

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 362736 / NT 07-4 Pee

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDI- DAAT-NOTARISSEN TE AMSTERDAM

Beslissing van 16 april 2009 op de klacht met nummers 362736 / NT 07-4 Pee van:

Bureau Financieel Toezicht,
gevestigd te Utrecht,
vertegenwoordiger mr. M.F. Beumer

tegen:

[de notaris],
notaris te [vestigingsplaats],
raadsman mr. A. Knigge.

Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen van 31 januari 2007;
- brief gemachtigde notaris van 20 april 2007;
- schriftelijke reactie klaagster van 4 mei 2007;
- proces-verbaal mondelinge behandeling van 9 oktober 2007;
- beslissing van de kamer van 6 december 2007 over de ontvankelijkheid van klaagster;
- beslissing van de notariskamer van het Hof Amsterdam van 17 april 2008;
- verweerschrift met bijlagen van 10 juni 2008;
- repliek van 6 augustus 2008;
- brief met bijlage van BFT van 25 september 2008
- dupliek met bijlage van 16 oktober 2008
- brief van 3 maart 2009 met bijlage van klaagster.

Bij de mondelinge behandeldeling van de klacht op 5 maart 2009 zijn verschenen

mr. M.F. Beumer en F.J. Winkel, R.A. van het BFT en de notaris, vergezeld van zijn raadsman. Beide partijen hebben het woord gevoerd en hun standpunten toegelicht aan de hand van schriftelijke aantekeningen voor de zitting. Uitspraak is bepaald op 16 april 2009.

1. De feiten

- a. Het Bureau Financieel Toezicht (hierna: het BFT) heeft op 18 juli 2005 een onderzoek ingesteld bij de notaris naar de naleving van de Wet identificatie bij dienstverlening (Wid) en de Wet Melding ongebruikelijke transacties (Wet Mot). Van dit onderzoek heeft het BFT op 30 november 2005 het rapport (bijlage bij het klaagschrift) uitgebracht.
- b. Het object van het onderzoek betrof de onroerende zaak, gelegen aan de [straat en plaats], hierna: het pand. Met betrekking tot dit pand hebben in ongeveer één jaar tijd de volgende, in onderstaand schema vermelde A-B-C-D-E leveringen plaatsgevonden:

verkoper

koper

koopvk

levering

rang

prijs

notaris

[Z]

[A]

03/06/2003

03/07/2003

A-B

€122.000

[notaris x]

[A]

[B]

20/11/2003

15/01/2004

A-B

€287.000

[notaris y]

[B]

[C]

27/11/2003

15/01/2004

B-C

€387.000

[notaris y]

[C]

[D]

15/12/2003

15/01/2004

C-D

€520.000

[de notaris]

[D]

[E]

?

13/07/2004

D-E

€620.000

[de notaris]

c. Bij deze leveringen steeg de waarde van de onroerende zaak in ongeveer één jaar met totaal € 498.000 (van € 122.000 naar € 620.000), waarbij de waardeverhoging op 15 januari 2004 € 233.000 bedroeg (van € 287.000 naar € 520.000). Bij de akte van levering die op 15 januari 2004 door de notaris is gepasseerd bedroeg de waardeverhoging € 133.000 (van € 387.000 naar € 520.000), te weten 34,4 %. Bij de leveringsakte van 13 juli 2004, ook door de notaris gepasseerd, steeg de waarde van de onroerende zaak met € 100.000 (van € 520.000 naar € 620.000), te weten 19,2%.

2. De klacht

De notaris heeft zowel ten aanzien van de levering op 15 januari 2004 als de levering van

13 juli 2004 geen onderzoek ingesteld. De notaris had van beide transacties melding moeten doen op grond van artikel 9 Wet Mot bij het meldpunt te Zoetermeer en zijn dienst moeten weigeren omdat sprake was van opvallende transacties tussen gelieerde partijen. Door dit na te laten heeft de notaris in strijd gehandeld met de tuchtnorm zoals geformuleerd in artikel 98 Wna.

De notaris mag er niet aan meewerken dat jegens derden een onjuiste voorstelling van zaken wordt gegeven, te weten het opnemen in de akte van een onjuiste (te hoge) koopsom.

De notaris heeft ook een onjuiste weergave van de gang van zaken gegeven in de nota van afrekening ten aanzien van de levering op 15 januari 2004. Hij heeft in die nota van afrekening namelijk opgenomen dat het geld, dat naar zijn kantoor is overgemaakt, afkomstig is van de Rabobank, terwijl dat geld afkomstig was van een zakelijke bankrekening van koper [D].

3. Het verweer

De notaris heeft verweer gevoerd. Het verweer zal voor zover nodig bij de beoordeling worden besproken.

4. De beoordeling

4.1 Op grond van artikel 98 lid 1 jo artikel 98 lid 4 Wna zijn (kandidaat-)notarissen aan tuchtrecht onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling of een op deze wet berustende verordening, hetzij met de zorg die zij als notarissen of kandidaat-notarissen behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve zij optreden en ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. Beoordeeld dient te worden of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

De ontvankelijkheid van het BFT

4.2 Voorop gesteld wordt dat de kamer van toezicht in haar uitspraak van 6 december 2007 heeft uitgesproken dat het BFT ontvankelijk is in zijn klacht. De daarna voortge-

zette behandeling is geen (verkapt) hoger beroep van die uitspraak, zodat de kamer zich aan die uitspraak houdt. Een hernieuwde bespreking van argumenten met betrekking tot ontvankelijkheid is niet aan de orde, hoezeer partijen ter zitting van 5 maart 2009 daaraan nog aandacht hebben besteed. Slechts indien niet eerder aangevoerde argumenten die aan de ontvankelijkheid in de weg zouden staan en waarover de kamer in haar beslissing van 6 december 2007 niet heeft kunnen oordelen, na 6 december 2007 aan de orde zijn gesteld kan de kamer daarover thans nog een oordeel uitspreken. De gestelde begrenzing van de klachtbevoegdheid op grond van de taak van het BFT bij het toezicht op de nakoming van de verplichtingen krachtens de Wet Mot is in de eerdere beslissing aan de orde geweest.

Blijkens het proces-verbaal van de zitting van 9 oktober 2007 is ook de vraag of het BFT gehouden was de notaris de cautie te geven ter zitting aan de orde geweest, zodat de beslissing van 6 december 2007 ook een oordeel inhoudt op dit onderdeel van het verweer van de notaris.

4.3 De volgende ontvankelijkheidsvragen heeft de notaris eerst na 6 december 2007 opgeworpen:

- Volgens de notaris hebben het BFT en zijn medewerkers bij het onderzoek dat zij hebben ingesteld naar aanleiding van het door de notaris bij het verweerschrift ingediende waardebepalingsrapport van het pand door de heer [X] zich niet gehouden aan de voorschriften voor een zorgvuldig onderzoek, terwijl zij daartoe gehouden waren op grond van de “Gedragslijn inzake persoonsgerichte accountantsonderzoeken”. In het bijzonder klaagt de notaris erover dat het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht is genomen. Naar het oordeel van de kamer van toezicht bindt deze Gedragslijn uitsluitend de bij de organisatie die deze Gedragslijn heeft uitgebracht aangesloten accountants, voor zover deze Gedragslijn nog geldt na invoering van de Verordening gedragscode voor accountants per 1 januari 2007. Voor zover leden van het onderzoeksteam van het BFT in deze zaak tot die aangesloten accountants behoren dient de vraag of zij laakbaar hebben gehandeld te worden beoordeeld door de daartoe aangewezen tuchtrechter.

Met de notaris is de kamer van oordeel dat het beginsel van hoor en wederhoor ook in de fase waarin het onderzoek door het BFT heeft plaatsgevonden van elementair belang is, maar schending ervan of van enige andere regel van de Gedragslijn –wat overigens door de kamer niet is vastgesteld- leidt niet tot niet ontvankelijkheid van het BFT.

Met het BFT is de kamer van oordeel, dat de notaris, nog bij dupliek en bij de mondelinge behandeling, de gelegenheid heeft gehad op de bevindingen van het BFT te reageren en al hetgeen hij van belang acht tot zijn verweer aan te voeren.

