

The image displays two word clouds, each shaped like the map of the Netherlands, representing different sets of Dutch legal terminology. The top word cloud is primarily blue and contains terms such as 'INCIDENTENMELDING', 'RISICOGERICHT', 'BELEHRUNG', 'zorgvuldigheid', 'BESTUURSRECHT', 'WHA', 'Awb', 'KNB', 'BFT', 'PEERREVIEW', 'financiën', 'tuchtrecht', 'ministerieplicht', 'KNELPUNTEN', 'RECHTSTAAT', 'kwaliteit', 'risicogericht', 'geheimhoudingsplicht', 'TOEZICHT', and 'INTEGRAAL'. The bottom word cloud is primarily red and contains terms such as 'GEHEIMHOUDINGSPLICHT', 'INCIDENTENMELDING', 'chaptenkelijkheid', 'tuchtrecht', 'geheimhoudingsplicht', 'RISICOGERICHT', 'BELEHRUNG', 'ministerieplicht', 'zorgvuldigheid', 'BESTUURSRECHT', 'WHA', 'Awb', 'KNB', 'BFT', 'PEERREVIEW', 'financiën', 'tuchtrecht', 'ministerieplicht', 'KNELPUNTEN', 'RECHTSTAAT', 'kwaliteit', 'risicogericht', 'geheimhoudingsplicht', 'TOEZICHT', and 'INTEGRAAL'. Both clouds also include smaller words like 'integriteit', 'toezicht', 'kwaliteit', 'financiën', 'tuchtrecht', 'ministerieplicht', 'KNELPUNTEN', 'RECHTSTAAT', 'kwaliteit', 'risicogericht', 'geheimhoudingsplicht', 'TOEZICHT', and 'INTEGRAAL'.

Bachelorscriptie HBO-Rechten

Wie houdt toezicht op de toezichthouders?

Een juridisch onderzoek naar de (praktijk)gevolgen van het gewijzigde toezicht op het notariaat

Eindhoven, mei 2013

Juridische Hogeschool Avans-Fontys te Tilburg

Student

Iliass Bouhdan
2035089

Afstudeerorganisatie

Marks Wachters Notarissen te Eindhoven

Afstudeermentor: dhr. mr. R.H.J. (Raymond) van de Wouw

Afstudeerperiode

4 februari 2013 – 27 mei 2013

Afstudeerdocenten

Eerste afstudeerdocent: mevr. mr. L.A. (Loes) Hopmans

Tweede afstudeerdocent: mevr. mr. E.C. (Elke) Spijksma

Voorwoord

Deze scriptie is het resultaat van een uiterst leerzame, interessante en prettige afstudeerstage, die ik gedurende drie maanden heb gelopen bij MWN te Eindhoven. In het kader van mijn afstuderen aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb ik gedurende de afstudeerstage onderzoek verricht naar de (praktijk)gevolgen van het gewijzigde toezicht op het notariaat, zoals dat met ingang van 1 januari 2013 in werking is getreden. De resultaten van dat onderzoek kunt u in deze scriptie lezen.

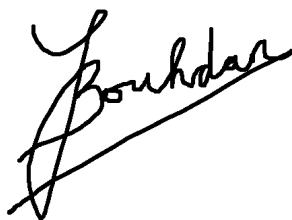
Deze scriptie is primair bedoeld voor MWN en voor de docenten van mijn hogeschool, die uiteraard een beoordeling zullen geven over hetgeen wordt verhandeld in deze scriptie. Daarnaast is deze scriptie geschikt voor eenieder die geïnteresseerd is in het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat.

Gedurende het onderzoek heb ik een gefaseerde werkwijze gehanteerd. Dat betekent dat ik het onderzoek, mede door het opstellen van deelvragen, in verschillende delen heb opgedeeld. Hierdoor heb ik een goed overzicht gehouden over hetgeen moest worden uitgezocht en binnen welke tijdspanne dat diende te gebeuren.

De afstudeerstage heb ik als zeer interessant en leerzaam ervaren, maar bovenal was deze afstudeerstage een zeer gezellige periode. Dit mede door de medewerkers van MWN, die mij op zeer goede wijze hebben ontvangen en die mij goed hebben begeleid in de praktijk van alle dag binnen MWN. Gedurende de stage heb ik een goed beeld gekregen van de notariële praktijk en ben ik bewuster geworden van het belang van het notarisambt voor onze maatschappij. Ik heb een kijkje in de keuken van de notaris mogen nemen, waarvoor ik MWN zeer dankbaar ben.

Ik sluit dit voorwoord af met een woord van dank richting een aantal personen. Op de eerste plaats bedank ik mr. Raymond van de Wouw, die mij de mogelijkheid heeft geboden bij MWN een afstudeerstage te lopen. Ook bedank ik hem, in zijn hoedanigheid als afstudeermentor, voor zijn begeleiding en voor de gegeven feedback, waardoor ik steeds kritischer naar mijn stukken ben gaan kijken en zodoende het optimale uit mijn capaciteiten kon halen. Zonder hem zou deze scriptie niet tot stand zijn gekomen. Voorts bedank ik mr. Hanneke Driessen-Kleijn (kandidaat-notaris bij MWN) die ook altijd bereid was mij te voorzien van informatie. Haar deskundigheid heeft de kwaliteit van deze scriptie mede gewaarborgd. Daarnaast wil ik alle overige medewerkers van MWN bedanken voor de zeer prettige afstudeerstage, die mede door hen mogelijk is gemaakt. Ook bedank ik mr. Loes Hopmans en mr. Elke Spijksma, die mij vanuit de hogeschool op kundige wijze hebben begeleid en op wie ik steeds kon terugvallen daar waar dat nodig was. Verder wil ik mr. Robert Wisse, mr. Lineke Minkjan en drs. Lex Diks bedanken, die vanuit het BFT respectievelijk de KNB hun bereidheid hebben getoond mij door middel van interviews nadere informatie te verschaffen ter zake van het gewijzigde toezicht. Natuurlijk bedank ik ook mijn lieve ouders, broers en zussen die mij tijdens het schrijven van deze scriptie steeds hebben gemotiveerd het maximale uit mijzelf te halen. Tot slot bedank ik mijn afstudeermaatje Nikkie Joosen, die wanneer dat nodig was, tijdens deze afstudeerstage voor de nodige afleiding heeft gezorgd en die als mede-afstudeerder steeds mijn stukken heeft gelezen en heeft voorzien van nuttige feedback. We zaten in hetzelfde "schuitje" waardoor we elkaar goed konden ondersteunen. Iedereen bedankt!

Rest mij niets anders dan u veel leesplezier te wensen!



Iliass Bouhdan

Etten-Leur, mei 2013

Inhoudsopgave

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

SAMENVATTING

Hoofdstuk 1. INLEIDING	12
§ 1.1 Onderzoeksformulering.....	12
1.1.1 Probleembeschrijving	12
1.1.2 Centrale vraagstelling	13
1.1.3 Doelstelling	13
§ 1.2 Onderzoeksopzet	13
1.2.1 Deelvragen	13
1.2.2 Onderzoeksmethodiek en de verantwoording daarvan	13
1.2.3 Validiteit en betrouwbaarheid	14
§ 1.3 Leeswijzer	14
1.3.1 Opbouw van deze scriptie	14
1.3.2 Terminologie	14
Hoofdstuk 2. RETROSPECTIEF: TOEZICHT OP HET NOTARIAAT VOOR 1 JANUARI 2013	15
§ 2.1 Situatieschets: de rol van de verschillende actoren in het toezicht vóór 1 januari 2013....	15
2.1.1 De rol van de KvT vóór 1 januari 2013	15
2.1.2 De rol van het BFT vóór 1 januari 2013	16
2.1.3 De rol van de KNB vóór 1 januari 2013	17
§ 2.2 Klachtenbehandeling vóór 1 januari 2013	18
2.2.1 Klachtenbehandeling door de Ringvoorzitter	18
2.2.2 Klachtenbehandeling door de Nationale ombudsman	18
2.2.3 Overige klachtenbehandelaars binnen het notariaat	18
§ 2.3 Sanctiestelsel vóór 1 januari 2013.....	19
§ 2.4 De Commissie Hammerstein.....	19
2.4.1 De Wna 1999.....	19
2.4.2 Evaluatie Wna 199 door de Commissie Hamerstein	20
2.4.3 Conclusies en aanbevelingen van de Commissie Hammerstein	20
§ 2.5 Deelconclusie	20
Hoofdstuk 3. HET BFT: ZIJN NIEUWE ROL IN HET TOEZICHTSYSTEEM EN DE GEVOLGEN DAARVAN VOOR DE NOTARIËLE PRAKTIJK	21
§ 3.1 Terreinverkenning: integraal toezicht door het BFT	21
3.1.1 Toezicht op de notariële kwaliteit	21
3.1.2 Toezicht op de notariële integriteit.....	22
§ 3.2 Praktische invulling van het integraal toezicht: werkwijze van het BFT.....	23
3.2.1 Risicogericht toezicht.....	23
3.2.2 Soorten van risicogericht toezicht.....	24
§ 3.3 De toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb.....	24
3.3.1 Het betreden van plaatsen door toezichtambtenaren van het BFT	24
3.3.2 De inlichtingenvordering	27
3.3.3 Inzagerecht BFT van gegevens en bescheiden	28
3.3.4 Overige toezichtsbevoegdheden op grond van Afdeling 5.2 Awb	31
§ 3.4 De incidentenmelding	31
§ 3.5 De toets der subsidiariteit en proportionaliteit; evenredigheid.....	32
3.5.1 De subsidiariteitstoets	32
3.5.2 De proportionaliteitstoets	32
§ 3.6 De abbb's	33
§ 3.7 Effectuering van de toezichtsbevoegdheden	33
§ 3.8 Deelconclusie	34
Hoofdstuk 4. HET GEWIJZIGDE HANDHAVINGSARRANGEMENT EN DE GEVOLGEN HIERVAN VOOR DE NOTARIËLE PRAKTIJK	35
§ 4.1 Terreinverkenning: een nieuw handhavingsarrangement voor het BFT	35
§ 4.2 De last onder dwangsom.....	35
4.2.1 Juridisch kader van de last onder dwangsom	35

4.2.2 Praktische weergave van de last onder dwangsom	36
4.2.3 De hoogte van de last onder dwangsom	36
4.2.4 Preventieve last onder dwangsom	37
§ 4.3 De bestuurlijke boete	37
4.3.1 Juridisch kader van de bestuurlijke boete	37
4.3.2 Praktische weergave van de bestuurlijke boete	38
4.3.3 Overige belangrijke bepalingen met betrekking tot de bestuurlijke boete	39
§ 4.4 De rol van de abbb's bij sanctieoplegging door het BFT	39
§ 4.5 Het beginsel van nemo tenetur se ipsum prodere	39
§ 4.6 Indienen klacht bij de tuchtrechter	40
§ 4.7 Rechtsbescherming tegen handelingen van het BFT	40
4.7.1 Terreinafbakening: appellabele besluiten	40
4.7.2 Bezwaar bij het BFT	41
4.7.3 (hoger) Beroep bij de bestuursrechter	43
4.7.4 Naar het EHRM?	44
4.7.5 Rechtsbescherming bij de burgerlijk rechter	44
§ 4.8 Deelconclusie	44
Hoofdstuk 5. DE KNB EN HAAR ROL IN HET GEWIJZIGDE TOEZICHT	45
§ 5.1 Intercollegiale kwaliteitstoetsing: het peer review	45
5.1.1 Theoretische achtergrond van het peer review	45
5.1.2 Het peer review in de praktijk: werkwijze	45
§ 5.2 Het peer review in verhouding tot toezicht en tuchtrecht	46
5.2.1 Risicosignalen	47
5.2.2 Samenwerking BFT-KNB: Convenant voor het notariaat	47
5.2.3 Gevolgen en meerwaarde van het peer review voor de notariële praktijk	48
§ 5.3 Een nieuwe geschillen- en klachtenbehandelingsprocedure	48
5.3.1 Terreinverkenning: de Geschillencommissie Notariaat	48
5.3.2 De wijzigingen voor de notariële praktijk	48
§ 5.4 Hoger beroep en centraal register voor het notariaat	50
5.4.1 Hoger beroep voor de KNB	50
5.4.2 Centraal register voor het notariaat	50
§ 5.5 Deelconclusie	50
Hoofdstuk 6. DE PRAKTIJKGEVOLGEN VAN HET GEWIJZIGDE TOEZICHT VOOR HET NOTARIEEL BEROEPSGEHEIM	51
§ 6.1 Terreinverkenning: het notarieel beroepsgeheim	51
§ 6.2 Het notarieel beroepsgeheim onder de herziene Wna	51
6.2.1 Waarborgen: de afgeleide geheimhoudingsplicht en de doelbinding	52
§ 6.3 Toekomstige ontwikkeling: doorbreking notarieel beroepsgeheim door het OM	53
§ 6.4 Doorbreking notarieel beroepsgeheim: verhouding tot Nederlandse jurisprudentie	54
6.4.1 Arrest Ogem/notaris Maas	54
6.4.2 Arrest notaris Van Olst/Ontvanger	54
6.4.3 Arrest Ogem/notaris Maas en arrest notaris Van Olst/Ontvanger versus de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in de herziene Wna	55
§ 6.5 Doorbreking van het notarieel beroepsgeheim: verhouding tot het EVRM en tot Straatburgse jurisprudentie	55
6.5.1 Art. 8 EVRM: het recht op eerbiediging van het privéleven	55
6.5.2 Art. 8 EVRM in de praktijk: het Niemetz-arrest	56
§ 6.6 Deelconclusie	56
Hoofdstuk 7. KNELPUNTEN IN DE NOTARIËLE PRAKTIJK ALS GEVOLG VAN HET GEWIJZIGDE TOEZICHT	57
§ 7.1 Knelpunt I: onaangekondigd toezicht	57
§ 7.2 Knelpunt II: onduidelijkheden in de incidentenmelding	58
7.2.1 Wat dient de notaris te verstaan onder "nadelige gevolgen"?	58
7.2.2 De restcategorie ter zake van gebeurtenissen met aanmerkelijk nadelige gevolgen	58
§ 7.3 Knelpunt III: risicogericht toezicht en de informatiepositie van het BFT	59
§ 7.4 Knelpunt IV: doorbreking notarieel beroepsgeheim	59
§ 7.5 Knelpunt V: toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb	60
7.5.1 Het legaliteitsbeginsel	60
7.5.2 Onduidelijkheden ter zake van de inhoud van de toezichtsbevoegdheden	61

§ 7.6 Knelpunt VI: de bestuurlijke boete	61
7.6.1 De verwijtbaarheid en de onderzoeksplicht	61
7.6.2 Financieel belang van het BFT bij sanctionering van geconstateerde overtredingen	62
7.6.3 Deskundigheid van het BFT bij het opleggen van een bestuurlijke boete	62
§ 7.7 Knelpunt VII: de vertrouwelijkheid van het peer review	62
7.7.1 Samenwerking KNB met BFT en tuchtrechter	63
§ 7.8 Knelpunt VIII: de nieuwe klachten- en geschillenprocedure.....	63
§ 7.9 Deelconclusie	63
Hoofdstuk 8. CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN.....	64
§ 8.1 Conclusies	64
§ 8.2 Aanbevelingen.....	66
8.2.1 Aanbeveling I: stel een risicoanalyse aangaande de interne kantoorvoering op.....	66
8.2.2 Aanbeveling II: win informatie in over bepaalde vraagstukken.....	66
8.2.3 Aanbeveling III: wacht nadere jurisprudentie af omtrent de invulling van de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim	66
8.2.4 Aanbeveling IV: wijzig de algemene voorwaarden	66
8.2.5 Aanbeveling V: raak bekend met de Awb.....	67
8.2.6 Aanbeveling VI: neem bij informatie van derden de zorgplicht in acht	67
8.2.7 Slotaanbeveling: voer een nader onderzoek uit	67
Hoofdstuk 9. EVALUATIE VAN HET ONDERZOEK	68
LIJST VAN GERAADPLEEGDE BRONNEN	69
BIJLAGEN	75
BIJLAGE A Interview met dhr. mr. R. Wisse, accountmanager/toezichtambtenaar BFT	77
BIJLAGE B Interview met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, auditbureau KNB.....	84
BIJLAGE C Interview met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, kandidaat-notaris bij MWN Eindhoven en redactrice bij JBN.....	87
BIJLAGE D Kwaliteitscriteria peer review notariaat	89
BIJLAGE E Schema bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden en sancties	90

Lijst van gebruikte afkortingen

abbb('s)	algeme(e)n(e) beginsel(en) van behoorlijk bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
AFM	Autoriteit Financiële Markten
art.	wetsartikel(en)
AVAS	Afwezigheid Van Alle Schuld
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BFT	Bureau Financieel Toezicht
BJU	Boom Juridische Uitgevers
BTW	Belasting Toegevoegde Waarde
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CCV	Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid
c.q.	casus quo
CRvB	Centrale Raad van Beroep
d.d.	de dato
dhr.	de heer
diss.	dissertatie
dr.	doctor
drs.	doctorandus
e.a.	en andere(n)
e.e.a.	één en ander
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
fte	fulltime-equivalent
Gw	Grondwet
incl.	inclusief
JBN	Juridische Berichten voor het Notariaat
jis.	junctis
jo.	juncto
KNB	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
KvT	Kamer(s) van Toezicht
LJN	Landelijk Jurisprudentienummer
mevr.	mevrouw
mr.	meester in de rechten
MvT	Memorie van Toelichting
MWN	Marks Wachters Notarissen
NJ	Nederlands Jurisprudentienummer
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
N.B.	Nota bene
nr.	nummer(s)
NRC	Nieuw Rotterdamsche Courant
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NVWA	Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit
o.a.	onder andere
o.i.d.	of iets dergelijks
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina('s)
prof.	professor
Rna	Regeling op het notarisambt
RGN	Reglement Geschillencommissie Notariaat

RO	Wet op de Rechterlijke Organisatie
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Sdu	Staatsdrukkerij en uitgeverij
SEO	Stichting voor Economisch Onderzoek der Universiteit van Amsterdam
Sr	Wetboek van Strafrecht
ste.	sainte
stcrt.	Staatscourant
Sv	Wetboek van Strafvordering
UvA	Universiteit van Amsterdam
Vbg	Verordening beroeps- en gedragsregels
vgl.	vergelijk
VIS	Verordening Interdisciplinaire Samenwerking
Vkg	Verordening op de klachten- en geschillenregeling
Vkw	Verordening op de kwaliteit
vzr.	voorzieningenrechter
Wet RvS	Wet op de Raad van State
Wft	Wet op het financieel toezicht
Wna	Wet op het notarisambt
WNo	Wet Nationale ombudsman
WOB	Wet Openbaarheid van Bestuur
WODC	Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WWFT	Wet ter voorkoming Witwassen en Financieren Terrorisme
www	world wide web

Samenvatting

In deze scriptie zijn de onderzoeksresultaten vervat van een juridisch onderzoek naar de (praktijk)gevolgen van het herziene toezichtstelsel op het notariaat, zoals dat met ingang van 1 januari 2013 in werking is getreden. Bij het verrichten van het onderzoek is uitgegaan van de volgende centrale vraagstelling:

welke juridische gevolgen brengt het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat zoals dit in werking is getreden per 1 januari 2013 teweeg voor de praktijkvoering van MWN te Eindhoven?

Het onderzoek is verricht met in achtneming van de volgende doelstelling:

vóór 27 mei 2013 wordt aan MWN te Eindhoven en aan mevr. mr. L.A. Hopmans en mevr. mr. E.C. Spijsma in hun hoedanigheid als afstudeerdocenten een scriptie overhandigd, waarin de onderzoeksresultaten zijn vervat van het onderzoek naar de gevolgen van het gewijzigde toezicht op het notariaat en waarin aanbevelingen worden gedaan hoe MWN met deze wijziging kan omgaan om zo voldoende handvatten te hebben de praktijkvoering te optimaliseren naar de standaarden van de huidige toezichtswet- en regelgeving.

De centrale vraagstelling en de doelstelling hebben een solide basis gevormd voor het onderzoek, omdat deze steeds een helder kader hebben geboden waarbinnen het onderzoek zich afspeelde.

De hoofdconclusies die naar aanleiding van het onderzoek kunnen worden getrokken, worden hierna kort uiteengezet.

Het BFT is in het nieuwe toezichtstelsel integraal toezichthouder geworden. Dit betekent dat het BFT toezicht houdt op de financiën, de integriteit en de kwaliteit van notarissen. Daarmee neemt het BFT de toezichtstaak van de KvT over. Die laatste houdt zich voortaan slechts bezig met het spreken van notarieel tuchtrecht in eerste aanleg. Het integrale toezicht wordt door het BFT risicogericht uitgevoerd, waarbij het zijn toezichtsacties bepaalt op basis van binnengekomen informatie c.q. signalen uit de notariële praktijk. Deze signalen kunnen afkomstig zijn van bijvoorbeeld de KNB, cliënten of collega-notarissen. Notariskantoren worden aan de hand van die signalen ingedeeld in de categorie hoog, gemiddeld en laag risico. Notariskantoren met een hoog risico zullen het meest intensief te maken krijgen met het BFT.

Ook de KNB krijgt versterkte bevoegdheden om haar taak de kwaliteit van het notariaat te bevorderen te continueren. Dit komt vooral tot uiting door de wettelijke verankering van het peer review in de herziene Wna. Daarnaast beheert de KNB voortaan een centraal register voor het notariaat en is voor de KNB de wettelijke mogelijkheid gecreëerd tuchtrechtelijk hoger beroep in te stellen. Tot slot beheert de KNB, in samenwerking met De Geschillencommissie, een nieuwe instantie die bevoegd is geschillen en klachten ter zake van notarissen te behandelen. De klachtmogelijkheden omtrent een notaris bij de Nationale ombudsman en bij de Ringvoorzitter zijn daarmee komen te vervallen.

Het BFT en de KNB krijgen daarnaast verregaande toezichtsbevoegdheden conform Afdeling 5.2 Awb. Het BFT krijgt voorts de mogelijkheid overtredingen ten aanzien van art. 24 lid 1-4 Wna jo. art. 25a Wna bestuursrechtelijk te sanctioneren door opleggen van een last onder dwangsom dan wel een bestuurlijke boete. Deze nieuwe bevoegdheden van het BFT (en de KNB) brengen met zich mee dat eveneens bestuursrechtelijke rechtsbescherming van toepassing is op dit nieuwe toezichtsregiem. Tevens is geconstateerd dat notarissen tegenover het BFT, de KNB en de tuchtrechter niet langer gehouden zijn tot geheimhouding. Vastgesteld is echter dat deze doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet overeenstemt met hetgeen het EVRM en het EHRM ter zake van het professioneel beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars bepalen.

Tot slot is een aantal knelpunten dat in de notariële praktijkvoering kan worden verwacht als gevolg van het gewijzigde toezicht nader bekeken. Gebleken is dat deze knelpunten met name liggen in de informatiepositie die het BFT inneemt, de onduidelijkheid ter zake van het notarieel beroepsgeheim, de nieuw in het leven geroepen incidentenmelding die nog onduidelijkheden bevat, alsmede de samenwerking die het KNB en het BFT in het gewijzigde toezichtstelsel zijn aangegaan. Ook de communicatie met cliënt omtrent een aantal wijzigingen, zoals de nieuwe geschillenprocedure, kan knelpunten opleveren.

In deze inleiding wordt een globale weergave gegeven van de onderzoeksopzet en onderzoeksformulering van het verrichte onderzoek, waarvan de resultaten in deze scriptie zijn verrat. Tevens worden de betrouwbaarheid en validiteit van het onderzoek verantwoord. Tot slot volgt door middel van de leeswijzer een vooruitblik op de inhoud van deze scriptie.

§ 1.1 Onderzoeksformulering

1.1.1 Probleembeschrijving

Met ingang van 1 januari 2013 is de Wna grondig herzien. Vooral het toezichtstelsel op het notariaat is aan een grondige herziening onderhevig geweest. Deze herziening van het toezichtstelsel is tot stand gekomen als gevolg van de constatering die door de Commissie Hammerstein in 2005 zijn gedaan. Hierbij is de Commissie Hammerstein na een evaluatie van de Wna 1999 tot de conclusie gekomen dat toezicht op notarissen en notarieel tuchtrecht van elkaar dienen te worden losgekoppeld om het toezicht, door concentratie bij één instantie, meer effectief te laten zijn. Vóór 1 januari 2013 werd zowel notarieel tuchtrecht als toezicht op notarissen namelijk door de KvT¹ uitgeoefend. De Commissie Hammerstein heeft die duale taak van de KvT als ineffectief gekwalificeerd, omdat de KvT zich hierdoor niet volledig kon toespitsen op zijn toezichtstaak. De wijziging van het toezicht op het notariaat houdt concreet in dat toezicht en tuchtrechtspraak van elkaar los worden gemaakt, wat tot gevolg heeft dat de KvT, die voortaan de Kamer voor het Notariaat heet, zich nu slechts bezighoudt met het spreken van tuchtrecht. Het integraal toezicht met inbegrip van het financieel toezicht is met deze wijziging neergelegd bij het BFT (art. 110 lid 1 Wna). Het juridisch kader waarbinnen het BFT vanaf 1 januari 2013 het toezicht uitoefent, bestaat hoofdzakelijk uit de handhavinginstrumenten zoals omschreven in Afdeling 5.2 Awb, de Wna en de verordeningen van de KNB. Dit juridisch kader, waarbinnen het BFT voortaan acteert in zijn rol als integraal toezichthouder op het notariaat, maakt dat een compleet ander toezichtsregiem van toepassing is op het notariaat. Uit dit compleet nieuwe toezichtsregiem vloeien verplichtingen voort die rusten op een notaris(kantoor). Deze verplichtingen zien met name toe op de medewerkingsplicht van de notaris tijdens een controle door het BFT (hierbij kan men denken aan informatieplicht, meldingsplicht etc.). Bovendien wordt het notarieel beroepsgeheim tegenover de KNB en het BFT doorbroken, waardoor notarissen voortaan ook over vertrouwelijke informatie openheid van zaken moeten geven. Daarnaast verandert de werkwijze van het BFT; het zal voortaan preventief en risicogericht te werk gaan. Tot slot krijgt het BFT met dit gewijzigde toezicht de mogelijkheid bestuursrechtelijke sancties op te leggen ten aanzien van administratieve overtredingen door notarissen. Ook de KNB krijgt versterkte bevoegdheden waarmee wordt beoogd de notariële kwaliteit en integriteit te bevorderen. Zo beheert de KNB voortaan een centraal register voor het notariaat waarin alle gegevens ter zake van een notaris worden opgenomen. Tevens heeft het peer review in de herziene Wna een wettelijke grondslag gekregen, waardoor medewerking aan het peer review door notarissen nog dwingender is geworden.

Al deze gevolgen, die dus zowel juridische als praktische componenten bevatten, wijzigen de relatie BFT-notariaat drastisch. Ook de verhouding met de KNB wordt gewijzigd, zij het in minder verregaande mate in vergelijking met de bevoegdheden die het BFT voortaan heeft. Het onderhavige onderzoek is uitgevoerd in opdracht van MWN te Eindhoven en heeft zich dan ook toegespitst op de betekenis van de gevolgen van het gewijzigde toezicht voor dit specifieke notariskantoor. Deze gevolgen liggen met name in de praktijkvoering van de notaris. Hiermee wordt bedoeld dat het gewijzigde toezicht in grote mate nieuwe verplichtingen schept (o.a. doorbreking van het notarieel beroepsgeheim, verzwaarde medewerkingsplicht en de incidentenmelding) waaraan door de notaris dient te worden voldaan. Binnen MWN is de vraag gerezen over de inhoud en de juridische gevolgen van deze verplichtingen en of (en zo ja op welke wijze) daaraan gehoor dient te worden gegeven, wanneer het BFT en/of de KNB MWN controleren. Tevens is onduidelijkheid ontstaan over hoe deze nieuwe en verregaande bevoegdheden van het BFT en de KNB in de praktijk zullen worden uitgevoerd en wat dit betekent voor het notarieel beroepsgeheim, de medewerkings- en informatieplicht, de klachtenbehandeling en de sanctionering van eventuele overtredingen.

¹ In deze scriptie wordt de KvT in enkelvoudige vorm aangehouden. Van belang is echter op te merken dat onder de oude Wna negentien Kamers van Toezicht dienst deden als orgaan voor tuchtrechtspraak; in elk gerechtelijk arrondissement zetelde steeds één KvT. Met het gewijzigde toezicht is dit aantal teruggebracht naar vier kamers; in elk gerechtelijk ressort één. Daarnaast krijgen de kamers een nieuwe naam: Kamers voor het Notariaat. Deze wijziging, die vooral organisatorische consequenties voor de Rechtspraak tot gevolg heeft, wordt in deze scriptie gelaten voor wat zij is.

1.1.2 Centrale vraagstelling

De centrale vraag die, mede gelet op de probleembeschrijving, het kader heeft geboden waarbinnen het onderzoek is uitgevoerd, luidt:

welke juridische gevolgen brengt het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat zoals dit in werking is getreden per 1 januari 2013 teweeg voor de praktijkvoering van MWN te Eindhoven?

1.1.3 Doelstelling

De doelstelling die tijdens het onderzoek in acht is genomen, is als volgt:

vóór 27 mei 2013 wordt aan MWN te Eindhoven en aan mevr. mr. L.A. Hopmans en mevr. mr. E.C. Spijksma in hun hoedanigheid als afstudeerdocenten een scriptie overhandigd, waarin de onderzoeksresultaten zijn vervat van het onderzoek naar de gevolgen van het gewijzigde toezicht op het notariaat en waarin aanbevelingen worden gedaan hoe MWN met deze wijziging kan omgaan om zo voldoende handvatten te hebben de praktijkvoering te optimaliseren naar de standaarden van de huidige toezichtswet- en regelgeving.

§ 1.2 Onderzoeksopzet

1.2.1 Deelvragen

Ter ondersteuning van de centrale vraagstelling is een aantal deelvragen geformuleerd, dat mede het kader biedt waarbinnen het onderhavige onderzoek is uitgevoerd. De deelvragen zijn als volgt:

1. Hoe zag het toezichtstelsel op het notariaat er vóór 1 januari 2013 uit en welke beweegredenen hebben ten grondslag gelegen aan het wijzigen van systeem van toezicht op het notariaat?
2. Welke bevoegdheden heeft het BFT toebedeeld gekregen als gevolg van het gewijzigde toezicht en welke gevolgen heeft dit voor de notariële praktijk?
3. Welke bevoegdheden heeft de KNB toebedeeld gekregen als gevolg van het gewijzigde toezicht en welke gevolgen heeft dit voor de notariële praktijk?
4. Met welke gevolgen wordt de notariële praktijk geconfronteerd ten aanzien van het notarieel beroepsgeheim als gevolg van het gewijzigde toezichtstelsel en welke kanttekeningen zijn daarbij te plaatsen met betrekking tot het nieuwe toezicht?
5. Welke knelpunten vallen in de notariële praktijk te verwachten als gevolg van het gewijzigde toezicht?

1.2.2 Onderzoeksmethodiek en de verantwoording daarvan

De onderzoeksstrategie die tijdens het verrichten van onderhavig onderzoek is gevolgd, betreft een literatuur- en rechtsbronnenonderzoek. Hierbij zijn vanzelfsprekend de Wna en de Awb leidend geweest, maar ook het EVRM en verordeningen van de KNB hebben een prominente rol gespeeld in het onderzoek. Het literatuuronderzoek is tot uiting gekomen, doordat verschillende handboeken en (wetenschappelijke) tijdschriften zijn geraadpleegd. Met name de WPNR, de JBN, bestuursrechtelijke handboeken en handboeken die handelen over het notarisambt zijn frequent in het literatuuronderzoek betrokken. Tevens is de onderzoeksstrategie casestudy gehanteerd, waarbij aan de hand van verschillende praktijkvoorbeelden de theorie is vertaald naar de notariële praktijk.

De bronnen die in dit onderzoek centraal hebben gestaan, bestonden in hoofdzaak uit wet- en regelgeving, (tuchtrechtelijke en Straatburgse) jurisprudentie, verdragen en verordeningen van de KNB. De keuze voor deze rechtsbronnen behoeft logischerwijs geen nadere uitleg, nu het onderzoek een praktijkgericht juridisch onderzoek behelst. Het raadplegen van rechtsbronnen is daaraan inherent. Rechtsbronnen zijn voorts onmiskenbaar gezaghebbend, omdat aan de inhoud ervan niet valt te tornen. Ook hebben documenten, zoals kamerstukken, onderzoeksrapporten, scripties en proefschriften, als belangrijke bron gegolden. Voor deze bronnen is gekozen, omdat zij niet uitgelokt zijn en derhalve geen maatschappelijk wenselijke informatie geven.² De objectiviteit van documenten is daardoor zeer groot. Ook vakliteratuur uit handboeken en vakbladen heeft als belangrijke bron gediend. Tot slot is een aantal personen uit de notariële praktijk geraadpleegd, zodat ook daar een bron van informatie in is gevonden. De geraadpleegde personen zijn experts op het gebied van het notariaat en hebben aldus waardevolle informatie ten behoeve van het onderzoek geleverd.

² Van Schaaijk 2011, p. 67.

De in dit onderzoek aangewende methoden van onderzoek betroffen de methoden van inhoudsanalyse en field research. In de eerste plaats is de methode van inhoudsanalyse gehanteerd, omdat men de inhoud van bepaalde bronnen moet kennen alvorens over te kunnen gaan tot het geven van een beoordeling over de relevantie van de desbetreffende bron voor het te verrichten onderzoek. Daarnaast moet men de inhoud van bepaalde bronnen kennen teneinde een interpretatie ervan te geven en de inhoud zodoende toepasbaar te laten zijn op het onderzoek. De methode field research heeft plaatsgevonden in de vorm van een drietal interviews met medewerkers van het BFT, de KNB en MWN.

1.2.3 Validiteit en betrouwbaarheid

Doordat voorafgaand aan het daadwerkelijk verrichten van het onderhavig onderzoek een onderzoeksplan is opgesteld, is steeds een helder kader voor ogen gehouden van hetgeen onderzocht diende te worden. Daarnaast is door het raadplegen van objectieve en gezaghebbende bronnen de betrouwbaarheid van dit onderzoek gewaarborgd. Bij het raadplegen van bronnen is steeds in de gaten gehouden of een bron niet te gedateerd dan wel te subjectief was. De validiteit van het onderzoek is eveneens gewaarborgd door het opstellen van een helder onderzoeksplan, waarin aan de hand van een centrale vraagstelling, een doelstelling en deelvragen steeds een duidelijk kader is geschetst waarbinnen het onderzoek diende te worden verricht. Het onderzoeksresultaat kan aan de hand van de centrale vraagstelling worden getoetst, zodat de validiteit gewaarborgd is. Daarnaast is bij het verrichten van het onderzoek steeds een koppeling gemaakt naar de centrale vraagstelling.

§ 1.3 Leeswijzer

1.3.1 Opbouw van deze scriptie

Voordat aan de inhoudelijke wijzigingen wordt toegekomen, volgt in het tweede hoofdstuk een situatieschets van het toezicht op het notariaat zoals dat vóór 1 januari 2013 was geregeld, alsmede worden in hoofdstuk 2 de beweegredenen voor het wijzigen van het toezichtstelsel behandeld. Hoofdstuk 2 beantwoordt de eerste deelvraag. In hoofdstuk 3 worden de toezichtsbevoegdheden van het BFT (en van de KNB) toegelicht, waarna in hoofdstuk 4 een bespreking van het nieuwe bestuursrechtelijke sanctiearrangement en van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming volgt. In hoofdstuk 3 en 4 wordt de tweede deelvraag beantwoord. In het vijfde hoofdstuk volgt een nadere beschouwing van de nieuwe rol die de KNB in het geheel speelt; in hoofdstuk 5 volgt een beantwoording van de derde deelvraag. In het zesde hoofdstuk worden de gevolgen van het gewijzigde toezicht voor het notarieel beroepsgeheim besproken en zal aldus de vierde deelvraag worden beantwoord. Hoofdstuk 7 geeft de knelpunten weer die als gevolg van het gewijzigde toezicht kunnen worden verwacht. In hoofdstuk 7 wordt de vijfde en tevens laatste deelvraag voorzien van een antwoord. In hoofdstuk 8 staan de conclusies centraal, die naar aanleiding van het onderzoek zijn getrokken centraal. De centrale vraagstelling wordt daarmee beantwoord. Tevens is in hoofdstuk 8 een aantal aanbevelingen gedaan. Het laatste hoofdstuk, hoofdstuk 9, bevat een korte evaluatie van het onderzoek. Deze opbouw geeft de lezer van deze scriptie een inzichtelijke weergave van de constatering die zijn gedaan naar aanleiding van het verrichte onderzoek.

1.3.2 Terminologie

Daar waar in deze scriptie over “Wna” wordt gesproken, wordt de Wna bedoeld zoals deze thans geldt. Wanneer wordt verwezen naar een bepaling uit de Wna zoals deze vóór 1 januari 2013 gold, dan wordt deze aangehaald als “Wna-oud”. De termen toezichthouder, BFT en toezichtambtenaar (van het BFT) komen op het zelfde neer: met deze termen wordt het BFT als toezichthouder bedoeld. Ook de termen notarissen en notariaat zijn, afhankelijk van de context, inwisselbaar. Daar waar over notarissen wordt gesproken, wordt mede verstaan toegevoegd en kandidaat-notarissen, tenzij uit de context anders blijkt.

Voordat wordt toegekomen aan de daadwerkelijke wijzigingen die het gewijzigde toezicht op het notariaat tot gevolg heeft, is het van belang kennis te nemen van het toezichtstelsel zoals dat gestalte had onder de oude Wna. Notarissen zijn onderdeel van het rechtssysteem en vormen een belangrijke waarborg in het economisch (rechts)verkeer en houden daarmee toezicht op een behoorlijke rechtsorde. De continuïteit van de rechtstaat is mede afhankelijk van een adequaat functionerend notariaat; maar wie houdt toezicht op de toezichthouders?³ Notarissen zijn immers toezichthouders op een behoorlijke rechtsorde en toezicht op een adequate ambtsuitoefening van notarissen, als toezichthouders op de rechtsorde, is vereist de continuïteit van de rechtstaat te waarborgen. Om die reden is het notariaat in de moderne geschiedenis altijd aan toezicht onderhevig geweest.⁴ In dit hoofdstuk volgt een overzicht van het toezicht op notarissen zoals dat vóór 1 januari 2013 was geregeld en waarvan in het begin van de twintigste eeuw de fundamenteën zijn gelegd. Verder komt de aanleiding voor het wijzigen van het toezichtstelsel aan bod. Tevens wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de klachtprocedures zoals deze vóór de herziene Wna werden doorlopen.

§ 2.1 Situatieschets: de rol van de verschillende actoren in het toezicht vóór 1 januari 2013

Het toezicht op het notariaat werd vóór 1 januari 2013 uitgeoefend door verschillende instanties, te weten: de KvT, het BFT, de KNB, de Minister van Justitie, de Belastingdienst, de Nationale ombudsman, de Kroon en de Ringvoorzitters.⁵ Hierbij speelden vooral de KvT, het BFT en de KNB een prominente rol. De toezichthoudende taken van deze drie instanties zoals deze hen toekwamen vóór 1 januari 2013 worden hierna toegelicht. De rol die de overige vijf instanties in het toezichtssysteem op het notariaat vóór 1 januari 2013 vervulden, wordt buiten beschouwing gelaten, omdat die instanties slechts zijdelings betrokken waren bij het toezicht op het notariaat. Bovendien ontleen zij hun toezichtsbevoegdheden niet aan de Wna, maar aan andere wetgeving die niet specifiek is gericht op het notariaat zodat bespreking van die toezichthoudende instanties geen meerwaarde heeft voor hetgeen wordt behandeld in deze scriptie.

2.1.1 De rol van de KvT vóór 1 januari 2013

Krachtens art. 93 Wna-oud was de KvT belast met het integraal toezicht op het notariaat. Uitzondering hierop was het financieel toezicht, dat onder de oude Wna in art. 110 lid 1 Wna-oud was toebedeeld aan het BFT. De taak van de KvT was dual, aangezien de KvT naast integraal toezicht ingevolge art. 98 Wna-oud tuchtrechtspraak uitoefende. Wat men onder “integraal” toezicht diende te verstaan, was door de wetgever geformuleerd in art. 96 lid 1 Wna-oud. Uit dit wetsartikel bleek dat integraal toezicht het toezicht behelsde op de naleving van de Wna (uitgezonderd financieel toezicht ex art. 110 lid 1 Wna-oud), alsmede toezicht op de naleving van ministeriële regelingen en besluiten behorende bij de Wna. Tevens viel hieronder het toezicht op de naleving van de verordeningen opgesteld door de KNB, waarbij in het bijzonder aandacht werd geschonken aan naleving van de verordeningen die de eer en het aanzien van het notarisambt trachten te waarborgen. De KvT hield vóór 1 januari 2013 dus toezicht op de kwaliteit en integriteit van de notaris.

Toezichtsbevoegdheden KvT

Het juridisch kader waarop de KvT zijn bevoegdheden ten behoeve van zijn toezichtstaak baseerde, was door de wetgever neergelegd in art. 96 Wna-oud. In het eerste lid van dit wetsartikel maakte de wetgever meteen duidelijk dat het toezichtsregiem zoals dat door de KvT werd vervuld een ander is dan regulier toezicht door Afdeling 5.2 Awb buiten toepassing te verklaren. De KvT was op grond van art. 96 lid 2 Wna-oud bevoegd een onderzoek te gelasten naar een notaris. De KvT was hiertoe op grond van datzelfde wetsartikel verplicht, indien het bestuur van de KNB dan wel het bestuur van het BFT hierom verzocht. De plaatsvervangend voorzitter van de KvT was belast met het uitvoeren van het daadwerkelijke toezicht in de vorm van een onderzoek ter kantore van de notaris of in de vorm van een verhoor van de desbetreffende notaris(sen) op locatie van de KvT (art. 96 lid 2 Wna). De onderzoeksbevoegdheid van de KvT werd in de regel pas ingezet wanneer daar een aanleiding voor was.⁶ Deze aanleiding vond zijn grondslag in signalen uit de beroepspraktijk (bijvoorbeeld een

³ Beroemde frase van de Romeinse poëet Juvenalis, die zich in zijn werk “*Satire VI*” al afvroeg wie toezicht houdt op hen die zelf een toezichthoudende functie bekleden.

⁴ Melis 2003, p. 394-395.

⁵ Heesen-Laclé 2007, p. 69.

⁶ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 21.

melding door een cliënt, collega-notaris, notarieel medewerker en/of persberichten).⁷ De juridische onderzoeksinstrumenten die de KvT in het kader van zijn toezichthoudende taak toekwamen, waren neergelegd in art. 96 lid 3 en 4 Wna-oud die het inzagerecht van de KvT en de inlichtingenplicht van de notaris naar de KvT toe regelden. Aan het inzagerecht en de inlichtingenplicht was de notaris gehouden medewerking te verlenen, zodat de KvT alle voor zijn toezichthoudende taak relevante documenten kon inzien, zo bepaalde art. 96 Wna-oud. De notaris had in principe geen weigeringsmogelijkheden mee te werken, mits van hem informatie werd verlangd die vanwege zijn geheimhoudingsplicht vertrouwelijk diende te blijven.⁸ Hierbij moet overigens een nadrukkelijk onderscheid worden gemaakt tussen toezicht en tuchtrecht. Tegenover de KvT in zijn rol als tuchtrechtsprekend orgaan komt de notaris in principe geen verschoningsrecht toe vanwege zijn geheimhoudingsplicht, mits hij hierdoor aan zijn eigen veroordeling meewerkt.⁹

2.1.2 De rol van het BFT vóór 1 januari 2013

Het BFT was onder de oude Wna verantwoordelijk voor het financieel toezicht op het notariaat, zo blijkt uit art. 110 lid 1 Wna-oud. Art. 110 lid 1 Wna-oud belastte het BFT aldus met de volgende taken:

- Toezicht op de naleving van de algemene financiële verplichtingen uit art. 23 Wna. Dit wetsartikel verbiedt de notaris dusdanig te handelen, waardoor hij niet aan zijn financiële verplichtingen kan voldoen.
- Toezicht op de naleving van art. 24 Wna, waarin de notaris wordt verplicht een degelijke financiële administratie te voeren. Speciale aandacht wordt hierbij besteed aan het vierde lid van dit wetsartikel, waarin de notaris wordt verplicht zich te houden aan verordeningen die door de KNB worden vastgesteld met betrekking tot het voeren en inrichten van de privé-administratie (vgl. Administratieverordening).
- Toezicht op naleving van art. 25 lid 1-2 Wna: hierin wordt geregeld dat de notaris, indien hij een kwaliteitsrekening heeft, deze op een behoorlijke wijze beheert en beschikt.
- Toezicht op naleving van art. 25 lid 7 Wna, waarin is geregeld dat bij ministeriële regeling de wijze waarop de rente op de kwaliteitsrekening wordt berekend en uitgekeerd wordt bepaald.

Het BFT was dus belast met het gehele financiële toezicht op het notariaat (dit blijft overigens zo onder de herziene Wna). Daarnaast heeft en had het BFT de speciale taak toe te zien op de naleving van de WWFT.¹⁰ De WWFT is in 2008 in het leven geroepen ter voorkoming dat criminelen gebruik maken van de legale financiële infrastructuur (waaronder de dienstverlening van de notaris).¹¹ Om die reden is op grond van art. 1 lid 1 sub 13 WWFT de WWFT van toepassing verklaard op alle diensten die de notaris verleent, met uitzondering van diensten op het gebied van personen- en familierecht. De WWFT stelt het de notaris conform art. 2a WWFT en Hoofdstuk 2 WWFT (waarbij vooral art. 3 WWFT van belang is) verplicht een cliëntonderzoek uit te voeren. Dit betekent dat de notaris moet nagaan wie de persoon van de cliënt is. Bij vermoeden van witwassen of het financieren van terrorisme is de notaris verplicht dit te melden bij de Financiële Inlichtingen-eenheid, aldus art. 16 WWFT. Het BFT houdt toezicht op de naleving van verplichtingen die rusten op de notaris uit hoofde van de WWFT. Deze toezichthoudende taak is in art. 24 lid 1 WWFT en art. 31 lid 1 WWFT j.s. art. 5 Uitvoeringsbesluit WWFT en art. 1 sub c Besluit aanwijzing toezichthouders WWFT neergelegd. Daarnaast heeft het BFT zelf op grond van art. 25 WWFT een meldingsplicht aan de Financiële Inlichtingen-eenheid, indien het in zijn toezichtstaak feiten achterhaalt die duiden op witwassen dan wel het financieren van terrorisme.

Toezichtsbevoegdheden BFT: krachtens de Wna-oud

Om zijn taak van financieel toezichthouder te verwezenlijken, had het BFT uiteraard bevoegdheden die het kon aanwenden ter invulling van deze taak. Art. 110 lid 1 Wna-oud verklaarde Afdeling 5.2 Awb, waarin voor toezichthoudende instanties de algemene toezichtsbevoegdheden zijn opgenomen, niet van toepassing op het toezicht op notarissen uit hoofde van de Wna. De grondslag voor het BFT zijn toezichthoudende taak uit te oefenen, was gelegen in art. 112 Wna-oud. Die bevoegdheden waren onder deze wetsbepaling beperkt.¹² Met dit beperkte toezichtsregiem heeft de wetgever nadrukkelijk invulling gegeven aan zijn bedoeling de voorzitter van de KvT het laatste woord te laten

⁷ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 21.

⁸ Hopmans 2011, p. 29.

⁹ Het beginsel van nemo tenetur se ipsum prodere (niemand is gehouden mee te werken aan zijn uitlevering c.q. veroordeling) werkt door in het tuchtrecht, zie: Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 17 november 1988, *WPNR* 89/5901.

¹⁰ Werkwijze (<www.bureaufn.nl>; geraadpleegd op 4 maart 2013).

¹¹ De Jong 2008, p. 141.

¹² Van Rijkevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 504.

hebben in het toezichtstelsel zoals dat gold vóór 2013.¹³ Art. 112 Wna-oud kende het BFT de volgende bevoegdheden toe in het kader van zijn rol als financieel toezichthouder:

- lid 1: de notaris dient de in art. 24 Wna bedoelde stukken alsmede een door een accountant beoordeelde jaarrekening binnen vier maanden na het einde van ieder boekjaar aan het BFT toe te zenden;¹⁴
- lid 2: het BFT kan van de notaris verlangen zijn privé- en kantooradministratie in te zien.

Daarnaast was het BFT verplicht, in de vorm van een klacht, feiten en/of omstandigheden die naar zijn oordeel aanleiding konden vormen voor het opleggen van een tuchtmaatregel te melden bij de voorzitter van de KvT.¹⁵ Tot slot had het BFT de bevoegdheid op last van de voorzitter van de KvT onderzoek te verrichten naar de privé- en kantooradministratie van een notaris (art. 96 lid 5 Wna-oud jo. art. 112 lid 4 Wna-oud). De notaris had in principe de plicht zijn medewerking te verlenen aan het toezicht (weigeren medewerking te verlenen aan het BFT was en is een tuchtrechtelijk vergrijp),¹⁶ maar de notaris had hierbij verschoningsrecht, waardoor hij zich kon vrijwaren van medewerking indien van hem vertrouwelijke informatie werd verlangd.¹⁷

Toezichtsbevoegdheden BFT: krachtens de WWFT

Zoals reeds geconcludeerd, heeft het BFT tevens de taak toe te zien op de verplichtingen die rusten op de notaris uit hoofde van de WWFT. Hierin is art. 16 WWFT (meldingsplicht indien de notaris meent dat sprake is van witwassen of financieren terrorisme) leidend: dit toezicht strekt niet tot het bewaken van de financiële huishouding van de notaris, maar heeft uitsluitend het doel de naleving van art. 16 WWFT door notarissen te garanderen.¹⁸ Het toezichtsregiem was hier dan ook anders dan bij de toezichtstaak uit hoofde van 112 Wna-oud. Afdeling 5.2 Awb is door de wetgever namelijk wel van toepassing verklaard op toezicht krachtens de WWFT, waardoor het BFT verregaande onderzoeksbevoegdheden heeft (de bevoegdheden uit Afdeling 5.2 Awb zullen nader worden toegelicht in § 3.3). Ook hier had de notaris een verschoningsrecht ten aanzien van vertrouwelijke informatie. Krachtens art. 5:20 lid 2 Awb hoefde de notaris geen vertrouwelijke informatie te verschaffen aan het BFT, waardoor de wetgever het belang van de vertrouwelijke relatie tussen cliënt en notaris heeft benadrukt.¹⁹

Verhouding toezicht door het BFT krachtens WWFT en krachtens Wna-oud

Het BFT zag dus toe op de financiële verplichtingen die op de notaris krachtens de Wna rusten, maar had en heeft daarnaast ook de taak toe te zien op naleving van art. 16 WWFT: binnen het BFT werd dit aangeduid als het "twee pijlerstoezicht".²⁰ Het is belangrijk hier op te merken dat juridisch gezien dit twee verschillende toezichtsregiems waren en derhalve verschillende juridische gevolgen met zich meebrachten. Het BFT kon vóór 1 januari 2013 geen gebruik maken van de Awb-bevoegdheden, indien het zijn bevoegdheid uitoefende toe te zien op de financiële huishouding van de notaris.²¹ Art. 112 lid 1 Wna-oud verklaarde Afdeling 5.2 Awb immers buiten toepassing op die vorm van toezicht. Ter controle op de naleving van de WWFT had het BFT wel de bevoegdheden die in Afdeling 5.2 Awb zijn opgenomen. In juridisch opzicht is deze situatie helder: bij controle op naleving van de WWFT is het BFT gerechtigd de bevoegdheden uit Afdeling 5.2 Awb aan te wenden, maar bij controle op de financiële huishouding krachtens art. 110 lid 1 Wna-oud niet. Daar gold immers art. 112 Wna-oud. In de praktijk stuitte deze tweeledige toezichtstaak van het BFT vaak op verzet, omdat vanuit het notariaat geluiden kwamen dat het BFT oneigenlijk gebruik maakte van zijn bevoegdheden. Notarissen stelden vaak dat het BFT zijn toezichtsbevoegdheid op grond van de WWFT tevens aanwendde de financiële huishouding ex art. 96 lid 1 Wna te controleren en vice versa.²² Op deze kwestie en wat het gewijzigde toezichtsregiem hieraan verandert, wordt in § 3.1 teruggekomen.

2.1.3 De rol van de KNB vóór 1 januari 2013²³

De KNB is de beroepsorganisatie van het notariaat die de kwaliteit en integriteit van het notariaat bevordert.²⁴ Vóór de invoering van de Wna 1999 was de KNB een privaatrechtelijke vereniging,

¹³ Van Rijkevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 504.

¹⁴ Art. 24 lid 4 Wna is gewijzigd. Grote notariskantoren (met meer dan 20 fte's) dienen voortaan een accountantsverklaring bij hun financieel jaarverslag toe te voegen in plaats van een accountantsbeoordeling, zo volgt uit art. 24 lid 4 Wna jis. art. 1 Rna en art. 2 Rna.

¹⁵ Heesen-Lacé, p. 79.

¹⁶ Hopmans 2011, p. 37.

¹⁷ KvT Amsterdam 14 september 2010, 426659, NT 09-16.

¹⁸ Integriteit financiële markten (<www.rijksoverheid.nl>; geraadpleegd op 22 februari 2013).

¹⁹ Kamerstukken II 2004/05, 29 990, nr. 7, p. 24.

²⁰ Bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 11.

²¹ Timmer 2012.

²² Zie o.a. Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 13 maart 2012, LJN BV8632.

²³ De KNB zal zijn taak de kwaliteit en integriteit van het notariaat te bevorderen ook onder de herziene Wna continueren, maar krijgt hiertoe uitgebreidere en versterkte bevoegdheden. Daarom wordt in deze subparagraaf ingegaan op de taken die het KNB reeds had. De taken en bevoegdheden die hierna worden uiteengezet, blijven ook met het gewijzigde toezichtstelsel gelden. De vernieuwde rol van de KNB komt in hoofdstuk 5 aan bod.

waarvan notarissen niet verplicht lid hoefden te zijn.²⁵ De KNB hield zich in de vorm van privaatrechtelijke vereniging ook reeds bezig met het bevorderen van de kwaliteit en integriteit van notarissen.²⁶ De wetgever zag in de KNB een grote meerwaarde voor zelfregulering voor het notariaat.²⁷ Om te voorkomen dat notarissen zich zouden onttrekken aan zelfregulering door de KNB door simpelweg geen lid te worden, heeft de wetgever met de invoering van de Wna 1999 besloten de KNB tot publiekrechtelijk orgaan te maken, waarvan alle notarissen verplicht en van rechtswege lid zijn conform art. 60 Wna jo. art. 134 Gw. De taakstelling van de KNB is door de wetgever in art. 61 Wna neergelegd. De KNB bevordert een goede beroepsuitoefening (kwaliteit) en draagt zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt (integriteit). Om deze taakstelling efficiënt en slagvaardig te vervullen, heeft de wetgever de KNB krachtens art. 61 lid 2 Wna een verordende bevoegdheid toebedeeld. Door deze verordenende bevoegdheid toe te kennen aan de KNB wordt zelfregulering vanuit de beroepsgroep gestimuleerd, zo volgt uit art. 61 lid 2 Wna. De Minister van Veiligheid en Justitie ziet echter steeds toe op de kwaliteit van de verordeningen, doordat de KNB de verordening eerst voorlegt aan de Minister van Veiligheid en Justitie waarna na zijn goedkeuring hiervan de verordening pas in werking treedt.²⁸ Doordat notarissen verplicht lid zijn van de KNB zijn de verordeningen die door de KNB worden opgesteld voor elke notaris bindend; hij dient deze in acht te nemen en zoals eerder geconstateerd, wordt op de naleving ervan toezicht gehouden.

§ 2.2 Klachtenbehandeling vóór 1 januari 2013

Naast het geïnstitutionaliseerd toezicht, zoals in de voorgaande paragrafen is uiteengezet, hadden en hebben belanghebbenden individueel klachtrecht. Verschillende instanties hielden zich bezig met het behandelen van klachten ter zake van notarissen. Deze worden hierna uiteengezet.

2.2.1 Klachtenbehandeling door de Ringvoorzitter

De Ringvoorzitter beslechtte vóór 1 januari 2013 declaratiegeschillen gerezen tussen cliënt en notaris.²⁹ De Ringvoorzitter was in zijn hoedanigheid als onafhankelijk klachtenbehandelaar een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb. Hierdoor had zowel de notaris als de klager de mogelijkheid bezwaar ex art. 7:1 Awb in te dienen bij de Ringvoorzitter, indien deze het niet eens was met het besluit van de Ringvoorzitter. De Ringvoorzitter gaf daarop vervolgens een gemotiveerde reactie. Daarna stond ex art. 8:1 Awb beroep open bij de sector bestuursrecht van de rechtbank. Indien uit dit beroep ook geen bevredigend resultaat voortvloeide, was notaris dan wel klager bevoegd het geschil in hoger beroep aan de ABRvS voor te leggen (art. 47 Wet RvS).³⁰

2.2.2 Klachtenbehandeling door de Nationale ombudsman

Ook de notaris is in zijn hoedanigheid als openbaar ambtenaar een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 Awb. De wetgever heeft echter gemeend dat de procedures omtrent beschikkingen, bezwaar en beroep niet op de individuele notaris van toepassing moeten zijn³¹ en heeft derhalve in art. 16a Wna-oud art. 2:2 Awb jo. art. 2:3 Awb, alsmede de Afdelingen 3 en 4 Awb op hem buiten toepassing verklaard. De wetgever heeft daarentegen wel gemeend dat op de notaris als bestuursorgaan een onafhankelijke bestuursrechtelijke klachtmogelijkheid moest bestaan.³² Om die reden was de Nationale ombudsman als externe bestuursrechtelijke klachtenbehandelaar bevoegd klachten over de notaris te behandelen (art. 9:18 lid 1 Awb jo. art. 1a WNo).

2.2.3 Klachtenbehandeling door gerechtelijke instanties

De klager had daarenboven de mogelijkheid een klacht direct in te dienen bij de KvT, die in geval van klachten over notarissen op grond van art. 96 Wna-oud jo. art. 98 Wna-oud altijd competent was. Tot slot bestond en bestaat voor een klager de mogelijkheid het handelen van de notaris waartegen de klacht is gericht te toetsen bij de burgerlijk rechter (bijvoorbeeld op grond van de in art. 6:162 BW neergelegde onrechtmatige daad). Deze laatste mogelijkheid kwam ook de notaris toe, indien een cliënt weigerde tot betaling over te gaan van de afgenomen diensten.

²⁴ Taken KNB (<www.knb.nl>; geraadpleegd op 5 maart 2013).

²⁵ Smits 2009, p. 27.

²⁶ Smits 2009, p. 27.

²⁷ Baarsma, Van Geffen e.a. 2003, p. 42.

²⁸ Heesen-Laclé 2007, p. 69.

²⁹ Krop, Huls e.a. 2005, p. 59.

³⁰ Dit wetsartikel is overigens per 1 januari 2013 vervallen. Vanaf 1 januari 2013 ontlenen partijen in een bestuursrechtelijke procedure hun bevoegdheid een zaak in hoger beroep aanhangig te maken bij de ABRvS aan art. 8:104 Awb jo. art. 8:105 Awb (zie: *Kamerstukken I* 2011/12, 32 621, nr. 7, p. 2.).

³¹ Krop, Huls e.a. 2005, p. 59.

³² Krop, Huls e.a. 2005, p. 59.

§ 2.3 Sanctiestelsel vóór 1 januari 2013

Het sanctiestelsel zag er vóór 1 januari 2013 vrij simpel uit. Het BFT en de KNB hadden zelf geen sanctiebevoegdheid.³³ Indien het BFT en de KNB bij een controle een malversatie dan wel een laakbaar handelen van de notaris constateerden, legden zij deze constatering neer bij de KvT.³⁴ Het was uiteindelijk aan de KvT al dan niet een passende sanctie op te leggen. De KvT had hierbij een beperkt sanctiearrangement, dat in art. 103 Wna-oud was neergelegd. Het betrof hier, blijkens art. 103 lid 1 Wna-oud, de volgende sancties:³⁵

- een waarschuwing;
- een berisping;
- schorsing in de uitoefening van het ambt voor de duur van ten hoogste zes maanden;
- ontzetting uit het ambt.

Ingevolge art. 103 lid 2 Wna-oud was het tevens mogelijk dat de KvT een bepaalde bedenking omtrent een notaris gegrond verklaarde, maar hieraan verder geen sancties verbond. Ook wanneer de KvT zelf, in zijn hoedanigheid als integraal toezichthouder, een overtreding door de notaris constateerde, was art. 103 Wna-oud van toepassing. Het toetsingskader dat bij de toepassing van art. 103 Wna-oud steeds in acht werd genomen door de KvT was neergelegd in art. 96 lid 1 Wna-oud jo. art. 98 lid 1 Wna-oud. Kort samengevat komt dit toetsingskader erop neer dat de KvT toetste of een notaris integer en bekwaam handelde conform de verplichtingen die op hem rusten uit hoofde van de Wna. Naar mate de verwijtbaarheid groter was, werd de op te leggen maatregel strenger. De hiervoor aangehaalde sancties zijn tuchtrechtelijke maatregelen. Het sanctiestelsel op overtredingen door de notaris waren dus tuchtrechtelijke instrumenten. In principe werd daarmee altijd repressief (dus achteraf) opgetreden, nu het tuchtrecht een repressief middel is.³⁶ Het nieuwe toezichtstelsel maakt het mogelijk preventief op te treden en kent het BFT daarnaast de bevoegdheid toe zelf sancties op te leggen. Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 4.

§ 2.4 De Commissie Hammerstein

2.4.1 De Wna 1999

In 1999 is de Wna in werking getreden zoals men die in zijn huidige vorm kent.³⁷ Deze wet verving de Notariswet uit 1842 en bracht drie ingrijpende wijzigingen met zich mee, die het notariaat moesten moderniseren en die het notariaat voorts beoogden aan te passen aan de eenentwintigste eeuw.³⁸ Deze drie wijzigingen betroffen:³⁹

- het vrijgeven van tarieven voor de notariële diensten, alsmede de mogelijkheid tot goodwillbetaling;
- liberaliseren van het benoemings- en vestigingsbeleid;
- opheffing van het verbod voor de notaris ambtshandelingen buiten zijn arrondissement te verrichten (in navolging hiervan is in 2005 het procureaat in de advocatuur afgeschaft).⁴⁰

Deze drie wijzigingen zorgden voor een ingrijpende herstructurering van het notariële landschap, omdat het doel van de Wna 1999 het bevorderen van marktwerking in het notariaat was. Dit doel bracht in de maatschappij veel commotie teweeg, omdat de scheidslijn tussen openbaar ambtenaar en ondernemer hiermee zou komen te vervagen.⁴¹ Bovendien legde de Wna 1999 door het stimuleren van marktwerking in het notariaat te veel de nadruk op de notaris als ondernemer, terwijl de nadruk zou moeten worden gelegd op de notaris als openbaar ambtenaar.⁴² Het grootste kritiekpunt dat critici ten aanzien van de Wna 1999 ter berde brachten, was dat de collegialiteit tussen de notarissen afnam en dat het notarisambt zou verloederen. Dit als gevolg van de hevige concurrentiestrijd die losbarstte

³³ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, punt 1.

³⁴ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, punt 1.

³⁵ In het herziene art. 103 lid 1 Wna zijn twee nieuwe sancties opgenomen: de tuchtrechter kan een geldboete opleggen, alsmede kan de tuchtrechter een notaris zijn bevoegdheid ontzeggen een toegevoegd notaris aan te wijzen (de mogelijkheid tot deze laatste sanctie is noodzakelijk vanwege de nieuw gecreëerde mogelijkheid ex art. 30b Wna waarin is neergelegd dat de notaris een toegevoegd notaris kan aanwijzen).

³⁶ Roes 2008, p. 919-920.

³⁷ Hillen-Muns 2009, p. 1.

³⁸ Banning 2008.

³⁹ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 7.

⁴⁰ Vóór 2005 was het voor een advocaat die wilde procederen buiten zijn arrondissement verplicht dit met tussenkomst van een procureur (een advocaat in het desbetreffende arrondissement) te doen. De notie van dit systeem was dat de procureur meer bekend was met de huishoudelijke reglementen binnen zijn arrondissementsrechtbank waardoor het geding voortvarender zou worden behandeld. In 2005 is van dit systeem afgestapt, omdat de plaatselijke reglementen werden geüniformeerd en in alle arrondissementen dezelfde reglementen van kracht werden. Vóór 1999 gold een soortgelijk systeem binnen het notariaat.

⁴¹ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 8.

⁴² Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 8.

door de marktwerking in het notariaat.⁴³ Hierdoor zouden de kernwaarden van het notarisambt in het gedrang komen.⁴⁴ De wetgever heeft bij de invoering van de Wna 1999 voorzien in de evaluatie van de Wna 1999. Hierdoor heeft de wetgever de mogelijkheid gecreëerd de gevolgen van de marktwerking in het notariaat ten aanzien van de beroepsethiek nader te bekijken en aan de hand daarvan te bepalen in hoeverre de Wna 1999 als gevolg van de bevindingen uit die evaluatie zou moeten worden aangepast.⁴⁵

2.4.2 Evaluatie Wna 1999 door de Commissie Hammerstein

De hierboven genoemde evaluatie heeft vorm gekregen in de Commissie Evaluatie Wna 1999, onder leiding van mr. Hammerstein (om die reden staat de commissie beter bekend als Commissie Hammerstein). Deze commissie is ingesteld door de Minister van Justitie⁴⁶ bij besluit van 9 juli 2004.⁴⁷ In art. 1 Instellingsbesluit Commissie evaluatie Wna 1999 is de taakopdracht van de Commissie Hammerstein geformuleerd: zij moet de gevolgen de marktwerking in het notariaat, zoals die zijn beoogd in de Wna 1999, en hoe deze gevolgen in verhouding staan tot de verschillende (ethische) aspecten van het notarisambt onderzoeken. Hierbij werd in het bijzonder de aandacht gevestigd op de vraag of het evenwicht tussen de publieke en private beroepsuitoefening van de notaris voldoende was gewaarborgd, zo volgt uit art. 1 Instellingsbesluit Commissie evaluatie Wna 1999.

2.4.3 Conclusies en aanbevelingen van de Commissie Hammerstein

De Commissie Hammerstein heeft geconcludeerd dat notarissen als gevolg van de marktwerking in het notariaat efficiënter zijn gaan werken en dat zij meer oog hebben gekregen voor klantvriendelijkheid en innovatieve ontwikkelingen binnen het notariaat hebben bewerkstelligd.⁴⁸ Er is verder meer concurrentie ontstaan in het notariaat wat de drempel voor de consument een notaris in te schakelen, heeft verlaagd.⁴⁹ Daarentegen is de informatierol van de notaris door deze concurrentie in de knel gekomen, omdat meer druk op de notarissen is komen te liggen cliënten aan zich te binden.⁵⁰ Hoewel de marktwerking dus over het algemeen positieve gevolgen heeft voor de notariële dienstverlening waarmee vooral de consument is geholpen, ziet de Commissie Hammerstein ook het gevaar dat het notarisambt in verval zal raken.⁵¹ De prijsdifferentie en de concurrentie die de Wna 1999 teweeg heeft gebracht, geven aanleiding tot zorgen over de kwaliteit (en in mindere mate ook over de integriteit) van de notariële dienstverlening. Om die reden vindt de Commissie Hammerstein dat de tijd is gekomen toezicht en tuchtrecht te scheiden, zodat toezicht op de kwaliteit en integriteit slagvaardiger wordt.⁵² Hiermee wordt bedoeld dat de toezichthoudende instanties volledig moeten worden toegerust met verregaande bevoegdheden de kwaliteit en integriteit van de notarissen te handhaven en zo nodig te verbeteren.⁵³

§ 2.5 Deelconclusie

Geconcludeerd wordt dat de KvT vóór 1 januari 2013 de belangrijkste rol in het toezichtstelsel innam. De KvT hield integraal toezicht op het notariaat, met uitzondering van het financiële aspect dat voor rekening van het BFT kwam; dat laatste blijft overigens zo. De toezichtsbevoegdheden van zowel de KvT als het BFT waren onder de oude Wna beperkt. Ook het oude sanctiestelsel, waarbij de KvT achteraf een tuchtrechtelijke maatregel oplegde, was aan restricties onderhevig. Het BFT had geen bevoegdheid een sanctie op te leggen, waardoor het BFT enigszins vleugellam was in het sanctioneren van overtredingen. Voorts was de klachtenbehandeling in het notariaat via verschillende paden te bewandelen. Deze warrige constructie van toezicht, tuchtrechtspraak en klachtenbehandeling is door de Commissie Hammerstein als ineffectief gekwalificeerd. Als gevolg hiervan stelde de Commissie Hammerstein in 2005 voor toezicht en tuchtrecht van elkaar te scheiden en de toezichthoudende instanties versterkte bevoegdheden te geven, zodat optimaal toezicht op het notariaat kan worden gehouden. De wetgever heeft deze aanbeveling overgenomen en per 1 januari 2013 doorgevoerd in de Wna.

⁴³ Krop, Huls e.a. 2005, p. 23.

⁴⁴ D'heer 2012, p. 12.

⁴⁵ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 7.

⁴⁶ Tegenwoordig Minister van Justitie en Veiligheid

⁴⁷ Stcr. 2004, nr. 137.

⁴⁸ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 37.

⁴⁹ Evaluatie Commissie Hammerstein (<www.rechtennieuws.nl>; geraadpleegd op 5 maart 2013).

⁵⁰ Evaluatie Commissie Hammerstein (<www.rechtennieuws.nl>; geraadpleegd op 5 maart 2013).

⁵¹ Evaluatie Commissie Hammerstein (<www.rechtennieuws.nl>; geraadpleegd op 5 maart 2013).

⁵² Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 53.

⁵³ Rapport Commissie Hammerstein 2005, p. 53.

Het BFT: zijn nieuwe rol in het toezichtstelsel en de gevolgen daarvan voor de notariële praktijk

Nu in hoofdstuk 2 een situatieschets is gegeven van hoe het toezicht op het notariaat vóór de herziene Wna zijn werking had, is het moment gekomen nader in te haken op de daadwerkelijke wijzigingen die het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat tot gevolg heeft. Dit hoofdstuk behandelt daarom de wijze waarop het BFT het integraal toezicht in de praktijk uitvoert, de nieuwe toezichtsbevoegdheden die het BFT in het kader van het gewijzigde toezicht voortaan heeft, alsmede de gevolgen voor de notariële praktijk die deze vernieuwde rol van het BFT teweegbrengt. Tot slot wordt stilgestaan bij enkele bestuursrechtelijke rechtsbeginselen waaraan het BFT zich in zijn nieuwe toezichtstaak moet conformeren.

§ 3.1 Terreinverkenning: integraal toezicht door het BFT

Ingevolge hetgeen is bepaald in art. 110 lid 1 Wna houdt het BFT voortaan integraal toezicht op het notariaat. Dit houdt in dat de financiën, de kwaliteit en de integriteit van de notaris door het BFT worden getoetst aan de daarvoor geldende normen. In deze paragraaf volgt een bespreking van de componenten kwaliteit en integriteit van het integraal toezicht. Voor bespreking van de financiële component van het integraal toezicht wordt kortheidshalve verwezen naar § 2.1 waar reeds aan bod is gekomen wat het financieel toezicht behelst. In tegenstelling tot de financiële component van het integraal toezicht zijn in de herziene Wna geen duidelijke voorschriften opgenomen aan de hand waarvan kan worden bepaald wat men volgens de herziene Wna onder kwaliteit en integriteit moet verstaan.⁵⁴ Om die reden volgt een literatuur- en praktijkbespreking van het toezicht op de kwaliteit en integriteit van notarissen.

3.1.1 Toezicht op de notariële kwaliteit

In het nieuwe toezichtstelsel houdt het BFT toezicht op de kwaliteit van de notaris. Dit betekent dat het niveau waarop de notaris zijn diensten verleent aan (periodieke) toetsingen wordt onderworpen. Wanneer het gaat om kwaliteitstoetsing wordt door het BFT gekeken of geleverde diensten normconform zijn; het BFT toetst of de geleverde diensten voldoen aan de bij of krachtens de wet gestelde eisen.⁵⁵ Een voorbeeld hiervan zijn notariële akten: het BFT toetst of de notariële akten voldoen aan de eisen die de wet of een verordening van de KNB daaraan stelt. Hiermee wordt de vakinhoudelijke kennis van de notaris getoetst, waardoor daarbij ook zijn leiderschapskwaliteiten aan een controle worden onderworpen.⁵⁶ Ook hoort een voortvarende behandeling van een bepaalde zaak tot het kwaliteitsaspect dat door het BFT wordt meegenomen in het toezicht. De notaris moet dus voldoen aan bepaalde bij of krachtens de wet gestelde randvoorwaarden van kwaliteit, waarbij de Wna steeds als juridisch toetsingskader geldt.⁵⁷ De kwaliteitscontrole ziet toe op het notariskantoor als geheel, waardoor tevens de medewerkers onderdeel uitmaken van de kwaliteit van het notariskantoor. Ook hun kwaliteit wordt betrokken in het toezicht.⁵⁸ Wanneer de kwaliteit van de medewerkers onder de maat is, wordt de notaris daarop aangesproken.⁵⁹ Verder geldt bij kwaliteitstoetsing dat de naleving van de verplichtingen uit de Vbg 2011 worden betrokken in het kwaliteitstoetsing.⁶⁰ Een andere maatstaaf die geldt voor het kwaliteitstoetsing wordt gegeven in art. 17 Wna: de notaris betracht in zijn handelen onpartijdigheid, onafhankelijkheid en zorgvuldigheid.⁶¹ Art. 2 Vbg 2011 benadrukt deze kernelementen vanuit de notariële beroepsgroep. Deze kernelementen vallen onder de kwaliteitstoetsing zoals uitgevoerd door het BFT, waardoor het BFT toetst in hoeverre de notaris hieraan voldoet.⁶² Verder betreft het BFT de ministerieplicht in het integriteitstoetsing; hierbij wordt dan vooral getoetst of de notaris zijn diensten aan eenieder verleent en of hij deze weigert, indien hij

⁵⁴ Gedoeld wordt hier op de financiële verplichtingen die ingevolge art. 24 Wna jo. art. 25 Wna op de notaris rusten. Dergelijke, gespecificeerde, bepalingen omtrent de kwaliteit en integriteit van de notaris ontbreken in de herziene Wna. Ook een begripsbepaling van beide begrippen treft men in de huidige, herziene, Wna niet aan.

⁵⁵ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 3.

⁵⁶ Wisse 2011, p. 9-10.

⁵⁷ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 3.

⁵⁸ Van den Noort 2012, p. 927.

⁵⁹ Van den Noort 2012, p. 927.

⁶⁰ Wisse 2011, p. 9-10, zie tevens: KvT Amsterdam 22 januari 2013, 511798, NT 12-8P.

⁶¹ Bij de onpartijdige ambtsuitoefening van de notaris zijn enkele maatstaven waaraan het BFT toetst van belang, te weten: de notaris voorziet alle partijen van dezelfde informatie, de notaris laat zich door alle partijen informeren, de notaris past hoor en wederhoor toe en de notaris passeert de akte op een neutrale plaats. Zie hierover: Roes 2009, p. 21. Zie tevens: Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 22 juni 1995, *WPNR* 1995 (6196) en Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 27 juni 1995 *WPNR* 1995 (6100).

⁶² Van den Noort 2012, p. 927.

vermoedt dat misbruik zal worden gemaakt van zijn notariële diensten.⁶³ Tot slot wordt de belehringsplicht meegenomen in de kwaliteitstoetsing.⁶⁴

3.1.2 Toezicht op de notariële integriteit

Integriteit wordt gevormd door het handelen van de notaris.⁶⁵ De notaris moet handelen naar eer en geweten, zoals hij dit ingevolge art. 3 Wna onder ede heeft verklaard. Dit betekent bijvoorbeeld dat de notaris zich moet distantiëren van criminele activiteiten en deze moet tegengaan door hiervan melding te maken bij bijvoorbeeld het BFT, het OM of de Financiële Inlichtingeneenheid. Het reeds besproken art. 16 WWFT is daarvan een goed voorbeeld. Onder integriteitstoezicht valt in het huidige toezichtsregiem ook de controle op de naleving van de WWFT.⁶⁶ In § 2.1 is aangehaald dat het BFT vóór 1 januari 2013 een tweepijlerstoezicht hanteerde: de pijler Wna en de pijler WWFT. Deze tweeledige toezichtstaak stuitte in de praktijk vaak op bezwaren vanuit het notariaat (zie hierover § 2.1). Met de komst van het nieuwe toezichtstelsel, waarin het BFT integraal toezicht houdt, vervalt het tweepijlerstoezicht.⁶⁷ De controle op naleving van de WWFT en de Wna vallen nu onder één gemeenschappelijk toezichtsregiem, namelijk Afdeling 5.2 Awb. Notarissen kunnen voortaan niet meer aandragen dat het BFT uit zijn bevoegdheden treedt, omdat zowel de controle op naleving van de WWFT als de controle op naleving van de Wna valt onder één integraal toezicht op welk toezicht één toezichtsregiem van toepassing is. De naleving van de WWFT zal daarom betrokken worden in het integriteitstoezicht. Verder wordt bij het integriteitstoezicht gecontroleerd in hoeverre de notaris betamelijk, behoorlijk en betrouwbaar optreedt.⁶⁸ Het integriteitstoezicht betreft vooral de kantoorcultuur, de werkhouding en het kantoorbeleid, waarin zowel de integriteit van de notaris zelf als de integriteit van zijn werknemers aan toetsing onderhevig is.⁶⁹ Bij het integriteitstoezicht kijkt het BFT samenvattend naar de eerlijkheid en transparantie van de notaris.⁷⁰ Hij dient te voorkomen dat het notariaat als geheel wordt geschaad, waardoor tot op zekere hoogte ook privéhandelingen vallen onder de integriteitstoetsing.⁷¹

Overigens verdient hier de opmerking dat in dit stadium van het gewijzigde toezicht nog niet voldoende duidelijk is welke factoren verder worden meegenomen in het kwaliteits- en integriteitstoezicht. Het BFT moet nog tot een handhavingsbeleid hieromtrent komen.⁷² Omdat kwaliteits- en integriteitstoezicht voor het BFT nieuwe taken zijn, moet nog worden vastgesteld welke andere factoren dan die hiervoor aangehaald ook in het kwaliteits- en integriteitstoezicht worden betrokken.⁷³ Het uitgangspunt is echter dat de zorgvuldigheid en deskundigheid van de notaris in de breedste zin door het BFT worden getoetst.⁷⁴

De toezichtambtenaren van het BFT

Het integriteits- en kwaliteitstoezicht wordt met name uitgevoerd door bij het BFT werkzame juristen, omdat deze beroepsgroep gezien haar achtergrond beter kan beoordelen in hoeverre de kwaliteit en integriteit voldoende zijn; kwaliteit en integriteit zijn immers vooral juridisch ingegeven normen.⁷⁵ Het BFT heeft ten behoeve van het nieuwe toezicht op de kwaliteit en integriteit van notarissen daarom meer mensen aangetrokken met werkervaring in het notariële werkveld.⁷⁶ Het financieel toezicht wordt neergelegd bij de accountants die binnen het BFT werkzaam zijn; gezien hun achtergrond zijn accountants beter in staat financieel-juridische vereisten te toetsen aan accountancynormen.⁷⁷ Overigens betekent dit niet dat er twee soorten van toezichtambtenaren zijn: zowel de juristen als de accountants dienen een bepaalde algemene basiskennis te hebben, zodat zij ook malversaties en laakbare handelen kunnen constateren die buiten hun vakgebied vallen. Zou dit niet het geval zijn, dan zou het toezicht onvoldoende effect sorteren, omdat de toezichtambtenaar niet thuis is in alle onderdelen die hij aan toetsing behoort te onderwerpen.⁷⁸ Daarmee zou de effectiviteit van het toezicht, waarin de herziene Wna juist wil voorzien, alsnog tekortschieten.

⁶³ Van den Noort 2012, p. 927. Dit vanwege het feit dat de notaris een openbaar ambtenaar is bekleed met overheidsgezag (art. 2 lid 1 Wna), zodat eenieder beroep op zijn diensten moet kunnen doen, zie hierover: Plaggemars 2011, p. 59.

⁶⁴ Wisse 2011, p. 9-10. De belehringsplicht behelst de plicht van de notaris partijen te wijzen op de gevolgen van hun rechtshandelingen, zodat geen misbruik wordt gemaakt van juridische of feitelijke onkunde, zie hierover: Hoge Raad 20 januari 1989, NJ 1989, 766 (arrest Baarns Beslag).

⁶⁵ Audits (<www.knb.nl>; geraadpleegd op 27 mei 2013).

⁶⁶ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 11.

⁶⁷ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 11.

⁶⁸ Wisse 2011, p. 10.

⁶⁹ Wisse 2011, p. 10.

⁷⁰ Wisse 2011, p. 10.

⁷¹ Wisse 2011, p. 10. Een privéhandeling die bijvoorbeeld de integriteit van de notaris ter discussie stelt, is het (te vaak) rijden onder invloed van alcoholische dranken of andere verdovende middelen. Een notaris dient zich als een behoorlijk ambtenaar te gedragen, vanwege de voorbeeldfunctie die hij bekleedt.

⁷² Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁷³ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁷⁴ Van den Noort 2012, p. 927.

⁷⁵ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 3.

⁷⁶ Vermeulen 2012, p. 1-2.

⁷⁷ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 3.

⁷⁸ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 3.

§ 3.2 Praktische invulling van het integraal toezicht: de werkwijze van het BFT

3.2.1 Risicogericht toezicht

Voor de invulling van het integraal toezicht werkt het BFT een risicogericht toezicht uit. Dat houdt in dat het BFT de notariskantoren die grote financiële, kwaliteits- en integriteitsrisico's vertonen het meest intensief in het toezicht betreft.⁷⁹ Voor dit risicogerichte toezicht heeft het BFT gekozen, omdat het toezicht op notarissen meer preventief van karakter moet worden zodat misstanden in een eerder stadium kunnen worden ontdekt.⁸⁰ Hierdoor kan eerder worden ingegrepen om zo verdere schade voor het notariaat en voor de maatschappij te beperken.

Signalen aan de hand waarvan risicogericht toezicht tot stand komt

Risicogericht toezicht komt tot stand op basis van bepaalde risico's die het BFT bepaalt aan de hand van signalen uit de notariële praktijk.⁸¹ Signalen kunnen uit verschillende hoeken komen. Een praktijkvoorbeeld hieromtrent:

Praktijkvoorbeeld A: kadastrale foutmelding⁸²

Notaris A heeft over het jaar 2012 30 leveringsakten ingeschreven bij het kadaster. Van die 30 leveringsakten heeft het kadaster er 12 geweigerd in te schrijven, omdat deze niet voldeden aan de wettelijke vereisten. Het BFT heeft van het kadaster dus 12 foutmeldingen ontvangen op 30 ingeschreven leveringsakten. Er zijn verder geen omstandigheden die de 12 foutmeldingen rechtvaardigen. De 12 kadastrale foutmeldingen doen het BFT besluiten Notaris A als risicovol aan te merken met betrekking tot de kwaliteit, omdat bijna de helft van zijn bij het kadaster ingeschreven leveringsakten niet voldeed aan de daarvoor geldende normen uit de wet- en regelgeving. Notaris A wordt nu intensief betrokken in het integraal toezicht en zal vaker en intensiever met het BFT te maken krijgen totdat de geconstateerde risico's zijn weggenomen.

Praktijkvoorbeeld A geeft een situatie weer waarin het BFT signalen ontvangt van het kadaster, die aanleiding vormen een bepaald(e) notaris(kantoor) als risicovol aan te merken en deze daardoor intensief in het integraal toezicht te betrekken. Signalen die er ook toe kunnen leiden dat het BFT een bepaald notariskantoor als risicovol aanduidt, kunnen zijn: klachten van cliënten, persberichten, het aantal tuchtrechtelijke veroordelingen en/of signalen uit de peer reviews die worden gehouden door de KNB.⁸³ Deze signalen beziet het BFT echter relatief.⁸⁴ Dat betekent dat wanneer Notaris A in praktijkvoorbeeld A 200 akten zou hebben geleverd het BFT waarschijnlijk niet was overgegaan tot een risicogerichte onderzoeksactie.⁸⁵ Binnen het BFT worden (mede aan de hand van signalen uit de praktijk) notariskantoren in verschillende risicocategorieën ingedeeld, te weten:⁸⁶

- hoog;
- gemiddeld;
- laag.

Afhankelijk van de score die een notariskantoor op de risicoanalyse behaalt, wordt het notariskantoor in één van de drie categorieën ingedeeld. De notariskantoren die vallen onder de categorie "hoog" risico zullen een grotere toezichtlast hebben.⁸⁷ Deze categorie wordt immers het meest intensief in het toezicht betrokken en zal frequent worden getoetst totdat de risico's tot een minimum zijn beperkt.⁸⁸ Notariskantoren in de categorie "gemiddeld" staan ook prominenter in de belangstelling van het BFT, zij het dat deze categorie in mindere mate wordt betrokken in het toezicht. Notariskantoren met een "laag" risico ondervinden van het toezicht door het BFT geen last en worden slechts periodiek (op een frequentie van eens in de vijf jaar) onderworpen aan een controle.⁸⁹

Willekeur van het risicogerichte toezicht

Risicogericht toezicht kan een willekeurige werkwijze tot gevolg hebben, omdat bijvoorbeeld aan de praktijksignalen niet in gelijke gevallen een even zware waardering wordt gegeven.⁹⁰ Ter voorkoming daarvan heeft het BFT risicoanalisten in dienst, die bepalen in hoeverre een notariskantoor kan worden aangemerkt als risicovol.⁹¹ Deze risicoanalisten wegen alle signalen rekenkundig af en komen

⁷⁹ Wisse 2012, p. 8-13.

⁸⁰ Wisse 2012, p. 8-13.

⁸¹ Wisse 2012, p. 8-13.

⁸² Dit praktijkvoorbeeld is gebaseerd op bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁸³ Van den Noort 2012, p. 925-926. Deze opsomming is echter zeker niet limitatief; signalen kunnen ook komen van collega-notarissen, de Belastingdienst, het OM etc.

⁸⁴ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁸⁵ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁸⁶ Wisse 2011, p. 9.

⁸⁷ Integraal toezicht notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 2 april 2013).

⁸⁸ Integraal toezicht notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 2 april 2013).

⁸⁹ Wisse 2011, p. 9.

⁹⁰ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁹¹ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

dan op basis daarvan tot een risicoanalyse op grond waarvan de notariskantoren in de eerdergenoemde drie categorieën worden ingedeeld.⁹² Het BFT zal voor de wijze waarop signalen worden meegenomen in de risicoanalyse nader beleid ontwikkelen.⁹³ Het uitgangspunt dat daarbij wordt gehanteerd, is dat een notariskantoor dat als risicovol is gecategoriseerd op basis van bepaalde indicatoren, dat een ander notariskantoor op basis van dezelfde indicatoren ook als risicovol moet kunnen worden aangemerkt.⁹⁴ Hiermee tracht het BFT willekeur tot een minimum te beperken. Dit beleid zal dus toezien op een uniforme toepassing van risicosignalen.⁹⁵

3.2.2 Soorten van risicogericht toezicht

Het risicogericht toezicht zoals dat door het BFT wordt gehanteerd, kan worden onderverdeeld in een aantal soorten. Het betreft hier de navolgende soorten:⁹⁶

- Algemeen onderzoek: dit onderzoek wordt uitgevoerd naar aanleiding van meerdere gecombineerde risicosignalen die bij het BFT binnenkomen. Te denken valt hierbij aan een klacht door een cliënt over de kwaliteit van een notariële akte en een foutmelding die door het kadaster over diezelfde notariële akte aan het BFT wordt doorgezonden (vgl. praktijkvoorbeeld A).
- Bijzonder onderzoek: dit betreft een specialistisch onderzoek naar meerdere risicosignalen over een daadwerkelijke normschending van de notaris.
- Thematisch onderzoek: een onderzoek dat bij meerdere notarissen wordt uitgevoerd en zich toespitst op een bepaald thema (bijvoorbeeld het thema 'misleidende reclame' ten behoeve van de integriteitstoetsing).

Deze onderverdeling maakt dat het BFT nog efficiënter kan optreden, waardoor malversaties en/of laakbare handelingen begaan door de notaris nog eerder kunnen worden geconstateerd door het BFT. Hierna wordt dan door het BFT meteen actie ondernomen teneinde de normoverschrijding te stoppen.⁹⁷

§ 3.3 De toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb

In § 3.1 zijn de inhoudelijke toetsingskaders van het integraal toezicht aan bod gekomen. Om dit integraal toezicht (mede) mogelijk te maken, heeft het BFT toezichtsbevoegdheden nodig waarmee het handen en voeten kan geven aan zijn toezichtstaak. Dat opgemerkt hebbend, belandt deze scriptie aan bij een belangrijk gevolg van het gewijzigde toezicht: art. 110 lid 1 Wna verklaart Afdeling 5.2 Awb niet langer buiten toepassing op het toezicht op notarissen uit hoofde van de Wna. Hierdoor komt het BFT een breed scala aan toezichtsbevoegdheden toe.⁹⁸ Onder de oude Wna waren deze bevoegdheden, kort gesteld, beperkt tot het inzien van documenten (art. 112 lid 2 Wna-oud). De nieuwe toezichtsbevoegdheden die het BFT krachtens art. 110 lid 1 Wna en Afdeling 5.2 Awb toekomen, worden in deze paragraaf uiteengezet en nader toegespitst op de notariële praktijk.

3.3.1 Het betreden van plaatsen door toezichtambtenaren van het BFT

Juridisch kader: art. 5:15 Awb

Een bevoegdheid die het BFT in het nieuwe toezichtsregiem heeft, is het betreden van plaatsen. Deze bevoegdheid vindt zijn wettelijke grondslag in art. 5:15 lid 1 Awb. De toezichtambtenaar van het BFT is tevens bevoegd de benodigde apparatuur mee te nemen naar de desbetreffende plaats (bijvoorbeeld een usb-stick om digitale gegevens in op te slaan). Zo nodig verschaft de toezichtambtenaar zich toegang met behulp van de sterke arm der wet (politie), zo volgt uit art. 5:15 lid 2 Awb. Dit kan het geval zijn wanneer een notaris weigert de toezichtambtenaar toegang te verschaffen tot een bepaalde plaats waarvan betreding uit hoofde van de aan het BFT opgedragen toezichtstaak noodzakelijk is. Een voor de hand liggend voorbeeld hiervan is een vergrendelde archiefruimte die de notaris weigert te ontgrendelen. De toezichtambtenaar van het BFT kan met de hulp van de politie het slot openbreken teneinde zichzelf toegang tot het archief te verschaffen, aldus

⁹² Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁹³ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁹⁴ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁹⁵ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

⁹⁶ Brochure integraal toezicht op het notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 2 april 2013).

⁹⁷ Brochure integraal toezicht op het notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 2 april 2012).

⁹⁸ Zie Afdeling 5.2 Awb. Art. 5:11 Awb kwalificeert een toezichthouder als een persoon die bij of krachtens de wet is aangewezen toezicht te houden op naleving van een wettelijke bepaling. Voor de toezichtambtenaar van het BFT is deze wettelijke basis toezicht te houden neergelegd in art. 110 lid 1 Wna, dat aan het BFT toezicht op de naleving van de Wna heeft opgedragen.

art. 5:15 lid 2 Awb. Tot slot is de toezichtambtenaar bevoegd zich bij het betreden van een bepaalde plaats te doen vergezellen van personen die daartoe door hem zijn aangewezen, zo stelt art. 5:15 lid 3 Awb.

Toepassingsbereik van art. 5:15 Awb binnen de notariële praktijk

Voordat het toepassingsbereik binnen de notariële praktijk van art. 5:15 Awb kan worden bepaald, zal eerst een aantal kernbegrippen nader moeten worden afgebakend. Art. 5:15 lid 1 Awb spreekt over “plaatsen” en “betreden”. Het is in het kader van de (niet-)ontvankelijkheid van het toezicht door het BFT van belang de juridische lading van deze begrippen helder te krijgen, alsmede van de activiteiten die tijdens het betreden mogen worden uitgevoerd door de toezichtambtenaar van het BFT. Dit leidt aldus tot de eerste vraag: wat is nu een “plaats” in de zin van art. 5:15 lid 1 Awb? De wetgever heeft het begrip “plaats” ruim opgevat. In de MvT behorende bij de invoering van de Awb heeft de wetgever hieromtrent overwogen: *“onder plaatsen kunnen niet alleen erven en andere terreinen worden begrepen, maar ook gebouwen en woningen”*.⁹⁹ Een plaats is dus in principe elke ruimte. Dit kan zowel privé (woning) als zakelijke (bedrijfspannen) domeinen betreffen.¹⁰⁰ Hier doet zich echter wederom een juridische complicatie voor: wat kan worden verstaan onder “woning” en wat kan worden gezien als “bedrijfspan”?¹⁰¹ Hierover geeft de rechtspraak in vaste jurisprudentie duidelijkheid. Een woning kenmerkt zich niet door het type bouwwerk, maar door de bestemming die aan het bouwwerk is gegeven. Met andere woorden: steeds moet worden gezien of in een bepaald bouwwerk, ongeacht het type, het daadwerkelijke privéleven zich afspeelt.¹⁰² Is dit het geval, dan is het bouwwerk te classificeren als woning. In het kader van toezicht is dit een zeer belangrijke kwestie. Het betreden van woningen gaat namelijk gepaard met andere, strengere, rechtswaarborgen dan wanneer de toezichtambtenaar een bedrijfspan betreedt. Bij het betreden van een woning zullen namelijk art. 8 EVRM jo. art. 12 Gw¹⁰³ steeds in acht moeten worden genomen. In veel gevallen zal duidelijk zijn dat een notaris kantoor houdt in een bedrijfspan waar zijn privéleven niet speelt.¹⁰⁴ Het BFT hoeft zich in een dergelijk geval niet te vergewissen van de strenge waarborgen zoals verwoord in art. 8 EVRM jo. art. 12 Gw.¹⁰⁵ Binnen de notariële praktijk kan het echter ook voorkomen dat de notaris thuis, in zijn woning of een daaraan grenzend bouwwerk, kantoor houdt.¹⁰⁶ Het zakelijke leven en privéleven van de notaris vallen in een dergelijk geval samen. Voor de toezichtambtenaar is het dan zaak uit te maken welke plaatsen voor het uitoefenen van toezicht betreding noodzakelijk is.¹⁰⁷ Art. 8 EVRM jo. art. 12 Gw zullen dan moeten worden betrokken in de afweging van het BFT een bepaalde plaats al dan niet te betreden, teneinde zijn ontvankelijkheid in het toezicht te garanderen.¹⁰⁸ Overigens is in jurisprudentie van het EHRM (arrest Ste. Colas Est) bepaald dat het betreden van bedrijfspannen eveneens gepaard gaat met waarborgen en dat in sommige gevallen art. 8 EVRM wel degelijk van toepassing is op betreding van bedrijfspannen.¹⁰⁹ Het EHRM laat in het arrest Ste. Colas Est door zijn casusgebonden rechtspraak echter na te specificeren in welke gevallen de waarborgen uit art. 8 EVRM ook van toepassing zijn op betreding van bedrijfspannen.¹¹⁰ Wel is duidelijk dat deze waarborgen in geval van een vermenging van privéleven en zakelijk leven gelijk aan de waarborgen uit art. 8 EVRM jo. 12 Gw zijn.¹¹¹

Art. 5:15 lid 1 Awb spreekt voorts van “betreden”. De wetgever vindt dat van betreden dan wel binnentreden sprake is wanneer de toezichtambtenaar geheel of gedeeltelijk binnen een plaats is of zich toegang tot een plaats verschaft door middel van geweld.¹¹² De enkele handeling van aanbellen of het slot openbreken, brengt daarom met zich mee dat nog geen sprake is van betreden.¹¹³ Daarvoor zal de toezichtambtenaar zich fysiek geheel dan wel gedeeltelijk (bijvoorbeeld door met een voet over de drempel van de deur te stappen) binnen een plaats moeten bevinden.¹¹⁴ Het betreden van een bepaalde plaats brengt met zich een belangrijke vervolgvraag mee: welke activiteiten mag de toezichtambtenaar van het BFT, in zijn hoedanigheid als toezichthouder, tijdens de betreding van een

⁹⁹ Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3, p. 343.

¹⁰⁰ Benard 2012, p. 64.

¹⁰¹ Bröring 2005, p. 91.

¹⁰² Hoge Raad 25 januari 2011, LJN BN4133. Zie hierin met name rechtsoverweging 2.4.

¹⁰³ Garanderen eenieder eerbiediging van het huisrecht/de persoonlijke levenssfeer: het recht op eerbiediging hiervan kan slechts aan restricties worden onderworpen, indien daarvoor een wettelijke regeling bestaat en indien dit noodzakelijk is in een democratische samenleving, waarmee een gerechtvaardigd doel wordt gediend (toezicht op het notariaat is blijkens art. 8 lid 2 EVRM een gerechtvaardigd doel).

¹⁰⁴ Waaijer 1996, p. 57.

¹⁰⁵ Barkhuysen 2002, p. 236-241.

¹⁰⁶ Waaijer 1996, p. 57.

¹⁰⁷ Bröring 2005, p. 91.

¹⁰⁸ Bröring 2005, p. 91.

¹⁰⁹ EHRM 16 april 2002, 46. (Ste. Colas Est tegen Frankrijk).

¹¹⁰ Ook nader jurisprudentieonderzoek heeft niet geleid tot een verduidelijking hieromtrent.

¹¹¹ Bröring 2005, p. 91.

¹¹² Kamerstukken II 1988/89, 19 073, nr. 5, p. 13.

¹¹³ Kamerstukken II 1988/89, 19 073, nr. 5, p. 13.

¹¹⁴ Kamerstukken II 1988/89, 19 073, nr. 5, p. 13.

plaats verrichten? Betreding van een plaats uit hoofde van art. 5:15 lid 1 Awb mag in beginsel niet leiden tot een doorzoeking, maar geeft aan de toezichtambtenaar in beginsel enkel de bevoegdheid tot visuele waarneming c.q. visuele doorzoeking. De wetgever heeft namelijk gemeend dat art. 5:15 Awb een algemene bepaling is, waarbij het risico op willekeurige doorzoekingen te groot is.¹¹⁵ Voor een doorzoekingsbevoegdheid zal het BFT zich moeten beroepen op een specifieke wet.¹¹⁶ Evenwel volgt de rechtspraak die redenering niet altijd. Een praktijkvoorbeeld uit de jurisprudentie hieromtrent:

Praktijkvoorbeeld B: de toezichtambtenaar van de NMa¹¹⁷

Een toezichtambtenaar van de NMa heeft in zijn toezichthoudende functie een plaats betreden en daarbij laden en kasten opengetrokken teneinde documenten in te zien die *vermoedelijk* van belang waren voor het onderzoek: aldus is hier sprake van doorzoeking. De NMa beroept zich hier op art. 5:15 Awb. De klager betoogt dat de toezichtambtenaar van de NMa uit zijn bevoegdheden is getreden, nu art. 5:15 Awb naar zijn oordeel niet in een doorzoekingsbevoegdheid voorziet. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde dat de ambtenaar van de NMa binnen de reikwijdte van art. 5:15 Awb is gebleven. Zijn argumentatie luidt dat de wetgever in art. 5:15 Awb een bepaling heeft gecreëerd dat een effectief middel behoort te zijn documenten te verzamelen ten behoeve van effectief toezicht. Indien een andere redenering zou worden gevolgd, dan zou ook onder normale omstandigheden (dus ook wanneer zeker is dat in bepaalde kasten documenten liggen die belangrijk zijn voor het toezicht en dit niet slechts op een vermoeden is gebaseerd) art. 5:15 Awb niet kunnen worden aangewend, aldus de voorzieningenrechter.

Op dit moment zijn er geen concrete aanwijzingen dat ten aanzien van het BFT art. 5:15 Awb door de bestuursrechter anders zal worden geïnterpreteerd.¹¹⁸ Notarissen dienen dus rekening te houden met het feit dat bij het betreden van plaatsen uit hoofde van art. 5:15 Awb kasten en laden kunnen worden opengetrokken teneinde deze te doorzoeken op bruikbare informatie ten behoeve van het toezicht door het BFT. Een notaris die tegen een dergelijke handeling van het BFT opkomt bij de bestuursrechter met het beroep dat het BFT uit zijn bevoegdheden treedt, zal moeten beseffen dat gezien de huidige jurisprudentie een dergelijk beroep waarschijnlijk niet door de bestuursrechter zal worden gehonoreerd.

Betekenis van art. 5:15 Awb voor het toezicht op de notariële praktijk

De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen brengt met zich mee dat het BFT te allen tijde een bepaalde plaats kan betreden ten behoeve van zijn toezichtstaak. Hierbij kan worden gedacht aan het eerder aangehaalde voorbeeld van het archief van een notarisbureau, maar ook werkplaatsen van werknemers vallen onder de reikwijdte van art. 5:15 Awb.¹¹⁹ Bovendien is de toezichtambtenaar ingevolge het derde lid van art. 5:15 Awb bevoegd zich te doen bijstaan van personen die door hem daartoe worden aangewezen. Personen waarbij in de notariële context aan kan worden gedacht, zijn de volgende:

- IT-specialisten die door de toezichtambtenaar van het BFT opdracht krijgen door hem geselecteerde digitale bestanden over te zetten op een digitale opslagmedium van het BFT;
- archivariissen die verstand hebben van het op juiste wijze archiveren van bepaalde documenten (dit in het kader van kwaliteitstoezicht);
- forensische accountants die ter plaatse bepaalde financiële documenten beoordelen, zodat de toezichtambtenaar kan bepalen of nadere, uitgebreidere, controle nodig is.

De bevoegdheid tot het betreden van plaatsen grijpt in op de dagelijkse praktijk van de notaris, omdat een externe persoon de bevoegdheid wordt toegekend plaatsen te betreden die normaliter niet toegankelijk zijn voor externen; dat kan druk leggen op de dagelijkse praktijkvoering. Het is echter zo dat het betreden van plaatsen steeds is omkleed met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (zie § 3.5). Dit betekent dat de toezichtambtenaar zeker niet zijn gang kan gaan zonder dat zijn handelen aan bepaalde eisen onderhevig is. Hierin spelen naast proportionaliteit en subsidiariteit de abbb's (zie § 3.6) een gewichtige rol. Voor de notaris betekent deze bevoegdheid echter wel dat hij steeds ingevolge art. 5:20 lid 1 Awb medewerking dient te verlenen aan de toezichtambtenaar op straffe van strafrechtelijke vervolging ex art. 184 Sr.¹²⁰

¹¹⁵ Blomberg 2006, p. 29-30.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 27 300, nr. 3, p. 143. Die specifieke wet zou in dit geval de Wna moeten zijn, doch vloeit uit de Wna geen doorzoekingsbevoegdheid voor het BFT voort, zodat geconcludeerd moet worden dat de wetgever kennelijk niet heeft willen voorzien in een doorzoekingsbevoegdheid voor het BFT.

¹¹⁷ Rechtbank Den Haag (vzr.) 9 april 2003, *LJN* AF7087.

¹¹⁸ Van den Noort 2012, p. 928.

¹¹⁹ Deze plaatsen vallen immers onder zakelijke domeinen, nu ze onderdeel uitmaken van het bedrijfspand.

¹²⁰ Hier verdient de volgende opmerking nog aandacht: indien een notaris weigert de toezichtambtenaar van het BFT toegang te verschaffen tot een vergrendelde ruimte (bijvoorbeeld een archieftruimte) en het BFT dientengevolge zich met geweld door openbreking van de vergrendelde ruimte toegang verschaft tot die ruimte, dan moet de notaris steeds bedachtzaam zijn op het feit dat de geleden schade voor rekening komt van de notaris zelf, mits het BFT disproportioneel/onrechtmatig handelt. Aangenomen kan immers worden dat schadeverhaal op grond van art. 6:162 BW niet mogelijk is, nu de onrechtmatigheid van de door het BFT gepleegde daad vervalft door de wettelijke taak die het BFT uitvoert. Aldus is dan sprake van een rechtvaardigingsgrond voor de onrechtmatige daad en zal de schade voor rekening van de notaris dienen te blijven.

3.3.2 De Inlichtingenvordering

Juridisch Kader

Ex art. 5:16 Awb is het BFT voortaan tevens bevoegd een inlichtingenvordering te doen die redelijkerwijs noodzakelijk is voor het vervullen van zijn toezichtstaak. Deze vordering kan bij eenieder worden gedaan¹²¹ (vgl. de vordering die het OM ingevolge art. 126n Sv kan doen). Een vordering is een andere handeling dan een vraag, omdat een vordering dwingend is.¹²² Degene aan wie de vordering is gericht, zal hieraan medewerking moeten verlenen (art. 5:20 lid 1 Awb). Het weigeren van medewerking is strafbaar gesteld in art. 184 Sr. Het verstrekken van onjuiste inlichtingen wordt aan weigering gelijk gesteld en kan daarom conform art. 184 Sr tot strafvervolgning leiden.¹²³ Het BFT is bij het aanwenden van de inlichtingenvordering gebonden aan de eis van zorgvuldigheid.¹²⁴ Dit brengt met zich mee dat het BFT moet mededelen waarom het van deze bevoegdheid gebruik maakt en met welk doel.¹²⁵ Verzaakt het BFT dit, dan is de notaris of een derde tegen wie de inlichtingenvordering door het BFT wordt opgeworpen niet verplicht mee te werken.¹²⁶ Een inlichtingenvordering is geen besluit in de zin van art. 1:3 Awb, omdat een inlichtingenvordering een feitelijke handeling is en geen rechtshandeling.¹²⁷ Het gevolg van deze kwalificatie is dat tegen een inlichtingenvordering geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat.¹²⁸ Het indienen van bezwaar en het vervolgens instellen van (hoger) beroep bij de bestuursrechter tegen een inlichtingenvordering zijn dus niet mogelijk. Voor de notariële praktijk betekent dit dat een notaris, of een andere persoon aan wie de vordering is gericht, die meent dat onterecht inlichtingen van hem worden gevorderd, hij hiertegen moet opkomen bij de burgerlijke rechter.¹²⁹

Kring der personen

De kring der personen aan wie een inlichtingenvordering kan worden gericht, is onderhevig aan de eis van evenredigheid, zo volgt uit art. 5:13 Awb. In de praktijk betekent dit dat het BFT de inlichtingenvordering in beginsel richt aan de notaris zelf en niet aan anderen.¹³⁰ Een inlichtingenvordering aan bijvoorbeeld een notarieel medewerker die op hetzelfde kantoor werkzaam is als de notaris waar de inlichtingenvordering op ziet, is per definitie onevenredig. De inlichtingenvordering kan immers in dat geval net zo goed worden gericht aan de notaris zelf.¹³¹ Een notarieel medewerker mag in het voornoemd geval medewerking weigeren zonder dat deze strafvervolgning ex art. 184 Sr heeft te duchten. Overigens is de lezing van het woord "eenieder" breed, omdat de inlichtingenvordering zich ook tot een derde kan richten.¹³² Zoals vermeld, dient volgens art. 5:13 Awb steeds het evenredigheidsbeginsel in acht te worden genomen wanneer het BFT een inlichtingenvordering doet. Indien de inlichtingenvordering door het BFT om welke reden dan ook niet gericht kan worden aan de notaris waarop de inlichtingenvordering ziet, komen de volgende personen in aanmerking voor een inlichtingenvordering:

- notarieel medewerker;
- toegevoegd en/of kandidaat-notaris;
- notarisklerk;
- boekhouder;
- overige medewerkers binnen een notariskantoor die over voor het toezicht relevante informatie kunnen beschikken.¹³³

Praktijkvoorbeeld C: onevenredige inlichtingenvordering

Het BFT wil inlichtingen inwinnen over notaris A. Het BFT doet hiertoe een inlichtingenvordering bij notarisklerk B. Notaris A en notarisklerk B zijn beiden werkzaam bij notariskantoor C. Notarisklerk B kan succesvol, zonder dat hij strafvervolgning heeft te duchten, de inlichtingenvordering naast zich neerleggen. Hij hoeft hieraan geen gehoor te geven nu de inlichtingenvordering onevenredig is. Het BFT kan immers net zo goed notaris A zelf om inlichtingen vorderen. Zeker nu zowel notaris A als notarisklerk B bij notariskantoor C werkt, ontbreekt de noodzaak inlichtingen te vorderen bij notarisklerk B.

¹²¹ Van Buuren en Borman 2009, p. 239.

¹²² Van Setten 2004, p. 35-36.

¹²³ Van Setten 2004, p. 37.

¹²⁴ Bröring 2005, p. 97.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 142.

¹²⁶ Amras 2011, p. 43-44.

¹²⁷ Amras 2011, p. 43-44.

¹²⁸ Van Rossum, Verhey e.a. 2005, p. 303. Zie tevens: CBb 21 juli 1998, AB 437.

¹²⁹ Nu de rechtsgang naar de bestuursrechter ex art. 7:1 Awb jo. 8:1 Awb niet mogelijk is, kan degene aan wie de inlichtingenvordering is gericht deze proberen aan te vechten bij de burgerlijke rechter met een beroep op het leerstuk van onrechtmatige overheidsdaad ex art. 6:162 BW (zie hierover tevens: Van Rossum, Verhey e.a. 2005, p. 303-305.).

¹³⁰ Jansen 2011, p. 123.

¹³¹ Jansen 2011, p. 123.

¹³² Van Buuren en Borman 2009, p. 239.

¹³³ Het vorderen van inlichtingen van bijvoorbeeld de schoonmaker van een notariskantoor zou een onevenredige toepassing van de inlichtingenvordering kunnen betekenen, omdat men zich kan afvragen in hoeverre een schoonmaker over voor het toezicht relevante informatie beschikt.

Ook tegenover derden, die niet direct betrokken zijn bij de praktijkvoering van de notaris, kan blijkens art. 5:16 Awb de bevoegdheid tot het vorderen van inlichtingen worden ingeroepen. Te denken valt aan een bank waarvan het BFT uit hoofde van art. 5:16 Awb financiële inlichtingen wil vorderen. Wel is het zo dat een inlichtingenvordering door het BFT tegenover derden niet zo ver strijkt als tegenover de notaris zelf of zijn medewerkers.¹³⁴ Dit zou immers niet stroken met het beginsel van evenredigheid, vanwege de doorgaans beperkte betrokkenheid die een derde in het toezicht heeft.¹³⁵

Praktijkvoorbeeld D: inlichtingenvordering van derden¹³⁶

Bank D houdt een financieel document onder zich voor notaris E. Het BFT kan van bank D, als derde partij, succesvol inlichtingen vorderen over dat financiële document. Alleen bank D kan immers beschikken over dat document. Om die reden strookt de inlichtingenvordering met het evenredigheidsbeginsel. Zou het BFT andere inlichtingen vorderen die het net zo goed van notaris E zelf kan vorderen, dan zou bank D hieraan gezien het evenredigheidsbeginsel geen gehoor hoeven te geven.

Overigens moet hier de opmerking worden gemaakt dat een inlichtingenvordering nadrukkelijk verschilt met de inlichtingenplicht die de notaris in het oude toezichtsregiem had ten aanzien van de KvT. De inlichtingenvordering is een passieve plicht en medewerking is slechts vereist wanneer het BFT de inlichtingen vordert.¹³⁷ Dit is een wezenlijk verschil met de inlichtingenplicht uit het oude toezichtsregiem, waarbij de notaris zowel passief (op verzoek van KvT) als actief (uit eigen beweging) inlichtingen diende te verschaffen.

Betekenis van art. 5:16 Awb voor het toezicht op de notariële praktijk

Wanneer het BFT zijn bevoegdheid aanwendt tot het vorderen van inlichtingen, zal hieraan gehoor moeten worden gegeven door degene tegen wie de inlichtingenvordering zich richt. Weigeren is immers gezien de medewerkingsplicht uit art. 5:20 lid 1 Awb niet toegestaan en wordt daarnaast ingevolge art. 184 Sr bedreigd met strafvervolgning. Voor de notariële praktijk betekent deze bevoegdheid dat voortaan niet alleen de notaris, maar ook van andere medewerkers binnen een notariskantoor inlichtingen kunnen worden gevorderd door het BFT. Zelfs een derde, die slechts zijdelings is betrokken bij de notariële praktijk, kan worden gevorderd inlichtingen te verschaffen aan de toezichtambtenaar van het BFT.

Ook verdient het feit dat de toezichtambtenaar van het BFT personen kan staande houden om van hen mondeling dan wel schriftelijk inlichtingen te vorderen hier de aandacht. De wetgever heeft het overbodig geacht een afzonderlijke wetsbepaling in Afdeling 5.2 Awb inhoudende de bevoegdheid van een toezichtambtenaar tot staande houden van personen op te nemen, omdat naar zijn opvatting een inlichtingenvordering de bevoegdheid impliceert dat de persoon tegen wie inlichtingenvordering is gericht staande kan worden gehouden.¹³⁸ Hoewel de inlichtingenvordering op grond van art. 5:16 Awb een minder ingrijpende bevoegdheid lijkt te zijn dan de inlichtingenplicht zoals deze voor notarissen onder het oude toezichtsregiem jegens de KvT gold, valt niet zonder meer te stellen dat de inlichtingenvordering in de praktijk daadwerkelijk "milder" van aard is. De inlichtingenvordering kan zich immers ook tot derden strekken en brengt bovendien met zich de impliciete bevoegdheid mee van de toezichtambtenaar een persoon van wie hij (mondelinge) inlichtingen wil vorderen staande te houden en daarmee die desbetreffende persoon dus te beperken in zijn bewegingsvrijheid. Het BFT heeft echter geen vrij spel in de keuze van wie het inlichtingen wil vorderen. Het BFT is hierbij gebonden aan de evenredigheidseis. Eerder is in praktijkvoorbeeld C en D toegelicht hoe de evenredigheidseis in de praktijk dient te worden opgevat.

3.3.3 Inzagerecht BFT van gegevens en bescheiden

Juridisch kader

Ingevolge hetgeen is neergelegd in art. 5:17 Awb komt het BFT de bevoegdheid toe inzage te vorderen in zakelijke documenten (c.q. gegevens en bescheiden). Het vorderen van inzage in documenten is een andere bevoegdheid dan het vorderen van inlichtingen, omdat de inlichtingenvordering toeziet op het verkrijgen van informatie van een bepaalde persoon zelf.¹³⁹ Dat betekent dus dat indien het BFT zijn bevoegdheid tot inzagevordering baseert op art. 5:16 Awb hieraan geen gehoor hoeft te worden gegeven. Dat wetsartikel ziet slechts toe op het verstrekken van

¹³⁴ Van Setten 2004, p. 29-30.

¹³⁵ Van Setten 2004, p. 29-30.

¹³⁶ Dit praktijkvoorbeeld is gebaseerd op: Van Setten 2004, p. 29-30.

¹³⁷ Bröring 2005, p. 40.

¹³⁸ *Kamerstukken II* 1996/97, 25 280, nr. 3, p. 98.

¹³⁹ Van Buuren en Borman 2009, p. 239.

schriftelijke dan wel mondelinge inlichtingen. Hieronder valt niet het kopiëren en/of inzien van documenten.¹⁴⁰ De vordering van inzage in documenten strekt er juist toe het BFT de mogelijkheid te geven zelf documenten in te zien.¹⁴¹ Daarnaast, zo volgt uit art. 5:17 lid 2 Awb, heeft het BFT de bevoegdheid tijdens de inzage van documenten de bevoegdheid kopieën van die documenten te maken. Indien ter plaatse niet de mogelijk bestaat kopieën te maken, geeft art. 5:17 lid 3 Awb het BFT de mogelijkheid de documenten die de toezichtambtenaar wil kopiëren voor korte tijd mee te nemen, teneinde deze te kopiëren; het gaat in een dergelijk geval meestal om technische storingen waardoor kopiëren ter plaatse onmogelijk blijkt.¹⁴² Art. 5:17 lid 3 Awb schrijft voor dat de toezichtambtenaar van het BFT de documenten slechts mee kan nemen voor korte tijd met als doel deze te kopiëren. Het meenemen van documenten voor een ander doel is daarom niet toegestaan.¹⁴³ Steeds dient het BFT ook hier het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen, aldus art. 5:13 Awb. "Korte tijd" zal daarom niet langer mogen duren dan strikt noodzakelijk is de documenten te kopiëren.¹⁴⁴

Toepassingsbereik van art. 5:17 Awb binnen de notariële praktijk

In art. 5:17 lid 1 Awb wordt een aantal termen gebezigd dat nadere verduidelijking vereist om te bepalen wat deze bevoegdheid betekent voor de notariële praktijk. Ten eerste wordt gesproken over "zakelijke" gegevens en bescheiden. Zakelijk moet in deze context worden opgevat als al datgene wat ten dienste staat van het maatschappelijk verkeer.¹⁴⁵ Gegevens en bescheiden van persoonlijke aard vallen daarom niet onder het toepassingsbereik van art. 5:17 lid 1 Awb.¹⁴⁶ Het kan echter voorkomen dat zakelijke en persoonlijke gegevens in een bepaald document elkaar overlappen. In dat geval zal het document moeten worden aangemerkt als een zakelijk document en komt het in aanmerking voor inzage door het BFT.¹⁴⁷

Praktijkvoorbeeld E: overlap zakelijke en privégegevens¹⁴⁸

Het BFT voert een controle uit in het kader van zijn toezichthoudende taak. In het kader van kwaliteitstoezicht dient de toezichtambtenaar van het BFT het cliëntenbestand in te zien. In dit cliëntenbestand zijn zowel persoonlijke als zakelijke gegevens opgenomen. De MvT behorende bij de Awb zegt hierover dat het cliëntenbestand in een dergelijk geval moet worden gecategoriseerd als zakelijk document. Het BFT moet dit stuk dus kunnen inzien.

Voorts spreekt art. 5:17 Awb van "gegevens en bescheiden". De wetgever heeft hiermee niet alleen op boeken of schriftelijke documenten gedoeld.¹⁴⁹ Elektronisch aangelegde gegevens vallen eveneens onder het bereik van art. 5:17 Awb.¹⁵⁰ In de notariële praktijk kan hier gedacht worden aan dossiers die reeds afgewikkeld zijn en die alleen worden opgeslagen in een elektronisch archief. De laatste belangrijke term die in het kader van toezicht een nadere uitleg behoeft, is de term "kopiëren". De wetgever heeft bewust niet gekozen voor de term "afschrift", omdat hij van mening is dat ook elektronische gegevens voor kopiëren in aanmerking komen.¹⁵¹ Dat houdt in dat het BFT voortaan elektronische gegevens kan kopiëren op diskettes, usb-sticks, cd's en dergelijke. Om toegang te krijgen tot deze elektronische gegevens zal de toezichtambtenaar van het BFT moeten worden voorzien van inloggegevens van de digitale omgeving waarop voor het toezicht relevante gegevens staan. Het verstrekken van een eventueel wachtwoord hoort hier eveneens bij (art. 5:20 lid 1 Awb).

Kring der personen

De redactie van art. 5:17 Awb geeft geen beperking voor de kring der personen aan wie de vordering tot het inzien van zakelijke documenten kan worden gericht. Het ligt daarom in de rede dat de vordering in beginsel tot eenieder kan worden gericht met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel ex art. 5:13 Awb.¹⁵² Dit brengt met zich mee dat deze bevoegdheid door het BFT ook tegenover derden die indirect betrokken zijn bij de notarispraktijk kan worden ingeroepen.¹⁵³ Hieraan zal door degene van wie medewerking door het BFT wordt verlangd, gehoor moeten worden gegeven (art. 5:20 lid 1 Awb) op straffe van strafvervolgning conform art. 184 Sr.

¹⁴⁰ CBb 4 april 2012, LJN BX0927, zie hierin met name de noot van mr. S.M.C. Nuyten. Zie tevens: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 708, nr. 3, p. 45 en Rechtbank Rotterdam (vzr.) 5 september 2012, LJN BX6988.

¹⁴¹ Van Buuren en Borman 2009, p. 240.

¹⁴² Bröring 2005 p. 103.

¹⁴³ Van Buuren en Borman 2009, p. 241.

¹⁴⁴ Van Buuren en Borman 2009, p. 241.

¹⁴⁵ Van Buuren en Borman 2009, p. 240.

¹⁴⁶ Van Buuren en Borman 2009, p. 240. Overigens is ingevolge art. 111a lid 2 Wna een uitzondering gemaakt op gegevens van persoonlijke aard die betrekking hebben op de financiën van de notaris. Het BFT heeft wel degelijk de bevoegdheid persoonlijke gegevens van de notaris die toezien op zijn financiën in te zien.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

¹⁴⁸ Dit praktijkvoorbeeld is gebaseerd op: *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

¹⁵⁰ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

¹⁵¹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 144.

¹⁵² Van Buuren en Borman 2009, p. 240.

¹⁵³ Van Setten 2004, p. 29-30.

Praktijkvoorbeeld F: inzage recht BFT tegenover een derde

Administratiekantoor F voert gedeeltelijk de administratie van notariskantoor G. De toezichtambtenaar van het BFT vordert van administratiekantoor F, in dit geval de derde, inzage in de documenten van notariskantoor G. Administratiekantoor F zal hieraan medewerking moeten verlenen nu de vordering blijkt uit de redactie van art. 5:17 lid 1 Awb tot eenieder kan worden gericht. Daarnaast is een dergelijke vordering op een derde evenredig, omdat de derde, in casu administratiekantoor F, een gedeelte van de administratie van notariskantoor G voert.

Overigens betekent art. 5:17 lid 1 Awb niet dat indien een document dat een zakelijk karakter heeft en zich in de woning van hetzij de notaris hetzij de derde bevindt, dat het BFT kan vorderen dat het desbetreffende document in de woning wordt opgehaald.¹⁵⁴ Noch kan het BFT vorderen dat het toegang krijgt tot de woning teneinde dat specifieke document in te zien dan wel te kopiëren.¹⁵⁵ De medewerkingsplicht uit art. 5:20 lid 1 Awb reikt namelijk niet zo ver dat het BFT kan vergen dat een persoon aan de toezichtambtenaar van het BFT toestemming móet verlenen zijn woning te betreden.¹⁵⁶ Een praktijkvoorbeeld uit de jurisprudentie hieromtrent:

Praktijkvoorbeeld G: verplichte toestemming voor het betreden van een woning in het kader van art. 5:20 lid 1 Awb gerechtvaardigd?¹⁵⁷

De AFM vordert in het kader van de Wft van persoon X, die aandeelhouder en bestuurder is van een BV, dat hij toestemming geeft aan de toezichtambtenaar van de AFM de woning van persoon X te betreden teneinde een elektronisch document te kopiëren op een elektronisch opslagmedium. De AFM beroept zich i.c. op art. 5:17 lid 2 Awb. Een strafrechtelijk onderzoek heeft er namelijk toe geleid dat de AFM bij de BV waar persoon X aandeelhouder en bestuurder is in het kader van de Wft nader te controleren. Een belangrijk elektronisch document bevindt zich in de woning van persoon X. Om toegang tot dat document te krijgen, heeft de toezichtambtenaar van de AFM toestemming nodig de woning van persoon X te betreden. Een woning kan, anders dan een bedrijfspand, niet zomaar worden binnengegaan door toezichtambtenaren. Persoon X weigert zijn toestemming, omdat naar zijn mening art. 5:17 Awb niet in die bevoegdheid voor toezichthoudende instanties voorziet; het AFM vindt dat persoon X daarmee in strijd handelt met de medewerkingsplicht uit art. 5:20 lid 1 Awb. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat de medewerkingsplicht niet zo ver reikt dat een persoon zijn toestemming móet verlenen zijn woning binnen te treden en verklaart het beroep van persoon X gegrond.

Het bovenstaande lijkt voor notarissen een maas in de wet. Immers, als een notaris van een bepaald vertrouwelijk document weet dan wel vermoedt dat het BFT inzage in dat bepaalde document zal vorderen, dan zal hij dit document bewaren in zijn woning. De notaris kan immers niet worden gehouden medewerking te verlenen de toezichtambtenaar van het BFT toestemming te verlenen zijn woning binnen te treden om dat document in te zien of te kopiëren. Het is echter zo dat het BFT wel zijn bevoegdheid tot inlichtingenvordering overeenkomstig art. 5:15 Awb kan aanwenden. De notaris zal dan over documenten die in zijn woning liggen schriftelijk dan wel mondeling inlichtingen moeten verstrekken.

Gevolgen van art. 5:17 Awb voor de notariële praktijk

De inzagevordering ex art. 5:17 Awb is een ingrijpende bevoegdheid in de notariële praktijk. Het ter beschikking stellen van documenten gaat gepaard met tijd en moeite en belast de notaris of een andere persoon tegen wie art. 5:17 Awb door het BFT wordt ingeroepen. In het oude toezichtstelsel was reeds een dergelijke mogelijkheid voor het BFT voorzien in art. 112 lid 2 Wna-oud. Deze bevoegdheid was echter aan restricties onderhevig. Zo was in art. 112 lid 2 Wna-oud geen wettelijke basis gelegen documenten te kopiëren dan wel deze mee te nemen. In die mogelijkheid wordt voor het BFT nu wel voorzien. Notarissen zullen zich dus moeten realiseren dat bepaalde documenten die nodig zijn voor hun ambtsuitoefening gedurende een periode door het BFT kunnen worden meegenomen, indien ter kantore niet de mogelijkheid bestaat tot kopiëren. Een andere wijziging die voelbaar zal zijn in de notariële praktijk is het kopiëren van digitale gegevens. Het BFT kan in principe eindeloos documenten op bijvoorbeeld een usb-stick opslaan. Zoals reeds geconcludeerd, valt ook het overzetten van digitale gegevens van de notaris naar een digitaal medium van het BFT onder het begrip kopiëren. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat het BFT gebonden is aan de evenredigheidseis van art. 5:13 Awb, waardoor het BFT niet méér mag kopiëren dan strikt noodzakelijk is voor zijn toezichtstaak. Het is echter het begrip “strikt noodzakelijk” dat met onduidelijkheid is omkleed. Het is, gezien het eigensoortige karakter van elk geval, niet mogelijk in algemene termen te omschrijven wat “strikt noodzakelijk” is, zodat steeds per geval moet worden beoordeeld wat “strikt noodzakelijk” inhoudt. De leidraad die daarbij steeds geldt, is de evenredigheidseis zoals deze voortvloeit uit art. 5:13 Awb.

¹⁵⁴ V.zr. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, L.J.N. BX6988.

¹⁵⁵ V.zr. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, L.J.N. BX6988.

¹⁵⁶ V.zr. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, L.J.N. BX6988.

¹⁵⁷ V.zr. Rechtbank Rotterdam 5 september 2012, L.J.N. BX6988.

3.3.4 Overige bevoegdheden op grond van Afdeling 5.2 Awb

In de vorige subparagrafen zijn de belangrijkste nieuwe bevoegdheden op grond van Afdeling 5.2 Awb behandeld. Twee bepalingen, art. 5:18 Awb (monsterneming) en art. 5:19 Awb (onderzoek van vervoermiddelen), zijn hierbij buiten beschouwing gelaten. Hoewel deze bevoegdheden het BFT wel degelijk toekomen, is het gezien de context van de notariële praktijk niet relevant deze bevoegdheden te behandelen. Het is niet reëel te veronderstellen dat deze bevoegdheden frequent zullen worden gebruikt door het BFT in het licht van toezicht op notarissen.¹⁵⁸ Om die reden wordt in deze scriptie korthedshalve verwezen naar de wetstekst van art. 5:18 Awb en art. 5:19 Awb.

§ 3.4 De incidentenmelding

Een nieuwe verplichting die op de notaris met de herziene Wna rust, betreft de incidentenmelding. Deze is in art. 25a Wna jo. art. 8 Rna opgenomen en ziet toe op de plicht van de notaris een gebeurtenis te melden die aanmerkelijk nadelige gevolgen heeft voor zijn financiële positie. Bij ministeriële regeling, de Rna, is nader invulling gegeven aan deze incidentenmelding. De wetgever heeft in art. 9 Rna de gevallen opgesomd waarin de notaris verplicht is een incidentenmelding te doen. Het betreft hier de volgende gebeurtenissen:

- Wijzigingen in de organisatievorm van het kantoor (art. 9 lid 1 Rna): dit is het geval wanneer een notariskantoor bijvoorbeeld een fusie aangaat met een ander notariskantoor of wanneer een notariskantoor een samenwerking aangaat met bijvoorbeeld een advocatenkantoor.
- Situaties in de privésfeer van de notaris waardoor de continuïteit van het kantoor in gevaar komt (art. 9 lid 2 onder a en b Rna): hierbij valt te denken aan langdurige arbeidsongeschiktheid van de notaris door bijvoorbeeld ziekte.
- Risico's inzake de bewaringspositie (art. 9 lid 3 Rna): een negatieve bewaringspositie dient altijd te worden gemeld bij het BFT.
- Negatieve ontwikkelingen met betrekking tot de solvabiliteit en de liquiditeit van het notariskantoor (art. 9 lid 4 Rna): hieronder vallen o.a. straf- en civielrechtelijke claims/dwangsommen en betalingsachterstanden van meer dan zes maanden nadat zij opeisbaar zijn geworden.
- Alle andere gebeurtenissen die kunnen leiden tot een negatief gevolg voor de financiële positie van de notaris (art. 9 lid 5 Rna jo. 10 lid 1 Rna): dit kan worden aangemerkt als restcategorie van situaties waarin de notaris een incidentmelding bij het BFT moet doen, waarbij de notaris zelf de afweging maakt of een bepaalde gebeurtenis negatieve gevolgen kan hebben voor zijn financiële positie.

Toegevoegd en kandidaat-notarissen hebben ingevolge art. 10 lid 2 Rna een meldingsrecht met betrekking tot een gebeurtenis die aanmerkelijke nadelige financiële gevolgen kan hebben voor de notaris onder wie zij werken. Zij zijn hiertoe, anders dan de notaris, niet verplicht en indien zij nalaten een dergelijke melding te doen, zijn zij hiervoor niet sanctioneerbaar. Een incidentenmelding wordt gedaan bij het BFT.¹⁵⁹ De incidentenmelding dient ertoe de informatiepositie van het BFT te versterken, zodat het BFT aan de hand van een incidentenmelding kan bepalen in hoeverre aan een "incident" risico's zitten.¹⁶⁰ Deze incidentenmelding is dus geheel in lijn met het preventief risicogericht toezicht dat het BFT hanteert.¹⁶¹ Voor de notariële praktijk betekent deze nieuwe verplichting een extra last. De notaris zal bij elke wijziging in de kantoororganisatie dan wel in de financiële positie moeten nagaan in hoeverre die wijziging valt onder de reikwijdte van de in art. 9 Rna jo. art. 10 lid 1 Rna opgesomde gevallen. Het nalaten van een incidentenmelding wordt gesanctioneerd met een last onder dwangsom in geval herstel mogelijk is of met een bestuurlijke boete indien herstel niet mogelijk is (art. 111b lid 2 Wna). Het BFT kan het nalaten van de incidentenmelding ook neerleggen bij de tuchtrechter, indien met het nalaten van de incidentenmelding de notariële beroepsethiek is geschaad (art. 111b lid 1 Wna). Omdat de incidentenmelding vooral een administratieve verplichting betreft, is de verwachting dat een tuchtrechtelijke procedure waarin de incidentenmelding centraal staat niet snel door het BFT zal worden geïnitieerd.¹⁶² De verwachting is dat overtredingen met betrekking tot de incidentenmelding vooral bestuursrechtelijk zullen worden afgedaan (zie hoofdstuk 4).

¹⁵⁸ De bevoegdheid tot het nemen van monsters door een toezichthouder is meer te plaatsen in het kader van de controle op voedselkwaliteit o.i.d. Gedacht kan worden aan de NVWA die een monster neemt om de samenstelling van een bepaald product aan een controle te onderwerpen teneinde te bepalen of de samenstelling voldoet aan de wettelijke normen (zie bijvoorbeeld het recentelijke "paardenvleeschandaal").

¹⁵⁹ Dit kan via het e-mailadres melding25a@bureaufn.nl.

¹⁶⁰ Wisse 2012, p. 9.

¹⁶¹ Wisse 2012, p. 10-13.

¹⁶² Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

§ 3.5 De toets der subsidiariteit en proportionaliteit; evenredigheid

Reeds is vermeld dat het BFT bij het aanwenden van zijn toezichtsbevoegdheden geen vrij spel heeft en zich bij het aanwenden van die bevoegdheden steeds moet vergewissen van het evenredigheidsbeginsel zoals dat door de wetgever is geformuleerd in art. 5:13 Awb. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat het BFT steeds nagaat of het al dan niet opwerpen van een bevoegdheid krachtens Afdeling 5.2 Awb de toets van subsidiariteit en proportionaliteit doorstaat.¹⁶³ Deze toets geldt ook ten aanzien van sancties die door het BFT worden opgelegd. Het sanctiestelsel volgt in hoofdstuk 4. Van belang is echter op te merken dat hetgeen hierna wordt behandeld eveneens toeziet op de sanctiebevoegdheid van het BFT.

3.5.1 De subsidiariteitstoets

Subsidiariteit houdt in dat het BFT steeds dient te bezien of een andere, minder zware, bevoegdheid kan worden ingezet, waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt als wanneer het BFT een agressievere bevoegdheid zou inzetten.¹⁶⁴ Een goed voorbeeld kan worden gevonden in de inlichtingenvordering: een notaris waarvan het BFT weet dat hij coöperatief is en welwillende tegenover het toezicht door het BFT staat, zal moeten worden *verzocht* bepaalde inlichtingen te verschaffen. Immers, een *vordering* inlichtingen te verschaffen, is een zwaarder middel dat druk legt op de notaris. Het doel dat wordt beoogd, namelijk het verkrijgen van inlichtingen, kan het BFT echter ook bereiken door een verzoek om inlichtingen te doen. De subsidiariteitstoets is sterk afhankelijk van het geval en het is aan de toezichtambtenaar te bepalen in hoeverre gebruikmaking van een bepaalde bevoegdheid het subsidiariteitsvereiste niet ondermijnt.¹⁶⁵

3.5.2 De proportionaliteitstoets

Minstens even belangrijk als subsidiariteit is de proportionaliteit van het inzetten van een bepaalde bevoegdheid. Proportionaliteit is de afweging die het BFT moet maken over in hoeverre het aanwenden van een bepaalde bevoegdheid in een bepaalde situatie niet in onevenredige verhouding staat tot het met de bevoegdheid te dienen doel.¹⁶⁶ Deze wat abstracte beschrijving vergt verduidelijking, die aan de hand van een praktijkvoorbeeld zal worden gegeven.

Praktijkvoorbeeld H: kopiëren van elektronische documenten¹⁶⁷

Het BFT heeft een signaal ontvangen van cliënt K dat op notariskantoor L de boedelafwikkeling wel zeer traag verloopt. Notariskantoor L is door het BFT recentelijk aan een controle onderworpen, waarbij het resultaat positief was. Het BFT besluit op grond van de melding van cliënt K toch over te gaan tot een controle, waarbij de toezichtambtenaar van het BFT het kwaliteitsaspect van notariskantoor L wil toetsen. Op grond van art. 5:17 Awb vordert de toezichtambtenaar inzage in elektronische documenten. Hierbij kopieert de toezichtambtenaar niet alleen documenten aan de hand waarvan hij de kwaliteitstoets kan uitvoeren, ook een grote diversiteit aan financiële documenten wordt op een usb-stick opgeslagen. In deze casus kan worden gesteld dat twee handelingen de toets der proportionaliteit niet zullen doorstaan. Ten eerste: in hoeverre is het proportioneel op basis van één enkele klacht meteen over te gaan tot een onderzoeksactie, terwijl notariskantoor L recentelijk aan een onderzoek is onderworpen waarbij is geconcludeerd dat notariskantoor L voldeed? Men kan stellen dat deze handeling het onderzoeksdoel (naleving Wna) voorbij schiet. Ten tweede: het doel van de onderzoekshandeling is het controleren van de kwaliteit. Het is dan disproportioneel daarnaast documenten op een usb-stick over te zetten die irrelevant zijn voor de kwaliteitstoetsing.

Het BFT zal dus in elke situatie afzonderlijk moeten bepalen in hoeverre een onderzoeksactie waarbij bevoegdheden worden gebruikt in verhouding staat tot het te dienen doel.¹⁶⁸ Praktijkvoorbeeld H geeft aan dat het BFT van te voren een duidelijk doel moet hebben geformuleerd. Zonder het doel te kennen, kan immers niet worden bepaald in hoeverre een bevoegdheid disproportionaliteit oplevert ten aanzien van het te dienen doel.

Een notaris (of een derde) die meent dat het BFT onevenredig te werk is gegaan, kan dit uiteraard aankaarten bij het BFT in een bezwaarschrift en later in (hoger) beroep bij de bestuursrechter (art. 7:1 Awb jo. art. 8:1 Awb). De bestuursrechter toetst altijd de rechtmatigheid van het handelen van een bepaald bestuursorgaan. Daarvoor geeft de evenredigheidstoets (subsidiariteit en proportionaliteit) een sterk kader waarbinnen de bestuursrechter het e.e.a. afweegt. In § 4.7 zal de rechtsbescherming nader aan bod komen.

¹⁶³ Bravenboer 2009, p. 291-292.

¹⁶⁴ Stolp 2007, p. 32.

¹⁶⁵ Stolp 2007, p. 198.

¹⁶⁶ Stolp 2007, p. 198.

¹⁶⁷ Dit praktijkvoorbeeld is gebaseerd op bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 4.

¹⁶⁸ Çolak 2012, p. 15-16.

§ 3.6

De abbb's

Het BFT, als onderdeel van de overheid, moet zich in zijn handelen steeds houden aan de abbb's. Zowel bij het opleggen van een sanctie (zie hoofdstuk 4) als bij het aanwenden van toezichtsbevoegdheden dient het BFT zich te vergewissen van de abbb's.¹⁶⁹ Abbb's worden onderverdeeld in formele en materiële abbb's. Formele abbb's gelden tijdens een procedure (bijvoorbeeld het uitoefenen van een toezichtsbevoegdheid) en materiële abbb's moeten worden betrokken in het nemen van een besluit en zien dus toe op de inhoudelijke toetsing door het BFT (bijvoorbeeld het besluit al dan niet een bepaalde sanctie op te leggen).¹⁷⁰ De abbb's vormen onderdeel van de rechtsbescherming voor de burger tegen de overheid.¹⁷¹ Men kan de abbb's aanmerken als een soort fatsoensnorm waaraan de overheid zich in haar handelen moet conformeren.¹⁷² Om die reden zijn niet alle abbb's gecodificeerd in de wet; veel abbb's volgen uit algemene rechtsbeginselen. De abbb's beperken de beleidsvrijheid die bestuursorganen hebben.¹⁷³ Als onderdeel van de bestuurlijke rechtsbescherming zijn de abbb's voor de bestuursrechter de marges waaraan hij een overheidshandeling toetst.¹⁷⁴ Hierna volgt een bespreking van de abbb's:

- Vertrouwensbeginsel: het BFT mag een gewekt vertrouwen niet beschamen door van een mededeling terug te komen, tenzij nieuwe feiten en/omstandigheden daartoe aanleiding geven.¹⁷⁵
- Rechtszekerheidsbeginsel: het toezichtstelsel op het notariaat moet dusdanig vorm zijn gegeven, waardoor de notaris weet waaraan hij dient te voldoen.¹⁷⁶ Het rechtszekerheidsbeginsel behelst ook de verplichting van het BFT duidelijkheid over bepaalde zaken te geven die het BFT in zijn beleidsvrijheid onderneemt (bijvoorbeeld hoe een bepaalde richtlijn in de notariële praktijk moet worden geïmplementeerd).¹⁷⁷
- Gelijkheidsbeginsel: dit beginsel vloeit voort uit art. 1 Gw en houdt in dat gelijke gevallen gelijk dienen te worden behandeld. Met andere woorden: het BFT mag geen dubbele beoordelingscriteria hanteren bij bijvoorbeeld het opleggen van een sanctie.
- Verbod van détournement de pouvoir (vrij vertaald het verbod op misbruik van bevoegdheden): het BFT mag de aan hem toebedeelde bevoegdheden slechts aanwenden voor de doeleinden waarvoor zij aan hem zijn verleend, aldus art. 3:3 Awb.
- Legaliteitsbeginsel:¹⁷⁸ de bevoegdheden van het BFT dienen steeds een wettelijke grondslag te hebben. Is dit niet het geval, dan kan het BFT een bepaalde bevoegdheid niet aanwenden.
- Zorgvuldigheidsbeginsel: in al zijn besluiten en handelingen dient het BFT zorgvuldigheid te betrachten. Alle belangen moeten worden betrokken in het handelen van het BFT. Het zorgvuldigheidsbeginsel is gecodificeerd in art. 3:2 Awb.
- Evenredigheidsbeginsel:¹⁷⁹ toezichtshandelingen en sancties dienen proportioneel en subsidiair te zijn. (art. 3:4 Awb jo. art. 5:13 Awb). Zie voor een nadere uitwerking van dit beginsel § 3.5.
- Motiveringsbeginsel:¹⁸⁰ besluiten van het BFT moeten door hem altijd deugdelijk zijn gemotiveerd, aldus art. 3:46 Awb.
- Beginsel van fair-play: het BFT mag geen partijdige werkwijze hanteren (art. 2:4 Awb).

§ 3.7

Effectuering van de toezichtsbevoegdheden

De in § 3.3 behandelde toezichtsbevoegdheden zouden geen effect genereren, indien de wetgever het zou hebben nagelaten te voorzien in een dwingende wetsbepaling bij welke medewerking aan de toezichtsbevoegdheden verplicht is gesteld. De effectuering van de toezichtsbevoegdheden van het BFT wordt afgedwongen via art. 5:20 lid 1 Awb. Deze wetsbepaling stelt dat eenieder tegen wie de toezichthouder, i.c. het BFT, zijn bevoegdheden opwerpt hij hieraan medewerking dient te verlenen. Degene die hieraan weigert zijn medewerking te verlenen, is ingevolge art. 184 Sr strafbaar. Art. 184 Sr stelt het strafbaar een bevoegd gegeven ambtelijk bevel, i.c. betreft het een bevel van de

¹⁶⁹ Adriaansen 2004, p. 23-26.

¹⁷⁰ Benard 2012, 19.

¹⁷¹ Adriaansen 2004, p. 23-26.

¹⁷² Benard 2012, p. 19.

¹⁷³ Benard 2012, p. 19.

¹⁷⁴ Adriaansen 2004, p. 23-26.

¹⁷⁵ Benard 2012, p. 19.

¹⁷⁶ Krol 2005, p. 78-98.

¹⁷⁷ Krol 2005, p. 78-98.

¹⁷⁸ Mythe en wetgeving (<www.hetccv.nl>; geraadpleegd op 21 maart 2013).

¹⁷⁹ Krol 2005, p. 78-98.

¹⁸⁰ Pennarts 2008, p. 51-52.

toezichtambtenaar, in de wind te slaan. Art. 184 Sr bedreigt het weigeren het bevel van de toezichtambtenaar op te volgen met drie maanden gevangenisstraf en/of met een boete van ten hoogste de tweede categorie.¹⁸¹ Er is dus een gelaagde structuur in de effectuering van de toezichtsbevoegdheden: wordt niet aan art. 5:20 lid 1 Awb voldaan, dan volgt strafrechtelijke effectuering door middel van toepassing van art. 184 Sr.¹⁸² Hierbij is belangrijk te vermelden dat het weigeren van een ambtelijk bevel alleen strafbaar is wanneer dit met opzet wordt gedaan en wanneer het gaat om een vordering. De vraag c.q. het verzoek om bijvoorbeeld inzage in documenten valt niet onder het toepassingsbereik van art. 184 Sr. Overigens voorziet art. 5:20 lid 2 Awb in de mogelijkheid medewerking te weigeren, indien degene van wie medewerking wordt verlangd gebonden is aan een beroepsgeheim. Art. 111a lid 3 Wna bepaalt dat art. 5:20 lid 2 Awb niet van toepassing is op het notariële beroepsgeheim; hierover volgt in hoofdstuk 6 een nadere beschouwing. Verder vormt ook het nemo-tenetur beginsel, dat in § 4.5 aan bod komt, een uitzondering op de medewerkingsplicht.

§ 3.8 Deelconclusie

Het BFT is in het gewijzigde toezicht verantwoordelijk voor integraal toezicht op het notariaat. Hiertoe werkt het BFT een risicogericht toezicht uit, wat betekent dat het BFT op basis van risicosignalen uit de notariële praktijk vaststelt in hoeverre een bepaald notariskantoor is te kwalificeren als risicovol, waarna dat desbetreffende notariskantoor (eventueel) intensief in het toezicht wordt betrokken. Door deze werkwijze beoogt het BFT een meer preventief en slagvaardig toezicht te bewerkstelligen. Het BFT heeft door het gewijzigde toezichtsregiem de toezichtsbevoegdheden zoals men die kan terugvinden in Afdeling 5.2 Awb toebedeeld gekregen. Deze bevoegdheden kan het BFT ook opwerpen tegenover derden. Het BFT dient zijn toezichtsbevoegdheden proportioneel en subsidiair toe te passen op straffe van niet-ontvankelijkheidsverklaring in het toezicht in een eventuele gerechtelijke procedure. Daarnaast rust als gevolg van het gewijzigde toezicht een nieuwe verplichting op notarissen: de incidentenmelding. De incidentenmelding is nader uitgewerkt in de Rna en houdt de verplichting van de notaris in bepaalde gebeurtenissen te melden die nadelige gevolgen kunnen hebben voor zijn financiële positie.

¹⁸¹ Art. 24 lid 4 Sr geeft de boetecategorieën weer; deze worden periodiek geïndexeerd. Anno 2013 bedraagt een boete van de tweede categorie maximaal 3900 euro (zie: straffen en maatregelen (<www.rijksoverheid.nl>; geraadpleegd op 2 april 2013)).

¹⁸² Belangrijke opmerking hierbij is dat het OM de instantie is die vervolgt (art. 124 RO). Het BFT heeft daartoe geen bevoegdheid; het kan hooguit aangifte bij het OM doen waarna het OM al dan niet overgaat tot strafvervolgning ex art. 184 Sr.

Het gewijzigde handhavingsarrangement en de gevolgen hiervan voor de notariële praktijk

In het vorige hoofdstuk is behandeld welke toezichtsbevoegdheden het BFT toekomen in het kader van zijn toezichthoudende functie. Tijdens het aanwenden van die toezichtsbevoegdheden kan het BFT vanzelfsprekend stuiten op overtredingen door de notaris. In dit hoofdstuk staat daarom het nieuwe handhavingsarrangement dat het BFT in het gewijzigde toezicht heeft om die overtredingen te sanctioneren centraal. Tevens komt aan bod op welke wijze de notaris in rechte wordt beschermd tegen handelingen van het BFT.

§ 4.1 Terreinverkenning: een nieuw handhavingsarrangement voor het BFT

De gewijzigde Wna brengt niet alleen met zich mee dat het BFT voortaan binnen een veel ruimer toezichtsregiem acteert teneinde zijn toezichthoudende rol te vervullen, ook zijn ingrijpende wijzigingen doorgevoerd in het sanctiestelsel.¹⁸³ Zoals reeds vastgesteld in § 2.3 had het BFT onder het oude toezichtsregiem geen autonome sanctiebevoegdheid; de enige mogelijkheid die het BFT vóór 1 januari 2013 ter beschikking stond een normoverschrijding een halt toe te roepen, was het melden van malversaties of een laakbaar handelen van de notaris bij de KvT, waarna deze eventueel een passende sanctie oplegde.¹⁸⁴ Binnen het BFT werd deze werkwijze als inefficiënt ervaren, waardoor de slagkracht van het toezicht niet optimaal was.¹⁸⁵ Doordat de wetgever aan het BFT in het oude toezichtsregiem geen sanctiebevoegdheid toekende, moest het BFT in principe elke normoverschrijding die bij een controle werd geconstateerd, melden.¹⁸⁶ Ook relatief kleine normoverschrijdingen werden bij de KvT gemeld; binnen het BFT werd dit in sommige gevallen als disproportioneel ervaren.¹⁸⁷ De wetgever heeft daarin nu verandering gebracht door het BFT sanctiebevoegdheden toe te kennen zoals deze in de Awb zijn neergelegd.¹⁸⁸ Het betreft de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.¹⁸⁹ Deze sancties kunnen daarnaast cumulatief worden opgelegd, vanwege de verschillende doelen die zij beogen.¹⁹⁰ In de paragrafen hierna wordt ingegaan op het nieuwe sanctiestelsel en de gevolgen hiervan voor de notariële praktijk.

§ 4.2 De last onder dwangsom

4.2.1 Juridisch kader van de last onder dwangsom

De last onder dwangsom is een bestuursrechtelijk instrument dat het BFT blijkens art. 111b lid 2 Wna in het nieuwe toezicht heeft teneinde illegale situaties tegen te gaan. De last onder dwangsom is een herstelsanctie, die gericht is op het herstellen van een illegale situatie.¹⁹¹ De wetgever heeft in art. 5:2 lid 1 onder b Awb de herstelsanctie als volgt gedefinieerd: *“een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding.”* Door deze definitie kenmerkt de last onder dwangsom zich als een reparatoire (herstellende) sanctie, die niet perse gericht is op het straffen van de notaris bij normoverschrijdingen, maar juist het doel heeft een bestaande illegale situatie (normoverschrijding) normconform te maken.¹⁹² Dit betekent dat een illegale situatie kan worden hersteld, zodat deze in overeenstemming is met de wettelijke normen. De last onder dwangsom houdt aldus in dat het BFT de notaris een last kan geven een bepaalde normoverschrijding geheel dan wel gedeeltelijk te herstellen (art. 5:31d lid 1 onder a Awb) en houdt tevens de verplichting in van de notaris een geldsom te voldoen als de last niet of niet tijdig wordt uitgevoerd (art. 5:31d lid 1 onder b Awb). Indien dat laatste van toepassing is (dus wanneer de notaris de dwangsom verbeurt) kan de dwangsom door de notaris wel degelijk als bestraffend worden ervaren, omdat het hem treft in zijn financiële middelen.¹⁹³ Dat is echter niet het primaire doel van de last onder dwangsom.

