

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 413579 / NT 08-43 B

KAMER VAN TOEZICHT OVER DE NOTARISSEN EN KANDIDAAT-NOTARISSEN

TE AMSTERDAM

Beslissing van 3 juli 2009 op de klacht met nummers 413579 / NT 08-43 B

Bureau Financieel Toezicht,
gevestigd te Utrecht,
gemachtigde: drs. D. van der Veer RA

tegen:

[de notaris]
notaris te [vestigingsplaats],
raadvrouw mr. L.H. Rammeloo.

Het verloop van de procedure

De kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift van 21 november 2008;
- verweerschrift met bijlagen van 27 januari 2009;
- repliek met bijlage van 18 februari 2009;
- dupliek van 24 maart 2009.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 21 april 2009 zijn verschenen drs. D. van der Veer en mr. A.T.A. Tilleman voor het BFT alsmede de notaris, bijgestaan door haar raadvrouw. Verder zijn aan de zijde van de notaris verschenen de heer [E] (in 2008 finance manager [Y]), mr. [F] (voorzitter bestuur [Y]) en de heer [G] (hoofd administratie [Y]). De zaak is gevoegd behandeld met de zaken tegen de notarissen [naam notaris] (rolnr. 413539/ NT 08-40 B), mr. [naam notaris] (rolnr. 413557 / NT 08-41 B) en [naam notaris] (rolnr. 413573 / NT 08-42 B).

Deze notarissen zijn eveneens verschenen. Partijen hebben het woord gevoerd aan de hand van pleitnotities. Uitspraak is bepaald op 3 juli 2009.

1. De feiten

- a. De notarissen [notaris A], [notaris B], en [notaris C] maken deel uit van het kantoor van [Y] (hierna: het notariskantoor). [Notaris D] (hierna: de notaris) was werkzaam bij het notariskantoor tot april 2009.
- b. Naar aanleiding van een regulier onderzoek van het BFT in 2006 hebben de notarissen van het notariskantoor de berekeningswijze van de bewaringspositie aangepast en afgestemd met het BFT. Het BFT heeft op 24 oktober 2006 zijn bevindingen op grond van dat onderzoek aan de kamer uitgebracht.
- c. Sinds juli 2007 werd door het notariskantoor voor een cliënt op de kwaliteitsrekening een bedrag aan overdrachtsbelasting (in verband met een aandelentransactie in vastgoedvennootschappen), dat cliënt te zijner tijd verschuldigd zou zijn aan de Belastingdienst, in depot gehouden.
- d. Op 26 juni 2008 heeft de notaris, als behandelend notaris, na het verzoek van de cliënt om – alvorens de overdrachtsbelasting aan de Belastingdienst over te maken – de over het depot opgebouwde rentevergoeding te mogen ontvangen, aan een medewerker van de administratie opdracht gegeven die rentevergoeding, een bedrag van € 35.703,55, aan cliënt uit te betalen.
- e. De administratie heeft de opdracht voorbereid, waarin per abuis niet alleen de rente maar ook het depotbedrag aan overdrachtsbelasting van € 1.135.797,- aan de cliënt betaalbaar werd gesteld. Die opdracht werd door de notaris gefiatteerd, waarbij niet werd gesignaleerd dat ook het depot daarmee zou worden uitbetaald.
- f. Op 3 juli 2008 heeft de notaris aan de administratie opdracht gegeven om – conform de instructie van de cliënt – het depot van € 1.117.686,- uit te betalen aan de Belastingdienst. De administratie heeft deze opdracht uitgevoerd zonder zich ervan te vergewissen of het geld daadwerkelijk op het dossier aanwezig was. De opdracht is door [notaris B] gefiatteerd en uitgevoerd. Het interne overzicht van het notariskantoor vermeldt op 3 juli 2008 een tekort op de kwaliteitsrekening van ongeveer € 984.000, -.
- g. Op 23 juli 2008 heeft de administratie de “dubbele” betaling ontdekt en de notaris ingelicht. Zij heeft vervolgens het geld van de cliënt teruggevorderd en in delen teruggeken.
- h. Op 4 augustus 2008 had de cliënt een bedrag van € 750.000, - terugbetaald en was de kwaliteitsrekening volgens het interne overzicht van het notariskantoor weer positief (voor een bedrag van € 298.000, -). Op dat moment resteerde echter nog een vordering op de cliënt van € 385.797, -.
- i. Op 5 augustus 2008 heeft het notariskantoor, gefiatteerd door de notaris, voor de honoraria van de aan het notariskantoor verbonden notarissen € 600.000, - overgemaakt van de kwaliteitsrekening naar de kantoorrekening. Hierdoor is op 5 augustus 2008 - volgens het interne overzicht - weer een tekort ontstaan van ongeveer € 299.000,-.
- j. Op 13 augustus 2008 heeft de notaris haar collega [notaris B] geïnformeerd over de “dubbele” betaling. Op 14 augustus 2008 zijn de overige notarissen, het management van de administratie en het kantoorbestuur ingelicht.
- k. De notarissen hebben op 15 augustus 2008 het BFT geïnformeerd over de foutief uitgevoerde betaling en het als gevolg hiervan ontstane tekort op de kwaliteitsrekening. Daarop heeft het BFT op grond van artikel 110 lid 1 en artikel 112 lid 2 van de Wet op het notarisambt (Wna) een nader onderzoek ingesteld bij het notariskantoor.
- l. Op 31 augustus 2008 was het saldo op de kwaliteitsrekening van het notariskantoor weer positief.
- m. De notarissen hebben met ingang van september 2008 de financiële controle verhoogd en de interne administratieve procedures aangescherpt en op schrift gesteld.

Tevens houden de notarissen sindsdien een buffer aan van ongeveer € 200.000, - op de kwaliteitsrekening.

2. De klacht

2.1 Als gevolg van de betalingen van 26 juni 2008, 3 juli 2008 en 5 augustus 2008 is een negatieve bewaringspositie ontstaan, hetgeen in strijd is met artikel 23 lid 1 Wna juncto artikel 15 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels en de toelichting hierop. Op grond van artikel 112 lid 3 Wna heeft het BFT op basis van de bevindingen in haar onderzoek een klacht ingediend bij de kamer.

Het openbare klachtenbeleid van het BFT houdt ten aanzien van een negatieve bewaringspositie in dat "in het geval op enig moment (dus ook tussentijds) sprake is van structureel kleinere tekorten dan wel van een incidentele negatieve bewaringspositie van groter dan € 25.000,- een klacht zal worden ingediend".

2.2 Daarbij komt dat de notarissen de bewaringstekorten niet tijdig hebben onderkend c.q. niet tijdig actie hebben ondernomen om zelf terstond de negatieve bewaringspositie aan te zuiveren, zoals voorgeschreven in artikel 25 lid 3 Wna. Ten onrechte hebben ze zich afhankelijk gesteld van de terugbetaling door hun cliënt. Het in totaal 57 dagen voortduren van een negatieve bewaringspositie kan volgens het BFT als ernstig worden aangemerkt. De aanzuivering hiervan kan niet als "terstond" uitgelegd worden.

Het BFT is van mening dat het tekort wellicht niet was ontstaan, doch in ieder geval eerder was ontdekt en minder lang had voortbestaan, indien de administratievoering volledig op orde was geweest en de bewaringspositie was berekend overeenkomstig het bepaalde in artikel 2 van de Administratieverordening.

2.3 Het BFT vermeldt in zijn klacht dat de notarissen, nadat het tekort was aangezuiverd, alles in het werk hebben gesteld om fouten als de onderhavige te voorkomen. De ingediende klacht heeft een preventief effect gehad op de organisatie van de betreffende notarissen.

