

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: SHE/2023/34

Klachtnummer : SHE/2023/34

Datum uitspraak : 18 december 2023

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT 's-HERTOGENBOSCH

Beslissing van de kamer voor het notariaat op de klacht van:

1. de heer [X]

wonende in [plaatsnaam]

2. de heer [Y]

wonende in [plaatsnaam]

hierna te noemen klagers

gemachtigde: de heer mr. J.A.M. van de Sande, advocaat in Rotterdam

tegen

notaris mevrouw mr. [Z] (hierna:de notaris)

gevestigd in [plaatsnaam]

gemachtigde: de heer mr. V.J.N. van Oijen, advocaat in Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit de volgende stukken:

- de klacht (met bijlagen), door de kamer per e-mail ontvangen op 29 juni 2023;
- het verweerschrift (met bijlagen) van de notaris van 9 augustus 2023.

1.2. De klacht is mondeling behandeld op de openbare zitting van de kamer van 16 oktober 2023. Klagers en de notaris bijgestaan door hun gemachtigden zijn daarbij aanwezig geweest en hebben hun standpunten over en weer toegelicht. Klagers en de notaris hebben dit mede gedaan aan de hand van pleitnotities, die zij aan de kamer hebben overhandigd.

2. De feiten

De klacht gaat over de levering van een onroerende zaak door de notaris waarbij de notaris de op haar derdenrekening gestorte waarborgsom door koper heeft aangewend ter voldoening een deel van de koopsom. Voor de beoordeling van de klacht acht de kamer de volgende feiten van belang.

2.1. Klagers en [A] B.V. (hierna: [A]) hebben op 2 september 2022 een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot een onroerende zaak (hierna: de woning). In de koopovereenkomst, waarin klagers als verkoper hebben te gelden en [A] als koper optreedt, is onder andere opgenomen:

‘artikel 1 Verkoop en koop

Verkoper verkoopt aan koper, die van verkoper koopt de eigendom van het perceel grond met het pand met ondergrond, erf en tuin, staande en gelegen te [plaatsnaam],[straatnaam met nummer] en verdere aanhorigheden kadastraal bekend als gemeente [plaatsnaam], sectie E no. 831, groot, 0 are en 12 ca.

(...)

artikel 4 Eigendomsoverdracht

4.1. *De akte van levering zal gepasseerd worden op 31 december 2022 of zoveel eerder indien koper wenst of later als partijen tezamen nader overeenkomen, ten overstaan van een notaris verbonden aan notariskantoor **Miranda van den broek Notarissen** (...).*

Artikel 5 Bankgarantie/Waarborgsom

5.1. *(...)*

5.2. *In plaats van deze bankgarantie te stellen kan koper een waarborgsom storten ter hoogte van het in artikel 5.1. genoemde bedrag in handen van de notaris via diens derdenrekening. De waarborgsom moet uiterlijk op de in artikel 5.1 genoemde dag zijn bijgeschreven op genoemde rekening.*

Deze waarborgsom zal, behoudens het in artikel 11 bepaalde, met de koopsom worden verrekend voor zover de koopsom en het overige door koper verschuldigde niet uit een door koper aangegane geldlening worden voldaan. Het gedeelte van de waarborgsom dat niet wordt verrekend, wordt aan koper terugbetaald zodra hij aan zijn verplichtingen op grond van deze koopovereenkomst heeft voldaan. (...)

(...)

Artikel 11 Ingebrekestelling/Ontbinding

11.1. *Indien één van de partijen, na in gebreke te zijn gesteld, gedurende acht dagen nalatig is of blijft in de nakoming van één of meer van haar uit deze koopovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, kan de wederpartij van de nalatige partij deze koopovereenkomst zonder rechterlijke tussenkomst ontbinden door middel van een schriftelijke verklaring aan de nalatige partij.*

(...)

11.3 . *Indien de wederpartij geen gebruik maakt van haar recht de koopovereenkomst te ontbinden en nakoming verlangt, zal de nalatige partij ten behoeve van de wederpartij na afloop van de in artikel 11.1 vermelde termijn van acht dagen voor elke sedertdien verstreken dag tot aan de dag van nakoming een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigdheid zijn van drie promille (3‰) van de koopsom met een maximum van tien procent (10%) van de koopsom(...).*

