

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 19-18 en 19-19

Kamer voor het notariaat in het ressort Den Haag

Beslissing d.d. 12 februari 2020 inzake de klacht onder nummer 19-18 en 19-19 van:

Bureau Financieel Toezicht (BFT),
hierna ook te noemen: klaagster,

tegen

mr. [naam notaris X],
notaris te [vestigingsplaats],
hierna ook te noemen: notaris [X],

en

mr. [naam notaris Y],
notaris te [vestigingsplaats],
hierna te noemen: notaris [Y],
beiden tezamen hierna te noemen: de notarissen,
advocaten van de notarissen mrs. E.M. Soerjatin en D.J.C. Storm te Amsterdam.

De procedure

De Kamer heeft kennisgenomen van:

- de klacht, met bijlagen, ingekomen op 28 maart 2019,
- het antwoord van de notarissen, met bijlagen,
- nagekomen productie van de notarissen, ingekomen op 15 november 2019.

De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 27 november 2019. Daarbij waren aanwezig namens klaagster mr. R. Wisse, mr. Y. Oortwijn-Schilthuizen en M.J. Visch RA, en de notarissen bijgestaan door mrs. E.M. Soerjatin en D.J.C. Storm. Van het verhandelde is procesverbaal opgemaakt met daaraan de door beide partijen overgelegde pleitnotities gehecht.

De feiten

Ingevolge de Wet op het notarisambt (Wna) heeft klaagster een onderzoek ingesteld naar het handelen van de notarissen en mr. [Z]. Allen zijn notarissen (geweest) bij [naam bedrijf (hierna te noemen: [M])]. [M] is een zelfstandige [naam vennootschap], waarin de praktijkvennootschappen van drie notarissen en vijftien advocaten deelnemen en samenwerken.

Het onderzoek is aangevangen op 17 januari 2017 en is op 11 mei 2017 afgesloten. De conceptrapportage was gereed op 17 augustus 2017 en de definitieve rapportage op 12 maart 2018.

Per 1 januari 2000 is [M] een samenwerkingsverband aangegaan met [naam bedrijf] (hierna te noemen: [P]).

Naar aanleiding van het onderzoek heeft klagster een tuchtklacht ingediend. Nu mr. [Z] niet meer aan [M] is verbonden en notaris is in een ander ressort, zal de klacht tegen hem behandeld worden bij een andere Kamer voor het notariaat.

De tuchtklacht is ingediend om duidelijkheid te verkrijgen over de (on)toelaatbaarheid van de samenwerking tussen [M] en [P], vanuit de eis van zelfstandigheid en onafhankelijkheid van een notaris. Zowel tijdens het onderzoek als naderhand is er tussen klagster en de notarissen uitgebreid gecorrespondeerd.

Klaagster heeft een onderzoek ingesteld naar de bewaringspositie per 30 september 2016. Daarnaast zijn de organisatorische aspecten van het kantoor onderzocht, zoals interne procedures en controlemaatregelen ten aanzien van derdengelden, betalingsorganisatie en de kantoororganisatie. Er is een registergoed dossier onderzocht, waarbij primair de financiële aspecten zijn beoordeeld. En klagster heeft onderzoek ingesteld naar de kwaliteits- en integriteitsaspecten (onderzoeks- en rechercheplicht, onafhankelijkheid en onpartijdigheid).

De klacht en het verweer van de notarissen

Klaagster acht de wijze waarop de notarissen sinds 2000 invulling hebben gegeven aan de samenwerking tussen [M] en [P] in strijd met de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van een notaris.

Op grond van artikel 17 Wna dient een notaris onafhankelijk zijn ambt uit te oefenen. Indien in enig verband wordt opgetreden, is het niet toegestaan dat zijn onafhankelijkheid kán worden beïnvloed.

In aansluiting op artikel 17 Wna bepaalt artikel 18 Wna dat een samenwerkingsverband van een notaris met beoefenaren van een ander beroep uitsluitend is toegestaan als zijn onafhankelijkheid niet kán worden beïnvloed. Ter waarborging van die onafhankelijkheid heeft de KNB (beroepsorganisatie) regels opgesteld in de Verordening IDS 2015 (ter opvolging van de IDS 2003). De regels in de Verordening IDS zijn 'principle based', waardoor de notaris in de praktijk zelf invulling aan de waarborgen van zijn onafhankelijkheid moet geven.

Het geconstateerde gebrek aan waarborgen voor de onafhankelijkheid en zelfstandigheid ziet op de volgende elementen:

intensieve samenwerking ten aanzien van de bedrijfsvoering. [M] neemt nagenoeg alle bedrijfsvoeringfaciliteiten af van [P]. Zo maakt [M] gebruik van zowel kantoorruimte, spreekkamers, kantoormeubilair, receptie, telefooncentrale, beveiliging, schoonmaak etc. van [P]. Ook maakt [M] gebruik van de IT infrastructuur van [P]. Op gebied van informatietechnologie wordt gebruik gemaakt van gezamenlijke abonnementen. Op het gebied van administratie maakt [M] gebruik van het pensioenbureau en salarisadministratie van [P] en is [M] meeverzekerd onder de polissen van [P]. Ook beheert [P] de contracten van leaseauto's van [M] en verzorgt [P] de partneradministratie. Ten behoeve van de herkenbaarheid wordt ook het bedrijfslogo en de huisstijl gedeeld. Volgens [M] is geen sprake van een IDS-verband, maar van een strategische alliantie. Alle onderdelen van [P] werken echter samen. Dit blijkt onder meer uit de geconsolideerde jaarrekening van de [P]-entiteiten. Een geconsolideerde jaarrekening gaat uit van intensieve samenwerking tussen de verschillende ondernemingen.

[M] geeft aan dat alle faciliteiten worden afgenomen op basis van de Service Level Agreements (SLA's). Echter, tot het moment van het onderzoek door klagster was van schriftelijke SLA's geen sprake. De SLA's dateren pas vanaf april/mei 2017. Bovendien is het de vraag of op zakelijke grondslag wordt betaald voor afgenomen diensten,

zoals door de notarissen wordt beweerd. [M] heeft aangegeven aanpassingen te hebben gedaan. Het kennismanagementsysteem en het websitebeheer is inmiddels aan derden uitbesteed. Deze aanpassing acht klaagster marginaal.

Zonder zakelijke SLA's is sprake van een gedeelde zeggenschap over de bedrijfsvoering, althans de zeggenschap over de bedrijfsvoering ligt niet volledig bij de notarissen.

Daarmee is volgens de IDS Verordening sprake van een IDS-samenwerkingsverband, met alle rechten en verplichtingen van dien. Zo is het voor notarissen slechts mogelijk samen te werken met de beroepen genoemd in artikel 2 IDS 2015. In de samenwerking tussen [M] en [P] is sprake van een verboden samenwerking, nu via [P] sprake is van samenwerking met accountants. Er bestaat onvoldoende waarborg voor de zelfstandigheid en onafhankelijkheid van de notarissen, althans er is sprake van schijn van afhankelijkheid;

fiscale eenheid. Sinds 1 januari 2003 en mogelijk vanaf 1 januari 2000, is sprake van een fiscale eenheid voor de omzetbelasting tussen [M], [G] en andere entiteiten binnen [P], waaronder [Q]. In de brief van 28 mei 2008 van [P] aan de Belastingdienst [naam regiokantoor] wordt door [P] de Belastingdienst geïnformeerd over de wijziging van de structuur van [P] en [naam kantoor] in verband met de fiscale eenheid voor de omzetbelasting; contingent liability betalingen. Vanaf 2000 heeft [M] jaarlijks omvangrijke bedragen betaald aan [P] die zijn toegelicht onder "Contingent liability" in de jaarrekeningen. Over de periode 1 januari 2000 tot en met 30 juni 2016 is door [M] circa € 17,2 miljoen vermeerderd met € 4,8 miljoen aan rente aan [P] voldaan. De notarissen hebben toegelicht dat dit een vergoeding betreft voor het voldoen van de uittreedvergoeding van circa € 13,6 miljoen die in 1999 is afgesproken en een naverrekening van kosten van circa € 0,9 miljoen op jaarbasis voor een tijdsperiode van vijf jaren. De uittreedvergoeding is vastgelegd in de overeenkomst van geldlening van 1 augustus 2000. In deze overeenkomst is aangegeven dat de lening eindigt op 31 december 2004. Vanaf dat moment vervalt de lening en wordt hetgeen niet is afbetaald aan rente en hoofdsom kwijtgescholden. Tot 30 juni 2005 was door [M] circa 4,8 miljoen van de afgesproken vergoeding voldaan. Desondanks is de overeenkomst tweemaal verlengd, namelijk met de allonges van 19 oktober 2004 en 16 december 2009 en zijn de betalingen van [M] aan [G] doorgegaan "om een goede en betrouwbare partner te willen zijn voor [P]". Klaagster beoordeelt deze betalingen als niet zakelijk. Een overtuigende verklaring voor het doorbetalen, terwijl er zou worden kwijtgescholden na het einde van de termijn als genoemd in de overeenkomst, ontbreekt.

De notarissen hebben verweer gevoerd dat – voor zover relevant – hierna zal worden besproken.

De beoordeling van de ontvankelijkheid

Allereerst dient de Kamer te oordelen over de ontvankelijkheid.

De notarissen hebben het volgende aangevoerd. Geen van de notarissen is betrokken geweest bij de totstandkoming van de strategische alliantie en de besluitvorming tot verlenging van de looptijd van de lening in 2004 en 2009. Voor de notarissen was het bestaan van de lening (inclusief de verlengde looptijd) en daarmee de aflossingen (gebaseerd op de allonges die tussen de contractspartijen juridisch afdwingbare verplichtingen opleveren) een gegeven.

De notarissen hebben uit de overlevering begrepen dat de documentatie ten behoeve van de strategische alliantie is afgestemd met de KNB en de NOvA, en datzelfde geldt voor de allonges uit 2004 en 2009 waarmee de geldleningsovereenkomst werd verlengd.

Schriftelijke bewijsstukken van die afstemming in 2000 hebben de notarissen niet meer kunnen achterhalen. Wel blijkt uit de allonges dat van bezwaren van NOvA en/of KNB niet is gebleken.

[M] heeft in alle openheid en transparantie uitvoering gegeven aan de strategische alliantie en de afspraken die daaruit voortvloeien, hetgeen ook steeds kenbaar is geweest aan de beroepsorganisatie en klagster. De notarissen zijn er alle jaren van uit gegaan dat zij voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving. Drie jaar nadat de strategische alliantie tot stand is gekomen, is de IDS 2003 in werking getreden.

Er bestaat weliswaar een strategische alliantie met [P], maar [M] is een zelfstandig advocaten- en notariskantoor met 150 advocaten en notarissen, dat opereert onder de verantwoordelijkheid van het bestuur van [M], met een eigen strategisch beleid, een eigen administratie, een eigen begroting, een eigen marketingstrategie, een eigen corporate en arbeidsmarkt campagne, een eigen website, eigen medewerkers, en een eigen jaarrekening die wordt gecontroleerd door een eigen externe accountant. De advocaten en notarissen werken samen, oefenen voor gezamenlijke rekening en risico hun praktijk uit en delen met elkaar de zeggenschap over de bedrijfsvoering van [M]. Binnen [M] hebben de notarissen doorslaggevende zeggenschap ten aanzien van de notariële praktijkuitoefening, teneinde de kernwaarden onafhankelijkheid, onpartijdigheid, zorgvuldigheid en geheimhouding te waarborgen.

De SLA is in april/mei 2017 ondertekend, met als effectieve datum 2 juli 2016 en betreft een nadere vastlegging van een al jarenlang tussen [M] en [P] bestaande praktijk waarbij tegen zakelijke condities services bij elkaar worden afgenomen.

De KNB is verantwoordelijk voor de uitvoering van de kwaliteitstoetsen bij haar leden. Dit gebeurt onder meer via de intercollegiale toetsingen. Bij de notarissen hebben in 2011 en 2014 peer reviews plaatsgevonden. Expliciet werd toen opgemerkt *“Op het kantoor heerst besef van integriteit dat verwacht mag worden en bestaat voldoende aandacht voor kwaliteitsgerelateerde vragen”* en dat *“aan de wettelijke voorschriften een adequate invulling wordt gegeven”*.

Gedurende het bestaan van de strategische alliantie heeft klagster haar financieel toezicht uitgeoefend. De jaarrekeningen zijn steeds aan klagster verstrekt in het kader van het uitgeoefende toezicht. In de periode 2004 tot en met 2010 zijn de jaarrekeningen in hard copy, in de periode 2011 tot en met 2015 zowel in hard copy als geüpload in de BFT web tool, en sinds 2016 alleen geüpload, verstrekt.

Als primair verweer hebben de notarissen het volgende aangevoerd. De (vormgeving van de) strategische alliantie is voorafgaand aan de totstandkoming afgestemd met de beroepsorganisaties (waaronder de KNB). Volgens de allonges uit 2004 en 2009 is niet van bezwaren aan de zijde van de NOvA en/of de KNB gebleken om de geldlening te continueren. Indien en voor zover de continuering van de aflossingen van de geldlening na 2004 en na 2009 c.q. de nabetaling aan [P] Belastingadviseurs van € 4,5 miljoen euro voor indirecte kosten in de boekjaren 2014-2015 tot en met 2016-2017 de strategische alliantie al van kleur zou hebben doen verschieten naar een samenwerking als bedoeld in de IDS 2003, kan worden vastgesteld dat de KNB daarin geen aanleiding heeft gezien om, hoewel zij tot 1 mei 2016 de mogelijkheid had, gebruik te maken van haar afkeuringsbevoegdheid als bedoeld in artikel 10 IDS 2003. Onder deze omstandigheden menen de notarissen dat klagster niet-ontvankelijk dient te worden verklaard. Verder wijzen de notarissen er op dat artikel 99 lid 21 Wna in de weg staat aan de ontvankelijkheid van klagster. Dit blijkt uit het volgende:

- de aflossingen op de geldlening uit 2000 waarmee [M] na 2004 en na 2009 is doorgegaan. Hiervan was klaagster sinds 2011 op de hoogte. Tussen dat moment en de indiening van de klacht zit meer dan zeven jaar, dat is meer dan vier jaar te laat;
- de nabetaling voor indirecte kosten aan [G] van € 4,5 miljoen. Dit blijkt uit de jaarrekening van 2014-2015 van [M] waarin ook het eerste deel van de aflossing is toegelicht. Sinds oktober 2015 is klaagster op de hoogte hiervan. Tussen dat moment en de indiening van de klacht zit ruim drie jaar en vijf maanden, dat is ruim vijf maanden te laat;
- de intensieve samenwerking ten aanzien van de bedrijfsvoering; het feit dat [M] services en bedrijfsvoeringsfaciliteiten van [G] al sinds vele jaren afneemt is in ieder geval sinds de kennisneming van de jaarrekening 2003-2004 bij klaagster bekend. Aangenomen moet worden dat klaagster in oktober 2004 van die jaarrekening kennis heeft genomen. Tussen dat moment en de indiening van de klacht zit meer dan veertien jaar; dat is meer dan elf jaar te laat.

Verder heeft klaagster gezien het rechtszekerheidsbeginsel haar recht om een tucht-klacht in te dienen verwerkt. De gevolgen van de klaarblijkelijke gebrekkigheid van het door haar uitgeoefende toezicht kunnen zoveel jaar na dato in redelijkheid niet op de notarissen worden afgewenteld.

Ook op grond van artikel 99 lid 21 Wna dient klaagster niet ontvankelijk te worden verklaard. Immers de conceptrapportage was op 17 augustus 2017 gereed en de definitieve rapportage was op 12 maart 2018 gereed. Vanaf dat moment mag worden aangenomen dat klaagster op de hoogte was van het handelen en of nalaten van de notarissen. Artikel 6 EVRM dient als waarborg voor verweer voor een gedaagde om zich te kunnen verweren tegen een klacht als de onderhavige en heeft bovendien ten doel de rechtszekerheid te beschermen. Er is sprake van overschrijding van de redelijkheidsnorm.

Subsidiar hebben de notarissen aangevoerd dat klaagster niet ontvankelijk dient te worden verklaard wegens oneigenlijk gebruik van het tuchtrecht. De klacht is ingediend om duidelijkheid te verkrijgen over de (on)toelaatbaarheid van de strategische alliantie. De klacht heeft geen betrekking op het individuele optreden van de notarissen, terwijl het tuchtrecht juist bedoeld is om concrete gedragingen van een individuele beroepsbeoefenaar te toetsen om vast te stellen of het handelen of nalaten een verwijtbare gedraging is. Het heeft er alle schijn van dat de klaagster de achterdeur die in IDS 2015 is opengezet (de mogelijkheid van andere samenwerkingsvormen met andere beroepsbeoefenaren dan die zijn genoemd in artikel 2 IDS 2015), wil laten dichttimmeren via de tuchtrechter na een gegrondverklaring. Het is echter niet de taak van de tuchtrechter om een door de KNB opgestelde verordening aan te passen. Klaagster komt evenmin die bevoegdheid toe.

Verder hebben de notarissen aangevoerd dat er sprake is van gebrekkige onderbouwing van de klacht. Klaagster constateert dat zij van mening verschilt met de notarissen en heeft het als “zoekplaatje” aan de Kamer voorgelegd.

De Kamer overweegt het volgende. Ingevolge artikel 99 lid 21 Wna dient de belanghebbende zijn klacht in te dienen binnen drie jaar na de dag waarop de tot klacht gerechtigde van het handelen of nalaten van een notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven kennis heeft genomen. Indien de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaar na de dag waarop de klager heeft kennisgenomen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen

of nalaten van de notaris waarop de klacht betrekking heeft, wordt de klacht door de voorzitter niet-ontvankelijk verklaard.

De beslissing tot niet-ontvankelijk verklaring blijft achterwege indien de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas nadien bekend zijn geworden. In dat geval verloopt de termijn voor het indienen van een klacht een jaar na de datum waarop de gevolgen redelijkerwijs als bekend geworden zijn aan te merken.

Vast is komen te staan dat drie jaar na het ontstaan van de strategische alliantie de IDS 2003 tot stand is gekomen. Later is de IDS 2015 tot stand gekomen. Tussen klaagster en de notarissen is vanaf 2004 meerdere malen contact geweest over de toelaatbaarheid van deze intensieve samenwerking. Klaagster had sinds die tijd ook de beschikking over de jaarverslagen van het kantoor. Ook hebben er diverse controles plaatsgevonden door de beroepsorganisatie op het kantoor. Verder was het algemeen bekend dat de notarissen een dergelijke intensieve samenwerking hadden met [P]. In al die jaren heeft de KNB geen aanleiding gezien het samenwerkingsverband af te keuren. Klaagster als toezichthouder komt derhalve na al die jaren geen beroep op het tuchtrecht toe. Het primaire verweer van de notarissen slaagt.

Ook al zou het anders zijn dan is de Kamer van oordeel dat op het moment van het gereed zijn van de definitieve rapportage op 12 maart 2018 klaagster verondersteld wordt op de hoogte te zijn van het handelen en/of nalaten van de notarissen. Klaagster dient ook dan niet-ontvankelijk te worden verklaard. De in artikel 99 lid 21 Wna genoemde termijn van één jaar is dan verstreken. Immers tussen het gereed zijn van de definitieve rapportage op 12 maart 2018 en het indienen van de klacht op 28 maart 2019 zit meer dan één jaar.

Klaagster is niet ontvankelijk in haar klacht jegens de notarissen.

Nu klaagster niet-ontvankelijk is in haar klacht, komt de Kamer niet toe aan een verdere inhoudelijke behandeling van de klacht.

De beslissing

De Kamer voornoemd:

verklaart de klaagster niet-ontvankelijk.

Deze beslissing is gegeven door mrs. G.P. van Ham, voorzitter, S.H. Poiesz, L.G. Vollebregt, P.H.B. Gorsira en E.S. Voskamp, en in tegenwoordigheid van de secretaris, mr. F.S. Pietersma-Smit, in het openbaar uitgesproken op 12 februari 2020.

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. Het beroepschrift dient binnen dertig dagen na de dagtekening van genoemde brief door het Hof te zijn ontvangen, waarbij de datum van ontvangst door het Hof bepalend is.