3. Het verweer

3.1 De notarissen onderschrijven de resultaten en de conclusies van het BFT.

Ook de noodzaak voor het BFT om, vanuit het oogpunt van het vertrouwen in de beroepsgroep, controle en onderzoek te doen onderschrijven zij. De notarissen vragen zich wel af of het tuchtrecht moet worden aangewend om beroepsbeoefenaren te straffen, bij wie zich - ondanks het naleven van alle aanwezig, beproefde controlesystemen - een administratief incident voordoet, maar die zich een goede beroepsbeoefenaar betonen door alle middelen in het werk te stellen om een zelfde soort fout te voorkomen, zoals de notarissen hebben gedaan.

Er is sprake geweest van een ongelukkige vergissing. Van een handelen waarvan de notarissen redelijkerwijs hadden moeten verwachten dat het tot een negatieve bewaringspositie zou leiden, was geen sprake. In het onderhavige geval is wellicht sprake van een notariële fout - het kortstondige bewaringstekort - maar de klachtwaardigheid ontbreekt.

3.2 Ten onrechte betreft het BFT de bevindingen uit 2006 bij deze zaak. Deze maken geen deel uit van de klacht en zijn in dit verband niet relevant. Ondanks afstemming van de berekeningswijze van de bewaringspositie met het BFT in 2006, hebben toch de overstanden in 2008 kunnen ontstaan. Aan deze negatieve bewaringsposities ligt

dus naar de mening van de notarissen geen klachtwaardig handelen van de notarissen ten grondslag.

3.3 In zijn repliek wijst het BFT naar artikel 2 van de Administratieverordening, welk artikel zich richt op de jaarlijkse financiële verslaglegging. Het BFT heeft echter niet onderzocht en ook niet geconstateerd dat de administratievoering niet conform artikel 2 van de Administratieverordening is geweest.

3.4 De notarissen menen dat het verwijt van het BFT in de repliek op grond van artikel 25 lid 3 Wna een nieuw klachtonderdeel betreft en dat dit klachtonderdeel niet-ontvankelijk verklaard moet worden omdat, volgens jurisprudentie, de klacht niet tijdens de behandeling mag worden aangevuld. Indien de kamer meent dat dit klachtonderdeel wel ontvankelijk is, merken de notarissen het volgende op.

3.5 Van belang is dat het na het ontdekken van de overstand niet op eenvoudige wijze mogelijk was om te reconstrueren wat het actuele saldo van de debetposten was, hetgeen wordt beaamd door het BFT. Ongelukkigerwijs waren de daarvoor aangewezen personen met zomervakantie.

Verder is de financiële positie van de notarissen door de beschikbare middelen op de kantoorrekening nimmer in gevaar geweest.

3.6 In het overleg met het BFT is de voortgang van de terugvordering van de cliënt besproken, waarbij niet aan de orde is geweest en ook niet later, in de correspondentie voorafgaande aan het indienen van de klacht, dat de notarissen direct na ontdekking van de overstand tot aanzuivering hadden moeten overgaan. Ook is toen niet gesproken over de noodzaak om voor de zekerheid een bepaald bedrag naar de kwaliteitsrekening over te maken.

3.7 De notarissen begrijpen dat zij het tekort direct hadden moeten aanzuiveren. De verweten situatie (het niet terstond na ontdekking aanzuiveren) heeft slechts bestaan van 23 juli tot en met 4 augustus 2008, een periode van 11 dagen dus. Op het moment van het ontdekken van de tweede overstand (pas na 31 augustus 2008) was de kwaliteitsrekening al weer positief.

De notarissen menen dat deze overschrijding in het onderhavige geval niet als ernstig kan worden aangemerkt.

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 behoefte 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.

4.2 Anders dan de notarissen menen, is de kamer van oordeel dat het BFT wel ontvankelijk is in zijn klacht over het niet terstond aanvullen van het tekort in het saldo van de bijzondere rekening op grond van artikel 25 lid 3 Wna en in de klacht over de late ontdekking hiervan (op grond van artikel 2 Administratieverordening). Anders dan in de

door de raadvrouw van de notarissen aangevoerde jurisprudentie zijn deze klachtonderdelen gebaseerd op hetzelfde, door de notarissen erkende, feitencomplex. Deze feiten en omstandigheden heeft het BFT ingevolge artikel 112 lid 3 Wna in het klaagschrift gemeld bij de kamer. De kamer is van oordeel dat de notarissen, bij dupliek en bij de mondelinge behandeling, voldoende gelegenheid hebben gehad op het (nader) kwalificeren van de bevindingen van het BFT in te gaan en al hetgeen zij van belang achtten tot hun verweer aan te voeren.

Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft het BFT verklaard dat de door haar in de repliek gemelde feiten uit 2006 over de berekeningswijze van de bewaringspositie geen deel uitmaken van de onderhavige klacht, doch dienen ter illustratie ervan.

4.3 Uit de tekst van de wet en de toelichting daarop leidt de kamer het volgende af. De bijzondere kwaliteitsrekening van artikel 25 Wna is ervoor bedoeld aan cliënten de zekerheid te verschaffen, dat de op deze rekening staande cliëntengelden niet ten prooi vallen aan kantoor- of privé-crediteuren van de notaris zelf. Om die reden is de notaris gehouden alle gelden die aan hem in verband met zijn notariële werkzaamheden zijn toevertrouwd op een dergelijke bijzondere rekening te storten of te doen storten. Wordt door een derde geld dat aan de notaris in die hoedanigheid wordt toevertrouwd op een andere rekening dan de kwaliteitsrekening gestort, dan is de notaris verplicht onverwijld te zorgen voor storting op de kwaliteitsrekening. Voldoet hij niet aan deze verplichting, dan handelt hij in strijd met artikel 25 Wna.

4.4 De bewaringspositie van de notaris wordt door storting van derdengelden op een andere rekening van de notaris dan een kwaliteitsrekening niet beïnvloed. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van artikel 25 Wna, waar de mogelijkheid wordt genoemd dat cliëntengelden “abusievelijk op een andere rekening van de notaris zijn gestort”, maar ook en vooral uit artikel 15 Verordening beroeps- en gedragsregels en uit de daarbij gegeven toelichting.

Artikel 15 lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels (Vbgr) - ter nadere uitwerking van artikel 23 Wna - verplicht de notaris om ervoor te zorgen dat de aan hem toevertrouwde gelden (cliëntengelden) te allen tijde ten volle in geldmiddelen aanwezig zijn; de notaris moet er onmiddellijk en zonder enige beperking over kunnen beschikken; voorts moet het vorenstaande blijken uit zijn administratievoering. Over een bijzondere kwaliteitsrekening wordt in artikel 15 lid 1 Vbgr niet gesproken. De notaris voldoet aan de aan hem gestelde bewaringseis -en zijn bewaringspositie is in zoverre positief- indien de gelden zich onder hem bevinden en hij daarover onmiddellijk en zonder enige beperking kan beschikken.

Volgens de toelichting op artikel 15 lid 1 Vbgr worden onder cliëntengelden verstaan zowel de derdengelden van artikel 25 Wna als gelden van derden waarover de notaris dan wel een medewerker van het notariskantoor bevoegd is te beschikken. Hiermee is gezegd dat ook de aan de notaris als zodanig toevertrouwde gelden die (nog) niet op een bijzondere kwaliteitsrekening zijn gestort maar waarover de notaris wel onmiddellijk en zonder enige beperking kan beschikken, meetellen bij de berekening van zijn bewaringspositie.

Zolang de notaris (nog) niet heeft voldaan aan zijn verplichting de desbetreffende gelden te storten op een kwaliteitsrekening en als de tijd die nodig is om dat “onverwijld” te doen inmiddels is verstreken, of indien hij een tekort op die kwaliteitsrekening niet terstond aanvult, overtreedt hij het voorschrift van artikel 25 lid 1 respectievelijk lid 3 Wna en voldoet hij niet aan de verplichting tot een “zorgvuldige bewaring van cliëntengelden” (op grond van artikel 6 Administratieverordening).

Maar aan de bewaringseis, voortvloeiend uit artikel 23 Wna juncto artikel 15 lid 1 Vbgr, heeft hij voldaan zolang niet is komen vast te staan dat de notaris niet onmiddellijk en zonder enige beperking kon beschikken over de aan hem toevertrouwde gelden.

4.5 In de onderhavige zaak is ter gelegenheid van de mondelinge behandeling door de voorzitter van het bestuur van het notariskantoor, mr. [F], aangevoerd dat de onder 4.4 genoemde gelden aanwezig waren op het kantoor van het notariskantoor. Nu het BFT niet heeft weersproken dat het notariskantoor over de derdengelden kon beschikken, gaat ook de kamer daarvan uit. Hoewel niet onomstotelijk vaststaat dat dit het geval was, meent de kamer dat zij mag afgaan op de juistheid van die bewering, aangezien ook niet onomstotelijk vast staat dat die gelden er niet waren.

4.6 Gezien het vorenstaande komt de kamer tot de conclusie, dat het klachtonderdeel inhoudende dat er sprake was van een negatieve bewaringspositie op grond van artikel 23 Wna jo. artikel 15 Vbgr ongegrond dient te worden verklaard. Immers, van een negatieve bewaringspositie is in het onderhavige geval niet gebleken.

4.7 De kamer is echter met het BFT van oordeel dat de notaris zich niet heeft gehouden aan haar verplichting om het tekort op de kwaliteitsrekening terstond aan te vullen op grond van artikel 25 lid 3 Wna. De notaris heeft niet aannemelijk gemaakt dat ter zake van het ontstane tekort geen verwijt kan worden gemaakt. De notaris is verantwoordelijk voor een goed beheer van de administratie, waaronder begrepen de kwaliteitsrekening en een adequaat functionerend bewakingssysteem van de administratie. Het feit dat het BFT kennelijk bij de melding van het tekort en in de voorfase van de klacht niet heeft aangedrongen op het aanvullen van het tekort op de kwaliteitsrekening door de notaris, ontslaat de notaris niet van het voldoen aan voormelde verplichting. De notaris mag worden verondersteld bekend te zijn met deze verplichting en met het doel ervan, namelijk cliënten zoveel mogelijk te waarborgen dat de betreffende gelden niet onderhevig zijn aan risico's in de bedrijfsvoering van de notaris.

Dit klachtonderdeel is daarom gegrond.

De kamer rekent de notaris voormelde nalatigheid zwaar aan, mede omdat zij vanaf het moment van de ontdekking op 23 juli 2008 tot 13 augustus 2008 de andere notarissen en het BFT de foutieve betaling niet heeft gemeld.

In die verzwarende omstandigheid ziet de kamer reden om de notaris de maatregel van waarschuwing op te leggen.

4.8 Dat de late ontdekking van het tekort op de kwaliteitsrekening een gevolg is van het door het notariskantoor gehanteerde administratieve systeem, waarvoor de notarissen, zoals hiervoor onder 4.7 vermeld, verantwoordelijk zijn, is wel aannemelijk geworden.

De klacht van het BFT dat de administratievoering niet conform artikel 2 van de Administratieverordening is geweest, is in de onderhavige zaak onvoldoende onderbouwd. Met de notarissen is de kamer eens dat de jaarlijkse financiële verslaglegging geen voorwerp van onderzoek is geweest in deze klacht. De kamer is derhalve van oordeel dat dit deel van de klacht ongegrond is.

4.9 Beslist wordt als volgt.

Beslissing

De kamer van toezicht:

- verklaart het BFT ontvankelijk in alle klachtonderdelen;
- verklaart de klachtonderdelen onder 4.6 en 4.8, hiervoor genoemd, ongegrond;
- verklaart het klachtonderdeel onder 4.7, hiervoor genoemd, gegrond;
- bepaalt dat aan de notaris een waarschuwing wordt opgelegd.

Deze beslissing is gegeven door mrs. N.C.H. Blankevoort, voorzitter, J.P. van Harseler, E.R.S.M. Marres, R.H. Meppelink, en P.J. van Veen, leden, in tegenwoordigheid van mr. E.B.T. Kienhuis, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 3 juli 2009.

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

mr. N.C.H. Blankevoort,
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.