

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 603689/NT 16-22

KAMER VOOR HET NOTARIAAT TE AMSTERDAM

Beslissing van 3 november 2016 inzake de klacht met nummer 603689/NT 16-22 van:

Bureau Financieel Toezicht,
gevestigd te Utrecht,
het BFT,

tegen:

[de notaris],
notaris te [plaats],
de notaris,
gemachtigde: mr. R.J.B. Baarspul.

1. Het verloop van de procedure

De Kamer is uitgegaan van de volgende stukken:

- klaagschrift met bijlagen ingekomen op 3 maart 2016;
- verweerschrift met bijlage ingekomen op 25 maart 2016;
- aanvullende producties van het BFT ingekomen op 24 augustus 2016;
- aanvullende producties van de notaris ingekomen op 12 september 2016;
- bij e-mailbericht van 13 september 2016 overgelegde productie door de notaris.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 22 september 2016 is de notaris samen met mr. R.J.B. Baarspul verschenen. Eveneens waren ter zitting aanwezig mr. A.T.A. Tilleman, jurist bij het BFT, K. Faber, register accountant bij het BFT, en H.R. de Velde Harsenhorst, register accountant. Partijen hebben het woord gevoerd, de gemachtigde van het BFT en de gemachtigde van de notaris aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Vervolgens is uitspraak bepaald op 3 november 2016.

2. De feiten

De Kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden:

- a: de notaris heeft op 30 september 2014, 31 maart 2015 en 30 juni 2015 een negatieve bewaringspositie laten ontstaan ter grootte van respectievelijk € 45.000,00, € 38.000,00 en € 188.000,00;

- b: de notaris heeft op verschillende data voor de rapportagetijdstippen gelden van de kantoorrekening en/of privébankrekening van de notaris c.q. haar partner overgemaakt naar de kwaliteitsrekening zodat kortstondig een hoge(re) presentatie werd gegeven van de bewaringspositie;
- c: direct na de rapportagetijdstippen heeft de notaris de gelden van de kwaliteitsrekening weer overgemaakt naar de kantoorrekening en/of privé- bankrekening van de notaris c.q. haar partner;
- d: bij brief van 29 april 2014 heeft de voormalige accountant (BNA) aan de notaris meegedeeld dat zij heeft geconstateerd dat er herhaaldelijk overboekingen van de bijzondere rekening in de zin van art 25 WNA (hierna: kwaliteitsrekening) zijn gedaan zonder dat de notaris voorafgaand aan deze transacties had vastgesteld dat de bewaringspositie toereikend was. De bewaringspositie is hierdoor gedurende het jaar diverse malen negatief geweest.
- e: bij brief van 30 april 2015 heeft BNA – in aanvulling op haar brief van 29 april 2014 – aan de notaris medegedeeld dat zij heeft geconstateerd dat de negatieve bewaringsposities niet zijn gemeld bij het BFT en dat de onderneming niet voldoet aan de voor het notariaat geldende wet- en regelgeving.
- f: bij brief van 12 juni 2015 heeft BNA de samenwerking met de notaris beëindigd in verband met aanhoudende negatieve bewaringsposities.
- g: bij brief van 6 augustus 2015 heeft de notaris aan het BFT de negatieve bewaringspositie medegedeeld.
- h: bij brief van 6 november 2015 heeft het BFT de concept-rapportage aan de notaris doen toekomen over het door haar verrichte onderzoek met betrekking tot de negatieve bewaringspositie van de notaris.
- i: bij brief 14 november 2015 heeft de notaris op de door het BFT toegezonden concept-rapportage gereageerd.
- j: bij brief van 23 november 2015 heeft het BFT de definitieve rapportage over het door haar uitgevoerde onderzoek aan de notaris gestuurd.

3. De klacht

De klacht van het BFT omvat:

- I. het hebben van een negatieve bewaringspositie (i) ad € 188.000,00 per 30 juni 2015, (ii) ad € 45.000,00 per 30 september 2014 en (iii) ad € 38.000,00 per 31 maart 2015;
- II. een (te) hoge presentatie van de bewaringspositie op de rapportagetijdstippen 30 juni, 30 september en 31 december 2014, alsook op 31 maart 2015;
- III. een negatieve liquiditeitspositie en negatief eigen vermogen.

4. Het verweer

De notaris betoogt – voor zover van belang – dat zij geen geld van de kwaliteitsrekening heeft onttrokken voor persoonlijk (financieel) gewin. Er is slechts eenmaal geld van haar privérekening naar de kantoorrekening overgemaakt. Ook is er eenmaal geld overgemaakt van de kwaliteitsrekening naar de privérekening van de notaris en haar partner. Dit betrof gelden die eerder door de notaris per abuis naar de kwaliteitsrekening waren overgeboekt. De betalingen van de kantoorrekening naar de kwaliteitsrekening en vice versa strekten tot een rentelastverlichting voor de kwaliteitsrekening. De notaris heeft – onder verwijzing naar een uitspraak van de Kamer – zich hierbij op het standpunt gesteld dat het overmaken van derdengelden op een andere rekening dan de kwaliteitsrekening is toegelaten, indien de notaris onmiddellijk en zonder enige beperking over

de betreffende gelden kan beschikken. De negatieve bewaringspositie per 30 juni 2015 is per abuis ontstaan. Een akte is ten onrechte gepasseerd, terwijl het geld van de bank nog niet ontvangen was.