¹⁸³ Hoeflaken 2012, p. 14.

¹⁸⁴ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 1.

¹⁸⁵ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

¹⁸⁶ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

¹⁸⁷ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 12.

¹⁸⁹ Deze bevoegdheid betreft een discretionaire bevoegdheid. Het BFT kan deze sanctiemogelijkheden aanwenden, maar is hiertoe niet verplicht.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 88.

¹⁹¹ Van den Noort 2012, p. 929.

¹⁹² Dwangsom (<www.hetccv.nl>; geraadpleegd op 22 maart 2013).

¹⁹³ Handhaving op gemeentelijk niveau (<www.vandoorne.com>; geraadpleegd op 25 maart 2013).

4.2.2 Praktische weergave van de last onder dwangsom

Het BFT kan bij constatering van een normoverschrijding van administratieve aard een last onder dwangsom opleggen conform hetgeen bepaald in art. 111b lid 2 Wna jo. art. 5:31d Awb. De normoverschrijdingen waarvoor een last onder dwangsom kan worden opgelegd, zijn door de wetgever limitatief opgenomen in art. 111b lid 2 Wna.¹⁹⁴ Wanneer de notaris niet voldoet aan hetgeen van hem wordt verlangd krachtens art. 24 lid 1-4 Wna en/of art. 25a Wna is het BFT bevoegd een last onder dwangsom (of de hierna te bespreken bestuurlijke boete) op te leggen, zo volgt uit art. 111b lid 2 Wna. Art. 24 lid 1-4 Wna betreft de wijze waarop de notaris zijn privé- en kantooradministratie op deugdelijke wijze inricht. Voldoet de notaris hier niet aan, dan kan een last onder dwangsom volgen. Om het e.e.a. te verduidelijken, zal hierna een praktijkvoorbeeld volgen.

Praktijkvoorbeeld I: accountantsverklaring ontbreekt bij het financieel jaarverslag

In art. 24 lid 4 Wna is de verplichting neergelegd dat een notaris jaarlijks een financieel verslag van zijn kantoor aan het BFT toezendt, dat vergezeld gaat van een accountantsverklaring dan wel een accountantsbeoordeling als het gaat om een klein kantoor (art. 1 Rna jo. art. 2 Rna). Notaris I zendt het BFT zijn financieel jaarverslag, maar vergeet per abuis de accountantsverklaring toe te voegen. Het BFT kan, conform hetgeen is bepaald in art. 111b lid 2 Wna, nu een last onder dwangsom opleggen. Deze situatie leent zich immers uiterst voor herstel. De last houdt in dit geval in dat notaris I binnen een bepaalde termijn zijn accountantsverklaring alsnog het BFT doet toe komen, zodat notaris I de dwangsom niet verbeurt. Doet hij dit niet binnen de gestelde termijn, dan kan het BFT overgaan tot inning van de verbeurde dwangsom.

Een ander feit dat blijkt uit art. 111b lid 2 Wna in aanmerking komt voor een last onder dwangsom is het verzaken van het doen van een incidentenmelding zoals deze gestalte heeft gekregen in art. 25a Wna. Laat de notaris na een incidentmelding te doen, dan kan het BFT een last onder dwangsom opleggen. Eerder is in deze scriptie reeds vermeld in welke gevallen een incidentenmelding dient te worden gedaan. Eén van die gevallen is bijvoorbeeld een wijziging in de kantoororganisatie van de notaris door bijvoorbeeld een fusie met een ander notariskantoor. Verzaakt een notaris de fusie te melden dan kan het BFT een last onder dwangsom opleggen, inhoudende de last alsnog informatie te verschaffen over het reilen en zeilen van die fusie. Het BFT dient de notaris een redelijke termijn te geven waarbinnen hij de normoverschrijding kan herstellen. In de last onder dwangsom dient het BFT daarnaast steeds duidelijk op te nemen welke herstelmaatregelen door de notaris moeten worden getroffen, zo volgt uit art. 5:32a Awb.

4.2.3 De hoogte van de last onder dwangsom

Art. 5:32b Awb geeft het kader binnen welke het BFT de hoogte van de dwangsom vaststelt. Deze wetsbepaling geeft drie wijzen waarop de hoogte van de dwangsom dient te worden vastgesteld:¹⁹⁵

- het BFT stelt een bedrag vast dat ineens wordt betaald als de normoverschrijding door de notaris niet voor een bepaalde datum wordt hersteld;
- het BFT stelt een bedrag vast dat per overtreding door de notaris wordt betaald;
- het BFT stelt per tijdseenheid (dag, week, maand) vast welk bedrag de notaris moet betalen als hij een bepaalde normoverschrijding begaat, in stand houdt en/of herhaalt.

Verder bepaalt art. 5:32b lid 2 Awb dat het BFT een maximumbedrag in de last onder dwangsom moet opnemen waarboven geen dwangsom meer wordt verbeurd. Het BFT moet bij het bepalen van de hoogte rekening houden met het proportionaliteitsbeginsel: de eventueel te verbeuren dwangsom moet in redelijke verhouding staan tot de geschonden norm, zo stelt art. 5:32b lid 3 Awb.

Praktijkvoorbeeld J: de hoogte van de last onder dwangsom

In dit praktijkvoorbeeld wordt voortgeborduurd op de casus die is gegeven in praktijkvoorbeeld I. Notaris I vergeet dus de accountantsverklaring te zenden aan het BFT. Het BFT kiest voor de tweede optie zoals hierboven omschreven en stelt per tijdseenheid vast welk bedrag notaris I betaalt mocht hij aan de last niet voldoen. Het BFT maakt aan notaris I kenbaar dat hij binnen twee weken alsnog de accountantsverklaring moet opsturen en dat voor elke dag dat hij te laat is een dwangsom verbeurt ad 100 euro met een maximum ad 5000 euro. In dit voorbeeld wordt gekozen het bedrag per tijdseenheid (namelijk per dag) vast te stellen en dat bij het bereiken van 5000 euro geen dwangsom meer wordt verbeurd. Aldus handelt het BFT in deze casus conform art. 5:32b Awb.

Voor het bepalen van de hoogte van een last onder dwangsom heeft het BFT beleidsvrijheid.¹⁹⁶ Elke normoverschrijding is in principe anders en het BFT zal dus in elke situatie een afweging moeten maken hoe hoog een last onder dwangsom moet zijn. Voor een uniforme toepassing van de hoogte

¹⁹⁴ Een limitatieve opsomming was nodig, omdat bestuursorganen zijn gebonden aan het legaliteitsbeginsel (zie § 3.6).

¹⁹⁵ Last onder dwangsom (<www.hetccv.nl>; geraadpleegd op 22 maart 2013).

¹⁹⁶ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

van een last onder dwangsom moet het BFT echter nader beleid ontwikkelen.¹⁹⁷ Op dit moment is dat beleid nog niet vastgesteld, zodat in deze fase geen constatering kunnen worden gedaan met betrekking tot de daadwerkelijke, cijfermatige, hoogte van een last onder dwangsom. Twee zaken daaromtrent zijn echter op voorhand duidelijk. Ten eerste zal het BFT de proportionaliteitseis ex art. 5:32b lid 3 Awb in acht moeten nemen. Ten tweede is het maximum van de last onder dwangsom door de wetgever in art. 111b lid 3 Wna reeds gegeven: een last onder dwangsom kan nimmer meer bedragen dan de derde categorie geldboete zoals is vastgesteld in art. 23 lid 4 Sr. Dit bedrag wordt periodiek geïndexeerd en bedraagt heden (2013) 7800 euro.¹⁹⁸ De wijze van inning van de verbeurde dwangsom geschiedt overeenkomstig art. 5:37 lid 1 bij invorderingsbeschikking. Hiervoor heeft de wetgever gekozen, omdat een beschikking een appellabel besluit is in de zin van art. 1:3 Awb, waardoor de notaris eventueel bezwaar en (hoger) beroep kan instellen tegen de invorderingsbeschikking. De verbeurde dwangsom is ten bate van het BFT, zo volgt uit art. 5:10 Awb.

4.2.4 Preventieve last onder dwangsom

Het BFT heeft bovendien de mogelijkheid een preventieve last onder dwangsom op te leggen (art. 5:7 Awb). Het CBb heeft in vaste jurisprudentie omschreven in welke gevallen een bestuursorgaan daartoe kan overgaan. Volgens het CBb moet sprake zijn van het zogeheten klaarblijkelijkheidscriterium: het BFT kan alleen dan een preventieve last onder dwangsom opleggen als uit feiten en/of objectief bepaalde omstandigheden klaarblijkelijk blijkt dat de notaris op voorhand een normoverschrijding zal plegen.¹⁹⁹

Praktijkvoorbeeld K: preventieve last onder dwangsom

Notaris K staat binnen het BFT bekend als laks. Zijn laksheid is echter niet zodanig dat het tuchtrecht uitkomst biedt. Voor datum X dient bij het BFT het financieel jaarverslag van notaris K inclusief accountantsverklaring binnen te zijn. Notaris K laat zijn accountant te laat beginnen met het opmaken van de accountantsverklaring. In correspondentie met het BFT laat notaris K weten dat het financieel jaarverslag wel voor de deadline kan worden opgestuurd, maar dat zijn accountant de vereiste accountantsverklaring met zekerheid niet voor die deadline kan leveren. Het is dus klaarblijkelijk dat notaris K niet kan voldoen aan de verplichting die op hem rust ingevolge art. 24 lid 4 Wna. Het BFT legt, vanwege de klaarblijkelijkheid dat notaris K de accountantsverklaring niet op tijd kan toezenden, een preventieve last onder dwangsom op.

De preventieve last onder dwangsom moet echter toezien op een normoverschrijding die voor het eerst wordt gepleegd. Derhalve kan een preventieve last onder dwangsom niet worden opgelegd als deze ertoe strekt herhaling of voortzetting van een bepaalde normoverschrijding tegen te gaan.²⁰⁰

§ 4.3 De bestuurlijke boete

4.3.1 Juridisch kader van de bestuurlijke boete

Naast de last onder dwangsom heeft het BFT de mogelijkheid een bestuurlijke boete op te leggen, indien een normoverschrijding van administratieve aard is geconstateerd. Deze bevoegdheid ontleent het BFT aan art. 111b lid 2 Wna jo. art. 5:40 Awb. De bestuurlijke boete verschilt van de last onder dwangsom in de zin dat de bestuurlijke boete een punitieve sanctie is.²⁰¹ Het vormt daarmee als het ware een stuk strafrecht in het bestuursrecht. De wetgever heeft de bestuurlijke boete in art. 5:2 lid 1 onder c Awb als volgt gedefinieerd: *“een bestuurlijke sanctie voor zover deze beoogt een overtreder leed toe te voegen”*. De essentie in deze beschrijving is gelegen in de leedtoevoeging. De bestuurlijke boete beoogt daarmee de overtreder te bestraffen voor een normoverschrijding. Dit in tegenstelling tot de last onder dwangsom, die herstel van een normoverschrijding beoogt. De inhoud van de bestuurlijke boete geldt als een onvoorwaardelijke verplichting tot het betalen van een geldsom, aldus art. 5:40 lid 1 Awb. Het kenmerkende aan de bestuurlijke boete is dat deze door een bestuursorgaan (i.c. het BFT) wordt opgelegd. Daarmee is een bestuurlijke boete geen daad van vervolging; hiertoe is slechts het OM bevoegd.²⁰² Het bestraffende karakter van de bestuurlijke boete heeft echter tot gevolg dat de bestuurlijke boete wordt aangemerkt als “criminal charge” in de zin van art. 6 EVRM, waardoor de strafrechtelijke waarborgen gelden wanneer sprake is van een bestuurlijke boete (zie voor een nadere uiteenzetting van die strafrechtelijke waarborgen § 4.5).

¹⁹⁷ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 2.

¹⁹⁸ Hoe hoog zijn de boetes in Nederland? (<www.rijksoverheid.nl>; geraadpleegd op 27 mei 2013).

¹⁹⁹ CBb 27 oktober 2009, LJN BK1424.

²⁰⁰ (preventieve) last onder dwangsom (<www.hetccv.nl>; geraadpleegd op 22 maart 2013).

²⁰¹ Rogier 2010, p. 519-520.

²⁰² In art. 124 RO is aan het OM een vervolgingsmonopolie gegeven, waardoor het OM de enige instantie is die strafvervolgning kan instellen (vgl. art. 167 Sv en art. 242 Sv).

4.3.2 Praktische weergave van de bestuurlijke boete

De praktische weergave van de bestuurlijke boete is een complexere aangelegenheid dan die van de last onder dwangsom. Bij de bestuurlijke boete heeft namelijk een aantal begrippen nadere beschouwing teneinde de rol van de bestuurlijke boete in de praktijk te kunnen begrijpen.²⁰³ Voor de bestuurlijke boete is een drietal kernelementen van belang: de overtreding, de overtreder en de verwijtbaarheid. Een uiteenzetting van deze elementen volgt hierna.

De overtreding

De bestuurlijke boete wordt ingevolge art. 111b lid 2 Wna eveneens opgelegd in geval sprake is van een normoverschrijding met betrekking tot art. 24 lid 1-4 Wna en/of art. 25a Wna. Omdat de verplichtingen voortvloeiende uit die wetbepalingen reeds in § 2.1 en § 3.4 zijn toegelicht, wordt onder verwijzing naar § 2.1 en § 3.4 daarop niet nader ingegaan. Wel is het van belang hier op te merken dat een overtreding een gedraging moet behelzen: zowel een doen als een nalaten wordt als gedraging aangemerkt. In praktijkvoorbeeld I wordt door de notaris vergeten een accountantsverklaring op te sturen naar het BFT; dit is een nalaten dat ook voor een bestuurlijke boete in aanmerking komt.

De overtreder

De overtreder moet worden vastgesteld, zodat de overtreder kan worden gestraft. Het vaststellen van een (rechts)persoon die kan worden aangemerkt als de overtreder is niet altijd duidelijk. Bij onduidelijkheid met betrekking tot de overtreder kunnen dan drie vragen worden gevolgd, die duidelijkheid kunnen bieden ten aanzien van de overtreder:²⁰⁴

- Wie is normadressaat? Met andere woorden: tot wie richt de overtreden norm zich? In het geval van het notariaat is de notaris normadressaat, nu art. 24 lid 1-4 Wna en art. 25a Wna zich expliciet tot de notaris richten.
- Wie is de feitelijke pleger van de overtreding? Is de overtreder bij uitsluiting sanctioneerbaar of kan, blijkens enig recht, een ander in rechte worden aangesproken?
- Kan de sanctie uitsluitend aan de overtreder worden opgelegd of ook aan anderen? met deze vraag wordt beoogd het vraagstuk van functioneel daderschap helder te krijgen. Functioneel daderschap betekent dat een persoon op grond van zijn maatschappelijke functie als dader kan worden aangemerkt. Daarvoor gelden echter twee vereisten: het aanvaardingscriterium en het beschikkingscriterium (zegenschap door bijvoorbeeld een hiërarchische arbeidsrechtelijke verhouding).²⁰⁵ De functionele dader heeft aanvaard dat een strafbare gedraging wordt gepleegd en had daarnaast de beschikkingsmacht over de feitelijke overtreder. In de notariële praktijk kan hierbij worden gedacht aan een secretaresse die verzaakt de administratie goed bij te houden; van deze gedraging is de notaris op de hoogte, maar hij onderneemt hiertegen geen actie. Dit leidt dan tot een aanvaarding dat de overtredingen wordt gepleegd, terwijl de notaris zegenschap (in arbeidsrechtelijke zin) heeft over de secretaresse. De notaris is dan in dat geval functioneel dader.

Deze vragen bieden houvast bij onduidelijkheid over de overtreder. Zo kan bijvoorbeeld op grond van derde vraag worden vastgesteld dat de secretaresse weliswaar de feitelijke pleger is van een overtreding, maar dat de notaris voldoet aan het aanvaardings- en het beschikkingscriterium. In dat geval kan op grond van de derde vraag de notaris als functioneel dader worden aangemerkt. Ontbreekt het aanvaardings- en/of het beschikkingscriterium dan kan de secretaresse worden aangemerkt als dader, mits zij ook normadressaat is. Deze vragen zijn echter geen wet van meden en perzen; dit betekent dat zij in de literatuur als belangrijk worden gezien, maar dat de rechtspraak deze vragen lang niet altijd betreft in haar oordeel.²⁰⁶

Verwijtbaarheid

De belangrijkste eis die geldt bij het opleggen van een bestuurlijke boete, betreft de verwijtbaarheid van de pleger.²⁰⁷ Een bestuurlijke boete kan namelijk niet worden opgelegd aan een notaris als hem geen verwijt valt te maken (art. 5:41 Awb jo. art. 6 EVRM). In het bestuursrecht geldt ten aanzien van de vaststelling van de verwijtbaarheid een veel soepelere eis dan in het strafrecht. Het BFT hoeft de verwijtbaarheid niet aan te tonen in de zin dat bewijsmiddelen nodig zijn. Een veronderstelling van de verwijtbaarheid is voldoende (art. 3:2 Awb jo. art. 4:2 lid 2 Awb). Een notaris die door het BFT is

²⁰³ Drok 2008, p. 17-20.

²⁰⁴ Drok 2008, p. 18.

²⁰⁵ Hoge Raad 2 februari 1954, NJ 1954, 37. Beter bekend als het IJzerdraad-arrest. Het arrest is de wijziging ervan van algemene strekking geworden.

²⁰⁶ Drok 2008, p. 17-20.

²⁰⁷ Drok 2008, p. 19.

aangemerkt als overtreder op grond van een veronderstelde verwijtbaarheid kan het ontbreken van de verwijtbaarheid aannemelijk maken door een beroep te doen op de buitenwettelijke schulduitsluitingsgrond AVAS.²⁰⁸ Van AVAS is sprake als de notaris bijvoorbeeld een gedraging heeft gebaseerd op grond van een feitelijke dwaling, doordat hij zijn gedraging heeft gebaseerd op onjuiste informatie waarvan hij de onjuistheid in redelijkheid niet had kunnen voorzien. Ook een situatie waarbij sprake is van overmacht kan leiden tot schulduitsluiting. Te denken valt aan een brand die gewoed heeft in een notariskantoor waardoor bepaalde stukken die overeenkomstig art. 24 Wna of art. 25a Wna aan het BFT binnen een naderende termijn moeten worden geleverd, verloren zijn gegaan. Overigens geeft art. 5:5 Awb reeds aan dat geen bestuurlijke sanctie (noch bestuurlijke boete, noch last onder dwangsom) volgt, indien daarvoor een strafuitsluitingsgrond bestaat. Overmacht en AVAS zijn dergelijke strafuitsluitingsgronden. Verondersteld wordt dat de overige (strafrechtelijke) strafuitsluitingsgronden doorwerken in het bestuursrecht.²⁰⁹

4.3.3 Overige belangrijke bepalingen met betrekking tot de bestuurlijke boete

Het una via-beginsel

Een bepaalde gedraging die in aanmerking komt voor een bestuurlijke boete mag niet zowel via een strafrechtelijk traject als een bestuursrechtelijk traject worden afgedaan: dit is het zogeheten una via-beginsel en houdt in dat steeds één afdoeningstraject wordt gevolgd teneinde een bepaalde gedraging te sanctioneren. Het una via-beginsel is gecodificeerd in art. 5:44 Awb.

Verval van het recht tot bestuurlijke boete

De bevoegdheid van het BFT een bestuurlijke boete op te leggen, vervalt indien de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt, omdat sprake is van een strafuitsluitingsgrond ex art. 5:5 Awb. Voorts vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete als de overtreder is overleden (art. 5:42 lid 2 Awb) of als de overtreding is verjaard (art. 5:45 Awb). De verjaringstermijn bedraagt voor zware boetes (340 euro of meer) vijf jaren nadat de overtreding is gepleegd. Bij alle overige boetes is de verjaringstermijn drie jaren nadat de overtreding is gepleegd.²¹⁰ Daarnaast is het BFT niet bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen met betrekking tot een overtreding die reeds door het BFT is afgedaan met een bestuurlijke boete, zo stelt art. 5:43 Awb (ne bis in idem-beginsel);²¹¹ een bepaling van dezelfde strekking treft men tevens in art. 111b lid 4 Wna.

§ 4.4 De rol van de abbb's bij sanctieoplegging door het BFT

In § 3.6 zijn de abbb's uitgebreid aan bod gekomen en toegespitst op de toezichtsbevoegdheden van het BFT. Ook bij het opleggen van sancties is het BFT gehouden zich te gedragen als een behoorlijk bestuurder. De abbb's spelen dus ook bij sanctieoplegging steeds een prominente rol. De sanctie dient proportioneel en subsidiair te zijn. Omdat de abbb's en de proportionaliteit en subsidiariteit reeds in § 3.6 en § 3.5 zijn behandeld, wordt hier volstaan met een verwijzing naar die paragrafen. Wel dient in het kader van de last onder dwangsom een belangrijke opmerking te worden gemaakt: de evenredigheidseis betekent dat het BFT pas overgaat tot een last onder dwangsom nadat het de notaris heeft gewaarschuwd. Het BFT geeft hieraan invulling door een zogeheten normoverdragend gesprek dat met de notaris wordt aangegaan, waarbij hem de mogelijkheid wordt geboden een normoverschrijding die zich leent voor herstel te beëindigen.²¹² Bij een bestuurlijke boete is dit niet vereist, omdat een bestuurlijke boete een repressieve sanctie is en dus achteraf wordt opgelegd.

§ 4.5 Het beginsel van nemo tenetur se ipsum prodere

Het beginsel van nemo tenetur se ipsum prodere²¹³ houdt in dat een persoon niet mee hoeft te werken aan zijn eigen veroordeling. Dit beginsel vormt een uitzondering op de algemene medewerkingsplicht zoals de wetgever die in art. 5:20 lid 1 Awb heeft neergelegd. Het bestuursrechtelijke sanctiestelsel is

²⁰⁸ AVAS kent geen wettelijke basis, maar is in de jurisprudentie ontwikkeld (zie: Hoge Raad 14 februari 1916, *NJ* 1916, 861, dit is het zogeheten melk en water-arrest, waarin AVAS door de Hoge Raad als schulduitsluitingsgrond werd geïntroduceerd).

²⁰⁹ De strafrechtelijke schulduitsluitings- en rechtvaardigingsgronden (die gezamenlijk strafuitsluitingsgronden worden genoemd) waarop hier wordt gedoeld, betreffen: overmacht (art. 40 Sr), noodweer en noodweerexces (art. 41 Sr), uitvoeren wettelijke voorschrift (art. 42 Sr) en het opvolgen van een bevoegd gegeven ambtelijk bevel (art. 43 Sr). Verondersteld wordt dus dat deze schulduitsluitings- en rechtvaardigingsgronden doorwerken in het bestuursrecht, zie hierover: De Hullu 2009, p. 36.

²¹⁰ Amras 2011, p. 12.

²¹¹ Vrij vertaald vanuit het Latijn: niemand mag ter zake van eenzelfde gedraging twee keer worden vervolgd.

²¹² Handhaving (<www.bureaufn.nl>; geraadpleegd op 25 maart 2013).

²¹³ In het Nederlands: niemand is gehouden mee te werken aan zijn eigen uitlevering c.q. veroordeling.

met de komst van de bestuurlijke boete in de laatste decennia steeds punitiever van aard geworden, waardoor dit beginsel een steeds belangrijke rol in het bestuursrecht speelt. Indien de toezichtambtenaar voornemens is een bestuurlijke boete op te leggen voor een geconstateerde overtreding, dan zullen de eisen uit art. 6 EVRM in acht moeten worden genomen.²¹⁴ Het EHRM categoriseert een bestuurlijke boete, ondanks dat deze tot het bestuursrecht hoort, als een bestraffende sanctie en duidt de bestuurlijke boete aan als een “criminal charge”.²¹⁵ Dit betekent dat de toezichtambtenaar aan de notaris of andere persoon van wie hij medewerking verlangt de cautie²¹⁶ moet geven wanneer de toezichtambtenaar het voornemen heeft een bestuurlijke boete op te leggen. De cautie is in het kader van de bestuurlijke boete de belangrijkste waarborg en is door de wetgever in art. 5:10a Awb gecodificeerd. Een notaris die in het kader van de bestuurlijke boete wordt gehoord door de toezichtambtenaar is niet verplicht een verklaring daaromtrent te geven. Verzaakt de toezichtambtenaar van het BFT de notaris de cautie te geven, dan kan de rechter de verklaring die is verkregen zonder cautieverlening uitsluiten als bewijsmateriaal in een (gerechtelijk) procedure. Verder verdient hier de opmerking dat ook bij het aanwenden van zijn toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb art. 6 EVRM geldt. Dit betekent concreet dat de toezichtambtenaar degene van wie hij medewerking verlangt, moet wijzen op zijn zwijgrecht indien de toezichtambtenaar van het BFT de toezichtsbevoegdheid aanwendt, omdat hij voornemens is een bestuurlijke boete op te leggen.

§ 4.6 Indienen klacht bij de tuchtrechter

De hiervoor aangehaalde bestuursrechtelijke sanctiemogelijkheden heeft het BFT alleen ten aanzien van overtredingen van administratieve aard, zo is neergelegd in art. 111b lid 2 Wna. Ingevolge art. 111b lid 2 Awb komen alleen overtredingen die betrekking hebben op een in art. 24 lid 1-4 Wna jo. art. 25a Wna neergelegde verplichting in aanmerking voor een bestuurlijke boete dan wel een last onder dwangsom. Hieruit blijkt reeds dat het bestuursrechtelijke instrumentarium waarmee wordt gesanctioneerd zich beperkt tot overtredingen van administratieve aard. De wetgever heeft dit ook zo bedoeld.²¹⁷ Voor het sanctioneren van overtredingen ten aanzien van notariële de beroepsethiek blijven de Kamers voor het Notariaat exclusief bevoegd.²¹⁸ Bij constatering van een laakbaar handelen van de notaris met betrekking tot de notariële beroepsethiek is het BFT bevoegd deze constatering neer te leggen bij de Kamer voor het Notariaat, zo volgt uit art. art. 111b lid 1 Wna. Het BFT mag een overtreding van dergelijke aard niet zelf afdoen. Overigens is het zo dat ook een administratieve overtreding door het BFT kan worden neergelegd bij de tuchtrechter. Het BFT heeft de keuze een administratieve overtreding zelf, bestuursrechtelijk, af te doen, maar het kan er ook voor kiezen deze neer te leggen bij de tuchtrechter.²¹⁹ Het is hierbij van belang op te merken dat het in een dergelijk geval “of of” is en niet “en en”. Met andere woorden: kiest het BFT ervoor de administratieve overtreding zelf door middel van een bestuursrechtelijke sanctie af te doen, dan vervalt het recht tot het indienen van een klacht bij de tuchtrechter daaromtrent. Doet het BFT dit toch, dan zal het blijken art. 99 lid 3 Wna door de tuchtrechter niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard in zijn klacht.

§ 4.7 Rechtsbescherming tegen handelingen van het BFT

Het gewijzigde toezichtsregiem op notarissen, waardoor voortaan de Awb van toepassing is op sanctionering van administratieve overtredingen en op de uit te oefenen toezichtsbevoegdheden, brengt met zich mee dat voortaan ook bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaat tegen de handelingen die het BFT uitvoert. Deze paragraaf ziet toe op de rechtsbescherming tegen het BFT; hoewel de toezichtsbevoegdheden krachtens Awb reeds in hoofdstuk 3 zijn besproken, geldt hetgeen in deze paragraaf wordt behandeld eveneens wanneer een notaris of een derde opkomt tegen de toezichtsbevoegdheden zoals deze uitgebreid aan bod zijn gekomen in hoofdstuk 3.

4.7.1 Terreinafbakening: appellabele besluiten

Niet alle overheidshandelingen worden aangemerkt als handelingen waartegen bij de bestuursrechter kan worden opgekomen. Ingevolge art. 8:1 Awb jo. art. 7:1 Awb moet daarvoor aan een aantal

²¹⁴ Kamerstukken II, 2003/04, 29 702, nr. 3.

²¹⁵ Het EHRM geeft een autonome uitleg van bepaalde rechtsfenomenen. Dit betekent dat hij zich niet laat leiden door de uitleg van een bepaalde staat, maar dat hij zelf kijkt wat de aard is van de sanctie. Om die reden is het dat de bestuurlijke boete als criminal charge wordt gezien, ondanks dat de Nederlandse wetgever deze onder het bestuursrecht schaaft. Zie hierover: EHRM 21 februari 1984, A, nr. 73 (Öztürk tegen Duitsland).

²¹⁶ Latijn voor zwijgrecht

²¹⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 4.

²¹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 4.

²¹⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 4.

vereisten worden voldaan, dat te vinden is in art. 1:3 lid 1 Awb. Het moet blijken art. 1:3 lid 1 Awb gaan om een *schriftelijk beslissing* (schriftelijk is in dit gegeven een breed en dynamisch begrip waartoe bijvoorbeeld ook beslissingen behoren die via elektronische wegen kenbaar zijn gemaakt) van een *bestuursorgaan* (het BFT) inhoudende een *publiekrechtelijke rechtshandeling*. Een publiekrechtelijke rechtshandeling ziet toe op een handeling van het BFT die zijn grondslag vindt in publiekrechtelijke wet- en/of regelgeving.²²⁰ Hierbij kan men denken aan het aanwenden van de bevoegdheid een plaats te betreden welke bevoegdheid publiekrechtelijk is ingegeven. Tot slot moet sprake zijn van een rechtshandeling: dit is een handeling die gericht is op een rechtsgevolg.²²¹ De rechtshandeling schept daardoor bepaalde rechten en plichten.²²² Een feitelijke handeling, zoals het openbreken van een deur teneinde een plaats binnen te treden, is geen rechtshandeling en een besluit daartoe is dan ook niet aan te merken als appellabel.²²³

Praktijkvoorbeeld L: appellabel besluit

Het BFT beslist, in het kader van een nadere controle op notariskantoor A, de archiefruimte van notariskantoor A te betreden. Het BFT stelt deze beslissing op schrift en overhandigt de op schrift gestelde beslissing ter plekke aan notaris B met de vordering de vergrendelde archiefruimte te ontgrendelen. Het BFT ontleent deze bevoegdheid aan art. 5:15 Awb. Notaris B weigert echter de archiefruimte te ontgrendelen, waardoor het BFT de politie inschakelt en met de hulp van de politie de vergrendelde archiefruimte met geweld ontgrendelt. Het BFT neemt i.c. een aantal beslissingen. Welke beslissingen zijn nu appellabel? Geconcludeerd kan worden dat het besluit de archiefruimte te betreden een appellabel besluit betreft. Het gaat immers om een beslissing van een bestuursorgaan (het BFT) inhoudende een publiekrechtelijke (de bevoegdheid plaatsen te betreden ex art. 5:15 Awb) rechtshandeling (het betreden van plaatsen brengt met zich mee dat notaris B ex art. 5:20 lid 1 Awb de plicht heeft het BFT medewerking te verlenen en geeft het BFT het recht van deze bevoegdheid gebruik te maken en dus wordt hiermee een rechtsgevolg, de verplichting van notaris B medewerking te verlenen, beoogd). Het besluit van het BFT de politie opdracht te geven de vergrendelde deur van de archiefruimte met geweld open te breken, valt niet onder de categorie besluit in de zin van art. 1:3 lid 1 Awb. Die handeling is immers een feitelijke handeling waarmee geen rechtsgevolg wordt beoogd. De handeling beoogt slechts dat de toezichtambtenaar zich feitelijk toegang kan verschaffen tot de desbetreffende ruimte.

Tevens is hier van belang stil te staan bij wie op kan komen tegen een besluit dat vatbaar is voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Het uitgangspunt is hierbij dat slechts een belanghebbende kan opkomen tegen een besluit genomen door een bestuursorgaan. Alle anderen worden niet-ontvankelijk verklaard, indien zij opkomen tegen een besluit waarin zij niet als belanghebbenden aan te merken zijn. Het begrip belanghebbende is in art. 1:2 lid 1 Awb omschreven als diegene wiens rechtstreekse belangen zijn gemoeid met een besluit dat door een bestuursorgaan wordt genomen.²²⁴ In praktijkvoorbeeld L valt notariskantoor A aan te merken als belanghebbende, omdat de belangen van notariskantoor A rechtstreeks gemoeid zijn met het in de gegeven casus omschreven besluit.²²⁵ Wanneer een besluit appellabel is en dus voldoet aan de eisen zoals deze voortvloeien uit art. 1:3 lid 1 Awb en wanneer men valt te aan te merken als belanghebbende kan tegen een besluit van het BFT worden opgekomen via bestuursrechtelijke wegen. Deze worden hierna nader toegelicht.

4.7.2 Bezwaar bij het BFT

Het eerste bestuursrechtelijke rechtsmiddel dat een belanghebbende in het bestuursrecht kan aanwenden een besluit van de overheid aan te vechten, betreft doorgaans²²⁶ het instellen van bezwaar bij de instantie die het besluit heeft genomen, aldus art. 7:1 lid 1 Awb. Een notaris, of een derde die door het BFT uit hoofde van zijn toezichtstaak wordt aangesproken, die het oneens is met een besluit van het BFT (bijvoorbeeld een besluit van het BFT een bestuurlijke boete op te leggen) kan hiertegen ingevolge art. 7:1 lid 1 Awb opkomen door het indienen van een bezwaarschrift bij het BFT. De bezwaarprocedure is het eerste station dat moet worden gepasseerd, voordat men eventueel de gang naar de bestuursrechter kan maken.

²²⁰ Van Ballegooij, Barkhuysen e.a. 2008, p. 50-51.

²²¹ Van Ballegooij, Barkhuysen e.a. 2008, p. 59.

²²² Van Ballegooij, Barkhuysen e.a. 2008, p. 59.

²²³ Van Ballegooij, Barkhuysen e.a. 2008, p. 59.

²²⁴ In de notariële praktijk is te verwachten dat de notaris dan wel het notariskantoor als rechtspersoon valt aan te merken als belanghebbende. Het bestuursrecht kent naast de directe belanghebbende ook het rechtsfenomeen van "derde-belanghebbende", dat inhoudt dat niet direct betrokkenen kunnen opkomen tegen een besluit van een bestuursorgaan. Dit aspect van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming wordt buiten beschouwing gelaten nu in de notariële praktijk niet valt te verwachten dat van een derde-belanghebbende snel sprake zal zijn, omdat het BFT in de regel besluiten neemt die derden niet raken, maar slechts toezien op de notaris of betrekking hebben op een andere persoon vanwege zijn relatie met de notaris.

²²⁵ Ook rechtspersonen kunnen als belanghebbende worden aangemerkt. In praktijkvoorbeeld L zal notaris B dan als wettelijk vertegenwoordiger van notariskantoor A, de rechtspersoon, in rechte kunnen opkomen tegen het besluit van het BFT.

²²⁶ Doorgaans, omdat in sommige gevallen (bepaald in art. 7:1 lid 1 Awb of in een bijzondere wet) de bezwaarschriftenprocedure niet hoeft te worden doorlopen en meteen de weg naar de bestuursrechter openstaat. Op de relatie BFT-notaris zijn die uitzonderingsgevallen niet van toepassing, zodat die in deze scriptie niet worden behandeld. Wel bestaat de mogelijkheid dat het BFT en de bezwaarmaker (veelal de notaris) ingevolge art. 7:1a lid 1 Awb overeenkomen de bezwaarprocedure overslaan en meteen de gang maken naar de bestuursrechter in eerste aanleg.

Vereisten voor een rechtsgeldig bezwaar

Conform hetgeen is bepaald in art. 6:7 Awb dient een belanghebbende binnen zes weken nadat het bestreden besluit bekend is geworden, bezwaar te maken bij het BFT. Het bezwaar geschiedt bij bezwaarschrift, zo schrijft art. 6:4 lid 1 Awb voor. De indieningstermijn vangt ingevolge art. 6:8 lid 1 Awb aan nadat het besluit op de voorgeschreven wijze door het BFT aan de notaris of een andere belanghebbende is bekendgemaakt. In jurisprudentie is bepaald dat de bezwaartermijn van zes weken pas aanvangt nadat de belanghebbende daadwerkelijk kennis heeft kunnen nemen van het bestreden besluit.²²⁷ Verder is in jurisprudentie bepaald dat indien de notaris bekendmaakt aan het BFT dat hij een gemachtigde heeft, het besluit pas rechtsgeldig kenbaar is gemaakt nadat het BFT de gemachtigde (mede) op de hoogte stelt van het besluit (vgl. art. 6:17 Awb).²²⁸ Een besluit wordt in de praktijk doorgaans kenbaar gemaakt door toezending via (elektronische) post dan wel door uitreiking.

Een bezwaarschrift als bedoeld in art. 6:4 lid 1 Awb is principe vormvrij. In art. 6:5 lid 1 Awb heeft de wetgever echter een aantal randvoorwaarden opgenomen waaraan een bezwaarschrift ten minste moet voldoen. Het betreft de volgende vereisten:

- de naam en adres van de indiener (art. 6:5 lid 1 onder a Awb);
- de dagtekening van het bezwaarschrift (art. 6:5 lid 1 onder b Awb);
- omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht (art. 6:5 lid 1 onder c Awb);
- de gronden waarop het bezwaar is gebaseerd (art. 6:5 lid 1 onder d Awb).

Het niet voldoen aan de hierboven genoemde randvoorwaarden of het indienen van een bezwaar nadat de bezwaartermijn is verstreken, leidt ingevolge art. 6:6 lid 1 Awb tot niet-ontvankelijkheid. Het bezwaar zal in dat geval niet inhoudelijk worden beoordeeld. Eventueel kan het BFT conform art. 6:6 Awb in een dergelijk geval de mogelijkheid bieden een vormverzuim te herstellen. Deze herstelkans bestaat echter niet ten aanzien van het te laat indienen van het bezwaar. Daarvoor geldt dat alleen indien sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding de niet-ontvankelijkheidsverklaring achterwege blijft. Dit betekent dat een te laat ingediend bezwaar alleen dan ontvankelijk kan worden verklaard, indien de bezwaarmaker aannemelijk maakt dat de overschrijding van de bezwaartermijn in redelijkheid niet aan hem kan worden toegeschreven (art. 6:11 Awb). Een voorbeeld hiervan is wanneer het BFT onterecht in de bekendmaking van een besluit zou opnemen dat bezwaar en beroep niet mogelijk is, omdat het BFT zich beroept op een verkeerde wetsbepaling. Wanneer de belanghebbende na het verstrijken van de bezwaartermijn achterhaalt dat bezwaar wel degelijk mogelijk was, vormt dat een verschoonbare termijnoverschrijding.²²⁹

Tot slot is op deze plaats van belang op te merken dat art. 6:16 Awb bepaalt dat een bezwaar het bestreden besluit niet schorst. Met andere woorden: gedurende de tijd dat het bezwaarschrift in behandeling is, kan het BFT zijn bestreden besluit rechtsgeldig ten uitvoer leggen.

Praktijkvoorbeeld M: geen schorsende werking van het bezwaar

Notariskantoor M verbeurt een dwangsom, omdat wordt nagelaten een incidentenmelding te doen. Het BFT legt een last onder dwangsom op inhoudende de incidentenmelding alsnog te doen binnen een door het BFT gegeven termijn. Notariskantoor M laat echter weer na de incidentenmelding te doen, waardoor zij een dwangsom ad 100 euro per dag dat de incidentmelding uitblijft, verbeurt. Notariskantoor M maakt hiertegen bezwaar. Dit bezwaar schorst de werking van de dwangsom echter niet, waardoor de dwangsom ondanks het ingediende bezwaarschrift tot het bereikte maximum in werking blijft en daardoor, ondanks het bezwaar, flink kan oplopen.

Toetsing van en beslissing op het bezwaar

Het BFT heroverweegt in een bezwaarprocedure het bestreden besluit volledig. Daarbij wordt een zogeheten ex nunc toetsing uitgevoerd: alle feiten en omstandigheden die tot dan toe (het moment van de heroverweging) bekend zijn, worden meegenomen in de heroverweging. Zowel de rechtmatigheid als de doelmatigheid van het bestreden besluit wordt heroverwogen. Het BFT zal dus in de heroverweging niet alleen moeten nagaan of het bestreden besluit conform het geldende recht is genomen (de rechtmatigheid, waarbij bijvoorbeeld de abbb's worden betrokken), maar zal daarnaast het bestreden besluit moeten toetsen aan de eigen beleidsmaatstaven, zoals bepaalde richtlijnen en beleidsstukken (de doelmatigheid).²³⁰ Het BFT toetst bij de doelmatigheid of het besluit doel treft. Met andere woorden: het BFT bekijkt bij de doelmatigheidstoets of het genomen besluit bestuurlijk en

²²⁷ CRvB 6 februari 2004, LJN AO5483.

²²⁸ CRvB 6 februari 2004, LJN AO5483.

²²⁹ Rechtbank Rotterdam 5 oktober 2000, LJN AA8349.

²³⁰ Michiels 2009, p. 169.

politiek aanvaardbaar is en of het bestreden besluit in overeenstemming is met het algemeen belang.²³¹ Het BFT is bij de heroverweging van het bestreden besluit niet helemaal vrij, omdat art. 7:11 Awb het bestuursorgaan dat het bestreden besluit heroverweegt enigszins beperkt tot beraadslaging op grond van de aangevoerde bezwaren door de indiener van het bezwaar.

Na de beraadslaging op het bezwaar en het eventueel horen van de belanghebbende(n), i.c. veelal de notaris, volgt blijkens art. 7:10 Awb binnen een termijn van zes weken nadat het bezwaar is ingediend een beslissing op het bezwaar. De beslissing op een bezwaar kan luiden dat het bezwaar (deels) (on)gegrond wordt verklaard (vgl. art. 7:3 Awb). Bij een gegrond verklaring van het bezwaar vernietigt het BFT het bestreden besluit en neemt daarna een nieuw besluit (art. 7:25 Awb). Een heroverweging van het besluit kan in ieder geval niet betekenen dat degene die bezwaar maakt een nog nadeliger besluit krijgt dan hij al had; dit is het beginsel van het verbod op reformatio in peius dat in art. 7:11 Awb is gecodificeerd. Het BFT mag na heroverweging van een besluit bijvoorbeeld niet beslissen dat de opgelegde bestuurlijke boete 1000 euro bedraagt in plaats van de eerder opgelegde 600 euro.

4.7.3 (hoger) Beroep bij de bestuursrechter

Beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank

Wanneer uit de bezwaarprocedure geen bevredigend resultaat door de belanghebbende wordt verkregen, kan de belanghebbende ingevolge art. 7:1 Awb jo. art. 8:1 Awb de gang naar de bestuursrechter in eerste aanleg maken. Het instellen van beroep geschiedt ex art. 6:4 lid 3 Awb bij beroepsschrift. De formele bepalingen met betrekking tot de indieningstermijn en de inhoud van het beroepsschrift zijn gelijk aan die van een bezwaarschrift, zoals besproken in subparagraaf 4.7.2. De inhoudelijke toetsing verschilt echter sterk: de bestuursrechter toetst in tegenstelling tot het BFT slechts marginaal en voert dus geen volledige toets uit. De bestuursrechter zal slechts kijken naar de rechtmatigheid van het bestreden besluit en toetst daarom alleen of een besluit is genomen in overeenstemming met het geldend recht.²³² De reden dat de bestuursrechter niet ook de doelmatigheid van het bestreden besluit toetst, ligt in het feit dat in Nederland een machtscheiding bestaat, waardoor de rechter niet op de stoel van de wetgever mag gaan zitten en diens gevolge niet mag toetsen of een besluit vanuit bestuurlijk en/of politiek oogpunt verantwoord is. De marginale toetsing brengt ook met zich mee dat de bestuursrechter ex tunc toetst; hij toetst het bestreden besluit slechts aan die feiten die ten tijde van het besluit bekend waren en zal alle feiten die daarna bekend zijn geworden niet meenemen in zijn oordeel.²³³ De bestuursrechter zal in zijn uiteindelijke vonnis nooit zelf een nieuw besluit nemen, maar draagt dit, indien hij hiertoe aanleiding ziet omdat het bestreden besluit kennelijk onredelijk is, op aan het BFT.

Tot slot moet hier worden vermeld dat wanneer een spoedeisende situatie ontstaat een belanghebbende bij de bestuursrechter ex art. 8:81 Awb om een voorlopige voorziening kan vragen. Hiervoor geldt een belangrijke eis, namelijk het zogeheten connexiteitsvereiste. Dit vereiste houdt in dat de belanghebbende slechts om een voorlopige voorziening kan vragen, als hij reeds een bezwaarschrift heeft ingediend bij het BFT, maar de bezwaarprocedure niet kan afwachten vanwege de spoedeisende situatie. De rechter geeft dan een voorlopig oordeel waarna eventueel in een bodemprocedure een eindoordeel, in de vorm van een eindvonnis, in eerste aanleg kan volgen.²³⁴ Als op voorhand echter blijkt dat het bestuursrechtelijk geschil dusdanig duidelijk is, dan kan de voorzieningenrechter meteen een oordeel geven als ware het een oordeel in de hoofdzaak.²³⁵ Een bodemprocedure in eerste aanleg is daarna niet mogelijk. In een dergelijk geval staat hoger beroep bij de ABRvS open.

Hoger beroep bij de ABRvS

Wanneer partijen, i.c. de notaris (of een derde) of het BFT, het niet eens zijn met de uitspraak van de bestuursrechter in eerste aanleg kunnen zij het geschil in hoger beroep aanvechten bij de ABRvS (art. 8:104 Awb jo. art. 8:105 Awb).²³⁶ Door de schakelbepaling van art. 6:24 Awb zijn de formele vereisten ter zake van de indieningstermijn en dergelijke in hoger beroep gelijk aan die van de bezwaar- en

²³¹ Michiels 2009, p. 180.

²³² Michiels 2009, p. 169.

²³³ Michiels 2009, p. 168.

²³⁴ Van Buuren en Borman 2009, p. 703.

²³⁵ Men noemt dit ook wel "kortsluiting" en is neergelegd in art. 8:86 Awb (zie hierover tevens: Barkhuysen en Claessens 2012, p. 83-91).

²³⁶ Het Nederlandse bestuursprocesrecht kent naast de ABRvS nog twee andere bijzondere rechtscollages die in het bestuursrecht in hoger beroep bevoegd kunnen zijn kennis te nemen van bestuursrechtelijke geschillen. Het betreft hier de CRvB en het CBB. Blijkens art. 8:105 Awb dienen bestuursrechtelijke geschillen in hoger beroep te worden voorgelegd aan de ABRvS, tenzij in hoofdstuk 4 van de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak anders is bepaald. Dat is met betrekking tot de Wna niet het geval en aldus betekent dit in de notariële praktijk dat hoger beroep wordt ingesteld bij de ABRvS.

beroepprocedure. Ook in hoger beroep zal het bestreden besluit marginaal worden getoetst.²³⁷ Hierbij dient wel vermeld te worden dat het besluit zoals genomen door het BFT bij een toetsing door de ABRvS op de achtergrond speelt. In hoger beroep staat vooral het bestreden vonnis van de bestuursrechter in eerste aanleg ter beoordeling centraal.²³⁸ De ABRvS is het laatste station dat kan worden aangedaan om via bestuursrechtelijke weg een besluit aan te vechten. Cassatie kent men, anders dan in het privaatrecht en strafrecht, in het bestuursrecht niet (behoudens bij enkele hoge uitzonderingen). Dit betekent dat partijen nadat de ABRvS een arrest heeft gewezen, moeten berusten in het gegeven oordeel.

4.7.4 Naar het EHRM?

Tot slot mag bij behandeling van de rechtsbescherming het EHRM niet onbesproken blijven. Immers, degene die meent dat hij het slachtoffer is geworden van een verdragsschending uit het EVRM kan dit nadat hij alle rechtsmiddelen die het nationale recht biedt heeft uitgeput, voorleggen aan het EHRM (art. 34 EVRM jo. art. 35 EVRM). Dat wil zeggen dat een notaris die meent geschonden te zijn in zijn grondrechten dit kan voorleggen aan het EHRM. Met de toepasselijkheid van Afdeling 5.2 Awb op het toezicht op notarissen is de kans logischerwijs toegenomen dat een notaris in zijn grondrechten zoals het EVRM die garandeert, wordt geschonden (bijvoorbeeld schending van het huisrecht ex art. 8 EVRM bij betreding van plaatsen door het BFT). Ook de nieuwe bestuursrechtelijke sanctiemiddelen, en dan met name de bestuursrechtelijke boete, gaan gepaard met een groter risico op een schending van het EVRM. Het is bijvoorbeeld goed mogelijk dat doordat het toezicht nieuw is voor BFT-ambtenaren zij de cautie vergeten te geven aan een notaris aan wie zij voornemens zijn een bestuursrechtelijke boete op te leggen. Tot slot moet worden opgemerkt dat in het kader van art. 8 EVRM het e.e.a. onduidelijk is met betrekking tot de wettelijke doorbreking van het beroepsgeheim (zie hierover hoofdstuk 6). Het EHRM biedt dan, zeker voor hen die zich principieel bezwaard voelen, uitkomst indien de nationale rechtspraak geen bevredigende uitleg geeft van de rechten die het EVRM garandeert.

4.7.5 Rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter

In subparagraaf 4.6.1 is vermeld dat er een categorie is van overheidshandelingen die niet voldoet aan het besluitvereiste zoals neergelegd in art. 1:3 lid 1 Awb. Tegen deze overheidshandelingen staat geen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. De enige mogelijkheid die in een dergelijk geval uitkomst biedt, is dan de gang naar de burgerlijke rechter maken om de overheidshandeling op grond van een onrechtmatige overheidsdaad ex art. 6:162 Awb in rechte aan te vechten. Een goed voorbeeld hiervan is de feitelijke handeling die het BFT uitvoert om inlichtingen te vorderen. Zoals reeds vermeld in subparagraaf 3.3.2 is die handeling niet appellabel. Hiertegen kan dus in rechte slechts worden opgekomen bij de burgerlijke rechter.

§ 4.8 Deelconclusie

Vastgesteld is dat in het gewijzigde toezichtsregiem het BFT de mogelijkheid heeft een last onder dwangsom dan wel bestuurlijke boete ten aanzien van administratieve overtredingen op te leggen. Het sanctioneren van overtredingen ten aanzien van de notariële beroepsethiek blijft voorbehouden aan de tuchtrechter, zodat het BFT bij constatering van een dergelijke overtreding deze moet neerleggen bij de tuchtrechter; de tuchtrechter blijft ten aanzien van sanctionering van overtredingen ter zake van de notariële beroepsethiek exclusief bevoegd. Doordat sanctionering van administratieve overtredingen en doordat de toezichtsbevoegdheden zoals besproken in hoofdstuk 3 hun grondslag in de Awb vinden, staat voor de notaris voortaan bestuursrechtelijke rechtsbescherming open. Deze rechtsbescherming betreft het indienen van bezwaar bij het BFT, waarna eventueel (hoger) beroep bij de bestuursrechter kan worden ingesteld. Tevens is vastgesteld dat niet iedere handeling van het BFT openstaat voor bestuursrechtelijke rechtsbescherming. Onenigheden ter zake van feitelijke handelingen, zoals de inlichtingenvordering, dienen te worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter.

²³⁷ Van Buuren en Borman 2009, p. 846.

²³⁸ ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222.

In de vorige hoofdstukken is de rol van het BFT in het gewijzigde toezichtstelsel uitgebreid behandeld. In dit hoofdstuk wordt de rol van de KNB in het nieuwe toezichtstelsel nader belicht. Ingegaan wordt op het peer review en de nieuw in het leven geroepen klachten- en geschillenbehandelingsprocedure. Tevens wordt in dit hoofdstuk aandacht besteed aan de samenwerking tussen het BFT en de KNB in het herziene toezichtstelsel.

§ 5.1 Intercollegiale kwaliteitstoetsing: het peer review

5.1.1 Theoretische achtergrond van het peer review

Het peer review is een intercollegiale kwaliteitstoetsing waarbij auditoren vanuit de KNB naar een notariskantoor worden gezonden om aldaar de interne kantoororganisatie aan een kwaliteitscontrole te onderwerpen.²³⁹ Het peer review is een belangrijk instrument dat de KNB inzet teneinde haar taakstelling zoals verwoord in art. 61 Wna te verwezenlijken. Het peer review is door de KNB ontwikkeld en werd vanaf 2004 tot 2009 afgenomen bij notariskantoren die zich daarvoor vrijwillig opgaven.²⁴⁰ Steeds is echter het voornemen geweest dat medewerking aan het peer review door notarissen op den duur verplicht zou worden. Vanaf 2009 is het peer review als zodanig in de Vkw neergelegd. Krachtens art. 2 Vkw is medewerking door de notaris aan het peer review verplicht gesteld en vanaf 1 januari 2013 is het peer review in art. 61a Wna verankerd, waardoor medewerking door de notaris nog dwingender is geworden. Deze wettelijke verankering van het peer review maakt dat notarissen zich voortaan niet meer kunnen onttrekken aan het peer review.²⁴¹ Notariskantoren worden eens in de drie jaar onderworpen aan een peer review.²⁴² Heden is ongeveer tweederde van de notariskantoren onderworpen aan een peer review.²⁴³ Het doel dat met het peer review wordt nagestreefd, is kwaliteitsbevordering door het voeren van collegiale gesprekken en door dossieronderzoek. Dit vanuit de gedachte dat beroepsgeenoten op basis van hun praktijkervaring beter kunnen herkennen waar zich binnen de notariële praktijkvoering zaken voordoen die extra aandacht verdienen en waar dus verbetering noodzakelijk is om de kwaliteit te garanderen.²⁴⁴

5.1.2 Het peer review in de praktijk: werkwijze

Het doel van het peer review, kwaliteitsbevordering, wordt bereikt doordat gesprekken worden gevoerd met de notaris en zijn medewerkers. Tevens vindt controle plaats van het gehele kantoor en wordt inhoudelijk dossieronderzoek verricht. Deze onderzoeksvormen worden uitgevoerd aan de hand van negentien²⁴⁵ toetsingscriteria, die fungeren als uitgangspunt bij het peer review en die aldus het toetsingskader bieden voor het peer review.²⁴⁶ Dit betekent echter niet dat al deze criteria ook daadwerkelijk aan bod komen tijdens het peer review; een selectie ervan wordt gehanteerd tijdens het peer review. Bij het uitvoeren van het peer review kan de peer reviewer ongelimiteerde inzage vorderen in kantoorinformatie. Ook vertrouwelijke informatie moet aan de peer reviewer ter inzage beschikbaar gesteld worden, nu notarissen met ingang van 1 januari 2013 niet meer gehouden zijn tot geheimhouding tegenover de peer reviewer (art. 61a lid 3 Wna).²⁴⁷ De herziene Wna brengt daarnaast nog een groot gevolg met zich mee. De peer reviewer heeft voortaan ingevolge art. 61a lid 2 Wna evenals de toezichtambtenaar van het BFT de bevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb, zodat de peer reviewer inlichtingen kan vorderen, plaatsen kan betreden en inzage in dossiers kan vorderen (zie hiervoor § 3.3).²⁴⁸

Rapportages

Nadat het peer review heeft plaatsgevonden, stelt de peer reviewer een rapportage op met zijn bevindingen die hij naar aanleiding van het peer review heeft gedaan. De peer reviewer zal daarnaast

²³⁹ Audits (<www.knb.nl>; geraadpleegd op 8 april 2013).

²⁴⁰ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 1.

²⁴¹ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 1.

²⁴² Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 1.

²⁴³ Diks en Minkjan 2010, p. 4.

²⁴⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

²⁴⁵ Zie bijlage D: toetsingscriteria peer review notariaat

²⁴⁶ Diks en Minkjan 2010, p. 20.

²⁴⁷ Voorheen reeds geregeld in art. 2 Vkw. Art. 61a Wna maakt de doorbreking van het beroepsgeheim echter nog ruimer (zie hoofdstuk 6 voor een nadere toelichting hierop).

²⁴⁸ Dit betekent dat al hetgeen is uiteengezet in voorgaande hoofdstukken met betrekking tot toezichtsbevoegdheden en rechtsbescherming eveneens van toepassing is op de KNB. De KNB komt echter geen autonome sanctiebevoegdheid toe.

in zijn rapport altijd aandacht besteden aan de wijze waarop de WWFT wordt nageleefd.²⁴⁹ Uit het rapport kunnen drie conclusies voortvloeien.²⁵⁰

- het kantoor voldoet;
- het kantoor voldoet niet helemaal;
- het kantoor voldoet niet.

Wanneer het notariskantoor voldoet zal duidelijk zijn dat geen nadere stappen nodig zijn; het notariskantoor kan de ingeslagen weg met betrekking tot de kwaliteit aanhouden. Indien het notariskantoor niet helemaal voldoet, zal een nadere en uitgebreide reeks van maatregelen moeten worden getroffen om de onvolkomenheden weg te werken.²⁵¹ De KNB steunt hierin; nacontrole wordt echter schriftelijk afgehandeld en in beginsel hoeft geen heraudit te volgen.²⁵² Wanneer uit het peer review blijkt dat het notariskantoor niet voldoet, neemt de KNB zwaardere maatregelen. Hierbij moet men denken aan intensieve begeleiding van het personeel dat werkzaam is op het notariskantoor.²⁵³ Een notariskantoor dat blijkens het peer review niet voldoet aan de kwaliteitsnormen wordt de mogelijkheid geboden dit binnen een door de KNB te bepalen periode in orde te maken waarbij, zoals vermeld, de KNB ondersteuning biedt. Dit betekent bijvoorbeeld dat in sommige gevallen tussentijds een telefonisch gesprek plaatsvindt waarin de KNB en het notariskantoor de stand van zaken bespreken en naar aanleiding daarvan eventueel de plannen ter verbetering van de kwaliteit wijzigen.²⁵⁴ Na het verstrijken van de periode waarbinnen het notariskantoor zaken op orde moet stellen, voert de peer reviewer een heraudit uit waarbij vooral wordt gekeken naar die aspecten die in het oorspronkelijke peer review als "onder de maat" zijn bevonden.²⁵⁵ Uit de heraudit kan blijken dat het notariskantoor voldoet of dat het notariskantoor wel voldoet, maar dat aanvullende maatregelen vereist zijn de kwaliteit te garanderen (bijvoorbeeld het volgen van cursussen door de medewerkers). Het kan echter ook zo zijn dat het notariskantoor wederom niet voldoet. In dat geval zal de KNB de kwaliteitsverwaarlozing neerleggen bij de tuchtrechter, die dan verder oordeelt over het notariskantoor en eventueel een (orde)maatregel oplegt. De KNB heeft geen autonome sanctiebevoegdheid. Doordat zij ex art. 99 lid 1 Wna wel klachtrecht heeft, kan via de tuchtrechter toch effect worden gegenereerd wanneer de kwaliteit onder de maat blijft.

§ 5.2 Het peer review in verhouding tot toezicht en tuchtrecht

Hoewel de KNB haar kwaliteitsbevorderende taak autonoom uitvoert en daarmee dus geen verlengstuk is van het toezicht of van het tuchtrecht is de taak kwaliteit te bevorderen door middel van peer reviews diffuus te noemen.²⁵⁶ Dit ligt met name in het feit dat wanneer laakbare handelingen dan wel administratieve overtredingen worden geconstateerd deze kunnen worden doorgezonden aan de tuchtrechter respectievelijk het BFT.²⁵⁷ Het peer review vormt immers, zoals eerder vastgesteld, een grote bron van signalen aan de hand waarvan het BFT zijn risicogericht toezicht bepaalt. Deze hybride werkwijze brengt met zich mee dat voor de notaris de peer reviewer dan niet alleen een collega is die op een collegiale manier de kwaliteit ter sprake komt brengen; de komst van de peer reviewer betekent dus ook dat het peer review kan leiden tot verregaande consequenties, indien naar aanleiding van het peer review misstanden in de praktijkvoering worden geconstateerd. Deze consequenties kunnen zelfs betekenen dat een peer review ontzetting uit het notarisambt ex art. 103 lid sub f Wna tot gevolg heeft. Deze onderlinge verhouding van toezicht, tuchtrecht en kwaliteitsbevordering kan nader worden verduidelijkt aan de hand van het volgende praktijkvoorbeeld:

Praktijkvoorbeeld N:²⁵⁸ ontzetting uit het notarisambt als gevolg van een peer review

Uit een peer review is gebleken dat bij notaris N in zeventig dossiers een WWFT-melding had moeten plaatsvinden. Dat is dus structureel niet gebeurd, het gaat immers om zeventig dossier en dat kan niet worden aangemerkt als incident. In een dergelijk geval kan men dus wel stellen dat het aanzien van het notariaat in het geding is geraakt. Noch de peer reviewer noch het bestuur van de KNB heeft zelf een sanctiebevoegdheid. Dit geval is echter dusdanig precair dat de tuchtrechter moet worden ingeschakeld om verdere schade voor het notariaat te voorkomen. De KNB besluit dit geval bij de tuchtrechter neer te leggen, waarna de tuchtrechter beslist de notaris uit zijn ambt te ontzetten, vanwege de grove verwaarlozing van het notarisambt.

²⁴⁹ Diks en Minkjan 2010, p. 12.

²⁵⁰ Diks en Minkjan 2010, p. 12.

²⁵¹ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 3.

²⁵² Diks en Minkjan 2010, p. 12.

²⁵³ Diks en Minkjan 2010, p. 12.

²⁵⁴ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 3.

²⁵⁵ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 1.

²⁵⁶ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 9.

²⁵⁷ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

²⁵⁸ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

Praktijkvoorbeeld N schetst een situatie waarin een notaris het notarisambt dusdanig schaadt dat ontzetting de enige passende maatregel is. Het geeft aan hoe groot de consequenties kunnen zijn, indien tijdens het peer review blijkt dat de notaris het niet al te nauw neemt met zijn ambt. Met de wettelijke verankering van het peer review in art. 61a Wna doet de notaris er goed aan zich bewust te zijn van het sterk bestraffende karakter dat het peer review kan hebben. Binnen de KNB is het echter zo dat het neerleggen van bepaalde constatering bij het BFT en/of de tuchtrechter slechts als ultimum remedium wordt ingezet.²⁵⁹ Slechts in die gevallen waarbij het notarisambt dusdanig in het geding is, wordt de geconstateerde overtreding doorgezonden aan het BFT dan wel de tuchtrechter.²⁶⁰

5.2.1 Risicosignalen

Het peer review wordt eens in de drie jaar uitgevoerd op basis van een willekeurige selectie.²⁶¹ In tegenstelling tot toezicht door het BFT wordt het peer review niet risicogericht uitgevoerd, omdat elk notariskantoor eens in de drie jaar wordt onderworpen aan een peer review. Het komt voor dat vanuit de notariële praktijk bepaalde kwaliteitsrisico's bij het auditbureau²⁶² binnenkomen. Het auditbureau neemt in een dergelijk geval, in tegenstelling tot het BFT, geen actie.²⁶³ De notie hiervan is dat het peer review een momentopname is van de kwaliteit van een bepaald notariskantoor; die kwaliteit kan in een bepaalde periode onder de maat zijn.²⁶⁴ Het is in een dergelijk geval dan niet de taak van de KNB actie te ondernemen; het BFT is in dat geval aan zet en het zal de bekend geworden signalen ter zake van kwaliteitsrisico's nader moeten onderzoeken. Hierdoor wordt nog meer benadrukt hoe zeer de taakstelling van de KNB geen verlengstuk betekent van de taakstelling van het BFT.

5.2.2 Samenwerking BFT-KNB: Convenant voor het notariaat

Het BFT en de KNB acteren op hetzelfde taakgebied: het notariaat. Overleg en goede afspraken over hoe ieder zijn taak uitvoert, is daarom noodzakelijk. Om die reden hebben het BFT en de KNB het convenant voor het notariaat opgesteld, waarin ze een samenwerking aangaan op verschillende terreinen. Het meest opvallende terrein waarop een samenwerking is gestart, betreft die van de gegevensuitwisseling. Art. 6 Convenant geeft het kader waarbinnen die gegevensuitwisseling plaatsvindt. Het eerste lid van dit artikel stelt dat gegevensuitwisseling slechts geschiedt met in achtneming van de doelbinding, waaronder in ieder geval de gegevens vallen die naar aanleiding van een peer review of naar aanleiding van een door het BFT uitgevoerd onderzoek worden verkregen. Hoewel nog niet concreet is hoe deze gegevensuitwisseling in de praktijk zal worden gehanteerd, impliceert art. 6 lid 1 Convenant een verstrijkende samenwerking op dit gebied. Dit heeft aldus het gevolg dat voortaan het BFT inzage heeft in resultaten voortvloeiende uit een peer review en, indien die resultaten daartoe aanleiding geven, op grond daarvan kan overgaan tot het starten van een onderzoek naar de desbetreffende notaris(sen).

Van belang is voorts art. 6 lid 5 Convenant waarin is opgenomen dat de KNB aan het BFT een lijst overhandigt met notariskantoren die in een bepaald jaar zijn onderworpen aan een peer review. Aan de hand van die lijst voert het BFT dan steekproeven uit ten behoeve van zijn eigen toezichtstaak, waarbij de resultaten van het peer review worden besproken met de desbetreffende notarissen. Dit laatste betekent wederom dat het BFT inzage krijgt in resultaten van peer reviews. Art. 6 lid 5 Convenant impliceert zelfs dat ook notarissen die blijkens het peer review voldoen op basis van die peer review te maken kunnen krijgen met het BFT, omdat het BFT aan de hand van eerdergenoemde lijst steekproeven houdt in de notariële praktijk. Een dergelijke steekproef betekent dus dat een notariskantoor door die steekproefsgewijze controles kan worden onderworpen aan een toezichtsactie van het BFT; ook indien daartoe geen aanleiding bestaat.

Tevens verdient hier art. 6 lid 6 Convenant een nadere bespreking. In deze convenantsbepaling is neergelegd dat het BFT en de KNB op basis van de uitkomsten uit de peer reviews uitgaan van drie categorieën van notariskantoren (vgl. § 3.2), te weten:

- Rode categorie: notariskantoren die na een peer review onder deze categorie vallen, bevatten een zeer hoog risico ten aanzien van de kwaliteit, integriteit en financiën. De KNB meldt dergelijke gevallen meteen aan het BFT, zodat het in actie kan komen waarna die acties zoveel mogelijk worden teruggekoppeld aan de KNB.

²⁵⁹ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

²⁶⁰ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

²⁶¹ Diks en Minkjan 2010, p. 19.

²⁶² Afdeling die binnen de KNB belast is met de peer reviews.

²⁶³ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 6.

²⁶⁴ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 6.

- Oranje categorie: het betreft hier kantoren waar misstanden worden geconstateerd en waarbij het onduidelijk is of en welke (herstel)acties moeten worden ondernomen. Deze gevallen worden besproken in de Overlegcommissie ex art. 8 Convenant. In dat overleg wordt vervolgens bepaald of nadere acties vereist zijn en zo ja, welke acties dit dan moeten zijn.
- Groene categorie: deze notariskantoren voldoen. Slechts geaccumuleerde gegevens worden door de KNB aan het BFT verstrekt, zodat het BFT van bepaalde tendensen in de notariële praktijk kennis kan nemen en hierop in zijn beleid eventueel anticipeert.

Tot slot is in art. 8 Convenant een Overlegcommissie ingesteld. De Overlegcommissie bestaat uit leden van het BFT en de KNB en komt periodiek bijeen. In deze commissie worden tendensen binnen het notariaat besproken, alsmede wordt geëvalueerd op de samenwerking tussen de KNB en het BFT.

5.2.3 Meerwaarde van het peer review voor de notariële praktijk

De gangbare mening binnen het notariaat is dat de komst van het peer review een toe te juichen ontwikkeling is, waardoor een extra waarborg voor de notariële kwaliteit (en in zekere zin ook voor de integriteit) wordt ingeboekt.²⁶⁵ Dat het peer review een extra last is in de dagelijkse werkzaamheden, wordt door notarissen in het algemeen van ondergeschikt belang geacht vanwege de meerwaarde die het peer review voor de kwaliteitsbevordering heeft.²⁶⁶ Notarissen geven voorts aan dat zij het op prijs stellen dat het peer review wordt uitgevoerd door collega-notarissen, omdat zij meer verstand hebben van de werkwijze binnen een notariskantoor dan anderen. Ook zien notarissen een duidelijk verschil in de wijze waarop het BFT en de KNB notariskantoren ten behoeve van hun taken benaderen.²⁶⁷ De peer reviewer c.q. de KNB benadert het notariskantoor op een collegiale manier, waarbij wordt meegedacht over de wijze waarop de kantoorvoering kan worden verbeterd. Het BFT benadert de kantoorvoering daarentegen op een meer formele wijze, waar controle op naleving van notariële wet- en regelgeving de boventoon voert.²⁶⁸

§ 5.3 Een nieuwe klachten- en geschillenbehandelingsprocedure

5.3.1 Terreinverkenning: de Geschillencommissie Notariaat

In samenwerking met de Consumentenbond heeft de KNB een nieuwe instantie tot stand gebracht die na 1 maart 2013 bevoegd is tot het behandelen van klachten aangaande notarissen: de Geschillencommissie Notariaat.²⁶⁹ Deze geschillencommissie bestaat uit een rechter, een notaris en een persoon die namens de consumenten zitting neemt in de geschillencommissie (art. 3 RGN). De Geschillencommissie Notariaat vloeit voort uit art. 55 lid 2 Wna, waarin is neergelegd dat de KNB zorg draagt voor een adequate inrichting van klachten- en geschillenbehandeling. De Geschillencommissie Notariaat is onderdeel van de Geschillencommissie. Notarissen zijn vanwege hun lidmaatschap van de KNB automatisch lid geworden van de Geschillencommissie Notariaat.²⁷⁰ De werkingssfeer van de Geschillencommissie Notariaat is vervat in art. 2 RGN: het moet notariële dienstverlening (lid 1) betreffen, waarbij sprake is van een schadeclaim die een bedrag ad 5000 euro incl. eventuele BTW (lid 1 sub b) niet te boven gaat of waarbij sprake is van een declaratiegeschil tot een maximum van een bedrag ad 10.000 incl. eventuele BTW (lid 1 sub c).²⁷¹ Schadeclaims dan wel declaratiegeschillen die deze bedragen te boven gaan, kunnen worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter. In het geval van exorbitant hoge bedragen, kan de tuchtrechter eveneens om zijn oordeel worden gevraagd.²⁷²

5.3.2 De wijzigingen voor de notariële praktijk

In § 2.2 is behandeld dat een klager via diverse wegen een klacht over een notaris kon indienen. De herziene Wna beperkt deze mogelijkheden aanzienlijk. Ten eerste vervalt de mogelijkheid een klacht over de notaris voor te leggen aan de Nationale ombudsman. Art. 16a Wna bepaalt dat met ingang van 1 januari 2013 Afdeling 9 Awb, waarin wordt geregeld dat eenieder zijn klacht over bestuursorganen bij de Nationale ombudsman kan neerleggen, niet meer van toepassing is op notarissen. Daarmee vervalt de Nationale ombudsman als externe klachtenbehandelaar in de

²⁶⁵ Zie bijlage C: interview d.d. 23 april 2013 met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, onder punt 2.

²⁶⁶ Zie bijlage C: interview d.d. 23 april 2013 met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, onder punt 6.

²⁶⁷ Zie bijlage C: interview d.d. 23 april 2013 met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, onder punt 2.

²⁶⁸ Zie bijlage C: interview d.d. 23 april 2013 met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, onder punt 6.

²⁶⁹ Minkjan 2012, p. 38. Klachtenprocedures die vóór 1 maart 2013 reeds liepen, worden afgehandeld conform de oude klachtenbehandelingsprocedures. Klachten die vóór 1 maart 2013 zijn ontstaan, maar nog niet zijn ingediend, kunnen zowel bij de Geschillencommissie Notariaat als bij de instanties die in de oude klachtenprocedure bevoegd waren, worden ingediend. Zie: Geschillencommissie Notariaat start op 1 maart (<www.consumentenbond.nl>; geraadpleegd op 11 april 2012).

²⁷⁰ Geschillencommissie Notariaat start op 1 maart (<www.consumentenbond.nl>; geraadpleegd op 11 april 2012).

²⁷¹ Voorlopig is voor deze bedragen gekozen. Een evaluatie hierover volgt, zodat niet uit te sluiten is dat deze bedragen in de toekomst verhoogd dan wel verlaagd zullen worden. Zie: Geschillencommissie Notariaat start op 1 maart (<www.consumentenbond.nl>; geraadpleegd op 11 april 2012).

²⁷² Veel gestelde vragen over de nieuwe klachten- en geschillenregeling (<www.notarisnet.notaris.nl>; geraadpleegd op 11 april 2013; alleen toegankelijk voor abonnees).

notariële praktijk. In de praktijk houdt dit in dat een cliënt die zich met een klacht over een notaris tot de Nationale ombudsman wendt niet-ontvankelijk zal worden verklaard. De Nationale ombudsman zal de klager in dat geval conform art. 9:19 Awb doorverwijzen naar de Geschillencommissie Notariaat.

De tweede belangrijke wijziging in de klachtenprocedure, betreft de bevoegdheid van de Ringvoorzitter declaratiegeschillen tussen cliënt en notaris te behandelen. Deze bevoegdheid is sinds 1 januari 2013 afgeschaft;²⁷³ ook declaratiegeschillen worden vanaf 2013 behandeld door de Geschillencommissie Notariaat, zodat een cliënt indien hij hierover onenigheid heeft met zijn notaris zich tot de Geschillencommissie Notariaat kan richten (art. 3 Vkg). De notaris dient zich eveneens bij een declaratiegeschil, waarbij de cliënt weigert tot betaling van de afgenomen diensten over te gaan, te wenden tot de Geschillencommissie Notariaat (art. 4 Vkg). Bij lezing van art. 3 Vkg en art. 4 Vkg kan een groot redactioneel verschil worden opgemaakt: ingevolge art. 4 Vkg *móet* de notaris met zijn declaratieklacht over een cliënt naar de Geschillencommissie Notariaat; hij kan een dergelijk geschil niet aan een andere instantie voorleggen. De cliënt is hiertoe echter niet verplicht. Indien hij dit wenst, en wanneer onderling tussen notaris en cliënt niet is overeengekomen dat zij bij een geschil zich altijd tot de Geschillencommissie Notariaat zullen wenden, heeft de cliënt ook de keuze zich te wenden tot de burgerlijke rechter of tuchtrechter, aldus art. 7 lid 3 RGN. Door deze bepaling in de RGN op te nemen, heeft de KNB de rechtsgang niet willen afsnijden zodat de cliënt zich te allen tijde kan wenden tot een gerechtelijke instantie. Het blijft overigens zo dat de notaris de klacht in eerste instantie zelf probeert af te doen door middel van zijn interne klachtenprocedure. Voor de notariële praktijk betekent dit dus dat cliënt niet meteen naar de Geschillencommissie Notariaat kan. Hij zal eerst een schikking moeten beproeven door middel van overleg met zijn notaris. Doet hij dit niet, dan wordt de cliënt door de Geschillencommissie Notariaat in beginsel niet-ontvankelijk in zijn klacht verklaard en zal de interne klachtenprocedure alsnog moeten worden doorlopen (art. 7 lid 1 onder c RGN). De KNB kan bij de interne klachtenprocedure als (informele) bemiddelaar optreden. Wanneer binnen vier weken niet tot een schikking wordt gekomen tussen notaris en cliënt kan de klacht worden voorgelegd aan de Geschillencommissie Notariaat, zo volgt uit art. 3 Vkg jo. art. 7 lid 1 onder b RGN. Ingevolge art. 5 Vkg dient de notaris voorts de klachten- en geschillenregeling, krachtens welke de Geschillencommissie Notariaat bevoegd is klachten in behandeling te nemen, in zijn algemene voorwaarden van toepassing te verklaren op zijn dienstverlening. Dit is een belangrijke wijziging ten opzichte van de oude klachtenbehandelings- en geschillenverordening, omdat een dergelijke verplichting daarin niet was opgenomen. Notarissen zullen als gevolg hiervan hun algemene voorwaarden moeten aanpassen.

Twee geschillencommissies

De Geschillencommissie Notariaat bestaat uit twee geschillencommissies: één voor consumenten en één voor ondernemers (art. 2 lid 2 RGN). Ingevolge art. 2 lid 2 RGN beslist de geschillencommissie voor consumenten bij wijze van bindend advies (vgl. art. 7:900 BW). De geschillencommissie die belast is met geschillenbeslechting tussen een ondernemer en de notaris beslist door middel van arbitrage, zo volgt uit art. 2 lid 2 RGN. Het verschil tussen deze twee alternatieve beslechtingsvormen ligt in de tenuitvoerlegging van hetgeen de geschillencommissies ter zake van een geschil c.q. klacht beslissen. Een arbitraal vonnis is, na verlofverlening door de rechter, direct vatbaar voor executie (art. 1062 Rv). Bij een bindend advies ligt dat anders. Wanneer één der partijen weigert het bindend advies na te komen, zal de vaststellingsovereenkomst waarin het bindend advies is opgenomen ter marginale toetsing moeten worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter.²⁷⁴ Wanneer de rechter van mening is dat de procedure omtrent het bindend advies eerlijk en redelijk is verlopen, zal hij in een vonnis de vordering tot nakoming toewijzen en kan met dat vonnis het bindend advies rechtens worden geëxecuteerd (vgl. art. 7:904 BW). Overigens neemt de rechter het bindend advies vrijwel altijd over; zeker in die gevallen waarbij het bindend advies is gegeven door een krachtens wettelijk voorschrift ingestelde instantie, zoals de Geschillencommissie Notariaat.²⁷⁵

De preambule bij de Vkg geeft geen duidelijke reden waarom is gekozen voor twee geschillencommissies. Ook de RGN en andere documenten binnen de KNB geven hierover geen duidelijkheid. Aangenomen kan worden dat de consument meer beschermd is tegen directe executie wanneer geschillen worden beslecht bij wijze van bindend advies. De consument kan het bindend advies immers nog voorleggen aan de burgerlijk rechter; bij arbitrage is die mogelijkheid er in principe niet. Om de kwetsbare positie van de consument (in tegenstelling tot ondernemers die maatschappelijk en financieel krachtiger zijn) te beschermen, is gekozen voor de werkwijze zoals deze wordt gehanteerd.

²⁷³ Zie preambule Vkg.

²⁷⁴ Rueb 2009, p. 328.

²⁷⁵ Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 528, nr. 4. Het betreft hier een brief van de toenmalige Minister van Justitie waaruit, impliciet, blijkt dat rechters geneigd zijn het bindend advies steeds over te nemen, wanneer dat ter hunner beoordeling wordt voorgelegd.

§ 5.4 Hoger beroep en centraal register voor het notariaat

5.4.1 Hoger beroep voor de KNB

Het bestuur van de KNB kan in de herziene Wna in tuchtrechtprocedures hoger beroep instellen bij de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam.²⁷⁶ Ook wanneer de KNB geen partij is in de procedure heeft zij deze mogelijkheid; dit is echter slechts mogelijk als klager en notaris besluiten geen hoger beroep in te stellen tegen een tuchtrechtelijk vonnis in eerste aanleg. De notie van deze wijziging is dat de KNB door middel van hoger beroep kan bijdragen aan de uniformering van de notariële tuchtrechtspraak of zodoende beantwoording van principiële rechtsvragen door de tuchtrechter in hoger beroep kan bewerkstelligen (vgl. cassatie in het belang der wet ex art. 78 lid 1 Wet RO).²⁷⁷ Voor de notariële praktijk betekent dit dat notarissen (maar ook klagers) zich moet beseffen dat wanneer de tuchtrechter een uitspraak doet waartegen zij geen hoger beroep in stellen de KNB dit wellicht doet. Hierdoor kan de procedure alsnog een andere wending krijgen, doordat de KNB (hoewel klager en notaris bij de uitspraak van de tuchtrechter in eerste aanleg zijn berust) daarmee alsnog een andere uitkomst van de procedure kan bewerkstelligen. Die uitspraak heeft, in tegenstelling tot cassatie in het belang der wet, wél gevolgen in de tenuitvoerlegging. Een praktijkvoorbeeld hieromtrent:

Praktijkvoorbeeld O: hoger beroep door de KNB en de executoriale gevolgen daarvan

Notaris O heeft een geschil met cliënt P omtrent het betalen van een declaratie ad 20.000 euro voor het passeren van zes akten. Cliënt P maakt zijn klacht ex art. 99 lid 1 Wna aanhangig bij de tuchtrechter, omdat hij van mening is dat het bedrag exorbitant hoog is. De tuchtrechter komt in eerste aanleg tot oordeel dat daarvan geen sprake is; cliënt P berust in dit oordeel en betaalt de declaratie. De KNB heeft zijn twijfels over het onderhavige vonnis en maakt de zaak, met de rechtsvraag of het bedrag dat notaris O voor de betreffende zes akten rekent conform is met hetgeen in de notariële wet- en regelgeving is bepaald, aanhangig bij de Notariskamer van het Gerechtshof Amsterdam. De tuchtrechter in hoger beroep komt tot het oordeel dat een dergelijk bedrag te hoog is en stelt in zijn uitspraak dat in gelijksoortige gevallen de declaratie moet worden gematigd. Deze uitspraak vormt voor latere zaken hieromtrent een precedent en aldus schept de KNB rechtseenheid in de tuchtrechtspraak. Ondanks dat cliënt P berustte in het gegeven tuchtrechtelijke vonnis kan hij (in de tenuitvoerlegging) beroep doen op het oordeel dat door de tuchtrechter in hoger beroep (bij arrest) is gegeven. Notaris O zal de gematigde declaratie in acht moeten nemen en het restant dat na matiging van de declaratie resteert, moeten terugbetalen aan cliënt P.

5.4.2 Centraal register voor het notariaat

Een nieuwe bevoegdheid die de KNB met de herziene Wna voorts toekomt, betreft het opstellen en het beheren van het centraal register voor het notariaat (art. 5 lid 1 Wna). Blijkens art. 5 lid 2 Wna neemt de KNB naast de basisgegevens van de notaris (zoals plaats van vestiging, datum van benoeming etc.) gegevens op met betrekking tot een opgelegde tucht- of ordemaatregel. Alsmede wordt ingevolge art. 5 lid 2 sub 1 Wna in het register vermeld of het BFT een bestuursrechtelijke sanctie heeft opgelegd aan de desbetreffende notaris. Conform hetgeen art. 5 lid 3 Wna bepaalt, is het register in beginsel openbaar en ligt het register voor eenieder ter inzage bij de KNB. Op deze openbaarheid is in art. 5 lid 4 Wna een uitzondering gemaakt. De gegevens met betrekking tot een opgelegde tuchtrechtelijke maatregel als gevolg van een tuchtrechtelijke veroordeling alsook een door het BFT opgelegde sanctie zijn niet openbaar. Ten aanzien van de tuchtrechtelijk gegeven berisping dan wel waarschuwing kan ingevolge art. 103 lid 5 Wna de tuchtrechter bepalen dat deze wel openbaar wordt gemaakt. Een ordemaatregel als bedoeld in art. 26 Wna, art. 27 Wna of art. 106 Wna is altijd openbaar, zodat de cliënt kan bepalen in hoeverre de notaris nog bevoegd is tot het verrichten van ambtshandelingen. Het BFT heeft daarentegen onbeperkte inzage in het register. Ook het register vormt voor het BFT een bron waaruit het informatie put ten behoeve van zijn risicogericht toezicht.

§ 5.5 Deelconclusie

Gebleken is dat aan de KNB in de herziene Wna ruimere bevoegdheden zijn toebedeeld ter bevordering van de notariële kwaliteit. Dit komt met name tot uiting doordat het peer review wettelijk is verankerd. Daarnaast is gebleken dat de KNB onder de herziene Wna de mogelijkheid krijgt tuchtrechtelijk hoger beroep in te stellen, alsmede is gebleken dat de KNB een centraal register voor het notariaat beheert. Voorts is vastgesteld dat de klachten- en geschillenprocedures zijn herzien; de Geschillencommissie Notariaat is, in beginsel, voortaan de enige instantie die competent is in declaratiegeschillen tot 10.000 euro en/of schadeclaims tot een maximum van 5000 euro.

²⁷⁶ De redactie van art. 107 Wna is gewijzigd, waardoor de KNB haar bevoegdheid hoger beroep in te stellen aan deze wetsbepaling kan onttrekken. Vóór 1 januari 2013 was de strekking van art. 107 Wna dusdanig verwoord dat hoger beroep slechts voorbehouden was aan notarissen dan wel een klagers.

²⁷⁷ Hoeflaken 2012, p. 15.

De praktijkgevolgen van het gewijzigde toezicht voor het notarieel beroepsgeheim

In voorgaande hoofdstukken is uitgebreid behandeld welke rol het BFT en de KNB in het gewijzigde toezichtstel innemen. Eén wijziging is daarbij vooralsnog niet aan bod geweest: de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim ten behoeve van het toezicht en de tuchtspraak. In dit hoofdstuk wordt daarom uitgebreid stilgestaan bij deze heikele (ethische en juridische) kwestie. Doorbreking van het notarieel beroepsgeheim ten behoeve van het BFT en de KNB (en de tuchtrechter) is vanzelfsprekend niet zonder slag of stoot tot stand gekomen en nu nog valt het e.e.a. aan te merken op deze doorbreking. In dit hoofdstuk wordt doorbreking van het notarieel beroepsgeheim vanuit verschillende perspectieven benaderd: vanuit het EVRM, vanuit nationale jurisprudentie en vanuit Straatburgse jurisprudentie.

§ 6.1 Terreinverkenning: het notarieel beroepsgeheim

In art. 22 lid 1 Wna heeft de wetgever aan de notaris een geheimhoudingsplicht opgelegd. De notaris dient alle gevoelige informatie van zijn cliënt geheim te houden en mag dit niet delen met derden, zonder de toestemming van zijn cliënt. Ook personen die werken onder de notaris hebben een geheimhoudingsplicht, aldus art. 22 lid 1 Wna. Overtreding hiervan betekent dat de notaris of een medewerker strafrechtelijk kan worden vervolgd (art. 272 Sr). De geheimhoudingsplicht dient niet de notaris, maar zijn cliënt.²⁷⁸ Het uitgangspunt hierbij is dat de notaris rechtszekerheid aan zijn cliënt biedt. De cliënt moet erop kunnen vertrouwen dat de informatie die hij in vertrouwen aan de notaris verschaft tussen hem en de notaris blijft.²⁷⁹ Zonder de zekerheid dat hetgeen de cliënt aan de notaris in vertrouwen bekendmaakt, wordt beschermd door het beroepsgeheim zou de cliënt terughoudend zijn in de informatieverschaffing aan de notaris.²⁸⁰ Hiermee wordt de rechtstaat niet gediend, omdat belangrijke informatie dan achterwege zou blijven waardoor de waarheid niet aan het licht komt.²⁸¹ Daarnaast zijn art. 17 Gw jo. art. 6 EVRM²⁸² analoog van toepassing op de notariële praktijk;²⁸³ als het beroepsgeheim niet zou gelden voor het notariaat dan zou dat voor de burger een obstakel kunnen vormen de notaris om zijn diensten te verzoeken, omdat de burger niet zeker is van een vertrouwelijke relatie tussen hem en de notaris. Het beroepsgeheim is dus geen voorrecht van de notaris stilte te betrachten wanneer hem dat uitkomt, maar maakt onderdeel uit van zijn zorgplicht de cliënt vertrouwen en zekerheid te bieden.²⁸⁴ Inherent aan de geheimhoudingsplicht is het verschoningsrecht. Het verschoningsrecht behelst het recht van de notaris zich te onthouden van het doen van een getuigenis voor de rechter of andere (justitiële) instanties.²⁸⁵ De notaris kan niet afzien van zijn verschoningsrecht.²⁸⁶ Het verschoningsrecht is echter niet absoluut. Uit vaste jurisprudentie blijkt dat de notaris zelf de belangenafweging dient te maken of geheimhouding is te rechtvaardigen indien doorbreking ervan wordt verlangd.²⁸⁷ Ingevolge art. 22 Wna heeft de wetgever een voorbehoud gemaakt op het beroepsgeheim: het beroepsgeheim dient door de notaris te worden doorbroken, indien doorbreking bij of krachtens een wettelijk voorschrift is bepaald. Voorbeelden van deze bij of krachtens de wet bepaalde voorschriften werden impliciet aangetroffen in o.a. art. 96 Wna-oud en art. 112 Wna-oud. Over deze impliciete doorbrekingsplicht is veel jurisprudentie verschenen waarin de rechter meermaals heeft benadrukt dat een eventuele doorbreking van het notarieel beroepsgeheim steeds een beslissing is die aan de notaris zelf behoort te zijn.²⁸⁸

§ 6.2 het notarieel beroepsgeheim onder de herziene Wna

Conform hetgeen is bepaald in art. 111a lid 3 Wna zijn de notaris en zijn medewerkers tegenover het BFT niet langer gehouden aan hun beroepsgeheim uit hoofde van art. 22 Wna. Ook tijdens een peer review, gehouden door de KNB, geldt met ingang van de herziene Wna dat de notaris en zijn

²⁷⁸ Duijst 2008, p. 119-120.

²⁷⁹ Geertsma 2012, p. 510.

²⁸⁰ Geertsma 2012, p. 511.

²⁸¹ Rapport 63 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 21.

²⁸² Garanderen eenieder een vrije toegang tot de rechter c.q. het recht.

²⁸³ Snijders, Klaasen e.a. 2007, p. 31-32. Zie in dit kader ook Houdijk 2013, p. 13.

²⁸⁴ Geertsma 2012, p. 510.

²⁸⁵ Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht (<www.allesoverdenotaris.nl>; geraadpleegd op 15 februari 2013).

²⁸⁶ Geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht (<www.allesoverdenotaris.nl>; geraadpleegd op 15 februari 2013).

²⁸⁷ Hoge Raad 12 februari 2002, NJ 2002, 439.

²⁸⁸ Daarin zijn twee arresten tot standaardregel verheven: Hoge Raad 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (arrest Ogem/Notaris Maas) en Hoge Raad 18 december 1998, NJ 2000, 341 (arrest Notaris Van Olst/Ontvanger). Deze arresten komen in § 6.3 uitgebreid aan bod.

medewerkers niet gehouden zijn aan het beroepsgeheim, zo stelt art. 61a lid 3 Wna. In art. 5:20 lid 2 Awb is de mogelijkheid neergelegd medewerking aan toezichtshandelingen te weigeren, indien sprake is van een beroepsgeheim. Art. 111a lid 3 Wna jo. art. 61a lid 3 Wna verklaren die bepaling buiten toepassing wanneer het BFT toezichtshandelingen verricht of wanneer de KNB een peer review uitvoert.²⁸⁹ De Wna is immers een lex specialis ten opzichte van de Awb en bepalingen uit de Wna dienen diensgevolge met voorrang op de Awb te worden toegepast. Tot slot komt in tuchtrechtelijke procedures de notaris en zijn medewerkers ingevolge hetgeen bepaald in art. 94 lid 2 Wna jo. art. 99a lid 5 Wna niet langer een verschoningsrecht toe, zodat zij in een tuchtrechtelijke procedure altijd openheid van zaken moeten geven ter zake van vertrouwelijke informatie.²⁹⁰ De wetgever acht het noodzakelijk in een adequaat toezicht op het notariaat te voorzien.²⁹¹ Voortaan kan een notaris door de herziene Wna zich niet meer onttrekken aan het toezicht door zich te beroepen op zijn verschoningsrecht vanwege zijn beroepsgeheim, aldus de wetgever in de MvT behorende bij de herziene Wna.²⁹²

6.2.1 Waarborgen: de afgeleide geheimhoudingsplicht en de doelbinding

Bij het tot stand brengen van de wettelijke doorbrekingsmogelijkheden van het notarieel beroepsgeheim heeft de wetgever zich gerealiseerd dat de doorbreking onvermijdelijk invloed heeft op de vertrouwelijke relatie tussen de notaris en zijn cliënt.²⁹³ Om het vertrouwelijke karakter van het notariaat te waarborgen, heeft de wetgever bij doorbreking van het notarieel beroepsgeheim voorzien in twee waarborgen: de afgeleide geheimhoudingsplicht en de doelgebondenheid van de doorbreking.²⁹⁴ Met deze waarborgen wordt de cliënt beschermd tegen het publiek worden van vertrouwelijke informatie. Hierna wordt op deze waarborgen ingegaan.

De afgeleide geheimhoudingsplicht

De afgeleide geheimhoudingsplicht houdt in dat het beroepsgeheim dat ex art. 22 Wna op de notaris en zijn medewerkers rust, overgaat op de toezichtambtenaar van het BFT of op de peer reviewer die in zijn hoedanigheid als toezichthouder respectievelijk kwaliteitstoetser vertrouwelijke informatie ter beschikking krijgt.²⁹⁵ Met andere woorden: de toezichtambtenaar van het BFT en de peer reviewer mogen over al hetgeen hun bekend wordt en waarvan zij weten dat het vertrouwelijke informatie betreft geen mededelingen doen anders dan in het kader van hun (toezichthoudende) functie. Doen zij dit wel, dan zijn de toezichtambtenaar en de peer reviewer ingevolge art. 272 Sr strafbaar. Daarnaast komt aan de toezichtambtenaar van het BFT, de peer reviewer van het KNB en de (onderzoeks)tuchtrechter vanwege de afgeleide geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht toe, zodat deze personen niet kunnen worden gehouden een getuigenis af te leggen over hetgeen zij in hun taken komen te weten.²⁹⁶ De afgeleide geheimhoudingsplicht is niet wettelijk gecodificeerd, maar vloeit kennelijk voort uit de strekking van art. 22 Wna.²⁹⁷

Doelgebondenheid

De tweede waarborg die de wetgever heeft ingeboekt ter bescherming van de vertrouwelijke relatie tussen cliënt en notaris betreft de doelgebondenheid van de doorbreking. Doelgebondenheid houdt in dat de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim alleen dan mogelijk is wanneer deze doorbreking plaatsvindt ten behoeve van het toezicht door het BFT, het peer review door het KNB en/of ten behoeve van een tuchtrechtelijke procedure.²⁹⁸ In alle andere gevallen is doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet zondermeer mogelijk. Daarnaast brengt doelgebondenheid met zich mee dat het notarieel beroepsgeheim alleen kan worden doorbroken ten behoeve van diegenen die belast zijn met het toezicht, het peer review en/of een tuchtrechtelijke procedure.²⁹⁹

Praktijkvoorbeeld P: de afgeleide geheimhoudingsplicht

Peer reviewer A voert een peer review uit bij notariskantoor B. Ten behoeve van een peer review wil hij dossier C inzien waarin vertrouwelijke informatie is opgenomen over cliënt D. De peer reviewer doet hier een beroep op art. 61a lid 3 Wna, waarin de geheimhoudingsplicht van de notaris tegenover de peer reviewer is doorbroken. Notariskantoor B moet de peer reviewer de mogelijkheid bieden dossier C in te zien, nu art. 61a lid 3 Wna in die mogelijkheid voorziet. Daarnaast wordt dossier C ingezien ten behoeve van het peer review en is de doorbreking

²⁸⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 30.

²⁹⁰ Het vervallen van het verschoningsrecht voor de tuchtrechter is minder radicaal van aard dan de doorbreking van het beroepsgeheim tegenover het BFT en de KNB, omdat het verschoningsrecht in tuchtrechtelijke procedures reeds beperkt mogelijk was. Zie hierover: Van Es 2011, p. 6-7.

²⁹¹ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 8.

²⁹² Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 8.

²⁹³ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 8.

²⁹⁴ Geertsema 2012, p. 513.

²⁹⁵ Van Es 2011, p. 7-8.

²⁹⁶ Van Es 2011, p. 8.

²⁹⁷ Geertsema 2012, p. 512.

²⁹⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

²⁹⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

van het beroepsgeheim aldus doelgebonden. In een later stadium wordt cliënt D vervolgd wegens vastgoedfraude en moet daarvoor terechtstaan. Het OM roept peer reviewer A op ter terechtzitting een getuigenis af te leggen met betrekking tot cliënt D, vanwege de kennis die peer reviewer A heeft over cliënt D uit hoofde van zijn taak. Peer reviewer A kan zich vanwege zijn afgeleide geheimhoudingsplicht succesvol verschonen en hoeft verder ter terechtzitting geen getuigenis af te leggen over cliënt D. Op peer reviewer A rust immers een afgeleide geheimhoudingsplicht op grond waarvan hij niet door het OM gehouden kan worden tot het doen van een getuigenis. Peer reviewer A komt vanwege zijn afgeleide geheimhoudingsplicht immers verschoningsrecht toe.

De doelgebondenheid brengt mee dat het BFT en de KNB ingevolge art. 162 lid 3 Sv geen aangifte mogen doen tegen een cliënt van de notaris op grond van gegevens die het BFT of de KNB bekend worden als gevolg van de toezichtstaak respectievelijk de taak de kwaliteit te bevorderen.³⁰⁰ Dit "aangifteverbod" geldt evenwel niet ten aanzien van de notaris. Sterker nog, op grond van art. 162 lid 1 sub b Sv jo. art. 84 Sr zijn het BFT en de KNB verplicht bij het OM aangifte te doen tegen een notaris die zijn ambtsplicht heeft geschonden en/of een delict heeft begaan waarbij hij zijn ambt heeft gebruikt. Bij een dergelijk aangifte tegen een notaris geldt echter dat informatie over een cliënt die herleidbaar is tot die bepaalde cliënt achterwege moet blijven.³⁰¹ Dit ter bevordering van de vertrouwensrelatie tussen cliënt en notaris.³⁰² Voor de notariële praktijk betekent de doorbreking van het beroepsgeheim dat goed moet worden gecommuniceerd met cliënten hierover. Notarissen dienen de cliënt te informeren over het feit dat hun beroepsgeheim niet meer absoluut is.

§ 6.3 Toekomstige ontwikkeling: doorbreking notarieel beroepsgeheim door het OM

Zoals in § 6.2 is geconstateerd, kan het BFT of de KNB geen aangifte doen tegen cliënten van de notaris waarvan, op basis van informatie die zij uit hoofde van hun taken verkrijgen, is geconstateerd dat die cliënten strafbare feiten hebben gepleegd. Noch mogen zij bij een strafrechtelijke aangifte tegen de notaris informatie prijs geven die herleidbaar is tot die desbetreffende cliënten. Dit volgt uit de afgeleide geheimhoudingsplicht die op ambtenaren van het BFT en de KNB rust.³⁰³ Deze bepaling, waarbij geen informatie mag worden verstrekt aan het OM die herleidbaar is tot een cliënt van de notaris, is volgens het parlement niet consistent.³⁰⁴ Enerzijds móet het BFT of de KNB aangifte doen tegen de notaris (art. 162 lid 1 sub b Sv jo. art. 84 Sr), maar hierbij mag geen informatie worden verstrekt die herleidbaar is tot de cliënt. Dat kan leiden tot een aangifte die op niets is gebaseerd, omdat juist die informatie ter zake van een cliënt de strafbaarheid van de notaris bewijst.³⁰⁵ Om die reden is door verschillende partijen, o.a. het OM, het idee geopperd om te komen tot de invoering van een verlostelsel ter doorbreking van het notarieel beroepsgeheim ten behoeve van criminaliteitsbestrijding door het OM.³⁰⁶ Reeds sinds 2007 is men van mening dat ook het OM toegang moet hebben tot vertrouwelijke informatie ten behoeve van criminaliteitsbestrijding; het komt immers niet zelden voor dat binnen de notariële praktijk strafbare feiten worden gepleegd, zoals vastgoedfraude.³⁰⁷ Het OM heeft daarom bij de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie een voorstel gedaan om te komen tot een verlostelsel waarbij de rechter, op verzoek van de officier van justitie, toetst of het OM kan vorderen dat de notaris zijn beroepsgeheim doorbreekt ten behoeve van criminaliteitsbestrijding.³⁰⁸ Bij behandeling van het wetsvoorstel tot herziening van de Wna, zoals deze thans is ingevoerd, hebben verschillende politieke partijen in het parlement aangegeven welwillend tegenover het door het OM geopperde voorstel te staan.³⁰⁹ Thans is echter nog onduidelijk of het verlostelsel doorgang zal hebben. Mocht dit verlostelsel doorgang vinden, dan brengt dat met zich mee dat het vertrouwelijke karakter van het notariaat vervaagt, omdat in principe alle informatie die door een cliënt in vertrouwen kenbaar wordt gemaakt aan de notaris via het BFT en de KNB ter beschikking staat aan het OM. Door het parlement is gewezen op deze rechtsonzekerheid voor zowel de burger als notaris zelf, maar het is goed mogelijk dat dit verlostelsel (wellicht in een minder verregaande vorm als het OM voor ogen heeft) doorgang zal hebben en dat dit over een aantal jaar in de notariële praktijk realiteit zal zijn.³¹⁰

³⁰⁰ Van Es 2011, p. 8.

³⁰¹ Van Es 2011, p. 8.

³⁰² Van Es 2011, p. 8.

³⁰³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 9.

³⁰⁴ *Handelingen II* 2010/11, 44.

³⁰⁵ *Handelingen II* 2010/11, 44.

³⁰⁶ Brief College van procureurs-generaal inzake voorstel tot verlostelsel doorbreking notarieel beroepsgeheim, 4 januari 2011.

³⁰⁷ Van Es 2011, p. 8.

³⁰⁸ Brief College van procureurs-generaal inzake voorstel tot verlostelsel doorbreking notarieel beroepsgeheim, 4 januari 2011.

³⁰⁹ *Handelingen II* 2010/11, 44.

³¹⁰ *Handelingen II* 2010/11, 44.

§ 6.4 Doorbreking notarieel beroepsgeheim: verhouding tot Nederlandse jurisprudentie

Hoewel de wettelijke doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in kunnen en kruiken lijkt, moet bij behandeling van dit onderwerp stil worden gestaan bij enkele belangrijke rechtsregels hieromtrent die voortvloeien uit de jurisprudentie. Men zou namelijk kunnen stellen dat de wet de wet is en dat daaraan gehoor dient te worden gegeven, zodat logischerwijs tot de gevolgtrekking kan worden gekomen dat met de herziene Wna tegenover het BFT en KNB geen beroepsgeheim meer geldt. Het recht vindt zijn interpretatiemogelijkheden echter niet alleen in de wetstekst van een bepaald wetsartikel; even belangrijk en wellicht belangrijker is nader te bekijken hoe de rechtspraak omgaat met wettelijke bepalingen. Zo ook in het kader van de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim ten behoeve van het toezicht, het peer review en het tuchtrecht. Twee arresten van de Hoge Raad zijn bij de praktische toepassing van het notarieel beroepsgeheim leidend. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij hoe de wettelijke doorbreking van het notarieel beroepsgeheim zich verhoudt tot de in de in eerdergenoemde standaardarresten geformuleerde rechtsregels met betrekking tot de doorbreking van het beroepsgeheim.

6.4.1 Arrest Ogem/notaris Maas³¹¹

In het arrest Ogem/notaris Maas heeft de Hoge Raad het notarieel beroepsgeheim als algemeen rechtsbeginsel erkend, omdat de tussenkomst van de notaris bij verschillende rechtshandelingen vereist is en de burger zodoende zich vrijelijk tot hem moet kunnen wenden, zonder daarin te worden belemmerd door het gegeven dat hij niet mag uitgaan van een vertrouwelijk relatie tussen hem en de notaris. De Hoge Raad stelt in dit arrest dat een beperkte groep van personen, i.c. notarissen, uit hoofde van zijn maatschappelijke functie gehouden is tot geheimhouding van datgene aan hem als zodanig wordt toevertrouwd. Aldus stelt de Hoge Raad dat notarissen verschoningsrecht hebben vanwege hun beroepsgeheim, zoals is neergelegd in art. 22 Wna. Het verschoningsrecht c.q. de geheimhoudingsplicht strekt zich volgens de Hoge Raad slechts uit over informatie die door de cliënt als zodanig is gecategoriseerd en als zodanig is toevertrouwd aan de notaris. De Hoge Raad voegt aan deze redenering nog toe dat geen plaats is voor onderscheid tussen minder en meer vertrouwelijke informatie. Wanneer bepaalde informatie door de cliënt in vertrouwen aan de notaris kenbaar wordt gemaakt, dient deze informatie als zodanig te worden opgevat en zal hierover stilte moeten worden betracht. De Hoge Raad heeft verder in het arrest bepaald dat het beroepsgeheim in slechts zeer uitzonderlijke gevallen kan worden doorbroken. Hij laat echter na duidelijkheid te geven over wat onder die “zeer uitzonderlijke” gevallen kan worden begrepen. Men kan hierbij echter denken aan een strafzaak waarin het maatschappelijk belang tot waarheidsvinding dient te prevaleren boven de vertrouwensrelatie van de notaris met zijn cliënt.

6.4.2 Arrest notaris Van Olst/Ontvanger³¹²

In het arrest notaris Van Olst/Ontvanger heeft de Hoge Raad voortgeborduurd op zijn eerder gewezen standaardarrest Ogem/notaris Maas waarin de Hoge Raad erkende dat het verschoningsrecht c.q. notarieel beroepsgeheim een algemeen rechtsbeginsel is. Het arrest notaris Van Olst/Ontvanger geeft de standaardregel met betrekking tot op welke wijze de geheimhoudingsplicht dient te worden doorbroken. De Hoge Raad overwoog in het arrest notaris Van Olst/Ontvanger dat het in principe aan de notaris zelf is te beoordelen of hij al dan niet zijn beroepsgeheim doorbreekt. Hij is immers de enige die kan beoordelen of bepaalde informatie onder de categorie vertrouwelijk valt en of doorbreking van zijn beroepsgeheim in het kader van waarheidsvinding moet prevaleren boven het belang van een vertrouwelijke relatie tussen cliënt en notaris. Naast het gegeven dat de Hoge Raad in het arrest Ogem/notaris Maas heeft besloten dat slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden het notarieel beroepsgeheim kan worden doorbroken, is door de Hoge Raad dus in het arrest notaris Van Olst/Ontvanger bepaald dat in beginsel de notaris *zelf* de afweging maakt in hoeverre hij doorbreking van zijn beroepsgeheim noodzakelijk acht. Tevens maakt de notaris hierbij zelf de afweging over in hoeverre de doorbreking in het kader van waarheidsvinding dient te prevaleren boven zijn vertrouwelijke relatie met een cliënt: dat is de hoofdregel. In slechts zeer uitzonderlijke gevallen waarbij de oprechtheid van de door de notaris te maken afweging, namelijk de afweging tussen waarheidsvinding enerzijds en vertrouwensrelatie met de cliënt anderzijds, in gerede twijfel wordt getrokken, kan de rechter de notaris dwingen zijn beroepsgeheim te doorbreken.³¹³

³¹¹ Hoge Raad 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (arrest notaris Ogem/notaris Maas).

³¹² Hoge Raad 18 december 1998, NJ 2000, 341 (arrest Notaris Van Olst/Ontvanger).

³¹³ Lekkerkerker 2008, p. 16.

6.4.3 arrest Ogem/notaris Maas en arrest Van Olst/Ontvanger versus de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in de herziene Wna

Hoewel de letterlijke wetsteksten van de wetsbepalingen die doorbreking van het notarieel beroepsgeheim mogelijk maken, lijken te suggereren dat het steeds de notaris is die bepaalt in hoeverre hij bepaalde gegevens verstrekt vanwege zijn beroepsgeheim, waarmee de wetsbepalingen dus in lijn lijken te zijn met eerdergenoemde twee arresten, blijkt uit de MvT bij de herziene Wna anders.³¹⁴ Zoals eerder geconstateerd, heeft de wetgever een onbeperkte inzage in vertrouwelijke informatie voor ogen ten behoeve van het toezicht door het BFT, het peer review door de KNB en ten behoeve van het tuchtrecht.³¹⁵ Wanneer men de hiervoor behandelde jurisprudentie in ogenschouw neemt, valt niet zonder meer te concluderen dat de wettelijke bases die door de wetgever zijn gecreëerd ter doorbreking van het notarieel beroepsgeheim gerechtvaardigd zijn. De Hoge Raad heeft het notarieel beroepsgeheim immers zo uitgelegd dat het de notaris zelf is die steeds de afweging dient te maken in hoeverre doorbreking van zijn beroepsgeheim te rechtvaardigen valt. Anders gezegd: doorbreking van het notarieel beroepsgeheim kan, gezien de jurisprudentie, niet op dwingende wijze worden opgelegd door een externe (de wetgever in dezen).³¹⁶

§ 6.5 Doorbreking van het notarieel beroepsgeheim: verhouding tot het EVRM en tot Straatburgse jurisprudentie

In voorgaande paragrafen is de doorbreking van het beroepsgeheim steeds vanuit nationaal recht benaderd. In deze scriptie past het eveneens aandacht te schenken aan hetgeen het EHRM en het EVRM met betrekking tot het beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars, zoals de notaris is, bepalen. In dat kader is een tweetal rechtsbronnen relevant. Allereerst zal de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in deze paragraaf worden getoetst aan art. 8 EVRM, waarna een bespreking volgt van een belangrijk arrest dat door het EHRM in het kader van het beroepsgeheim is gewezen.

6.5.1 Art. 8 EVRM: het recht op eerbiediging van het privéleven

Ingevolge art. 8 EVRM heeft eenieder recht op de eerbiediging van zijn privéleven, zijn woning en zijn correspondentie. Dit grondrecht kan blijkens art. 8 lid 2 EVRM worden beperkt, wanneer aan een aantal criteria is voldaan. Het betreft de navolgende criteria:

- Er moet sprake zijn van inmenging door de overheid: daarvan is sprake nu het BFT, de KNB en de tuchtrechter onderdeel zijn van het Nederlandse overheidsapparaat. Zij mengen zich in met het privéleven van burgers die de notaris informatie over hun privéleven toevertrouwen, die niet voor overheidszaken is bestemd.³¹⁷
- De inmenging moet bij of krachtens een wettelijk voorschrift zijn voorzien: daarvan sprake is nu art. 111a lid 3 Wna, art. 61a lid 3 Wna, art. 94 lid 2 Wna en art. 99a lid 5 Wna een wettelijke grondslag bieden voor doorbreking van het notarieel beroepsgeheim.
- De inmenging moet een gerechtvaardigd doel dienen, zoals limitatief opgesomd in art. 8 lid 2 EVRM: vastgesteld is dat toezicht, tuchtrecht en kwaliteitscontrole vallen onder een gerechtvaardigd doel als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM (economisch welzijn van het land, nationale veiligheid, openbare orde en dergelijk).³¹⁸
- De doorbreking moet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving (proportionaliteit en subsidiariteit van een bepaalde wettelijke regeling).

Vastgesteld is dat aan de eerste drie eisen wordt voldaan. Het is echter de laatste eis waarvan niet 100% kan worden gesteld dat daaraan door de Nederlandse wetgever is voldaan.³¹⁹ Het beperken van het notarieel beroepsgeheim beoogt een effectiever toezicht.³²⁰ Vast staat dat beperking van het notarieel beroepsgeheim die doelen kan helpen verwezenlijken, maar onvoldoende blijkt waarom de wetgever deze volledige doorbreking noodzakelijk acht.³²¹ Aan het noodzakelijkheidsvereiste is in die zin dus niet voldaan. Gesteld kan worden dat de wetgever in de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim is voorbijgegaan aan de proportionaliteit en subsidiariteit van deze regeling.³²² Het valt dan ook te verwachten dat in een eventuele gerechtelijke procedure de rechter de wetgever

³¹⁴ Geertsema 2012, p. 511.

³¹⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

³¹⁶ Hoge Raad 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 en Hoge Raad 18 december 1998, *NJ* 2000, 341.

³¹⁷ Van Rijckevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 508.

³¹⁸ Van Rijckevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 508.

³¹⁹ Van Rijckevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 508.

³²⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 7.

³²¹ Van Rijckevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 508.

³²² Van Es 2011, p. 8.

hierop zal wijzen en de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim wellicht in strijd zal achten met art. 8 EVRM. Art. 8 EVRM is immers een verdragsartikel van een voor Nederland bindend verdrag.³²³ Deze verdragsbepaling dient met voorrang te worden toegepast in de Nederlandse rechtspraak. Art. 8 EVRM prevaleert boven Nederlandse wetgeving, aldus art. 94 Gw. Uit art. 94 Gw vloeit zelfs voort dat Nederlandse wetgeving, de Wna in dit geval, buiten beschouwing wordt gelaten indien de Nederlandse wetgeving in strijd is met een bindend verdragsartikel (art. 8 EVRM). Het is daarom goed mogelijk dat in een gerechtelijke procedure de rechter de Nederlandse wetgeving (i.c. de Wna) buiten toepassing laat en een verlangde doorbreking van de geheimhouding slechts toetst aan art. 8 EVRM. Over of de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in overeenstemming is met art. 8 EVRM kan in dit stadium geen constatering worden gedaan, behalve dan de constatering dat de noodzakelijkheid van doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet voldoende duidelijk is.³²⁴ Daarover zal nadere duidelijkheid moeten worden verschaft in nog te komen jurisprudentie.

6.5.2 Art. 8 EVRM in de notariële praktijk: het Niemetz-arrest³²⁵

Gekoppeld aan art. 8 EVRM is in het licht van het beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars een door het EHRM in Straatsburg belangrijke uitspraak gedaan: het Niemetz-arrest. De overweging van het EHRM in het Niemetz-arrest met betrekking tot het beroepsgeheim is de volgende. Het recht op eerbiediging van het privéleven zoals art. 8 EVRM dit recht garandeert, houdt mede in het recht relaties te ontwikkelen met andere individuen. Dit recht beperkt zich daarnaast niet slechts tot het privéleven en de woning, maar heeft ook te gelden ten aanzien van zakelijke activiteiten. Dit vanwege het feit dat een groot deel van het privéleven zich tevens afspeelt op de werkplaats en in zakelijke kringen, zodat in principe geen strikte scheiding kan worden bewerkstelligd tussen privécommunicatie en zakelijke communicatie. Bovendien zou een dergelijk onderscheid tot een oneerlijke behandeling kunnen leiden ten aanzien van personen wier privéleven en zakelijk leven niet gescheiden kan worden. Het EHRM komt hierna tot de gevolgtrekking dat eerbiediging van het beroepsgeheim valt onder de reikwijdte van art. 8 EVRM en dat doorbreking ervan gepaard gaat met strikte waarborgen zoals deze in art. 8 EVRM zijn opgenomen.³²⁶ Wanneer dit arrest wordt toegepast op de notariële praktijk met betrekking tot de doorbreking van het beroepsgeheim kan worden vastgesteld dat die doorbreking niet strookt met de uitleg die het EHRM aan het beroepsgeheim geeft. In de herziene Wna zal de notaris onder alle omstandigheden inzage dienen te verschaffen in vertrouwelijke informatie aan het BFT en de KNB. In het Niemetz-arrest geeft het EHRM aan dat het beroepsgeheim mede onderdeel vormt van het privéleven van een vrije beroepsbeoefenaar en aldus zal doorbreking van het beroepsgeheim overeenkomstig de vereisten zoals neergelegd in art. 8 EVRM moeten geschieden. Een algemene doorbreking van het beroepsgeheim valt in dat kader niet te rechtvaardigen, omdat deze niet overeenstemt met hetgeen bepaald in art. 8 EVRM. Dit komt doordat de noodzakelijkheid van de doorbreking niet op voorhand een evident gegeven is.

§ 6.6 Deelconclusie

Gebleken is dat onder de herziene Wna het notarieel beroepsgeheim volledig wordt doorbroken ten behoeve van het toezicht door het BFT, het peer review door de KNB, alsmede ten behoeve van de tuchtrechtspraak. De wetgever heeft ingezien dat de vertrouwensband tussen notaris en cliënt hierdoor (negatief) zal worden beïnvloed. Ter bescherming van die vertrouwensband heeft de wetgever twee waarborgen ingebed om de doorbreking zo min mogelijk belastend te laten zijn voor de vertrouwenspositie van de notaris: doorbreking van het beroepsgeheim is doelgebonden en daarnaast rust op de peer reviewer en de toezichtambtenaar van het BFT een afgeleide geheimhoudingsplicht. Vastgesteld is echter dat onverminderd de hiervoor aangehaalde waarborgen aan deze doorbreking juridische gebreken kleven, omdat de wetgever voorbij is gegaan aan hetgeen art. 8 EVRM bepaalt ten aanzien van het privéleven van burgers en de notaris. Tevens is gebleken dat de wetgever zich evenmin lijkt te hebben vergewist van de uitleg die het EHRM in het Niemetz-arrest ter zake van het beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars geeft. Gelet op art. 8 EVRM en het Niemetz-arrest kan niet bij voorbaat worden geconcludeerd dat de doorbreking van het beroepsgeheim voortaan in zijn algemeenheid ten behoeve van het BFT en de KNB daadwerkelijk mogelijk is. Daarover zal jurisprudentie moeten volgen, waarin ter zake van de verhouding EVRM-Wna uitsluitsel moet worden gegeven.

³²³ Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) (<www.europa-nu.nl>; geraadpleegd op 4 april 2013).

³²⁴ Van Rijkevorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 508-509.

³²⁵ EHRM 16 december 1992, NJ 1993, 400 (Niemetz-arrest).

³²⁶ Waaijer 1996, p. 71-72.

Knelpunten in de notariële praktijk als gevolg van het gewijzigde toezicht

In voorgaande hoofdstukken is uitgebreid stilgestaan bij het gewijzigde toezicht op het notariaat en de rol van de verschillende actoren die daarbij van belang zijn. Daarbij is steeds de vertaalslag gemaakt naar de notariële praktijk. Het is echter irreëel te veronderstellen dat het gewijzigde toezicht zonder slag of stoot zal gaan. Er zullen, zeker in het beginstadium waarin dit gewijzigde toezicht zich thans bevindt, door de notaris knelpunten worden ondervonden. Dit hoofdstuk behelst daarom de acht meest opvallende knelpunten die kunnen worden verwacht in de notariële praktijk als gevolg van het gewijzigde toezicht.

§ 7.1 Knelpunt I: onaangekondigd toezicht

Toezicht door het BFT gebeurt zowel on- als aangekondigd.³²⁷ Het onaangekondigde toezicht kan voor problemen zorgen.³²⁸ Wanneer toezicht wordt aangekondigd, zal de notaris de laatste voorbereidingen kunnen treffen alle eventuele mankementen in de praktijkvoering weg te werken, waardoor een (bestraffende) sanctie kan worden voorkomen.³²⁹ Bij een onaangekondigde onderzoeksactie door het BFT bestaat die mogelijkheid uiteraard niet. Het valt dan ook niet uit te sluiten dat een notaris bij wie het BFT een controle uitvoert zonder dat het BFT dit van tevoren heeft aangekondigd, vervelende consequenties kan hebben voor de notaris wanneer in zijn praktijkvoering malversaties van geringe aard worden geconstateerd.³³⁰ In de regel zal het zo zijn dat een notariskantoor waar zaken echt niet op orde zijn (en dus niet normconform zijn) aangekondigd of onaangekondigd toezicht in principe geen verschil maakt.³³¹ Immers, notariskantoren die in grote mate niet voldoen aan de normen zullen dit op korte termijn ook niet kunnen wegwerken, zodat zij bij een controle door het BFT hoe dan ook te maken krijgen met vervolgacties van het BFT.³³² Onaangekondigd toezicht is vooral problematisch wanneer binnen een notariskantoor sprake is van slechts kleine overtredingen die, wanneer het BFT zijn toezichtsactie aankondigt, weggewerkt kunnen worden en dus op die manier een sanctie kan worden voorkomen.³³³ De abbb's, de proportionaliteit en de subsidiariteit van de toezichtshandeling kunnen in een dergelijk geval soelaas bieden, maar dit betekent zeker niet dat het BFT daarom niet kan/mag overgaan tot bijvoorbeeld een bestuurlijke boete indien een administratieve overtreding wordt geconstateerd die, indien het toezicht zou zijn aangekondigd, had kunnen worden verholpen en zodoende de bestuurlijke boete achterwege had kunnen blijven.³³⁴

Praktijkvoorbeeld Q: onaangekondigd toezicht

Notariskantoor Q verzaakt in drie dossiers bij te houden wat de financiële status is van die dossiers op datum X. Hoewel de financiële gegevens bekend zijn, worden deze in de drie dossiers niet ingevoerd waardoor in strijd wordt gehandeld met art. 3 Administratieverordening, die stelt dat de financiële status van dossiers steeds wordt bijgewerkt. Het BFT voert, onaangekondigd, op datum X een controle uit en constateert dat de financiële status van de drie dossiers niet op orde is. Het BFT legt een last onder dwangsom op inhoudende de financiële statussen van de drie dossiers volledig bij te werken, zodat de dossiers up-to-date zijn. Tevens legt het BFT een bestuurlijke boete op voor de geconstateerde malversaties.

In praktijkvoorbeeld Q is sprake van een lichte overtreding, waarin de verplichtingen krachtens art. 3 Administratieverordening in drie dossiers niet worden nageleefd. Doordat het BFT onaangekondigd een controle uitvoert bij notariskantoor Q is de mogelijkheid er niet de dossiers met de financiële gegevens aan te vullen. Zou het BFT een dag eerder notariskantoor Q op de hoogte hebben gesteld van zijn voornemen notariskantoor Q op datum X te bezoeken voor een controle, dan hadden alle dossiers nog eens kunnen worden nagekeken (en aangevuld met de financiële gegevens) om zo de bestuurlijke boete en de last onder dwangsom te voorkomen. Het aanvullen van drie dossiers vergt immers in de regel niet veel tijd. Door het nieuwe preventieve toezicht zoals het BFT dat uitvoert, is het zeer denkbaar dat situaties zoals geschetst in praktijkvoorbeeld Q vaker zullen voorkomen dan voorheen. Het is dan aan het BFT, met in acht neming van zijn behoorlijk bestuurschap, al dan niet

³²⁷ Werkwijze <www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 18 april 2013).

³²⁸ Van den Noort 2012, p. 926.

³²⁹ Van den Noort 2012, p. 926.

³³⁰ Integraal toezicht notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 15 april 2013).

³³¹ Integraal toezicht notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 15 april 2013).

³³² Integraal toezicht notariaat (<www.bureauft.nl>; geraadpleegd op 15 april 2013).

³³³ Van den Noort 2012, p. 926.

³³⁴ Van den Noort 2012, p. 926.

over te gaan tot een (bestuursrechtelijke) sanctie. Voor de notaris is het logischerwijs steeds zaak zijn praktijkvoering op orde te hebben teneinde sancties te voorkomen die in principe onnodig zijn.³³⁵

§ 7.2 Knelpunt II: onduidelijkheden in de incidentenmelding

7.2.1 Wat dient de notaris te verstaan onder “nadelige gevolgen”?

In § 3.4 is aangehaald dat in de herziene Wna ingevolge art. 25a Wna een nieuwe verplichting rust op de notaris inhoudende het doen van een zogeheten incidentenmelding omtrent gebeurtenissen die aanmerkelijk nadelige gevolgen kunnen hebben voor de financiële positie van de notaris. Hoewel in art. 9 Rna jo. art. 10 lid 1 Rna door de wetgever is gespecificeerd welke gebeurtenissen onder de reikwijdte van art. 25a Wna vallen, brengt deze nieuwe verplichting enige onduidelijkheid met zich mee. Deze onduidelijkheid is gelegen in twee aspecten van de incidentenmelding. Ten eerste kan men zich afvragen wat de notaris dient te verstaan onder “nadelige gevolgen”. In sommige gevallen heeft de wetgever in art. 9 Rna de notaris weliswaar handvatten gegeven ter beoordeling van wat nadelig is (zie bijvoorbeeld art. 9 lid 4 onder c Rna waarin de notaris wordt verplicht een melding bij het BFT te doen indien hij een betalingsachterstand heeft van meer dan zes maanden nadat de vordering opeisbaar is geworden). De meeste situaties die in art. 9 Rna jo. art. 10 lid 1 Rna worden beschreven, geven die duidelijkheid echter niet. De MvT behorende bij de herziene Wna laat ook nog eens na hierover mededelingen te doen. Daarin is steeds een opsomming gegeven van situaties waarin de notaris nadelige gevolgen in zijn financiële positie kan ondervinden: niet is nader gespecificeerd wat die nadelige gevolgen dan behelzen, waardoor de notaris steeds zelf moet beoordelen of een gebeurtenis als opgesomd in art. 9 Rna daadwerkelijk moet worden gemeld vanwege mogelijke “nadelige gevolgen”. Ter verduidelijking van dit knelpunt een praktijkvoorbeeld:

Praktijkvoorbeeld R: de fusie

Notariskantoor X behaalt een gemiddelde jaaromzet van 6 procent. Notariskantoor Y behaalt een gemiddelde jaaromzet van 5 procent. Notariskantoor X besluit te fuseren met notariskantoor Y tot een nieuw notariskantoor: notariskantoor Z. Door de fusie wordt verwacht dat de gezamenlijke jaaromzet 8 procent zal zijn. Een jaar na de fusie wordt echter geconstateerd dat het niet loopt volgens verwachting. Notariskantoor Z haalt de voorspelde omzet niet; de omzet is 2 procent. Dat betekent dus dat de omzet van notariskantoor X, zou notariskantoor X nog een zelfstandige onderneming zijn, is afgenomen met 4 procent en voor notariskantoor Y betekent dit, zou notariskantoor Y nog een zelfstandige onderneming zijn, een omzetafname van 3 procent. Aldus is bij beide notariskantoren sprake van nadelige gevolgen in de financiële positie.

Praktijkvoorbeeld R geeft een situatie weer waarin van tevoren niet is voorzien dat de fusie nadelige gevolgen zou (kunnen) hebben. Men kan zich dus afvragen in hoeverre de fusie had moeten worden gemeld. Art. 8 Rna bepaalt immers dat een fusie als bedoeld in art. 9 lid 1 Rna slechts hoeft te worden gemeld als aanmerkelijk nadelige gevolgen voor de financiële positie van de notaris zijn te verwachten. In praktijkvoorbeeld R was van een dergelijke verwachting geen sprake. Vastgesteld kan worden dat het begrip “nadelige gevolgen” nader moet worden geconcretiseerd door hetzij het BFT, hetzij de wetgever dan wel de tuchtrechter.

7.2.2 De restcategorie ter zake van gebeurtenissen met aanmerkelijk nadelige gevolgen

Het tweede knelpunt van de incidentenmelding betreft de restcategorie van situaties waarin de notaris een incidentenmelding moet doen (art. 9 lid 5 Rna jo. art. 10 Rna). Hoewel de wetgever in art. 9 Rna een scala aan gebeurtenissen heeft gegeven waarin een incidentenmelding is vereist, heeft de wetgever het dynamische karakter van het recht en de notariële praktijk ingezien.³³⁶ Hierdoor heeft hij een restcategorie opgenomen van gebeurtenissen die ook onder de reikwijdte van art. 25a Wna jo. art. 8 Rna valt. Het probleem van een restcategorie is echter dat deze met onduidelijkheid is omkleed, omdat de notaris zelf moet beoordelen of een situatie die niet is opgesomd in art. 9 Rna kan leiden tot nadelige gevolgen voor zijn financiële positie. Nog los van het ongewenste effect dat twijfelachtige notarissen iedere kleine wijziging in bijvoorbeeld de kantoororganisatie die niet is opgesomd in art. 9 Rna aan het BFT melden waardoor het BFT door die incidentenmeldingen te maken krijgt met een hogere werklast, brengt dit voor de notaris onduidelijkheid met zich mee. Door de restcategorie zal de notaris in dubio verkeren over het al dan niet doen van incidentenmelding. Veel notarissen zullen dan kiezen een gebeurtenis, die eigenlijk helemaal niet als gebeurtenis met aanmerkelijke nadelige gevolgen valt aan te merken, te melden om zichzelf zekerheid te bieden niet achteraf gesanctioneerd te worden vanwege het nalaten van de incidentenmelding.

³³⁵ Van den Noort 2012, p. 926.

³³⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3, p. 20-21.

§ 7.3

Knelpunt III: risicogericht toezicht en de informatiepositie van het BFT

Een belangrijk gevolg van het risicogericht toezicht is gelegen in de informatiepositie die het BFT inneemt.³³⁷ Zoals vermeld in § 3.2 stelt het BFT risico's omtrent een notaris(kantoor) vast aan de hand van signalen uit de notariële praktijk. Aan de hand van die signalen bepaalt het BFT zijn toezichtsactiviteiten waarbij een afweging wordt gemaakt van risico's, proportionaliteit, effectiviteit, kosten en baten.³³⁸ Het is voor de notariële praktijk dit proces dat met onduidelijkheid gepaard gaat.³³⁹ In de praktijk zal het voor een notaris namelijk bijna onmogelijk zijn te controleren welke informatie heeft geleid dat het BFT hem en zijn notariskantoor versterkt in de gaten houdt.³⁴⁰ Het BFT is in zijn taak als toezichthouder gebonden aan een beroepsgeheim over alle informatie die het ter invulling van zijn taak verkrijgt, zo stelt art. 110 lid 8 Wna. In de praktijk zal de notaris door deze geheimhoudingsplicht van het BFT geen inzicht kunnen verkrijgen in informatie op grond waarvan hij als risicovol is gecategoriseerd, zodat voor de notaris nauwelijks is na te gaan of de informatie die het BFT ter zake van hem heeft vergaard daadwerkelijk klopt.³⁴¹ Het is immers denkbaar dat een bepaalde notaris die een slechte reputatie heeft in het notariaat door collega-notarissen in de gaten wordt gehouden en dat collega-notarissen bij het minste of geringste melding bij het BFT maken van bepaalde handelingen van die notaris. Dit is een voorbeeld van een tendens die in het notariële werkveld kan ontstaan, waardoor subjectieve signalen kunnen leiden tot een onnodige onderzoeksactie van het BFT. Deze werkwijze maakt dus dat de notaris geen inzage heeft in de informatie op basis waarvan het BFT hem aan een onderzoek onderwerpt. Dit betekent niet perse dat het BFT bij een toezichtsactie ook daadwerkelijk concrete risico's ziet. Het kan immers ook gaan om een algemeen, regulier, onderzoek. Desalniettemin doet de notaris er goed aan te beseffen dat het BFT ten aanzien van zijn persoon wellicht wel degelijk risico's ziet.³⁴² Een goede voorbereiding op de toezichtsactie (indien dit al wordt aangekondigd) is dan vereist.³⁴³

Via een WOB-verzoek ex art. 3 WOB zou het BFT, als bestuursorgaan, eventueel gedwongen kunnen worden bepaalde informatie te verstrekken, zodat de notaris toch enige duidelijk heeft over signalen betreffende zijn notariskantoor of betreffende zijn persoon. Het is echter de vraag of een dergelijk verzoek zal worden ingewilligd, nu veel van de informatie onder de toezichtstaak van het BFT valt. De WOB bepaalt in een dergelijk geval dat informatie niet hoeft te worden verstrekt, indien het belang van toezicht zwaarder weegt dan het geven van openheid van zaken (art. 10 lid 2 WOB).

§ 7.4

Knelpunt IV: doorbreking notarieel beroepsgeheim

In hoofdstuk 6 is geconstateerd dat de wettelijke doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet geheel overeenstemt met Nederlandse jurisprudentie en dat de wetgever met de wettelijke verankering van het beroepsgeheim daarnaast het EVRM en jurisprudentie van het EHRM lijkt voorbij te gaan. Notarissen kunnen zich afvragen in hoeverre gehoor dient te worden gegeven aan de wettelijke doorbrekingsplicht die op hun, vanwege de herziene Wna, rust.³⁴⁴ Immers, art. 8 EVRM en het Niemetz-arrest van het EHRM bepalen dat de notaris niet zomaar kan worden verplicht zijn beroepsgeheim te doorbreken. Zeker gezien de rangorde van het EVRM, dat in rechtsbindende kracht boven nationale wetgeving uitstijgt, zullen notarissen zich achter het EVRM kunnen "verschuilen" tegen doorbreking van hun beroepsgeheim.³⁴⁵ De wetgever heeft door de wettelijke doorbrekingsplicht onduidelijkheid gecreëerd. Dit komt vooral doordat hij in de MvT behorende bij de herziene Wna over het EVRM geen uitspraken doet en aldus valt geen constatering te doen over hoe de wetgever de rol van het EVRM en het EHRM in dezen voor ogen heeft. Het blijft daarom afwachten op de eerste (tucht)rechterlijke uitspraak waarin het e.e.a. hierover moet worden verduidelijkt. Daarnaast is de communicatie hierover met cliënt van belang.³⁴⁶ Notarissen zullen moeten uitleggen dat de doorbreking van het beroepsgeheim betekent dat informatie die een cliënt aan de notaris in vertrouwen kenbaar maakt, niet langer is gevrijwaard van inzage door het BFT, de KNB en de tuchtrechter.³⁴⁷ Voor de notaris ligt hier de rol zijn cliënt hierover te informeren om verassingen voor

³³⁷ Van den Noort 2012, p. 924-925.

³³⁸ Van den Noort 2012, p. 926.

³³⁹ Van den Noort 2012, p. 926.

³⁴⁰ Van den Noort 2012, p. 926.

³⁴¹ Van den Noort 2012, p. 926.

³⁴² Van den Noort 2012, p. 926.

³⁴³ Van den Noort 2012, p. 926.

³⁴⁴ Van Rijkervorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 509.

³⁴⁵ Van Rijkervorsel-Teeuwen en Gribling 2012, p. 509.

³⁴⁶ Geertsema 2012, p. 510.

³⁴⁷ Geertsema 2012, p. 510-511.

de cliënt achteraf te voorkomen. De cliënt moet vooraf weten dat het BFT en de KNB in principe meekijken, zodat hij daarmee rekening kan houden. Dat dit laatste niet ten goede komt van de waarheidsvinding doordat de cliënt daardoor wellicht informatie achterhoudt, is een volgend knelpunt dat als gevolg van de wettelijke doorbreking van het notarieel beroepsgeheim kan worden verwacht.³⁴⁸ De notaris dient daarop, met al zijn ervaring en kundigheid, in te spelen.³⁴⁹

§ 7.5 Knelpunt V: toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb

7.5.1 Het legaliteitsbeginsel

In voorgaande hoofdstukken is geconstateerd dat het BFT en de KNB (en de onderzoekstuchtrechter in een tuchtrechtelijk vooronderzoek) de bevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb toekomen wanneer zij hun taken uitvoeren. Deze bevoegdheden overlappen elkaar in sommige gevallen (bijvoorbeeld art. 5:16 Awb en art. 5:17 Awb). Het is dan goed mogelijk dat het BFT of de KNB zich op een verkeerde wetsbepaling beroept, waardoor de notaris (of een derde) niet aan medewerking is gehouden. Immers, het legaliteitsbeginsel vereist van handelingen vanwege een overheidstaak altijd een (juiste) wettelijke grondslag. Ontbreekt die wettelijke grondslag of baseert het BFT dan wel de KNB zich op een verkeerde wettelijke grondslag, dan zal in de regel medewerking niet vereist zijn.³⁵⁰

Praktijkvoorbeeld S: verkeerde wettelijke grondslag

Het BFT betreedt het bedrijfsgebouw van notariskantoor S teneinde toezicht uit te oefenen op betreffend notariskantoor. Bij die betreding vordert het BFT inzage in documenten. Die vordering wordt door de toezichtambtenaar van het BFT op art. 5:16 Awb gebaseerd. Art. 5:16 Awb ziet echter slechts toe op het vorderen van inlichtingen en behelst niet de bevoegdheid van het BFT documenten in te zien. Moeten medewerkers van notariskantoor S nu inzage geven in de documenten of niet? In beginsel niet, want het BFT doet de inzagevordering op grond van een verkeerde wettelijke grondslag. Voor een goede relatie met het BFT is het echter verstandiger toch inzage te verschaffen, ook al wordt hierbij door het BFT de verkeerde wettelijke grondslag aangewend. Het vorderen van inzage is immers een bevoegdheid die het BFT ingevolge art. 5:17 Awb hoe dan ook toekomt.

Het voorbeeld dat in praktijkvoorbeeld S wordt aangehaald, betekent dat indien het BFT of de KNB zich op een verkeerde wetsbepaling beroept ter zake van een toezichtshandeling dit dus in principe geen verschil zou moeten maken. Immers, de bevoegdheid tot het vorderen van inzage in documenten is een bevoegdheid die het BFT krachtens art. 5:17 Awb hoe dan ook toekomt. Dat het BFT of de KNB zich, zoals in praktijkvoorbeeld S, beroept op een verkeerde wettelijke grondslag maakt dan niet uit. Het is voor hen die zich echter (principeel) bezwaard voelen³⁵¹ dat hierin een struikelblok kan liggen. Immers, moet men opkomen tegen verkeerd gebruik van de toezichtsbevoegdheden of is het toch verstandiger medewerking te verlenen aan een bepaalde bevoegdheid die het BFT of de KNB hoe dan ook heeft, maar die het respectievelijk zij in een bepaalde situatie op een verkeerde wettelijke grondslag baseert? Dit is een praktijkdilemma waar een notaris mee te maken kan krijgen. Hoe daarmee dient te worden gehandeld, kan in algemene zin niet worden gezegd. Eén opmerking is hierbij echter van belang: een coöperatieve notaris, zal in de regel meer gewaardeerd worden door het BFT (en door de KNB). Een obstructieve notaris kan te maken krijgen met een striktere aanpak door het BFT (en de KNB).³⁵²

Een ander knelpunt waarmee de notaris ter zake van het legaliteitsbeginsel kan worden geconfronteerd, is het volgende: in sommige gevallen kunnen de KNB en het BFT bepaalde zaken vorderen die buiten hun toezichtsbevoegdheden krachtens Afdeling 5.2 Awb vallen. Het gaat hier dan om het vorderen van bepaalde zaken c.q. handelingen waartoe voor het BFT dan wel de KNB geen wettelijke grondslag is gecreëerd en aldus zijn zij tot het vorderen van die zaken c.q. handelingen niet bevoegd. Het BFT of de KNB treedt in een dergelijk geval uit zijn respectievelijk haar bevoegdheden. Dit knelpunt is dus van een ander karakter dan het hierboven beschreven knelpunt omtrent het aanwenden van een verkeerde wettelijke grondslag ter zake van een bevoegdheid die het BFT of de KNB wel degelijk toekomt, maar welke bevoegdheid op een verkeerde wettelijke grondslag wordt gebaseerd. Ter verduidelijking van dit knelpunt volgt een praktijkvoorbeeld.

³⁴⁸ Geertsema 2012, p. 510-511.

³⁴⁹ Van Es 2011, p. 7.

³⁵⁰ Hoge Raad 24 december 2010, *LJN* BO0396.

³⁵¹ Bijvoorbeeld omdat zij vinden dat de overheid (waartoe ook het BFT en de KNB horen) zich conform de wet dient te handelen.

³⁵² De Moor-van Vugt en Wessel 2011, p. 223.

Praktijkvoorbeeld T: ongeoorloofde vorderingen door het BFT

Het BFT voert een toezichtsactie uit bij notariskantoor K. Het BFT vordert ex art. 5:17 Awb inzage in een financieel document. Het betreffende document ligt echter in de woning van medewerker L. De toezichtambtenaar van het BFT vordert op grond van art. 5:17 Awb jo. art. 5:20 lid 1 Awb dat medewerker L zijn toestemming verleent zijn woning te betreden om dat financiële document in te zien. Dit is echter niet mogelijk, omdat noch art. 5:17 Awb noch art. 5:20 lid 1 Awb in die bevoegdheid voor het BFT voorziet. Noch is er een bijzondere wet die het BFT de bevoegdheid verleent tot het betreden van een woning, voor zover die woning op geen enkele manier verband houdt met de zakelijke kantoorvoering van notariskantoor K.

Praktijkvoorbeeld T geeft dus aan dat het BFT of de KNB geen handeling kunnen vorderen, indien de wet hen daartoe geen mogelijkheid biedt. Dat zou naast schending van het legaliteitsbeginsel machtsmisbruik ex art. 3:3 Awb (*détournement de pouvoir*) opleveren. In tegenstelling tot het eerdergenoemde knelpunt aangaande het legaliteitsbeginsel is het in een situatie zoals omschreven in praktijkvoorbeeld T wel van belang hiertegen te protesteren en medewerking te weigeren. Toezicht moet immers via de spelregels van de wet verlopen en medewerking verlenen aan vorderingen waarin de wet het BFT of de KNB niet voorziet (sterker nog, de werkwijze van het BFT zoals omschreven in praktijkvoorbeeld T is ingevolge art. 3:3 Awb verboden) zou om die reden ongewenst zijn.

7.5.2 Onduidelijkheid ter zake van de inhoud van de toezichtsbevoegdheden

Voorts kan voor de notaris, zeker in het beginstadium van de herziene rol die de verschillende actoren binnen het notariële werkveld toekomt, onduidelijkheid ontstaan met betrekking tot de verplichtingen die op hem rusten.³⁵³ Zo is de inlichtingenverordening een redelijk diffuse bevoegdheid waarover ook in jurisprudentie niet altijd één lijn wordt gevolgd.³⁵⁴

§ 7.6 Knelpunt VI: de bestuurlijke boete**7.6.1 De verwijtbaarheid en de onderzoeksplicht**

Zoals in § 4.3 is vermeld, vereist het opleggen van een bestuurlijke boete de verwijtbaarheid van degene die een norm overtreedt. Tot 2006 was de Hoge Raad³⁵⁵ van mening dat indien een derde, en dus niet de notaris, met mogelijke opzet en grove schuld dusdanig handelde waardoor de notaris dientengevolge een norm overtrad, de notaris als eindverantwoordelijke en normadressaat toch het verwijt kon worden gemaakt dat hij de norm overtrad. Voor die overtreding zou de notaris dan ook sanctioneerbaar zijn en aldus was het dan mogelijk aan hem een bestuurlijke boete op te leggen.³⁵⁶ Alleen in die gevallen waarin de notaris kon aantonen dat hij in redelijkheid niet hoefde te twijfelen aan de door de derde gegeven informatie kon de notaris zich vrijwaren van een bestuurlijk boete, zo stelde Hoge Raad.³⁵⁷ Van dit standpunt is de Hoge Raad in 2006 teruggekomen, omdat hij zijn eerdere standaardregel zoals hierboven beschreven in strijd achtte met art. 6 lid 2 EVRM, in welk verdragsartikel eenieder het recht op een eerlijk proces wordt gegarandeerd en dat met zich meebrengt dat alleen diegene kan worden gestraft wiens schuld aan een overtreding in rechte is komen vast te staan.³⁵⁸ De moeilijkheid van deze constructie kleefte hierbij aan de onderzoeksplicht die op de notaris rust.³⁵⁹ Weliswaar is de notaris niet sanctioneerbaar indien hem redelijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt, dit betekent wel dat de notaris steeds dient te onderzoeken in hoeverre de verstrekte informatie juist is en in hoeverre hij daarop in redelijkheid kan vertrouwen.³⁶⁰

Praktijkvoorbeeld U: het advies

Notaris U vraagt aan advieskantoor V, dat o.a. is gespecialiseerd in het beoordelen van bepaalde gebeurtenissen als zijnde incident in de zin van art. 25a Wna, advies over een bepaalde gebeurtenis en over of deze al dan niet dient te worden gemeld bij het BFT. Na een inventarisatie van de gebeurtenis in de praktijkvoering van notaris U komt advieskantoor V tot het advies dat de gebeurtenis niet hoeft te worden gemeld, omdat de gebeurtenis niet onder de reikwijdte van art. 25a Wna valt. Eén jaar later wordt notaris U door het BFT aan een controle onderworpen, waarbij het BFT constateert dat de gebeurtenis wel degelijk had moeten worden gemeld. Voor het nalaten hiervan legt het BFT notaris U een bestuurlijke boete op. Notaris U maakt hiertegen bezwaar bij het BFT, omdat hij van mening is dat hem geen verwijt valt te maken nu hij over het al dan niet melden van de gebeurtenis

³⁵³ Zie bijlage A: interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, onder punt 13.

³⁵⁴ Barkhuysen, Polak e.a. 2009, p. 467.

³⁵⁵ Hoge Raad 1 december 2006, L.J.N. AU7741.

³⁵⁶ De situatie vóór 2006 ter zake van de verwijtbaarheid met betrekking tot het opleggen van een bestuurlijke boete is in die zin niet relevant, omdat in die periode het BFT, de KNB noch de tuchtrechter een bestuurlijke boete kon opleggen. Nu die mogelijkheid vanaf 1 januari 2013 voor het BFT wel bestaat, is het toch van belang het standpunt van de Hoge Raad van vóór 2006 in dezen te schetsen, omdat na 2006 hieromtrent een belangrijke jurisprudentiële wijziging heeft plaatsgevonden. Vandaar dat ervoor is gekozen hypothetisch te schetsen hoe het zou zijn indien het BFT vóór 2006 al bevoegd zou zijn een bestuurlijke boete op te leggen.

³⁵⁷ Hoge Raad 1 december 2006, L.J.N. AU7741.

³⁵⁸ Hoge Raad 1 december 2006, L.J.N. AU7741.

³⁵⁹ Møller 2007, p. 115-116.

³⁶⁰ Møller 2007, p. 115-116.

advies heeft gevraagd bij advieskantoor V en dat hij op die informatie redelijkerwijs had mogen vertrouwen. Het BFT verklaart het bezwaar ongegrond, omdat het van mening is dat notaris U beter had moeten nagaan in hoeverre advieskantoor V daadwerkelijk in staat was de gebeurtenis te beoordelen. Aldus komt het BFT tot het standpunt dat notaris U zijn onderzoeksplicht heeft nagelaten en dus wel degelijk een verwijt kan worden gemaakt. In een latere gerechtelijke procedure oordeelt de bestuursrechter dat het besluit van het BFT de bestuurlijke boete in stand te laten, gezien zijn argumentatie inzake de verwijtbaarheid van notaris U, niet onrechtmatig is.

Zoals praktijkvoorbeeld U aangeeft, dient de notaris dus steeds zijn onderzoeksplicht naar door derden verstrekte informatie in acht te nemen. Hoever die onderzoeksplicht strekt, is niet in algemene termen te vervatten, zodat daar nog onduidelijkheid over bestaat.³⁶¹ Deze onduidelijkheid zal komende tijd door jurisprudentie moeten worden weggenomen, in die zin dat de rechtspraak moet concretiseren wat in de notariële context valt onder de onderzoeksplicht van de notaris.

7.6.2 Financieel belang van het BFT bij sanctionering van geconstateerde overtredingen

De geïnde bedragen vanwege de bestuurlijke boete³⁶² komen ten gunste van de schatkist van het BFT (art. 5:10 Awb). Het BFT zou daardoor op grond van opportunistische redenen kunnen kiezen de bestuurlijke boete te verkiezen boven een last onder dwangsom, ook als een geconstateerde overtreding zich leent voor herstel.³⁶³ De notaris dient hierop bedachtzaam te zijn en steeds aan te geven bij het BFT, indien naar zijn mening het BFT opportunistisch handelt bij het opleggen van een bestuurlijke boete.

7.6.3 Deskundigheid van het BFT bij het opleggen van een bestuurlijke boete

Ook voor het BFT is het bestuursrechtelijk sanctie-instrumentarium nieuw. Dat betekent dat binnen het BFT mensen moeten worden opgeleid die in de praktijk kundig moeten worden met het opleggen van boetes en hierbij tevens uitgebreide kennis moeten nemen van de rechten en waarborgen die de wet- en regelgeving aan de notaris biedt ten aanzien van het opleggen van een bestuurlijke boete.³⁶⁴ De MvT behorende bij de invoering van de bestuurlijke boete verklaart reeds dat de basisvoorwaarde voor bestuursorganen is dat over voldoende kennis wordt beschikt voordat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd.³⁶⁵ Niet is bekend hoe het BFT hieraan gaat werken. Voorop moet in ieder geval worden gesteld dat de notaris steeds moet nagaan in hoeverre een bestuurlijke boete aan hem is opgelegd met in acht neming van de waarborgen die daarvoor gelden. Dat betekent dat ook de notaris zich tot op zekere hoogte meester moet maken van de bepalingen met betrekking tot de rechten en waarborgen (bijvoorbeeld het geven van de cautie en dergelijke) wanneer het BFT een bestuurlijke boete oplegt. Zeker in die gevallen waarbij hoge boetebedragen worden opgelegd, is kennis van de waarborgen vereist, wil een notaris met succes op kunnen komen tegen een bestuurlijke boete.³⁶⁶ Het knelpunt ligt in dezen dus in de (mogelijk) gebrekkige deskundigheid van de notaris op het gebied van bestuursrechtelijke sancties, zodat hij niet altijd controle kan uitvoeren op de procedure die gemoeid is met de bestuurlijke boete. De rechtspraak is zeer duidelijk over onkundige handelingen van een bestuursorgaan met betrekking tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Wanneer niet kundig wordt gehandeld door een bestuursorgaan, is dat een zeer kwalijke zaak en zal dientengevolge het besluit tot oplegging van een bestuurlijke boete moeten worden herzien.³⁶⁷ Mede gelet op dit standpunt van de rechtspraak is het van belang dat de notaris weet wanneer het BFT (on)kundig handelt, zodat hij hiertegen kan opkomen.

§ 7.7 Knelpunt VII: vertrouwelijkheid van het peer review

Uitgangspunt bij het peer review is dat deze vertrouwelijk is en dat informatie verkregen door middel van het peer review in beginsel niet wordt gedeeld met derden. De KNB erkent dat dit uitgangspunt niet door elke peer reviewer juist wordt gehanteerd.³⁶⁸ Hoewel zij vindt dat kennis delen een belangrijk onderdeel is van kwaliteitsbevordering, moet het delen van kennis wel functioneel ingegeven zijn.³⁶⁹ Voor notarissen is dit een knelpunt in die zin dat zij niet optimaal zijn gewaarborgd tegen oneigenlijke

³⁶¹ Drok 2008, p. 17-20.

³⁶² En overigens ook vanwege een verbeurde dwangsom (art. 5:10 Awb).

³⁶³ Ook de Raad van State heeft dit in zijn advies opgemerkt ten tijde van de invoering van de bestuurlijke boete. Zie: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 4.

³⁶⁴ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p.119-120.

³⁶⁵ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p.119.

³⁶⁶ Een advocaat kan hierin uitkomst bieden. Art. 6 EVRM geeft de notaris het recht op een kosteloze advocaat van overheidswege. Dit is alleen het geval bij een bestuurlijke boete.

³⁶⁷ Gerechtshof Den Haag 8 december 2006, *LJN* AZ6444. Zie hierin met name rechtsverweiging 6. Hoewel deze uitspraak de Belastingdienst betrof, zijn er geen signalen dat deze rechtsregel ten aanzien van het BFT anders moet worden opgevat, zodat dit arrest tevens werking heeft in de notariële praktijk.

³⁶⁸ Diks en Minkjan 2012, p. 15.

³⁶⁹ Diks en Minkjan 2012, p. 15.

verspreiding van informatie over hun notariskantoor.³⁷⁰ Notarissen moeten zich daardoor bewust zijn van het feit dat (gevoelige) informatie terecht kan komen bij personen die daarvan ge- en misbruik kunnen maken.

7.7.1 Samenwerking KNB met BFT en de tuchtrechter

Ook de rol die het BFT en de tuchtrechter in het peer review spelen, kan worden aangemerkt als een knelpunt. Immers, in hoeverre moet de notaris uitgaan van het vertrouwelijke karakter van het peer review en in hoeverre zal de notaris zich niet bezwaard voelen open te zijn tijdens het peer review als hij weet dat het BFT en de tuchtrechter op de achtergrond meekijken.³⁷¹ Hierin schuilt een valkuil, omdat vertrouwelijke informatie door de KNB te allen tijde kan worden neergelegd bij het BFT dan wel de tuchtrechter als daar aanleiding toe bestaat.³⁷² In welke gevallen “daartoe aanleiding” bestaat, wordt door de KNB niet nader gespecificeerd, waardoor ook ten aanzien van dat criterium onduidelijkheid bestaat.³⁷³ Tevens kan door deze informatie-uitwisseling de notaris terughoudender zijn in het geven van informatie aan de peer reviewer. Dit kan een knelpunt opleveren, omdat de notaris alle informatie moet verschaffen aan de peer reviewer; het nalaten van het geven van informatie die belangrijk is voor het peer review kan betekenen dat het BFT een tuchtrechtelijke procedure initieert. De notaris moet hierop bedachtzaam zijn.

§ 7.8 Knelpunt VIII: de nieuwe klachten- en geschillenprocedure

Met de komst van een nieuwe klachten- en geschillenregeling dient de notaris zijn cliënt te wijzen op deze verandering, zo volgt uit art. 5 Vkg. Veel notarissen zullen daardoor hun algemene voorwaarden moeten aanpassen nu de KNB in art. 5 Vkg heeft bepaald dat in de algemene voorwaarden voortaan de klachten- en geschillenregeling zoals in § 5.3 is uiteengezet expliciet van toepassing moeten verklaren op hun dienstverlening. Het is voor notarissen van belang dit goed met cliënten te communiceren om vervelende gevolgen achteraf te voorkomen. Die vervelende gevolgen kunnen liggen in de onkunde van de cliënt, waardoor hij een klacht dan wel een geschil bij de verkeerde instantie aanhangig maakt. Als de notaris de cliënt niet op juiste wijze heeft geïnformeerd over de te volgen klachten- en geschillenprocedure kan hij daarop worden afgerekend voor hetzij de Geschillencommissie Notariaat, hetzij de tuchtrechter.³⁷⁴ Duidelijkheid naar de cliënt toe over deze nieuwe procedure is daarom vereist en het is dan ook zaak de algemene voorwaarden zo snel mogelijk te herzien of aan te vullen met een bepaling waarin de notaris kenbaar maakt dat de Geschillencommissie Notariaat van toepassing is op zijn dienstverlening.³⁷⁵ De KNB adviseert notarissen de volgende bepaling in hun algemeen voorwaarden op te nemen: “*op onze dienstverlening is de klachten- en geschillenregeling notariaat van toepassing*”.³⁷⁶ Met deze bepaling zouden notarissen volgens de KNB voorlopig kunnen volstaan, zodat voor nu dit knelpunt zo min mogelijk negatieve gevolgen heeft op de relatie notaris-client.

§ 7.9 Deelconclusie

Vastgesteld is dat het gewijzigde toezichtstelsel een aantal knelpunten met zich meebrengt. Deze knelpunten zijn vooral gelegen in de volgende aspecten van het gewijzigde toezicht:

- onaangekondigd toezicht;
- onduidelikheden in de incidentenmelding;
- de informatiepositie van het BFT;
- de onduidelijkheid over de doorbreking van het beroepsgeheim in het licht van het EVRM;
- onduidelijkheid over de Awb-bevoegdheden van het BFT en de KNB;
- de verwijtbaarheid met betrekking tot de bestuurlijke boete;
- de vertrouwelijkheid van het peer review;
- communicatie met cliënt ter zake van de nieuwe klachten- en geschillenbehandeling.

³⁷⁰ Diks en Minkjan 2012, p.15-16.

³⁷¹ Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

³⁷² Zie bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2.

³⁷³ De aanleiding voor het neerleggen van informatie bij het BFT dan wel de tuchtrechter gebeurt door het KNB in uiterste gevallen, waarin het notarisambt wordt geschaad. Nergens wordt echter gespecificeerd door de KNB welke gevallen dit dan zijn (zie tevens bijlage B: interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, onder punt 2, waaruit een soortgelijke strekking volgt).

³⁷⁴ Een cliënt kan ingevolge art. 99 lid 1 Wna een klacht indienen bij de Kamer voor het Notariaat over de wijze waarop de notaris de cliënt heeft voorzien in informatie over de te volgen procedure.

³⁷⁵ Minkjan 2012, p. 38.

³⁷⁶ Geschillencommissie Notariaat (<www.notarisnet.notaris.nl>; geraadpleegd op 15 april 2013: alleen toegankelijk voor abonnees).

Hoofdstuk 8 **Conclusies en aanbevelingen**

Dit hoofdstuk vormt het slotstuk van deze scriptie. In voorgaande hoofdstukken zijn verschillende aspecten van het gewijzigde toezicht aan een nadere beschouwing onderworpen. In dit hoofdstuk staan de conclusies die uit die nadere beschouwing van het gewijzigde toezicht op het notariaat zijn getrokken centraal. De centrale vraag wordt beantwoord, alsmede volgen enkele aanbevelingen.³⁷⁷

§ 8.1 Conclusies

Op de centrale vraag *welke juridische gevolgen brengt het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat zoals dit in werking is getreden per 1 januari 2013 teweeg voor de praktijkvoering van MWN te Eindhoven?* wordt geantwoord dat uit het verrichte onderzoek is gebleken dat het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat ingrijpende gevolgen met zich meebrengt voor de notariële praktijk en dat deze gevolgen ook binnen MWN merkbaar zullen zijn. Aan dit antwoord liggen de hierna te bespreken bevindingen ten grondslag.

Vastgesteld is dat het BFT in het nieuwe toezichtstelsel op het notariaat integraal risicogericht toezicht uitoefent. Dit betekent dat het BFT op basis van signalen uit de notariële praktijk overgaat tot een nader onderzoek, indien die signalen daartoe aanleiding geven. Het BFT houdt preventief toezicht, zodat misstanden in een eerder stadium kunnen worden ontdekt. Daardoor kan ook eerder worden ingegrepen, waardoor (verdere) schade ten aanzien van het notarisambt en de maatschappij wordt voorkomen. Het preventieve karakter van het nieuwe toezicht blijkt onder meer uit de nieuwe verplichting van notarissen een incidentenmelding ex art. 25a Wna te doen, indien zich een situatie voordoet die aanmerkelijk nadelige gevolgen kan hebben voor hun financiële positie.

Het BFT en de KNB hebben ingevolge art. 110 lid 1 Wna respectievelijk art. 61a lid 2 Wna de toezichtsbevoegdheden conform Afdeling 5.2 Awb. Het betreft de volgende toezichtsbevoegdheden:

- Het betreden van bedrijfspanden ex art. 5:15 Awb;
- Het vorderen van inlichtingen ex art. 5:16 Awb;
- Het vorderen van inzage in documenten, alsmede het kopiëren ervan ex art. 5:17 Awb.

Deze bevoegdheden kunnen ook tegen derden, die indirect betrokken zijn bij de notariële praktijk van een bepaalde notaris, worden opgeworpen. Medewerking aan deze bevoegdheden door eenieder tegen wie zij worden opgeworpen, is blijkens art. 5:20 lid 1 Awb verplicht. Het weigeren van medewerking aan deze bevoegdheden kan tot strafvervolgung ex art. 184 Sr leiden. Het BFT heeft met het gewijzigde toezichtstelsel daarnaast de mogelijkheid een bestuurlijke boete dan wel een last onder dwangsom op te leggen ten aanzien van overtredingen van de verplichtingen zoals neergelegd in art. 24 lid 1-4 Wna jo. art. 25a Wna. Het betreft hier administratieve overtredingen; overtredingen die de ethiek van het notarisambt schaden, dienen te worden neergelegd bij de tuchtrechter. Hij blijft exclusief bevoegd overtredingen ter zake van de ethische aspecten van het notarisambt te beoordelen en (eventueel) te sanctioneren. Overigens kan ook ten aanzien van een administratieve overtreding een tuchtrechtelijke procedure worden geïnitieerd. In dat geval vervalt het recht van het BFT bestuursrechtelijke sancties op te leggen (art. 111b lid 4 Wna jo. art. 99 lid 3 Wna).

Gebleken is voorts dat ook de rol van de KNB is versterkt. Dit uit zich in de volgende wijzigingen:

- Het peer review heeft in art. 61a Wna een wettelijke grondslag gekregen, waardoor het peer review een nog dwingender karakter heeft. Bovendien heeft de peer reviewer ingevolge art. 61a lid 2 Wna bij het uitvoeren van het peer review de bevoegdheden ex Afdeling 5.2 Awb.
- De KNB houdt ingevolge art. 5 Wna een centraal register voor het notariaat bij, waarin gegevens over notarissen (ook kandidaat en toegevoegd) worden opgenomen.
- De KNB kan door de redactionele wijziging van art. 107 Wna hoger beroep instellen; ook in een zaak waarin zij geen partij is en waarin partijen het nalaten hoger beroep in te stellen. Hierdoor kan de KNB meer rechtseenheid in de notariële praktijk bewerkstelligen.

Tevens heeft de KNB een nieuwe klachten- en geschillenregeling tot stand gebracht. Klagers kunnen na 1 januari 2013 niet meer terecht bij de Nationale ombudsman (art. 16a Wna). De procedure

³⁷⁷ Deze aanbevelingen strekken ertoe MWN zo goed mogelijk voor te bereiden op het gewijzigde toezichtstelsel. Een aantal aanbevelingen is echter van algemene strekking, zodat die aanbevelingen in principe gelden voor de notariële praktijk in zijn algemeenheid.

omtrent declaratiegeschillen bij de Ringvoorzitters vervalft eveneens. In plaats daarvan is een nieuwe Geschillencommissie Notariaat tot stand gebracht, waarbij klachten en geschillen aanhangig kunnen worden gemaakt. De tuchtrechter en de burgerlijk rechter blijven wel bevoegd van klachten c.q. geschillen kennis te nemen. Geconstateerd is dat vooral art. 5 Vkg een belangrijke wijziging in de notariële praktijkvoering vereist: notarissen moeten in hun algemene voorwaarden opnemen dat de klacht- en geschillenprocedure van de Geschillencommissie Notariaat op hun dienstverlening van toepassing is.

Een ander belangrijk gevolg dat uit het onderzoek is gebleken, heeft betrekking op het notarieel beroepsgeheim. Het gewijzigde toezichtstelsel brengt met zich mee dat de notaris en zijn medewerkers voortaan niet meer gehouden zijn tot geheimhouding tegenover het BFT, de KNB en de tuchtrechter. Om de vertrouwenspositie die de notaris in de maatschappij inneemt te garanderen, heeft de wetgever twee waarborgen ingebed in de doorbreking van het beroepsgeheim: de doelgebondenheid van de doorbreking en de afgeleide geheimhoudingsplicht. Gebleken is echter dat deze waarborgen onverlet laten dat de wettelijke verankering van doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet in lijn is met jurisprudentie van de Hoge Raad, omdat gebleken is dat de Hoge Raad in standaardjurisprudentie heeft bepaald dat de notaris steeds zelf de afweging maakt zijn beroepsgeheim al dan niet te doorbreken. Nog belangrijker in dezen is dat de wetgever lijkt voorbij te gaan aan art. 8 EVRM waarin het recht op privacy van burgers is gegarandeerd. Doorbreking van het notarieel beroepsgeheim is daarmee in strijd, omdat de noodzakelijkheid ervan door de wetgever niet is toegelicht. Daarnaast is blijkens jurisprudentie van het EHRM doorbreking van het beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars, zoals de notaris, niet in zijn algemeenheid mogelijk, omdat het EHRM heeft bepaald dat het beroepsgeheim van vrije beroepsbeoefenaars is omkleed met de waarborgen als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. Geconcludeerd kan aldus worden dat de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim niet geheel gerechtvaardigd lijkt. Jurisprudentie moet daarover nadere duidelijkheid geven. Met name zal door de (tucht)rechtspraak moeten worden verduidelijkt hoe de doorbreking van het beroepsgeheim in verhouding staat tot art. 8 EVRM. Vastgesteld is dat in dit stadium daarover geen nadere constatering kunnen worden gedaan.

Verder is gebleken dat met het nieuwe toezicht in de notariële praktijk een aantal knelpunten te verwachten valt, te weten:

- Het onaangekondigd toezicht kan voor notarissen problematisch zijn, omdat zij zich niet kunnen voorbereiden op het toezicht. Hierdoor kunnen kleine malversaties niet op tijd worden weggewerkt, zodat een kleine malversatie kan leiden tot een (bestuursrechtelijke) sanctie.
- Doordat het BFT een geheimhoudingsplicht heeft ten aanzien van informatie die het in zijn taak verkrijgt, kan de notaris geen informatie inwinnen over de signalen die hebben geleid dat het BFT de notaris als risicovol categoriseert. Hierdoor is niet na te gaan of de informatie die het BFT binnenkrijgt ook daadwerkelijk klopt. De notaris kan informatie in de "pretoezichtfase" daarom niet weerspreken. Dit kan leiden dat het BFT onnodige toezichtsacties uitvoert.
- De incidentenmelding bevat nog onduidelijkheden, omdat niet helder is wat onder "nadelige gevolgen" kan worden verstaan. Ook het feit dat een restcategorie in de incidentenmelding is opgenomen, maakt de incidentenmelding onduidelijk. De notaris zal daardoor steeds zelf moeten nagaan in hoeverre een gebeurtenis die niet is opgesomd in art. 9 Rna valt onder de reikwijdte van de incidentenmelding ex art. 25a Wna.
- Niet duidelijk is hoe de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim in verhouding staat tot het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Gezien het EVRM en jurisprudentie van het EHRM kan vooralsnog worden geconcludeerd dat de notaris zich met een beroep daarop kan onttrekken aan de wettelijke doorbreking van het notarieel beroepsgeheim.
- De inhoud van de Awb-verplichtingen kan soms onduidelijk zijn, omdat notarissen hiermee over het algemeen (nog) niet bekend zijn.
- Het aspect verwijtbaarheid van de bestuurlijke boete kan diffuus zijn, omdat de notaris moet aantonen in hoeverre een aan hem toegeschreven overtreding niet aan hem te wijten is. Ook kunnen opportunistische redenen van het BFT en de ondeskundigheid van het BFT omtrent de bestuurlijke boete voor problemen zorgen in de praktische uitvoering ervan.
- Doordat het BFT en de tuchtrechter op de achtergrond van het peer review meekijken, kan de notaris geneigd zijn informatie voor de peer reviewer achterwege te laten.
- Vanwege de nieuwheid van de herziene klachten- en geschillenregeling kan het voor de notaris niet helder zijn welke instantie bevoegd is ter zake van een klacht c.q. geschil. Hierdoor kan hij de klager op een verkeerde procedure wijzen, waardoor dit hem toegerekend kan worden in de een eventueel te volgen (tuchtrechtelijke) procedure.

§ 8.2 Aanbevelingen

8.2.1 Aanbeveling I: stel een risicoanalyse aangaande de interne kantoorvoering op

Het is aan te bevelen een risicoanalyse op te stellen die in de interne kantoorvoering wordt gehanteerd. Het opstellen van deze analyse kan zelf worden gedaan, maar kan ook worden uitbesteed aan een persoon die meer deskundig is inzake risicomanagement. Een dergelijke risicoanalyse zou uit drie risicokernvelden moeten bestaan, te weten: financiën, kwaliteit en integriteit. Dit zijn de aspecten die het BFT toetst. Het is verstandig deze aspecten periodiek intern aan een controle te onderwerpen, zodat eventuele "mankementen" kunnen worden voorkomen dan wel kunnen worden beëindigd. Het is van belang dat de medewerkers van MWN met de risicoanalyse vertrouwd raken. De risicoanalyse zal daarom in het personeelsoverleg moeten worden betrokken, zodat iedereen binnen het notariaskantoor op de hoogte is van de kantoorrisico's met betrekking tot de financiën, kwaliteit en integriteit. Deze risicoanalyse kan ertoe bijdragen knelpunt I zoals beschreven in § 7.1 te voorkomen. Door de risicoanalyse worden die aspecten waaraan het BFT toetst constant bewaakt, zodat ook bij onaangekondigd toezicht MWN voorbereid is.

8.2.2 Aanbeveling II: win informatie in over bepaalde vraagstukken

Stel vragen aan het BFT over zaken die onduidelijk zijn. Houdt met enige regelmaat contact met het BFT; het BFT staat hiervoor open. Dit kan worden gedaan door middel van een vragenbrief, waarin over specifieke onduidelijkheden nadere informatie kan worden opgevraagd bij het BFT. Telefonisch contact met het BFT is ook mogelijk. Het BFT heeft in ieder arrondissement een accountmanager gestationeerd.³⁷⁸ Die accountmanager is het eerste aanspreekpunt. Door steeds contact te houden met het BFT kunnen wellicht signalen worden opgevangen die duiden op hoe het BFT MWN ziet en of het BFT ten aanzien van MWN bepaalde risico's ziet. Desgevraagd zal het BFT wellicht bereid zijn informatie te verschaffen over zijn toezichtsacties. Hoewel deze informatie waarschijnlijk niet concreet zal zijn, kan zo toch worden gepeild in hoeverre het BFT wellicht voornemens is controle uit te voeren. Ook is het aan te raden, indien dit nodig mocht zijn, de mogelijkheden waarin de WOB voorziet te benutten. Als vermeld, is het goed denkbaar dat het BFT het verschaffen van informatie zal weigeren door een beroep te doen op een zwaarwegend belang van het toezicht. Het is echter het proberen waard, nu deze wettelijke mogelijkheid bestaat. Tevens is het voor het knelpunt met betrekking tot de incidentenmelding van belang steeds vragen te stellen aan het BFT over en gebeurtenis waarvan niet met zekerheid kan worden gezegd of het inderdaad een incidentenmelding betreft. Door dit contact kan duidelijkheid worden verschaft over de incidentenmelding en kunnen sancties worden voorkomen.

8.2.3 Aanbeveling III: wacht nadere jurisprudentie af omtrent de invulling van de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim

In hoofdstuk 6 is aan bod gekomen dat in de herziene Wna in doorbreking van het notarieel beroepsgeheim is voorzien ten behoeve van het BFT en de KNB in de uitvoering van hun (toezichts)taken. Vastgesteld is dat nog veel onduidelijkheid bestaat met betrekking tot de wettelijke doorbrekingsgrond voor het notarieel beroepsgeheim. Het is vooralsnog echter aan te raden medewerking te verlenen aan het BFT en de KNB; ook indien daarbij vertrouwelijke informatie moet worden verschaft. Het is aan te raden nadere jurisprudentie over de doorbreking van het notarieel geheimhoudingsplicht af te wachten. Hierdoor wordt voorkomen dat ten onrechte wordt geweigerd vertrouwelijke informatie te verschaffen. Het uitlokken van een proefproces hieromtrent is niet aan te raden, aangezien hiermee veel tijd en geld is gemoeid.

8.2.4 Aanbeveling IV: wijzig de algemene voorwaarden

In de huidige algemene voorwaarden van MWN is geen bepaling opgenomen met betrekking tot een klachten- en geschillenprocedure, behalve dan dat de Nederlandse rechter exclusief bevoegd is kennis te nemen van klachten en geschillen (art. 7 algemene voorwaarde MWN).³⁷⁹ Gezien art. 5 Vkg, dat het verplicht stelt de nieuwe klachten- en geschillenregeling van toepassing te verklaren op de notariële dienstverlening, is het aan te raden zo snel mogelijk een bepaling in de algemene voorwaarden op te nemen waarin de regeling met betrekking tot de Geschillencommissie Notariaat van toepassing wordt verklaard op de dienstverlening van MWN. Het is verstandig de standaardzin zoals door de KNB is geformuleerd voorlopig aan te houden (zie § 7.8 voor de standaardzin).

³⁷⁸ Voor de Ring (arrondissement) Oost-Brabant, waarin MWN is gelegen, is dit dhr. J. (Jos) Hesselberth.

³⁷⁹ Algemene voorwaarden <www.markswachters.nl>; geraadpleegd op 29 april 2013).

8.2.5 Aanbeveling V: raak bekend met de Awb

In het herziene toezichtstelsel speelt de Awb een prominente rol. MWN doet er om die reden goed aan de Awb en alle verplichtingen en rechten die daaruit voortvloeien te bestuderen en deze zichzelf meer eigen te maken. Hiermee wordt voorkomen dat het BFT en de KNB vrij spel hebben, vanwege een onevenwichtige verhouding in de kennis over de Awb. Het (meer) bekend raken met de Awb zou kunnen worden bereikt door een abonnement te nemen op een bestuursrechtelijk tijdschrift of het eventueel volgen van cursussen hierover.³⁸⁰ In bijlage E is door de onderzoeker een overzicht opgesteld waarin de verplichtingen en rechten van de notaris bij de toezichtsbevoegdheden en sanctionering zijn opgenomen. Dit overzicht biedt alvast enige houvast met betrekking tot verplichtingen en rechten die de notaris in de Awb heeft.

8.2.6 Aanbeveling VI: neem bij informatie van derden de zorgplicht in acht

Vooropgesteld moet worden dat bij een handeling op basis van informatie van een derde altijd de zorgplicht in acht moet worden genomen. Het is aan te raden steeds kundig te kijken naar de betrouwbaarheid van verstrekte informatie. Over de wijze waarop dat het beste dient te gebeuren, kan in zijn algemeenheid geen aanbeveling worden gedaan. Enkele maatstaven die kunnen worden meegewogen bij de betrouwbaarheid van door derden verstrekte informatie kunnen worden opgemaakt uit het volgende:

- Wat is de maatschappelijke positie van de derde die de informatie verstrekt? (komt de informatie van een instituut of persoon met maatschappelijk aanzien, zoals de Belastingdienst, het Kadaster, de KNB etc. of is het informatie van bijvoorbeeld een adviesbureau. Is dat laatste het geval, dan zal de notaris nog beter moeten nagaan in hoeverre de gegeven informatie klopt).
- Bij twijfel dient altijd een dubbele controle te worden uitgevoerd naar de gegeven informatie, zodat de juistheid zo veel mogelijk gegarandeerd wordt.

Tevens is het hier aan te raden alle bewijsstukken waaruit blijkt dat de zorgplicht is uitgevoerd te bewaren, zodat mocht een bestuurlijke boete volgen, kan worden aangetoond dat geen verwijt valt te maken aan MWN. Zodoende kan een bestuurlijke boete achterwege blijven.

8.2.7 Slotaanbeveling: voer een nader onderzoek uit

De in deze scriptie vervatte onderzoeksresultaten geven een inzichtelijk beeld in de nieuwe plichten en rechten die de notaris heeft in het nieuwe toezichtstelsel. Aan de hand daarvan zijn de hierboven gedane aanbevelingen tot stand gekomen die toezien op het juridische aspect van de praktijkvoering van MWN. Gezien het beperkte tijdsbestek dat gegeven is voor het onderzoek en gezien de juridische achtergrond van de onderzoeker bevat deze scriptie echter geen aanbevelingen met betrekking tot het adequaat inrichten van de bedrijfsprocessen en andere organisatorische aspecten. Een nader onderzoek naar de bedrijfsprocessen binnen MWN is echter vereist om adequaat te kunnen inspringen op dat aspect van het integraal toezicht zoals het BFT dat houdt. Dit vervolgonderzoek zou moeten worden verricht door een onderzoeker die kennis heeft van managementprocessen. Deze scriptie biedt een sterk fundament de bedrijfsprocessen aan een nader onderzoek te onderwerpen en te bekijken in hoeverre die bedrijfsprocessen in het licht van het gewijzigde toezichtstelsel voldoen. Met andere woorden: in dit onderzoek is de vertaalslag gemaakt van de juridische kaders van het gewijzigde toezicht naar de juridische praktijk. Het is echter van belang door een nader onderzoek ook de vertaalslag te maken van de juridische kaders zoals geschetst in deze scriptie naar de managementpraktijk, zodat ook op dat gebied MWN duidelijkheid heeft over de stand van zaken. Deze scriptie biedt in dat kader een goede basis waarop voortgeborduurd kan worden.

Tevens verdient hier de aanbeveling een nader onderzoek te verrichten naar de te verwachten knelpunten. De knelpunten zoals in hoofdstuk 7 geconstateerd, zijn gebaseerd op een aanname die tot stand is gekomen op basis van literatuuronderzoek en casestudy. Het is verstandig naar die knelpunten over een aantal jaar (of in ieder geval nadat MWN is onderworpen aan een toezichtsactie) nader onderzoek te verrichten, zodat kan worden getoetst of deze knelpunten daadwerkelijk zijn ingetreden. Alsmede kan aan de hand van dat nadere onderzoek de lijst van knelpunten worden aangevuld, ingekort of anderszins worden herzien. Door een nader onderzoek te verrichten naar de knelpunten kan MWN bepalen in hoeverre op eventuele knelpunten nadere aanpassingen van de interne praktijkvoering noodzakelijk is. Hierdoor blijft MWN up-to-date en kunnen sancties worden voorkomen.

³⁸⁰ Het NTB is een goed voorbeeld van een dergelijk tijdschrift waarin verschillende thema's met betrekking tot bestuursrechtelijke handhaving worden behandeld. Ook wordt relevante jurisprudentie daaromtrent besproken.

Hoofdstuk 9 **Evaluatie van het onderzoek**

Gedurende het onderzoek is de theorie uitgebreid betrokken, zodat een helder kader is geschetst waarbinnen de wijzigingen zich afspelen. Daarnaast is steeds vanuit die theorie de vertaalslag gemaakt naar de notariële praktijk, zodat duidelijk is gemaakt welke praktijkgevolgen het toezicht met zich meebrengt. De vertaalslag van theorie naar praktijk verliep bij sommige onderwerpen stroef. Dit lag met name in het feit dat het gewijzigde toezicht op het notariaat nog nieuw is, waardoor (nog) geen duidelijke praktijkgevallen beschikbaar waren. Het referentiekader was in die zin enigszins beperkt. Ook jurisprudentie inzake het nieuwe toezicht was gedurende het onderzoek niet beschikbaar. Toch is aan de hand van verschillende praktijkvoorbeelden, die deels gebaseerd zijn op interviews, de theorie en het inzicht van de onderzoeker, de praktische toepassing van verschillende theoretische leerstukken goed tot haar recht gekomen. Voorts is de inventarisering van de te verwachten knelpunten niet geheel probleemloos verlopen, omdat ook in dit geval gold dat nog weinigen praktijkervaring met het gewijzigde toezicht hebben. Hierdoor is op basis van een literatuurstudie en een casestudy gekomen tot een aantal knelpunten dat wellicht kan ontstaan als gevolg van het gewijzigde toezichtstelsel op het notariaat.

Het onderzoek is in hoofdlijnen uitgevoerd conform onderzoeksplan. Van sommige aspecten van het onderzoeksplan is echter afgeweken. Zo is de vraag met betrekking tot de wijzigingen in het tuchtrecht komen te vervallen, omdat de wijzigingen in het tuchtrecht vooral organisatorisch van aard bleken te zijn. Tevens is het tuchtrecht, daar waar het tuchtrecht van belang was voor het onderzoek, aangehaald in de verschillende hoofdstukken van deze scriptie, zodat een aparte bespreking ervan een herhaling van zetten zou opleveren. Verder is een nieuwe deelvraag in het onderzoeksplan geformuleerd. Deze deelvraag betrof een aparte bespreking van de gevolgen die het gewijzigde toezicht voor het notarieel beroepsgeheim teweeg zou brengen. Naar mate het onderzoek vorderde, bleek namelijk dat het notarieel beroepsgeheim dermate onderhevig is aan wijzigingen dat een aparte en uitgebreide bespreking ervan in deze scriptie gepast is.

Doordat veel informatie beschikbaar was met betrekking tot het te onderzoeken onderwerp, is door de onderzoeker een selectie gemaakt van die bronnen die het meest geschikt bleken voor het onderzoek. De grote hoeveelheid aan informatie heeft echter gezorgd voor een vlot verloop van het onderzoek.

Het onderzoek bleek in de loop der tijd omvangrijker dan vooraf ingeschat, waardoor ook het aantal pagina's van de scriptie het maximumaantal pagina's dat door de opleiding voor de scriptie is gegeven overschrijdt. Gezien het omvangrijke onderzoek dat is verricht, is die overschrijding echter verantwoord. De onderzoeksresultaten formuleren binnen het gegeven maximumaantal pagina's zou de kwaliteit van het onderzoek tekort doen.

Op basis van de bevindingen die zijn gedaan in het onderzoek is een aantal aanbevelingen gedaan aan MWN, zodat MWN op een adequate wijze kan inspelen op het gewijzigde toezicht. De aanbeveling zijn ten behoeve van MWN gedaan, maar kunnen in principe voor elk notariskantoor bruikbaar zijn. Gezien de afbakening van het onderzoek en de betrouwbaarheid van de geraadpleegde bronnen zijn de aanbevelingen, die op basis van hetgeen naar voren is gekomen uit het verrichte onderzoek, verantwoord en goed bruikbaar voor de notariële praktijk. Hierbij moet worden vermeld dat de in deze scriptie vervatte onderzoeksresultaten zich toespitsen op de juridische gevolgen van het gewijzigde toezicht. De gevolgen voor bijvoorbeeld bedrijfsprocessen binnen een notariskantoor zijn in dit onderzoek niet aan bod gekomen.

Lijst van geraadpleegde bronnen

ARTIKELEN

Banning 2008

C. Banning, 'Notaris met tegenzin koopman', *NRC* 27 mei 2008.

Barkhuysen 2002

mr. T. Barkhuysen, 'Het betreden van bedrijfsruimten aan banden gelegd op grond van art. 8 EVRM?', *NTB*, augustus 2002, p. 236-241.

Barkhuysen en Claessens 2012

prof. mr. T. Barkhuysen en M. Claessens, 'Naar een "slagvaardiger" bestuursrecht met de Wet aanpassing bestuursrecht?', *Ars Aequi*, februari 2012.

De Moor-Van Vugt en Wessel 2011

prof. mr. dr. A.J.C. de Moor-Van Vugt en mr. drs. M.W. Wessel, 'Systeem in het financiële toezicht', *RegelMaat*, december 2011, p. 213-229.

Drok 2008

mr. D.M. Drok, 'Bestuurlijke boete: de gevolgen in de praktijk', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht*, 1 december 2008, p. 17-25.

Geertsma 2012

mr. J.G. Geertsma, 'Het notarieel beroepsgeheim op de tocht, burger in de kou', *WPNR*, 30 juni 2012, p. 502-515.

Hillen-Muns 2009

mr. M.I.W.E. Hillen-Muns, 'Inleiding bij: Wet op het notarisambt', *Lexplicatie* 2009, p. 1-4.

Hoeflaken 2012

W. Hoeflaken, 'Tuchtrecht en toezicht: de belangrijkste veranderingen', *Notariaat Magazine*, 1 november 2012, p. 14-15.

Hopmans 2011

mr. J.P.W.V. Hopmans, 'Ambtsuitoefening door de notaris', *Rechtspraak Notariaat Special*, 15 februari 2011, p. 28-38.

Lekkerkerker 2008

mr. G.J.C. Lekkerkerker, 'De notaris, zijn beroepsgeheim en het strafrecht; de beschikkingen van 30 oktober 2007', *JBN*, 5 april 2008, p.15-16.

Minkjan 2012

mr. E.E. Minkjan, 'Declaratiegeschillen naar geschillencommissie', *Notariaat Magazine*

Møller 2007

mr. L.H.E. Møller, 'Knelpunten in het fiscale boeterecht', *Sdu Fiscale en Financiële Uitgevers*, 2007, p. 115-126.

Roes 2008

prof. mr. drs. J.S.L.A.W.B. Roes, 'Wat is tuchtrecht?' *WPNR*, 6 november 2008.

Timmer 2012

mr. E. Timmer, 'Notaris heeft verschoningsrecht ten opzichte van Bureau Financieel Toezicht (BFT)', uitspraak Notariskamer 22 november 2011', *Ellentimmer Wordpress*, 22 maart 2012.

Van den Noort 2012

mr. H.J. van den Noort, 'Toezicht en handhaving door het BFT', *WPNR*, 15 december 2012, p. 923-931.

Van Es 2011

mr. P.C. van Es, 'De beperking van de notariële geheimhoudingsplicht in het Westvoorstel Hammerstein', *JBN*, 23 mei 2011, p. 6-8.

Van Rijckevorsel-Teeuwen en Gribling 2012

mr. E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen en mr. D.M.S. Gribling, 'Wetswijziging Wna: afschaffing geheimhoudingsplicht gerechtvaardigd?', *WPNR*, 30 juni 2012.

Vermeulen 2012

mr. G.P. Vermeulen RA, 'Voorwoord directie', *Toezicht*, achtste jaargang 2012.

Waaier 2010

prof. mr. B.C.M. Waaier, 'De goede notaris', *WPNR*, 25 september 2010, p. 677-681.

Wisse 2012

mr. R. Wisse, 'Integraal toezicht op het notariaat', *Toezicht*, achtste jaargang 2012.

Wisse 2011

mr. R. Wisse, 'Toezicht op kwaliteit en integriteit in het notariaat', *JBN*, 23 mei 2011, p. 5-29.

BOEKEN**Adriaansen 2004**

mr. M.P.L. Adriaansen, *Beginnelen van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Barkhuysen, Polak e.a. 2009

prof. mr. T. Barkhuysen, prof. mr. J.E.M. Polak e.a., *AB Klassiek*, Deventer: Kluwer 2009.

Blomberg 2006

prof. mr. A.B. Blomberg, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006.

Bravenboer 2009

dr. M. Bravenboer, *Fiscaal overgangsbeleid*, Deventer: Kluwer 2009.

Bröring 2005

mr. H.E. Bröring, *De bestuurlijke boete*, Deventer: Kluwer 2005.

De Hullu 2009

mr. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

De Jong 2008

mr. C.J. de Jong, *Zorgplicht bij assurantiebemiddeling*, Deventer: Kluwer 2008.

Duijst 2008

mr. drs. W.L.J.M. Duijst, *Beroepsgeheim en verschoningsrecht: handboek voor de advocaat, medisch hulpverlener, notaris en geestelijke*, Den Haag: Sdu 2008.

Gerver en Reinhartz 2005

prof. mr. P.H.M. Gerver en prof. mr. B.E. Reinhartz, *100 jaar notarieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2005.

Jansen 2011

mr. O.J.D.M.L. Jansen, *De bestuurlijke boete in het financieel bestuursrecht – enkele opmerkingen*, Deventer: Kluwer 2011.

Krol 2005

mr. W.J.R. Krol, *Checklists en leidraden juridische kwaliteitszorg*, Deventer: Kluwer 2005.

Melis 2003

mr. J.C.H. Melis, *De notariswet*, Deventer: Kluwer 2003.

Michiels 2009

prof. mr. drs. F.C.M.A Michiels, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Pennarts 2008

mr. H.F.T. Pennarts, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn: Maklu 2008.

Roes 2009

prof. mr. drs. J.S.L.A.W.B. Roes, *De goede, afvallige notaris*, Deventer: Kluwer 2009.

Rogier 2010

mr. L.J.J. Rogier, *Bestraffende sancties in de Awb*, Den Haag: BJU 2010.

Rueb 2009

mr. A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2009.

Snijders, Klaassen e.a. 2007

prof. mr. H.J. Snijders, prof. mr. H.C.M. Klaassen e.a., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Stolp 2007

mr. M.M. Stolp, *Ontbinding, schadevergoeding en nakoming: de remedies voor wanprestatie in het licht van de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit*, Deventer: Kluwer 2007.

Van Ballegooij, Barkhuysen e.a. 2008

mr. dr. G.A.C.M. van Ballegooij, prof. mr. T. Barkhuysen e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008.

Van Buuren en Borman 2009

mr. P.J.J. van Buuren en mr. T.C. Borman, *De Algemene wet bestuursrecht: tekst en commentaar*, Deventer: Kluwer 2009.

Van Rossum, Verhey e.a. 2005

prof. mr. A.A. van Rossum, prof. mr. L.F.M. Verhey e.a., *Toezicht*, Deventer: Kluwer 2005.

Van Schaaik 2011

mr. dr. G.A.F.M. van Schaaik, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011.

Van Setten 2004

mr. Y. van Setten, *Toezicht en handhaving, hoofdstuk 5 Awb*, Deventer: Kluwer 2004.

Waijjer 1996

mr. B.C.M. Waijjer, *De notaris, een vertrouwenspersoon*, Deventer: Kluwer 1996.

INTERVIEWS EN BRIEVEN

Brief College van procureurs-generaal inzake voorstel tot verlofstelsel doorbreking notarieel beroepsgeheim, 4 januari 2011.

Interview d.d. 24 april 2013 met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, kandidaat-notaris/redactrice bij JBN.

Interview d.d. 15 maart 2013 met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, auditbureau KNB.

Interview d.d. 7 maart 2013 met dhr. mr. R. Wisse, accountmanager/toezichtambtenaar BFT.

JURISPRUDENTIE

ABRvS 3 april 2000, AB 2000, 222.

CBb 4 april 2012, LJN BX0927.

CBb 27 oktober 2009, LJN BK1424.

CBb 21 juli 1998, AB 437.

CRvB 6 februari 2004 LJN AO5483.

EHRM 16 april 2002, 46 (Ste. Colas Est tegen Frankrijk).

EHRM 16 december 1992, *NJ* 1993, 400 (Niemetz-arrest).
 EHRM 21 februari 1984, A, nr. 73 (Öztürk tegen Duitsland).
 Gerechtshof Amsterdam 30 juni 2009, *LJN* BJ067.
 Gerechtshof Den Haag 8 december 2006, *LJN* AZ6444.
 Hoge Raad 24 december 2010, *LJN* BO0369.
 Hoge Raad 1 december 2006, *LJN* .
 Hoge Raad 12 februari 2002, *NJ* 2002, 439.
 Hoge Raad 18 december 1998, *NJ* 2000, 341 (arrest Notaris Van Olst/Ontvanger).
 Hoge Raad 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766 (Groningse Huwelijks voorwaarden).
 Hoge Raad 1 maart 1985, *NJ* 1986, 173 (arrest Ogem/Notaris Maas).
 Hoge Raad 30 januari 1981, *NJ* 1982, 56 (arrest Baarns beslag).
 Hoge Raad 2 februari 1954, *NJ* 1954, 37 (IJzerdraad-arrest).
 Hoge Raad 14 februari 1916, *NJ* 1916, 861 (melk en water-arrest).
 KvT Amsterdam 22 januari 2013, 511798, *NT* 12-8P.
 KvT Amsterdam 14 september 2010, 426659, *NT* 09-16.
 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 25 juni 1998, *WPNR* 6348, 1999.
 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 27 juni 1995 *WPNR* 1995 (6100).
 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 22 juni 1995, *WPNR* 1995 (6196).
 Notariskamer Gerechtshof Amsterdam 17 november 1988, *WPNR* 89/5901.
 Rechtbank Den Haag (vzr.) 9 april 2003, *LJN* AF7087.
 Rechtbank Rotterdam (vzr.) 5 september 2012, *LJN* BX6988.

PARLEMENTAIRE DOCUMENTEN

Handelingen II 2010/11, 44.
Kamerstukken I 2011/12, 32 621, nr. 7.
Kamerstukken II 2009/10, 32 250, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 30 350, nr. 3.
Kamerstukken II 2005/06, 23 706, nr. 12.
Kamerstukken II 2004/05, 29 528, nr. 4.
Kamerstukken II 2004/05, 29 990, nr. 7.
Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29 702 nr. 4.
Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3.
Kamerstukken II 2003/04, 29 708, nr. 3.
Kamerstukken II 1996/97, 25 280, nr. 3.
Kamerstukken II 1993/94, 23 700, nr. 3.
Kamerstukken II 1988/89, 21 221, nr. 3.
Kamerstukken II 1988/89, 19 073, nr. 5.

PROEFSCHRIFTEN, SCRIPTIES EN ORATIES

Amras 2011

C. Amras, *Deugdelijk toezicht* (masterscriptie Universiteit van Tilburg) 2011.

Benard 2012

A. Benard, *Van wantrouwen naar vertrouwen* (masterscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam) 2012.

Çolak 2012

Ü.D. Çolak, *Last van overlast* (bachelorscriptie Juridische Hogeschool), 2012.

D'heer 2012

D. D'heer, *Voordelen en nadelen van de vrije vaststelling van de erelonen door de notarissen* (masterscriptie Universiteit Gent) 2012.

Houdijk 2013

mr. J.C.A. Houdijk, *Advocatuur en notariaat: tussen profijt en professie* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2013.

Plaggemars 2011

mr. A.D. Plaggemars, *Is de notaris de markt meester?* (diss. Groningen), Den Haag: BJU 2011.

Smit 2009

S. Smit, *Nieuwe logica gezocht!?: kwalitatief onderzoek naar de feitelijke en gewenste manier van organisatie van en controle op het werk van notarissen na de modernisatie van het notariaat* (masterscriptie Universiteit van Amsterdam), 2009.

Van Heesen-Laclé 2007

mr. Z.D. van Heesen-Laclé, *Notabelen vernieuwen: gevolgen van marktwerking in het notariaat* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2007.

RAPPORTEN EN (PRE)ADVIEZEN

Baarsma, Van Geffen e.a. 2003

B. Baarsma, S. van Geffen e.a., *Zelf doen? Inventarisatiestudie van zelfreguleringsinstrumenten*, Amsterdam: Ministerie van Economische Zaken en SEO 2003.

Diks en Minkjan 2012

drs. A.J. Diks en mr. E.E. Minkjan, *Beleideffecten van het peer review in het notariaat*, Den Haag: KNB 2012.

Diks en Minkjan 2010

drs. A.J. Diks en mr. E.E. Minkjan, *Peer review in het notariaat*, Den Haag: KNB 2010.

Krop, Huls e.a. 2005

B. Krops, prof. mr. N.J.H. Huls e.a., *Balansverschuiving? Notarissen over ontwikkelingen in de notariële beroepsethiek na vijf jaar Wet op het notarisambt 1999*, Den Haag: WODC 2005.

Rapport Commissie Hammerstein 2005

Rapport Commissie Hammerstein, *Het beste van twee werelden*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2005.

Rapport 63 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002

Rapport 63 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtstaat*, Den Haag: Sdu 2002.

Ter Voet e.a. 2011

dr. M.J. ter Voet e.a., *Kwaliteit in zware tijden*, Den Haag: WODC 2011.

WET- EN REGELGEVING

Administratieverordening (<www.knb.nl>)

Algemene wet bestuursrecht

Burgerlijk Wetboek

Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

Grondwet

Instellingsbesluit Commissie evaluatie Wet op het notarisambt 1999, *Stcrt.* 2004, 137.

Regeling op het notarisambt

Reglement Geschillencommissie notariaat (<www.knb.nl>)

Verordening beroeps- en gedragsregels (<www.knb.nl>)

Verordening Interdisciplinaire Samenwerking (<www.knb.nl>)

Verordening op de klachten- en geschillenregeling (<www.knb.nl>)

Verordening op de kwaliteit (<www.knb.nl>)

Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering

Wetboek van Strafrecht

Wetboek van Strafvordering

Wet Nationale ombudsman

Wet op de Raad van State

Wet op de Rechterlijke Organisatie

Wet Openbaarheid van Bestuur
Wet op het notarisambt 1999
Wet ter voorkoming Witwassen en Financiering Terrorisme

WEBSITES

(<www.allesoverdenotaris.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(<www.bureauft.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(www.consumentenbond.nl>; geraadpleegd op 11 april 2013).
(<www.europa-nu.nl>; geraadpleegd op 4 april 2013).
(<www.hetccv.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(<www.knb.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(<www.markswachters.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(<www.notarisnet.notaris.nl>; meerdere malen geraadpleegd; alleen toegankelijk voor abonnees).
(<www.rechtennieuws.nl>; geraadpleegd op 5 maart 2013).
(<www.rijksoverheid.nl>; meerdere malen geraadpleegd).
(<www.vandoorne.com>; geraadpleegd op 25 maart 2013).

BIJLAGEN

Wie houdt toezicht op de toezichthouders?

Een juridisch onderzoek naar de (praktijk)gevolgen van het gewijzigde toezicht op het notariaat



BIJLAGE A

Interview met dhr. mr. R. Wisse, accountmanager/toezichtambtenaar BFT

Interviewers : dhr. I. Bouhdan en mevr. I. Sentürk
Geïnterviewde : dhr. mr. R. Wisse
Datum : 7 maart 2013
Tijdstip : 13:00h -13:45h
Locatie : Kantoor BFT aan de Euclideslaan te Utrecht

1. Welke sancties konden in het oude toezichtstelsel op het notariaat door het BFT worden opgelegd en wat is uw ervaring daarmee?

In principe had het BFT zelf geen sanctiemogelijkheden. Indien het BFT constateerde dat een bepaalde notaris zijn financiële huishouding niet op orde had, dan werd een tuchtklacht ingediend bij de Kamer van Toezicht waarna deze een passende sanctie bepaalde conform art. 103 Wna-oud.

2. Heeft het BFT ooit sanctiemogelijkheden gemist? Met andere woorden: heeft u in uw rol als toezichthouder sanctiemogelijkheden gemist, terwijl zich een situatie voordeed waarin u graag wel zelf een sanctie had willen opleggen?

Een concreet voorbeeld is dat notarissen periodiek gegevens moeten aanleveren aan het BFT. Als ze dat niet doen of net te laat zijn, kunnen we nu een administratieve boete opleggen. Vóór 1 januari 2013 konden we alleen een tuchtklacht indienen. Het probleem was echter dat de notaris later vaak alsnog gegevens had ingediend, waardoor het soms bijna onredelijk was een tuchtklacht in te dienen. De enige mogelijkheid die wij echter hadden, was die tuchtklacht. In die zin zijn wij blij met de nieuwe sanctiemogelijkheden. Wij hebben nu meer differentiatiemogelijkheden. Wij kunnen nu een maatregel opleggen die meer past bij de overtreding. Hierdoor wordt onevenredige "bestrafing" voorkomen.

Het BFT krijgt dus daarmee een grotere beoordelingsvrijheid om te bepalen of in een bepaalde situatie iets wordt ondernomen?

Dat Klopt. Ten eerste is de maatregel op zich de administratieve boete of dwangsom. Ten tweede kunnen we de maatregel zelf opleggen. Het opleggen van een administratieve boete of de dwangsom en het berekenen van de hoogte daarvan is in de Awb beschreven. Er is dus wel een algemene berekenwijze die wij volgen.

Is het BFT dan ook gehouden aan proportionaliteit en subsidiariteit?

Ja, dat zijn de eisen die gelden om de dwangsom of de boete te berekenen. Daarnaast speelt verwijtbaarheid een rol. Naar mate de verwijtbaarheid van de notaris groter is, des te strenger zal de maatregel uitpakken.

3. Binnen het BFT zijn naast juristen ook accountants werkzaam in de functie van toezichtambtenaar. Accountants hebben natuurlijk andere normen dan juristen. Hoe gaan cijfermensen om met kwaliteit en integriteit en wat gaan zij dan precies toetsen/onderzoeken?

Dat is een goede vraag. De accountants hielden met name toezicht op de financiële administratie van de kantoren, het gebruik van derdengeldenrekening en de financiële positie van de notaris. De norm die ze hanteren om te kijken of er een normschending is, is de Wet op het notarisambt en de Administratieverordening van de KNB. Dat zijn juridische normen. In de Administratieverordening staat bijvoorbeeld dat notarissen moeten zorgen voor een adequate kantoororganisatie en adequate financiële administratie. Dat is een accountantsbegrip, dat zij dan vanuit de accountancynormen toetsen.

Dan wordt er gekeken naar bijvoorbeeld solvabiliteit en liquiditeit?

Ja, solvabiliteit en liquiditeit is meer de financiële positie van het kantoor. Die worden berekend vanuit accountancynormen. Ook bijvoorbeeld de aanwezigheid van een systeem waardoor niet iemand over het geld kan beschikken die dat niet zou mogen, zijn door

accountantswetgeving ingegeven procedures die het beste door accountants kunnen worden getoetst.

Dus de accountants houden dan met name toezicht op de financiële kwaliteit van de notarissen?

Klopt, maar het uitgangspunt is de norm van de Wet op het notarisambt en de Administratieverordening die juridisch zijn ingegeven en worden ingekleurd door accountancynormen. Dat is voor het financieel toezicht. Per 1 januari 2013 houden wij ook toezicht op kwaliteit en integriteit. Wij hebben daarvoor ongeveer zes mensen extra uit de notariële praktijk aangenomen. De kwaliteit van de notaris uit zich in het maken van akten, het opstellen van brieven, het geven van adviezen etc. De kwaliteit wordt beoordeeld aan de hand van een juridische kader, namelijk de Wet op het notarisambt. Daar staan allerlei aanwijzingen en normen in voor de kwaliteit van het werk van de notaris. Daar toetsen wij aan. Wij hebben daarvoor mensen uit de notariële praktijk met notariële praktijkervaring. Daarnaast hebben wij andere juristen in dienst. Bij ons werken zowel accountants als juristen. De juristen zullen met name de kwaliteit en integriteit gaan toetsen. Dat onderdeel van de toetsing zal vooral bij hun worden neergelegd.

Wordt het financiële gedeelte gezamenlijk gedaan of wordt dat juist weer neergelegd bij de accountants?

Dat wordt met name bij de accountants neergelegd. Het is wel zo dat wij allen toezichthouders zijn. Zowel de accountants als de juristen moeten daarom een bepaalde basiskennis hebben van elkaars vakgebieden. Dat houdt in dat de accountants meer juridische begrippen en termen moeten leren. Daar zijn ze al een eind mee, maar de accountants moeten daarin nog groeien. De juristen moeten op hun beurt solvabiliteit en liquiditeit kunnen beoordelen. Daar zijn ze ook al ver in, maar ook zij zullen daarin nog wat moeten groeien. Zowel de juristen als de accountants moeten dus nog groeien in elkaars gebied, zodanig dat we allen beschikken over een bepaalde basiskennis die vereist is om toezicht uit te oefenen. Deze basiskennis is vereist, omdat men als accountant bijvoorbeeld niet alleen op accountantsgebied bijzonderheden moet kunnen opmerken, maar ook op het gebied van kwaliteit en integriteit mogelijke normschendingen moet kunnen constateren. Anders zou het toezicht niet effectief zijn. Ik vergelijk het met een huisarts. Als de accountant vaststelt dat iets vreemds aan de hand is met bijvoorbeeld kwaliteit, dan zouden er juristen kunnen komen die dat gaan toetsen. Dat zijn de specialisten die nader onderzoek kunnen verrichten. Door het risicogerichte toezicht willen wij zoveel als mogelijk de juiste toezichthouders sturen om een bepaald risico te toetsen.

4. Het BFT werkt voortaan een risicogericht toezicht uit. Hoe ziet dit risicogericht toezicht er in de praktijk uit?

Dat kan ik uitleggen aan de hand van een voorbeeld van hoe het altijd ging. We hielden al toezicht op de financiën van de notaris. Ook dat ging eigenlijk risicogericht. De kantoren moeten periodiek informatie aanleveren aan ons. Dit zijn gegevens over liquiditeit en solvabiliteit en de inrichting van de financiële administratie. Voorheen werden die cijfers en gegevens altijd beoordeeld en op basis daarvan werd gekeken of alles in orde was en binnen de normen valt. Vervolgens werd gekeken of er een onderzoek moest komen, omdat bijvoorbeeld de liquiditeitspositie in gevaar was of omdat er iets niet klopte aan de bewaringspositie. Als dat zo was, dan kwam er een onderzoek. Als het niet zo was, dan kwam het kantoor alleen periodiek in aanmerking voor een onderzoek. In die zin zat er dus al een soort van risicogerichtheid in. De kantoren met de grootste financiële risico's werden eigenlijk het meest intensief in het financiële toezicht betrokken. Die werkwijze willen we ook hanteren voor het integraal toezicht bij de onderdelen kwaliteit en integriteit. Dat houdt in dat, zoals we bij financieel toezicht de financiële gegevens van de notaris kregen, nu gegevens krijgen van notarissen omtrent kwaliteit en integriteit. Dit wordt bijvoorbeeld gedaan aan de hand van de leveringsakten die de notarissen maken en aanleveren bij het Kadaster. Als ze dat niet goed doen, gaat er een foutmelding vanuit het Kadaster naar de notaris. De bedoeling is dat wij die foutmeldingen ook krijgen en dat wij dus kunnen zien dat een bepaald kantoor meer dan gemiddeld foutmeldingen krijgt ten opzichte van andere notariskantoren.

Dat zijn dan de indicatoren voor het risicogericht toezicht?

Het Kadaster is een voorbeeld. We krijgen verder bijvoorbeeld ook gegevens binnen over het aantal tuchtklachten per notaris en bijvoorbeeld signalen van de Belastingdienst over notarissen die (mogelijk) fiscale regelgeving overtreden. Als er een kantoor is dat veel van die leveringen verkeerd inschrijft, tenminste volgens het Kadaster, is dat voor ons een indicatie om dat te toetsen. Dat wil niet zeggen dat het fout is. Er kunnen namelijk allerlei redenen zijn die de foutmeldingen rechtvaardigen. Er moet natuurlijk gekeken worden hoeveel akten een notaris passeert.

Dus daar wordt relatief naar gekeken?

Absoluut, daarvoor hebben wij ook analisten in dienst die daarvan een analyse maken en de signalen op de juiste rekenkundige manier wegen.

Die analisten vormen dus een waarborg om willekeur tegen te gaan? Risicogericht suggereert enigszins willekeurig toezicht, dus dat zijn dan de analisten die moeten zorgen dat die willekeur wordt tegengegaan?

Klopt, dezelfde normen moeten worden gehanteerd. Dat betekent dus dat als een bepaald kantoor als risicovol wordt aangemerkt een ander kantoor op basis van dezelfde criteria ook als risicovol moet kunnen worden aangemerkt.

Worden voor het voorkomen van willekeur ook andere acties binnen het BFT ondernomen, zoals het opstellen van beleid, richtlijnen, protocollen etc.?

Ja, we moeten uiteindelijk naar een handhavingsbeleid. Dat houdt in dat we onszelf de vraag stellen: 'wanneer gaan wij over tot handhaven?' We hebben ook een beleid ten aanzien van het uitvoeren van onderzoeken. Daarvoor is relevant welke status van toezicht een kantoor heeft. Toen het BFT alleen verantwoordelijk was voor het financiële toezicht, deelden we kantoren in bepaalde categorieën in. Dat willen we ook hanteren voor het kwaliteits- en integriteitstoezicht. Als een kantoor dus aan bepaalde risico's voldoet, moet dan worden bepaald dat het notariskantoor aan een onderzoek moet worden onderworpen. Dat zou voor alle kantoren precies hetzelfde moeten zijn. Daarvoor is beleid in de maak, maar het gewijzigde toezicht is nog nieuw, dat moet zich nog ontwikkelen.

Als op basis van dat risicogericht toezicht gekomen wordt tot de conclusie dat een bepaald kantoor risico's bevat, wordt er dan één keer een onderzoek uitgevoerd of is het dan de bedoeling dat over een bepaalde periode dat kantoor steeds wordt getoetst?

Het kan zijn dat vaker wordt getoetst, dat ligt eraan wat het signaal is. Risicogericht wordt meer bedoeld als adequaat. Een voorbeeld is dat bij het BFT het signaal binnenkomt dat een notaris gebruik heeft gemaakt van de derdenrekening voor doeleinden die niet stroken met waarvoor die derdenrekening is bedoeld. Als dat zo is, leidt dat direct tot een onderzoeksactie. Een ander voorbeeld is dat we een aantal klachten binnenkrijgen dat particulieren indienen over notarissen, bijvoorbeeld over de afwikkeling van een nalatenschap. Wat heel vaak het bezwaar daarvan is, is dat het niet snel genoeg gaat. Eén zo een melding van een particulier is niet voldoende aanleiding een onderzoek te doen, maar als over een bepaald kantoor tien klachten van particulieren bij ons binnkomen, dan kan dat voor ons aanleiding vormen een onderzoeksactie te starten.

Zijn er binnen het BFT "harde" bepaalmoment, bijvoorbeeld bij tien klachten gaan wij over tot actie. Of wordt dat per kantoor bekeken?

Tot nu toe wordt het nog redelijk per kantoor bekeken, maar we willen dat in de loop van de tijd objectiveren. Ook dat is een punt dat zich nog moet ontwikkelen. Waarom we dat nog niet hebben ontwikkeld, komt doordat we van tevoren nog niet weten wat er op ons afkomt. Financieel gezien is het makkelijk, want dat weten we al. We krijgen gegevens van de notaris zelf. Kwaliteit en met name integriteit kan van alles zijn. Wat wij dus willen doen, is het goed registreren van signalen die daarover binnkomen, zodat we in de loop van de tijd steeds meer komen tot een concreter beleid ten aanzien van het wegen van signalen en het bepalen van de risico's.

Dus daar wordt zeker nog binnen het BFT aan gewerkt? De wetswijziging is natuurlijk nog heel erg nieuw.

Ja, absoluut. Dat zal dus nog in de loop van de tijd gebeuren en waar we eerst nog een globaal beleid zullen hebben, zullen we steeds concreter beleid voeren. Daar hebben we nog tijd voor nodig.

5. Het beroepsgeheim van de notaris tegenover het BFT vervalt door dit gewijzigde toezichtstelsel. Hoe kijkt u hier tegenaan?

Ik snap heel goed dat de beperking van het geheimhoudingsplicht van de notaris een heikel punt is, want de geheimhoudingsplicht van de notaris is essentieel om jezelf als notaris als vertrouwenspersoon te profileren. Cliënten moeten met notarissen kunnen bespreken wat zij relevant vinden en dat kan betrekking hebben op zakelijke aangelegenheden, maar ook de persoonlijke situatie kan aan bod komen. Ik snap dus heel goed dat het een heikel punt is en dat is goed ook. De geheimhouding is namelijk één van de pijlers van het notariaat. Evenwel, de wetgever heeft geconstateerd dat het niet zo mag zijn dat die geheimhoudingsplicht gebruikt wordt als een soort dekmantel buiten het zicht van het toezicht activiteiten te ontplooiën die toch schadelijk kunnen zijn voor het notariaat dan wel voor de hele maatschappij. Daarom is heel lang nagedacht over hoe we aan de ene kant de geheimhoudingsplicht van de notaris in werking kunnen laten en aan de andere kant een toezicht krijgen dat alle mogelijkheden heeft fouten dingen boven water te krijgen. De wetgever heeft daarnaast gekozen de uitzondering op die geheimhoudingsplicht doelgericht te laten zijn voor het toezicht. Dus niet algemeen, maar doelgericht. Dat betekent dat de geheimhoudingsplicht alleen moet wijken voor toezichtsdoeleinden en niet voor andere doelen. Dat is één belangrijke waarborg. De tweede waarborg is dat die beperking in de geheimhoudingsplicht alleen geldt voor een aantal instanties. De beperking geldt niet alleen ten aanzien van het BFT, maar ook ten aanzien van het tuchtrecht. De tuchtrechter moet ook alle feiten kunnen wegen en moet niet belemmerd worden door de geheimhoudingsplicht van de notaris. Zelfs bij het peer review van de KNB, die kwaliteitbevorderende activiteiten nastreeft, kan de notaris zich niet meer beroepen op zijn geheimhoudingsplicht. Dat is dus behoorlijk vergaand. Het is daarom goed dat er waarborgen zijn. Enerzijds is doelgerichtheid een waarborg, anderzijds is een waarborg dat op al die drie instanties een afgeleide geheimhoudingsplicht rust. Dat houdt in dat als ik als toezichthouder iets hoor wat valt onder de geheimhoudingsplicht van de notaris ik niet met die gegevens zomaar de straat op mag. Ik mag die gegevens alleen gebruiken voor het toezicht. Ik kan die gegevens niet gebruiken voor andere zaken dan in het kader van mijn toezicht. Dat zijn de waarborgen waar de wetgever voor gekozen heeft. Die heeft gemeend dat hiermee een goede balans ontstaat tussen enerzijds geheimhouding en anderzijds adequaat, effectief en efficiënt toezicht, tuchtrecht en kwaliteitsbevordering.

6. Tot welke consequenties kan de doorbreking van het notarieel beroepsgeheim volgens u leiden voor de vertrouwensrelatie tussen cliënt en notaris?

Ik denk zelf dat door die doelgerichtheid en de afgeleide geheimhoudingsplicht de cliënt niet zoveel merkt van die doorbreking van de geheimhoudingsplicht. De cliënt weet dat wat besproken wordt, nooit verder komt dan eventueel de toezichthouder en alleen ten behoeve van het toezicht. Ik denk dat de waarborgen de vertrouwensrelatie van de notaris met zijn cliënt voldoende garanderen, maar dat moet in de toekomst blijken. Ook de toezichthouder, de tuchtrechter en de peer reviewer zal goed moeten omgaan met de afgeleide geheimhoudingsplicht. Dat is natuurlijk essentieel. Zolang dat allemaal gebeurt, denk ik dat er voldoende waarborgen zijn en dat de cliënt geen vrees hoeft te hebben dat vertrouwelijke informatie publiek wordt.

U verwacht dus eigenlijk niet veel gevolgen voor de relatie tussen cliënt en notaris?

Nee, ik denk dat het in deze tijd past en dat de wetgever daarover een weloverwogen beslissing heeft genomen. Ik snap heel goed dat de optimale geheimhouding pas kan worden bewerkstelligd als men helemaal geen vertrouwelijke informatie hoeft te verstrekken. Alleen dat is niet het enige waar in deze tijd naar moet worden gekeken. Toezicht en tuchtrecht spelen ook een rol en die kunnen alleen effectief en efficiënt zijn als daar iets op toegegeven wordt. Het is een hele grote stap en dat realiseer ik me, maar ik denk dat het in deze tijd niet anders kan.

In sommige gevallen moet het maatschappelijk belang dus prevaleren?

Juist. Ook in het belang van het notariaat zelf, want als op een gegeven moment het notariaat verbonden wordt met het verhullen van bijvoorbeeld criminele activiteiten, dan is de vertrouwenspositie van het notariaat daardoor al meteen een discussiepunt. Dat is de andere kant ervan. Dat moet het notariaat zich ook realiseren. Het kan niet zo zijn dat door de geheimhoudingsplicht criminele activiteiten verhuld zouden worden. Dat is niet goed voor het notariaat, maar ook zeker niet goed voor de maatschappij.

7. Is de relatie BFT-notariaat in uw ogen veranderd door het gewijzigde toezicht en zo ja hoe merkt u dit in de dagelijkse praktijk?

Het is nog vroeg daarover een uitspraak te doen. Wat wij wel zien, is dat het notariaat zich realiseert dat het toezichtsterrein redelijk is uitgebreid. Daar waar notarissen eerst alleen te maken hadden met het financieel toezicht, realiseren ze zich nu wel dat het toezicht breder wordt. Dat houdt in dat notarissen zich realiseren dat ze ook andere zaken moeten verbeteren of in orde moeten maken. Notarissen merken dus dat er een toezichthouder is in versterkte vorm.

8. Het BFT heeft in het oude toezichtstelsel een redelijk repressieve houding gehad naar het notariaat toe. Met dit nieuwe toezichtstelsel moet het BFT ook meedenken met het notariaat, wat vindt u daarvan?

Er zijn twee instanties die zich bezighouden met kwaliteit en integriteit. Enerzijds is dat de notariële beroepsorganisatie die kwaliteitsbevorderende audits houdt, dat is echt wat wij binnen het BFT zien als meedenken met de notaris en helpen zaken te verbeteren. Anderzijds zijn wij, het BFT, er. Wat wij doen is toezicht houden en toetsen aan minimumnormen. Als daaraan niet wordt voldaan, dan gaan we tot handhaving over. Dat heeft wel een ander karakter dan meedenken, dus dat is al gauw repressief. Het is wel zo, en dat heeft de wetgever ons ook als taak opgedragen, dat wij wat preventiever moeten acteren. Wij leggen dat zo uit dat binnen dat risicogericht toezicht, wij tijdig moeten reageren op signalen die we krijgen. Wat dus voor dat repressief optreden nodig is, is dat wij tijdig signalen krijgen en daar heeft de wetgever ook in voorzien. De notarissen moeten meer melden, moeten actief zaken aan ons aanleveren. Een voorbeeld hiervan is de incidentenmelding uit art. 25a van de herziene Wet op het notarisambt. Een dergelijke regeling, maakt het voor ons ook mogelijk sneller te acteren. Het is dus niet zo dat wij alles afwachten en na een jaar alle cijfers hebben en dan pas gaan besluiten al dan niet in actie te komen. We kunnen nu eerder ingrijpen en dat houdt in dat wij daardoor tijdig kunnen ingrijpen, zodat grotere problemen tijdig kunnen worden voorkomen. Dat is inderdaad een preventieve vorm van toezicht.

9. Het BFT en de KNB gaan intensiever samenwerken. Er is hierover een convenant gesloten waarin o.a. afspraken zijn gemaakt over gegevensuitwisseling. Hoe gaat die samenwerking in de praktijk eruitzien?

Die samenwerking is wat lastig gestart, omdat wij natuurlijk allebei op hetzelfde terrein zitten: kwaliteit en integriteit. Het was nodig daarover met elkaar in gesprek te gaan en te kijken van wat nou het karakter van de activiteiten is. We zijn met elkaar overeengekomen dat de activiteiten van de KNB bevorderend zijn en die activiteiten zullen daarom meer adviserend zijn naar de notarissen toe. Onze activiteiten zullen minder adviserend zijn en meer toezien op de toetsing aan de minimumnormen. Dat is dus iets wat in het convenant staat. Het is natuurlijk wel zo dat als de peer reviewer in zijn audit uiteindelijk tot de conclusie komt dat een bepaald notariskantoor echt zaken niet op orde heeft of wanneer uit het peer review laakbare zaken blijken dat wij daarover worden geïnformeerd. Dat is nu eenmaal nodig voor een efficiënt en effectief toezicht. De notaris die wordt ge-audit moet daarop dus bedacht zijn.

Er is dus eigenlijk een soort van gegevensuitwisseling tussen BFT en KNB, hoe ver strijkt die gegevensuitwisseling?

Ja, maar dat is heel beperkt. Alleen ten aanzien van die grote risicogeveallen die uit een peer review blijken. Het is heel beperkt en alleen dat wat noodzakelijk is voor ons als toezichthouder wordt aan ons doorgegeven. In alle andere gevallen zal de KNB zelf inspelen door advies te geven om een kantoor te verbeteren. Het kan ook zijn dat uit de peer reviews algemene ontwikkelingen blijken die voor ons van belang zijn om onze toezichtstaak te vervullen. Stel dat er veel fouten worden gemaakt bij verklaringen van erfrecht. Dat krijgen wij dan ook door, maar die gegevens worden in dat geval geanonimiseerd. Daar heeft de KNB

bewust voor gekozen, met name om tijdens het peer review het vertrouwen in de auditor te vergoten, zodat de notaris vrijelijk kan spreken en andersom. Daarnaast is het zo dat het allebei verschillende handelswijzen zijn; het peer review wordt immers uitgevoerd door collega's en het toezicht is wat formeler. Dat is ook wat de KNB aangeeft. Zij wil geen verlengstuk zijn van het toezicht. Ik moet wel de kanttekening maken dat ook uit het peer review de notaris een tuchtklacht kan krijgen van de KNB. Dat is best wel diffuus, want aan de ene kant komt de auditor met de mededeling dat hij als collega komt meedenken over de verbetering van de notarispraktijk, maar als blijkt dat zaken niet goed zijn geregeld, wordt een klacht ingediend bij de tuchtrechter. Dat kan als gevolg hebben dat de notaris daardoor zelfs ontzet kan worden uit zijn ambt. De auditor komt als vertrouwenspersoon, maar heeft eigenlijk een dolk in zijn rugzak. Hij kan wel degelijk ingrijpen en ik ben benieuwd hoe zich dat uiteindelijk zal ontwikkelen.

10. Kunt u uit de praktijk een voorbeeld noemen dat nu, na de wijzigingen, duidelijk anders behandeld zou worden?

Wanneer een notaris extreem traag is in het afwikkelen van boedeldossiers, dan konden cliënten wel klagen maar daar gebeurde eigenlijk niets mee. Er was natuurlijk wel altijd een toezichthouder, dat was de voorzitter van de Kamer van Toezicht. Die had een dubbele pet op en dat werkte vaak toch niet efficiënt. Hij had het al druk met het spreken van tuchtrecht en die toezichtstaak kon hij maar lastig vervullen. Met die signalen werd daarom vaak niet veel gedaan. Per 1 januari is ieders taak duidelijker geworden. De tuchtrechter houdt zich bezig met tuchtrecht en heeft daarvoor alle tijd zonder de belemmering dat hij ook toezichthouder is. Het BFT is nu integraal toezichthouder, waardoor met die signalen uit de beroepspraktijk, bijvoorbeeld over de te trage afwikkeling van boedeldossiers, meer kan worden gedaan. De rolverdeling is dus duidelijker, waardoor toezicht en tuchtrecht zuiverder worden en daarmee dus effectiever.

Ligt daar wat u betreft ook de meerwaarde van dit nieuwe systeem?

Ja, die rolscheiding moet een vanzelfsprekendheid zijn. Dat is veel zuiverder, waardoor je effectief tuchtrecht en toezicht krijgt. Uiteindelijk zal het notariaat daar ook voordeel van hebben. De zaken die nodig zijn, zullen worden opgepakt om het vertrouwen van de maatschappij in het notariaat te handhaven. Waar die zaken voorheen af en toe bleven liggen of niet effectief werden opgepakt, is het de bedoeling dat dat nu niet meer gebeurt omdat de functies goed gescheiden zijn. Iedereen kan zijn eigen rol goed vervullen.

11. Het BFT is ook verantwoordelijk voor toezicht op de naleving van de WWFT. Vóór 1 januari 2013 gold een ander toezichtsregiem op de naleving van de WWFT en uit tuchtrechtelijke jurisprudentie is gebleken dat het BFT steeds in de gaten moest houden dat het BFT niet uit zijn bevoegdheid zou treden bij controles. Met andere woorden: het BFT mocht niet tijdens een controle op naleving van de WWFT tevens controleren op naleving van de verplichtingen die rusten op een notaris uit hoofde van de Wna. Nu worden die toezichtsregiems gelijkgetrokken en is op beide vormen van toezicht Afdeling 5.2 van de Awb van toepassing. Zal hiermee het risico dat het BFT uit zijn bevoegdheid treedt afnemen?

Zeker. Iedereen weet nu waar hij aan toe is. De rolverdeling is duidelijk en het gelijktrekken van het toezichtsregiem op de WWFT en Wna leidt tot een effectiever toezicht. Er is nu immers één integraal toezicht en de twee pijlers (WWFT en Wna) vervallen daarmee. Ook zal het BFT daardoor niet meer niet-ontvankelijk worden verklaard bij de tuchtrechter, omdat het BFT uit zijn bevoegdheden is getreden. Voor beide toezichtvarianten geldt nu immers één gelijk regiem.

12. Door de van toepassing verklaring van de Awb op dit nieuwe toezicht kan de notaris op uw besluit een bezwaar indienen. Hoe wilt u, als BFT, daarmee omgaan en naar welke punten gaat u kijken bij de beoordeling van het bezwaar?

Het is nog vroeg hier antwoord op te geven, omdat we nog geen praktijkvoorbeelden hebben. We hebben wel een voornemen hoe we ermee willen omgaan. De Awb biedt ook rechten voor notarissen. Wij willen als bestuursorgaan daar zo goed mogelijk mee omgaan. Het feit dat wij bestuursorgaan zijn, betekent ook dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing zijn. Dat houdt in dat wij binnen dat kader ook onze besluitvorming helder moeten hebben. Als wij uiteindelijk komen tot een administratieve boete en de notaris maakt

daartegen bezwaar, dan zullen wij dat binnen afzienbare tijd afhandelen. We moeten naar proportionaliteit en subsidiariteit kijken. Dat zijn allemaal zaken die wij moeten afwegen op een juiste manier. Ons voornemen is dat op een heldere manier te doen binnen de normen die daarvoor gelden. Ook weer omdat wij blij zijn dat duidelijkheid is welke regiem van toepassing is. Dat zullen wij dus moeten doen. Wij zijn bestuursorgaan en dat hoort er dus ook bij.

13. Tot slot: in hoeverre verwacht u knelpunten in de notariële praktijk door het gewijzigde toezicht? Hoe kan een notaris op die knelpunten inspelen om sancties te voorkomen?

Het gewijzigde toezicht schept extra verplichtingen voor notarissen. Hierdoor zal men in het notariaat wellicht denken dat aan meer zaken moet worden voldaan. In de eerste instantie betekent dat meer belasting voor de notaris als persoon, maar ook in zijn rol als notaris. Dat daar argwanend naar gekeken wordt, snap ik wel. Ik hoop alleen dat notarissen ook inzien dat ook de positie van het notariaat erop vooruit gaat en dat het essentieel is dat er toezicht is in de huidige tijd en dat daarmee ook de positie van de notaris wordt gewaarborgd. Ook naar de toekomst toe, want risicogericht toezicht houdt in dat de grootste risicokantoren worden aangepakt. De notaris die alles in orde heeft, zal van het nieuwe toezicht niet veel last hebben. Eigenlijk minder, omdat het nog risicogerichter wordt dan voorheen. Als er dus geen indicaties zijn dat er iets mis zou kunnen zijn, heeft de notaris van dat nieuwe toezicht niet heel veel last. Dat maakt het aan de ene kant voor de notaris die welwillend is, zijn best doet en professioneel is dat die toezichtbelasting minder wordt. De kantoren waar risico's zijn, zullen meer in het toezicht worden betrokken. Voor het notariaat als geheel komt het nieuwe toezicht ten goede aan de kwaliteit en integriteit. Dat is denk ik het voordeel. De notaris kan ten aanzien van het beperken van de toezichtbelasting investeren in een goede kantoororganisatie en proberen als kantoor zo goed mogelijk te voldoen aan de normen die gelden en daarmee professioneel te handelen. Dan heb je als notaris van het toezicht niet veel last, terwijl de risicokantoren worden aangepakt. Daarmee bereiken we wat we allemaal willen; een goed en integer notariaat.

BIJLAGE B

Interview met dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan, auditbureau KNB

Interviewer : dhr. I. Bouhdan
Geïnterviewden : dhr. drs. A.J. Diks en mevr. mr. E.E. Minkjan
Datum : 15 maart 2013
Tijdstip: : 14:00h – 14:45h
Plaats : Kantoor KNB aan de Spui te Den Haag

- 1. Doordat het peer review voortaan een wettelijke basis heeft, is de notaris gehouden medewerking te verlenen aan het peer review. Hoe verhoudt zich dit tot het feit dat een peer review eigenlijk een collegiale toetsing moet zijn, waaraan een notaris vrijwillig zou moeten kunnen meewerken?**

Wij vinden dit een goede ontwikkeling, omdat wij in de praktijk vaak tegenkomen dat aandacht voor kwaliteit onder notarissen, onder invloed van de dagelijkse hectiek, eigenlijk veel op de achtergrond speelt. Als er geen commerciële belangen mee zijn gemoeid, zijn notarissen minder geneigd mee te werken aan kwaliteitstoetsingen. Daarin verschillen zij niet van andere beroepsgroepen. Vóór 1 januari 2013 was de verplichting tot medewerking al geregeld in een verordening van de KNB, maar doordat het peer review nu een wettelijke basis heeft, is de medewerking aan het peer review nog dwingender.

Eigenlijk is het dus een goede ontwikkeling, omdat zo wordt voorkomen dat notarissen zich onttrekken aan het peer review en zich daarmee ook onttrekken aan kwaliteitsbevordering?

Dat is zeker zo. Het peer review is ontstaan uit een idee dat binnen de ledenraad van de KNB werd geopperd. In eerste instantie had de ledenraad een soort ISO-achtige toetsing voor ogen. Daarvan is uiteindelijk afgezien, omdat de ledenraad die ISO-achtige toetsing niet inhoudelijk genoeg vond. Daarna is het peer review ontwikkeld, dat meer inhoudelijk is en meer de kwaliteit van de notaris toetst. Door deze wettelijke regeling in de herziene Wna is het niet mogelijk dat de notaris zich onttrekt aan het peer review. Kwaliteitsbevordering is immers een onderdeel dat hoort bij een beroepsorganisatie en medewerking aan kwaliteitsbevorderende activiteiten is nu eenmaal noodzakelijk om te meten of die kwaliteit ook daadwerkelijk is wat het hoort te zijn.

- 2. Ik wil het graag met u hebben over de wat diffuse taak van de peer reviewer. Aan de ene kant komt hij als collega meedenken over hoe het beter kan in de notarispraktijk. Aan de andere kant is het echter zo dat als klachtwaardig handelen uit het peer review blijkt, dit bij het BFT of de Kamer voor het Notariaat wordt neergelegd. Hoe kijkt u hier tegenaan? Draagt een dergelijke werkwijze eigenlijk wel bij aan de kwaliteit van het notariaat of zal het zo zijn dat op den duur het peer review een verlengstuk van het toezicht wordt?**

Die constatering klopt, maar dat is het gevolg van het hybride systeem. De nadruk ligt bij het peer review vanzelfsprekend op kwaliteitsbevordering. Het is helaas wel zo dat uit de praktijk blijkt dat niet elke notaris het zo nauw neemt met de verplichtingen van het notarisambt. Dat kunnen wij het beste uitleggen aan de hand van een praktijkvoorbeeld: onlangs is uit een peer review gebleken dat bij een notaris in zeventig dossiers een MOT-melding³⁸¹ had moeten plaatsvinden. Dat is dus structureel niet gebeurd, het gaat immers om zeventig dossier en dat kan niet worden aangemerkt als incident. In een dergelijk geval kan men wel stellen dat het aanzien van het notariaat in het geding komt. De peer reviewer heeft zelf geen sanctiebevoegdheid, vandaar dat we in dit soort preciaire gevallen van mening zijn dat het BFT of de tuchtrechter moet worden ingeschakeld om verdere schade te voorkomen. Soms is het nu eenmaal zo dat het BFT of de tuchtrechter van bepaalde zaken op de hoogte moet worden gebracht, dat is onvermijdelijk. De KNB is echter absoluut geen verlengstuk van het toezicht, maar als er dusdanig ernstige situaties zich voordoen, moet de KNB het BFT ook aanvullen.

³⁸¹ MOT = Melding Ongebruikelijke Transactie, opgegaan in de WWFT.

Het BFT heeft in tegenstelling tot de KNB in de herziene Wna wel sanctiebevoegdheden gekregen: had u, als KNB, dat ook niet gewild?

Nee, want wij zijn geen toezichthouder. Het BFT is toezichthouder en moet daarom kunnen optreden door sancties op te kunnen leggen. In de oude Wna had het BFT die mogelijkheid niet en dat bleek soms ineffectief uit te pakken. Wij, als KNB, zijn geen toezichthouder en het is daarom niet onze taak sancties uit te delen. Daarvoor zal dan de tuchtrechter of het BFT moeten worden ingeschakeld. Wij vinden dat ook goed, omdat het nieuwe toezicht juist een duidelijke rolverdeling met zich meebrengt. Het past dan niet ook de KNB sanctiebevoegdheden toe te kennen. Bovendien zou in een dergelijk geval de notaris de verschillende instanties tegen elkaar kunnen opzetten met het argument dat de ene instantie niet heeft opgetreden en een bepaald handelen dus niet sanctiewaardig heeft gevonden. Het toezicht zoals dat er nu is, brengt voor iedereen duidelijkheid.

Het neerleggen van bepaalde laakbare zaken die uit het peer review blijken, wordt dus echt als ultimum remedium gebruikt?

Dat klopt, want het peer review is en blijft een instrument waarmee wordt beoogd de kwaliteit te bevorderen, maar als daaruit bepaalde zaken blijken die echt niet goed zijn dan moeten we vanuit de KNB ook verdere acties ondernemen. Ook dat is een vorm van kwaliteitsbevordering. Het is echter niet zo dat elk klein punt van verbetering wordt doorgespeeld aan het BFT of de tuchtrechter, daardoor zou het vertrouwelijke en collegiale karakter van het peer review in gevaar kunnen komen. Het neerleggen van bepaalde feiten bij het BFT of de tuchtrechter is inderdaad een ultimum remedium, waartoe pas wordt overgegaan als het in geval van klachtwaardig handelen echt niet anders kan.

3. Uit het peer review kunnen drie conclusies naar voren komen: het kantoor voldoet, het kantoor voldoet niet helemaal of het kantoor voldoet niet. Wanneer een kantoor niet voldoet, komt er een heraudit. Hoe ziet deze heraudit eruit en wat zijn de maatregelen die worden genomen als bij de heraudit blijkt dat het kantoor nog steeds niet voldoet?

Als blijkt dat de kwaliteit van een kantoor echt onder de maat is, dan wordt inderdaad een heraudit gepland. Het desbetreffende kantoor zal dan een periode worden geboden waarbinnen de mankementen binnen het kantoor kunnen worden hersteld. Daarover vindt in sommige gevallen tussentijds telefonisch contact plaats om te kijken hoe het kantoor ervoor staat. Vervolgens komt er dan een heraudit. Die heraudit focust zich dan op de aspecten die als onder de maat zijn bevonden in de oorspronkelijke audit. Als uit de heraudit blijkt dat zaken nog steeds niet op orde zijn gesteld, dan kan dat betekenen dat de tuchtrechter wordt ingeschakeld omdat er dan sprake is van stelselmatige verwaarlozing van de kwaliteit. De KNB heeft zelf geen sanctiemogelijkheden, maar er moet wel iets tegenover staan als aanwijzingen niet worden opgevolgd. Daarom is het goed dat wij bepaalde zaken aan de tuchtrechter kunnen voorleggen. Dit werkt als een stok achter de deur voor notarissen die het niet zo nauw nemen met de regels. Overigens kan het ook zo zijn dat uit de heraudit blijkt dat het kantoor in principe voldoet, maar dat nog nadere maatregelen moeten worden getroffen om de kwaliteit te garanderen. Dit kan bijvoorbeeld betekenen dat er cursussen moeten worden gevolgd door de medewerkers van een notariskantoor.

4. Het KNB en het BFT hebben een convenant gesloten waarin zij afspraken hebben opgenomen over samenwerking. Hoe ver reikt deze samenwerking?

Dat klopt. In die samenwerking zijn onder meer afspraken gemaakt over gegevensuitwisseling. Daarvoor hebben we een overlegcommissie in het leven geroepen, maar de praktijkinvulling van het convenant is nog in een zeer vroeg stadium. Het zijn verkennende overleggen en daarover moeten we nadere afspraken maken. Het is momenteel al wel zo dat bepaalde gegevens aan het BFT worden verschaft. Wij zullen u daar een voorbeeld van geven. Bij een peer review bleek onlangs dat een notaris overspannen thuis zat, met allerlei psychische en lichamelijke klachten. In de Wna staat dat de KNB dan schorsing kan aanvragen en dat hebben wij dan ook gedaan. De problemen waren echter cumulatief en er was nog meer aan de hand. Ook het BFT was daarvan op de hoogte en het BFT heeft toen bij de tuchtrechter verzocht een ordemaatregel te treffen. Over dit geval hebben de KNB en het BFT telefonisch contact gehad en het is dan mooi te zien dat wij in een dergelijke situatie gezamenlijk optrekken. De tuchtrechter heeft de verzoeken dan ook gehonoreerd. Dit voorbeeld schets dat wij, ieder op ons eigen terrein, elkaar goed aanvullen.

Samenwerken met het BFT is dus noodzakelijk, want we zitten nu eenmaal op hetzelfde gebied.

5. De geheimhoudingsplicht wordt afgeschaft tegenover de peer reviewer, hoe kijkt u hier tegenaan? Want de geheimhoudingsplicht is toch zeer essentieel voor het notariaat.

In het begin was hierover veel commotie, vooral in de Ringvergaderingen. Inmiddels is die commotie wat weggeëbd. Om de kwaliteit optimaal te toetsen is het noodzakelijk dat alles kan worden ingezien, ook vertrouwelijke stukken. In de herziene Wna is dit nu ook opgenomen, maar voorheen was die geheimhoudingsplicht al doorbroken in een verordening van de KNB. In de praktijk levert het ook geen weerstand meer op. De wetgever heeft aan de notaris weliswaar een geheimhoudingsplicht opgelegd in art. 22 Wna, maar heeft daarin ook opgenomen dat bij of krachtens de wet, dus ook een verordening van de KNB, die geheimhouding kan worden doorbroken. De wet is nu eenmaal de wet en daaraan dient de notaris gehoorzaam te zijn; ook op dit punt.

Denkt u niet dat de vertrouwensrelatie notaris-cliënt hierdoor geschaad zal worden?

Dat denken wij niet, omdat er goede waarborgen zijn getroffen. De peer reviewer heeft een afgeleide geheimhoudingsplicht. Hij moet dus alles wat hij te weten komt en vertrouwelijk is geheimhouden en heeft daarom ook een verschoningsrecht. De cliënt zal er niet veel van merken, omdat hoe dan ook meerdere mensen inzage krijgen in vertrouwelijke stukken. Denkt u maar eens aan een secretaresse van de notaris die een vertrouwensstuk moet inzien om dit in een systeem te verwerken. In principe is dat dus hetzelfde.

6. In de stukken die ik heb gelezen, staat dat een selectie wordt gemaakt van de kantoren die in aanmerking komen voor het peer review. Hoe gaat deze selectie in zijn werk? Is dit willekeurig of werkt de KNB hier net als het BFT een risicogerichte selectie uit? En is het de bedoeling dat alle kantoren in aanmerking moeten komen voor een peer review?

Alle kantoren komen eens in de drie jaar aan de beurt. De selectie die daaraan ten grondslag heeft gelegen, is willekeurig en wij hebben daartoe geen speciale selectie uitgewerkt.

Is het voor u niet aanleiding dat als u signalen krijgt dat in een bepaald kantoor de kwaliteit onder de maat is dit kantoor intensiever te auditen?

Nee, want een kantoor komt om de drie jaar aan de beurt voor een audit. Dat is frequent genoeg. Natuurlijk nemen wij signalen mee en zal extra aandacht worden besteed aan die signalen, maar dat is voor ons geen aanleiding extra vaak te auditen. Een audit is immers een momentopname en de kwaliteit van een kantoor is in sommige periodes nu eenmaal groter dan in andere. Als bepaalde zaken echt onder de maat zijn, dan vinden wij het de taak van het BFT daarin actie te ondernemen. Vaak wordt gedacht dat wij bij bepaalde signalen in actie moeten komen, ook binnen de KNB zelf. Zo was het vroeger heel vaak dat als bij de KNB signalen binnenkwamen van een slecht presterend notariskantoor dat aan ons als auditbureau dan werd gevraagd: 'kunnen jullie er niet eens naar kijken, want het is daar kennelijk een 'bende''. Inmiddels hebben we duidelijk kunnen maken dat dat onze taak niet is.

7. In welk opzicht denkt u de dat het peer review voor het notariaat als geheel meerwaarde heeft? Worden aan de hand van de peer reviews bijvoorbeeld verordeningen door de KNB opgesteld of gewijzigd of wordt het beleid dan aangepast?

Zeker, als bepaalde tendensen zich voordoen dan zullen wij daarop inspringen. Verordeningen kunnen inderdaad worden aangepast aan bepaalde tendensen die uit de peer reviews blijken. Daarnaast is het zo dat we dan ook bepalen om bijvoorbeeld thematisch te auditen, dus de nadruk leggen op een bepaalde ontwikkeling in het notariaat. Tendensen die uit de peer reviews blijken, worden aan de notarissen gecommuniceerd via bijvoorbeeld Notarisnet zodat notarissen bedacht kunnen zijn op bepaalde ontwikkelingen.

Het peer review is dus een instrument waarmee de KNB meedenkt met het notariaat?

Absoluut. Momenteel hebben veel notarissen last van de financiële crisis. Wij kijken dan hoe dat kan worden verzacht, wij denken mee over verbeteringen. Het BFT, als toezichthouder, heeft daaraan geen boodschap. Zij toetsen de juridische normen en wat daaromheen allemaal speelt, is voor het BFT niet van belang. De meerwaarde is dus inderdaad gelegen in de kwaliteitsbevordering. Dat is ook de rol van de KNB.

BIJLAGE C

Interview met mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn, kandidaat-notaris bij MWN Eindhoven en redactrice bij JBN

Interviewer : dhr. I. Bouhdan
Geïnterviewde : mevr. mr. J.I. Driessen-Kleijn
Datum : 24 april 2013
Tijdstip : 12:00h -12:30h
Locatie : Kantoor MWN aan de Ten Hagestraat te Eindhoven

- 1. Uit gegevens van de KNB blijkt dat heden (2013) circa 70% van de notariskantoren onderworpen is aan een peer review. Is MWN reeds onderworpen aan een peer review?**
Ja, ongeveer twee jaar geleden is binnen MWN door de KNB een peer review uitgevoerd.

- 2. Kunt u beschrijven hoe het peer review binnen MWN is verlopen?**

De peer reviewer zond ons voorafgaand aan het peer review enkele informatie met betrekking tot het peer review. Daarbij zat ook een vragenformulier dat ingevuld moest worden. Op de dag van het peer review begon de peer reviewer met het aankruisen van enkele akten in het repertorium. Die akten, en de daarbij behorende dossiers, wilde hij inzien. Hij had een aparte ruimte ter beschikking gekregen waar hij die dossiers kon beoordelen. Vervolgens heeft hij met de notaris die binnen MWN werkzaam is, gesproken. Het peer review heeft ongeveer de hele werkdag geduurd. Het kantoor was wel gewoon geopend voor cliënten. De peer reviewer heeft het peer review voor de dagelijkse werkzaamheden zo min mogelijk belastend proberen te laten zijn.

- 3. In hoeverre heeft u benaderingswijze van de peer reviewer als “collegiaal” beschouwd?**

De benaderingswijze was zeer collegiaal. De peer reviewer heeft echt meegedacht met betrekking tot hoe we bepaalde punten in de praktijkvoering konden verbeteren. Hij dacht mee over die punten waarvan hij had geconstateerd dat daarin verbetering nodig was. Hij gaf daarbij dan geen kritiek, maar hij gaf meer aan hoe bepaalde zaken beter konden worden uitgevoerd. Daarin zit echt een verschil met de benaderingswijze van het BFT. De ambtenaar van het BFT is juist zeer gericht op het controleren van de naleving van de wet- en regelgeving. De benaderingswijze van het BFT is meer formeel te noemen, waarbij strikt wordt gekeken naar of aan de notariële wet- en regelgeving wordt voldaan. Het BFT denkt dus in die zin niet echt mee. Dit in tegenstelling tot de peer reviewer.

Ziet u voordelen in het feit dat de peer reviewer iemand is uit het notariaat?

Absoluut. Het is heel prettig als een bepaald persoon met ervaring uit de notariële praktijk komt meekijken en meedenken over verbeterpunten. Iemand uit de notariële praktijk kan beter beoordelen of bepaalde aspecten van de praktijkvoering moeten worden aangepast om de kwaliteit te waarborgen, omdat diegene weet hoe een notariële praktijkvoering in elkaar steekt. Het peer review dat binnen MWN is uitgevoerd, is door een oud-notaris uitgevoerd. Hij was zeer meedenkend en had daarnaast heel veel ervaring met betrekking tot het voeren van een notarispraktijk. Die (des)kundigheid was natuurlijk alleen maar voordelig voor MWN.

- 4. In de herziene Wna is het voor de peer reviewer mogelijk gemaakt tijdens een peer review ook vertrouwelijke informatie in te zien, omdat de notariële geheimhoudingsplicht tegenover hem niet geldt. Is tijdens het peer review dat toen bij MWN is uitgevoerd ook vertrouwelijke informatie ingezien?**

Ja, de peer reviewer heeft vertrouwelijke informatie ingezien. Hij heeft een aantal dossiers volledig ter inzage gekregen, omdat dat nu eenmaal nodig was om een gedegen oordeel te kunnen geven over de kwaliteit van MWN. De KNB had ook al verplicht gesteld aan notariskantoren dat zij de peer reviewer moesten voorzien van alle informatie, dus ook die informatie die onder de geheimhoudingsplicht valt.

5. Zijn de resultaten van het peer review besproken met de medewerkers van MWN?

Ja, die zaken waarvan uit het peer review is gebleken dat zij wat meer aandacht verdienen, zijn met de notaris besproken. Overigens is het zo dat het resultaat van het peer review was dat MWN op hoofdlijnen voldoet aan de kwaliteitseisen en dat de zaken binnen MWN op orde zijn.

Heeft de peer reviewer nog met medewerkers gesproken?

Nee, hij heeft alleen een aantal dossier is ingezien en daarnaast enkele kantoordocumenten zoals ons kantoorhandboek ingezien. Verder heeft hij met de notaris binnen MWN gesproken en ik, als kandidaat-notaris, heb ook nog met de peer reviewer gesproken over mijn rol als kandidaat-notaris en kwaliteitsmedewerker binnen MWN. De peer reviewer heeft het peer review niet nabesproken met ons, maar hij heeft zijn bevindingen vastgelegd in een rapportage die wij daarna hebben ontvangen. Aan de hand van die rapportage hebben we het e.e.a. aangescherpt en is een terugkoppeling gemaakt naar de overige medewerkers binnen MWN.

6. Ziet u het peer review als een nuttig middel waarmee de kwaliteit van MWN kan worden verbeterd of is het meer een extra verplichting waaraan verplicht medewerking moet worden verleend zonder dat het peer review echt meerwaarde heeft?

Nee, ik vind het peer review een zeer nuttig middel aan de hand waarvan verbeteringen in de notariële praktijkvoering kunnen worden doorgevoerd. Zeker gezien het karakter van het peer review waarbij een sterk collegiale benaderingswijze wordt gehanteerd, is het een heel nuttig middel. Men denkt tijdens een peer review echt mee, zonder dat daarbij een verwijtende toon wordt aangeslagen. Tijdens het peer review moet je wel tijd maken om bijvoorbeeld dossiers op te zoeken, maar ik vind dat persoonlijk niet erg, omdat met het peer review uiteindelijk kwaliteitsbevordering kan worden bereikt. Dat je dan als (kandidaat-)notaris tijdens het peer review wat tijd moet besteden, acht ik daaraan van ondergeschikt belang.

N.B.: vanwege het vertrouwelijke karakter dat het peer review draagt, is in dit interview niet ingegaan op de inhoudelijke aspecten van het peer review zoals dat bij MWN is uitgevoerd. Hoewel de interviewer het verslag van het peer review heeft ingezien, kunnen die resultaten in dit interview, noch elders in deze scriptie worden vermeld.

BIJLAGE D

Kwaliteitscriteria peer review notariaat³⁸²

I Beoordeling opdracht

1. De notaris vergewist zich ervan dat de door hem te verrichten werkzaamheden niet in strijd zijn met het recht of de openbare orde of anderszins niet kunnen worden verricht.
2. De notaris vergewist zich ervan of niet gangbare bepalingen, bedingen of voorwaarden deel uitmaken van de gevraagde overeenkomst/akte.
3. De notaris vergewist zich ervan of er overigens bijzondere omstandigheden zijn.
4. De notaris vergewist zich ervan of extra advies van een deskundige nodig is.
5. De notaris vergewist zich ervan of er aanleiding is voor acties buiten de oorspronkelijke opdracht.
6. Identificatie vindt op de juiste wijze plaats.

II Voorlichting en opdrachtbevestiging

7. De cliënten worden adequaat voorgelicht over de gevraagde werkzaamheden en de gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien.
8. De cliënten worden adequaat voorgelicht over de kosten.
9. De opdracht wordt aan de cliënten bevestigd.

III Uitvoering en afronding van de opdracht

10. Met de cliënten wordt begrijpelijk gecommuniceerd. Zo nodig worden toelichtingen meegestuurd.
11. Afspraken worden schriftelijk vastgelegd.
12. Conceptakten en overige stukken worden tijdig toegestuurd.
13. Er is een systeem van termijnbewaking.
14. Er is voldoende tijd beschikbaar voor de behandeling van een zaak, de afwikkeling van een akte en de toelichting daarop.
15. De relevante recherches worden verricht.
16. Er zijn interne inhoudelijke controles.
17. Het dossier wordt zowel juridisch als feitelijk gesloten.

IV Besef van kwaliteit en integriteit

18. Het kantoor heeft afspraken gemaakt om de kwaliteit van de werkzaamheden te waarborgen.
19. Het kantoor heeft afspraken gemaakt om de integriteit van de werkzaamheden te waarborgen.

³⁸² Ontleend aan de bijlage bij de Vkw.

BIJLAGE E

Schema bestuursrechtelijke toezichtsbevoegdheden en sancties

Schema toezichtsbevoegdheden Awb

Bevoegdheid	Grondslag in de Awb	Inhoud van de bevoegdheid	Rechtsbescherming	Aanvullende opmerking
Betreden van plaatsen	art. 5:15 Awb	Het binnengaan van <i>zakelijke</i> domeinen om onderzoekend <i>waar te nemen</i> .	• Bezwaar BFT • Beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank • Hoger beroep ABRvS	In beginsel onderzoekend rondkijken, maar in sommige gevallen kunnen ook fysieke onderzoekshandelingen worden verricht, zoals het opentrekken van laden en kasten.
Vorderen van inlichtingen	art. 5:16 Awb	Vorderen van inlichtingen over belangrijke informatie ter zake van het toezicht. Houdt mede de bevoegdheid in van de toezichtambtenaar tot het staande houden van diegene van wie de toezichtambtenaar inlichtingen wenst.	Burgerlijke rechter	De vordering kan er in beginsel niet toe leiden dat inzage wordt verlangd in bepaalde bescheiden.
Vorderen van inzage in bescheiden	art. 5:17 Awb	Vorderen van inzage in <i>zakelijke</i> (elektronisch opgeslagen) bescheiden. Houdt mede de bevoegdheid in van het BFT bescheiden te kopiëren.	• Bezwaar BFT • Beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank • Hoger beroep ABRvS	• Bescheiden waarin zowel persoonlijke als zakelijke gegevens in opgenomen zijn, worden aangemerkt als zijnde zakelijk. • Voor notarissen is een uitzondering gemaakt op financiële bescheiden van persoonlijke aard: die moeten worden afgegeven ter inzage indien het BFT dat vordert.

Bestuursrechtelijk sanctiearrangement Awb

Sanctie	Grondslag in de Awb	Inhoud van de sanctie	Ten aanzien van welke overtredingen?	Rechtsbescherming	Aanvullende opmerkingen
Last onder dwangsom	Art. 111b lid 2 jo. art. 5:31d Awb	Het geven van een hersteltermijn waarbinnen de overtreding moet worden gestopt. Indien dit niet binnen die termijn gebeurt, wordt aan het BFT een dwangsom verbeurd.	Overtredingen met betrekking tot de verplichtingen ingevolge art. 24 lid 1-4 Wna en/of art. 25a Wna.	• Bezwaar BFT • Beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank • Hoger beroep ABRvS	Mag niet cumuleren met een tuchtklacht ter zake van dezelfde overtreding.
Bestuurlijke boete	Art. 111b lid 2 Wna jo. art. 5:40 Awb.	De onvoorwaardelijk verplichting tot het betalen van een geldsom aan het BFT.	Overtredingen met betrekking tot de verplichtingen ingevolge art. 24 lid 1-4 Wna en/of art. 25a Wna.	• Bezwaar BFT • Beroep bij de sector bestuursrecht van de rechtbank • Hoger beroep ABRvS	Art. 6 EVRM is mede van toepassing. Een bestuurlijke boete mag niet cumuleren met een strafrechtelijk traject dan wel een tuchtklacht ter zake van dezelfde overtreding.