

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/05/350569/ KL RK 19-35

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEWARDEN

Kenmerk: C/05/350569/ KL RK 19-35

beslissing van de kamer voor het notariaat

op de klacht van

1. [A] B.V.,

en

2. [A],

wonende te [plaats],

klagers,

gemachtigde: mr. J.K.A. van Loo, advocaat te Amsterdam,

tegen

[naam notaris],

notaris te [plaats];

gemachtigde: mr. drs. M. Kremer, advocaat te Groningen.

Partijen worden hierna respectievelijk klager sub 1, klager sub 2 (en gezamenlijk klagers) en de notaris genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1. De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- het klaagschrift met bijlagen van 5 maart 2019;
- het verweerschrift met bijlagen van 16 april 2019.

1.2. De klachtzaak is ter zitting van 21 juni 2019 behandeld, waarbij zijn verschenen mr. van Loo namens klagers enerzijds, en de notaris anderzijds, bijgestaan door zijn gemachtigde.

2. De feiten

2.1. Tussen klager sub 1 (destijds genaamd Watch! B.V.) als verkoper en Brandfield B.V. (hierna: Brandfield) als koper is een koopovereenkomst gesloten met als object een onderneming met de daarbij behorende ondernemingsactiviteiten (betreffende vier winkels), diverse activa en niet op de balans geactiveerde goederen en rechtsverhoudingen ("de Activa"). De daaraan ten grondslag liggende onderhandelingen zijn tussen klager sub 2 en de heer [B], DGA van Brandfield, (hierna: partijen) zelf gevoerd.

2.2 Op 16 februari 2018 en 17 februari 2018 heeft de notaris van Brandfield informatie ontvangen over de tot stand gekomen koopovereenkomst en de voorwaarden daarvan, waaronder de tot dat moment tussen partijen gevoerde correspondentie. Op basis daarvan heeft de notaris op 20 februari 2018 een eerste concept van de onderhandse akte 'Koopakte Activa' aan Brandfield gezonden met het verzoek zijn e-mail met bijlage door te zenden aan klager sub 1.

2.3 Bij e-mailbericht van 20 februari 2018 heeft Brandfield de notaris meegedeeld het concept te hebben doorgenomen met klager sub 1 en de opmerkingen van partijen ten aanzien van het eerste concept doorgegeven. Op 21 februari 2018 ontving de notaris een aanvullende e-mail van Brandfield (cc gezonden aan klager sub 2). Naar aanleiding van deze e-mails heeft de notaris partijen op 21 februari 2018 een gewijzigd concept van de 'Koopakte Activa', gezonden en een eerste concept van de onderhandse akte 'Overeenkomst van Geldlening met Borgtocht (hierna: 'Geldlening'). De 'Koopakte Activa' is door Brandfield ondertekend op 21 februari 2018. Klager sub 2 heeft de notaris bij e-mailbericht van 22 februari 2018 de door hem getekende 'Koopakte Activa' (inclusief legalisering) toegezonden.

2.4 Brandfield heeft vervolgens due diligence onderzoek gedaan, onder meer naar de omvang van de bestaande verplichtingen en de waarde van de voorraad. Op grond daarvan heeft Brandfield bij e-mail van 26 maart 2018 klager sub 2 een voorstel gedaan voor het opstellen van een aanvullende overeenkomst door de notaris:
"De notaris stelt voor om deze aanvullende overeenkomst a.s. vrijdag om 16.00 bij hem op kantoor te tekenen en daarnaast kunnen we dan ook direct de indeplaatsstellingen en geldleenovereenkomst tekenen."

2.5 Vervolgens heeft de notaris de onderhandse akte 'Aanvullende Koopakte Activa' opgesteld, door partijen getekend op 31 maart 2018.

2.6 De koopprijs (die in eerste instantie naar verwachting ten minste € 550.000,00 zou bedragen) is uiteindelijk aangepast naar een bedrag van in totaal € 396.331,88. Betaling hiervan zou deels door creditering van de kwaliteitsrekening van de notaris plaatsvinden en deels door afstand om baat en gelijktijdige schuldigerkenning ten titel van geldlening (onder borgstelling van de heer [B]). De verlaging van de koopprijs werd verrekend met de hoofdsom van de 'Geldlening', waardoor de hoofdsom van de 'Geldlening' werd verlaagd van € 150.000 naar € 50.000.

2.7 Bij e-mail van 9 april 2018 heeft de notaris partijen een gewijzigd concept van de 'Geldlening' gezonden: *"Dit betreft een mark up versie waarin de ten opzichte van het vorige concept aangebrachte wijzigingen zijn gemarkeerd. Met name wijzigde ik de hoofdsom en nam ik op dat beide partijen de bevoegdheid tot verrekening hebben. Dit*

laatste is formeel gezien geen wijziging, aangezien dit reeds uit de wet voortvloeit, maar omwille van rechtszekerheid leek me dit toch een wezenlijke toevoeging.”

2.8 Diezelfde dag heeft klager sub 2 de notaris per e-mail bericht dat hij akkoord was. De ‘Geldlening’ is door klager sub 2 op 10 april 2018 en door Brandfield op 11 april 2018 ondertekend.

2.9 Bij e-mail van 7 februari 2019 heeft de raadsman van klagers de klachten aan de notaris kenbaar gemaakt en daarbij opgemerkt: *“Cliënt wil zich beraden over de te nemen stappen, maar wil voor nu dat uw kantoor deze klachten intern behandelt als klacht. Ik wacht de reactie van uw klachten coördinator dan ook af.”*

2.10 Bij e-mail van 12 februari 2019 heeft de notaris daarop gereageerd, voor zover van belang:

“Geen notariële akte

Het is correct dat een geldlening die is vastgelegd in een authentieke akte voor de schuldeiser de mogelijkheid biedt om bij verzuim van de schuldenaar executoriale maatregelen te nemen, zonder dat daarvoor enige rechterlijke tussenkomst nodig is. Als notaris dient daar omwille van een goede belangenafweging terughoudend mee te worden omgegaan, aangezien het belang van de schuldeiser hierdoor al snel prevaleert c.q. lijkt te prevaleren boven dat van de schuldenaar. Juist met het oog hierop wordt het gros van de geldleningen dan ook niet in een authentieke akte vastgelegd. In dat kader merk ik op dat de wet ook niet verplicht dat een geldlening wordt vastgelegd in een authentieke akte. Derhalve wordt een geldlening pas vastgelegd in een authentieke akte indien de daarbij betrokken partijen dat uitdrukkelijk zijn overeengekomen en partijen mitsdien expliciet beogen dat het belang van de schuldeiser op dit punt boven dat van de schuldenaar prevaleert. Van een dergelijke afspraak tussen partijen is mij niet gebleken. Het opnemen van een geldlening in een authentieke akte is dan ook verre van standaard. In dat kader merk ik op dat ook de Nederlandse grootbanken nauwelijks nog geldleningen vastleggen in een authentieke akte; zelfs niet in de meeste hypotheek-akten.

*De koopovereenkomst van de activa - met uw cliënte (hierna: **Watch**) als verkoper en Brandfield B.V. (hierna: **Brandfield**) als koper - is vastgelegd in een onderhandse akte en daardoor is door mij tevens de geldlening tussen Watch, Brandfield en de heer [B](hierna: **[B]**) opgenomen in een onderhandse akte. De reden daarvoor zal ik toelichten. Zoals reeds hiervoor geconstateerd, merkt u terecht op dat een geldlening die zou zijn vastgelegd in een authentieke akte voor uw cliënt de mogelijkheid zou hebben geboden tot het nemen van executoriale maatregelen indien Brandfield jegens Watch in verzuim is. Daar staat echter tegenover dat - nu de koopovereenkomst onderhands is vastgelegd - Brandfield niet zomaar executoriale maatregelen kan nemen tegen Watch indien sprake is van verzuim van Watch jegens Brandfield. Brandfield kan slechts uit hoofde van een rechterlijke uitspraak overgaan tot het nemen van executoriale maatregelen tegen Watch. Juist om in dat kader een rechtvaardige balans te hebben tussen de betrokken partijen, is de geldlening opgemaakt in de onderhandse vorm.*

3. De klacht

3.1. De notaris heeft klagers niet op de hoogte gesteld van het verschil tussen een door een notaris opgestelde onderhandse akte en een door een notaris opgestelde authentieke akte.

Klagers verwijten de notaris dat hij hen niet heeft voorgelicht over dit verschil en meer in het bijzonder over het verschil met betrekking tot tenuitvoerlegging van een notariële akte van geldlening met borgtocht en een onderhandse geldlening met borgtocht. Juist voor een geldlening en voor een borgstelling is er een duidelijke meerwaarde om die in een notariële vorm op te maken, omdat die in onderhandse vorm niet kunnen worden uitgewonnen zonder dat eerst een executoriale titel is verkregen via de rechter. Thans is duidelijk dat het in het voordeel is van Brandfield dat deze akte onderhands is en in het nadeel van klagers, omdat klagers nu eerst een executoriale titel (hebben) moeten halen om de geldlening te incasseren, met alle kosten van dien.

3.2 Klagers verwijten de notaris dat hij als onafhankelijk notaris hen niet heeft voorgelicht over de inhoud van de drie aktes, met name niet waar het de bepalingen in de 'Geldlening' betreft. In die overeenkomst is namelijk opgenomen, op verzoek van Brandfield, dat Brandfield eventuele vorderingen op klager sub 1 mag verrekenen met de geldlening. De notaris heeft klagers niet de essentie en de gevolgen daarvan uitgelegd, terwijl het volgens klagers algemeen gebruikelijk is dat een overeenkomst van geldlening de standaardbepaling bevat dat verrekening wordt uitgesloten.

3.3 Niet alleen is de borgtocht niet in notariële vorm opgemaakt, de onderhandse akte bevat voorts niet het "goedschrift" van artikel 158 lid 1 Rv. De notaris had hierop moeten toezien bij een onderhandse akte.

3.4 Klagers hadden hun klachten eerst voorgelegd aan de notaris met het verzoek dit op basis van de interne klachtenregeling van zijn kantoor te behandelen. De notaris heeft ervoor gekozen om dat niet te doen en heeft in plaats daarvan bij e-mailbericht van 12 februari 2019 zelf uitleg gegeven waarom volgens hem juist is gehandeld. Klagers menen dat de notaris het verzoek om de interne klachtenregeling te volgen niet had mogen negeren. Bovendien had de notaris hetgeen hij in die e-mail naar voren brengt, als voorlichting aan klagers voorafgaand aan de transactie moeten geven.

3.5 Ten slotte vinden klagers dat het niet aan de notaris is om - zonder overleg - de afweging te maken of een akte wel of niet notarieel wordt opgemaakt. Die keuze dient de notaris aan de partijen voor te leggen. De regel is dat een notaris notariële aktes opmaakt. Als een notaris een akte niet notarieel opmaakt, moet daar een zeer goede reden voor zijn en dient dit in opdracht van de betrokken partijen te gebeuren.

4. Het verweer

De notaris heeft verweer gevoerd. Het standpunt van de notaris wordt - voor zover van belang - in de beoordeling besproken.

5. De beoordeling

5.1. Ingevolge artikel 93 lid 1 Wna zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-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 behoeve zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-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.

Keuze onderhandse of authentieke akte

5.2 De kamer zal, gelet op de onderlinge samenhang, eerst de klachtonderdelen hiervoor onder 3.1 en 3.5 vermeld behandelen.

De notaris heeft als verweer aangevoerd dat in het onderhavige geval de wet hem niet verplicht tot vastlegging van de afspraken in een authentieke akte en dat partijen hem daarom ook niet hebben verzocht. Een authentieke akte biedt de schuldeiser weliswaar de mogelijkheid om bij verzuim van de schuldenaar zonder enige rechterlijke tussenkomst executoriale maatregelen te nemen, maar een notaris dient daar volgens hem omwille van een goede belangenafweging terughoudend mee om te gaan, om te voorkomen dat het belang van de schuldeiser prevaleert c.q. lijkt te prevaleren boven dat van de schuldenaar.

Het opmaken van de 'Geldlening' in de onderhandse vorm is bij een transactie als de onderhavige de meest logische en gebruikelijke keuze en brengt tussen de belangen van partijen de noodzakelijke balans aan. Wanneer de 'Geldlening' wel in een notariële vorm was vastgelegd had de notaris Brandfield als zodanig moeten informeren en hadden bovendien alle in het kader van de transactie opgestelde akten in notariële vorm moeten worden opgesteld. Dan zou Brandfield immers evenzeer zonder rechterlijke tussenkomst executoriale maatregelen kunnen nemen jegens de notaris bij schending van een garantie.

Dit zou juist weer niet in het belang van klagers zijn geweest, met name omdat de vaststelling of een garantie al dan niet is geschaad, betrekkelijk arbitrair is en juist in aanmerking zou moeten komen voor rechterlijke toetsing. Het nadeel dat klagers stellen te ondervinden is tegelijkertijd hun voordeel, aldus de notaris.

5.3 De kamer volgt de notaris niet in dit verweer. Partijen hebben er (juist) voor gekozen om de door hen gemaakte afspraken door een notaris te laten vastleggen, niet door een jurist, niet zijnde notaris. Als notaris heb je voor het vastleggen van afspraken tussen partijen de keuze tussen een onderhandse en een authentieke akte. Niet is gebleken dat partijen het verschil tussen deze twee mogelijkheden kenden of op de hoogte waren van de gevolgen van die keuze voor hen in het onderhavige geval. Van een notaris mag worden verwacht dat hij partijen daarover informeert. Dat geldt met name voor het vastleggen van de afspraken in de 'Geldlening', waarin de uitgestelde betaling was omgezet in een geldlening. Door het in de onderhandse vorm te gieten waren klagers genoodzaakt eerst bij de rechter een executoriale titel te halen om die uitgestelde betaling te incasseren.

De kamer is van oordeel dat de notaris de keuze niet zelf voor partijen had mogen maken, maar aan hen had moeten voorleggen. Door dit na te laten heeft de notaris in strijd met de in artikel 17 Wna vermelde zorgvuldigheid gehandeld. Dat geldt temeer in deze zaak, waarin met klagers het contact uitsluitend via de e-mail is gelopen. Uit de e-mailwisseling met klagers blijkt niet dat de notaris zijn voorkeur voor een onderhandse akte omwille van de belangenafweging vanwege garantieverplichtingen met hen heeft gedeeld.

De klachtonderdelen 3.1 en 3.5 zijn dus gegrond.

Verrekening(sverbod)

5.4 Het is juist dat de wet verrekening als uitgangspunt toestaat (artikel 6:127 BW). De toevoeging van de notaris aan de akte 'Geldlening', waarin niets over verrekening was

opgenomen, van de bevoegdheid tot verrekening bracht dan ook geen verandering in de positie van partijen. Het is in de (notariële) praktijk echter gebruikelijk om in een overeenkomst van geldlening de bepaling op te nemen dat verrekening wordt uitgesloten. De notaris had er dus verstandig aan gedaan om aan partijen uit te leggen dat hij afweek van hetgeen algemeen gebruikelijk is. Dat hij dat niet heeft gedaan acht de kamer echter op zichzelf niet tuchtrechtelijk verwijtbaar. Dit klachtonderdeel is dus ongegrond.

Geen 'goedschrift' ex artikel 158 lid 1 Rv

5.5 Het derde klachtonderdeel is wegens feitelijke onjuistheid ongegrond. Het vereiste van 'goedschrift' van artikel 158 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geldt wanneer sprake is van een onderhandse akte waarin verbintenissen van slechts één partij zijn aangegaan of vastgelegd. Daarvan was in dit geval geen sprake.

Negeren interne klachtenregeling

5.6 De kamer is van oordeel dat de notaris in tuchtrechtelijke zin geen verwijt kan worden gemaakt. De notaris heeft de klachten van klagers serieus genomen en zelf gereageerd bij e-mailbericht van 12 februari 2019. De kamer ziet niet in wat de meerwaarde van de interne klachtenregeling is en welk belang klagers daarbij zouden hebben, aangezien de klachtenfunctionaris van zijn kantoor de notaris eveneens zou hebben gevraagd een reactie op de klachten te formuleren. De kamer zal daarom ook dit klachtonderdeel ongegrond verklaren.

Maatregel

5.7 De kamer verklaart de klacht gedeeltelijk gegrond, zoals hiervoor onder 5.3 overwogen. De kamer acht het opleggen van de maatregel van waarschuwing passend en geboden.

Vergoeding griffierecht

5.8 Omdat de kamer de klacht (gedeeltelijk) gegrond verklaart, dient de notaris het door klagers betaalde griffierecht van € 50 op grond van artikel 99 lid 5 Wna aan klagers te vergoeden.

Kostenveroordeling

5.9 Nu de kamer de klacht (gedeeltelijk) gegrond verklaart en de notaris tevens een maatregel oplegt, zal de kamer de notaris, op grond van artikel 103b lid 1 Wna en de Tijdelijke richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat (Staatscourant 2019, nr. 35649), veroordelen in de volgende kosten:

- a. € 1.000 kosten van klagers in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- b. € 3.500 kosten van behandeling van de klacht door de kamer.

Er zijn geen bijzondere omstandigheden gebleken die aanleiding geven tot een andere beslissing.

Wijze en termijn van betalen griffierecht en kosten

5.10 De notaris dient de kosten van klagers en het griffierecht binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan klagers te voldoen. Klagers dienen daartoe tijdig schriftelijk hun rekeningnummer aan de notaris door te geven.

5.11 De notaris dient de kosten van de behandeling van de klacht door de kamer na het onherroepelijk worden van deze beslissing te voldoen aan het Landelijk Diensten-

centrum voor de Rechtspraak (LDCR), waarbij de in de artikelen 103b lid 3 Wna bepaalde termijn en de wijze waarop de kosten moeten worden voldaan door het LDCR per brief aan de notaris zullen worden meegedeeld.

5.12 Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht, kan buiten beschouwing blijven omdat het niet van belang is voor de beslissing in deze zaak.

6. De beslissing

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

- verklaart klachtonderdelen 3.1 en 3.5 gegrond;
- legt de notaris de maatregel van waarschuwing op;
- verklaart de klacht voor het overige ongegrond;
- veroordeelt de notaris tot betaling van € 1.050 aan klagers op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 5.10 bepaald;
- veroordeelt de notaris tot betaling van de kosten in verband met de behandeling van de zaak, vastgesteld op € 3.500,- , op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 5.11 bepaald.

Deze beslissing is gegeven door mr. D.T. Boks, voorzitter, mr. M.J. Slootweg, mr. J.T.J. Heijstek, mr. L.P. Oostveen-ter Braak en A. Roesink-Kragt, leden, en in tegenwoordigheid van mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op

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.

