

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 07.831/2009/910

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDIDAAT-NOTARISSEN TE ARNHEM

Kenmerk: 07.831/2009/910

Beslissing van de Kamer van Toezicht te Arnhem

in de zaak van:

de besloten vennootschap
HANDEL EN ADVIESBUREAU NERBENTA B.V.,
gevestigd te [...],
klaagster
gemachtigde: J. Kevelam

tegen

MR. [A],
notaris te [...],
en
MR. [B],
notaris te [...].

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de brief van klaagster van 20 februari 2009, waarin de klacht tegen de notarissen is neergelegd
- de brief van klaagster van 25 februari 2009 met bijlagen
- de brief van de notarissen van 4 maart 2009

- de brief van klaagster van 19 maart 2009
- de brief van de notarissen van 8 april 2009
- de brief van de notarissen van 23 april 2009
- de brief van de notarissen van 28 april 2009
- de mondelinge behandeling van de klacht op 25 juni 2009
- de brief van de notarissen van 1 juli 2009 met bijlagen.

2. De feiten

2.1 In mei 2007 hebben de besloten vennootschap Holdingmaatschappij [V], hierna te noemen [V B.V.] enerzijds en de besloten vennootschappen Handel en Adviesburo Nerbenta B.V., hierna te noemen klaagster, en [de besloten vennootschap H B.V.] , hierna te noemen [H B.V.], anderzijds overeenstemming bereikt over de verkoop van aandelen in de besloten vennootschap Holdingmaatschappij de Roskam B.V., hierna te noemen de Roskam B.V. Dit hield in dat [V B.V.] honderd aandelen in de Roskam B.V., zijnde de helft van de uitgegeven aandelen, heeft verkocht aan klaagster en [H B.V.] De andere helft van de aandelen is eigendom gebleven van [X].

2.2 Na het bereiken van de overeenstemming is gebleken dat [V B.V.] en de directie van de Roskam B.V. nog verschillende (fiscale en organisatorische) kwesties dienden af te wikkelen alvorens tot overdracht van de aandelen kon worden overgegaan. Begin 2008 was deze afwikkeling in een zodanig stadium dat volgens [V B.V.] de aandelen konden worden geleverd. Daarvoor werd door [V B.V.] de tussenkomst ingeroepen van het notaris kantoor van mrs. [A] en [B].

2.3 Notaris mr. [B] heeft in maart 2008 de koopovereenkomst betreffende de aandelen opgesteld en daarvan aan partijen een concept verzonden. De tekst van die overeenkomst was aanleiding tot het voeren van intensieve en langdurige gesprekken en onderhandelingen tussen partijen.

2.4 Voordat partijen in mei 2007 overeenstemming hadden bereikt over de aandelenoverdracht, was er tussen de directie van de Roskam B.V. en het bestuur van de Stichting Fonds Hulpbetoon aan de Arbeidende Klasse in de Buurtschap Meerten, hierna te noemen het Fonds, een mondelinge overeenstemming bereikt over de aankoop door de Roskam B.V. van onroerende zaken te Ommeren, namelijk een perceel grond alsmede de blote eigendom van een ander perceel grond, van welk perceel de Roskam B.V. reeds het recht van erfpacht bezat.

2.5 In juli 2008, vóór de beoogde aandelenoverdracht, is de koopovereenkomst tussen het Fonds en de Roskam B.V. betreffende het perceel grond en de blote eigendom van het perceel grond gesloten. In de koopovereenkomst is ondermeer bepaald dat,

- de Roskam B.V. zich jegens het Fonds verbindt om de bestemming van een aan het Fonds resterend gedeelte van het perceel zodanig te doen wijzigen dat dit gedeelte bebouwd zal kunnen worden met een vrijstaande woning
- tot zekerheid van de hiervoor genoemde verplichting bij de levering van de blote eigendom een recht van eerste hypotheek ten behoeve van het Fonds wordt gevestigd op het desbetreffende aan de Roskam B.V. te leveren perceel
- Nerbenta B.V. zich verbindt als borg tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de Roskam B.V.