De notaris heeft naar voren gebracht dat zij thans voorzorgsmaatregelen heeft genomen en dat haar liquiditeitspositie en haar eigen vermogen per 31 december 2015 positief zijn. Voorts realiseert de notaris zich dat haar handelen ten aanzien van het onjuist presenteren van de bewaringsposities niet correct is geweest en dat zij zich er niet van bewust was dat zij daarmee onjuiste informatie aan het BFT verstrekke. De notaris betwist dat zij eerder en herhaaldelijk schriftelijk door BNA op de hoogte is gesteld van de negatieve bewaringsposities, en ook dat zij willens en wetens getracht heeft een positievere presentatie te geven van de bewaringspositie. of aan 'window-dressing' te hebben gedaan.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 van de Wet op het notarisambt (hierna: Wna) zijn notarissen aan het tuchtrecht onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die zij behoren te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoefte zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. De Kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

Klachtonderdeel I

5.2 Op grond van artikel 23, eerste lid, Wna is het de notaris verboden, rechtstreeks of middellijk, handelingen te verrichten of na te laten waarvan hij redelijkerwijs moet verwachten dat deze ertoe kunnen leiden, dat hij te eniger tijd niet zal kunnen voldoen aan zijn financiële verplichtingen. Voorts dienen op grond van artikel 13 Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (hierna: Vbg) de aan de notaris toevertrouwde gelden te allen tijde ten volle in geldmiddelen aanwezig te zijn. Dit betekent dat de bewaringspositie van de notaris, dat wil zeggen de aanwezige cliëntengelden minus de vorderingen van derden, altijd positief moet zijn en dat de notaris onmiddellijk en zonder enige beperking dient te kunnen beschikken over de aan hem toevertrouwde gelden.

5.3 Daarnaast is in artikel 3, eerste lid, Reglement verslagstaten 2010 bepaald dat, alvorens de notaris overgaat tot overboeking van een bijzondere rekening naar de (kantoor)rekening van het aan hem zelf toekomende, hij zal moeten vaststellen dat zijn bewaringspositie toereikend is.

5.4 Voorts dient de notaris op grond van artikel 11 lid 1 Vbg en artikel 7:26 Burgerlijk Wetboek voorafgaand aan de levering van registergoederen of de vestiging en levering van beperkte rechten op die registergoederen zich ervan te vergewissen dat alle gelden zijn ontvangen.

5.5 De notaris heeft – zij het met enige nuances met betrekking tot de hoogte van de negatieve bewaringsposities – erkend dat op 30 september 2014, 31 maart 2015 en 30 juni 2015 haar bewaringsposities negatief zijn geweest. Ten aanzien van de negatieve bewaringspositie per 30 juni 2015 heeft de notaris zich op het standpunt gesteld dat deze abusievelijk is ontstaan. De akte is gepasseerd in de veronderstelling dat de derdengelden aanwezig waren, terwijl het derdengeld van de bank feitelijk nog niet ontvangen was, aldus de notaris.

5.6 De Kamer is van oordeel dat de hiervoor genoemde omstandigheden de notaris niet disculperen en dat de notaris onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat haar ter zake van de ontstane bewaringstekorten geen verwijt kan worden gemaakt. De negatieve bewaringsposities zijn onder meer ontstaan doordat de notaris (periodiek) bedragen van de kwaliteitsrekening naar haar kantoorrekening heeft overgeboekt en daarbij niet heeft gecontroleerd of het saldo van de derdenrekening deze overboeking toeliet. Dat de gelden vervolgens niet zouden zijn aangewend voor persoonlijk (financieel) gewin van de notaris doet hieraan niet af. Volgens vaste jurisprudentie mogen de gelden van een kantoorrekening voor de bepaling van het saldo van de kwaliteitsrekening (en dus de bewaringspositie) immers geen rol spelen, zodat het overmaken van een (te groot) bedrag van de kwaliteitsrekening naar een kantoorrekening ertoe kan leiden dat de notaris te eniger tijd niet zal kunnen voldoen aan zijn financiële verplichtingen (Gerechthof Amsterdam 21 september 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN9441 en 23 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR5839). Daar komt bij dat er in ieder geval één betaling is gedaan van de kwaliteitsrekening naar de rekening van de partner van de notaris als gevolg waarvan de notaris niet te allen tijde zonder enige beperking de beschikking had over de aan haar toevertrouwde (derden)gelden. Dat aan de partner van de notaris slechts gelden zijn overgemaakt vanaf de kwaliteitsrekening die eerder per abuis door haar dan wel haar partner naar de kwaliteitsrekening zijn overgemaakt, is niet gebleken. De notaris heeft immers nagelaten dit betoog met een daartoe strekkend rekeningafschrift te onderbouwen.

