

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 640380/NT 17-85

**KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT AMSTER-
DAM**

**Beslissing van 14 juni 2018 in de klacht met nummer 640380
/ NT 17-85 van:**

**[Klaagster],
gevestigd te [vestigingsplaats],
raadsman: mr. S.A.H.J. Warringa,
klaagster,**

tegen:

**[De notaris],
notaris te [vestigingsplaats],
de notaris,
raadsman: mr. G.C. Kruijswijk.**

1. Ontstaan en loop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 13 december 2017;**
- verweerschrift met bijlagen van 2 januari 2018;**
- brief van de notaris met bijlagen van 12 maart 2018.**

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 5 april 2018 zijn partijen - klaagster bij haar bestuurder de heer [A], (hierna: [A]) -, bijgestaan door hun raadsliden, verschenen. Partijen hebben het woord gevoerd, mede aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Uitspraak is bepaald op 24 mei 2018.

De uitspraak is vervolgens opgeschort als gevolg van een op 22 mei 2018 namens klaagster ingediend verzoek tot wraking van de voorzitter, mr. O.J. van Leeuwen, welk verzoek echter op 11 juni 2018 weer is ingetrokken.

2. De feiten

De kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden: Klaagster drijft een onderneming op het gebied van logistieke dienstverlening. Klaagster heeft blijkens een tussen haar als schuldeiser enerzijds en anderzijds [X b.v.], gevestigd te [vestigingsplaats] en [Y b.v.], gevestigd te [vestigingsplaats] als schuldenaars en de heren [B], [C] en [D] als hoofdelijke (mede)schuldenaren, op 10 februari 2015 getekende akte genaamd “*Supply Chain Finance Faciliteit*” (hierna: de SCF), een kredietfaciliteit ter hoogte van € 1.000.000,- verstrekt met een looptijd tot 1 maart 2016. Artikel 5 van de SCF bevat bepalingen over het stellen van zekerheid. Op 20 april 2015 heeft de notaris een akte “Geldlening met hypotheekstelling” verleden. Daarbij werd [Z b.v.], gevestigd te [vestigingsplaats], hierna: [Z], tot mede-schuldenaar jegens klaagster naast de in de SCF genoemde schuldenaren aangemerkt en verstrekte klaagster als uitvloeisel van de SCF een geldlening van € 250.000,- aan [Z]. Voorts verleende [Z] voor een bedrag van € 250.000,- plus rente en kosten, totaal inschrijvingsbedrag € 350.000,-, een recht van derde (effectief tweede) hypotheek op het (volgens de akte) kantoorpand (elders is sprake van een winkelpand) [adres] te [vestigingsplaats] (hierna: het pand), tot zekerheid van de terugbetaling van een hoofdsom van maximaal € 250.000,- en voor al hetgeen klaagster uit anderen hoofde heeft te vorderen van [Z] en van de in de SCF genoemde (hoofdelijke) schuldenaren. Hiervoor was rangwisseling met de tot dat moment ingeschreven derde hypotheekhouder, de heer [E], nodig. De voorbelasting bestond uit een eerste en een tweede hypothecaire inschrijving ten gunste van ABN AMRO Bank N.V., elk tot een maximaal bedrag van € 360.000,-. De tweede betrof echter een zogenaamde nulhypotheek die destijds was genomen in verband met het samengaan van de bank met Fortis Bank, zodat effectief sprake was van één inschrijving ten gunste van de bank tot een bedrag van € 360.000,-. Bij de tweede inschrijving ten gunste van de bank is in de bij het kadaster ingeschreven akte vermeld dat het om een zgn. krediethypotheek ging. Volgens de onder b. bedoelde akte was deze hypotheek ten gunste van de bank voor een schuld uit geldlening die volgens opgaaf van de schuldenaar pro resto € 139.500,- groot was. Het pand werd verhuurd aan één huurder ([G n.v], een bedrijf van [B]). Uit een taxatierapport van 3 juli 2012 bleek een executiewaarde (in verhuurde staat) van € 435.000,-. Uit een e-mailbericht van de notaris aan klaagster d.d. 17 april 2015, waarmee door de notaris een aangepast concept voor de hypotheekakte werd toegezonden, blijkt dat de notaris onder meer de volgende (cursief gedrukt) antwoorden op een (groot) aantal vragen van [A] heeft gegeven: “(..)
VOORBELASTING

a) Hoe belastend is de tweede hypothecaire inschrijving van de ABN? Het lijkt nu een totale ABN hypotheek van € 360K x 2 = € 720K. *De totale inschrijving is inderdaad 720K; volgens opgave bedraagt de pro resto schuld € 139.500; ik heb opgenomen, dat het de schuldenaar niet is toegestaan kredieten op te nemen zonder toestemming van u. (..)*

BEPALINGEN EN BEDINGEN HYPOTHEEKVERLENING

a) Welke onderzoeken heeft U als notaris gedaan bij bijvoorbeeld het kadaster. Zijn u daar andere inschrijvingen/belastingen en/of zaken opgevallen die conflicterend zijn met die van [klaagster]? *Als Notaris ben ik verplicht het kadaster te raadplegen en de informatie te beoordelen.*

b) Welke bedragen blijken uit het kadaster? *De bedragen die in de akte zijn vermeld, behalve de pro resto hoofdsom ABN AMRO Bank : derhalve alleen de inschrijvingsbedragen (..)*

BEHEER DOOR HYPOTHEEKHOUDER

a) Heeft ABN dezelfde clauseule? *Inhoudelijk dezelfde clauseule, gebruikelijke hypotheekbepaling. (..)*

In zijn e-mailbericht van 19 april 2015 heeft [A] aan onder meer de notaris geschreven, voor zover van belang: *“(..) (ik ben immers geen expert en ga volledig af op uw expertise) dan hoop ik dat [klaagster] met deze akte de volledige waarborgen heeft verkregen zoals bedoeld en gevraagd. (..)”* Op 23 mei 2017 is [Z] in staat van faillissement verklaard. Bij e-mail van ABN AMRO Bank aan de raadsman van klaagster van 1 september 2017 heeft de bank bericht dat haar vordering op [Z] op dat moment € 160.631,08 bedroeg en dat onder haar hypotheekrecht op het pand daarnaast een borgstelling door [Z] voor een bedrag van € 175.000,- voor een krediet verstrekt aan [A b.v.] viel. In het najaar van 2017 heeft een briefwisseling plaatsgevonden tussen de raadsman van klaagster en de notaris. De notaris heeft bij brief van 18 oktober 2017 aan de raadsman van klaagster o.a. geschreven: *“(..) De totale leenschuld, bij bank en uw cliënte, kwam daarmee uit op € 389.500, ruim onder de executiewaarde. Daarmee geen enkele aanleiding om te wijzen op een risicovolle verhouding tussen waarde onderpand en geldleningen. (..)”* De curator heeft het pand in samenspraak met de bank bij wijze van onderhandse executieverkoop op 17 oktober 2017 verkocht voor € 360.000,-. Na uitwinning van het hypotheekrecht van de bank (€ 160.631,08 en de borgstelling van € 175.000,- voor het krediet verstrekt aan [A b.v.]), de boedelbijdrage van € 7.200,-, bestaande uit 2% over de opbrengst en de kosten van twee reparaties in verband met lekkage in het pand, bleef er slechts ca. € 6.862,- voor klaagster over om te verhalen onder haar hypotheekrecht.

3. De klacht

Klaagster verwijt de notaris dat hij in strijd met zijn zorg- en informatieplicht heeft gehandeld. Hij had klaagster moeten informeren dat de bank meer dan alleen de op het moment van verlijden van de akte openstaande pro resto schuld van € 139.500,- zou kunnen verhalen onder de inschrijving van € 360.000,-.

Uit de hypotheekakte van de bank blijkt namelijk dat deze is afgegeven voor al hetgeen de bank op enig moment te vorderen heeft van onder meer [Z]. Deze hypotheek moet dus als een bankhypotheek worden gekwalificeerd, waarbij de hypothecaire inschrijving zekerheid biedt voor de huidige, maar ook de toekomstige schulden.

De notaris had klaagster voor dat risico dienen te waarschuwen. Voor klaagster was het van aanzienlijk belang dat zekerheid bestond voor de terugbetaling van de door haar verstrekte lening en om deze reden is de derde hypotheek gevestigd op het pand te [vestigingsplaats]. Dit heeft zij ook meerdere malen aan de notaris te kennen gegeven. Om die reden heeft ook een rangwisseling plaatsgevonden tussen de derde hypotheekhouder en klaagster. Vanwege de omstandigheid dat klaagster geen kennis van zaken had met betrekking tot hypotheekakten, was er te meer aanleiding om aan de zorgplicht hoge eisen te stellen.

Klaagster lijdt aanzienlijke schade nu is gebleken dat het hypotheekrecht van klaagster onvoldoende dekking biedt en klaagster de schade vooralsnog begroot op € 243.138,18 (€ 250.000,- - € 6.861,82).

4. Het verweer

4.1 De notaris heeft zich als volgt verweerd.

De borgstelling was hem tot de lezing van de klacht onbekend, dus daarover kon hij klaagster niet informeren.

De notaris stelt dat hij klaagster ruim heeft geïnformeerd, voornamelijk per e-mail, maar ook telefonisch.

Verder voert hij aan dat een notaris nu eenmaal geen zekerheid kan bieden voor de terugbetaling van een lening.

Het was de notaris ook niet bekend dat er een reëel gevaar bestond dat [Z] niet aan haar verplichtingen kon voldoen.

Voor klaagster was het begrijpelijkerwijs belangrijk dat [Z] geen andere schulden zou aangaan, in ieder geval niet onder de dekking van de hypotheek van de bank. Daarom is in de hypotheekakte van 20 april 2015 uitdrukkelijk opgenomen dat dit niet zonder toestemming van klaagster mocht plaatsvinden. De pro resto schuld van € 139.500,- mocht dan ook de enige schuld zijn, hetgeen de notaris in de e-mail van 17 april 2015 aan klager heeft bevestigd.

4.2 De notaris bestrijdt de stelling van klaagster dat zij geen kennis van zaken had van (bank)hypotheeken en vertrouwde op het oordeel van de notaris. Hij voert daartoe aan dat uit

het kadaster blijkt dat klaagster veelvuldig met registergoederen te maken heeft. [A] moet in de optiek van de notaris worden aangemerkt als een semiprofessionele investeerder. Ook het woonhuis van [A] zelf is bezwaard met een bankhypotheek. Voorts bevat de in geding zijnde hypotheekakte van 20 april 2015 ook een bankhypotheekclausule. De ruimte die een bankhypotheek biedt is bij de bespreking van de akte van 20 april 2015 aan de orde geweest.

4.3 Het spijt de notaris dat klaagster schade heeft geleden, maar daaraan acht hij zich niet schuldig. De notaris wijt het aan a) de aanwezigheid van de borgstelling en b) de verkoop van het pand onder de executiewaarde.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 van de Wet op het notarisambt (hierna: 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 behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve 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.

5.2 De notaris heeft genoegzaam aannemelijk gemaakt, dat hij van de borgstelling door [Z] niet heeft geweten en de bank hem daarvan ook niet op de hoogte heeft gesteld. Aan de notaris kan ook niet worden verweten dat de executieopbrengst van het pand lager bleek dan enkele jaren daarvoor getaxeerd.

5.3 De kern van de klacht is dat de notaris klaagster niet althans onvoldoende heeft gewezen op de risico's die een bankhypotheek in zich draagt. Die klacht is gegrond. Zo is het antwoord op de door [A] gestelde, concrete vragen over de voorbelasting zoals hierboven onder 2.e. onder a.) weergegeven inadequaaf en daardoor onzorgvuldig. Nog afgezien van het feit dat de notaris hier abusievelijk laat weten dat sprake is van inschrijvingen ten gunste van de bank tot een totaal van € 720.000,- in plaats van effectief € 360.000,-, stelt hij klaagster hierbij ten onrechte gerust, in het licht van de getaxeerde executiewaarde van € 435.000,-, door te volstaan met de vermelding dat de openstaande schuld volgens opgave (slechts) € 139.500,- bedroeg, zonder daarbij uitdrukkelijk te waarschuwen dat de schuld aan de bank op ieder moment nadien weer kan oplopen en het inschrijvingsbedrag van € 360.000,- dus kan 'vollopen', in beginsel door wat voor reden dan ook, hetgeen in dit geval ook gebleken is. Ook uit de akte

van 20 april 2015, waarin sprake is van een "schuld uit geldlening" van € 139.500,-, lijkt te volgen, dat de notaris zich niet bewust is geweest van het feit dat het hier een (overigens zeer gebruikelijke) bankhypotheek betrof, in ieder geval blijkt niet dat de notaris klaagster hiervoor heeft gewaarschuwd. Het had op de weg van de notaris gelegen om klaagster hier uitdrukkelijk op te wijzen, te meer nu hem uit de grote hoeveelheid specifieke vragen die klaagster hem heeft gesteld, wel duidelijk moet zijn geworden dat klaagster zo min mogelijk risico wenste te lopen. Daarbij komt dat, zoals ter zitting is gebleken, de laatste € 250.000,- van de door klaagster verstrekte kredietfaciliteit van € 1.000.000,- pas (via het kantoor van de notaris) is verstrekt nadat de onderhavige hypotheek was gevestigd, hetgeen de notaris bekend was. Tenslotte is het antwoord van de notaris dat hij in het tweede concept had opgenomen dat het [Z] niet is toegestaan kredieten op te nemen zonder toestemming van klaagster, en de in de akte van 20 april 2015 opgenomen overeenkomstige voorziening, tegenover de door klaagster gezochte zekerheid onvoldoende, nu deze aan klaagster hooguit een obligatoire aanspraak jegens [Z] geeft. Bovendien gaat dit voorbij aan hetgeen in dit geval is gebeurd, namelijk de inroeping van een borgstelling.

5.4 Het verweer van de notaris, dat klaagster een professionele partij is, zelf mede actief is op de onroerend goedmarkt en op de hoogte moet worden geacht van het verschijnsel bankhypotheek, maakt, ook als dit juist is - hetgeen niet vast is komen te staan -, het voorgaande niet anders.

5.5 De notaris heeft dus tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. De maatregel van waarschuwing acht de kamer in dit geval passend en geboden.

5.6 Op grond van het voorgaande wordt beslist als volgt.

BESLISSING

De kamer voor het notariaat:

- verklaart de klacht gegrond en legt de maatregel van waarschuwing op.

Deze beslissing is gegeven door mrs. O.J. van Leeuwen, voorzitter, J.J. Dijk, R.H. Meppelink, Th. W. van Grafhorst, en P.J. van Veen, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Land-Smorenburg, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 14 juni 2018.

Tegen deze beslissing van de kamer voor het notariaat kunnen partijen binnen dertig dagen na de datum van verzending van deze beslissing hoger beroep instellen bij het gerechtshof Amsterdam (postadres, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam).