

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 07.831/2009/914

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDIDAAT-NOTARISSEN

TE ARNHEM

Kenmerk: 07.831/2009/914

Beslissing van de Kamer van Toezicht te Arnhem

in de zaak van

[...]
en
[...],
wonende te [...], [...],
klagers,
gemachtigde: mr. drs. [...],

tegen

[...],
notaris te [...],
gemachtigde: mr. [...].

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de brief van 13 maart 2009 met bijlagen van klagers, waarin de klachten zijn neergelegd
- de brief van 19 mei 2009 van de notaris
- de brief van 5 juni 2009 van klagers
- de brief van 18 juni 2009 van de notaris
- de brief van 22 juni 2009 van de notaris
- de brief van 3 juli 2009 met bijlagen van klagers

- de brief van 31 augustus 2009 van de notaris
- de mondelinge behandeling van de klachten op 4 december 2009.

2. De feiten

2.1 Voor de beoordeling van de hierna te noemen klachten zijn de volgende feiten van belang.

2.2 Klagers hebben bij schriftelijke overeenkomst op 29 oktober 2008 hun woonhuis aan de [R] te [...] verkocht aan [A] dan wel aan diens besloten vennootschappen [...] respectievelijk [...]. (hierna verder te noemen: [A]) voor een koopprijs van € 366.500,-. In de overeenkomst is bepaald dat de akte van levering door de notaris zal worden gepasseerd.

2.3 Op 18 november 2008 heeft [A] aan [G], de makelaar van klagers, bericht dat hij de financiering van de koopprijs niet rond kon krijgen. Daarop hebben op 20 november 2008 klager, [G] en [A] met elkaar gesproken en heeft [A] meegedeeld dat zijn bank hem alleen een hypothecaire lening wilde verstrekken indien hijzelf een bedrag van € 40.000,- zou fourneren.

2.4 Omdat [A] niet over dit bedrag beschikte, heeft klager aangeboden hem dit bedrag te lenen onder de voorwaarde dat [A] voldoende zekerheid zou stellen voor de terugbetaling van het bedrag.

2.5 Op 27 november 2008 hebben klager, [G] en [A] met de notaris op diens kantoor gesproken over het financieringsprobleem van [A] en over een oplossing daarvoor. Bij die gelegenheid heeft klager, mede namens klaagster, zich opnieuw bereid verklaard een gedeelte van de koopsom ad € 40.000,- om te zetten in een lening met als voorwaarde dat klagers dit bedrag te allen tijde zouden terugontvangen.

2.6 In dit gesprek is vervolgens het voorstel gedaan ten behoeve van klagers een recht van hypotheek te vestigen op een of meer van de onroerende zaken van [A], te weten een woonhuis aan de [B] te [...] en een appartement aan de [S] te [...].

2.7 Nadat klager hiermee had ingestemd, heeft de notaris een aanvullende koopovereenkomst opgesteld, die door klager, mede namens klaagster, en [A] is ondertekend. In die overeenkomst wordt onder andere het volgende vermeld:

" dat verkopers aan kopers hebben verkocht bij onderhandse koopovereenkomst gedateerd 29 oktober 2008: het woonhuis (...) staande en gelegen te Nijmegen aan de [R] (...).

Dat in die akte is overeengekomen de overdracht op 15 januari 2009 te laten plaats vinden (...)

verklaren te zijn overeengekomen als volgt:

- a. de leveringsdatum te wijzigen in 2 februari 2009 (...)*
- b. indien mocht blijken dat koopster niet in staat is een bedrag van € 40.000,00 van de koopsom meteen te voldoen zijn verkopers bereid dit deel van de koopsom om te zetten in een geldlening tegen hypothecaire zekerheidsstelling van ten hoogste €*

70.000,00 met als onderpand de privéwoning van de ondergetekende [A] aan de [B] te [...] dan wel één appartement aan de [S] te [...], dan wel beide."

2.8 Bij die gelegenheid is niet ter sprake gekomen dat op het pand [B] te Nijmegen een eerste recht van hypotheek rustte tot een bedrag van € 591.000,- ten gunste van de [X bank], een tweede recht van hypotheek tot een bedrag van € 1.150.000,- ten gunste van de [Y bank] en een derde recht van hypotheek tot een bedrag van € 1.250.000,- ten gunste van de [Y bank] en op het appartement aan de [S] te [...] een recht van hypotheek tot een bedrag in hoofdsom van € 1.450.000,- ten gunste van de [Y bank] en dat die hypothecaire inschrijvingen de onderhandse verkoopwaarden van ca. € 700.000,- voor het pand [B] en ca. € 345.000,- voor het appartement [S] aanzienlijk overtroffen.

2.9 Medio januari 2009 heeft klager het kantoor van de notaris verzocht na te gaan welke waarden de panden van [A] hadden, waarop de zekerheidstelling zag. Naar aanleiding van dat onderzoek heeft de notaris aan [G] doen mededelen dat die panden, gelet op de daarop rustende hypothecaire inschrijvingen onvoldoende zekerheid boden voor klagers.

2.10 [G] heeft daarop van de notaris verlangd dat [A] alsnog zekerheid zou verstrekken tot terugbetaling van het aan hem te lenen bedrag van € 40.000,- met rente en kosten.

2.11 Op 28 januari 2009 heeft op het kantoor van de notaris een gesprek plaatsgevonden tussen de notaris, [G] en een medewerker van de notaris over de financiële onmacht van [A].

2.12 Op 30 januari 2009 hebben klagers van de notaris de concept-leveringsakte en de concept-hypotheekakte ontvangen.

2.13 De notaris heeft daarnaast klagers doen berichten dat de hypothecaire inschrijvingen op het pand aan de [S] te [...] verband hielden met de aankoop van dit pand en de verbouwing daarvan tot appartementen en dat bij de verkoop van de appartementen de daarmee verbonden leningen waren afgelost, zodat de uitstaande lening van [Y bank] op het (nog niet verkochte) appartement [S] te [...] nog slechts € 250.000,- bedroeg. Voorts heeft de notaris meegedeeld dat in verband met die aflossingen de [Y bank] aan hem een volmacht tot roeyement van de daarmee verband houdende hypotheek heeft verstrekt, maar dat van die volmacht nog geen gebruik is gemaakt, omdat sprake is van een parapluhypotheek en de hypothecaire inschrijving daarom ook voor andere volgende projecten zou kunnen worden gebruikt.

2.14 Op 2 februari 2009 heeft een medewerker van het kantoor van de notaris een e-mailbericht verzonden aan [M], als vertegenwoordiger van de [Y Bank], met daarin het verzoek te verklaren dat ten aanzien van het appartement aan de [S] te [...], waarop ten behoeve van de [Y Bank] een recht van hypotheek is gevestigd voor een bedrag in hoofdsom van € 1.450.000,-, nog slechts een schuld rust van € 250.000,- en dat het recht van hypotheek alleen nog van toepassing is en kan zijn voor dat laatste bedrag.

2.15 Op diezelfde dag heeft [M] het volgende e-mailbericht aan het notariskantoor teruggezonden:

"Zoals besproken lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat de financiering op de [S] te [...], thans pro reste groot € 250.000,- zal worden uitgebreid. Het is onmogelijk op een dergelijk korte termijn om over een formele beperking te beslissen. Onze inschrijving blijft derhalve van volle kracht en waarde."

2.16 In verband met het passeren van de leveringsakte van het pand aan de [R] te [...] zijn klagers op 2 februari 2009 verschenen op het kantoor van de notaris. Bij die gelegenheid heeft de notaris klagers een volmacht overhandigd tot verlaging van de hypotheaire inschrijving op het appartement aan de [S] te [...] van € 1.450.000,- tot € 300.000,- in hoofdsom.

2.17 Klagers hebben hierop aan de notaris en [A] te kennen gegeven dat zij niet wensten mee te werken aan de notariële eigendomsoverdracht van het pand [R] te [...], omdat in strijd met de gemaakte afspraken [A] geen voldoende zekerheid kon of wilde stellen.

2.18 Bij brief van 2 februari 2009 hebben klagers [A] in gebreke laten stellen en gesommeerd binnen acht dagen de koopsom van € 366.500,- op de rekening van de notaris over te maken, zodat de eigendomsoverdracht alsnog plaats zou kunnen vinden. Aan die sommatie is niet voldaan.

2.19 Op 25 mei 2009 is ten overstaan van de notaris alsnog het woonhuis aan de [R] te [...] door klagers aan [A] geleverd.

2.20 Daaraan voorafgaande is op 19 mei 2009 klager op het kantoor van de notaris geweest om de concept-leveringsakte op te halen. Bij die gelegenheid heeft op initiatief van de notaris een gesprek plaatsgevonden tussen de notaris en klager over de door klager bij de Kamer ingediende klachten tegen de notaris.