- de overdracht zal plaatsvinden op 1 september 2008.

2.6 Omdat kort voor 1 september 2008 de situatie nog niet zover was dat de levering van de aandelen in de Roskam B.V. kon worden geëffectueerd, is aan het Fonds verzocht de overdracht van het perceel grond en van de blote eigendom van het perceel grond uit te stellen. Het Fonds bleek daartoe niet bereid.

2.7 Teneinde te voorkomen dat de koopovereenkomst tussen het Fonds en de Roskam B.V. zou worden ontbonden en de Roskam B.V. boete, rente en kosten aan het Fonds zou moeten voldoen, heeft klaagster aan de Roskam een onderhandse geldlening verstrekt ten bedrage van de koopprijs met aankoopkosten, ten bedrage van € 828.604,91. De opgestelde overeenkomst van geldlening is aan notaris mr. [A] gezonden ter ondertekening door partijen.

2.8 Op 1 september 2008 heeft de levering door het Fonds van het perceel grond en van de blote eigendom van het andere perceel grond plaatsgevonden, waarbij tevens het hiervoor onder 2.5 genoemde recht van hypotheek is gevestigd. De overeenkomst van geldlening is door de bestuurders van de Roskam B.V., bestaande uit [Y] en [X], en de bestuurder van klaagster, zijnde [Z], getekend ten overstaan van notaris mr. [A]. In de overeenkomst van geldlening is opgenomen dat het geleende bedrag opeisbaar is, indien en zodra de aandelen in de Roskam B.V. door [V B.V.] zijn overgedragen aan klaagster respectievelijk [H B.V.], tenzij het niet plaatsvinden van de overdracht van de aandelen te wijten is aan [V B.V.], in welk geval de lening ná 1 oktober 2008 direct opeisbaar is.

2.9 In de loop van oktober 2008 hebben partijen overeenstemming bereikt over de tekst van de koopovereenkomst en de akte van levering van de aandelen in de Roskam B.V. ABN Amrobank is de financier van de Roskam B.V. Voor hetgeen ABN Amrobank van de Roskam B.V. heeft te vorderen zijn [V B.V.] en [Y] hoofdelijk aansprakelijk. Aangezien ABN Amrobank nog niet schriftelijke had ingestemd met de overdracht van de aandelen en met het ontslag uit het hoofdelijk schuldenaarschap van [V B.V.] en [Y] in privé kon het tekenen van de koopovereenkomst en van de akte van levering vooralsnog niet plaatsvinden.

2.10 Op 11 november 2008 heeft de ABN Amrobank de Roskam B.V. en klaagster bericht dat zij de door de Roskam B.V. verzochte aanvullende financiering ten behoeve van de aankoop van de (blote eigendom van de) percelen grond niet wenste te verstrekken, waarbij zij tevens heeft meegedeeld dat de bestaande financiering van de Roskam B.V. niet zou worden verlengd en dat deze op korte termijn diende te worden afgelost.

2.11 Op 17 december 2008 is ten overstaan van notaris mr. [B] een hypotheekakte verleden, waarbij de Roskam B.V. een recht van hypotheek heeft verleend tot een bedrag van € 2.500.000,-, vermeerderd met € 750.000,- voor renten en kosten, aan [X] en [Y] in privé, tot zekerheid voor al hetgeen zij van de Roskam B.V. te vorderen hebben of mochten hebben. Dit recht van hypotheek is gevestigd op de percelen grond die door de Roskam B.V. in eigendom zijn verkregen bij de hiervoor onder 2.8 genoemde notariële akte.

2.12 Tot op heden heeft de levering van de aandelen in de Roskam B.V. aan klaagster en [H B.V.] niet plaatsgevonden. Verder moet de lening van de Roskam B.V. aan de

ABN Amrobank worden afgelost, is er nog geen vervangende financiering ten behoeve van de Roskam B.V. verkregen en is de door klaagster aan de Roskam B.V. verstrekte onderhandse lening opeisbaar.

3. De klachten en het verweer

3.1 Klaagster formuleert de drie volgende klachten tegen de notarissen.

a. Notaris mr. [A] is bij het opstellen van de akte van levering en hypotheekverlening van 1 september 2008 onzorgvuldig geweest en heeft daarin onduidelijkheid laten bestaan over de rangorde van de hypotheek ten behoeve van

het Fonds en over het onderpand waarop de hypotheek ten behoeve van de ABN Amrobank is gevestigd. Uit de akte blijkt namelijk op geen enkele wijze dat de hypotheek een andere dan een eerste rang heeft, terwijl uit de daaraan ten grondslag liggende koopovereenkomst volgt, dat de hypotheek eerste in rang zou moeten zijn. Uit de hypotheekakte van 17 december 2008 blijkt echter dat het betreffende perceel is voorbelast met een hypothecaire inschrijving ten behoeve van de ABN Amrobank voor een bedrag van € 1.625.000,-, gevestigd bij akte van hypotheekverlening van 2 februari 2006 ten overstaan van notaris mr. [A]. Bij die akte is evenwel alleen het recht van erfpacht met hypotheek belast. Door de handelwijze van mr. [A] kunnen klaagsters belangen worden geschaad, omdat klaagster zich als borg heeft verbonden voor de nakoming van de verplichtingen van de Roskam B.V. jegens het Fonds, zoals die uit de koopovereenkomst voortvloeien.

b. Notaris mr. [B] heeft op 17 december 2008 meegewerkt aan het vestigen van een hypothecaire inschrijving ten behoeve van [X] en [Y] in privé, terwijl hij, althans zijn kantoorgenoot, op de hoogte was van de omstandigheid dat het onderpand was gefinancierd met een door klaagster verstrekte onderhandse geldlening en hij wist, althans sterk kon vermoeden, dat de geldlening inmiddels opeisbaar was geworden, terwijl hij bekend was met de moeilijkheden in het dossier. Hierbij komt dat de hoogte van de hypothecaire inschrijving in geen enkele verhouding staat tot de mogelijke vorderingen van {X} en [Y] op de Roskam B.V. en dat de waarde van het onderpand aanzienlijk lager is dan het bedrag van de inschrijving. De medewerking van notaris mr. [B] aan het vestigen van de hypothecaire inschrijving heeft ertoe geleid dat klaagster in haar belangen wordt geschaad, nu zij een opeisbare vordering heeft op de Roskam B.V., maar het object waarvoor de financiering is verstrekt inmiddels zwaar is overbelast. Hiermee heeft notaris mr. [B] niet, althans te weinig de belangen van klaagster behartigd.

c. Notarissen mrs. [A] en [B] hebben niet gereageerd op het namens klaagster op 4 februari 2009 verzonden e-mailbericht, waarin de notarissen op het voorgaande opmerkelijk werd gemaakt, aan hen werd gevraagd duidelijkheid te verschaffen over de rangorde van de hypotheek en aan hen werd verzocht kenbaar te maken welke de gang van zaken was bij de hypotheekverlening op 17 december 2008.

3.2 De notarissen hebben met betrekking tot de klachten het volgende aangevoerd. Wat betreft de onder a. vermelde klacht stellen de notarissen dat in de hypotheekakte van 17 december 2008 de voorbelasting van de onderpanden onjuist is weergegeven, omdat uit de akte niet blijkt dat een perceel niet anders was voorbelast dan met een hypotheek ten behoeve van het Fonds en het andere perceel niet anders was voorbelast dan met een hypotheek ten behoeve van het Fonds voor wat de blote eigendom van dat perceel betreft, en met een hypothecaire inschrijving ten behoeve van de ABN Amrobank voor wat het recht van erfpacht betreft. De notarissen stellen deze omissie

te betreuen en zeggen tot rectificatie te zullen overgaan (hetgeen inmiddels bij akte van 27 april 2009 is gebeurd).

