KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: AL/2014/85

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: AL/2014/85

Beslissing van de kamer voor het notariaat op de klacht van

[…],
gevestigd te […], klaagster sub 1,

en

[…],
wonende te […], klager sub 2

gemachtigde: mr. P.A.W. Standhardt-Jonkers, advocaat te Utrecht,

tegen

mr. […],
notaris te […],
gemachtigden: mr. M.C.J. Höfelt en mr. A. Witteveen, advocaten te Amsterdam.

Partijen worden hierna klagers en notaris genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de klacht, met bijlagen, van 20 juni 2014;
- een brief, met bijlagen, van de notaris van 21 augustus 2014.

1.2 De klachtzaak is ter zitting van 27 maart 2015 behandeld. Klager sub 2 is in persoon verschenen, tezamen met de gemachtigde van klagers. De notaris is, tezamen met zijn gemachtigden, eveneens in persoon verschenen.

2. De feiten

2.1 Gelet op hetgeen klagers en de notaris over en weer hebben aangevoerd en op basis van de daarbij overgelegde stukken en de behandeling ter zitting, gaat de kamer uit van de volgende feiten.

2.2 Bij akte van 21 oktober 2009 is de Naamloze Vennootschap [X] Real Estate N.V. (hierna te noemen: [X]) opgericht. [X] is gevestigd in […]. Het adres van de vestiging is […]. De enig aandeelhouder van [X] is de Stichting […], waarvan de heer [A] (hierna te noemen [A]) alleen en zelfstandig bevoegd algemeen directeur is.

2.3 De activiteiten van [X] bestaan, blijkens uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel Amsterdam, onder meer uit het aan- en verkopen van onroerende zaken, het bemiddelen in de aan- en verkoop van onroerende zaken en de exploitatie van en belegging in onroerende zaken.

2.4 Ten aanzien van verschillende (voor zover nodig hierna nader omschreven) door [X] verworven registergoederen, zijn akten van levering, hypotheekakten en akten waarmee een recht van erfpacht en/of een recht van opstal is gevestigd, voor de notaris verleden.

2.5 Op 26 juli 2011 heeft de notaris in opdracht van de rechtsgeldige vertegenwoordiger van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Duokoop B.V., de akte tot vaststelling van Algemene Erfpachtvoorwaarden (“Duokoop”) verleden. In de akte is onder “*A. inleiding”* het volgende vermeld:
“1. Ten behoeve van de naamloze vennootschap: De Nederlandsche Grondbank N.V. gevestigd te Amersfoort […], is de regeling “Duokoop” ontwikkeld. De regeling “Duokoop” houdt in dat er bij de eigendom van een registergoed een splitsing plaats vindt tussen “blote eigendom” van een registergoed en het recht van erfpacht en opstal ten aanzien van dat registergoed en de daarop gestichte opstallen.
2. De regeling “Duokoop” is toepasbaar bij aankoop van een woning, onder gelijktijdige doorverkoop van de grond van de woning met een voorbehoud van een recht van erfpacht, of bij bestaande eigendom van een woning door verkoop van de ondergrond van de woning met een voorbehoud van een recht van erfpacht en opstal.”

2.6 In de akte zijn in artikel 2 onder *“B. algemene voorwaarden van recht van erfpacht en recht van opstal”* een aantal begripsbepalingen opgenomen. Onder de begripsbepalingen is onder meer vermeld: *“f. “Registergoed”: de Grond en Opstal tezamen, danwel wanneer het Erfpachtrecht wordt gevestigd op een appartement: het appartementsrecht;”*

2.7 In 2012, 2013 en 2014 is voormelde akte aangepast en telkens in gewijzigde vorm voor de notaris verleden. De onder 2.8 en 2.9 aangehaalde onderdelen zijn in enige mate uitgebreid. Indien dat voor de beoordeling van belang is, zal dat nader worden benoemd.

2.8 Klaagster sub 1 heeft het appartementsrecht, rechtgevend op het gebruik van de benedenwoning met tuin aan de […] (hierna: registergoed I), voor een bedrag van € 89.000,= verkocht aan [X]. De akte van levering is voor de notaris verleden op 29 december 2011.

2.9 Klager sub 2 heeft het appartementsrecht, rechtgevend op het gebruik van de eerste verdieping, de zolderverdieping en balkon en berging van de woning aan de […](hierna: registergoed II), voor een bedrag van € 69.500,= verkocht aan [X]. De akte van levering is voor de notaris verleden op 29 december 2011.

2.10 Ten behoeve van de financiering van de koopsommen van de registergoederen I en II zijn klagers geldleningovereenkomsten aangegaan met [X]. Voor registergoed I is een bedrag van € 43.500,= geleend aan [X]. Voor registergoed II is een bedrag van € 35.000,= aan [X] geleend.

