

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: AL/2015/147

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: AL/2015/147

Beslissing van de kamer voor het notariaat op de klacht van

[A] B.V.,
gevestigd te [...],
gemachtigde: mr. E.J. Nieuwenhuys,
advocaat te Utrecht,

tegen

mr. [Z],
notaris te [...].

Partijen worden verder aangeduid als klaagster enerzijds en de notaris anderzijds.

1. De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de brief van klaagster van 14 oktober 2015
- de e-mail met bijlagen van de notaris van 20 november 2015

De klacht is behandeld ter zitting van 17 februari 2016. Van de zijde van klaagster zijn verschenen de heren [...] en [...], bijgestaan door hun gemachtigde. De notaris is in persoon verschenen, vergezeld van mr. [...], kandidaat-notaris. Zowel de gemachtigde van klaagster als de notaris heeft een pleitnota overgelegd.

2. De feiten

2.1 Op 8 januari 2015 heeft klagster in de hoedanigheid van verkoper met de besloten vennootschap [B] B.V. (hierna: [B] B.V.) in de hoedanigheid van koper, een koopovereenkomst gesloten inzake een onroerende zaak (hierna: het woonhuis).

2.2. Artikel 5 van de koopovereenkomst - voor zover hier van belang - bepaalt:

“ Artikel 5 Bankgarantie. Waarborgsom.

5.1. Tot zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van koper zal deze uiterlijk op

12 januari 2015 een schriftelijke door een bankinstelling afgegeven bankgarantie doen stellen voor een bedrag van € 36.500,00 zegge zesendertigduizendvijfhonderd euro.

Deze bankgarantie moet (i) onvoorwaardelijk zijn, (ii) voortduren tot tenminste één maand na de overeengekomen datum van de eigendomsoverdracht, en (iii) de clausule bevatten dat de desbetreffende bankinstelling op eerste verzoek van de notaris het bedrag van de garantie aan de notaris zal uitkeren.(....)

2.3. [B] B.V. heeft als kopende partij de notaris verzocht de levering van het woonhuis te verzorgen.

2.4 Op 22 januari 2015 heeft de notaris [B] B.V. in gebreke gesteld voor wat betreft de nakoming van de verplichting een bankgarantie te storten. De notaris heeft [B] B.V. verzocht de verplichting tot storting van de waarborgsom alsnog na te komen.

2.5 Op 31 januari 2015 heeft klagster de notaris de volgende e-mail gestuurd:

“Geachte [Z],

Volgens de heer [C] zou er een bankgarantie gesteld zijn. Het is allemaal erg vaag. Graag extra aandacht of de gestelde bankgarantie inderdaad aan alle eisen voldoet en of deze uit betrouwbare bron komt. (....) . “

2.6 Bij brief van 2 februari 2015 heeft de notaris klagster laten weten:

“Inzake de verkoop van het woonhuis (...) kan ik u mededelen dat door mij een bankgarantie tot een bedrag van € 36.500,00 en eindigende op 15 maart 2015 is ontvangen. (...).”

2.7 Op 27 februari 2015, de oorspronkelijke datum van de levering van het woonhuis, is [B] B.V. niet verschenen. Bij brief van dezelfde datum heeft de notaris [B] B.V. in gebreke gesteld.

2.8 Bij e-mail van 27 februari 2015 (13:54 uur) heeft de notaris klagster bericht als volgt:

“De heer [D] vroeg of de levering ook aan hem in privé mag zijn ipv aan zijn BV. Voor mij is dat geen probleem, maar u moet daar wel toestemming voor geven. Is dat akkoord?”

2.9 Bij e-mail van 27 februari 2015 (14:31 uur) heeft klaagster op de onder 2.8 genoemde e-mail gereageerd als volgt:

“Brief is akkoord gelieve via mail en aangetekend te versturen. Welke naam in de akte komt maakt mij niet uit als eerst het geld is gestort en binnen de termijn van ingebrekestelling geleverd kan worden. We moeten op onze hoeden zijn voor addertjes onder het gras. Ik bel u zo jog even.”

2.10 Bij e-mail van 2 maart 2015 heeft klaagster de notaris bericht als volgt:

(...)

Vanuit de heer [D] is het verzoek gekomen of de tenaamstelling in de akte anders mocht worden.

Ik heb aangegeven dat ik hier op zich geen probleem mee heb.

Ik wil graag wel eerst persoonlijk contact hebben met de heer [D].

Zelf heb ik tot nu toe alleen de tussenpersoon de heer [C] gesproken. Kunt u vragen of de heer [D] mij wil bellen?

Ik denk dat eert het totale bedrag incl alle kosten op uw derde rekening moeten staan en dat hij daarna maar aangeeft welke naam op de akte moet komen.

(...)

2.11 Bij e-mail van 5 maart 2015, in reactie op de door de heer [D] aan klaagster toegezonden koopovereenkomst op naam van de heer [D], laat klaagster de heer [D] weten:

“ (...)

Er zal door mij geen nieuwe koopovereenkomst worden getekend (...)”

2.12 In de e-mail van 10 maart 2015 van klaagster aan de notaris stelt klaagster:

“Het ziet er naar uit dat de heer [D] zijn verplichtingen niet gaat nakomen. Ik verzoek u dan ook, als er morgen niet getekend gaat worden, per direct de waarborgsom op te eisen en aan ons uit te betalen.”

2.13 In reactie daarop, onder toezending van de zogenaamde akte van non comparitie van

11 maart 2015 heeft de notaris klaagster laten weten de bankgarantie ingeroepen te hebben.

2.14 Bij e-mail van 27 maart 2015 laat de notaris klaagster weten:

“(...) Zodra er bericht is vanuit de Nationale Waarborg en/of het bedrag is gestort, zullen wij direct contact met u opnemen.”

2.15 Bij e-mail van 7 april 2015 laat de notaris klaagster weten:

“Er is op dit moment vertraging met betrekking tot het uitbetalen van de bankgarantie aan ons, dit komt van de zijde van de garantsteller.

Zou u mij schriftelijk kunnen bevestigen dat op een gegeven moment de tenaamstelling van de koper van de woning (...) veranderd is van [B] (...) B.V. naar de heer [D] als privé persoon? Dit kunnen wij dan gebruiken in uw voordeel. “

2.16 Bij e-mail van 8 april 2015 laat de notaris klaagster weten:

“Bijgaand zend ik u de akte van non comparitie waaruit blijkt dat de koper de heer [D] is.

Deze akte had sowieso gemaakt moeten worden, omdat de “koper” veranderd is in deze zaak.

Voor wat betreft de bankgarantie, ik weet niet of wij dit in het kader van onze geheimhoudingsplicht mogen afgeven.”

3. De klacht en het verweer

3.1 Klaagster verwijt de notaris haar werkzaamheden in deze zaak onzorgvuldig te hebben verricht. De notaris heeft de op haar rustende zorgplicht geschonden. Ter zitting zijn met instemming van klaagster de verschillende onderdelen van deze klacht benoemd als volgt.

Klachtonderdeel 1)

Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris nagelaten heeft de door kopers verstrekte bankgarantie te controleren. Aldus heeft de notaris niet (tijdig) gesignaleerd dat de bankgarantie niet voldeed aan de eisen van de koopovereenkomst.

Klachtonderdeel 2)

Klaagster verwijt de notaris bij de akte van non-comparitie van 8 april 2015 valsheid in geschrifte te hebben gepleegd, althans in bedoelde akte zaken te hebben opgenomen die bezijden de waarheid zijn, een en ander in een poging de schending van haar zorgplicht te verhullen.

Klachtonderdeel 3)

Tenslotte acht klaagster het onterecht dat de notaris heeft geweigerd om klaagster een kopie van de bankgarantie en de met de garantsteller gevoerde correspondentie te verstrekken.

3.2 De notaris heeft de klachten van klaagster gemotiveerd betwist. De notaris stelt zich op het standpunt dat klaagster niet-ontvankelijk is dan wel de klacht ongegrond dient te worden verklaard.

3.3 De (overige) door klaagster en door de notaris ter onderbouwing van (de reactie op) de genoemde klachtonderdelen gestelde feiten en omstandigheden, voor zover voor de beoordeling van deze klacht van belang, komen hierna aan de orde.

4. De beoordeling

4.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna) zijn notarissen aan het tuchtrecht 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 behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. De kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert. Daarbij wordt uitgegaan van de hierboven genoemde klachtonderdelen.

Klachtonderdeel 1)

Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris nagelaten heeft de door kopers verstrekte bankgarantie te controleren. Aldus heeft de notaris niet (tijdig) gesignaleerd dat de bankgarantie niet voldeed aan de eisen van de koopovereenkomst.

Klaagster stelt zich op het standpunt dat de bankgarantie niet voldeed aan de in de koopovereenkomst van 8 januari 2015 gestelde eisen, aangezien de bankgarantie waarvan de notaris op 2 februari 2015 de ontvangst aan klaagster heeft bevestigd, niet ten name van [B] B.V. was gesteld.

Daarbij komt dat de notaris tot 8 april 2015 over dit gebrek heeft gezwegen, terwijl eerder daarover spreken geboden was, ook al was klaagster niet de opdrachtgeefster van de notaris.

Klaagster wijst in dit verband op haar e-mail van 31 januari 2015, waarin zij de notaris met zoveel woorden uitdrukkelijk heeft verzocht de bankgarantie te controleren.

Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris middels haar brief van 2 februari 2015 ten onrechte heeft bevestigd dat de door haar ontvangen bankgarantie in orde was. Dit blijkt uit het feit dat de Nationale Borgmaatschappij (NBM) geweigerd heeft het bedrag van de garantstelling uit te keren.

De notaris heeft erkend dat zij heeft nagelaten de bankgarantie te controleren op de juiste tenaamstelling. De notaris vindt het heel vervelend en biedt hiervoor nogmaals haar excuus aan aan klaagster.

Echter voor wat betreft het verwijt van klaagster dat zij (de notaris) nadat zij ontdekte dat de bankgarantie op de verkeerde naam stond, klaagster hiervan niet onmiddellijk maar eerst op

8 april 2015 op de hoogte gesteld heeft merkt de notaris het volgende op.

De notaris heeft eerst na ommekomst van de oorspronkelijke leveringsdatum van 27 februari 2015 - toen [B] B.V. niet verscheen en de notaris een akte van non-comparitie op naam van [B] opmaakte - bemerkt dat de bankgarantie niet ten name van [B] B.V. gesteld was.

Daarnaast wijst de notaris op het feit dat zij de koopovereenkomst eerst op 21 januari 2015 per e-mail heeft ontvangen. Op dat moment was de bankgarantie, die volgens de koopovereenkomst reeds op 12 januari 2015 gesteld had moeten worden, nog niet gesteld. Hiervan kan de notaris, die pas nadien bij de zaak betrokken raakte, geen verwijt gemaakt worden.

De kamer is van oordeel dat het - door de notaris erkende - feit dat zij heeft nagelaten de bankgarantie onmiddellijk na ontvangst op 2 februari 2015 te controleren, en de onjuistheid daarvan tijdig bij klaagster te signaleren, de notaris tuchtrechtelijk te verwijten valt.

De omstandigheden dat de afspraken over de bankgarantie deels al gemaakt werden voordat de notaris bij de zaak betrokken raakte en dat klaagster voor wat betreft de levering strikt genomen geen opdrachtgeefster was nemen immers niet weg dat - toen de notaris eenmaal ingegaan was op het verzoek om de levering te verzorgen - het op de weg van de notaris lag de bankgarantie na ontvangst te controleren. Juist vanwege het feit dat klaagster in haar e-mail van 31 januari 2015 de notaris nog om extra aandacht heeft gevraagd voor de kwaliteit van de bankgarantie maakte dat op dit punt voor de notaris extra zorgvuldigheid geboden was. De klacht wordt daarom op dit onderdeel gegrond verklaard.

Klachtonderdeel 2)

Klaagster verwijt de notaris bij de akte van non-comparitie van 8 april 2015 valsheid in geschrifte te hebben gepleegd, althans in bedoelde akte zaken te hebben opgenomen die bezijden de waarheid zijn, een en ander in een poging de schending van haar zorgplicht te verhullen.

Klaagster stelt dat de notaris - nadat zij ontdekt had dat de bankgarantie niet op naam van [B] B.V. stond - zich tegen beter weten in op het standpunt heeft gesteld dat er sprake was van een zogenaamde koperswissel tussen [B] B.V. enerzijds en de heer [D] anderzijds.

Klaagster wijst in dit verband op de hier onder 2.5 en verder weergegeven e-mails, alsmede op de door notaris opgestelde akte van non-comparitie van 8 april 2015. Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris met deze akte van non comparitie de tenaamstelling van de koopovereenkomst alsnog met de tenaamstelling van de bankgarantie in overeenstemming heeft proberen te brengen.

Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris hiermee heeft verklaard in strijd met de werkelijkheid althans gehandeld heeft tegen de haar bekende althans kenbare wil van klaagster.

De notaris stelt dat in haar beleving uit de hier onder 2.5 weergegeven mailcorrespondentie tussen partijen volgt dat klaagster in ieder geval ten tijde van de akte van non comparitie van 8 april 2015 had ingestemd met het in de plaats treden van de heer [D] als koper.

Daarnaast stelt de notaris dat zij, door met de akte van non comparitie van 8 april 2015 de heer [D] aan te merken als koper, juist heeft gehandeld in het belang van klaagster, nadat de NBM naar aanleiding van de akte van non-comparitie van 11 maart 2015 geweigerd had om de bankgarantie uit te keren.

Voorts merkt de notaris op dat het in haar praktijk niet ongewoon is dat de koper uit de koopovereenkomst niet de uiteindelijke koper is. Een dergelijke koperswissel heeft veelal een fiscale reden.

De kamer stelt voorop dat in een proces van levering van een onroerend goed als hier aan de orde, de vraag wie de kopende partij is, van wezenlijk belang is. Hieruit volgt dat op dit punt geen onduidelijkheid mag bestaan en dat het - daar waar mogelijk onduidelijkheid dreigt te - of is ontstaan - aan de notaris is daarover afstemming te zoeken met partijen. De omstandigheid dat een zogenaamde koperswissel wel vaker voorkomt, brengt hierin geen verandering. Klaagster heeft telkens aangegeven slechts met een koperswissel te kunnen instemmen na betaling. Betaling heeft niet plaatsgevonden, zodat aan die voorwaarde niet is voldaan. De notaris geeft niet aan wanneer en op welke gronden zij ervan uit mocht gaan dat een koperswissel had plaatsgevonden.

In de voorliggende zaak heeft de notaris echter geen - althans geen zichtbare of overtuigende - stappen ondernomen om tot een afstemming te komen op het voorstel de koper te veranderen. De akten van non-comparitie van 11 maart 2015 en 8 april 2015 zijn opgesteld zonder voorafgaande instemming van en/of toezending van een concept aan klaagster en kunnen daarom ook niet als zodanig worden aangemerkt. Door in die akten feiten te noemen waarmee klaagster niet heeft ingestemd kan onduidelijkheid in het rechtsverkeer ontstaan, hetgeen de notaris te verwijten valt.

Of hiermee sprake is van valsheid in geschrifte is niet ter beoordeling van de kamer. Vaststaat echter dat de notaris - toen NBM uitkering van de garantstelling op basis van de akte van non comparitie van 11 maart 2015 weigerde - zonder overleg met klaagster heeft getracht de situatie te repareren door middel van een oplossing waarvan de vraag is of deze in een mogelijk te voeren gerechtelijke procedure stand zal houden. Daarbij dient zij er rekening mee te houden dat een notariële akte geldt als volledig bewijs. De notaris heeft hiermee naar het oordeel van de kamer tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. De klacht dient daarom ook op dit onderdeel gegrond te worden verklaard.

Klachtonderdeel 3)

Tenslotte acht klaagster het onterecht dat de notaris heeft geweigerd om klaagster een kopie van de bankgarantie en de met de garantsteller gevoerde correspondentie te verstrekken.

Klaagster stelt dat zij de notaris herhaaldelijk heeft gevraagd om inzage in de bankgarantie en de daarover gevoerde correspondentie.

Klaagster stelt dat zij als rechtstreeks belanghebbende wel degelijk recht heeft op inzage van de bankgarantie en de daarover gevoerde correspondentie. Klaagster stelt zich op het standpunt dat de notaris zich hier ten onrechte op haar geheimhoudingsplicht beroept.

De notaris is niet bereid inzage te geven in de bankgarantie en de daarover gevoerde correspondentie en beroept zich in dit verband op haar geheimhoudingsplicht en een door de KNB gegeven advies.

De kamer overweegt dat niet aanstonds als vaststaand aangenomen kan worden dat de bankgarantie hier onder de geheimhoudingsplicht van de notaris valt. Daarbij is het naar het oordeel van de kamer van belang dat het verzoek om inzage wordt gedaan niet door een willekeurige derde, maar door klaagster als rechtstreeks belanghebbende bij de ten behoeve van haar verstrekte bankgarantie en dat die derde afhankelijk blijft van de notaris voor controle op de nakoming van door de wederpartij van klaagster aangegane verplichtingen wanneer de notaris haar geen inzage geeft.

Tegen de achtergrond van dit gegeven had het naar het oordeel van de kamer op de weg van de notaris gelegen haar beroep op geheimhouding zorgvuldiger te onderbouwen en in ieder geval blij te geven van een op dit punt gemaakte belangenafweging. De enkele verwijzing naar een niet nader geduid advies van de KNB is wat dat betreft onvoldoende overtuigend.

De klacht wordt daarom ook op dit punt gegrond verklaard.

Maatregel

Vanwege de aard en de ernst van de vastgestelde nalatigheden, wordt oplegging van de maatregel van berisping van de notaris passend en geboden geacht. Dit is niet alleen

omdat de nalatigheden van de notaris het vertrouwen in haar deskundigheid hebben beschaamd, maar ook omdat klaagster hierdoor een niet te verwaarlozen financieel risico heeft gelopen.

5. De beslissing

De kamer voor het notariaat:

Verklaart de klacht voor wat betreft de klachtonderdelen 1), 2) en 3) gegrond en legt terzake aan de notaris de maatregel van berisping op.

Deze beslissing is gegeven door mr. L.A. van Son, voorzitter van de kamer en mrs. T.K. Lekkerkerker, H.J. Hetteema, C.J. Hofman - Wels en F.M.J. Mulder, in tegenwoordigheid van mr. M.J. Derksen, secretaris, uitgesproken in het openbaar en getekend op
31 maart 2016.

de secretaris

de voorzitter