

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 01/12

Kamer van toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Dordrecht

KvT Klachtnummer: 01/12

Datum: 25 mei 2012

Beslissing op de klacht van:

1. [naam klager],
gevestigd te [plaatsnaam],
2. [naam klager],
gevestigd te [plaatsnaam],
klagers,
gemachtigde mr. W. van Leuveren,
tegen:
[Oud-notaris],
voorheen notaris te [plaatsnaam],
verweerder,
gemachtigde mr. F. van der Woude.

Partijen worden hierna aangeduid als 'klagers' dan wel 'klager sub 1.' en 'klager sub 2.' en '[oud-notaris]'.

1. Verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het klaagschrift, met bijlagen, dat op 24 januari 2012 is ontvangen;
- het verweerschrift van [oud-notaris] dat op 28 maart 2012 is ontvangen;
- de brief van de gemachtigde van klagers naar aanleiding van het verweerschrift van [oud-notaris], met bijlagen, welke brief op 2 april 2012 is ontvangen;
- de brief van de gemachtigde van [oud-notaris] naar aanleiding van bovengenoemde brief van de gemachtigde van klagers, welke brief op 23 april 2012 is ontvangen;
- de op 2 mei 2012 gehouden mondelinge behandeling.

1.2. Tijdens de mondelinge behandeling heeft mr. Van der Woude een pleitnotitie met als bijlage een pagina uit het boek "Pandrecht in de notariële praktijk" overgelegd.

Voorts is afgesproken dat mr. Van Leuveren namens klagers twee onder 2.1. bedoelde koopovereenkomsten zou nazenden met afschrift naar de advocaat van [oud-notaris].

1.3. Na de mondelinge behandeling heeft de Kamer op 4 mei 2012 de twee bedoelde koopovereenkomsten ontvangen.

2. Feiten

2.1. Tussen klagers en [betrokkene] zijn koopovereenkomsten gesloten op grond waarvan klager sub 1. de aandelen in [vennootschap van klager sub 1.] respectievelijk klager sub 2. de aandelen in [vennootschap van klager sub 2.] heeft overgedragen aan [betrokkene]. In de koopovereenkomsten is bepaald dat [betrokkene] de koopsom in maandelijks termijnen zou voldoen. Ter zekerstelling van die betaling in termijnen is

een pandrecht op de assurantieportefeuilles overeengekomen. Bij de totstandkoming van deze overeenkomsten was de notaris niet betrokken.

In het kader van de gesloten koopovereenkomsten heeft [oud-notaris] akten van geldlening tevens houdende verpanding gepasseerd ten behoeve van klager sub 1. op 3 november 2009 en ten behoeve van klager sub 2. op 2 april 2009. Aan deze akten lag ten grondslag dat [betrokkene] de koopsom van de aandelen schuldig bleef en in termijnen aan klagers zou voldoen.

In voormelde notariële akten zijn de voorwaarden omtrent de geldleningen opgenomen en heeft [betrokkene] ten behoeve van klagers een pandrecht gevestigd op de overgedragen aandelen.

Voorts zijn de assurantieportefeuilles door [betrokkene] in pand gegeven aan klagers.

Onder de assurantieportefeuilles wordt blijkens de inhoud van de akten verstaan:

“alle portefeuillerechten bestaande uit de rechten op provisie-, volmacht-, en de eventuele extra- en/of

bonusprovisie en het recht op beheer - waaronder het recht op premie-incasso -.”

2.2. In juli 2011 is [betrokkene] in staat van faillissement verklaard. Op dat moment waren de schulden aan klagers nog niet (volledig) afgelost.

3. De klacht

3.1. De klacht strekt ertoe dat de Kamer een passende maatregel treft tegen [oud-notaris] om de volgende redenen.

3.2. [Oud-notaris] heeft een ondeugdelijke constructie toegepast. Gebleken is dat de curator in het faillissement van [betrokkene] en verzekeraars de pandrechten van klagers niet respecteren. De curator heeft zich op het standpunt gesteld dat assurantieportefeuilles niet voor verpanding vatbaar zijn en dat het gevestigde pandrecht in strijd is met het bepaalde in artikel 2:207c Burgerlijk Wetboek (hierna: BW).

3.3. Klagers verwijten [oud-notaris] dat hij niet heeft voldaan aan de zorgplicht die op hem als notaris rust. [Oud-notaris] heeft klagers onvoldoende gewezen op de risico's die verbonden (kunnen) zijn aan het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille, nu onduidelijkheid bestaat over de vraag of een pandrecht op een assurantieportefeuille juridisch mogelijk is en of deze constructie in strijd met artikel 2:207c BW kan worden geacht.

3.4. [Oud-notaris] heeft de belangen van partijen volgens klagers niet op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijk zorgvuldigheid uitgeoefend en daarmee in strijd gehandeld met artikel 17 van de Wet op het Notarisambt (hierna: Wna), waarbij klagers erop wijzen dat [oud-notaris] regelmatig akten heeft gepasseerd waarin een vergelijkbare constructie is toegepast en [betrokkene] daarbij betrokken was.

3.5. Klagers stellen dat [oud-notaris] op grond van artikel 21 lid 2 Wna zijn medewerking aan de gekozen constructies had moeten weigeren.

4. Het verweer

4.1. [Oud-notaris] betwist de klacht.

4.2. [Oud-notaris] stelt zich op het standpunt dat klagers (nog) niet kunnen worden ontvangen in hun klacht, omdat niet gebleken is dat de curator in het faillissement van [betrokkene] en verzekeraars zich op juridisch juiste grond op het standpunt stellen dat het pandrecht ontbreekt. Zo lang niet rechtens is komen vast te staan dat de pandrechten niet rechtsgeldig zijn gevestigd, kan niet worden gezegd dat de notaris laakbaar heeft gehandeld. Daar komt bij dat het volgens [oud-notaris] niet aan de Kamer is om een inhoudelijk oordeel te geven over een juridisch vraagstuk, aangezien dit niet past binnen het stelsel van het tuchtrecht.

4.3. Voor het geval klagers worden ontvangen in hun klacht, stelt [oud-notaris] zich op het standpunt dat artikel 2:207c BW alleen geldt voor pandrechten die worden gegeven

door de vennootschap die wordt overgenomen. Hieronder is het door [betrokkene] gegeven pandrecht niet begrepen, zodat artikel 2:207c BW niet van toepassing is, terwijl het door de overgenomen vennootschap gegeven pandrecht niet onder de reikwijdte van artikel 2:207c BW valt.

4.4. Volgens [oud-notaris] was er op grond van de stand van zaken in de rechtspraak en de literatuur ten tijde van het passeren van de akten geen aanleiding om te voorzien dat de ongeldigheid van de pandrechten in het licht van artikel 2:207c BW aan de orde zou zijn. Op hem rustte geen waarschuwingsplicht dat de curator van [betrokkene] anders zou (kunnen) betogen.

De discussie omtrent het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille is ontstaan na het faillissement van [betrokkene] en bestond nog niet in de periode dat de akten zijn gepasseerd.

4.5. Daar komt bij dat klagers zich hebben laten bijstaan door diverse deskundigen die de concepten van de akten hebben beoordeeld.

4.6. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling van de klacht

De ontvankelijkheid

5.1. De Kamer is van oordeel dat klagers in hun klacht kunnen worden ontvangen. De klacht ziet op vermeend onzorgvuldig handelen ten aanzien van (de gegeven voorlichting met betrekking tot) de toegepaste constructie. De omstandigheid dat de juistheid van de gekozen constructie onderwerp van geschil is waarover een rechter zich wellicht in een gerechtelijke procedure nog zal uitlaten, betekent niet dat de Kamer zich nu geen oordeel kan vormen over het gedrag van de notaris waarover geklaagd wordt. Deze omstandigheid leidt er wel toe dat de Kamer terughoudendheid past om in deze tuchtrechtelijke procedure een juridisch inhoudelijk oordeel te geven over de toegepaste constructie. De Kamer zal met deze kanttekening daarom overgaan tot inhoudelijke beoordeling van de klacht.