- Verder meent de notaris dat het klachtrecht van het BFT is vervallen op grond van artikel 99 lid 12 Wna. De kamer volgt de notaris in dat standpunt niet. Op grond van artikel 99 lid 12 Wna kan een klacht slechts worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot klacht gerechtigde van het handelen of nalaten van de notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven kennis heeft genomen. Het motief van de wetgever voor het opnemen van deze termijn is in de wetsgeschiedenis (Tweede Kamer II, 1996-1997, 23 706, nr. 12) als volgt verwoord: *“(…) De reden daarvoor is met name gelegen in het feit dat na verloop van een bepaalde termijn ervan uit moet kunnen worden gegaan dat de betrokkene geen reden ziet om een klacht tegen de notaris in te dienen. Gezien het karakter van de procedure, waarbij elke klager zelf de procedure zonder vormvoorschriften in gang kan zetten, acht ik een dergelijke termijn alleszins aanvaardbaar. De notaris moet ook niet in lengte van jaren*

kunnen worden achtervolgd met klachten waarvan de feiten door het verstrijken van een te lange termijn nog zeer moeilijk naar behoren zijn vast te stellen. (...)

Uit de jurisprudentie – waarmee de kamer zich verenigt- blijkt dat doorslaggevend is voor de aanvang van de termijn wanneer de klager kennis heeft genomen van het handelen (of nalaten) van de notaris en niet wanneer klager tot de conclusie is gekomen dat dit handelen (of nalaten) onjuist is.

Met de notaris is de kamer van mening dat de notaris niet tot in lengte van jaren achtervolgd moet kunnen worden met klachten waarvan de feiten door het verstrijken van een te lange termijn nog zeer moeilijk naar behoren zijn vast te stellen.

Direct belanghebbenden nemen in het algemeen kennis van het handelen van de notaris op het moment dat het plaatsvindt of kort daarna. Zou voor de aanvang van de vervaltermijn worden aangeknoopt bij het moment waarop het BFT van het handelen door onderzoek kennis heeft genomen, dan zou het BFT in veel gevallen gedurende een veel langere periode kunnen klagen dan direct belanghebbenden dat zouden kunnen. Het BFT zal immers in veel gevallen pas na verloop van (langere) tijd, bij toeval of op grond van een lopend onderzoek, kennis nemen van bepaalde feiten, zodat de notaris gedurende (zeer) lange tijd er rekening mee zou moeten houden dat het BFT nog een klachtrecht heeft.

De strekking van artikel 99 lid 12 Wna, zoals hiervoor genoemd, verzet zich hiertegen.

De mening van de notaris, dat daar waar de direct belanghebbende in casu ook geen klachtrecht meer zou hebben, ook het klachtrecht van het BFT vervallen is, deelt de kamer echter niet. Ook de opvatting van het BFT, dat zich baseert op een uitspraak van de kamer van toezicht te Den Haag, dat de vervaltermijn begint te lopen vanaf het moment van het starten van het onderzoek, deelt de kamer niet. Wel kan die datum worden beschouwd als de uiterste termijn waarop de verjaringstermijn kan aanvangen, maar nu niet kan worden uitgesloten dat het BFT, om welke reden dan ook, eerst na lange tijd een aanvang maakt met een onderzoek, kan de notaris in een aantal gevallen bij aanvaarding van dat uitgangspunt worden blootgesteld aan een onwenselijk – en door de wetgever niet beoogde - lange verjaringstermijn.

Naar het oordeel van de kamer dient te worden vastgesteld wanneer het BFT als toezichthouder redelijkerwijs kennis had kunnen nemen van het handelen van de notaris. Het gaat daarbij niet louter om de uit de openbare registers kenbare akte van de notaris van 15 januari 2004. Dat handelen van de notaris werd voor het BFT pas reden tot onderzoek en het uiteindelijk indienen van de klacht, toen de akte in relatie werd gebracht met twee andere akten van andere notarissen op diezelfde dag met betrekking tot het pand verleden en een akte van een andere notaris op 3 juli 2003 verleden. Van elk van die akten afzonderlijk kon het BFT vanaf de inschrijving van de akte in de openbare registers kennis nemen. Van een handelen op grond waarvan de klacht is ingediend kon het BFT eerst na het met elkaar in verband brengen van de afzonderlijke akten, kennis nemen.

Het in verband brengen van die akten vergt een zekere verwerkingstijd. De termijn van artikel 99, twaalfde lid, Wna vangt op zijn vroegst aan op 15 januari 2004. De kamer is van oordeel dat het BFT de redelijke termijn voor het met elkaar in verband brengen van vorenbedoelde akten, niet reeds op 2 februari 2004 heeft overschreden. De klacht van het BFT is op 2 februari 2007 bij de kamer ingekomen. De klacht is daarmee niet buiten de verjaringstermijn ingediend.

De levering op 15 januari 2004

4.4 Anders dan het BFT stelt, meent de kamer dat het standpunt van de notaris, dat hij bij de levering op 15 januari 2004 wel voldoende heeft nagegaan of de overeengekomen koopprijs een reële waarde vertegenwoordigde, verdedigbaar is. De notaris heeft, alles afwegende, naar zijn mening voor het prijsverschil een acceptabele verklaring verkregen. Zo bleek de notaris onder meer uit de koopakte van 27 november 2003 ([B]/[C]), (i) dat weliswaar een splitsingsvergunning was aangevraagd maar dat deze nog niet was verkregen, (ii) dat aan het pand bij verkoop (nog) niet funderingscode II was toegekend, (iii) dat [C] geen financieringsvoorbehoud had gemaakt en (iv) dat op het pand ter zake van één van de toekomstige appartementsrechten een voorkeursrecht van koop rustte. Bij de koopakte [C]/[D] was van belang dat (i) [C] in zoverre 'klem' zat, dat hij zonder financieringsvoorbehoud had gekocht maar niet in staat was tijdig een financiering te krijgen, reden waarom hij gedwongen was het pand door te verkopen onder niet optimale condities, (ii) dat door hem geen voorbehoud werd gemaakt ter zake van de fundering en (iii) dat door hem geen voorbehoud werd gemaakt ter zake van het voorkeursrecht. Ook was – bij beide transacties – voor de notaris van belang dat het pand voor splitsing in aanmerking kwam, mits ervoor zou worden zorg gedragen dat het pand aan de daaraan te stellen eisen zou voldoen. Dat de prijs voor het pand bij de transactie een reële prijs was, had de notaris ook afgeleid uit het waardebelegingsrapport van de heer [X] van [makelaarskantoor] van 15 december 2003 (productie 3 bij het verweerschrift).

Naar het oordeel van de kamer kan met de kennis van achteraf, gelet op de daarover inmiddels afgelegde verklaringen, worden gezegd dat de notaris op zijn hoede had moeten zijn toen hij dit rapport van [X] onder ogen kreeg, maar dat de notaris zonder die kennis van achteraf ten tijde van de levering genoeg genomen met dat rapport maakt zijn handelen beoordeeld naar dat moment niet verwijtbaar. De notaris moet weliswaar rechercheren, maar is daarmee nog niet een rechercheur geworden.

4.5 Het klachtonderdeel dat op de nota van afrekening naar de mening van het BFT ten onrechte "hypotheek" zou zijn vermeld, is ongegrond. De betaling betrof de door de Rabobank verstrekte hypothecaire financiering. De notaris had die hypothecaire financiering verzorgd en had de hypotheekakte gepasseerd. Uit het veelvuldige contact dat de notaris met de Rabobank had gehad, was hem gebleken dat het bedrag dat op de derdengeldrekening van zijn kantoor was gestort, de door de Rabobank verstrekte financiering betrof voor de overdracht van het pand aan [D] (de Rabobank had daarbij ook het dossiernummer vermeld). Dat de betalingen van de bank over de rekening van [D] liepen is een niet ongebruikelijke gang van zaken en daaruit kan niet de conclusie worden getrokken dat de notaris een onjuist feit in de nota van afrekening heeft opgenomen. In welk opzicht in dit verband de notaris zou dienen te veronderstellen dat sprake was van het voorhanden hebben of gebruiken van geld, verkregen uit belastingfraude, wordt door het BFT op geen enkele wijze gesubstantieerd.

4.6 Gelet op de omstandigheden (de koopsom, waardebeleging en de financiering sloten op elkaar aan) is de kamer van mening dat de notaris, alles afwegende en ondanks de op het eerste gezicht opvallende stijging van de koopprijs, tot het oordeel mocht komen dat de transactie van 15 januari 2004 niet als ongebruikelijke transactie in het kader van de Wet Mot diende te worden gemeld. Hoewel het de voorkeur had verdiend dat verslaglegging had plaatsgevonden van zijn bevindingen, merkt de kamer op dat die verplichting niet voortvloeit uit het voor de notaris geldende tuchtrecht.

De levering op 13 juli 2004

4.7 Ook ten aanzien van het prijsverschil bij de transactie van 13 juli 2004 meent de kamer dat het standpunt van de notaris, dat er voor hem geen reden was om aan te nemen dat er sprake was van een ongebruikelijke transactie, gezien de omstandigheden van het geval verdedigbaar is. De notaris heeft gesteld dat hij ook ter zake van die transactie niet beschikte

over aanwijzingen dat, naar objectieve maatstaven bepaalbaar, de koper een te hoge prijs betaalde of de verkoper een te lage prijs ontving. Ten tijde van deze transactie was duidelijk dat het project goed liep. Er waren kopers gevonden en duidelijk was welke prijzen gerealiseerd zouden worden. Het pand was op het moment van levering reeds gesplitst en voor 4/5 deel reeds doorverkocht aan particuliere kopers voor een (verwachte) totaalprijs na renovatie die hoger lag dan € 620.000. De verhoging van de verkoopprijs met € 100.000 ten opzichte van de aankoopprijs van € 520.000 was naar de mening van de notaris te verklaren uit de inmiddels gerealiseerde verkoopprijzen van de woningen aan de particuliere kopers; verder had de voorkeursgerechtigde inmiddels ervan afgezien haar recht het appartement voor een prijs van NLG 300.000 (EUR 136.000) te kopen uit te oefenen, waardoor dit appartementsrecht voor een prijs van € 264.000 aan een derde kon worden verkocht.

Voor het overige was de prijs volgens de notaris te verklaren uit de projectrealisatie. Het project was uiteindelijk winstgevend voor [E]. De notaris heeft dus in redelijkheid mogen aannemen dat de prijs een reële prijs vertegenwoordigde en hoefde daarom naar de mening van de kamer de transactie niet als ongebruikelijk te melden in de zin van de Wet Mot.

De bewijslast

4.8 Op grond van het voorgaande oordeelt de kamer dat de notaris op basis van de bij hem bekende feiten en omstandigheden tot het oordeel mocht komen dat er geen reden was om te menen dat het de bedoeling van partijen zou zijn geweest om de fiscus te benadelen of geld afkomstig uit (zware) criminaliteit wit te wassen of dat de transacties van 15 januari 2004 en 13 juli 2004 anderszins ongebruikelijk waren.

Anders dan het BFT meent, rust naar het oordeel van de kamer op de notaris niet de bewijslast dat deze transacties niet ongebruikelijk waren.

Waar het BFT de notaris beschuldigt van plichtsverzuim, rust op het BFT de plicht dat aan te tonen. De kamer volgt de notaris in zijn verweer dat het BFT voor de omkering van de bewijslast ten onrechte een beroep doet op de zogenaamde richtsnoeren die behoren bij de subjectieve Mot-meldindicator. Zo luidt richtsnoer G2: *“De onroerende zaken worden of zijn in korte periode meer keren verhandeld met ongebruikelijk hoge winstmarges, terwijl daarvoor geen voor de beroepsbeoefenaar acceptabele verklaring kan worden gegeven”*.

De richtsnoeren hebben ook naar het oordeel van de kamer geen formele status. Ze zijn niet bindend, maar een (niet limitatief) hulpmiddel voor de beroepsuitoefening en hoeven niet (automatisch) te leiden tot een verplichting om te melden

De notaris dient zelfstandig, alles afwegende, te beslissen of sprake is van een ongebruikelijke transactie die moet worden gemeld. Slechts indien op grond van door het BFT aangevoerde feiten en omstandigheden moet worden geoordeeld, dat de notaris in redelijkheid niet tot het oordeel had kunnen komen dat er geen grond bestond om een Mot-melding te doen, heeft de notaris tuchtrechtelijk verwijtbaar gehandeld. Met de notaris is de kamer van mening dat het BFT er niet in is geslaagd feiten en omstandigheden aan te voeren die tot dat oordeel leiden.

4.9 Beslist wordt als volgt.

Beslissing

De kamer van toezicht:

- verklaart het BFT ontvankelijk;
- verklaart de klacht(en) ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mrs. J.A.J. Peeters, voorzitter, S.G. Ellerbroek, A.J.W.M. van Hengstum, R.H. Meppelink en A.J.H.M. Janssen , leden, in tegenwoordigheid van
mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 16 april 2009.

mr. E.B.T. Kienhuis,
secretaris.

mr. J.A.J. Peeters,
voorzitter.

Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam (postbus 1312, 1000 BH Amsterdam) binnen 30 dagen na de dag van verzending van de aangetekend verzonden kennisgeving.