11.5. *De notaris wordt bij dezen verplicht, en voor zover nodig door partijen onherroepelijk gemachtigd, om:*

a. indien koper een boete is verschuldigd, het bedrag van deze boete uit het aan de notaris uitgekeerde bedrag van de bankgarantie dan wel uit de bij de notaris gestorte waarborgsom, aan verkoper te betalen;

b. indien verkoper een boete is verschuldigd, de aan de notaris ter hand gestelde bankgarantie aan de bankinstelling terug te zenden dan wel de door koper bij de notaris gestorte waarborgsom aan koper terug te betalen;

c.(...);

d. indien beide partijen tekortschieten of de notaris onvoldoende kan beoordelen wie van beide partijen tekortschiet dan wel of er sprake is van tekortschieten, - behoudens eensluidende betalingsopdracht van partijen - de bankgarantie of waarborgsom onder zich te houden totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak of uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is beslist aan wie hij het bedrag moet afdragen.

2.2. [A] heeft een waarborgsom van € 33.500 gestort op de derdenrekening van de notaris.

2.3. Op 14 december 2022 heeft de notaris een e-mailbericht naar [A] gestuurd met onder andere de navolgende inhoud:

'Hierbij bevestig ik ons telefoongesprek. Zoals bij u bekend is in de koopovereenkomst opgenomen dat het perceel maar 12m2 is. De bovenwoning zweeft derhalve boven het perceel van de burens [nr.].

Aan het Kadaster heb ik verzocht na te kijken waarom alleen de voordeur, hal en trapportaal is ingemeten. Het Kadaster geeft aan dat het perceel in 1979 is ingemeten op aanwijzing van partijen. Partijen hebben destijds alleen laten inmeten de voordeur, hal en trapportaal.

Het is niet gezegd dat uw verkoper geen eigenaar is van de bovenwoning. Op grond van horizontale natrekking danwel verjaring kan het zijn dat verkoper eigenaar is, maar is dat nog niet vastgesteld in een notariële akte en ingeschreven bij het Kadaster. In de akte van levering kan ik dus alleen maar 12 m2 leveren waarvan u dan eigenaar wordt.

Er zijn een aantal oplossingen:

1. *De woning opnieuw kadastraal laten inmeten met de onderdoorgang en vervolgens de eigenaar van [nr.] (de burens) laten mee-tekenen voor de levering aan u. (...) U wordt dan eigenaar van het hele pand inclusief de grond en de doorgang (...)*

2. *We vestigen een opstalrecht ten behoeve van de bovenwoning en de eigenaar van [nr.] blijft eigenaar van de doorgang en de grond onder de bovenwoning (...)*

4. *Mocht de eigenaar geen medewerking verlenen, dan kan een verjaringsprocedure worden gestart bij de rechtbank. Ook is mogelijk om samen met de eigenaar van [nr.] een akte verjaring op te stellen, te tekenen en vervolgens in te schrijven bij het kadaster. Ook hierbij hebben we medewerking nodig van de eigenaar van [nr.], dus voorzover mogelijk kadastrale metingen. Uiteraard moet eerst uitgezocht worden wat de vereisten zijn voor de verjaring.*

We hebben afgesproken dat u in overleg gaat met verkopers gezien de bovenstaande situaties en oplossingen. Kunt u mij berichten wat u samen gaat besluiten, zodat ik daar rekening mee kan houden (...)

2.4. Tussen de partijen bij de koopovereenkomst is een geschil ontstaan. [A] stelde zich op het standpunt dat klagers haar een onroerende zaak hadden verkocht die niet geleverd kan worden. Klagers wensten nakoming van de koopovereenkomst en maakten aanspraak op de contractuele boete als bedoeld in artikel 11.3 van de koopovereenkomst.

2.5. Bij e-mailbericht van 12 januari 2023 heeft de gemachtigde van klagers een medewerker van de notaris verzocht de door [A] verbeurde contractuele boete over te maken.

2.6. De notaris heeft de gemachtigde van klagers op 16 januari 2023 medegedeeld dat zij gelet op artikel 11 lid 5 sub d van de koopovereenkomst gehouden is de waarborgsom onder zich te houden totdat er een uitspraak is van de rechter die bepaalt aan wie de boete/waarborgsom uitgekeerd moet worden.

2.7. In het uitvoerbaar bij voorraad verklaarde vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg van 28 maart 2023 is [A] op vordering van klagers veroordeeld om binnen 14 dagen na betekening van het vonnis op straffe van verbeurde van een dwangsom de woning af te nemen tegen betaling van de koopsom. De tegenvordering van [A] ter terugbetaling van de door haar gestorte waarborgsom is afgewezen.

2.8. Bij e-mailberichten van 31 maart, 4, 6 en 7 april 2023 heeft de gemachtigde van klagers aan de notaris verzocht over te gaan tot betaling van de contractuele boete van € 33.500,00 uit de waarborgsom.

2.9. Namens de notaris is op 14 april 2023 onder andere aan de gemachtigde van klagers medegedeeld:

'Na overleg met een specialist en gezien het dictum onder nummer 6 van het vonnis en de overweging in 5.6 is geen uitspraak gedaan over de boete.

In conventie wordt gevorderd de nakoming door koper. Koper heeft aangegeven na te komen, zodat de akte woensdag 19 april aanstaande getekend kan worden.

Mede gezien uw mails en dat u niet tot overeenstemming komt voor wat betreft de boete, is het niet aan mij te beslissen of er wel of niet sprake is van een boete.

Zolang er geen overeenstemming is, kunt u zich wenden tot de rechter voor een uitspraak in deze.'

2.10. In zijn e-mailbericht van 14 april 2023 heeft de gemachtigde van klagers aan de notaris onder andere medegedeeld:

'Het vorderen van een boete is niet nodig omdat op grond van de koopakte de boete onmiddellijk opeisbaar is, de waarborgsom daarvoor dient en door de notaris onverwijld uitgekeerd moet worden. De rechtszekerheid eist ook dat de notaris in overeenstemming handelt met de koopakte

Wilt u mij in ieder geval voor nu per direct bevestigen dat de waarborgsom (dat wil thans zeggen: de verbeurde boete) bij u blijft en dus niet wordt aangewend voor betaling van de koopsom?'

2.11. Op 17 april 2023 heeft de notaris aan de gemachtigde van klagers per mail het navolgende medegedeeld:

'U doet een beroep op art. 11 van de koopovereenkomst.

Zolang er echter discussie bestaat over de wel- dan al niet- verschuldigdheid van de boete, blijf ik hier buiten.

U dient zich tot de koper te wenden.

De waarborgsom zal derhalve aangewend worden voor de betaling van de koopsom.

Koper komt zij verplichtingen na zodat aanstaande woensdag geleverd kan worden.

Dat heeft de rechter ook bepaald.'

2.12. Op 18 april 2023 is namens de notaris aan de gemachtigde van klagers per mail medegedeeld:

'Hierbij bevestig ik dat we onderstaande mail hebben ontvangen. Tevens wil ik u hierbij laten weten dat de nota van afrekening niet aangepast wordt.'

2.13. Op 18 april 2023 heeft de gemachtigde van klagers aan de notaris onder andere per e-mail medegedeeld:

'U hebt een concept leveringsakte aan mijn cliënten gestuurd met de redactie:

“Verder verlenen verkoper en koper elkaar voor zover van toepassing kwijting voor de overige bedragen die als gevolg van de koopovereenkomst en deze levering van toepassing zijn”

U hebt geen enkele toelichting aan cliënten gegeven bij deze passage (volzin) in de concept leveringsakte. U kent het standpunt van cliënten, inhoudende dat zij aanspraak maken op de contractuele boete.

U hebt cliënten op 14 april 2023 terzake gemeld: zolang er geen overeenstemming is, kunt u zich wenden tot de rechter voor een uitspraak in deze.

De door u zonder toelichting opgenomen volzin is echter mogelijk dubbelzinnig. Om deze reden is de hiervoor weergegeven passage onaanvaardbaar.

Ik verzoek u met kracht van sommatie deze per direct in de akte te schrappen. In dat geval kan de volmacht gebruikt worden.'

2.14. Vervolgens heeft de notaris het beding in het concept van de akte van overdracht dat partijen elkaar kwijting verlenen 'voor de overige bedragen die als gevolg van de Koopovereenkomst en deze levering verschuldigd zijn' aangepast. Volgens de aanpassing was van de kwijting uitgezonderd de aanspraak van verkopers op koper uit hoofde van de door koper verbeurde contractuele boete. Nadat de koopsom (inclusief de eerder betaalde waarborgsom) op haar kwaliteitsrekening was ontvangen, heeft de notaris op 19 april 2023 de akte van overdracht van de woning gepasseerd.

3. De klacht

3.1. Klagers verwijten de notaris niet onpartijdig en onafhankelijk te hebben gehandeld. De klacht valt uiteen in de volgende onderdelen:

4. De notaris heeft niet gehandeld zoals van haar verwacht mocht worden gelet op artikel 11.5 van de koopovereenkomst. Zij had de waarborgsom ten titel van contractuele boete aan klagers uit moeten keren, dan wel de waarborgsom onder zich moeten houden in plaats van deze aan te wenden ter betaling van een gedeelte van de koopsom.

5. De notaris heeft een concept leveringsakte opgesteld en naar klagers rechtstreeks gestuurd waarbij finale kwijting werd opgenomen ten nadele van klagers, ondanks haar wetenschap dat klagers onverminderd aanspraak maakten jegens [A] op betaling van de contractuele boete.

3.2. De notaris heeft verweer gevoerd tegen de klacht. Voor zover dit verweer van belang is voor de beoordeling, zal dit hierna worden besproken.

4. De beoordeling

Reikwijdte van het tuchtrecht

4.1. Op grond van artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan het tuchtrecht onderworpen. De tuchtrechter toetst of hun handelen of nalaten in strijd is met het bepaalde in de Wna en andere toepasselijke bepalingen. Ook kan de tuchtrechter toetsen of zij voldoende zorg in acht hebben genomen ten opzichte van de (rechts)personen voor wie zij optreden en of zij daarbij hebben gehandeld zoals een

behoorlijk beroepsbeoefenaar behoort te doen. Zo moet een notaris het ambt in onafhankelijkheid uitoefenen en de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken personen op onpartijdige wijze en met de

grootst mogelijke zorgvuldigheid behartigen (artikel 17 lid 1 Wna).

Klachtonderdeel 1

Standpunt van klagers

4.2. Klagers zijn van mening dat de notaris geen correcte uitvoering heeft gegeven aan artikel 11.5 sub d van de koopovereenkomst waardoor zij zijn benadeeld. Op grond van dit artikel had de notaris de waarborgsom onder zich moeten houden totdat bij in kracht van gewijsde gegane uitspraak of uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis is beslist aan wie zij dit bedrag moet afgedragen. In kort geding heeft de rechter bepaald dat [A] toerekenbaar tekortgeschoten was, zodat de notaris volgens klagers niet kon volhouden dat dit onduidelijk voor haar was. Zelfs in het geval dit voor de notaris onduidelijk was, is haar handelen niet correct geweest omdat zij ook dan de waarborgsom onder zich had moeten houden totdat de rechter daarover had beslist. Dit heeft zij ook in haar correspondentie bevestigd. Later berichtte de notaris echter dat de waarborgsom zal worden aangewend ten behoeve van de betaling van de koopsom.

Standpunt van notaris

4.3. Allereerst stelt de notaris zich op het standpunt dat klagers niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard ter zake van dit klachtonderdeel omdat de kamer geen oordeel kan geven over de verschuldigheid van de contractuele boete.

Vervolgens verweert de notaris zich door aan te voeren dat ten tijde van de levering van de woning de verschuldigheid van de contractuele boete niet onbetwist vast stond tussen partijen. Bij gebreke van een daartoe strekkende vordering heeft de voorzieningenrechter zich daarover in het vonnis van 28 maart 2023 niet uitgelaten. Het lag dan volgens de notaris op de weg van klagers om zich ten aanzien van de verschuldigheid van de boete nogmaals tot de rechter te wenden, dan wel conservatoir beslag te leggen op de waarborgsom die zij onder zich had. Nu klagers dat hebben nagelaten, was toepassing van artikel 11.5 van de koopovereenkomst volgens de notaris niet aan de orde. De notaris stelt zich op het standpunt dat zij ingevolge artikel 5.2. van de koopovereenkomst op 19 april 2023, ten tijde van de levering van de woning, de waarborgsom heeft moeten verrekenen met de koopsom. De waarborgsom had na het vonnis in kort geding geen andere juridische status dan een aanbetaling op de koopsom en is daarmee ten goede gekomen aan de klagers. De notaris is daarbij niet over één nacht ijs gegaan en heeft overleg gehad met meerdere vakgenoten en de vertrouwensnotaris.

Oordeel van de kamer

4.4. De kamer kan geen oordeel geven over de civielrechtelijke vraag of [A] een contractuele boete verschuldigd is aan klagers. Het oordeel over die vraag is voorbehouden aan de burgerlijke rechter. Dit neemt niet weg dat het handelen van de notaris tuchtrechtelijk wel kan worden beoordeeld aan de hand van de in overweging

4.1 omschreven maatstaf. Dit klachtonderdeel ziet op dat handelen en is dus ontvankelijk.