3. De klachten en het verweer

3.1 Klagers formuleren een aantal klachten tegen de notaris, die als volgt kunnen worden samengevat.

a. De notaris heeft zijn informatieplicht jegens klagers geschonden en niet voldaan aan zijn onderzoeksplicht. De notaris heeft namelijk in strijd met de waarheid klagers meegedeeld dat zij door de ondertekening op 27 november 2008 van de aanvullende koopovereenkomst voldoende zekerheid zouden krijgen voor de terugbetaling van het bedrag van € 40.000,- dat zij aan [A] zouden lenen. Wanneer de notaris tijdig de hypotheaire inschrijvingen op de onroerende zaken van [A] had nagetrokken, was hem gebleken dat die onroerende zaken klagers geen financiële zekerheid boden.

b. De notaris heeft onbehoorlijk gehandeld door, nadat hem van de financiële onmacht van [A] was gebleken, in het gesprek met [G] op 28 januari 2009 het voorstel te doen, dat klagers eigenaar zouden blijven van hun woning aan de [R] en [A] de woning zou opknappen waarna deze, gesplitst in appartementen, door klagers kon worden verkocht.

c. De notaris heeft gehandeld in strijd met artikel 43 lid 1 Wet op het notarisambt door klagers niet tijdig de gelegenheid te geven om kennis te nemen van een notariële akte. Niet eerder dan op vrijdag 30 januari 2009, dat wil zeggen één werkdag voor de eigendomsoverdracht op maandag 2 februari 2009, hebben klagers de concept-leveringsakte en -hypotheekakte van de notaris ontvangen.

d. De notaris heeft klagers een concept-hypotheekakte toegezonden waaruit geen enkele zekerheid was af te leiden dat klagers het aan [A] te lenen geld zouden terugontvangen. In die akte stond weliswaar dat de schuld aan de hypotheekgever op dat moment € 250.000,- was, maar de hypothecaire inschrijving op het appartement bedroeg toen evenwel € 1.450.000,-.

e. De notaris heeft op 2 februari 2009 bij gelegenheid van de beoogde eigendomsoverdracht en vestiging van het hypotheekrecht zich op het standpunt gesteld dat klagers gerust aan het passeren van de akten konden meewerken en heeft klagers daartoe zelfs onder druk gezet, terwijl hij wist dat er voor klagers onvoldoende zekerheid bestond voor de terugbetaling van de lening door [A].

f. De notaris heeft onbehoorlijk gehandeld door klager, toen deze op 19 mei 2009 het kantoor van de notaris bezocht, uit te horen over de tuchtklacht. Zo wilde de notaris weten of klager verzekerd was tegen rechtsbijstand en deelde de notaris klager mee dat hij zich tegen alle denkbare risico's volledig verzekerd had en allerlei procedures, indien nodig, rustig twee of drie jaar kon volhouden. Ook liet de notaris klager weten dat hij door het geschil met klager klandizie verloor, er over hem geroddeld werd en dat de advocaat van klager alleen maar profiteerde van klagers ellende.

3.2 Het verweer van de notaris komt kort gezegd op het volgende neer.

Ad a. Bij gelegenheid van de bespreking en de ondertekening van de aanvullende koopovereenkomst op 27 november 2008 heeft de notaris steeds benadrukt dat het niet zijn taak is om te adviseren over de waarde van de onderpanden. Dat is een taak van de makelaar van klagers. De notaris kan de waarde ook niet beoordelen. Alle betrokken partijen bij de aanvullende koopovereenkomst hebben het concept kritisch doorgelezen en na het aanbrengen van enkele wijzigingen goedgekeurd. Overigens wist de notaris dat in de panden van [A] overwaarde aanwezig was.

Ad b. Het alternatief voor de afgewezen zekerheidstelling was dat klagers voorsnog eigenaar zouden blijven van hun woning. Hiervoor voelden klagers niet. Het was geen voorstel van de notaris om klagers hun woning te laten ontwikkelen.

Ad c. Op 14 januari 2009 heeft kandidaat-notaris mr. [V] namens de notaris per e-mail de concepten van de leveringsakte en hypotheekakte aan [G] verzonden. In ieder geval hebben mr. [V] en [G] de concepten op het kantoor van de notaris besproken, zodat [G] van de inhoud daarvan op de hoogte was.

Ad d. De waarde van het appartement [S] te [...] was circa € 345.000,-. De schuld op het appartement bedroeg nog € 250.000,-. Er was dus ruim voldoende overwaarde om door middel van het vestigen van een hypotheek klagers zekerheid te verschaffen voor de aan [A] te verstrekken lening van € 40.000,-.

Ad e. Het was aan klagers en hun makelaar bekend voor welk bedrag het appartement [S] te [...] te koop werd aangeboden. De onderliggende schuldverhouding tussen [A] en de [Y bank] gaf aan dat er geen andere schuld meer was dan het bedrag van € 250.000,-. Een vertegenwoordiger van de bank heeft ook verklaard dat dit bedrag niet verhoogd zou worden. De notaris beschikte verder over een royementsvolmacht van de bank. Die omstandigheden brengen mee dat niet kan worden gezegd dat klagers met een hypotheek op het appartement onvoldoende zekerheid kregen. Van het onder druk zetten van klagers is geen sprake geweest.

Ad f. De notaris heeft met klagers gesproken over de vraag of de tuchtrechtelijke klachten nu werkelijk nodig waren. Klager heeft toen geantwoord eerst de leveringsakte te willen passeren en bereid te zijn nadien nog eens over de kwestie van gedachten te wisselen. Dat is wat er op 19 mei 2009 heeft plaatsgevonden.

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 notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

4.2 De Kamer overweegt wat betreft de hiervoor onder 3.1 sub a. vermelde klacht het volgende.

De notaris droeg op 27 november 2008 kennis van het feit dat [A] niet in staat was de gehele koopprijs van de woning van klagers te voldoen. In overleg met partijen heeft de notaris vervolgens een aanvullende koopovereenkomst opgesteld, waarin klagers zich bereid verklaarden een bedrag van € 40.000,- van de koopsom om te zetten in een lening tegen een hypothecaire zekerheidstelling van € 70.000,- met als onderpand de privéwoning van [A] aan de [B] te [...] en/of het aan [A] toebehorende appartement aan de [S] te [...]. De notaris heeft voorafgaande aan het opstellen van die aanvullende overeenkomst niet gecontroleerd of er voldoende overwaarde in die panden aanwezig was, gelet op de waarde van de panden en de daarop rustende hypotheek. Naar zeggen van de notaris was dat niet nodig, omdat hij de bedragen in zijn hoofd had en wist dat er overwaarde was.

Een notaris dient met de grootst mogelijke zorgvuldigheid de belangen te behartigen van de partijen die zijn tussenkomst inroepen. De notaris heeft zich niet van deze taak gekweten doordat hij klager heeft geadviseerd om (mede namens klaagster) de aanvullende koopovereenkomst te ondertekenen zonder zich op basis van deugdelijke en geverifieerde feiten ervan te vergewissen dat klagers daarmee kregen wat zij wensten, namelijk financiële zekerheid voor de terugbetaling van hun lening. Evenmin heeft de notaris klager geïnformeerd dat een formele verificatie niet had plaatsgevonden. Daar komt bij dat, indien kan worden aangenomen dat de notaris uit eigen wetenschap wist dat op de panden hypothecaire inschrijvingen rustten van (in totaal) € 2.991.000,- respectievelijk van € 1.450.000,-, hij had moeten begrijpen dat de door klagers verlangde zekerheid met de aanvullende overeenkomst op dat moment niet kon worden bereikt. De inschrijvingen overtroffen immers de waarden van de panden aanzienlijk, waarbij komt dat de notaris op 27 november 2008 niet kon weten welke schulden, naast de bestaande, nog onder de (paraplu)hypotheek zouden (kunnen) worden gebracht. Deze klacht is dus gegrond.

4.3 Voor zover al kan worden aangenomen dat de notaris heeft gesuggereerd dat klagers hun woning zelf zouden kunnen ontwikkelen, is niet gebleken of aannemelijk geworden dat de notaris dit voorstel als een serieuze optie heeft bedoeld. De onder 3.1 sub b. genoemde klacht is daarom ongegrond.

4.4 Daar waar niet gesteld of gebleken is dat met klagers was afgesproken dat de concepten van de leveringsakte en hypotheekakte alleen naar [G] konden worden verzonden, had het op de weg van de notaris gelegen die concepten (ook) aan klagers

toe te zenden en wel zodanig tijdig vóór de passeerdatum, dat klagers voldoende gelegenheid hadden om van de inhoud van de akten kennis te nemen, zoals in artikel 43 lid 1 van de Wet op het notarisambt is bedoeld. Door de notaris wordt niet betwist dat de toezending op een dusdanig moment heeft plaatsgevonden dat klagers de concepten op vrijdag 30 januari 2009 hebben ontvangen, terwijl de passeerdatum op maandag 2 februari 2009 was vastgesteld. De Kamer acht die toezending niet tijdig, te meer nu de concepten, in de visie van de notaris, reeds medio januari 2009 gereed waren, immers toen al waren toegezonden aan [G]. Het feit dat klagers in Duitsland wonen en het postverkeer met dat land moeilijk verloopt, kan voor de notaris niet als excuus gelden dat de concepten niet tijdig door klagers werden ontvangen. De notaris had namelijk (telefonisch) contact met klagers kunnen opnemen hoe de bezorging bijtijds kon plaatsvinden.

