wna.

4.4. Tenslotte dient de kamer te beoordelen of de notaris klachtwaardig heeft gehandeld door zich verontwaardigd te tonen over het aanhoudende aandringen tot betaling door klaagster. Aangezien klaagster een professionele partij is (en wordt vertegenwoordigd door een brancheorganisatie) had van haar meer begrip voor het standpunt van de notaris mogen worden verwacht. Toen zij, ook na de uitleg van de notaris, bleef aandringen op uitkering van het depot, heeft de notaris weliswaar van zijn irritatie hierover laten blijken, maar dit levert geen klachtwaardig gedrag op.

4.5. Beslist wordt als volgt.

Beslissing

De kamer van toezicht:

- verklaart het klachtonderdeel, genoemd onder 4.2 gegrond, maar bepaalt dat aan de notaris geen tuchtrechtelijke maatregel wordt opgelegd;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mrs. M.Y.C. Poelmann, voorzitter, M. Bijkerk, O.J. van Leeuwen, A.J.W.M. van Hengstum en P.J. van Veen, leden, in tegenwoordigheid van mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 17 maart 2009.

Mr. E.B.T. Kienhuis,
Secretaris.

Mr. M.Y.C. Poelmann,
Voorzitter.

Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam (postbus 1312, 1000 BH Amsterdam) binnen 30 dagen na de dag van verzending van de aangetekend verzonden kennisgeving.