Ten aanzien van de onder b. genoemde klacht merken de notarissen op dat zij ten tijde van de hypotheekverlening er niet mee bekend waren dat de geldlening opeisbaar was geworden. Voorts betogen zij dat klaagster bij het verstrekken van de geldlening geen hypothecaire zekerheid van de Roskam B.V. heeft bedongen, noch in de geldlening een zogenaamde positieve/negatieve hypotheekverklaring heeft laten opnemen en ook overigens geen zekerheden van de Roskam B.V. heeft bedongen. Verder voeren zij aan dat niet is gebleken dat de hypotheekvestiging ten behoeve van [X] en [Y] ten doel zou hebben gehad de positie van klaagster te benadelen. Het feit dat de met het hypotheekrecht belaste onderpanden zijn gefinancierd met een onderhandse geldlening van klaagster brengt, aldus de notarissen, niet zonder meer mee dat klaagster door de hypotheekvestiging rechtstreeks in haar belangen als schuldeiser is geschaad. Volgens de notarissen is de rechtspositie van klaagster als schuldeiser door de hypotheekvestiging niet veranderd, waaraan ook de hoogte van het inschrijvingsbedrag en de waarde van het onderpand niet kunnen afdoen.

Op de onder c. vermelde klacht reageren de notarissen met de mededeling dat zij niet in staat waren eerder op het e-mailbericht te reageren dan bij hun brief van 4 maart 2009 aan de Kamer.

4. De motivering van de beslissing

4.1 Volgens artikel 98 lid 1 Wet op het notarisambt zijn notarissen en kandidaat-notarissen aan tuchtrecht 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 behoeve zij optreden en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt. De Kamer dient dus te onderzoeken of de handelwijze van de notarissen een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

4.2 De Kamer overweegt met betrekking tot de klacht, weergegeven in punt 3.1 onder a. als volgt.

De notarissen hebben erkend dat in de hypotheekakte van 17 december 2008 onvoldoende duidelijk is weergegeven welke de voorbelasting is die op de percelen grond, waarop het hypotheekrecht is gevestigd, rust. Zo wordt onder andere niet vermeld dat de (blote eigendom van de) desbetreffende percelen ten laste van de Roskam B.V. zijn bezwaard met een eerste hypothecaire inschrijving ten behoeve van het Fonds. Aangezien klaagster zich als borg verbonden heeft voor de nakoming van de verplichtingen van de Roskam B.V. jegens het Fonds kunnen hierdoor klaagsters belangen worden geschaad.

De Kamer stelt vast dat, nadat de notarissen op deze onduidelijkheid zijn geweest, notaris mr. [B] met bekwame spoed en - naar de Kamer heeft begrepen - in overleg met de gemachtigde van klaagster een rectificatieakte heeft gepasseerd, waardoor de geconstateerde omissie is opgeheven. Door aldus te handelen, ontvalt aan de gemaakte fout de notariële tuchtrechtelijke verwijtbaarheid. Dit wil in het onderhavige geval zeggen: de notaris mag een fout maken; hij handelt pas klachtwaardig indien hij die fout niet voortvarend herstelt. De correctie was hier tijdig.

Voor zover klaagster bezwaar maakt tegen de inhoud van de akte van 1 september 2008 onderschrijft de Kamer de stelling van de notarissen, dat uit die akte niet anders

kan worden afgeleid dan dat deze weergeeft wat het Fonds en de Roskam B.V. zijn overeengekomen, namelijk de levering van de (blote eigendom van de) percelen grond en de belasting daarvan met het recht van hypotheek. Niet gebleken is dat klaagster door deze akte in haar belangen zou kunnen worden geschaad. Uit het voorgaande volgt dat deze klacht geen doel treft.

4.3 Voor de beoordeling van de klacht genoemd in punt 3.1 onder b. is van belang vast te stellen dat klaagster van aanvang af betrokken is geweest bij het dossier dat de notarissen in behandeling hadden inzake de koop en verkoop van de aandelen in de Roskam B.V. en bij de daarmee verband houdende financiële verwickelingen. Van de zijde van de notarissen wordt niet ontkend dat zij ermee bekend waren dat klaagster een onderhandse geldlening van ruim € 800.000,- had verstrekt aan de Roskam B.V. ter financiering van de aankoop van de (blote eigendom van de) percelen grond van het Fonds. Een en ander had naar het oordeel van de Kamer ertoe moeten leiden dat, toen [X] en [Y] zich tot notaris mr. [B] wendden teneinde voor zich in privé en ten laste van de Roskam B.V. een hypotheek te vestigen op de hiervoor bedoelde percelen, de notaris zich bij [X] en [Y] ervan had dienen te vergewissen dat klaagster met die beoogde hypotheekverlening bekend was. Klaagster was, zoals gezegd, geen willekeurige derde, maar een partij die volledig betrokken was bij het dossier. Notaris mr. [B] heeft, desgevraagd, wel verklaard dat hij bij gelegenheid van het passeren van de hypotheekakte op 17 december 2008 met [X] en [Y] heeft gesproken over de positie van klaagster, maar niet duidelijk is geworden wat hij toen aan de orde heeft gesteld. In elk geval heeft de notaris niet aangegeven dat hij zich vergewist heeft van het feit dat [X] en [Y] klaagster van de vestiging van de hypotheek op de hoogte hadden gesteld. Deze vraag had de notaris moeten stellen, omdat voor hem duidelijk moet zijn geweest dat de ten overstaan van hem te vestigen hypotheek ten nadele kon strekken van de verhaalbaarheid van klaagsters vordering op de Roskam B.V. De Kamer is van oordeel dat gezien de betrokkenheid van het kantoor van de notaris bij alle rechtshandelingen die aan de vestiging van de hypotheek voorafgingen, notaris mr. [B] zich de belangen van klaagster in die mate had moeten aantrekken dat hij vragen naar de bekendheid van klaagster met de hypotheekvestiging had moeten stellen.

De klacht is daarom ten aanzien van hem gegrond.

4.4 De Kamer overweegt dat de notarissen prudenter zouden hebben gehandeld, indien zij het e-mailbericht van de vertegenwoordiger van klaagster van 4 februari 2009 voortvarend hadden beantwoord. De Kamer acht de tijdsperiode tussen de datum van het e-mailbericht en de verzending van de klacht op 20 februari 2009 echter niet zodanig lang dat de overschrijding van die termijn leidt tot een klachtwaardig handelen door de notarissen. De in punt 3.1 onder c. vermelde klacht is dus ongegrond.

4.5 Uit het vorenstaande volgt dat de klacht in 3.1 onder c. ten aanzien van notaris mr. [B] gegrond is en dat de overige klachten ongegrond zijn. De Kamer acht de gegrond verklaarde klacht dusdanig ernstig dat zij daarvoor aan mr. [B] de tuchtrechtelijke maatregel van waarschuwing zal opleggen.

5. De beslissing

De Kamer van Toezicht

5.1 verklaart de klachten tegen notaris mr. [A] ongegrond,

5.2 verklaart de in punt 3.1 onder b. genoemde klacht tegen notaris mr. [B] gegrond, zoals hiervoor onder 4.3 is overwogen,

5.3 legt notaris mr. [B] daarvoor de maatregel van waarschuwing op,

5.4 verklaart de klachten tegen notaris mr. [B] voor het overige ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mr. M.L.J.C. van Emden-Geenen, voorzitter, mrs. H. Quispel, J.G.T.M. Castrop, B.J. Engberts en P.F. Heuff (plv), leden, en in tegenwoordigheid van mr. J.G.W. Oor, secretaris, uitgesproken in het openbaar op 24 juli 2009.

De secretaris

De voorzitter