2.11 De ondergrond, behorende bij de registergoederen I en II, is door [X] verkocht aan de Grondbank. Gelijktijdig is door [X] met de Grondbank een recht van erfpacht op de ondergrond overeengekomen.
2.12 Als zekerheid voor nakoming van de onder 2.10 genoemde verplichtingen door [X] aan klagers, zijn ten behoeve van klagers rechten van hypotheek gevestigd op het voortdurende recht van erfpacht van het appartementsrecht van de registergoederen I en II. De hypotheekakte is voor de notaris verleden op
29 december 2011.

2.13 Voorafgaande aan het passeren heeft er op die dag e-mailverkeer plaatsgevonden tussen klager sub 2 en een medewerker van het kantoor van de notaris. Daaruit blijkt onder meer dat klager sub 2 daarbij voor informatie is verwezen naar de heer […] (hierna: [B]) die namens [X] optreedt.

2.14 Sedert 16 juli 2013 verkeert [X] in staat van faillissement.

2.15 Bij brief van 19 februari 2014 geeft de curator in het faillissement aan dat hij, ter zake van, onder meer, genoemde registergoederen I en II, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van [X], de tussen [X] en de Grondbank gesloten koopovereenkomsten op grond van dwaling heeft vernietigd.

3. De standpunten

3.1 Klagers verwijten de notaris dat met akten een tegenstrijdige en andere inhoud bevatten dan zij wensten en dan waarover zij waren geïnformeerd. Klagers zien zich thans geconfronteerd met niet rechtsgeldige en wat de waarde betreft verwaarloosbare hypotheekrechten. Klagers geven aan dat zij er niet van op de hoogte waren dat er een splitsing van ondergrond en opstal zou plaatsvinden. Het was klagers sub 2 in het geheel niet duidelijk waarom er over erfpacht werd gesproken. Klager wijst op door hem gestelde vragen bij e-mail van 29 december 2011 waarop hij het volgende antwoord van (een medewerker van) de notaris heeft ontvangen: *“Voor wat betreft de vraag omtrent erfpacht verzoek ik u contact op te nemen met de [B]. Passeren kan wat mij betreft gewoon plaatsvinden”.*
Daarop heeft klager op 29 december 2011 onder meer geantwoord:”*[…], maar uit het kadaster blijkt toch dat er van erfpacht geen sprake is […].Op mijn laatste vraag of ik risico loop heeft u ook niet gereageerd, […]”*

Daarna heeft klager op 29 december 2011 het volgende antwoord van (de medewerker van) de notaris ontvangen: *"Voor de vordering die u heeft op [X] Real Estate heeft wordt een hypotheekrecht gevestigd. Hiermee wordt uw positie sterker.*

De klacht valt, samengevat, uiteen in de volgende onderdelen.
1. Aan klagers is onjuiste informatie verstrekt. Een recht van hypotheek op een recht van erfpacht is niet sterker dan een recht van hypotheek op volle eigendom. Naar de mening klagers is het tegengestelde het geval omdat het recht van erfpacht in theorie executabel is, maar in de praktijk is dat niet reëel. Volgens klagers wist de notaris dat of had hij dat behoren te weten.
2. De notaris heeft klager sub 2 ten onrechte voor informatie slechts verwezen naar [X]. De notaris had echter bij klagers moeten verifiëren of zij de gevolgen van deze ongebruikelijke transactie overzagen. De notaris heeft geen wilscontrole verricht.
3. De notaris heeft de plicht de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Daar vloeien verschillende zorgverplichtingen uit voort, waaronder de plicht tot het verstrekken van informatie over de rechten en plichten en ook een
bijzondere waarschuwingsplicht voor specifieke aan de rechtshandelingen verbonden (financiële) risico's. Klagers wijzen in dit verband op een drietal arresten van de Hoge Raad (HR 20 januari 1989, NJ 1989/766, HR 20 december 2002, NJ 2003/325 en HR 12 juni 2009, NJ 2009/274). Naar de mening van klagers heeft de notaris hier ten onrechte niet aan voldaan. Klagers merken hierbij op dat het vestigen van een recht van hypotheek op een recht van erfpacht naar hun mening allesbehalve gebruikelijk is. Bovendien bevatte de hypotheekakte onder *"Huurbeding en Beheer en ontruiming"* de, zo stellen klagers, voor hen misleidende informatie dat de appartementen niet vervreemd of aan derden in onderpand mochten worden gegeven zonder uitdrukkelijk schriftelijke toestemming van klagers.

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 Ingevolge artikel 93, eerste lid, van de Wet op het notarisambt (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 als notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris 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.

4.2 De kamer zal de klacht aan de hand van voornoemde maatstaf beoordelen en overweegt als volgt.

Klachtonderdelen 1, 2 en 3.

4.3 De kamer zal de klachtonderdelen tezamen behandelen omdat deze met elkaar samenhangen en nauw met elkaar verweven zijn. De kern van de klacht is dat de notaris

de op hem rustende zorgplicht en de plicht tot waarschuwen en informeren heeft geschonden.

4.4 In zijn inleidende verweer wijst de notaris er op dat [X] door de eigendom van de appartementsrechten direct na de verkrijging aan de Grondbank over te dragen, onder gelijktijdige vestiging van een recht van erfpacht ten gunste van [X], circa 50% van de verkoopprijs ontving, welk bedrag direct aan klagers is betaald. Ten aanzien van de restantvordering is overeengekomen dat dit bedrag door klagers aan [X] wordt geleend. Dat is verzekerd met een recht van hypotheek. Volgens de notaris kon dat alleen maar op het recht dat [X] op dat moment nog bezat, te weten het recht van erfpacht.

4.5 De kamer constateert dat bedoeld verweer er op neer komt dat niet alleen het recht van erfpacht, maar ook het appartementsrecht is of zou zijn geleverd aan de Grondbank. Deze uitleg kan echter niet worden gerijmd met de ook gegeven uitleg en de tekst van de akte “Duokoop” dat de (onder)grond of het naar rato bij een appartementsrecht behorende deel daarvan, is of wordt geleverd aan de Grondbank (met gelijktijdige vestiging van een recht van erfpacht op de grond of het deel daarvan). Alleen al het voorgaande brengt met zich dat van de notaris mocht worden verwacht dat een heldere uitleg over constructie en zekerheden zou worden gegeven
aan klagers. Daarvan is echter niet gebleken. Immers door klagers is onbetwist gesteld dat zij voorafgaande aan het passeren van de hypotheekakte van 29 december 2011 geen uitleg hebben gekregen. In het licht van de op 29 september 2011 gestelde vragen moet naar het oordeel van de kamer worden aangenomen dat klagers niet tijdig zijn geïnformeerd over deze niet alledaagse en moeilijke constructie.
Bovendien mocht van de notaris worden verwacht dat uitleg hierover schriftelijk zou zijn gegeven of dat tenminste de gegeven uitleg zou zijn vastgelegd in het dossier. Daarbij diende de notaris te benadrukken dat het gaat om een recht van hypotheek op een recht van erfpacht. De notaris mocht zeker niet volstaan met verwijzen naar [B] voor het verkrijgen van informatie. Nog daargelaten of [B], als vertegenwoordiger van één van de bij de transactie betrokken partijen, klagers voldoende objectief zou kunnen informeren, was het aan de notaris om hier de nodige uitleg te geven. Juist bij een constructie als de onderhavige mag van de enige onafhankelijke in dat geheel, de notaris, worden verwacht dat alle haken en ogen worden genoemd en met name dat gewezen wordt op zekerheden en mogelijke onzekerheden. Verder valt op dat de in de e-mail van 29 december 2011 aan klager gedane mededeling, dat sprake is van extra zekerheid, niet juist is.

4.6 Voor zover de notaris heeft gesteld dat klager ervaring heeft met onroerend goed en onroerend goed-transacties brengt dat geen wijziging in de in dit geval op de notaris rustende zorgplicht en informatieplicht. Niet is gebleken dat de door de notaris genoemde ervaring van klager deze specifieke constructie betreft of dat deze ervaring met zich bracht dat klager daar de consequenties op eenvoudige wijze van kon overzien.
4.7 Ook de wellicht ten tijde van het passeren wel gegeven uitleg brengt geen wijziging in het voorgaande. Voor de hier aan de orde zijnde problematiek is uitleg die pas op dat moment wordt gegeven niet tijdig en niet afdoende.

4.8 Gelet op het voorgaande is de kamer van oordeel dat de notaris ter zake van de hypotheekakte van 29 december 2011 jegens klagers niet heeft voldaan aan de verschillende genoemde aspecten van de zorgplicht die van hem verwacht mocht worden. De kamer zal de klacht dan ook gegrond verklaren.

4.9 Op de gegrondverklaring past in beginsel een tuchtrechtelijke reactie. De kamer is van oordeel dat met het op deze wijze niet voldoen aan de zorgplicht de notaris het vertrouwen in het notariaat in ernstige mate heeft geschaad. Dit klemt temeer nu ook nog een onjuiste reactie is gegeven op de door klagers gestelde vragen. De kamer acht daarom in dit geval het opleggen van de maatregel van een schoring in de uitoefening van het ambt van notaris voor de duur van twee maanden gepast en geboden.

4.10 Gelet op het voorgaande wordt als volgt beslist.

5. De beslissing

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

- verklaart de klacht gegrond;
- legt de notaris de maatregel van een schorsing in de uitoefening van het ambt van notaris voor de duur van twee maanden op.

Deze beslissing is gegeven door mr. L.A. van Son, voorzitter, mrs. J.G.T.M. Castrop, C.J.M. Hendriks, L.P. Oostveen-ter Braak en H. Quispel, leden, en in tegenwoordigheid van G.J. Doeleman, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 21 mei 2015.

De secretaris, De voorzitter,