

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 09/2006

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN DE KANDIDAAT-NOTARISSEN TE ZUTPHEN

Klachtnummer:

Beslissing inzake de klacht van:

[klagers]

allen wonende te [woonplaats],
klagers,
gemachtigde: [-],
advocate te [plaats],

tegen

[notaris],

notaris te [plaats].

Partijen worden in deze beslissing mede aangeduid als klagers en de notaris.

1. **Het verloop van de procedure**

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de klacht van 2 augustus 2006 met bijlagen;
- de reactie van de notaris van 25 september 2006;
- de repliek van klagers van 16 november 2006;
- de dupliek van de notaris van 25 januari 2007;
- het proces-verbaal van de openbare vergadering van de Kamer van 26 april 2007.

2. **Vaststaande feiten**

De navolgende feiten worden als vaststaand aangenomen:

2.1 Op 4 mei 1992 is voor de notaris verleden een niet in de openbare registers ingeschreven, zogenaamde akte van economische eigendomsoverdracht van de woning aan de [adres]door [ouders] aan hun drie kinderen (hierna: klagers). Er is geen hypotheekrecht gevestigd ten behoeve van de economische eigenaren. De ouders hielden een persoonlijk recht van gebruik en bewoning van de woning. In de akte was opgeno-

men dat kopers met uitsluiting van ieder ander, daaronder begrepen de verkoper, bevoegd zijn alle beheers- of beschikkingsdaden of andere rechtshandelingen van welke aard ook met betrekking tot het verkochte te verrichten. Ten tijde van de overdracht was de woning belast met twee hypothecaire inschrijvingen.

2.2 De door klagers verschuldigde koopsommen zijn door middel van een onderhandse akte van schenking in september 1993 door hun ouders kwijtgescholden.

2.3 Bij akte van 25 oktober 1994, verleden voor [kandidaat-notaris] in dienst van de notaris, is vervolgens door de ouders van klagers een hypotheekrecht ten gunste van de Rabobank te [plaats] op de woning gevestigd.

2.4 Bij akte van 8 november 2000, verleden voor de notaris, is door de ouders nog een hypotheekrecht op de woning gevestigd ten gunste van de Rabobank.

2.5 Bij akte van 11 november 2003, verleden voor de notaris, is door de ouders ten derden male een hypotheekrecht op de woning gevestigd ten gunste van de Rabobank.

2.6 Op 23 januari 2005 is de vader van klagers overleden. De notaris is belast met de afwikkeling van de nalatenschap. Klagers hebben ten behoeve daarvan alle notariële akten die zij in het sterfhuis hadden aangetroffen, aan de notaris overhandigd.

3. De klacht, de gronden waarop deze berust en het verweer

3.1 Klagers zijn in 1992 economische eigenaren geworden van de woning van hun ouders. Hierdoor waren de ouders niet meer bevoegd enige beheers-, beschikkings- of andere rechtshandelingen van welke aard ook met betrekking tot de woning te verrichten zonder toestemming van hun kinderen.

Pas na het overlijden van hun vader in 2005 ontdekten klagers ter gelegenheid van de afwikkeling van zijn nalatenschap dat in 1994, 2000 en 2003 hun ouders zonder medeweten van klagers na de economische eigendomsoverdracht drie hypotheekrechten op de woning hadden gevestigd met medewerking althans medeweten van de notaris. Deze klacht valt uiteen in twee onderdelen:

3.2 Het eerste klachtonderdeel van klagers is dat hun benadeling voorkomen had kunnen worden indien de notaris destijds klagers had geadviseerd om de akte van economische eigendomsoverdracht in de openbare registers in te laten schrijven of om op de woning een hypotheekrecht te vestigen, dat zou worden ingeschreven in de hypotheekregisters van het Kadaster. Door deze vermelding in de openbare registers was verkoop of bezwaring van de woning door de juridisch eigenaren zonder medeweten van de economische eigenaren niet mogelijk geweest. De notaris heeft klagers over deze mogelijkheden indertijd niet geadviseerd en hij heeft evenmin op de risico's van de gekozen constructie gewezen. Hij is derhalve tekort geschoten in zijn zorgplicht en zijn informatieplicht.

3.3 Het tweede klachtonderdeel betreft het feit dat na de economische eigendomsoverdracht drie hypotheekrechten zijn gevestigd zonder dat de notaris daarvoor toestemming aan klagers heeft gevraagd. Hoewel de economische eigendom van klagers niet kon blijken uit de openbare registers, had de notaris op basis van zijn eigen dossiers of op basis van zijn eigen herinnering daarvan op de hoogte moeten zijn. Hij heeft immers zelf de akte van economisch eigendomsoverdracht gepasseerd en in 1993 is hij ook betrokken geweest bij de kwijtschelding door de ouders van de schulden van klagers. Een jaar later is geheel onder zijn verantwoordelijkheid door de toenmalige kandidaat-notaris {kandidaat-notaris} een hypotheekrecht gevestigd zonder de toestemming van de economische eigenaren te vragen, en daarna nog tweemaal door de notaris zelf. Door dit na te laten is de notaris tekort geschoten in zijn onderzoeks- en zorgplicht.

Klagers hebben hierdoor niet de kans gekregen om de kennelijke financiële problemen van hun ouders op een andere wijze op te lossen dan door middel van een extra hypotheek op de woning. Daarnaast zijn klagers door de gang van zaken financieel benadeeld.

3.4 De verweren van de notaris komen in het navolgende, voor zover nodig, aan de orde.

4. De beoordeling van de klacht

Tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van de notaris voor het handelen van toenmalig kandidaat-notaris [kandidaat-notaris].

4.1 Klagers hebben de klacht gericht tegen de notaris, maar in het klaagschrift wordt ook geklaagd over het feit dat notaris [kandidaat-notaris], destijds kandidaat-notaris, de hypotheekakte in 1994 heeft gepasseerd zonder klagers om toestemming te verzoeken.

De notaris heeft tijdens de mondelinge behandeling van de klacht verklaard dat hij in het geheel geen bemoeienis heeft gehad met deze akte. De akte is voorbereid door een notarieel medewerker van het kantoor en gepasseerd door [kandidaat-notaris] die op dat moment de waarneming had.

De klacht tegen de notaris voor zover deze het passeren van de hypotheekakte in 1994 betreft, is dan ook tegen de verkeerde persoon gericht en dient niet-ontvankelijk te worden verklaard.

De beoordeling van de ontvankelijkheid van beide klachtonderdelen.

4.2 De vraag waarvoor de Kamer zich allereerst gesteld ziet is of klagers kunnen worden ontvangen in de beide resterende klachtonderdelen. Daarbij dient de Kamer ambtshalve de ontvankelijkheid te beoordelen aan de hand van artikel 99, lid 12, van de Wet op het notarisambt (Wna), dat bepaalt dat een klacht slechts kan worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot de klacht gerechtigde heeft kennisgenomen van het handelen of nalaten van een notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven. Ingevolge vaste jurisprudentie van de Notariskamer van het Gerechtshof te Amsterdam is voor de aanvang van de bovenvermelde termijn doorslaggevend wanneer klager van het handelen of nalaten van de notaris kennis heeft genomen en niet wanneer hij tot de conclusie is gekomen dat dit handelen of nalaten onjuist is.

Het advies over de economische eigendomsoverdracht is al in 1992 door de notaris gegeven en de hypotheekakten zijn door de notaris in 2000 en in 2003 gepasseerd. Klagers hebben echter aannemelijk gemaakt dat zij pas na het overlijden van hun vader in 2005 hebben ontdekt dat hun ouders na de economische eigendomsoverdracht van hun woning aan klagers hypotheekrechten op de woning hadden gevestigd. Dit betekent ook dat ze pas op dat moment tot het oordeel konden komen dat zij in 1992 niet adequaat waren geadviseerd ter zake van de economische eigendomsoverdracht. De verjaringstermijn is daarom voor beide klachtonderdelen pas in 2005 aangevangen. Nu de klacht op 2 augustus 2006, dat wil zeggen binnen de termijn van drie jaren, is ingediend, acht de Kamer klagers in beide klachtonderdelen ontvankelijk.

Klachtonderdeel 1: onvoldoende voorlichting geven aan cliënten.

4.3 De notaris heeft ten verweere aangevoerd dat in de jaren negentig talrijke akten van economische eigendomsoverdracht van ouders aan hun kinderen zijn gepasseerd, om te voorkomen dat de ouders hun eigen vermogen moesten aanwenden bij opname in een bejaardentehuis. Het was volgens de notaris gebruikelijk om ter voorkoming van de heffing van overdrachtsbelasting te kiezen voor alleen een economische

eigendomsoverdracht, die niet mag worden ingeschreven in de eigendomsregisters bij het Kadaster. Het vestigen van een hypotheekrecht ten behoeve van de economische eigenaar - waardoor de economische eigendomsoverdracht wel uit de registers bij het Kadaster zou blijken - was indertijd in de familiepraktijk niet gebruikelijk. De notaris heeft tijdens de mondelinge behandeling van de klacht daaraan nog toegevoegd dat hij zich de onderhavige economische eigendomsoverdracht niet kan herinneren. Hij heeft echter verklaard dat het een standaardprocedure is van het kantoor om altijd de voor- en nadelen van een economische eigendomsoverdracht en het al dan niet vestigen van een zekerheidsrecht met cliënten te bespreken.

4.4 De Kamer van Toezicht is van oordeel dat het onvoldoende aannemelijk is geworden dat de notaris klagers niet van tevoren heeft ingelicht over de risico's van een economische eigendomsoverdracht en over het al dan niet vestigen van een hypotheekrecht. De notaris heeft gesteld dat hij klagers hierover wel degelijk heeft geïnformeerd, aangezien dit een standaardprocedure was. Zeker gezien het tijdverloop kan niet van de notaris worden verwacht dat hij dit nader onderbouwt. Dit klachtonderdeel is dan ook tevergeefs voorgesteld.

Klachtonderdeel 2: hypotheekrechten vestigen zonder toestemming van klagers.

4.5 De notaris heeft erkend dat hij voor het passeren van de hypotheekakten in 2000 en 2003 wel de openbare registers, maar niet zijn eigen dossiers heeft geraadpleegd. Hierdoor was hij niet op de hoogte van de eerdere economische eigendomsoverdracht aan klagers en heeft hij ten onrechte klagers niet om toestemming voor het vestigen van een hypotheekrecht op de woning verzocht. Hij heeft hier echter aan toegevoegd dat klagers zeker hun toestemming zouden hebben gegeven, om zo hun ouders een financieel zorgeloze oude dag te bezorgen.

4.6 De Kamer is van oordeel dat van een notaris mag worden verwacht dat hij bij het passeren van een hypotheekakte naast de openbare registers ook de eigen dossiers raadpleegt. Juist vanwege het feit dat de indertijd veelvoorkomende economische eigendomsoverdrachten van woningen meestal niet in de openbare registers zijn terug te vinden, rust op de notaris een extra zorgplicht om in geval van een vestiging van een hypotheekrecht in de eigen dossiers te rechercheren. De notaris heeft dit beide keren nagelaten, waardoor de hypotheekakten zijn gepasseerd zonder de vereiste toestemming van de economische eigenaren. De klacht is derhalve gegrond. Daarbij kan in het midden blijven of klagers hun toestemming hadden gegeven voor het vestigen van de hypotheekrechten indien daar om was gevraagd en of door het nalaten van de notaris klagers schade hebben geleden.

Conclusie

4.7 Conclusie dient derhalve te zijn dat klagers niet-ontvankelijk zijn voor zover hun klacht het passeren van de hypotheekakte in 1994 betreft, het eerste klachtonderdeel ongegrond en het tweede klachtonderdeel gegrond is.

De Kamer is van oordeel dat de geconstateerde onzorgvuldigheid dusdanig ernstig is dat ter zake daarvan de maatregel van waarschuwing dient te worden opgelegd. Zij neemt bij dit oordeel in aanmerking dat het voor een notaris een zwaarwegende verplichting is om voorafgaand aan het passeren van akten de in het verleden voor een cliënt gepasseerde akten te raadplegen. De Kamer tilt er zwaar aan dat het terechte vertrouwen van klagers dat hij dit zou doen, door de notaris is beschaamd.

4.8 Het voorgaande leidt tot de navolgende beslissing.

5. De beslissing

De Kamer:

verklaart klagers in de klacht niet-ontvankelijk voor zover deze het passeren van de hypotheekakte in 1994 betreft;

verklaart het tweede klachtonderdeel gegrond;

legt de notaris de maatregel van waarschuwing op;

verklaart de klacht voor het overige ongegrond.

Aldus gegeven door mr. G. Vrieze, voorzitter, dhr. E. Bos, mr W.M. Eijkelestam, mr. G.J.J. Stevelink en mr. J.W.J.M. Schurink, leden, zulks in tegenwoordigheid van mr. W.E. Markus-Burger als secretaris en uitgesproken ter openbare zitting van 7 juni 2007.

secretaris

voorzitter

Binnen 30 dagen na de dag van verzending van de brief, waarbij deze beslissing wordt toegezonden, kan hoger beroep worden ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam. Het beroepschrift dient binnen de termijn van 30 dagen door het Gerechtshof te zijn ontvangen. Het adres van het Gerechtshof luidt: Gerechtshof te Amsterdam t.a.v. kamer 17A, Postbus 1312, 1000 BH Amsterdam.