

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 448400 / NT 10-4 Pee

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

Beslissing van 2 december 2010 in de klacht met nummers 448400 / NT 10-4 Pee van:

1. [naam B.V.],
gevestigd te [plaats],
2. [naam klager],
wonend te [plaats],
raadsman mr. J.A. Tuinman,
klagers;

tegen:

[naam notaris],
notaris te [plaats],
de notaris.

Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 8 januari 2010;
- verweerschrift met bijlagen van 9 februari 2010;
- repliek met bijlagen van 4 maart 2010;
- dupliek van 30 maart 2010.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 7 oktober 2010 waren [klagers], bijgestaan door zijn raadsman, en de notaris aanwezig. Beide partijen hebben het woord gevoerd. Ter zitting hebben klagers hun bij repliek ingediende zesde klachtonderdeel ingetrokken.

De uitspraak is bepaald op 2 december 2010.

1. De feiten

Uitgegaan wordt van de volgende feiten en omstandigheden.

- a. [Naam klager](hierna: klager sub 2) is indirect enig aandeelhouder en bestuurder van [naam B.V.] (klaagster sub 1), opgericht met als doel de aan- en verkoop van onroerend goed.
- b. Op 15 mei 2008 ontving de notaris een fax van [naam B.V.] (hierna: GPM), waarbij de heer [naam] (alias [naam]), bestuurder van GPM (hierna: [A]) de gegevens verzond

“van het bedrijf dat mee zal participeren in de winst en deel neemt aan het project [naam project]”. GPM had op 6 mei 2008 het pand aan de [straat en plaats] (hierna: het pand) in eigendom verkregen. GPM en klaagster sub 1 wilden samen, voor gelijke kosten en baten, dit pand renoveren, splitsen in appartementsrechten en weer verkopen. Op 14 mei 2008 hadden [A] en klager sub 2 een bespreking gevoerd over de ontwikkeling van het pand.

c. Op 16 mei 2008 is op het kantoor van de notaris een overeenkomst gesloten tussen GPM, vertegenwoordigd door [A], en klaagster sub 1, vertegenwoordigd door klager sub 2. Deze onderhandse akte werd in het bijzijn van een notarisklerk van de notaris, [naam notarisklerk] (hierna: [de notarisklerk]), getekend.

d. Op 23 mei 2008 heeft klaagster sub 1 een bedrag van € 122.500, - aan GPM voldaan, zijnde de helft van de aankoopkosten.

e. De verkoop en levering van de begane grond van het pand en de eerste en tweede etage van het pand hebben plaatsgevonden in april/mei 2009.

f. Op 3 april 2009 werd door [namen B.V.'s] conservatoir beslag gelegd op (de appartementsrechten van) het pand ten laste van GPM.

g. Op 17 april 2009 is de koopovereenkomst getekend voor de derde verdieping van het pand; de levering zou plaatsvinden op uiterlijk 5 juni 2009.

h. Op 27 juli 2009 schreef de raadsman van klagers in een fax aan de notaris het volgende, voor zover hier van belang: “Voor wat betreft [het pand] wordt [klager sub 2], graag door u geïnformeerd over het tijdstip waarop de levering van dit pand aan Hes gaat plaatsvinden, alsmede over de verdeling van de koopsom. Op grond van de overeenkomst opgesteld door [de notarisklerk] (...) is [klaagster sub 1], waarvan [klager sub 2] enig bestuurder is, namelijk gerechtigd op de helft van de koopsom. [Klaagster sub 1] gaat er dan ook vanuit dat u de koopsom op uw kwaliteitsrekening in bewaring houdt, zolang partijen over verdeling van de koopsom geen overeenstemming bereikt hebben.”

i. Daarop heeft de raadsman van klagers op 29 juli 2009 beslag laten leggen op onder meer de derde verdieping van het pand ten laste van GPM en is vervolgens executoriaal beslag gelegd op 31 juli 2009.

j. Op 6 augustus 2009 zond de notaris het volgende e-mailbericht aan de raadsman van klaagster sub 1, voor zover hier van belang: “Zoals toegezegd hierbij de mededeling dat op 11 augustus a.s. de levering van bovengenoemde registergoederen ([namen registergoederen], kvt) op mijn kantoor zal plaatsvinden. Ik verzoek u direct opdracht te geven tot doorhaling van zowel het conservatoire beslag van 29 juli 2009, alsmede het executoriale beslag van 31 juli 2009, aangezien beide beslagen zijn gelegd na inschrijving (vormerkung) van de respectieve koopakten. Tevens had ik graag met u vandaag de nota's van afrekening van verkoper besproken om u inzage te verstrekken in de financiële positie van [A] ten aanzien van deze transacties, zodat u een beslissing kunt nemen aangaande de door u aangekondigde beslaglegging op mijn kwaliteitsrekening.”

k. Op voornoemd e-mailbericht van de notaris antwoordde de raadsman op 6 augustus 2009, voor zover hier van belang: “Graag ontvang ik van u een (financieel) overzicht voor beide transacties. Het liefst vergezeld van de nota's van afrekening en andere relevante stukken. Tevens verzoek ik u mij te informeren over de leveringen/transacties. Wie levert aan wie? (...) Beslagen kunnen dan ook pas worden doorgehaald nadat [klaagster sub 1] de gelegenheid heeft gehad de hierboven verlangde informatie zelf te bestuderen. Het niet verstrekken of te laat verstrekken van informatie, kan er toe leiden dat beslagen niet of te laat worden opgeheven door [klaagster sub 1]. (...) Afgezien van de hierboven bedoelde verplichting tot informatieverschaffing, is relevant dat

[A] c.s. er rekening mee houden, dat de heersende opvatting in literatuur is dat Vormerkungen alleen kleven als de koopsom mee wordt ingeschreven (of ten minste een volledig uittreksel vd koop). Ik meen me te herinneren dat de Vormerkungen in kwestie (of ten minste !) in dat opzicht een gebrek vertonen en dus genegeerd kunnen worden door [klaagster sub 1] als beslaglegger.”

l. Vervolgens heeft klaagster sub 1 de deurwaarder opdracht gegeven de beslagen door te laten halen en heeft de notaris de raadsman van klaagster sub 1 op 11 augustus 2009 uitgenodigd om te nota van afrekening in te zien, teneinde klaagster sub 1 in de gelegenheid te stellen te beslissen of zij derdenbeslag wilde leggen op de kwaliteitsrekening (voor het vrije aandeel in de koopsom).

m. Op 11 augustus 2009 is de akte van levering van de derde verdieping van het pand verleden.

n. Op 11 augustus 2009 heeft klaagster sub 1 conservatoir derdenbeslag gelegd op de kwaliteitsrekening van de notaris, voor haar aandeel in hetgeen de notaris onder zich zou krijgen voor GPM, met de bepaling dat het beslag niet gold voor het aandeel dat bestemd was voor aflossing van de hypothecaire schuld.

o. Op 13 augustus 2009 heeft de notaris per faxbericht aan de raadsman van klaagster sub 1 laten weten dat zij zich op het standpunt stelde dat zij ingevolge het Baarns-beslag-arrest verplicht was maatregelen te treffen, zodat de derde verdieping van het pand vrij van hypotheek en beslagen kon worden geleverd.

p. Op 15 september 2009 is GPM failliet verklaard.

2. De klacht

2.1 Klagers verwijten de notaris dat zij niet heeft gehandeld zoals van een zorgvuldig en professioneel handelend notaris mag worden verwacht bij het adviseren over de inhoud van de onderhandse akte van 16 mei 2008. De advisering over de door klaagster sub 1 en GPM voorgestane transactie was naar de mening van klagers partijdig en inadequaat.

Beroepshalve had de notaris voorafgaand aan de ondertekening van de onderhandse akte moeten informeren bij klagers of de risico's, verbonden aan de voorgestelde rechtshandeling, voor klaagster sub 1 voldoende duidelijk waren. De notaris had klagers met name moeten wijzen op de risico's die samenhangen met de keuze dat GPM als enige de juridische eigendom van het pand zou houden en klaagster sub 1 geen enkele zekerheid zou verkrijgen voor de aanzienlijke investeringen in het pand.

Uit de feitelijke gang van zaken blijkt naar de mening van klagers, dat de notaris alleen oog heeft gehad voor de belangen van GPM c.q. [A].

2.2 Verder verwijten klagers de notaris dat zij de onderhandse akte onzorgvuldig heeft geredigeerd. De onderhandse akte van 16 mei 2008 laat vrijwel alle elementaire onderwerpen, die onherroepelijk verband houden met de door partijen voorgestane rechtshandeling, volledig buiten beschouwing en/of scheidt daar geen duidelijkheid over.

Klagers menen dat de wijze waarop de onderhandse akte is geredigeerd, niet getuigt van een van een notaris verlangde professionaliteit.

2.3 Ook heeft de notaris partijdig gehandeld, in strijd met artikel 17 lid 1 van de Wet op het notarisambt (hierna: Wna), door niet aan klagers dezelfde informatie toe te sturen als aan GPM, en zelfs aan klaagster sub 1 opgevraagde informatie te weigeren, bij de uitponding van het pand.

2.4 Eveneens heeft de notaris onzorgvuldig gehandeld bij de verkoop van de derde verdieping van het pand . Indien de notaris bij het opstellen van de koopovereenkomst voor de derde verdieping van het pand (vóór of op 17 april 2009) kadastrale recherche zou hebben uitgevoerd, dan was het de notaris opgevallen dat er ten tijde van de verkoop daarvan op de derde verdieping van het pand beslag was gelegd door schuldeisers van GPM. Met de gevolgen van de beslaglegging heeft de notaris geen rekening gehouden bij het opstellen van de koopovereenkomst. Die onzorgvuldigheid heeft geleid tot een verlate levering op

11 augustus 2009. De daardoor verschuldigde boete (3% van de koopprijs per dag vanaf

5 juni 2009) heeft de verkoopopbrengst van de derde verdieping van het pand nadelig beïnvloed. Door de koopovereenkomst van de derde verdieping alleen met GPM te bespreken heeft de notaris bovendien partijdig gehandeld.

De notaris heeft tevens partijdig gehandeld door, hoewel zij bekend was met de risicovolle positie van klaagster sub 1, klaagster sub 1 niet te waarschuwen voor het gevolg van de inschrijving van de koop van de derde verdieping van het pand (Vormerkung). Overigens menen klagers dat deze Vormerkung niet conform de wettelijke vereisten is gevestigd, omdat een onvolledig uittreksel van de koopovereenkomst (waarin niet alle essentialia van de koop zijn vermeld) is ingeschreven in het kadaster.

2.5 Ook heeft de notaris onzorgvuldig en partijdig gehandeld door buiten klagers om met GPM en andere schuldeisers van GPM afspraken te maken over de verdeling van de koopsom van de derde verdieping van het pand (voor het deel dat niet bestemd was voor hypothecaire aflossing). Als gevolg daarvan heeft klaagster sub 1 de aankoopkosten ter grootte van

€ 122.500, - niet teruggekregen.

Klagers stellen dat tijdens de bespreking op het kantoor van de notaris op 11 augustus 2009, de notaris heeft bevestigd dat zij die afspraken had gemaakt.

Het fundamentele beginsel van de 'paritas creditorum' brengt mee dat de notaris had behoren te onderkennen dat de (contractuele) verhouding tussen klaagster sub 1 en GPM en/of de positie van klaagster sub 1 als schuldeiser en beslaglegger van GPM ertoe noopte klaagster sub 1 bij het maken van deze afspraken te betrekken.

De notaris heeft de schuldeisers die vóór de (gebrekkige) Vormerkung beslag hadden gelegd bevoordeeld door deze schuldeisers een positie te verschaffen waardoor zij bij voorrang uit het vrije aandeel van de koopsom konden worden voldaan. Op die manier heeft de notaris de verkoopopbrengst op onrechtmatige wijze aan het verhaal van klaagster sub 1 onttrokken en daarmee de enige nog openstaande verhaalsweg voor klaagster sub 1 op de verkoopopbrengst van de derde verdieping van het pand (namelijk: derdenbeslag op de koopsom) afgesneden.

Bij gebreke van voorafgaande instemming van klaagster sub 1 paste het volgens klagers de notaris niet om haar verdere medewerking te verlenen aan het project. Er is volgens klagers dan ook geen sprake van rechtvaardiging voor haar handelswijze te vinden in het Baarns-beslag-arrest en evenmin in artikel 7:26 lid 3 BW.

3. Het verweer

3.1 De notaris is van mening dat zij in deze zaak zorgvuldig heeft gehandeld. De door GPM en klaagster sub 1 op 16 mei 2008 getekende overeenkomst was een vastlegging van de afspraken tussen partijen, en is tot stand gekomen na uitdrukkelijke voorlichting van, en bespreking met partijen door [de notarisklerk], een notarisklerk met 18 jaar ervaring. De formulering van de tekst in de overeenkomst werd grotendeels door klaagster

sub 1 en GPM opgesteld. [De notarisklerk] heeft partijen gewezen op de mogelijkheden van een economische eigendomsoverdracht, registratie van deze overeenkomst bij de belastingdienst en eventueel een zekerheidsstelling op het registergoed.

3.2 Het is naar de mening van de notaris niet haar taak om voordat een koopovereenkomst gesloten is onderzoek te doen naar aflossingen van hypotheke en beslagen. Op de notaris rust wel een informatieplicht ten aanzien van het resultaat van de kadastrale en hypothecaire recherche.

De geplande levering op 5 juni 2009 kon geen doorgang vinden omdat door een aan klaagster sub 1 gelieerde vennootschap retentierecht werd uitgeoefend. Nadat het retentierecht bij vonnis was opgeheven werd door klaagster sub 1 conservatoir beslag gelegd en vervolgens executoriaal beslag.

Het feit dat de notaris dient te zorgen voor de levering van een registergoed vrij van hypotheke en beslagen, betekent dat met hypotheekhouder en beslagleggers afspraken gemaakt dienen te worden. Dat heeft de notaris gedaan.

In tegenstelling tot klagers meent de notaris dat de koopovereenkomst wel rechtsgeldig is ingeschreven. Naar haar mening wordt zij daarin bevestigd in een advies van 25 augustus 2009 (bijlage bij het verweerschrift) dat zij van de KNB heeft gekregen.

3.3 Klagers gaan volgens de notaris ook voorbij aan het feit dat GPM enig juridisch eigenaar was en dus de levering aan derden conform de koopovereenkomst gestand moest doen. Er was conform de bedoeling van partijen geen sprake van een volwaardige economische eigendomsoverdracht. [De notarisklerk] had wel op die mogelijkheid gewezen, evenals de mogelijkheid tot levering van de onverdeelde helft van de juridische eigendom aan klaagster sub 1.

4. De beoordeling

4.1 Ingevolge artikel 98, eerste lid, Wna 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 behoeve 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 Ten aanzien van de klachtonderdelen hiervoor vermeld onder 2.1 en 2.2 merkt de kamer het volgende op. Een aan de notarisklerk verwijtbare gedraging wordt de notaris tuchtrechtelijk toegerekend.

De notaris heeft ter zitting verklaard dat [de notarisklerk] drie kwartier met partijen heeft gesproken. Van dit gesprek zijn naar zeggen van de notaris aantekeningen gemaakt. De notaris heeft deze aantekeningen zelf niet gezien. Nu zij geen kopie van die aantekeningen heeft overgelegd, kan de kamer niet vaststellen dat [de notarisklerk] partijen heeft gewezen op de risico's en hen heeft voorgelicht over alternatieven voor hun overeenkomst. Maar zelfs indien zij dat wel zou hebben gedaan, had het nog op haar weg (en dus op de weg van de notaris) gelegen om partijen een schriftelijke bevestiging te sturen van de door haar geconstateerde problematiek. Aangezien de overeenkomst in fiscale zin alle kenmerken heeft van een economische eigendomsoverdracht was het immers ook niet uitgesloten dat de keuze van partijen voor de tussen hen gesloten

overeenkomst toch zou leiden tot (door hen juist niet gewenste) fiscale gevolgen (heffing van overdrachtsbelasting en de daarmee samenhangende aangifte- en meldingsplicht). De kamer is daarom van oordeel dat deze klachtonderdelen gegrond zijn. De notaris heeft derhalve tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld.4.3 De kamer is van oordeel dat de notaris aan klagers dezelfde informatie had dienen te zenden als aan GPM. De notaris heeft niet goed kunnen verklaren waarom zij na de verkoop van de begane grond en eerste verdieping wel de nota's van afrekening aan klaagster sub 1 heeft gezonden, maar dat bij de verkoop van de derde verdieping van het pand niet heeft gedaan. De notaris heeft bij de mondelinge behandeling aangevoerd dat zij na het tussen partijen gerezen geschil (en de door klagers gelegde beslagen) 'prudent' was geworden en dat de juridische eigenaar, GPM, niet wilde dat zij informatie aan klagers zou verstrekken. De kamer is van oordeel dat de notaris zich ten onrechte door GPM heeft laten sturen. Zij was bekend met de belangen van klagers, die zij in een eerder stadium ook had gerespecteerd. De onenigheid tussen partijen brengt echter geen wijziging in de wederzijdse belangen. Ook een procedure bij de voorzieningenrechter in het kader van de door klagers gelegde beslagen staat aan het geven van informatie niet in de weg. Daar komt nog bij dat de notaris in een situatie terecht was gekomen, waar zij zelf, althans haar klerk, aan had meegewerkt door het opstellen van de overeenkomst. Voor zover het gaat om het nalaten van het geven van informatie wordt het klachtonderdeel vermeld onder 2.3 gegrond verklaard.

4.4 Dat de notaris de belangen van klagers minder goed in het oog heeft gehouden dan die van GPM, door het niet verschaffen van informatie bij de verkoop van de derde verdieping van het pand, wil naar het oordeel van de kamer echter nog niet zeggen dat zij partijdig is geweest. Uit het feit dat zij heeft aangevoerd 'prudent' te willen zijn blijkt dat de notaris niet de bedoeling had om een van partijen, in dit geval GPM, te bevoordelen.

4.5 Over de vraag of de 'Vormerkung' conform de wettelijke vereisten is gevestigd door de inschrijving van een uittreksel van de koopovereenkomst zonder vermelding van de koopprijs, merkt de kamer het volgende op. Aangezien de standpunten in de rechtspraak en in de wetenschap hierover (nog) verdeeld zijn, is de kamer niet van oordeel dat deze wijze van inschrijving dient te worden aangemerkt als een beroepsfout, die haar kan worden aangerekend. Het klachtonderdeel vermeld onder 2.4 wordt daarom ongegrond verklaard.

4.6 De notaris heeft ter zitting aangevoerd dat zij geen afspraken heeft gemaakt over de verdeling van de koopsom van de derde verdieping van het pand, zoals door klagers wordt gesteld. Wel is er volgens haar tussen de beslagleggers daarover overleg geweest, aangezien alle beslagleggers bekend waren met de andere gelegde beslagen. Nu door klagers niet aannemelijk is gemaakt dat de notaris daarbij betrokken is geweest, wordt het klachtonderdeel vermeld onder 2.5 ongegrond verklaard.

4.7 Nu de kamer de eerste drie klachtonderdelen gegrond heeft verklaard in hiervoor onder 4.2 en 4.3 genoemde zin, dient zij te bepalen of de notaris daarvoor een maatregel wordt opgelegd. De kamer is van oordeel dat de notaris zodanig onzorgvuldig heeft gehandeld, dat zij een waarschuwing op zijn plaats acht.

4.8 Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht kan als in het voorgaande reeds behandeld dan wel als niet ter zake dienend, buiten beschouwing blijven.

4.9 Beslist wordt als volgt.

Beslissing

De kamer van toezicht:

- verklaart de klachtonderdelen onder 2.1, 2.2 en 2.3 vermeld gegrond in de zin vermeld onder 4.2 en 4.3;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
- bepaalt dat aan de notaris de maatregel van waarschuwing wordt opgelegd.

Deze beslissing is gegeven door mrs. J.A.J. Peeters, voorzitter, E.R.S.M. Marres, M. Bijkerk, R.H. Meppelink en A.J.H.M. Janssen, leden, in tegenwoordigheid van mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 2 december 2010.

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.