5.7 Voorts heeft de notaris erkend dat de betreffende derdengelden niet aanwezig waren voor de datum van passeren van 26 juni 2015. Daarmee heeft de notaris het risico genomen dat de voor de overdracht benodigde gelden niet volledig zouden worden ontvangen en heeft zij in strijd met tuchtrechtelijke regelgeving ingestaan voor schulden van anderen.

5.8 Voor zover de notaris nog heeft bedoeld te betogen dat zij geen actueel overzicht had van de bewaringspositie, omdat zij de boekhoudkundige werkzaamheden had uitbesteed aan haar voormalige accountant BNA, kan dit haar evenmin baten. De notaris blijft immers zelf te allen tijde verantwoordelijk voor het bewaken van de bewaringspositie opdat hij ontdekte tekorten ogenblikkelijk kan aanvullen. Bovendien was de notaris reeds enige tijd op de hoogte dat door de wijze waarop zij zelf dagelijks de boeken bij hield zij noch BNA over een actueel overzicht van de bewaringspositie kon beschikken. De notaris is door haar handelen in gebreke gebleven met het afdoende bewaken van haar bewaringspositie, waardoor substantiële tekorten gedurende enige tijd hebben voortbestaan.

5.9 Een en ander betekent dat de notaris heeft gehandeld in strijd met de verplichtingen die voortvloeien uit het bepaalde in de hiervoor onder 5.2 tot en met 5.4 genoemde artikelen.

5.10 Gelet op het vorenstaande is de Kamer van oordeel dat de klacht op dit onderdeel gegrond is.

Klachtonderdeel II

5.11. De notaris heeft erkend dat zij de bewaringsposities onjuist aan het BFT heeft gepresenteerd door opgave te doen van een (te hoge) positieve bewaringspositie, terwijl

deze in werkelijkheid lager en zelfs negatief was. De notaris heeft daarmee in strijd gehandeld met het bepaalde in de artikelen 24 en 93 lid 1 Wna juncto artikel 2 Vbg juncto artikel 6 Administratieverordening, zodat dit klachtonderdeel eveneens gegrond is.

Klachtonderdeel III

5.12. Door het BFT is gesteld dat de notaris enige tijd een negatief eigen vermogen en een negatieve liquiditeitspositie heeft gehad. Nu de notaris deze stelling niet heeft weersproken wordt uitgegaan van de juistheid daarvan. De notaris heeft hierdoor in strijd gehandeld met het bepaalde in artikel 23 Wna juncto artikel 2 Administratie-verordening en artikel 3 van het Reglement Verslagstaten 2010. Ook dit onderdeel van de klacht is dus gegrond.

Maatregel

5.13 Het handelen van een notaris als hier aan de orde is slechts bij hoge uitzondering te verontschuldigen. In het onderhavige geval is sprake van het ontbreken van een adequaat en actueel overzicht van de bewaringspositie, het onjuist informeren van het BFT, negatieve liquiditeit en negatief eigen vermogen en drie bewaringstekorten. De Kamer acht deze nalatigheden, zowel gezamenlijk als afzonderlijk, dusdanig ernstig dat die in beginsel een ontzetting uit het ambt rechtvaardigen. Echter, op grond van de navolgende omstandigheden worden in het onderhavige geval termen aanwezig geacht hiervan af te wijken en na te noemen maatregel aan de notaris op te leggen. Daarvoor is redengevend dat de notaris spijt heeft betuigd, dat zij er op heeft toegezien dat de kwaliteitsrekening nadien geen tekorten meer vertoonde en dat zij, ook in de visie van het BFT, inmiddels toereikende maatregelen heeft getroffen teneinde dergelijke fouten in de toekomst te voorkomen. De notaris is een geïntensiveerd samenwerkingsverband aangegaan met een nieuwe accountant, waarbij de administratie thans wekelijks wordt gecontroleerd. Ook heeft de notaris duidelijk gemaakt dat zij voorafgaand aan het passeren van een akte in haar werkwijze een extra veiligheidswaarborg heeft ingebouwd om te voorkomen dat een akte wordt getekend zonder dat de daarvoor bestemde derdengelden aanwezig zijn. Het BFT heeft bij gelegenheid van de mondelinge behandeling van de klachten ook niet aangedrongen op een ontzetting van de notaris uit het ambt.

Mitsdien wordt als volgt beslist.

BESLISSING

De Kamer voor het Notariaat:

- verklaart de klacht gegrond en legt de notaris een berisping op.

Deze beslissing is gegeven door mrs. C.E. van Oosten-van Smaalen, voorzitter, M.V. Ulrici, J.D.M. Schoonbrood, C.E. Jonker en N.T. Vink, leden, in tegenwoordigheid van mr. D. Pieterse, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 3 november 2016.

Nu mr. C.E. van Oosten-van Smaalen niet bij machte is deze beslissing te ondertekenen, is deze beslissing getekend door voorzitter, mr. O.J. van Leeuwen.

Tegen deze beslissing van de kamer voor het notariaat kunnen partijen binnen dertig dagen na de datum van verzending van deze beslissing hoger beroep instellen bij het gerechtshof Amsterdam (postadres, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam).