

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: AL/2014/108

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: AL/2014/108

Beslissing van de kamer voor het notariaat op de klacht van

[A],
curator in het faillissement van [C], gevestigd te [...],

tegen

[B],
notaris te [...],
gemachtigden: mr. M.C.J. Höfelt en mr. A. Witteveen, advocaten te Amsterdam.

Partijen worden hierna klager en notaris genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de klacht, met bijlagen, van 18 augustus 2014;
- een brief, met bijlagen, van de notaris van 10 oktober 2014.

1.2 De klachtzaak is ter zitting van 27 maart 2015 behandeld. Klager is in persoon verschenen. De notaris is, tezamen met zijn gemachtigden, eveneens in persoon verschenen.

2. De feiten

2.1 Gelet op hetgeen klager en de notaris over en weer hebben aangevoerd en op basis van de daarbij overgelegde stukken en de behandeling ter zitting, gaat de kamer uit van de volgende feiten.

2.2 Bij akte van 21 oktober 2009 is de Naamloze Vennootschap [C] N.V. (hierna te noemen: [C]) opgericht. [C] is gevestigd in [...]. Het adres van de vestiging is [...] te [...]. De enige aandeelhouder van [C] is de Stichting [D], waarvan de heer [E] (hierna te noemen [E]) alleen en zelfstandig bevoegd algemeen directeur is.

2.3 De activiteiten van [C] bestaan, blijkens uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel [...], onder meer uit het aan- en verkopen van onroerende zaken, het bemiddelen in de aan- en verkoop van onroerende zaken en de exploitatie van en belegging in onroerende zaken.

2.4 Op 9 februari 2009 heeft [E], handelend als vennootschapsdirecteur, een algehele volmacht verleend aan [F] (hierna: [F]). In artikel 1 van de volmacht is onder meer bepaald dat de gevolmachtigde van de volmachtgever de volmacht krijgt om hem in iedere hoedanigheid die hij thans heeft of in de toekomst mocht verkrijgen te vertegenwoordigen. Tevens strekt de volmacht er toe dat in alle rechten en belangen van de volmachtgever wordt waargenomen en betreft de volmacht ook het kopen, vervreemden en bezwaren van registergoederen. Artikel 2 van de volmacht bepaalt dat de volmacht voor onbepaalde tijd geldt en dat de volmacht niet kan worden herroepen.

2.5 Bij Algemene Volmacht, verleden voor de notaris op 28 december 2011, heeft [E] in privé, als zelfstandig bevoegd bestuurder van [C] en namens alle vennootschappen waarin hij als zelfstandig bevoegd bestuurder rechtshandelingen mag verrichten, volmacht verleend aan ieder van de medewerkers van de notaris om, onder meer, namens hem het recht van hypotheek te vestigen, pandrecht te vestigen en in pand te geven.

2.6 De contacten van [C] met de notaris of de medewerkers van zijn kantoor werden onderhouden door [F].

2.7 Ten aanzien van verschillende (voor zover nodig hierna nader omschreven) door [C] verworven registergoederen, zijn akten van levering, hypotheekakten en akten waarmee een recht van erfpacht en/of een recht van opstal is gevestigd, voor de notaris verleden.

2.8 Op 26 juli 2011 heeft de notaris in opdracht van de rechtsgeldige vertegenwoordiger van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [G] B.V., de akte tot vaststelling van Algemene Erfpachtvoorwaarden (“[G]”) verleden. In de akte is onder “A. inleiding” het volgende vermeld:

*“1. Ten behoeve van de naamloze vennootschap: [H]N.V. gevestigd te [...], is de regeling “[G]” ontwikkeld. De regeling “[G]” houdt in dat er bij de eigendom van een registergoed een splitsing plaats vindt tussen “blote eigendom” van een registergoed en het recht van erfpacht en opstal ten aanzien van dat registergoed en de daarop gestichte opstallen.
2. De regeling “[G]” is toepasbaar bij aankoop van een woning, onder gelijktijdige doorverkoop van de grond van de woning met een voorbehoud van een recht van erfpacht, of bij bestaande eigendom van een woning door verkoop van de ondergrond van de woning met een voorbehoud van een recht van erfpacht en opstal.”*

2.9 In de akte zijn onder artikel 2 van “B. algemene voorwaarden van recht van erfpacht en recht van opstal” een aantal begripsbepalingen opgenomen. Onder de begripsbepa-

lingen is onder meer vermeld: *“f. “Registergoed”: de Grond en Opstal tezamen, danwel wanneer het Erfpachtrecht wordt gevestigd op een appartement: het appartementsrecht;”*

2.10 In 2012, 2013 en 2014 is voormelde akte aangepast en telkens in gewijzigde vorm voor de notaris verleden. De onder 2.8 en 2.9 aangehaalde onderdelen zijn in enige mate uitgebreid. Indien dat voor de beoordeling van belang is, zal dat nader worden benoemd.

2.11 Bij brief van 1 juni 2012 heeft de Rabo Bank te [...] de aan [C] en de Stichting [D] verstrekte financiering opgezegd. In de brief wordt een vijftal leningen en een rekening-courant genoemd.

2.12 Met betrekking tot het registergoed [...] te [...] zijn de hierna genoemde transacties aan de orde. Het registergoed betreft een appartementsrecht. Dit recht is door [C] op 6 juni 2012 voor een bedrag van € 15.000,= verworven. Het bij het appartementsrecht behorende onverdeelde aandeel in de grond is op 12 juli 2012 door [C] verkocht aan de [H] B.V. (hierna: [H] voor een bedrag van € 25.620,=. Daarbij is het voorbehoud gemaakt van vestiging van een recht van opstal en een recht van erfpacht. Op 13 juli 2012 heeft [C] het onverdeelde aandeel in de grond teruggekocht voor € 25.620,= en heeft [C] het appartementsrecht voor een bedrag van € 75.620 verkocht. De met genoemde transacties gepaard gaande akten zijn voor de notaris verleden.

2.13 Met betrekking tot het registergoed [...] te [...] heeft de notaris onder meer de volgende werkzaamheden verricht: 26 juli 2012, hypotheekakte, waarbij [C] ter verkrijging van een geldlening haar recht van erfpacht als zekerheid onderzet ten behoeve van de vennootschap [...] B.V.

2.14 Bij akten van 27 juni 2012 en 13 september 2012, verleden voor de notaris, is aan de stichting [D] een recht van hypotheek verleend op het recht van erfpacht behorend bij de hierna genoemde registergoederen:

- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Utrecht.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Rotterdam.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.

Met genoemde akten is een recht van hypotheek verleend op het recht van erfpacht en het recht van opstal, behorend bij de hierna genoemde registergoederen:

- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Hoogeveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Amstelveen.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Den Haag.
- [straatnaam+huisnummer], [postcode] Naarden.

2.15 In een brief van 25 juni 2012 deelt de notaris aan [C], de heren [E] en [F], onder meer mee dat gevraagd is de volmacht van 28 december 2012 (KvN: lees 2011) te gebruiken voor de ondertekening van een koopovereenkomst welke niet door het kantoor van de notaris is opgesteld. De notaris geeft aan dat van de volmacht gebruik kan worden gemaakt indien schriftelijk bevestigd wordt dat zijn kantoor met betrekking tot

de transactie gevrijwaard wordt voor iedere aansprakelijkheid. De brief van 25 juni 2012 is door [E] en [F] ondertekend “voor akkoord en mede inhoudende vrijwaring voor iedere aansprakelijkheid”.

2.16 Sedert 16 juli 2013 verkeert [C] in staat van faillissement.

2.17 Klager geeft aan dat hij, ter zake van de 11 onder 2.14 genoemde registergoederen, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [C], de tussen [C] en de [H] gesloten koopovereenkomsten op grond van dwaling heeft vernietigd.

3. De standpunten

3.1 Klager verwijt de notaris dat hij tekort is geschoten jegens [C]. Daarnaast heeft de notaris onrechtmatig gehandeld jegens de gezamenlijke crediteuren van [C]. De klacht valt uiteen in de volgende onderdelen.

1. Door [C] werd stelselmatig niet aan haar financiële verplichtingen voldaan. Dat heeft ertoe geleid dat de gezamenlijke crediteuren een aanzienlijk bedrag te vorderen hebben. Zij zullen echter waarschijnlijk geen uitkering ontvangen. Naar de mening van klager kon het onder meer doordat de notaris zijn verplichtingen heeft verzaakt zover komen. De notaris heeft de nodige signalen, dat er van alles aan de hand was binnen [C], genegeerd. Klager noemt als voorbeeld de transacties in juni en juli 2012 inzake het appartement [...] te [...], ten behoeve waarvan alle akten door de notaris zijn gepasseerd. Naar de mening van klager had de notaris niet door mogen gaan met het verlenen van zijn notariële diensten aan [C].

2. De notaris heeft [F] ten onrechte bevoegd geacht om [C] te vertegenwoordigen. In dit verband wijst klager op de volmacht van 9 februari 2009. Op dat moment bestond [C] echter nog niet en om die reden kon [E] nog geen bestuurder van [C] zijn. Aldus kon de volmacht niet door [C] aan [F] zijn verstrekt.

3. De door [E] aan de notaris verleende volmacht van 28 december 2011 is te ruim opgevat door de notaris. Volgens klager had de notaris deze standaard leveringsvolmacht niet mogen gebruiken bij het sluiten van (koop-)overeenkomsten met de [H].

4. Met de vrijwaringsbrief van 25 juni 2012 is onder verantwoordelijkheid van de notaris een onjuiste uitleg gegeven aan de volmacht van 28 december 2011. Deze volmacht zag niet op het tekenen van koopovereenkomsten namens [C]. Het feit dat [E] en [F] de brief hebben ondertekend doet daar niet aan af.

5. De notaris heeft zijn dienstverlening aan [C] op onverantwoorde wijze gecombineerd met de dienstverlening aan de [H]. Klager wijst op het product “[G]”. Daarbij gaat het om de verkoop van de grond aan de [H] en niet om de verkoop van de daarbij “behorende” woning of appartementsrecht. In geval van een appartementsrecht werd echter niet alleen de grond door de [H] verkregen, maar ook het appartementsrecht. De [H] werd aldus ten koste van de gezamenlijke crediteuren van [C] in een betere positie gebracht. De gehele [G]-constructie is door de notaris samen met de [H] uitgedacht. De notaris had zijn dienstverlening aan [C] niet mogen combineren met zijn al langer bestaande dienstverlening aan de [H].

6. De notaris is er mede verantwoordelijk voor dat tussen [C] en de [H] gesloten koopovereenkomsten en de in het verlengde daarvan verrichte rechtshandelingen niet rechtsgeldig zijn. In dit verband licht klager onder meer toe dat onderdeel van de [G] regeling was dat er een recht van opstal en een recht van erfpacht ten behoeve van [C] voorbehouden respectievelijk gevestigd zou worden zodat de [H] de blote eigendom van (het onverdeelde aandeel in) de grond zou verwerven. De notaris heeft daarbij over het hoofd gezien dat bij bestaande opstallen uitsluitend een recht van opstal gevestigd kan worden met medewerking van alle appartementseigenaren. Bovendien leidde bij een aantal transacties het ontbreken van een recht van opstal tot het, niet met [G] bedoelde, gevolg dat de [H] niet alleen eigenaar werd van (het onverdeelde aandeel van) de grond maar ook van het daarbij behorende appartementsrecht. Aldus kreeg de [H] meer dan waarop zij volgens de gesloten koopovereenkomst aanspraak kon maken. Als voorbeeld noemt de notaris de transacties rond het registergoed [...] te [...] (zie: 2.13).

7. De notaris heeft meegewerkt aan de onrechtmatige vestiging van hypotheek op 11 registergoederen (zie: 2.14). Het gaat daarbij om ten behoeve van de [D] gevestigde rechten van hypotheek op rechten van erfpacht en rechten van opstal. De notaris vermeldt in de hypotheekakten dat hij een schriftelijke volmacht had om [C] bij hypotheekverlening te vertegenwoordigen. Volgens klager ontbreken de daarvoor vereiste volmachten. Voor zover de notaris in een akte van 13 september 2012 aangeeft dat er sprake was van uitvoering van een tussen partijen gesloten mondelinge overeenkomst, ontkent en betwist klager dat de overeenkomsten bestonden. Ook is klager van mening dat de notaris onderzoek had moeten verrichten naar een mogelijk tegenstrijdig belang tussen [C] en de [D]. Klager geeft hierbij aan dat dan zou zijn gebleken dat het verstrekken van krediet geen activiteit van genoemde Stichting kon zijn. Ook zou zijn gebleken dat niet werd voldaan aan het vereiste aantal bestuurders. Aldus is volgens klager de rol die de notaris heeft gespeeld bij de vestiging van de hypotheek klachtwaardig.

3.2 Op het verweer van de notaris zal de kamer hierna, voor zover het verweer van belang is voor de beoordeling, nader ingaan.

4. De beoordeling

4.1 Ingevolge artikel 93, eerste lid, van de Wet op het notarisambt (Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris niet betaamt.

4.2 De kamer zal de klacht aan de hand van voornoemde maatstaf beoordelen en overweegt als volgt.

Klachtonderdeel 1.

4.3 Met betrekking tot het gestelde dat de notaris zijn ministerieverlening aan [C] had moeten weigeren, in het bijzonder ter zake van de transacties in juni en juli 2012 ten

behoefte van het registergoed [...] te [...], volgt de kamer klager niet. Tegenover het verweer van de notaris dat het hier een goed voorbeeld betreft van de werkwijze van [C], heeft klager geen concrete verwijtbare gedragingen genoemd. De werkwijze van [C] kwam er op neer dat [C] minder courant onroerend goed aankocht voor de verhuur. Ook in dit geval was [C] geslaagd in het zoeken naar “koopjes”. Naar het oordeel van de kamer blijkt uit deze door klager genoemde transactie geen klachtwaardig handelen van de notaris. De kamer zal dit klachtonderdeel ongegrond verklaren.

Klachtonderdeel 2.

4.4 Uit de volmacht van 9 februari 2009 blijkt dat [E] volmacht verleent aan [F]. De volmacht bevat de zinsnede dat [E] handelt als vennootschapsdirecteur. [C] wordt niet met name genoemd. De kamer acht van belang dat het [E] vrij stond en dat hij bevoegd was om [F] op deze wijze volmacht te verlenen. [F] vertegenwoordigde [C] in de contacten met de notaris. Op het moment dat [C] gebonden was handelde de notaris als gevolmachtigde van [E]. Naar het oordeel van de kamer hoefde de notaris geen verder onderzoek te verrichten of naar de vraag of [F] [C] mocht vertegenwoordigen in de contacten met het kantoor van de notaris. Dit onderdeel van de klacht wordt derhalve ongegrond verklaard.

Klachtonderdeel 3.

4.5 Klager stelt dat de notaris de volmacht van 28 december 2011 in algemene zin te ruim heeft opgevat. Klager heeft deze klacht niet nader gespecificeerd. Van een concreet geval waarin van de volmacht ten onrechte gebruik is gemaakt is de kamer niet gebleken. Voor zover klager in dit verband heeft aangevoerd dat de volmacht in ieder geval niet mocht worden gebruikt bij het sluiten van (koop)overeenkomsten met de [H], volgt de kamer klager niet. De notaris had van beide partijen opdracht rechtshandelingen te verrichten. Na het sluiten van de overeenkomsten zijn akten opgemaakt en zowel [C] als de [H] hebben uitvoering gegeven aan die akten. De notaris mocht zijn werkzaamheden verrichten op basis van door beide partijen verleende volmachten. Onderdeel 3 van de klacht zal daarom ongegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 4.

4.6 Ter zake van de vrijwaringsbrief van 25 juni 2012 is naar het oordeel van de kamer niet klachtwaardig gehandeld door de notaris. De notaris heeft [E] en [F] er in de hiervoor genoemde brief op gewezen dat hij geen onderzoek had gedaan naar de totstandkoming van wilsovereenstemming bij de totstandkoming van de achterliggende overeenkomst. Anders dan klager leest de kamer daar niet in dat de notaris vraagtekens zette bij de gang van zaken. Derhalve zal ook onderdeel 4 van de klacht ongegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 5.

4.7 Evenals klachtonderdeel 3, ziet dit klachtonderdeel op het combineren van werkzaamheden voor [C] met werkzaamheden voor de [H]. In dit onderdeel wordt het product

“[G]” genoemd en het aspect dat bij bepaalde transacties niet alleen grond werd verkregen door de [H], maar ook een appartementsrecht. Niet ongebruikelijk is dat een notaris optreedt bij het opmaken van akten in opdracht van twee partijen. Zowel de [H] als [C] hebben de notaris opdracht gegeven werkzaamheden te verrichten. [C] en de [H] hebben overeenkomsten gesloten waaraan zij uitvoering wensten te geven. Op het moment van opmaken van de akten is niet gebleken van tegengestelde belangen tussen [C] en de [H], zodat er geen aanleiding was voor de notaris om zijn medewerking te weigeren. De kamer zal dan ook klachtonderdeel 5 ongegrond verklaren.

Klachtonderdeel 6.

4.8 Dit klachtonderdeel ziet op de tussen [C] en de [H] gesloten koopovereenkomsten en de in het verlengde daarvan verrichte rechtshandelingen. Volgens klager is de notaris er mede verantwoordelijk voor dat sprake is van niet rechtsgeldige rechtshandelingen. De kamer constateert dat niet in rechte is vastgesteld dat de rechtshandelingen zoals vastgelegd in de akten door de notaris niet rechtsgeldig zijn. Het is niet aan de kamer om een oordeel te geven over de rechtsgeldigheid van de [G]constructie zoals vastgelegd door de notaris. Daar komt bij dat de notaris onbetwist heeft gesteld dat het vestigen van een recht van opstal bij 5 van de 11 transacties niet aan de orde is geweest. Bij de overige 6 transacties is dit wel genoemd. De notaris legt uit dat het verkochte gedefinieerd is als “*de ondergrond van de onroerende zaken onder voorbehoud van een recht van erfpacht en een recht van opstal*”. De kamer merkt op dat de [G]constructie zoals vastgelegd door de notaris de nodige juridische vragen oproept, maar dat deze vragen in het kader van deze procedure niet beantwoord kunnen worden. Voldoende staat vast dat [C] en de [H] opdracht hebben gegeven aan de notaris tot het opmaken van de verschillende akten en dat de notaris daaraan uitvoering heeft gegeven. Klachtonderdeel 6 zal derhalve ongegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 7.

4.9 Klager stelt dat de notaris onrechtmatig hypotheek heeft gevestigd. Of de door klager genoemde hypotheek onrechtmatig gevestigd zijn kan in deze procedure niet worden vastgesteld. Dit is ter beoordeling aan de civiele rechter. De kamer zal dan ook niet ingaan op hetgeen klager ter onderbouwing stelt.

4.10 Het voorgaande neemt niet weg dat wel is gebleken dat bij het vestigen van die hypotheek ging om zeer grote belangen en dat het derhalve op de weg van de notaris had gelegen op zijn kantoor goed te documenteren hoe de opdracht tot het maken van deze akten tot stand is gekomen en welk onderzoek door de notaris is gedaan voordat hij overging tot het opmaken van de akten. Indien het juist is, zoals de notaris stelt, dat met partijen mondeling is doorgenomen dat aan het hypotheekrecht een vordering te grondslag moet liggen en wat de gevolgen van de rechtshandeling zijn, mocht van de notaris verwacht worden dat hij partijen nadien schriftelijk zou informeren over die besproken zaken. De notaris dient, bij een zakelijke transactie als de onderhavige, voorafgaande aan het verlijden van de akte(n) vast te stellen dat aan formele vereisten is voldaan, dat partijen bevoegd zijn de opdracht tot vestigen van een hypotheek te geven en dat sprake is van een achterliggende vordering. Voor zover de notaris heeft gesteld

dat het niet voor zijn rekening komt indien partijen hem moedwillig hebben misleid, volgt de kamer hem niet. Het behoort tot de taak van de notaris voldoende onderzoek te doen, om die misleiding zoveel als mogelijk is te voorkomen. Niet is gebleken dat de notaris onderzoek heeft gedaan voor het opmaken van de akten waar het hier om gaat. Klachtonderdeel 7 zal op dat punt gegrond worden verklaard.

4.11 Op de gegrondverklaring past in beginsel een tuchtrechtelijke reactie. De kamer is van oordeel dat nu niet gebleken is van (voldoende) onderzoek, terwijl het, zoals genoemd, gaat om grote belangen en een opzet in akte(n) die niet alledaags is, het opleggen van de maatregel van een berisping gepast en geboden is.

4.12 Gelet op het voorgaande wordt als volgt beslist.

5. De beslissing

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden;

- verklaart de klacht gegrond voor zover het onderdeel 7 betreft;
- legt de notaris ter zake daarvan de maatregel van een berisping op;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mr. L.A. van Son, voorzitter, mrs. J.G.T.M. Castrop, C.J.M. Hendriks, L.P. Oostveen-ter Braak en H. Quispel, leden, en in tegenwoordigheid van G.J. Doeleman, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 21 mei 2015.

De secretaris,

De voorzitter,