

## KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/05/339919 / KL RK 18-93 en C/05/339921 / KL RK 18-94

### KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEWARDEN

Kenmerk: C/05/339919 / KL RK 18-93 en C/05/339921 / KL RK 18-94

#### beslissing van de kamer voor het notariaat

op de klacht van

1. [...],  
wonende te [...],
2. **[Z] B.V.**,  
gevestigd te [...],
3. **[Y] B.V.**,  
gevestigd te [...],
4. **Stichting Administratiekantoor [Y]**,  
gevestigd te [...],
5. [...],
6. [...],
7. [...],
8. [...],
9. [...],
10. [...]],
11. [...],
12. [...],
13. [...],
14. [...],
15. [...],

klagers,  
gemachtigde van klagers: mr. A.J. van Soelen, advocaat te Amsterdam

tegen

1. **mr. [...]**,  
notaris te [...]  
gemachtigde: mr. P. Wanders, advocaat te Amsterdam

2. **mr. [...]**,

notaris te [...]

gemachtigde: mr. P. Wanders, advocaat te Amsterdam.

Partijen worden hierna respectievelijk klagers en de notarissen genoemd.

## **1. Het verloop van de procedure**

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit

- de klacht, met bijlagen, van 2 juni 2018;
- de beslissing van het gerechtshof Amsterdam van 26 juni 2018, waarin de kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden is belast met de behandeling van de klacht;
- het verweer van de notarissen van 31 juli 2018;
- de repliek, met bijlagen, van klagers van 13 september 2018;
- de dupliek, met bijlagen, van de notarissen van 5 oktober 2018.

1.2 De klachtzaak is ter zitting van 14 november 2018 behandeld, waarbij zijn verschenen klager sub 1 en de gemachtigde van klagers enerzijds en de notarissen, bijgestaan door hun gemachtigde anderzijds.

## **2. De feiten**

2.1 Klager sub 1 is bestuurder van [X] B.V (hierna: [X]).

In 2011 is besloten dat de aandelen in de vennootschap [X] zouden worden overgenomen door [Y] B.V (hierna: [Y]).

Investeringsmaatschappij [A] zou een belang van 60% krijgen in [Y], [Z] B.V. (de houdstervenootschap van klager sub 1) een belang van 30 % en de Stichting Administratiekantoor [Y] (hierna: de STAK) een belang van 10 %. Klager sub 1 zou bestuurder worden van [Y], [Z] en de STAK.

2.2 [A] heeft aan de notaris sub 1 opdracht verleend notariële werkzaamheden te verrichten in verband met de overname en de herstructurering van [X], waaronder de oprichting van enkele vennootschappen en de levering van aandelen en certificaten. De betrokken partijen werden bijgestaan door hun eigen juridische adviseurs.

2.3 Op 23 maart 2011 heeft notaris sub 1 de akte van oprichting van [Y] gepasseerd. Klager heeft hiervoor een volmacht afgegeven.

2.4 Op 24 maart 2011 is door partijen de aandeelhoudersovereenkomst getekend. De notarissen hebben geen bemoeienis gehad met de totstandkoming van deze overeenkomst.

2.5 Op 24 maart 2011 heeft notaris sub 2 de akte gepasseerd waarin de aandelen in [X] zijn geleverd aan [Y] en tevens de akte waarin 10 % van de aandelen in [Y] is geleverd aan de STAK. Klager sub 1 was bij het passeren van de akten aanwezig.

2.6 In maart 2012 is notaris sub 1 verzocht om de statuten van [Y] dusdanig aan te passen dat uitgifte van preferente aandelen mogelijk zou worden gemaakt. De accountant van [Y] had namelijk geconstateerd dat de vennootschap geen preferente aandelen had uitgegeven, terwijl dit wel de in de aandeelhoudersovereenkomst neergelegde bedoeling van partijen was geweest.

Partijen hebben besloten om de nominale waarde van deze preferente aandelen niet te stellen op € 0,02, zoals oorspronkelijk was overeengekomen en neergelegd in de aandeelhoudersovereenkomst, maar te verhogen naar € 1.000,00.

2.7 Op 30 maart 2012 heeft notaris sub 1 de statutenwijziging gepasseerd. Op dezelfde dag heeft notaris sub 1 de akte uitgifte aandelen gepasseerd.

2.8 Bij brief van 21 februari 2018 heeft de Belastingdienst aan klagers meegedeeld dat het 'lucratief belang regime' van toepassing is op de vervreemdingswinst die klagers in 2017 hebben behaald met de aandelen die zij in [Y] bezaten.

2.9 In maart 2018 heeft klager sub 1 de notarissen verzocht om toezending van alle correspondentie met hun kantoor in verband met de transacties in 2011 en 2012. Notaris sub 1 heeft met een beroep op zijn geheimhoudingsplicht geweigerd aan dit verzoek gehoor te geven.

### **3. De klacht en het verweer**

3.1 De klacht valt uiteen in de volgende onderdelen:

Klachtonderdeel 1:

De notarissen hebben jegens klagers niet de zorg betracht die zij hadden moeten betrachten door in de akte van oprichting van [Y] de uit de concept-aandeelhoudersovereenkomst kenbare bedoeling van partijen om preferente aandelen uit te geven, niet te verwerken.

Klachtonderdeel 2:

De medewerkers van de notarissen hebben zich ook niet verdiept in de tussen partijen gemaakte afspraken over uitgifte van preferente aandelen en de notarissen hebben daar onvoldoende toezicht op gehouden, waardoor het kantoor niet voldoet aan de eisen van een goede praktijkuitoefening.

Klachtonderdeel 3:

De notarissen hebben bij de oprichting van [Y] nagelaten letteraandelen te creëren, terwijl zij wisten of aan de hand van het concept-aandelenovereenkomst hadden moeten weten dat dit de bedoeling van partijen was.

Klachtonderdeel 4:

De notarissen hebben nagelaten om klager sub 1 voor te lichten. Zij hebben in 2011 nooit met hem gesproken en dus ook geen Belehrung toegepast; zij hebben nagelaten zich ervan te vergewissen of hij begreep wat er gebeurde.

Subsidiair klachtonderdeel 4:

Subsidiair wordt notaris sub1 verweten dat hij klager sub 1 niet uitdrukkelijk heeft laten compareren bij de oprichting van [Y].

Klachtonderdeel 5:

De notarissen hadden niet het initiatief mogen nemen om klager sub 1 bij volmacht te laten compareren.

Klachtonderdeel 6:

De notarissen hebben ten onrechte niet meegedeeld dat zij bij de oprichting van [Y] en de aandelenoverdracht als partijnotaris hebben gefungeerd.

Klachtonderdeel 7:

Notaris sub 1 heeft in 2012 zijn zorg- en Belehringsplicht geschonden bij de statutenwijziging en bij de uitgifte van de preferente aandelen door de nominale waarde daarvan te verhogen van € 0,02 naar € 1000,00. Notaris sub 1 had klagers moeten waarschuwen voor mogelijk zeer nadelige fiscale consequenties van deze verhoging.

Klachtonderdeel 8:

De notarissen hebben ten onrechte met een beroep op hun geheimhoudingsplicht geweigerd om de volledige correspondentie uit het dossier uit 2011 en 2012 aan klagers af te geven.

Subsidiair klachtonderdeel 8:

Subsidiair verwijten klagers de notarissen dat zij klagers niet op voorhand hebben geïnformeerd dat zij feitelijk als partijnotaris (van [A] ) zouden gaan optreden en zij hebben daar ook geen toestemming voor gevraagd. Bovendien hebben de notarissen in 2011 en 2012 hun geheimhoudingsplicht geschonden door afschriften van tal van e-mails waarop het beroepsgeheim van toepassing was, naar klager sub 1 te sturen.

3.2 Op het verweer van de notarissen zal de kamer hierna, voor zover het verweer van belang is voor de beoordeling, nader ingaan.

## **4. De beoordeling**

### *De ontvankelijkheid van de klachtonderdelen*

4.1 Eerst dient beoordeeld te worden of de klachtonderdelen tijdig zijn ingediend. Artikel 99 lid 21 van de Wet op het notarisambt (Wna) bepaalt dat een klacht slechts kan worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot klacht gerechtigde van het handelen of nalaten van een notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven, kennis heeft genomen. Indien de klacht wordt ingediend na verloop van drie jaren na de dag waarop de klager kennis heeft kunnen nemen of redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van het handelen of nalaten van de notaris waarop de klacht betrekking heeft, wordt de klacht door de voorzitter niet-ontvankelijk verklaard.

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

Klachtonderdelen 1 t/m 3: geen preferente aandelen bij oprichting [Y]

4.2 Daargelaten dat klagers bekend mogen worden verondersteld met de inhoud van de door hen in 2011 - al dan niet bij volmacht – ondertekende en door hun eigen juridisch adviseurs voorbereide akten, waardoor zij toen al hadden kunnen weten dat in de akte van oprichting geen preferente aandelen waren vermeld, stelt de kamer vast dat klagers in ieder geval uiterlijk in maart 2012 hiervan op de hoogte zijn geraakt. Op dat moment is immers het verzoek aan notaris sub 1 gedaan om de statuten dusdanig te wijzigen dat alsnog preferente aandelen konden worden uitgegeven. Nu meer dan drie jaren zijn verstreken sinds klagers op de hoogte zijn van het nalaten en de gevolgen daarvan, zijn de klachtonderdelen 1, 2 en 3 niet-ontvankelijk.

Klachtonderdelen 4, 4 subsidiair en 5: voorlichting nagelaten en niet laten compareren

4.3 Afgezien van het feit dat de akten van 24 maart 2011, anders dan klagers stellen, in aanwezigheid van klager sub 1 zijn gepasseerd, overweegt de kamer dat klagers reeds in 2011 en 2012 wisten dat zij niet bij alle akten gecompareerd hadden en dus geen Belehrung had plaatsgevonden. Klagers kunnen worden geacht op dat moment ook op de hoogte te zijn geweest van mogelijke gevolgen daarvan. Daarna hebben klagers langer dan drie jaren gewacht met indiening van een klacht, waardoor deze klachtonderdelen te laat zijn ingediend en niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard.

Klachtonderdeel 6: als partijnotaris optreden

4.4 Voor zover al zou kunnen worden aangenomen dat de notarissen als partijnotaris hebben opgetreden, is de kamer van oordeel dat de klacht hierover eveneens te laat is ingediend. Klagers waren immers ten tijde van het passeren van de akten in 2011 en 2012 bekend met de opstelling en handelwijze van de notarissen en konden ook toen redelijkerwijs overzien wat daarvan de gevolgen konden zijn. Klachtonderdeel 6 zal dan ook niet-ontvankelijk worden verklaard.

Klachtonderdeel 7: verhoging nominale waarde preferente aandelen

4.5 Klagers hebben aangevoerd dat zij pas begin 2018 bekend zijn geworden met de gevolgen van de verhoging van de nominale waarde bij de uitgifte van de preferente aandelen in 2102, waardoor zij dit klachtonderdeel tijdig hebben ingediend. De Belastingdienst heeft namelijk in een brief van 21 februari 2018 bericht dat het lucratief belang regime van toepassing is op de vervreemdingswinst die klagers in 2017 met de aandelen in [Y] hebben behaald. Dit is voor klagers een zeer nadelig fiscaal regime, dat niet zou hebben gegolden als de nominale waarde van de in 2012 uitgegeven preferente aandelen niet was verhoogd naar € 1000,00 per aandeel.

4.6 De kamer constateert dat de statutenwijziging en de uitgifte van de preferente aandelen waarbij de nominale waarde van die aandelen is verhoogd, heeft plaatsgevonden in 2012. De in artikel 99 lid 21 Wna bedoelde termijn van drie jaren vangt aan

vanaf dat moment, tenzij de gevolgen van de verhoging van de nominale waarde van de preferente aandelen pas later redelijkerwijs bekend zijn geworden. Dat is naar het oordeel van de kamer niet het geval.

Het staat vast dat de accountant van [Y] betrokken is geweest bij de statutenwijziging en uitgifte van preferente aandelen waarbij is besloten om de nominale waarde van deze aandelen te verhogen. De kamer is van oordeel dat een accountant van een vennootschap bij uitstek moet worden geacht op de hoogte te zijn van de fiscale gevolgen van de keuze om de nominale waarde van preferente aandelen te verhogen. In 2012 had de accountant dus al moeten weten dat de verhoging van de nominale waarde negatieve fiscale gevolgen voor klagers zou kunnen hebben. Deze kennis van de accountant dient aan klagers te worden toegerekend.

Nu de verhoging van de nominale waarde van de uit te geven preferente aandelen heeft plaatsgevonden in 2012, derhalve meer dan drie jaar geleden, en niet kan worden aangenomen dat de gevolgen ervan redelijkerwijs pas later bekend zijn geworden, is dit klachtonderdeel niet tijdig ingediend.

Klachtonderdeel 7 zal niet-ontvankelijk worden verklaard.

### *De inhoudelijke beoordeling van klachtonderdeel 8*

Klachtonderdeel 8: weigering afgifte correspondentie

4.7 Klachtonderdeel 8 is tijdig ingediend, omdat het betrekking heeft op de afwijzing van het verzoek om afgifte van de volledige correspondentie aan klagers in het voorjaar van 2018. Dit klachtonderdeel zal dus inhoudelijk worden beoordeeld.

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

4.9 Voor zover dit klachtonderdeel betrekking heeft op notaris sub 1, is de kamer met de notaris sub 1 van oordeel dat zijn geheimhoudingsplicht ingevolge artikel 22 Wna in de weg staat aan afgifte van de correspondentie van de notaris met de ene partij aan de andere partij.

Dat zou anders geweest zijn als [A] geen bezwaar had gehad tegen afgifte van de correspondentie, maar dat was niet het geval. De notaris heeft zorgvuldig en juist gehandeld door niet het integrale dossier ter inzage te geven.

Klachtonderdeel 8 tegen notaris sub 1 zal ongegrond worden verklaard.

4.10 Notaris sub 2 heeft ontkend bij de weigering van het verzoek tot afgifte van de correspondentie betrokken te zijn geweest en ook uit de stukken blijkt geen enkele bemoeienis van notaris sub 2 hiermee. De kamer is om deze reden van oordeel dat het verwijt dat ten grondslag ligt aan dit klachtonderdeel geen handelen van notaris sub 2 betreft.

Klachtonderdeel 8 tegen notaris sub 2 zal ongegrond worden verklaard.

## *De ontvankelijkheid van klachtonderdeel 8 subsidiair*

### Klachtonderdeel 8 subsidiair

4.11 Nu klachtonderdeel 8 geen doel treft, zal de kamer het subsidiaire klachtonderdeel 8 beoordelen.

Voor zover het subsidiaire klachtonderdeel het verwijt behelst dat de notarissen klagers niet hebben ingelicht en ook geen toestemming hebben gevraagd voor het feitelijk als partijnotaris optreden van [A], komt dit verwijt overeen met het in klachtonderdeel 6 verwoorde verwijt. Zoals de kamer in alinea 4.4 heeft overwogen, is deze klacht te laat ingediend en mitsdien niet-ontvankelijk.

4.12 Voor zover het subsidiaire klachtonderdeel betrekking heeft op schending van de geheimhoudingsplicht van de notarissen door verstrekking van e-mails aan klager sub 1 in 2011 en 2012, geldt dat klagers meer dan drie jaren op de hoogte zijn van het handelen waarover zij thans klagen. Klager sub 1 was immers naar eigen zeggen de ontvanger van de bedoelde e-mails. Daardoor is dit klachtonderdeel te laat ingediend. Het subsidiaire klachtonderdeel 8 zal niet-ontvankelijk worden verklaard.

### *Verzoek om aanhouding van beslissing*

4.13 Gelet op het vorengaande, heeft de kamer geen aanleiding gezien om gehoor te geven aan het verzoek van de notarissen om de beslissing op de klacht aan te houden totdat op de civiele procedure in deze kwestie onherroepelijk is beslist.

## **5. De beslissing**

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden

- verklaart klachtonderdeel 8 tegen beide notarissen ongegrond;
- verklaart de overige klachtonderdelen niet-ontvankelijk.

Deze beslissing is gegeven door mr. O. Nijhuis, voorzitter, mr. I.C.J.I.M. van Dorp en mr. E.R. Koers, leden, en in tegenwoordigheid van mr. W.E. Markus-Burger, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 20 december 2018.

De secretaris

De voorzitter