

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/05/337799 KL RK 18-71

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEWARDEN

Kenmerk: C/05/337799 KL RK 18 -71

beslissing van de kamer voor het notariaat

op de klacht van

[Naam klaagster]

gevestigd te [plaats van vestiging],
hierna te noemen: klaagster
gemachtigde: [naam gemachtigde van klaagster]

en

[Naam klager]

wonende te [naam woonplaats]
hierna te noemen: klager
gemachtigde: [naam gemachtigde van klager]

tegen

[Naam notaris],

notaris te [naam vestigingsplaats],
hierna te noemen: de notaris
gemachtigde: [naam gemachtigde van de notaris]

Klaagster en klager worden hierna tezamen genoemd: klagers.

1. Het verloop van de procedure

- 1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de klacht, met bijlagen, van 23 mei 2018;
 - het verweer van de notaris, met bijlagen, van 28 september 2018;
 - de brief van klager met aanvullende producties van 5 november 2018;
 - het op 7 december 2018 door de notaris overgelegde rapport van professor mr. [naam van de professor, hierna te noemen: de professor];

- de aanvulling/wijziging van de klacht van klager van 14 december 2018;
- de brief van de gemachtigde van klager van 18 december 2018 met het verzoek tot aanhouding van de behandeling van de klacht;
- de e-mails van 18-12-2018, 21-01-2019, 23-01-2019 en 26-02-2019 betreffende de correspondentie tussen de gemachtigde van klagers en de gemachtigde van de notaris, inzake de aanhouding van de klacht.

1.2 De klachtzaak is ter zitting van 8 mei 2019 behandeld, waarbij zijn verschenen klagers enerzijds en de notaris anderzijds. Beide partijen hebben zich laten bijstaan door hun gemachtigde. Zowel de gemachtigde van klagers, [naam gemachtigde klagers], als de gemachtigde van de notaris, [naam gemachtigde van de notaris], hebben een pleitnota overgelegd.

2. De feiten

2.1. Op 7 april 2016 sluiten klager en [naam van de B.V.] (hierna te noemen: de B.V.) een koopovereenkomst waarbij klager onder andere een stuk grond te [naam plaats] (hierna te noemen: het weiland) aan de B.V. verkoopt. Tevens sluiten klager – in zijn hoedanigheid als directeur van de [naam van het bedrijf] (hierna te noemen: Bedrijf Z) – en de B.V. op diezelfde dag een koopovereenkomst waarbij [naam van het bedrijf] (hierna te noemen: Bedrijf A) wordt verkocht aan de B.V. Klager is – door tussenkomst van de Bedrijf Z – bestuurder en enig aandeelhouder van Bedrijf A. Aan de overeenkomsten is nooit uitvoering gegeven.

2.2 Op 18 juni 2016 heeft de notaris op het woonadres van klager een hypotheekakte gepasseerd (hierna te noemen: de hypotheekakte). Volgens deze akte zijn ten gunste van de B.V. hypotheekrechten gevestigd op onder andere (de aandelen in) Bedrijf A en het weiland. De financiering van de B.V. in verband waarmee de hypotheek is verstrekt, is verkregen om een regeling tegen finale kwijting met de Rabobank te kunnen treffen. Deze dreigde met executoriale verkoop van onder andere het weiland.

2.3 Op 1 november 2017 hebben klagers bij de notaris stukken opgevraagd. Hierop heeft de notaris op 3 november 2017 drie akten aan klagers toegezonden, waaronder de hypotheekakte en een concept leveringsakte (hierna te noemen: de concept leveringsakte) Volgens de concept leveringsakte zouden Bedrijf A en het weiland aan de B.V. worden geleverd.

2.4 Vervolgens heeft de gemachtigde van klagers op 8 november 2017 de notaris bericht dat het beding in de hypotheekakte op pagina 5 en 6 in strijd is met artikel 3:235 Burgerlijk Wetboek (BW) en dat dit beding (hierna te noemen: het beding) en de daaraan gekoppelde volmacht nietig is.

Het beding is in de hypotheekakte opgenomen op pagina 5 onder punt 7: Niet nakomen: eigendomsverkrijging door schuldeiser (....) en pagina 6 onder punt 7: Onherroepelijke volmacht tot levering bij niet nakomen. (....).

2.5 Naar aanleiding van de brief van de gemachtigde van klagers van 8 november 2017, heeft de notaris rond 8 of 9 november 2017 contact opgenomen met de heer [naam van de bestuurder van de B.V.], bestuurder van de B.V. (hierna te noemen: de

bestuurder van de B.V.). De notaris heeft hem van de brief van de gemachtigde van klagers van 8 november 2017 op de hoogte gebracht.

2.6 Bij aangetekende brief van 9 november 2017 zijn klagers vervolgens door de B.V. in gebreke gesteld en verzocht om uiterlijk 23 november 2017 tot aflossing over te gaan van de verschuldigde hypothecaire geldlening. Daarna stelt de B.V. zich op 22 november 2017 op het standpunt dat zij niet afgelost wenst te worden.

2.7 Op 23 november 2017 hebben klagers – met tussenkomst van de notaris – een ingebrekestelling van de B.V. ontvangen. De B.V. beroept zich daarin op het beding in de hypotheekakte en de aan de hypotheekakte ten grondslag liggende overeenkomsten (zoals genoemd onder 2.1). De B.V. heeft de notaris verzocht om de overdracht van Bedrijf A in orde te maken.

2.8 Bij e-mail van 24 november 2017 heeft de notaris klagers bericht dat zij de Koninklijke Notariële beroepsorganisatie (KNB) advies zal vragen over artikel 3:325 BW en de onderliggende koopovereenkomsten.

3. De klacht en het verweer

In aanvulling op de klachten zoals geformuleerd in de klachtbrief van 13 mei 2018, behandelt de kamer ook de door klagers op 14 december 2018 nieuw geformuleerde klacht, dat de notaris in strijd met de waarheid verklaringen heeft afgelegd. De notaris heeft een reactie op dit klachtonderdeel voldoende kunnen voorbereiden en ook ter zitting op dit punt verweer gevoerd.

3.1 Klagers verwijten de notaris het volgende:

1. het opmaken en verlijden van de hypotheekakte door de notaris is in strijd met artikel 3:235 BW en/of artikel 3:268 lid 5 BW;
2. het door de notaris doen voorkomen dat het in de hypotheekakte opgenomen beding - dat in strijd is met artikel 3:235 en/of artikel 3:268 lid 5 BW- ten uitvoer kon worden gebracht;
3. het reeds op 18 juni 2016 opstellen van een concept-leveringsakte door de notaris;
4. het door de notaris vragen van een oordeel aan de KNB over het opnemen van het beding in de hypotheekakte, zonder klagers over het verloop en de uitkomst hiervan op de hoogte te houden;
5. het door de notaris doorzenden van de brief van 8 november 2017 van de gemachtigde van klagers aan de bestuurder van de B.V. en zijn zoon, zonder dat klagers hiervoor toestemming hebben verleend;
6. het door de notaris doorzenden van de brief van 8 november 2017 van de gemachtigde van klagers aan de bestuurder van de B.V. en zijn zoon, zonder klagers hierover te informeren;
7. het niet optreden als een onafhankelijk notaris maar zich laten leiden door de belangen van de B.V. met achterstelling van de belangen van klagers;
8. het afleggen van verklaringen door de notaris die in strijd zijn met de waarheid.

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 Bij de beoordeling van deze klacht gaat het erom of de notaris in strijd met de normen van het tuchtrecht (artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (Wna) heeft gehandeld of heeft nagelaten.

Klachtonderdeel 1 en 2

4.2. Vanwege de onderlinge samenhang tussen deze beide klachtonderdelen, worden deze hierna gezamenlijk behandeld.

4.2.1 Klagers verwijten de notaris dat zij een hypotheekakte heeft opgemaakt met een nietig beding. Het beding is in strijd met artikel 3:235 BW en/of artikel 3:268 lid 5 BW. Klagers betwisten dat zij hebben ingestemd met de opneming van het beding in de hypotheekakte en ook dat de notaris zou hebben gesteld dat het beding niet geldig is. Daarnaast heeft de notaris – nadat klagers door de B.V. in gebreke zijn gesteld - het doen voorkomen dat het beding ten uitvoer kon worden gebracht.

4.2.2 De notaris voert aan dat zij partijen voorafgaande aan het passeren van de hypotheekakte er uitdrukkelijk op gewezen heeft dat het opnemen van het beding in de hypotheekakte geen zin had c.q. het beding niet zou kunnen worden toegepast. Dit, omdat het beding volgens haar in strijd zou zijn met het bepaalde in artikel 3:235 BW. De professor concludeert in een op 7 december 2018 door de notaris overgelegd rapport, dat het onduidelijk is of het beding in strijd is met het verbod van artikel 3:235 BW. Volgens de professor is het beding nietig vanwege onverenigbaarheid met artikel 3:268 lid 5 BW.

Beide partijen hebben er – zo stelt de notaris - sterk op aangedrongen het beding in de hypotheekakte op te nemen, als signaalfunctie en vanwege hun contractsvrijheid. Omdat het er naar uitzag dat er anders geen overeenstemming zou kunnen worden bereikt en de financiering aan klagers geen doorgang zou kunnen vinden, heeft de notaris besloten het beding in de akte op te nemen. Onder deze omstandigheden – en onder grote tijdsdruk - heeft de notaris volgens haar de betrokken belangen uitdrukkelijk tegen elkaar afgewogen en heeft zij het beste uit 'twee kwaden' gekozen.

De notaris ontkent verder dat zij het heeft doen voorkomen dat beding ten uitvoer kon worden gebracht.

4.2.3 In klachtonderdeel 1 staat de vraag centraal of het door de notaris in de hypotheekakte opgenomen beding in strijd is met het bepaalde in de artikel 21 lid 1 van de Wet op het notarisambt (WNA). Art. 21 lid 1 Wna verplicht de notaris de hem bij of krachtens de wet opgedragen of de door een partij verlangde werkzaamheden te verrichten. Hij dient zijn dienst evenwel te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem wordt verlangd leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die

kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft (art. 21 lid 2 Wna).

Nu de notaris niet betwist dat er sprake is van een nietig beding in de hypotheekakte, gaat de kamer hier eveneens vanuit. Daarbij kan in het midden blijven of dat is wegens strijd met artikel 3:235 BW dan wel artikel 3:268 lid 5 BW.

De kamer overweegt als volgt. Ten tijde van het opstellen en het verlijden van de hypotheekakte was de notaris van mening dat het beding in strijd was met het verbod van toe-eigening als bedoeld in artikel 3:235 BW. Dit betekent dat de notaris had moeten weigeren het beding in de hypotheekakte op te nemen. Een notaris behoort immers niet mee te werken aan het opnemen van een beding in een hypotheekakte dat nietig is en leidt tot strijd met het recht. Zonodig had de notaris – vóór het verlijden van de akte - nader onderzoek naar de inhoud en strekking van het beding dienen te verrichten. Nu zij dit heeft nagelaten en het beding in de hypotheekakte heeft opgenomen, is dit onzorgvuldig en kan haar hiervan een tuchtrechtelijk verwijt worden gemaakt.

Dat partijen uitdrukkelijk verzocht zouden hebben het beding in de hypotheekakte op te nemen doet hier niet aan af. Artikel 3:235 BW verbiedt onder alle omstandigheden voormeld beding. Overigens heeft de notaris ter zitting erkend dat zij dit beding niet zo had dienen op te nemen in de hypotheekakte.

Ook is de kamer van oordeel dat de notaris na het verlijden van de hypotheekakte, de indruk heeft gewekt dat het beding ten uitvoer kon worden gelegd. Dit blijkt met name uit de e-mail aan klagers van 23 november 2017. De notaris stelt daarin dat in de hypotheekakte een onherroepelijke volmacht tot eigendomsverkrijging door de bestuurder van de B.V. / de B.V. is opgenomen. Terecht stellen klagers dat hierdoor de indruk is gewekt dat uitvoering kon worden gegeven aan het beding. Dit betekent naar het oordeel van de kamer dat de handelwijze van de notaris onzorgvuldig is en tuchtrechtelijk verwijtbaar.

Zowel klachtonderdeel 1 als klachtonderdeel 2 zullen gegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 3

4.3 Klagers verwijten de notaris dat zij reeds op 18 juni 2016 de concept leveringsakte heeft opgesteld. Kennelijk – zo stellen klagers – had de B.V. toen al als doel de onroerende goederen in eigendom te verwerven.

4.3.1 Naar het oordeel van de kamer hebben klagers niet dan wel onvoldoende onderbouwd waarom het opstellen van een concept leveringsakte door de notaris klachtwaardig zou zijn. De notaris heeft een concept leveringsakte opgesteld naar aanleiding van de aan haar door partijen verstrekte en getekende koopovereenkomsten. Het opstellen van een concept leveringsakte is onder die omstandigheden en zonder nadere toelichting naar het oordeel van de kamer niet klachtwaardig. Derhalve zal dit klachtonderdeel ongegrond verklaard worden.

Klachtonderdeel 4

4.4 Klagers verwijten de notaris dat zij klagers niet op de hoogte heeft gehouden van het verloop en de uitkomst van het door haar aangekondigde contact met de KNB over het opnemen van het beding in de hypotheekakte.

4.4.1 De kamer overweegt als volgt. In de-mail van 24 november 2017 kondigt de notaris klagers aan dat zij contact met de KNB zal opnemen. In haar e-mail van 28 november 2017 vermeldt de notaris dat 'zij (lees de notaris) nog bezig is met het traject van de KNB'. Dat – zoals de notaris stelt – klagers inmiddels met de bestuurder van de B.V. dan wel de B.V. in onderhandeling waren over een regeling en op grond daarvan contact met de KNB niet meer nodig was, is geen grond om klagers niet over de voortgang te informeren. Het behoort naar het oordeel van de kamer tot de verantwoordelijkheid van de notaris om klagers van het verloop van het contact met de KNB op de hoogte te stellen. Dat geldt te meer nu de notaris op haar voornemen terug is gekomen en geen contact met de KNB heeft gezocht. Deze handelwijze van de notaris acht de kamer dan ook onzorgvuldig en tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dit klachtonderdeel zal derhalve gegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 5 en 6

4.5 Vanwege de onderlinge samenhang tussen de beide klachtonderdelen, worden deze hierna gezamenlijk behandeld.

4.5.1 Klagers verwijten de notaris dat zij zonder hun toestemming en zonder hen hiervan op de hoogte te stellen, de brief van 8 november 2017 van klagers aan de notaris naar de bestuurder van de B.V. dan wel de B.V. heeft doorgezonden.

4.5.2 De kamer stelt als volgt voorop. Uit artikel 22 Wna volgt dat de notaris (voor zover niet bij of krachtens de wet anders is bepaald) tot geheimhouding verplicht is van al hetgeen waarvan zij uit hoofde van haar werkzaamheid als zodanig kennis neemt. De geheimhouding beperkt zich tot de informatie die vertrouwelijk aan de notaris is meegedeeld of waarvan zij het vertrouwelijk karakter moest begrijpen. Naar het oordeel van de kamer is de informatie in de brief van 8 november 2017 vertrouwelijk aan de notaris medegedeeld, zij had in ieder geval het vertrouwelijk karakter moeten begrijpen. Dit betekent dat het de notaris niet vrij stond om de bestuurder van de B.V. dan wel de B.V. over de brief van de gemachtigde van klagers te informeren. Overigens heeft de notaris ter zitting verklaard dat zij zich realiseert dat ze er beter aan had gedaan dit anders aan te pakken.

Klachtonderdeel 5 en klachtonderdeel 6 zullen daarom gegrond worden verklaard.

Klachtonderdeel 7

4.6 Klagers verwijten de notaris dat zij niet is opgetreden als een onafhankelijk notaris maar dat zij zich heeft laten leiden door de belangen van de B.V. met achterstelling van de belangen van klagers.

4.6.1 De kamer acht dit klachtonderdeel onvoldoende onderbouwd en ongegrond. Dat de notaris – zoals zij in haar verweerschrift stelt – uitdrukkelijk de belangen van beide partijen en niet alleen het belang van de B.V. voor ogen heeft gehad acht de kamer aannemelijk.

Klachtonderdeel 8

4.7 Volgens klagers heeft de notaris verklaringen afgelegd die in strijd zijn met de waarheid.

4.7.1 De kamer is van oordeel dat dit klachtonderdeel naast de andere door klagers aangevoerde klachtonderdelen geen zelfstandige betekenis heeft. Dit klachtonderdeel hoeft derhalve niet nader te worden besproken.

5. Maatregel

Gezien de aard en de ernst van de geconstateerde tekortkomingen zoals onder klachtonderdeel 1), 2), 4), 5) en 6) weergegeven en de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid daarvan zal de kamer de notaris de maatregel van berisping opleggen.

6. Kostenveroordeling

6.1 Omdat de klacht onder de klachtonderdeel 1), 2), 4), 5) en 6) gegrond wordt verklaard, dient het door klagers betaalde griffierecht van € 50,00 door de notaris aan klagers te worden vergoed en dient de notaris daarnaast € 50,00 te betalen als vergoeding voor de kosten die klagers in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs hebben moeten maken. De notaris dient deze bedragen binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan klagers te vergoeden. Klagers dienen daarvoor tijdig hun rekeningnummer schriftelijk door te geven aan de notaris.

6.2 Verder ziet de kamer aanleiding om de notaris, gelet op artikel 103b lid 1 sub b Wna en de tijdelijke richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat, te veroordelen in de kosten die in verband met de behandeling van de zaak zijn gemaakt. Deze kosten worden vastgesteld op € 3.500,00. De kamer bepaalt dat deze kosten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing moeten worden betaald aan de kamer. De notaris ontvangt hiervoor een nota van het LDCR te Utrecht.

7. De beslissing

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

- verklaart de klachtonderdelen 1), 2), 4), 5) en 6) gegrond;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
- legt notaris de maatregel van berisping op;
- veroordeelt de notaris tot betaling van het griffierecht van € 50,00 aan klagers en de door hen gemaakte kosten van € 50,00 op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder alinea 6.1 is bepaald;
- veroordeelt de notaris tot betaling van de kosten in verband met de behandeling van de zaak, vastgesteld op € 3.500,00 op de wijze en binnen de termijn als hiervóór in 6.2 is bepaald.

Deze beslissing is gegeven door mr. drs. M.J. Blaisse, voorzitter, mr. M.C.J. Heessels en mr. D.E.M.J. Eggels leden en in tegenwoordigheid van mr. B.H. Holshof, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 17 juni 2019.

De secretaris

De voorzitter

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, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam.