

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: KI 5/2009

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

Beslissing

op de op 16 januari 2009 ingekomen klachten van

het Bureau Financieel Toezicht,
gevestigd te Utrecht,
verder te noemen klager,

tegen

de notarissen mrs. [naam 1] en [naam 2],
beiden (in associatief verband) gevestigd te [plaatsnaam],
verder ook te noemen de notarissen.

1. Het verloop van de zaak.

Na ontvangst van de klacht is aan de notarissen de gelegenheid geboden hierop schriftelijk te reageren, van welke gelegenheid zij bij brieven van respectievelijk 29 en 30 januari 2009 gebruik hebben gemaakt.

De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden op 20 mei 2009, waarbij zijn verschenen namens klager [naam] en de notarissen in persoon.

2. De inhoud van de klachten en het standpunt van klager.

Klager, die ingevolge de hem bij artikel 110, lid 1 en 112, lid 2 van de Wet op het notarisambt (Wna) toegekende bevoegdheid bij de notarissen een onderzoek heeft ingesteld, is daarbij tot de volgende bevindingen gekomen.

Berekening bewaringspositie.

Klager heeft geconstateerd dat de periodieke berekening van de bewaringspositie van de notarissen, ondanks de al in 2006 geconstateerde en aan de kamer van toezicht gerapporteerde bevindingen, nog steeds tekortkomingen bevatte. De belangrijkste tekortkomingen betroffen volgens klager het ten onrechte in die berekening meenemen van de debiteuren en voorziening dubieuze debiteuren. Daarnaast is in de periodieke

berekening onvoldoende rekening gehouden met de actuele stand van de aan cliënten te vergoeden interest.

Negatieve bewaringspositie.

Op grond van de hiervoor vermelde constatering heeft klager in het door hem gehouden onderzoek de bewaringspositie van het kantoor op diverse tijdstippen herberekend. Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat de bewaringspositie op diverse momenten negatief was, namelijk op

- 30 juni 2007 € 76.758 negatief;
- 30 september 2007 € 62.837 negatief;
- 31 december 2007 € 24.591 negatief en
- 30 juni 2008 € 7.970 negatief.

*Beslissing klachten BFT/
notarissen mrs [namen 1 + 2]*

pagina 2

Naar de notarissen volgens klager aan hem hebben meegedeeld, zijn zij voor de controle elk kwartaal van hun bewaringspositie uitsluitend afgegaan op de mededelingen van hun administrateur dat deze positief was en hebben zij niet zelf aan de hand van hen ter beschikking gestelde overzichten gecontroleerd of de berekening aan de voorgeschreven regels voldeed.

Volgens verklaring van notaris mr. [naam 1] is de belangrijkste oorzaak van deze aldus geconstateerde negatieve bewaringspositie een buiten zijn medeweten door zijn associé notaris mr. [naam 2] op 3 april 2007 gedane privé-opname van € 140.000,--

Klager is van oordeel dat als gevolg van deze hoge privé-opname door een van de notarissen de bewaringspositie gedurende een langere periode negatief is geweest en dat de interne procedures gericht op zowel het voorkomen van een negatieve bewaringspositie als het zo snel mogelijk vaststellen daarvan, door de notarissen in onvoldoende mate is nageleefd

De notarissen hebben daarmee volgens klager in strijd met artikel 25 Wna en artikel 15, lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregels gehandeld.

Klager meent dat met name zijn bevinding betrekking hebbend op de geconstateerde negatieve bewaringspositie op diverse momenten in de door hem onderzochte periode dermate ernstig is, dat deze als klacht onder aandacht van de kamer moet worden gebracht.

3. Het standpunt van de notarissen.

Notaris mr. [naam 1]:

Ondanks zijn mededeling in het voorjaar van 2007 aan zijn associé [naam 2] naar aanleiding van diens wens om een bedrag van € 140.000,-- uit de maatschap op te willen nemen -dit voor een versnelde aflossing van een lening die hij in het kader van

de overname van het maatschapsaandeel van zijn voormalige collega [naam] was aangegaan- dat de liquiditeitspositie van het kantoor dit niet toeliet, heeft [naam 2] buiten hem om begin april 2007 de betreffende opname toch gedaan.

Omdat hij mede als gevolg van de foute berekeningswijze van de bewaringspositie van het kantoor geen alarmerende berichten over die positie van de boekhouding kreeg, heeft hij de zaak verder laten rusten.

Wat betreft die foute berekeningswijze stelt notaris mr. [naam 1] dat naar aanleiding van de daarover eerder in 2006 door het BFT geconstateerde tekortkomingen, de boekhouder de instructie heeft gekregen de berekeningswijze overeenkomstig de daaraan door het BFT gestelde eisen aan te passen, hetgeen echter, ofschoon hij en zijn associé daarvan -naar achteraf is gebleken- in te goed vertrouwen zijn uitgegaan, niet is gebeurd. Na de andermaal geconstateerde tekortkomingen is de berekeningswijze conform de instructies van het BFT thans aangepast.

*Beslissing klachten BFT/
notarissen mrs. [namen 1 + 2]*

pagina 3

Nadat hij begin 2008 de voorlopige cijfers van de externe accountant had ontvangen, bleek hem dat sprake was van een negatieve bewaringspositie, die hij aanvankelijk met een storting van € 55.000,-- heeft aangezuiverd en vervolgens, toen dit onvoldoende bleek, met nog een storting van € 125.000, aldus de notaris mr. [naam 1].

Volgens de notaris hinkt het BFT op twee gedachten. Enerzijds constateert het BFT een foute berekeningswijze en anderzijds een negatieve bewaringspositie, maar besluit alleen die laatste constatering als klacht aan de kamer voor te leggen, terwijl hij als reden voor die klacht geeft dat de interne procedures gericht op zowel het voorkomen van een negatieve bewaringspositie, als het zo snel mogelijk vaststellen daarvan, onvoldoende zou zijn nageleefd. Verder vloeit het feit dat de bewaring langer dan nodig negatief is geweest, voort uit de door het BFT geconstateerde foute berekeningswijze, die echter geen onderwerp van de klacht is. Volgens de notaris wordt door deze opstelling het in de opvatting van het BFT niet klachtwaardige handelen als argument gebruikt voor het wel klachtwaardige.

De notaris meent verder dat hem van de geconstateerde negatieve bewaringspositie geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt. Ofschoon in zijn opvatting ten aanzien van een negatieve bewaring geldt dat alle aan het betreffende notaris-kantoor verbonden notarissen daarvoor risicoaansprakelijkheid dragen, kan onder bijzondere omstandigheden van een onbeperkte gezamenlijke tuchtrechtelijke aansprakelijkheid geen sprake zijn. Een dergelijke omstandigheid doet zich volgens de notaris in de concrete situatie voor, nu de negatieve bewaringspositie buiten zijn toedoen en medeweten is veroorzaakt door een opname uit het maatschapvermogen van zijn associé, waarvan hem -notaris mr. [naam 1]- geen tuchtrechtelijk verwijt kan worden gemaakt.

Notaris mr. [naam 1] wijst in dat verband op de omstandigheid dat zijn associé [naam 2] het BFT uitdrukkelijk heeft verzocht om de klacht alleen tegen hem in te dienen.

Notaris mr. [naam 2]:

Notaris mr. [naam 2] heeft de hiervoor door notaris mr. [naam 1] ingenomen standpunten geheel onderschreven en daarbij benadrukt dat hij ten tijde van de onttrekking van de gelden aan de maatschaprekening ervan uit is gegaan dat de bewaringspositie positief was.

4. De beoordeling en de gronden daarvoor.

Ingevolge artikel 25, lid 1 Wna is de notaris verplicht bij een ingevolge de Wet toezicht kredietwezen 1992 ingeschreven kredietinstelling op zijn naam een of meer bijzondere rekeningen aan te houden met vermelding van zijn hoedanigheid, die uitsluitend bestemd zijn voor gelden, die hij in verband met zijn werkzaamheden als zodanig onder zich neemt. Gelden die aan de notaris in verband met zijn werkzaamheden als zodanig worden toevertrouwd, moeten op die rekening worden gestort. In genoemde bepaling is verder (onder meer) opgenomen dat, indien meer notarissen in een maatschap samenwerken, die bijzondere rekening ten name van die notarissen tezamen, van de maatschap of de vennootschap kan worden gesteld, terwijl lid 3 van die bepaling voorschrijft dat de notaris, of indien

*Beslissing klachten BFT/
notarissen mrs [namen 1 + 2]*

pagina 4

het een gezamenlijke rekening als hiervoor bedoeld betreft, iedere notaris verplicht is een tekort in het saldo van de bijzondere rekening terstond aan te vullen.

Daarnaast legt artikel 15, lid 1 van de Verordening beroeps- en gedragsregel aan de notaris de verplichting op dat de aan hem toevertrouwde gelden te allen tijden en ten volle in geldmiddelen aanwezig moeten zijn en dat hij daarover onmiddellijk en zonder enige beperking moet kunnen beschikken, hetgeen dient te blijken uit de administratievoering.

Op grond van de niet weersproken uit het door klager gehouden onderzoek naar voren gekomen bevindingen, moet worden vastgesteld dat de notarissen niet aan bovengenoemde verplichtingen hebben voldaan en daarmee, met name wat betreft notaris mr. [naam 2], in hoge mate tuchtrechtelijk laakbaar hebben gehandeld.

Vaststaat immers dat de geconstateerde tekorten zijn veroorzaakt door een privé-opname van aanzienlijke omvang door notaris mr. [naam 2] uit de maatschap met notaris mr. [naam 1], zonder zich ervan te vergewissen dat hun bewaringspositie dit toeliet.

De daarvoor door hem opgegeven verklaring, dat hij voor die privé-opname ervan uit is gegaan dat de bewaringspositie positief was, getuigt naar het oordeel van de kamer aan gebrek aan inzicht in hetgeen een behoorlijk notaris betaamt. Dit geldt des te meer, nu hij ter delging van een privé-schuld gelden heeft aangewend, die hij samen met zijn associé van derden (cliënten) onder zich had en dit heeft gedaan, ondanks dat zijn associé dit hem had ontraden en zelfs buiten diens medeweten.

Notaris mr. [naam 2] heeft hiermee het kantoor in een risicovolle positie gebracht.

De tegen notaris mr. [naam 2] ingediende klacht is dan ook gegrond en gelet op de hiervoor genoemde omstandigheden acht de kamer het opleggen aan notaris mr. [naam 2] van de maatregel van berisping gewenst en passend.

Ofschoon notaris mr. [naam 1] geen verwijt kan worden gemaakt voor het ontstaan van het bewaringstekort, ligt dit naar het oordeel van de kamer anders ten aanzien van het laten (voort)bestaan daarvan, dan wel het niet, overeenkomstig de hiervoor genoemde verplichting, terstond aanzuiveren van dit tekort.

Dat dit laatste het gevolg is geweest van een foutieve berekeningswijze van de bewaringspositie, welke omstandigheid klager geen onderdeel heeft laten uitmaken van zijn klacht, doet aan de tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van die tekortkoming niet af.

De in artikel 25, lid 3 Wna neergelegde verplichting om tekorten in de bewaringspositie ter stond aan te vullen, staat onlosmakelijk in verband

*Beslissing klachten BFT/
notarissen mrs [nam en 1 + 2]*

pagina 5

met de in de bepaling van artikel 25 Wna voortvloeiende bewaringsplicht van de notaris. Daarbij is in dit geval tuchtrechtelijk irrelevant de reden waarom aan de verplichting het geconstateerde tekort onmiddellijk aan te vullen niet is voldaan.

De klacht is dan ook ten aanzien van notaris mr. [naam 1] in zoverre gegrond. De kamer ziet hierin echter geen reden voor het opleggen aan hem van een tuchtrechtelijke maatregel.

5. De beslissing.

De kamer van toezicht

verklaart de ten aanzien notaris mr. [naam 2] ingediende klacht gegrond;

legt ter zake daarvan aan hem de maatregel op van berisping;

bepaalt dat deze maatregel zal worden uitgesproken door de voorzitter in een van de vergaderingen van de kamer, waartoe de notaris zal worden opgeroepen;

verklaart de tegen notaris mr. [naam 1] ingediende klacht, voor zover betrekking hebbend op het niet tijdig aanvullen van het geconstateerde bewaringstekort, gegrond;

bepaalt dat ter zake daarvan aan hem geen maatregel wordt opgelegd;

verklaart de klacht tegen notaris mr. [naam 1] voor het overige ongegrond.

Deze beslissing is gegeven op 2 juni 2009 door mr. H.C. Naves, voorzitter, mr. C. Wallis, lid, mr. J.C.M. Roelen-Nuijten, mr. E.P. ten Brinke en drs. M. Scherphof, allen plaatsvervangend leden, in tegenwoordigheid van A.C.L.M. de Jong, secretaris, en in het openbaar uitgesproken.