De reikwijdte van de klacht

5.2. Uit de overgelegde stukken en hetgeen tijdens de mondelinge behandeling is besproken, begrijpt de Kamer dat de klacht betrekking heeft op de toegepaste constructie waarbij pandrechten zijn gevestigd op de eerder genoemde assurantieportefeuilles en dat de klacht niet ziet op de pandrechten die zijn gevestigd op de aandelen.

Voor zover de klacht wel ziet op de op de aandelen gevestigde pandrechten, hebben klagers hun standpunt ter zake onvoldoende onderbouwd.

De zorgplicht van de notaris

5.3. De klacht heeft betrekking op de zorgplicht van een notaris. Onder deze zorgplicht is een informatie- en waarschuwingsplicht begrepen. Bij de beoordeling van de vraag of de notaris aan deze verplichtingen heeft voldaan, dient het criterium te zijn hoe een redelijk handelend en vakbekwaam notaris in een vergelijkbare situatie zou hebben gehandeld.

5.4. Een notaris heeft enerzijds de plicht te informeren en te waarschuwen als hij reële risico's in een transactie opmerkt en reden heeft te vermoeden dat een van de betrokkenen die risico's miskent.

Anderzijds kan het praktisch ondoenlijk, in redelijkheid niet te vergen en onder omstandigheden onverenigbaar met de verantwoordelijkheid van de notaris ten opzichte van de gerechtvaardigde belangen van de overige betrokkenen zijn als hij iedere deelnemer en betrokkene over alle onduidelijkheden en/of risico's die zich in verband met een transactie waarbij de notaris wordt ingeschakeld kunnen manifesteren, zou moeten voorlichten en waarschuwen. In hoeverre een notaris een actieve zorgplicht heeft, zal grotendeels afhangen van de omstandigheden van het geval, waaronder de onderlinge

verhouding tussen partijen, hun verhouding tot de notaris en hun ervaring en deskundigheid met betrekking tot de te verrichten rechtshandeling.

De zorgplicht ten aanzien van de vestiging van een pandrecht op een assurantieportefeuille

5.5. Vooropgesteld wordt dat de constructie tot het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille reeds is vastgelegd in de koopovereenkomsten waarbij klagers als partij betrokken waren. Eerst na het sluiten van deze overeenkomsten is de notaris benaderd om akten te passeren waarin uitvoering is gegeven aan de gesloten transactie. Zoals hiervoor is overwogen, heeft een notaris de plicht te informeren en te waarschuwen als hij reële risico's in een transactie opmerkt en redenen heeft te vermoeden dat een van de betrokkenen die risico's miskent.

Uit de omstandigheid dat klagers en [betrokkene] de constructie in de koopovereenkomsten hebben vastgelegd heeft [oud-notaris] redelijkerwijs mogen begrijpen dat partijen terdege over de constructie hebben nagedacht en een inschatting hebben gemaakt omtrent de eventuele risico's daarvan.

Daarbij betreft de Kamer ook dat klagers zich in ieder geval voorafgaand aan het passeren van de akten hebben laten bijstaan door een accountant en dat een van de accountants het concept van de notariële akte heeft beoordeeld.

5.6. Voorts hebben klagers geen stukken overgelegd en door of namens hen zijn tijdens de mondelinge behandeling geen onderbouwde argumenten aangedragen op grond waarvan de Kamer is gebleken dat de vestiging van een pandrecht op een assurantieportefeuille ten tijde van het passeren van de akten van geldlening en verpanding een discutabele constructie was. Uit de overgelegde literatuur, ook die waar klagers zich op beroepen, is gebleken dat de constructie in het verleden op grote schaal werd toegepast. Dat ten tijde van het passeren van de akten in 2009 de constructie reeds werd toegepast, blijkt uit de door mr. Van der Woude overgelegde pagina uit het notarieel handboek *Ars Notariatus* "Pandrecht in de notariële praktijk", waarin reeds in 2007 is geconstateerd dat het in de assurantiewereld niet ongebruikelijk is om een assurantieportefeuille te verpanden. Dit handboek is in de notariële praktijk gezaghebbend. Hieruit leidt de Kamer af dat het ten tijde van het passeren van de akten niet ongebruikelijk was om een dergelijke constructie toe te passen.

5.7. Klagers stellen weliswaar dat in de literatuur reeds vele decennia onenigheid bestaat over de vraag of een pandrecht kan worden gevestigd op een assurantieportefeuille.

Uit de overgelegde stukken blijkt daarentegen dat in de literatuur eerst discussie is ontstaan ná en naar aanleiding van het faillissement van [betrokkene], hetgeen blijkt uit de data waarop de diverse artikelen waarop klagers zich beroepen zijn verschenen. Nu deze literatuur is verschenen nadat [oud-notaris] de akten heeft gepasseerd, kan deze omstandigheid [oud-notaris] in deze tuchtprocedure niet worden tegengeworpen. De zorgplicht ten aanzien van het bepaalde in artikel 2:207c BW

5.8. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting leidt de Kamer af dat [oud-notaris] tegen de achtergrond van de inhoud van de koopovereenkomsten in de akten een bewuste en weloverwogen keuze heeft gemaakt waarbij de verpanding van de assurantieportefeuille plaatsvindt ten behoeve van de nakoming door [betrokkene] van de verplichting tot instandhouding van de assurantieportefeuille. Op deze wijze is getracht niet in strijd te handelen met de verbodsbepaling van artikel 2:207c BW.

Deze keuze komt de Kamer niet onbegrijpelijk voor, temeer daar ten tijde van het passeren van de akten er geen concrete aanwijzingen waren dat deze keuze discutabel zou kunnen zijn en aanleiding zou moeten geven klagers hieromtrent te waarschuwen. Daarbij betreft de Kamer dat [oud-notaris] zijn argumentatie in ieder geval schriftelijk

kenbaar heeft gemaakt in het e-mailbericht de dato 4 maart 2009 dat door een medewerker van het kantoor van [oud-notaris] is verstuurd.

Het enkele feit dat [oud-notaris] deze keuze toen heeft gemaakt en er daarbij van is uitgegaan dat de keuze geen strijd met artikel 2:207c BW opleverde, kan onder de gegeven omstandigheden niet worden aangemerkt als tuchtrechtelijk laakbaar.

5.9. Het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2002, LJN AF0198 waarop klagers zich beroepen leidt niet tot een ander oordeel. Volgens klagers was in deze zaak sprake van een vergelijkbare situatie. Naar het oordeel van de Kamer ligt aan dit arrest echter slechts een motiveringsgebrek omtrent toepasselijkheid van artikel 2:207c BW ten grondslag. Van een vergelijkbare situatie is derhalve geen sprake.

(On)partijdigheid van de notaris

5.10. Klagers hebben het vermoeden van partijdigheid slechts gebaseerd op het aantal gepasseerde akten waarbij soortgelijke constructies zijn toegepast.

Tijdens de mondelinge behandeling is duidelijk geworden dat door [oud-notaris] ongeveer tien vergelijkbare akten zijn gepasseerd en dat op zijn kantoor in totaal achttien soortgelijke akten zijn getekend. Andere omstandigheden waaruit partijdigheid van [oud-notaris] zou blijken, zijn niet gesteld of gebleken.

De Kamer is van oordeel dat geen sprake is van partijdigheid van [oud-notaris], nu het enkele feit dat een cliënt zich meerdere keren tot dezelfde notaris wendt niet op partijdigheid duidt.

Conclusie

5.11. De Kamer is van oordeel dat [oud-notaris] in het kader van de onpartijdigheid en in het kader van de zorgplicht met betrekking tot het vestigen van een pandrecht op een assurantieportefeuille en met betrekking tot toepasselijkheid van artikel 2:207c BW voldoende zorgvuldig heeft gehandeld en dat van tuchtrechtelijk laakbaar handelen niet is gebleken.

6. De beslissing

De Kamer van toezicht:

verklaart de klacht ongegrond.

Deze beslissing is genomen door mr. T. Zuidema, voorzitter, en mr. F. Hoppel, mr. drs. ir. A.J.E. Cartigny, mr. W.J. Barendse en mr. W. van der Heiden, leden, in tegenwoordigheid van de secretaris en uitgesproken in het openbaar op 25 mei 2012.