

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19/11

Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam

Reg.nr. 19/11

Beslissing op een klacht als bedoeld in artikel 99 van de Wet op het notarisambt van:

[klager],
wonende te [woonplaats],

en

[klaagster],
wonende te [woonplaats],
hierna tezamen te noemen: klagers

- tegen -

[kandidaat-notaris],
kandidaat-notaris te [standplaats],
hierna te noemen: de kandidaat-notaris,

en

[notaris],
notaris te [standplaats],
hierna te noemen: de notaris.

1. Het verloop van de procedure

1.1

De Kamer heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen d.d. 9 november 2011;
- verweerschrift met bijlagen d.d. 9 december 2011;
- pleitnota van klagers overgelegd ter zitting.

1.2

De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden tijdens de vergadering van de Kamer op 9 februari 2012. Daarbij zijn de gemachtigde van klagers de heer [X],

bijgestaan door mr. V.H.B. Kruit en mr. R. Buijs, als de notaris en de kandidaat-notaris, verschenen. Partijen hebben hun standpunten tijdens de mondelinge behandeling nader toegelicht.

2. De feiten

De Kamer gaat uit van de navolgende feiten:

2.1

Op 7 juni 2007 hebben klagers met [Y] (hierna te noemen: [Y]) een koop-/aannemings-overeenkomst gesloten terzake van de bouw van een woning. De betreffende akte van levering is op 2 juli 2007 door mr. [Z], notaris op hetzelfde kantoor waar de kandidaat-notaris en de notaris werkzaam zijn, gepasseerd.

2.2

In artikel 3 lid 3 van de koop-/aannemingsovereenkomst was opgenomen dat 5% van de aanneemsom bij notariskantoor [A] in depot gestort zou worden overeenkomstig het bepaalde in artikel 7:768 BW.

2.3

Op 2 januari 2008 heeft de kandidaat-notaris een brief aan klagers gestuurd waarin de mogelijkheden uiteen werden gezet omtrent de 5%-regeling. In de tweede volzin van die brief wijst de kandidaat-notaris er op dat het depot wordt aangehouden in verband met een richtige oplevering van "het privé-gedeelte".

2.4

Op 26 mei 2008 is door klagers een bedrag van € 19.450,- in depot op de kwaliteitsrekening van notariskantoor [A] gestort.

2.5

In een brief van klagers aan de kandidaat-notaris van 6 augustus 2008 is het volgende vermeld: "Ik verzoek u dan ook genoemd bedrag (ook na 28 augustus 2008) geblokkeerd te houden en pas na uitdrukkelijke toestemming van mijn kant vrij te geven".

2.6

Klagers hebben de kandidaat-notaris bij brief van 17 oktober 2008 onder meer het volgende laten weten: "Dit laat onverlet dat de ondernemer thans nog in gebreke is de algemene ruimten, tuin en balkon deugdelijk en in overeenstemming met de ons toegezegde kwaliteit van het project naar genoegen op te kunnen leveren. Om deze reden is een eventuele 'tweede handtekening' niet automatisch te beschouwen als een deblokken van bedoelde gelden".

2.7

Op 10 december 2008 heeft [Y] de kandidaat-notaris verzocht het in depot gegeven bedrag aan haar uit te keren. [Y] heeft haar verzoek vergezeld doen gaan van door klagers getekende "formulieren van gereedmelding herstel". De kandidaat-notaris heeft vervolgens het depot aan [Y] uitbetaald.

2.8

Op 19 januari 2009 is de kandidaat-notaris door klagers er telefonisch op gewezen dat de geconstateerde gebreken zoals verwoord in hun brieven d.d. 6 augustus en 17 oktober 2008 nog niet waren verholpen. De kandidaat-notaris heeft [Y] vervolgens gemaïld en gevraagd om het uitbetaalde depotbedrag terug te storten naar het notariskantoor.

2.9

De kandidaat-notaris heeft daarna tevergeefs geprobeerd [Y] middels e-mails en telefoontjes ertoe te bewegen het uitgekeerde bedrag op de kwaliteitsrekening terug te storten.

2.10

Op 16 februari 2011 is [Y] failliet verklaard.

3. De klacht

3.1

Op grond van artikel 1 lid 1 sub b Wna is de notaris verantwoordelijk voor het onzorgvuldig handelen van de kandidaat-notaris op zijn kantoor.

3.2

Klagers verwijten de kandidaat-notaris dat zij, ondanks het feit dat zij er meerdere malen door klagers schriftelijk op is gewezen dat [Y] de woning niet in 2008 of 2009 zou gaan opleveren, toch tot uitbetaling van het depot is overgegaan.

In haar e-mailbericht van 19 januari 2009 aan [Y] heeft de kandidaat-notaris erkend dat de uitbetaling van het depot onterecht was. In een brief van 11 maart 2011 heeft de kandidaat-notaris opnieuw erkend dat het depot ten onrechte was uitbetaald.

De kandidaat-notaris heeft in strijd gehandeld met de zorgvuldigheid zoals vermeld in artikel 17 lid 1 Wna. Klagers verwijten haar dat zij ten onrechte heeft vertrouwd op de eenzijdige informatie die zij van [Y] kreeg. Dit is in strijd met artikel 1 en 2 van de beroeps- en gedragsregels. Voorts heeft de kandidaat-notaris gehandeld in strijd met artikel 23 lid 1 Wna, waarin is bepaald dat het de notaris verboden is, rechtstreeks of middellijk, handelingen te verrichten waarvan hij redelijkerwijs moet verwachten dat zij ertoe kunnen leiden, dat hij te eniger tijd niet zal kunnen voldoen aan zijn financiële verplichtingen.

3.3

Klagers verwijten de kandidaat-notaris dat zij gedurende twee jaar niets heeft ondernomen richting [Y] om de onterechte uitbetaling ongedaan te maken, teneinde en aldus haar fout te herstellen. Voorts voeren klagers aan dat na het faillissement van [Y] door hun toenmalige advocaat, mr. Coolen, met de kandidaat-notaris is overeengekomen dat het bedrag van het depot, na een gezamenlijk verzoek daartoe van de curator van [Y] en klagers, zou worden overgemaakt. Klagers stellen dat de kandidaat-notaris deze overeenkomst niet is nagekomen nu zij, nadat zij bedoeld gezamenlijk verzoek op 4 juli 2011 heeft ontvangen, het betreffende bedrag niet aan klagers heeft uitbetaald.

3.4

Tijdens een vakantie van de kandidaat-notaris heeft de notaris op verzoek van de advocaat van klagers zich in het dossier verdiept. In september 2011 heeft de notaris aan mr. Kruit telefonisch bericht dat [A] er belang bij heeft om het depot niet tweemaal uit te keren. De notaris wordt daarom verweten dat hij achter de onterechte uitbetaling

door de kandidaat-notaris zou staan, het in 3.3 bedoelde gezamenlijk verzoek niet honoreert en daarom niet onpartijdig zou zijn.

4. Standpunt van de notaris

4.1

De notaris is tot februari/maart 2011 nimmer direct of indirect bij de behandeling van het dossier van klagers betrokken geweest. De kandidaat-notaris verrichtte haar werkzaamheden met betrekking tot de koop-/aannemingsovereenkomst en de akte van levering onder verantwoordelijkheid van notaris mr. [Z]. De notaris stelt dat hem daarom van hetgeen vóór februari/maart 2011 in dit dossier is gebeurd, niets kan worden verweten, nu hij als notaris in die periode daarvoor niet (mede) verantwoordelijk was.

4.2

In de brief van 2 januari 2008 van de kandidaat-notaris aan klagers staat dat het depot wordt aangehouden in verband met de richtige oplevering van het 'privégedeelte'. Deze opmerking was conform de destijds heersende leer, welke ook was verwerkt in de door klagers ondertekende koop-/aannemingsovereenkomst. In de vakliteratuur werd pas op 15 januari 2009 voor het eerst melding gemaakt van een op 22 juli 2008 gewezen uitspraak van de afdeling Arbitrage van het GIW. In die uitspraak werd overwogen dat de 5%-regeling ook gold voor de gemeenschappelijke gedeeltes. Klagers hebben nimmer kenbaar gemaakt het niet eens te zijn met de opmerking in de brief van 2 januari 2008 van de kandidaat-notaris. Toen het verzoek van [Y] binnenkwam om het depot uit te keren en de kandidaat-notaris geen bericht van klagers had ontvangen met betrekking tot gebreken aan het privégedeelte en er conform 7:768 lid 2 BW drie maanden waren verstreken, heeft de kandidaat-notaris voldaan aan het verzoek. De uitbetaling van het depot heeft op 12 januari 2009 plaatsgevonden, dus voordat de kandidaat-notaris in de vakliteratuur van de gewijzigde jurisprudentie had kunnen kennis nemen. Achteraf betreurt de kandidaat-notaris dat er – gelet op de brieven van klagers – ten onrechte is uitbetaald.

4.3

De kandidaat-notaris ontkent dat zij niets ondernomen zou hebben om de betaling uit het depot ongedaan te maken. Zij heeft, zowel voor als na het faillissement, zich de belangen van klagers wel degelijk aangetrokken en getracht zowel per e-mail als telefonisch, het geld weer teruggestort te krijgen op de kwaliteitsrekening.

4.4

De kandidaat-notaris ontkent dat met mr. Coolen de onder 3.3 vermelde afspraak zou zijn gemaakt om het bedrag van het depot zonder meer over te maken naar de rekening van klagers. De kandidaat-notaris heeft in een telefoongesprek met mr. Coolen aangegeven zich aansprakelijk te achten voor de directe schade welke klagers lijden als gevolg van het onterechte uitkeren van het in depot gegeven bedrag. Die schade moet dan wel vast komen te staan. In dat kader zou hebben volstaan een gezamenlijke brief van klagers en de curator, waarin wordt aangegeven welke van de in het proces-verbaal van oplevering geconstateerde gebreken nog niet verholpen waren, uitgesplitst naar de algemene en de privégedeeltes. De brief van 4 juli 2011 voldeed echter niet aan de met mr. Coolen gemaakte afspraken.

De notaris verklaart tijdens de zitting dat een terugbetaling van het depot aan klagers niet mogelijk is zonder de medewerking van het garantie-instituut dat in de plaats van de gefailleerde is getreden. Voornoemde brief van 4 juli was derhalve ook op die grond niet uitvoerbaar.

4.5

Tijdens afwezigheid in verband met vakantie van de kandidaat-notaris in september 2011 wilde mr. Kruit overleg plegen. De notaris heeft zich toen ingelezen in het dossier en overleg gehad met mr. Kruit en niets anders gemeld dan datgene dat de kandidaat-notaris ook al tegen de kantoorgenoot van mr. Kruit had gemeld.

5. De beoordeling

5.1

Ter beoordeling van de Kamer staat of de notaris en de kandidaat-notaris hebben gehandeld in strijd met de tuchtnorm als geformuleerd in artikel 98 van de Wna. Een notaris en kandidaat-notaris zijn 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 notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden, alsmede ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris of kandidaat-notaris niet betaamt.

5.2

Voor zover de klachten zich richten tegen de notaris en betrekking hebben op het handelen van de kandidaat-notaris in de periode vóór februari 2011, acht de Kamer deze ongegrond. Het handelen van de kandidaat-notaris viel in die periode, naar de notaris onbetwist heeft aangevoerd, voor zover het dit dossier van klagers betreft onder de verantwoordelijkheid van notaris mr. [Z].

5.3

De klacht dat de kandidaat-notaris na het verzoek van [Y] van 10 december 2008 het in depot gegeven bedrag ten onrechte aan [Y] heeft uitgekeerd, is gegrond. Zoals de kandidaat-notaris heeft toegegeven, heeft zij ten onrechte geen aandacht besteed aan de onder 3.2 genoemde brieven van klagers. Uit deze brieven blijkt dat klagers meenden dat er nog gebreken aan het gebouwde kleefden en dat zij niet akkoord gingen met de uitbetaling van het depot aan [Y]. Aldus is niet voldaan aan de voorwaarden die ingevolge het bepaalde in artikel 7:768 van het Burgerlijk Wetboek moeten zijn vervuld alvorens de notaris het in depot gegeven bedrag in de macht van de aannemer mag brengen. Ongeacht de (bekendheid van de kandidaat-notaris met de) toenmalige stand van de jurisprudentie omtrent de vraag of de zogenoemde 5%-regeling al dan niet mede van toepassing is op de oplevering van algemene ruimten, had de kandidaat-notaris met klagers contact moeten opnemen omtrent haar voornemen tot uitbetaling over te gaan van het in depot gegeven bedrag. Daartoe was des te meer aanleiding, omdat uit de bewuste brieven niet duidelijk blijkt dat de daarin genoemde gebreken uitsluitend op de algemene ruimten betrekking hebben. Door dit niet te doen, heeft de kandidaat-notaris onzorgvuldig gehandeld.

5.4

Met betrekking tot de klacht dat de notaris en de kandidaat-notaris geen of te weinig inspanning zouden hebben geleverd om de onterechte uitbetaling van het bedrag in depot te herstellen, overweegt de Kamer het volgende. Onweersproken en met bescheiden onderbouwd hebben de kandidaat-notaris en de notaris aangevoerd dat zij diverse malen hebben gepoogd [Y] ertoe te bewegen het ten onrechte overgemaakte bedrag terug te storten. De notaris en de kandidaat-notaris hebben de gemaakte fout erkend, daarvoor hun verontschuldiging aangeboden en klagers laten weten dat zij bereid zijn de directe schade te vergoeden die klagers door die fout hebben geleden. Het valt hen niet te verwijten dat zij verlangen dat klagers die schade moeten aantonen. Of (de schade hoeft niet noodzakelijkerwijs overeen te komen met het bedrag van dat depot) en in hoeverre de schade genoegzaam is aangetoond, is niet ter beoordeling aan de Kamer, maar zal, indien partijen daarover geen overeenstemming bereiken, door de civiele rechter moeten worden beoordeeld. Hetzelfde geldt voor de vraag of de kandidaat-notaris onvoorwaardelijk ermee heeft ingestemd het bedrag van het depot aan klagers uit te keren, na een gezamenlijk verzoek daartoe van de curator van [Y] en klagers. De Kamer acht derhalve de onder 3.3 en 3.4 bedoelde klachten ongegrond.

5.5

Uit het voorgaande volgt dat de onder 3.2 bedoelde klacht gegrond is, in de mate en zoals overwogen onder 5.3. De overige klachten zijn ongegrond. Wat betreft de gegrondverklaring acht de Kamer, alle omstandigheden in aanmerking nemend, de handelwijze van de kandidaat-notaris niet van dien aard dat zij het opleggen van een maatregel passend en geboden acht.

6. De beslissing

De Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam,

verklaart de onder 3.1, 3.3 en 3.4 bedoelde klachten ten aanzien van de notaris en de kandidaat-notaris ongegrond;

verklaart de onder 3.2 bedoelde klacht ten aanzien van de kandidaat-notaris gegrond, zoals nader aangegeven onder 5.3, zonder oplegging van een maatregel.

Deze beslissing is gegeven door mrs. M.A. van de Laarschot, F. Hoppel, E.F.A. van Buitenen, H.M. Kolster en W.F.O. Stricker in tegenwoordigheid van de secretaris, mr. F.S. Pietersma-Smit.

Uitgesproken ter openbare vergadering op 8 maart 2012.

Deze beslissing is verzonden op: 8 maart 2012

Tegen deze beslissing kan binnen dertig dagen na de dag van verzending hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.