Ook de klacht onder 3.1 sub c. is gegrond.

4.5 De Kamer zal de onder 3.1 sub d. en e. geformuleerde klachten, gelet op hun onderlinge samenhang, gezamenlijk behandelen.

De notaris heeft een hypotheekakte opgesteld, waarin [A] ten behoeve van klagers een hypotheek vestigt op het appartement aan de [S] te [...] voor een te verstrekken lening van € 40.000,- in hoofdsom en € 30.000,- aan rente, boete en kosten, dus voor in totaal € 70.000,-. Op het appartement, waarvan de waarde ca. € 345.000,- bedroeg, rustte op dat moment een hypothecaire inschrijving van € 1.450.000,- ten gunste van [...] bank, zoals de notaris ook in de hypotheekakte heeft aangegeven. Alleen al de hoogte van deze inschrijving betekent, dat aan klagers onvoldoende zekerheid toekwam dat zij hun lening c.a. zouden terugontvangen. Dat geldt ook wanneer zou worden uitgegaan van een verlaging van de inschrijving tot € 300.000,- in hoofdsom, waartoe de notaris een volmacht had. Indien dit bedrag wordt afgezet tegen de waarde van het appartement, is de resterende hypothecaire waarborg voor klagers ontoereikend. Weliswaar stelt de notaris en vermeldt hij dit ook in de akte, dat volgens de verklaring van de [Y bank] de schuld van [A] op dat moment € 250.000,- bedroeg, maar uit het e-mailbericht van 2 februari 2009 van [M], namens de bank, valt dat niet ondubbelzinnig af te leiden en de bank handhaaft haar inschrijving overigens ook volledig. In zoverre is er geen wezenlijk verschil met de situatie op 27 november 2008. Maar zelfs indien zou worden aangenomen dat de vordering van de bank niet verder strekte dan tot € 250.000,-, was de door klagers verlangde zekerheid tot terugbetaling niet gewaarborgd. Ingeval namelijk de bank tot executoriale verkoop van het appartement zou overgaan, mag gevoeglijk worden aangenomen dat de opbrengst van het appartement niet het bedrag van € 345.000,- zal belopen maar slechts een gedeelte daarvan. Uit algemeen aanvaarde maatstaven volgt namelijk dat de executiewaarde substantieel onder de onderhandse verkoopwaarde ligt. Dit betekent dat ervan mag worden uitgegaan dat de opbrengst van het appartement na gedwongen verkoop en na aftrek van de schuld van € 250.000,- en de kosten, minder zal bedragen dan het bedrag van de hypothecaire inschrijving van € 70.000,- van klagers.

Onder de hiervoor geschetste omstandigheden had de notaris de hypotheekakte niet aan klager mogen voorleggen en hen niet mogen bewegen, althans adviseren die akte te ondertekenen. Door dit wel te doen heeft de notaris de belangen van klagers veronachtzaamd.

De beide klachten zijn eveneens gegrond.

4.6 Gegeven het feit dat klager zijn belangen liet vertegenwoordigen door een advocaat, zou het prudenter zijn geweest van de notaris, indien hij op 19 mei 2009 niet met klager

had gesproken over de ingediende klachten. Dat de notaris hiermee een tuchtrechtelijke norm heeft overschreden, is echter niet gebleken, nu verder onvoldoende is komen vast te staan dat de notaris zich heeft uitgelaten in de zin als door klager is betoogd. De onder 3.1 sub f. vermelde klacht is ongegrond.

4.7 De ernst van de hiervoor gegrond verklaarde klachten brengt naar het oordeel van de Kamer mee dat aan de notaris een tuchtrechtelijke maatregel moet worden opgelegd. Met betrekking tot de aard van die maatregel overweegt de Kamer dat zij zwaar tilt aan het feit dat de notaris bij zijn kennelijk streven een oplossing te realiseren, geheel is voorbijgegaan aan de zorgvuldigheid die daarbij van een notaris wordt verlangd en klagers niet de financiële zekerheid heeft verschaft die zij beoogden. De Kamer acht hier de maatregel van berisping passend en geboden.

5. De beslissing

De Kamer van Toezicht

verklaart de klachten, zoals hiervoor onder 4.2, 4.4 en 4.5 overwogen, gegrond en legt de notaris daarvoor de maatregel van berisping op,

verklaart de klachten 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 F. Ton, leden, en in tegenwoordigheid van mr. J.G.W. Oor, secretaris, uitgesproken in het openbaar op 25 februari 2010.

De secretaris

De voorzitter