4.5. De kamer is van oordeel dat dit klachtonderdeel ongegrond is. Klagers en [A] hadden geen overeenstemming bereikt over verschuldigdheid van de contractuele boete. Toen de voorzieningenrechter op vordering van klagers [A] had veroordeeld om de woning af te nemen tegen betaling van de koopsom en zij de gehele koopsom had ontvangen, moest de notaris de akte van overdracht passeren. Er was op dat moment door klagers geen conservatoir beslag gelegd op de waarborgsom. Ook hebben klagers ter zake van de gestorte waarborgsom geen civiele procedure aanhangig gemaakt, laat staan dat er op dat moment, een in kracht van gewijsde gegane uitspraak of uitvoerbaar bij voorraad verklaarde veroordeling was die meebracht dat de notaris de waarborgsom onder zich moest houden. Dit klemt temeer daar de notaris klagers, die werden bijgestaan door een advocaat, meermaals op deze optie heeft gewezen en dat de notaris ook had aangegeven de waarborgsom aan te wenden voor de betaling van de koopsom. Dat de koopsom die de notaris onder zich had na levering van de woning toekwam aan klagers als verkopers staat niet ter discussie. De notaris heeft onder de hiervoor genoemde omstandigheden dan ook niet tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld door de waarborgsom ingevolge artikel 5.2. van de koopovereenkomst te verrekenen met een gedeelte van de koopsom, temeer daar de voorzieningenrechter in het vonnis van 28 maart 2023 de reconventionele vordering van klagers tot terugbetaling van de waarborgsom heeft afgewezen. Dat de notaris aanvankelijk had geschreven dat zij de waarborgsom onder zich zou houden, leidt niet tot een ander oordeel.

Klachtonderdeel 2

4.6. De notaris wordt verweten dat zij naar klagers een concept van de leveringsakte heeft gezonden, waarin - zonder een toelichting - een beding ter finale kwijting ten nadele van klagers was opgenomen, waardoor klagers geen aanspraak meer zouden kunnen maken op de contractuele boete. Tevens wordt de notaris verweten dat zij dit document enkel naar klagers heeft gestuurd en niet naar hun advocaat. Ook hieruit volgt volgens klagers dat de notaris niet op een onpartijdige wijze, althans niet op een van een notaris te vergen zorgvuldige wijze haar werkzaamheden heeft verricht.

4.7. De notaris voert aan dat klagers geen redelijk belang hebben bij dit klachtonderdeel omdat in de definitieve versie een bepaling is opgenomen die wel de goedkeuring van klagers heeft. Vervolgens heeft de notaris aangevoerd dat het gebruikelijk is om de concept akte naar partijen te sturen en niet naar hun advocaat. Van enig verwijtbaar handelen is volgens de notaris geen sprake. Wel heeft zij tijdens de zitting voor die gang van zaken excuses aangeboden.

4.8. De kamer is van oordeel dat klagers een redelijk belang hebben bij dit klachtonderdeel. Voor zover de notaris aanvoert dat dit klachtonderdeel niet ontvankelijk is, verwerpt de kamer dit verweer. Het concept van de akte van levering bevatte een onjuist beding van finale kwijting terwijl de notaris bekend was met het geschil tussen klagers en [A] over de contractuele boete. Een concept van een akte kan worden aangepast. Dit laatste is op verzoek van klagers ook gebeurd. Ter zitting heeft de notaris excuses aangeboden voor de onjuistheid in het concept van de akte.

Het verwijt dat de notaris het concept van de akte naar de advocaat van klagers had moeten zenden, mist feitelijke grondslag. Niet gebleken is dat dit was overeengekomen, noch hebben klagers voldoende bestreden dat het gebruikelijk is om een concept van een akte naar partijen rechtstreeks te verzenden. Klachtonderdeel 2 is onder deze omstandigheden van onvoldoende gewicht en zal daarom ongegrond worden verklaard.

5. De beslissing

De kamer:

verklaart de klacht ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mr. C. Kool, (plaatsvervangend) voorzitter, mr. T. Zuidema, (plaatsvervangend) rechterlijk lid en mr. M.C. Stout, (plaatsvervangend) notarieel lid.

Uitgesproken in het openbaar op 18 december 2023 door mr. T. Zuidema tevens (plaatsvervangend) voorzitter, in tegenwoordigheid van de secretaris.

Hoger beroep tegen deze beslissing is mogelijk door indiening van een verzoekschrift - binnen dertig dagen na dagtekening van de aangetekende brief waarbij van deze beslissing kennis is gegeven - bij het gerechtshof in Amsterdam, postadres: Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam.