

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 16-14

Kamer voor het notariaat in het ressort Den Haag

Beslissing d.d. 14 december 2016 inzake de klacht onder nummer **16-14** van:

[Z]

hierna ook te noemen: klaagster,
advocaat mr. M.J. Elkhuizen te Amsterdam,

tegen

[notaris],

notaris te [vestigingsplaats],
hierna te noemen: de notaris,
advocaat mr. W.L. Stolk te Rotterdam.

De procedure

De Kamer heeft kennisgenomen van:

- de klacht, met bijlagen, ingekomen per-email op 18 februari 2016,
- het antwoord van de notaris, met bijlagen,
- de repliek van klaagster,
- de dupliek van de notaris, met bijlagen,
- e-mailbericht van de advocaat van de notaris van 17 oktober 2016,
- brief van de advocaat van de notaris van 8 november 2016, met bijlage.

De mondelinge behandeling heeft op verzoek van de notaris en na goedkeuring van klaagster plaatsgevonden achter gesloten deuren op 16 november 2016. Daarbij waren aanwezig namens klaagster [F] en [K] bijgestaan door hun advocaat mr. M.J. Elkhuizen, en de notaris bijgestaan door zijn advocaat mr. W.L. Stolk.

Van het verhandelde is procesverbaal opgemaakt met daaraan in afschrift gehecht de op de zitting overgelegde pleitaantekeningen van klaagster en de notaris. Klaagster heeft tevens een volmacht overgelegd.

De feiten

Klaagster exploiteert een ziekenhuis. Mevrouw [U] (hierna te noemen: [U]) was van [data] statutair bestuurder en voorzitter van de Raad van Bestuur. Naast [U] waren er twee andere bestuurders, te weten [F] (hierna te noemen: [F]) en [K] (hierna te noemen: [K]). De bestuurders waren slechts gezamenlijk bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen. Daarnaast waren er vier commissarissen.

Op 19 februari 2013 is [U] als bestuurder geschorst, waarna zij op 27 maart 2013 met onmiddellijke ingang is ontslagen, onder andere vanwege financiële malversaties.

[F] en [K] hebben na de schorsing en het ontslag een adviesbureau gevraagd om vast te stellen welke eventuele financiële maatregelen getroffen moesten worden. Als bijvangst zijn er meerdere financiële misstanden naar voren gekomen. Onder andere is gebleken dat op 11 juli 2012 een betaling heeft plaatsgevonden van € 200.000,- naar de derdengeldenrekening van de notaris met daarbij als omschrijving “overname aandelen [S] volgens diverse overeenkomsten”. Op 12 juli 2011 heeft de notaris de akte gepasseerd. Na het passeren heeft de notaris de € 200.000,- overgemaakt ten gunste van [O].

[U] was enig bestuurder van [O].

[S] was een besloten vennootschap opgericht door [P] bij akte gepasseerd door de notaris op 12 mei 2011. Het doel van deze vennootschap was het bieden van een online sociaal platform waarop patiënten informatie over hun gezondheid kunnen uitwisselen en advies kunnen vragen aan zorgverleners.

Per faxbericht heeft klagster op 28 maart 2013 de notaris om opheldering gevraagd. Voorts is gevraagd het bedrag terug te storten.

Op 8 april 2013 heeft de notaris bericht dat hij de fax niet goed kon plaatsen gezien de omschrijving die aan de betaling was gegeven te weten “inzake aandelen [S]”. De notaris heeft verder bericht dat het door klagster overgemaakte bedrag is aangewend conform “de daaraan door uw cliënte in de betalingsomschrijving gegeven bestemming”. Op 9 april 2013 heeft de advocaat van klagster laten weten dat het juist niet duidelijk was waar de omschrijving betrekking op had.

Op 10 april 2013 heeft [F] om opheldering gevraagd en verzocht om duidelijkheid te verstrekken over de stukken die ten grondslag liggen aan de overname van de aandelen [S]. Omdat hij geen reactie had ontvangen, heeft [F] op [datum] nogmaals hetzelfde verzoek gedaan.

Bij brief van 17 april 2013 schrijft de notaris het volgende:

“(…)

Hoe dit ook zij; voor de goede orde zij genoteerd, dat [U] bij het passeren van de notariële akten op 12 juli 2012 geen rechtshandelingen namens [Z] heeft verricht, zodat of zij al of niet bevoegd zou zijn geweest [Z] zelfstandig te vertegenwoordigen niet relevant is.

“(…)”.

Op 13 mei 2013 heeft [F] de notaris nogmaals verzocht om duidelijkheid te verschaffen omtrent de inhoud en achtergrond van de transactie.

Op 11 juni 2013 heeft de notaris bericht dat de betaling is aangewend conform de aan de overboeking gegeven omschrijving. Hij schrijft verder:

“(…)”

[Z] is – zoals reeds vermeld – geen partij bij de akte geweest. De door [Z] overgeboekte gelden met omschrijving “inzake aandelen [S]” zijn aangewend conform de door [Z] aan haar overboeking gegeven omschrijving. Wel kan ik [Z] mededelen dat zij bevrijdend heeft betaald voor de besloten vennootschap [O].

“(…)”.

Op 25 juni 2013 heeft de advocaat van klagster de notaris verzocht om aan te geven of hij nader onderzoek heeft gedaan in verband met de vraag of de overboeking door [Z] mocht worden aangemerkt als betaling voor [O].

Op [datum] heeft de notaris het volgende geantwoord:

“(…) heb ik vóór het passeren van de akte van uitgifte op 12 juli 2011 bij [U], die bij die gelegenheid aanwezig was, in haar hoedanigheid van bestuursvoorzitter van [Z] geverifieerd of de van [Z] ontvangen betaling van € 200.000,- inderdaad diende te worden

aangemerkt als betaling voor [O], hetgeen uitdrukkelijk door haar werd bevestigd. Desgevraagd is tevens nog verklaard, dat het betaalde bedrag onderling zou worden verrekend (...)”.

Klaagster heeft vervolgens in rechte betaling gevorderd van [U] (onrechtmatige daad) en [O] (ongerechtvaardigde verrijking).

Op 22 april 2014 heeft de notaris een akte van levering van aandelen gepasseerd, waarbij [O] de op 12 juli 2011 door [S] aan haar uitgegeven aandelen in [S] heeft verkocht en geleverd aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [M]. (één van de andere aandeelhouders van [S]) voor een koopprijs van € 200.000,-.

Bij vonnis van 22 oktober 2014 is [O] veroordeeld tot terugbetaling.

In een andere procedure is [U] bij vonnis van [datum] veroordeeld tot terugbetaling aan klaagster van ruim € 1,7 miljoen, waaronder een bedrag van € 200.000,- in verband met een onrechtmatige onttrekking ten behoeve van de participatie van [O] in [S].

Zowel [O] als [U] zijn inmiddels in staat van faillissement verklaard.

De klacht

Een notaris dient de belangen van alle bij een rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid te behartigen. Klaagster was als (onbedoelde) “betaler voor een derde” bij de rechtshandeling betrokken, althans zij is een derde met wie de notaris rekening diende te houden. Toen het bedrag van € 200.000,- op 11 juli 2011 op de derdengeldenrekening van de notaris werd overgemaakt, werd dit geld gehouden voor klaagster. Pas na het passeren van de akte van levering van aandelen zou dit bedrag kunnen worden gehouden voor de verkoper. Voor die vermogensverschuiving was echter wel de opdracht nodig van klaagster. Die opdracht is een rechtshandeling en de notaris dient zich ervan te vergewissen dat die opdracht wordt gegeven door een vertegenwoordigingsbevoegd orgaan of persoon.

De notaris had in onderhavig geval nader onderzoek moeten doen, omdat niet sprake was van zo maar een derde (zoals bijvoorbeeld een familielid), maar van een derde waarbij de notaris had kunnen en moeten begrijpen dat [U] zelf de betaling heeft kunnen bewerkstelligen. De notaris had moeten onderzoeken of het zorggeld van klaagster werkelijk bedoeld was voor [U] als privéinvestering. Ook het feit dat in de betalingsomschrijving niet wordt opgemerkt dat het ging om een betaling voor een derde gaf des te meer reden voor nader onderzoek.

De notaris heeft niet op adequate wijze nader onderzoek gedaan. Hij had moeten vragen naar een schriftelijk bestuursbesluit. Ook had de notaris moeten vragen naar de onderliggende stukken ten aanzien van de verrekening waaraan [U] zou hebben gerefereerd. De notaris had moeten vragen naar de “*diverse overeenkomsten*” zoals omschreven in de betalingsopdracht. Dat de notaris niet de moeite heeft genomen contact op te nemen met één van de andere twee bestuurders van klaagster is verbijsterend. [U] was niet zelfstandig bevoegd om klaagster te vertegenwoordigen.

De notaris was verplicht om zijn medewerking aan de teruglevering te weigeren op grond van artikel 21 lid 2 van de Wet op het notarisambt (Wna). Bovendien had de notaris de transactie moeten melden op grond van de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Er was hier sprake van layering (het op elkaar stapelen van (financiële) transacties teneinde de criminele herkomst van het vermogen te versluieren).

De notaris wist – daar is hij meerdere keren uitdrukkelijk op gewezen – dat de verwerving van de aandelen [S] in [jaartal] was bekostigd met van klaagster gestolen geld. De terugverkoop in 2014 strekte ertoe de participatie ongedaan te maken, terwijl het bedrag van € 200.000,- vervolgens niet aan klaagster is teruggestort maar aan [O]. De notaris faciliteerde zodoende – willens en wetens – dat zorggeld van klaagster naar [O] is

overgegaan. De terugverkoop, in samenhang gezien met de omstrede aankoop uit 2011, is in strijd met de openbare orde en heeft kennelijk een ongeoorloofd gevolg. De notaris had zijn medewerking moeten weigeren.

De notaris heeft zijn zorgplicht jegens klagster geschonden en heeft in zijn algemeenheid, de eer en het aanzien van het notariaat geschonden.

Het verweer van de notaris

De notaris betwist het standpunt van klagster. De toonzetting in het klaagschrift is tendentieus, suggestief en insinuerend, terwijl verder ter onderbouwing van de klacht diverse onwaarheden zijn gesteld.

De notaris heeft het volgende aangevoerd. Klagster dient niet ontvankelijk te worden verklaard voor zover de klacht ziet op de betaling door klagster van € 200.000,-. De betaling is immers op 11 juli 2011 geboekt en verantwoord door klagster. Klagster is zelfs bij brief van 5 juli 2013 door de notaris geïnformeerd over de betaling, zodat zij toen nog meer dan een jaar de tijd had om een klacht in te dienen.

De notaris heeft op 12 juli 2011 naar eer en geweten op basis van de wetenschap die hij op dat moment had het door klagster op de kwaliteitsrekening gestorte bedrag aangewend voor de nakoming van de stortingsverplichting van [O]. Die wetenschap werd bepaald door feiten en omstandigheden waarvan de notaris vóór die tijd èn tijdens die bijeenkomst op [datum] heeft kennisgenomen. De notaris kan bewijzen dat hij van alle feiten en omstandigheden op de hoogte was ten tijde van het passeren door middel van stukken, aangevuld met getuigenverklaringen. Deze stukken behoren echter tot het [S]-dossier, waarin klagster geen partij was, zodat het de notaris niet vrij staat deze stukken te overleggen.

Anders dan klagster stelt gaat het er bij een betaling van een derde voor een schuldenaar om dat de notaris zich ervan dient te vergewissen dat de overschrijving als betaling van de schuldenaar mag worden aangemerkt. Zo volgt uit de door klagster aan de betaling van het bedrag van € 200.000,- gehechte omschrijving "*overname aandelen [S] volgens diverse overeenkomsten*". Klagster wist dat het bedrag van € 200.000,- zou worden aangewend voor de verwerving van de aandelen [S] door [O], omdat in de overeenkomsten met betrekking tot de verwerving van de aandelen [S] waaraan door klagster wordt gerefereerd er uitsluitend sprake is van verwerving van aandelen in [S] tegen storting op die aandelen van € 200.000,- door [O]. De notaris is van oordeel dat ook ten aanzien van een betaling afkomstig van een derde die dient te worden aangemerkt als rechthebbende in de zin van artikel 25 lid 2 Wna geldt dat die storting, zeker ingeval daar een duidelijke omschrijving aan is gehecht zoals in casu, geacht moet worden impliciet de opdracht in te houden om de benodigde betalingen te verrichten. Klagster is niet zomaar een partij, maar een serieuze grote onderneming, waar honderden miljoenen euro's in om gingen, met een meervoudig bestuur en een Raad van Commissarissen. De notaris mocht er redelijkerwijze van uitgaan dat een dergelijke onderneming de zaken zo geregeld heeft, dat er geen substantiële betalingen kunnen worden gedaan door een partij die daartoe niet bevoegd is.

De notaris mocht onder de gegeven omstandigheden er op vertrouwen dat de betaling door klagster diende te worden aangemerkt als (bevrijdende) betaling door [O] en mocht worden aangewend voor door [O] te verrichten betalingen. Desondanks heeft de notaris op 12 juli 2011 aan [U] gevraagd of hij terecht uit de ontvangst van het bedrag en de daaraan gegeven omschrijving had afgeleid dat die betaling bestemd was ter voldoening van de op [O] rustende stortingsplicht, en of die betaling van klagster voor [O] intern in rekening-courant zou worden verrekend, welke vragen door [U] bevestigend

werden beantwoord. Verder is het niet gebruikelijk dat het verrekenen van “in rekening-courant” in onderliggende stukken zou zijn vastgelegd.

Indien het zou zijn dat op de notaris een nadere onderzoeksplicht zou hebben gerust is de notaris van mening dat het te zijner vrije beoordeling staat hoe hij onder de gegeven omstandigheden aan die nadere onderzoeksplicht invulling zou hebben gegeven, en dat onder de gegeven omstandigheden de besproken vraag aan [U] voldoende was geweest.

De onderzoeksplicht die klaagster de notaris oplegt met betrekking tot het opvragen van bestuursbesluiten gaat te ver.

Een belangrijk en telkens terugkerend element in de verwijten van klaagster voor zover het de transactie van [datum en jaartal] betreft is dat die transactie een ongedaanmaking zou hebben behelsd van de verwerving door [O] van de aandelen in [S] die plaatsvond op [datum en jaartal], en dat “dezelfde aandelen, voor dezelfde prijs, door dezelfde partijen” zouden zijn “teruggekocht/verkocht” en “teruggeleverd”. Dat is onjuist en ongegrond, en dat weet klaagster. Het was klaagster immers op grond van de vaststellings-overeenkomst bekend dat [O] de aandelen van [S] – en dus niet van [M]– had verkregen, en wel door uitgifte en het bedrag van € 200.000,- op de aandelen van [S] had gestort en dat [O] op 22 april 2014 en op 12 juli 2011 door [S] aan haar uitgegeven aandelen heeft verkocht en geleverd aan [M] voor een koopsom van € 200.000,-.

Er is van “layering” absoluut geen sprake geweest. Er is in onderhavig geval slechts sprake geweest van twee transacties.

De notaris is door klaagster er nimmer, laat staan “meerdere malen” en “uitdrukkelijk” er op gewezen dat het om gestolen geld ging.

Dat de notaris willens en wetens zou hebben gefaciliteerd dat zorggeld van klaagster zou zijn overgegaan naar [O], is pertinent onjuist. Dat uit de afschriften van [O] zou zijn af te leiden dat zij op de dag van de aan haar overgemaakte koopsom dat bedrag heeft overgemaakt naar een bankrekening van [U], is iets waar de notaris volledig buiten staat en wat verder in dit verband niet relevant is.

De notaris heeft niet gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 17 lid 1, artikel 25 lid 2 en artikel 21 lid 2 Wna en van een schending door de notaris van de op hem rustende zorgplicht en van de eer en aanzien van het notariaat is geen sprake.

De notaris vindt het verschrikkelijk dat het geld is verdwenen, maar hij heeft naar eer en geweten gehandeld.

De beoordeling van de ontvankelijkheid

Artikel 99 lid 15 Wna bepaalt dat een klacht slechts kan worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot klacht gerechtigde van het handelen of nalaten van een notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven heeft kennisgenomen. Het motief van de wetgever voor het opnemen van deze termijn is in de wets-geschiedenis [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. [...]”

Hieruit volgt dat deze vervaltermijn een aanvang neemt zodra een klager kennis draagt van het handelen of nalaten van een notaris, en dus niet op het moment dat een klager tot de opvatting komt dat zodanig handelen of nalaten klachtwaardig is. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen het aan klager bekend worden van het handelen van de notaris enerzijds en het bekend worden van diens nalaten anderzijds. Van een handelen van de notaris blijkt in het algemeen op enige wijze naar buiten zoals in de vorm van een gegeven advies of in de vorm van een akte. Ook van het nalaten van een notaris zal moeten blijken. Hiervan kan sprake zijn indien de gevolgen van dat nalaten zichtbaar worden of indien op enige andere wijze dat nalaten bekend wordt. Een redelijke uitleg van artikel 99 lid 15 Wna brengt met zich dat de vervaltermijn ingeval van een nalaten begint te lopen zodra van dat nalaten op enige wijze aan klager blijkt.

Vast is komen te staan dat het bestuur van klaagster na de schorsing van [U] in 2013 een onderzoeksbureau heeft gevraagd om onderzoek te doen naar het treffen van financiële maatregelen. Het onderzoeksbureau is haar werkzaamheden op 25 februari 2013 gestart. [U] is op 19 februari 2013 geschorst en de klacht is ingediend op 18 februari 2016. Als bijvangst heeft het onderzoeksbureau de overboeking van de € 200.000,- euro naar de kwaliteitsrekening van de notaris ontdekt.

De Kamer is van oordeel dat klaagster kan worden ontvangen in haar klacht voor zover de klacht ziet op de uitbetaling van de € 200.000,-.

Voor zover de klacht ziet op de teruglevering in 2014 is klaagster ontvankelijk.

De Kamer komt toe aan een inhoudelijke behandeling van de klacht.

De beoordeling van de klacht

Ter beoordeling van de Kamer staat of de notaris heeft gehandeld in strijd met de tuchtnorm als geformuleerd in artikel 93 Wna. Een notaris is aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling, hetzij met de zorg die hij als notaris behoort te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve hij optreedt, alsmede ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt.

De Kamer overweegt als volgt. De Kamer dient te beoordelen of de notaris tuchtrechtelijk laakbaar heeft gehandeld bij het passeren van de akten op 12 juli 2011 en 22 april 2014.

Voor zover de klacht ziet op de overboeking van de € 200.000,- van klaagster naar de kwaliteitsrekening van de notaris en vervolgens de overboeking van dit bedrag ten gunste van [O] overweegt de Kamer het volgende. Vast is komen te staan dat [U] op 12 juli 2011 als bestuurder van klaagster niet zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegd was. Ook is vast komen te staan dat het geld afkomstig was van een derde die geen partij was bij de akte en het bedrag werd overgemaakt naar een partij die wel partij was bij de akte. Niet is komen vast te staan of de notaris voldoende blijkt heeft gegeven dat hij zich bewust was van de belangen van klaagster van wie het geld afkomstig was. De notaris heeft onvoldoende onderzocht wat de consequenties waren voor klaagster. Dat de notaris aan [U] heeft gevraagd of hij terecht uit de ontvangst van het bedrag en de daaraan gegeven omschrijving had afgeleid dat die betaling bestemd was ter voldoening van de op [O] rustende stortingsplicht, en of die betaling van klaagster voor [O] intern in rekening-courant zou worden verrekend, welke vragen door [U] bevestigend werden beantwoord, is niet voldoende. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Voor zover de klacht ziet op de “teruglevering” overweegt de Kamer het volgende. Vast is komen te staan dat de notaris eind juni 2013 een brief heeft ontvangen van de advocaat van klagster inzake de bevindingen naar aanleiding van het interne onderzoek. Verder heeft de notaris tijdens de mondelinge behandeling aangevoerd dat hij geen prettig gevoel had bij de transactie. Klagster wist immers ook van de misstanden. De notaris heeft zich verwonderd dat klagster geen beslag had gelegd. De notaris heeft vervolgens aangenomen dat klagster het er bij zou laten zitten. De notaris heeft veel intern overleg gevoerd met zijn collega’s. Hij had echter geen of onvoldoende grond om dienst te weigeren en heeft derhalve de akte gepasseerd. Het is de Kamer niet gebleken op welke gronden de notaris zijn medewerking aan de transactie had moeten weigeren. Daarnaast stond het de notaris niet vrij om het geld over te maken naar een andere partij dan de verkoper van de aandelen. Vast is komen te staan dat dit klachtonderdeel niet dermate tuchtrechtelijk laakbaar is dat het tot gegrondheid van de klacht leidt. Dit klachtonderdeel is ongegrond.

Maatregel

Nu is komen vast te staan dat de notaris geen oog heeft gehad voor het belang van klagster heeft de notaris niet gehandeld als een zorgvuldig en onafhankelijk notaris. Wel is vast komen te staan dat veel informatie pas achteraf naar boven is gekomen. De Kamer acht het opleggen van de maatregel van waarschuwing passend.

De beslissing

De Kamer voornoemd:

verklaart klachtonderdeel 2 ongegrond;

verklaart klachtonderdeel 1 gegrond;

legt de notaris de maatregel van waarschuwing op;

bepaalt dat de opgelegde maatregel, nadat tegen onderhavige beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat, ten uitvoer zal worden gelegd op een nader te bepalen vergadering van de Kamer, waartoe de notaris per aangetekende brief zal worden opgeroepen door de secretaris.

Deze beslissing is gegeven door mrs. G.P. van Ham, voorzitter, O. van der Burg, R.J. Groenhof, J.P. van Loon, en E.S. Voskamp.

Deze beslissing is in het openbaar uitgesproken door mr. G.H.M. Smelt in tegenwoordigheid van de secretaris, mr. F.S. Pietersma-Smit, op **14 december 2016**.

Kopie van deze beslissing wordt bij aangetekende brief aan partijen gezonden. Tegen deze beslissing staat hoger beroep open bij het Gerechtshof te Amsterdam, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam, binnen dertig dagen na de dagtekening van genoemde brief.