

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 17-43

Kamer voor het notariaat in het ressort Den Haag **Beslissing d.d. 18 april 2018** inzake de klacht onder nummer 17-43 van:

[klaagster],
hierna ook te noemen: klaagster,

tegen

[notaris],
notaris te [vestigingsplaats],
hierna ook te noemen: de notaris,
advocaat mr. M.C.J. Höfelt te Amsterdam.

De procedure

De Kamer heeft kennisgenomen van:

- de klacht, met bijlagen, ingekomen op 27 juni 2017,
- het antwoord van de notaris, met bijlagen.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 21 maart 2018. Daarbij waren aanwezig klaagster bijgestaan door haar zoon [W], en de notaris bijgestaan door advocaat mr. M.C.J. Höfelt. Van het verhandelde is procesverbaal opgemaakt met daaraan de door beide partijen overgelegde pleitnotities gehecht.

De feiten

De notaris was de huisnotaris van klaagster. Klaagster exploiteerde gedurende dertig jaar een hotel/café in het centrum van [vestigingsplaats] (hierna te noemen: de onderneming). Op 14 september 2000 heeft de notaris de overdracht van het bedrijfspand verzorgd van klaagster aan haar jongste zoon [W]. Het ondernemingsvermogen is middels een activa-passiva transactie overgedragen. Klaagster heeft hierbij een geldlening verstrekt aan [W], waarvoor een recht van tweede hypotheek is gevestigd. Klaagster bleef achter de zaak wonen en betaalde een huur aan [W] voor het gebruik van energie, water en internet.

Op 13 april 2001 heeft de notaris een akte van statutenwijziging van de werkmaatschappij gepasseerd. Klaagster was hierbij in persoon aanwezig. Bij deze bespreking heeft de notaris ook het concept testament besproken dat aansluitend aan de bedrijfsoverdracht in 2000 was opgesteld. Op 23 april 2001 is een aangepast concept testament verzonden naar klaagster. Tot het ondertekenen van het testament is het niet gekomen. Tot oktober 2007 hebben de notaris en klaagster geen zakelijke contacten gehad. Op 24 oktober 2007 vond een bespreking plaats met klaagster over haar testament. Aanleiding was onder meer dat de oudste zoon van klaagster, [S], in 2006 failliet was ver-

klaard en klaagster zowel zakelijk als privé veel geld aan hem had geleend. Op 11 december 2008 is het testament door klaagster getekend.

Op 6 mei 2008 heeft de notaris een bespreking gehad met klaagster en [W] over het nieuwbouwproject [naam] en het verzoek van projectontwikkelaar [T], (hierna te noemen: [T]) om een deel van het bedrijfspand van [W] te kopen. Gesproken is over de positie van klaagster bij de verkoop van het bedrijfsgedeelte waarin haar woning zich bevond. Vanaf de zomer 2008 hebben er diverse gesprekken plaatsgevonden over de voorgenomen nieuwbouwplannen door [T] en de mogelijke verkoop van een deel van het bedrijfspand. [T] kocht voor klaagster een woning aan de [adres en woonplaats] en verbouwde die naar de wensen van klaagster. [T] en klaagster kwamen overeen dat klaagster de kosten voor het verbruik van gas, elektra, water en internet voor haar rekening zou nemen. De andere kosten waren voor [T]. Klaagster heeft verder een bedrag van € 125.000,- renteloos aan [T] geleend.

De klacht en het verweer van de notaris

In oktober 2015 meldde [T] aan klaagster dat het zakelijk slecht met hem ging en dat hij verwachtte begin 2016 failliet te gaan. Naar aanleiding daarvan heeft klaagster op 5 november 2015 een gesprek gehad met de notaris. Klaagster heeft toen de notaris gevraagd of alle stukken die eerder waren ondertekend in orde waren of dat zij actie moest ondernemen. De notaris stelde klaagster gerust, maar adviseerde klaagster om [T] een brief te sturen met de vraag of er toestemming van de bank was voor de verhuur van de woning van klaagster. Klaagster zou [T] om zijn bankrekeningnummer kunnen vragen om de huur als genoemd in de huurovereenkomst te betalen. Ook zou klaagster [T] kunnen verzoeken om gebruik te maken van het eerste recht van koop.

In de zomer van 2016 gingen [T] en zijn echtgenote zowel zakelijk als privé failliet. Er meldden zich twee curatoren. Klaagster heeft bij brief van 17 januari 2017 de notaris om advies gevraagd hoe zij zich moest opstellen. Het enige wat de notaris stuurde is het gespreksverslag van 5 november 2015. Hieruit bleek dat de notaris wist waar de knelpunten zaten, te weten:

1. de notaris wist dat er geen toestemming van de bank was om het pand te verhuren;
2. de notaris wist dat de eerste hypotheek zo hoog was dat de tweede hypotheek geen waarde meer had;
3. de notaris wist dat klaagster de woning beter kon aankopen voor er sprake zou zijn van een faillissement.

De curatoren hebben klaagster daarna bericht dat er in de eerste hypotheekakte een huurbeding stond en dat de bank geen toestemming had gegeven het pand aan de [adres] te verhuren. Het pand diende bij openbare verkoop leeg opgeleverd te worden. Verder was het recht van eerste koop niets waard en kon klaagster de terugbetaling van de lening van € 125.000,- wel vergeten.

Op 5 april 2017 heeft klaagster de notaris opnieuw een brief geschreven met de vragen wat zij moest doen en hoe het zo ver heeft kunnen komen. Klaagster ontving geen antwoord en heeft advocaat mr. J.J. Dekker ingeschakeld.

Omdat de banken druk begonnen uit te oefenen heeft klaagster hen bericht dat zij wilde meewerken aan een constructie waarin zij haar eigen woning uit de failliete boedel koopt voor bruto ongeveer € 125.000,-.

Klaagster lijdt schade door de hele gang van zaken. Indien zij tijdig was gewaarschuwd door de notaris, was zij niet akkoord gegaan met de constructie en woonde zij nog in haar oude woning met € 125.000,- op haar bankrekening.

Klaagster verwijt de notaris het volgende:

1. de notaris is tekortgeschoten in zijn zorgplicht jegens klaagster;

2. de notaris heeft op dezelfde dag een eerste hypotheekakte van € 1.125.000,-, een tweede hypotheekakte van € 125.000,-, een "Nadere Overeenkomst" en een huurovereenkomst laten tekenen. Deze akten die betrekking hebben op dezelfde zaken zijn tegengesteld aan elkaar, want in de "Nadere Overeenkomst" staat dat de hoogte van de eerste hypotheek sterk beperkt moet zijn. Verder bevat de eerste hypotheek een huurbeding, terwijl een huurovereenkomst voor hetzelfde onderpand getekend wordt;
3. de notaris heeft de verplichting te onderzoeken of de inhoud van de stukken tegenstrijdig zijn met elkaar. De notaris had de verplichting om klaagster te waarschuwen voor tegenstrijdigheden, waardoor de akten niet tot het beoogde resultaat zouden leiden;
4. er is sprake van belangenverstremming. De belangen van klaagster, [T] en de notaris zelf lopen door elkaar;
5. de notaris heeft klaagster, toen de nood aan de man was, in de steek gelaten en niet geholpen met haar standpuntbepaling.

De notaris heeft het volgende aangevoerd. Voor zover de klacht ziet op het handelen van de notaris in 2008 dient klaagster niet-ontvankelijk te worden verklaard op grond van artikel 99 lid 15 van de Wet op het notarisambt (Wna).

Vanaf 6 mei 2008 is de notaris betrokken geraakt bij het dossier. Het concept van de koopovereenkomst (verkoop door [W] aan [T]) heeft de notaris in nauw overleg met de accountant van [W] opgesteld. De overdracht van het pand was een op zichzelf staande zaak, waarbij de notaris voor geen van partijen als partijnotaris heeft gefungeerd.

Op 31 juli 2008 heeft de notaris het eerste concept van de Nadere Overeenkomst tussen [T] en klaagster inzake [adres] verzonden aan partijen.

Op 10 november 2008 heeft de notaris op verzoek van [T] meerdere malen nadere aanpassingen gemaakt in het concept van de Nadere Overeenkomst. Besprekingen tussen partijen over de inhoud van de Nadere Overeenkomst gingen steeds buiten de notaris om. De notaris had van klaagster geen verzoek gehad om haar te adviseren over de Nadere Overeenkomst. Aangezien de afspraken die klaagster met [T] maakte onderdeel uitmaakten van de transactie die [T] met [W] aanging, ging de notaris ervan uit dat klaagster nauw overleg had met [W] en diens accountant en advocaat.

Uit de aantekeningen van klaagster bleek dat de Nadere Overeenkomst door partijen op 2 december 2008 is ondertekend. De ondertekende versie is op 3 december 2008 door [T] aan de notaris overhandigd tijdens het passeren van de akte van levering van de [adres].

Tijdens de bespreking van 6 mei 2008 heeft de notaris klaagster en [W] de werking van de huurovereenkomst en het recht van hypotheek uitgelegd. De notaris heeft daarbij aangegeven dat [T] al zijn aankopen bij de AAB financierde. De notaris heeft klaagster uitgelegd wat het recht van tweede hypotheek inhield en welke risico's daaraan verbonden kunnen zijn. Uit de door klaagster aangebrachte wijzigingen in de Nadere Overeenkomst blijkt dat zij deze risico's goed heeft begrepen. Uit de aanpassingen van klaagster blijkt ook dat zij bekend was met de hogere inschrijving ten behoeve van AAB. In verband hiermee heeft zij immers de privé aansprakelijkheid van [T] bedongen. Op 2 en 11 december 2008 heeft de notaris (telefonisch) overleg gehad met klaagster. Tijdens de bespreking op 11 december 2008 heeft de notaris klaagster een map meegegeven met daarin een afschrift van de hypotheekakte, een copie collationee van de getekende Nadere Overeenkomst met koord en zegel alsmede een kopie van de huurovereenkomst. Omdat de Nadere Overeenkomst een belangrijk document is voor klaagster heeft de notaris daarom een gecertificeerde kopie van het origineel aan haar meegegeven.

In de periode 2010 en 2015 heeft klaagster de notaris een aantal keren gebeld met vragen over [T] en de onderhavige zaak, omdat zij zich zorgen maakte. Zoals afgesproken heeft de notaris de zorgen van klaagster met [T] besproken.

Op 5 november 2015 heeft de notaris een bespreking gevoerd met klaagster op het notariskantoor. Tijdens die bespreking begreep de notaris dat klaagster geen huur betaalde. Daarop heeft de notaris haar gemeld dat het cruciaal was dat zij wel huur betaalde, omdat zij anders niet werd beschermd door de huurovereenkomst. De notaris heeft klaagster ook toen gemeld dat in de eerste hypotheekakte tot zijn spijt geen melding is gemaakt van het huurbeding en dat dit wel had gemoeten, maar dat de AAB wel degelijk op de hoogte was van de huurovereenkomst die [T] met haar had gesloten. Na het gesprek heeft de notaris niets meer gehoord van klaagster.

In 2016 is [T] failliet verklaard zowel zakelijk als privé.

Op 21 februari 2017 ontving de notaris een brief van AAB waarin hij aansprakelijk werd gesteld. De notaris werd het verwijt gemaakt dat hij AAB voorafgaand aan het verlijden van de hypotheekakte van 3 december 2008 ten behoeve van de AAB niet zou hebben gewezen op het feit dat het verhypothekerde appartement was verhuurd aan klaagster. De notaris heeft deze kwestie gemeld bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Op 10 maart 2017 heeft de notaris gereageerd richting AAB. Daarop is nimmer een reactie ontvangen.

Van klaagster ontving de notaris op 5 april 2017 een aansprakelijkheidstelling. De notaris heeft ook deze kwestie gemeld bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. De verzekeraar wilde eerst advies van de advocaat afwachten alvorens de notaris kon reageren.

De notaris heeft daarna meerdere keren contact gehad met de advocaat van klaagster en aangegeven dat hij wilde meedenken over een oplossing. De notaris heeft ook aangegeven dat de AAB op de hoogte was van de verhuur aan klaagster. De notaris heeft aangegeven dat hij dit zo van de relatiebeheerder van [T] had begrepen en dat dit volgens [T] in de kredietovereenkomst zou zijn vastgelegd. Daarna is de communicatie tussen de advocaat van de notaris en mr. Dekker verlopen.

De beoordeling van de ontvankelijkheid

In artikel 99 lid 15 Wna is bepaald dat een klacht slechts kan worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot klacht gerechtigde van het handelen of nalaten van een notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven kennis heeft genomen. De beslissing tot niet-ontvankelijkverklaring blijft achterwege indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend zijn aan te merken. Volgens vaste rechtspraak van het hof te Amsterdam is het moment waarop een klager op enigerlei wijze bekend wordt met het handelen/nalaten van de notaris doorslaggevend.

Op 2 december 2008 heeft de notaris telefonisch met klaagster overleg gevoerd en de inhoud van de hypotheekakte alsmede de gang van zaken met betrekking tot het passeren van de akte besproken. De hypotheekakte is gepasseerd op 3 december 2008. Klaagster was weliswaar niet bij het passeren aanwezig, maar de akte is met alle bijlagen de dag na het passeren aan haar verzonden. Vervolgens is de inhoud van de akte op

11 december 2008 op het notariskantoor met klaagster doorgenomen. Verondersteld wordt dat klaagster in ieder geval sinds die dag bekend is geraakt met de inhoud van de akte en daarmee met het handelen of nalaten van de notaris waarop de klacht betrekking heeft. Klaagster is niet-ontvankelijk voor zover de klacht ziet op de klachtonderdelen 1 tot en met 4, nu de klacht is ingekomen op 27 juni 2017 en de termijn van drie jaren is verstreken.

De Kamer komt alleen toe aan de inhoudelijke behandeling van klachtonderdeel 5.

De beoordeling van de klacht

Ter beoordeling van de Kamer staat of de notaris heeft gehandeld in strijd met de tuchtnorm als geformuleerd in artikel 93 Wna. Een notaris is 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 hij als notaris behoort te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte hij optreedt, alsmede ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt.

Klaagster verwijt de notaris dat hij onvoldoende nazorg heeft geleverd, nadat [T] zowel privé als zakelijk failliet was verklaard en zij de notaris om advies vroeg.

Omdat de schriftelijke toestemming tot verhuur niet in de hypotheekakte was opgenomen, dreigt klaagster uit haar huis te worden gezet. In zijn verweerschrift heeft de notaris aangevoerd dat hij tijdens een bespreking op 5 november 2015 klaagster heeft gemeld dat in de eerste hypotheekakte tot zijn spijt geen melding was gemaakt van het huurbeding, terwijl dat wel had gemoeten, maar dat AAB wel degelijk op de hoogte was van de huurovereenkomst die [T] met klaagster had gesloten (omdat [T] de afgelopen jaren alleen onroerend goed aankocht om te beleggen of om te ontwikkelen). Ook tijdens een telefoongesprek op 29 oktober 2015 is het huurbeding aan de orde geweest. In haar brief van 7 november 2015 aan [T] vraagt klaagster of er toestemming is van de bank wegens het huurbeding. [T] antwoordt in zijn brief van 8 december 2015 daarop dat hij geen concrete bevestiging van de bank heeft, maar dat de bank wel op de hoogte is dat het onroerend goed door hem verhuurd wordt.

Tijdens de zitting heeft de notaris aangevoerd dat de notaris klaagster in 2008, 2012 en 2015 heeft laten weten dat de schriftelijke toestemming tot verhuur niet in de hypotheekakte was opgenomen. Deze bekendheid is door klaagster onweersproken gebleven. Nu klaagster al op de hoogte was van het ontbreken van een schriftelijke toestemming, doordat de notaris haar bij die gelegenheden gewezen heeft op de risico's, kan zij de notaris later niet verwijten dat hij onvoldoende nazorg heeft geleverd. Dit klachtonderdeel is derhalve ongegrond.

Ten overvloede merkt de Kamer op dat de communicatie naar klaagster toe wel wat beter had gekund. Omdat de notaris onderhavige zaak aan zijn aansprakelijkheidsverzekering had gemeld, heeft hij niet tijdig aan klaagster geantwoord. Dit is niet laakbaar, maar een ontvangstbevestiging met de mededeling dat de notaris er spoedig op terug zou komen, was meer des notaris geweest.

De beslissing

De Kamer voornoemd:

verklaart klaagster niet ontvankelijk in klachtonderdelen 1 tot en met 4:

verklaart klachtonderdeel 5 ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mrs. G.P. van Ham, voorzitter, R.R. Roukema, L.G. Vollebregt, P.H.B. Gorsira en H.M. Kolster, en in tegenwoordigheid van de secretaris, mr. F.S. Pieterssma-Smit, in het openbaar uitgesproken op 18 april 2018.

Kopie van deze beslissing wordt bij aangetekende brief aan partijen gezonden. Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam. Het beroepschrift dient binnen dertig dagen na de dagtekening van genoemde brief door het Hof te zijn ontvangen, waarbij de datum van ontvangst door het Hof bepalend is.