

KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: C/05/404349 / KL RK 22-61

KAMER VOOR HET NOTARIAAT IN HET RESSORT ARNHEM-LEEUWARDEN

Kenmerk: C/05/404349 / KL RK 22-61

beslissing van de kamer voor het notariaat

op de klacht van

[klaagster 1],

[klaagster 2],

[klaagster 3]

en [K], in haar hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordiger van [klaagster 4],

allen wonende te [woonplaats],

klagers,

gemachtigde: mr F.P. van Dalen

tegen

mr. [notaris],

notaris te [vestigingsplaats]

gemachtigde: mr. H.J. Delhaas

Partijen worden hierna respectievelijk klagers en de notaris genoemd.

1. Het verloop van de procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit

- de klacht, met bijlagen, van 17 mei 2022;
- het verweer van de notaris van 16 september 2022;
- de e-mail, met bijlagen, van de notaris van 27 december 2022.

1.2. De klachtzaak is ter zitting van 9 januari 2023 behandeld, waarbij zijn verschenen klagers bijgestaan door hun gemachtigde enerzijds en de notaris bijgestaan door zijn gemachtigde anderzijds. Door de gemachtigde van klagers en de gemachtigde van de notaris zijn pleitaantekeningen overgelegd en voorgedragen.

2. De feiten

2.1. Klagers zijn de kinderen van de heer [erflater] (hierna: erflater), die op 22 november 2017 is overleden.

2.2. Erflater was directeur-groootaandeelhouder van [S] B.V., gevestigd te [plaats]. De [S] B.V. heeft twee deelnemingen, namelijk [W] B.V. en [X] B.V.

2.3. Op 27 oktober 2009 heeft de notaris een testament van erflater gepasseerd. Uit het testament blijkt dat erflater klagers benoemt tot enige erfgenamen. Er is een legaat opgenomen voor de vader van erflater, [de vader], (hierna: de vader).

2.4. Ook is een executeursbenoeming opgenomen waarin de vader tot executeur wordt benoemd. Verder wordt de vader tot testamentair bewindvoerder benoemd, waarbij het bewind in werking treedt op het tijdstip van overlijden van erflater, totdat de desbetreffende erfgenaam de leeftijd van 21 jaar heeft bereikt.

2.5. De verklaring van erfrecht is op 8 februari 2018 door de notaris afgegeven.

Hieruit blijkt dat klagers de nalatenschap op 19 december 2017 beneficiair hebben aanvaard. De vader heeft de executeursbenoeming aanvaard en gebruik gemaakt van

zijn bevoegdheid om iemand toe te voegen als executeur. De vader heeft [de zus] (zijn dochter, en de zus van erflater) toegevoegd als executeur. In de verklaring van erfrecht is als conclusie opgenomen dat de dochter als executeur bevoegd is om alle goederen van de nalatenschap te beheren en de erfgenamen binnen en buiten rechte te vertegenwoordigen, waar het de nalatenschap betreft. Voorts kan zij de betalingen innen en alle schulden van de nalatenschap voldoen. Voor de tegeldemaking van een goed heeft de executeur geen toestemming van de erfgenamen nodig.

2.6. De vader is overleden op 28 juni 2018.

2.7. De notaris heeft op 5 april 2019 de akte 'levering aandelen [S] B.V.' gepasseerd waarbij de aandelen zijn geleverd aan dochter [de zus] (als rechtsoptvolger onder algemene titel van de overleden vader) voor het bedrag van € 958,-, zijnde het saldo bedrag van de waarde van de aandelen verminderd met de schuld van erflater aan de BV.

De akte is door de dochter mede in haar hoedanigheid van executeur getekend.

2.8. De akte van verdeling nalatenschap van erflater is op 13 september 2019 door de notaris gepasseerd. Aan [klaagster 1] is op haar verzoek het aan haar toekomende erfdeel uitgekeerd door de notaris.

2.9. Door de Belastingdienst is op 28 april 2021 aan de erven van erflater een aanslag Inkomstenbelasting 2017 opgelegd van € 39.650,-. De aanslag heeft betrekking op de aanmerkelijk belangheffing ten aanzien van de BV-aandelen

3. De klacht en het verweer

3.1. Klagers verwijten de notaris in hun klaagschrift het volgende:

Klachten met betrekking tot het opstellen van de verklaring van erfrecht, de verklaring van executele en het meewerken aan de executele:

1. De notaris heeft een verklaring van erfrecht afgegeven, waaruit blijkt dat de nalatenschap beneficiair is aanvaard, maar waaruit niet blijkt waarom de hoofdregel, namelijk de wettelijke vereffening, niet van toepassing is. De notaris heeft dus geen enkele aandacht besteed aan het feit dat de regels van de vereffening in principe van toepassing zijn, zolang er geen boedelbeschrijving en ruimschootsvoldoende-verklaring is afgegeven door de (beoogde) executeur(s).

2. Ten onrechte heeft de notaris een verklaring van executele afgegeven, waarbij duidelijk was dat er niet werd voldaan aan de voorwaarden zoals gesteld in de wet, namelijk dat er een boedelbeschrijving moet worden opgesteld en dat de executeur een ruimschootsvoldoende-verklaring kan afleggen.

3. Ten onrechte heeft de notaris als boedelnotaris c.q. als juridisch adviseur van de executeur opgetreden, terwijl de notaris wist dan wel kon weten dat de executeur onbevoegd was, omdat er onvoldoende activa aanwezig waren om de schulden te betalen.

4. Ten onrechte heeft de notaris geen enkele informatie gegeven aan klagers met betrekking tot hun positie als vereffenaar c.q. erfgenamen en heeft enkel en alleen de onbevoegde executeur ondersteund. De notaris heeft niet voldaan aan de op hem rustende zorgplicht tegenover klagers.

Klachten met betrekking tot de leveringsakte van 5 april 2019

5. Ten onrechte heeft de notaris zijn medewerking verleend aan het passeren van de notariële leveringsakte d.d. 5 april 2019. Uit de feiten blijkt immers dat er geen deugdelijke waardering is gedaan van de aandelen. Er was enkel en alleen een fiscale notitie van een fiscalist die verbonden was aan het accountantskantoor Smids & Schakel, die betrekking had op de fiscale consequenties van het overlijden van erflater. De memo van mevrouw mr. Van der Veer-Bosch d.d. 30 juli 2018 kan niet

worden gezien als een deugdelijke waardering van de aandelen, simpelweg omdat een fiscalist hiertoe niet in staat is.

6. Verder is de klacht van klagers dat de notaris geen enkele aandacht heeft besteed aan de wijze van waardering van de aandelen. Er is door de notaris geen enkele toelichting gegeven op de notitie van mevrouw mr. Van der Veer-Bosch.

7. Uit de feiten en omstandigheden blijkt dat de titel op grond waarvan de levering heeft plaatsgevonden, niet deugdelijk is en dat er geen beschikkingsbevoegdheid was aan de kant van de vermeende executeur. De notaris heeft geen enkele aandacht besteed aan de beschikkingsbevoegdheid en aan de titel. Dit is klachtwaardig.

8. De notaris heeft een onjuiste verkoopprijs, namelijk een bedrag van € 958,-, opgenomen in de leveringsakte.

9. De notaris heeft meegewerkt op onjuiste juridische gronden aan een verrekening.

10. Verder heeft de notaris geen enkele aandacht besteed aan het feit dat de aandelen die werden geleverd aan mevrouw [de zus], aanmerkelijk belang aandelen waren en dat dus het overlijden van erflater een fictief vervreemdingsmoment is voor de Wet Inkomstenbelasting. Er is dus door de notaris geen enkele fiscale voorlichting gegeven aan de vereffenaars c.q. de erfgenamen met betrekking tot de financiële consequenties van het overlijden van erflater.

Klacht met betrekking tot het onvoldoende geven van voorlichting met betrekking tot de fiscale claim

11. De notaris heeft niet voldaan aan zijn Belehrungspflicht met betrekking tot de fiscale consequenties van het overlijden van erflater. Hiertoe is de notaris wel gehouden.

Klacht met betrekking tot het betalen van de declaraties:

12. Klagers klagen erover dat de notaris zonder overleg met de erfgenamen zichzelf een voorrangspositie heeft gecreëerd door vanuit de boedelrekening de hierboven genoemde declaraties te laten uitbetalen op zijn kantoorrekening.

Klachten ter zake van de overboeking ad € 10.958,18

13. Zonder overleg met en toestemming van de overige erfgenamen ([klaagster 2], [klaagster 2 en [klaagster 4]) heeft de notaris een bedrag van € 10.958,18 vanuit de boedelrekening overgeschreven op het rekeningnummer van [klaagster 1], in verband met uitkering erfdeel..

14. De notaris had moeten weten dat er sprake was van een vereffeningssituatie en dat er dus nog geen geld mocht worden uitgekeerd aan één van de erfgenamen. Indien er wel geld wordt uitgekeerd aan één van de erfgenamen, betekent dit in principe dat de erfgenamen zonder dat de vereffening afgerond is, hoofdelijk aansprakelijk worden.

3.2. Ter zitting heeft de gemachtigde van klagers de klachten als volgt samengevat:

1. het stond de notaris niet vrij om een verklaring van executele te passeren omdat de (beoogde) executeur niet kon aantonen dat de nalatenschap ruimschoots toereikend was om de schulden te voldoen;

2. in de leveringsakte van 5 april 2019 is ten onrechte een waarde van de aandelen van € 958,- opgenomen;

3. de akte van verdeling van 13 september 2019 en de daarbij horende boedelbeschrijving is niet juist;

4. de notaris heeft klagers niet goed voorgelicht over de IB-claim;

5. de notaris heeft ten onrechte in 2019 een bedrag van € 10.958,- uitgeboekt aan [klaagster 1].

De kamer zal de klacht bespreken aan de hand van deze onderdelen.

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

4. De beoordeling

4.1. Op grond van artikel 93 lid 1 Wet op het notarisambt (hierna: Wna) zijn notarissen, toegevoegd notarissen en kandidaat-notarissen aan het tuchtrecht onderworpen. De tuchtrechter toetst of hun handelen of nalaten in strijd is met het bepaalde in de Wna en andere toepasselijke bepalingen. Ook kan de tuchtrechter toetsen of zij voldoende zorg in acht hebben genomen ten opzichte van de (rechts)personen voor wie zij optreden en of zij daarbij hebben gehandeld zoals een behoorlijk beroepsbeoefenaar behoort te doen.

Ontvankelijkheid

4.2. Voordat de kamer de klacht inhoudelijk kan behandelen moet zij beoordelen of klagers ontvankelijk zijn in hun klacht. Artikel 99 lid 21 Wna bepaalt dat een klacht slechts kan worden ingediend gedurende drie jaren na de dag waarop de tot een klacht gerechtigde kennis heeft genomen van het handelen of nalaten van een notaris, toegevoegd notaris of kandidaat-notaris dat tot tuchtrechtelijke maatregelen aanleiding kan geven. Indien de klacht wordt ingediend na afloop van die drie jaren, wordt de klacht door de voorzitter niet-ontvankelijk verklaard. De beslissing tot niet-ontvankelijkverklaring blijft achterwege als de gevolgen van het handelen of nalaten redelijkerwijs pas na afloop van de verjaringstermijn van drie jaren 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 worden zijn aan te merken.

4.3. Ter zitting heeft de notaris zich erop beroepen dat klagers niet-ontvankelijk zijn voor de klachtonderdelen die betrekking hebben op wat bij klagers al bekend was voor 17 mei 2019, omdat de klacht is ingediend op 17 mei 2022. Dit zou betekenen dat klagers voor de klachtonderdelen die gaan over de leveringsakte van aandelen van 5 april 2019, de verklaring van erfrecht van 8 februari 2018 en de verklaring van executele van 18 december 2017 niet-ontvankelijk zijn, aldus de notaris.

4.4. De kamer overweegt dat de verdelingsakte op 13 september 2019 door de notaris is gepasseerd. In de verdelingsakte komt tot uitdrukking dat de vereffeningprocedure niet is gevolgd, nu wordt uitgegaan van de bevoegdheid van de executeur. Voorts is de levering van de aandelen opgenomen in de bij de akte gevoegde rekening en verantwoording, waardoor deze onderdeel uitmaakt van de verdelingsakte. Verder is in de akte vermeld dat sprake is van een batig saldo van € 43.940,75, uit hoofde waarvan de uitkering van € 10.895,18 aan [klaagster 1] heeft plaatsgevonden. Het voorgaande betekent dat alle hiervoor onder 3.2 vermelde klachtonderdelen in de akte van verdeling van 13 september 2019 aan de orde komen. Nu de akte is gepasseerd binnen de driejaarstermijn, voorafgaand aan het moment van indienen van de klacht bij de kamer, zijn klagers ontvankelijk ten aanzien van alle klachtonderdelen.

Klachtonderdeel 1: executele of vereffening

4.5. Klagers verwijten de notaris dat bij de akte van verdeling, en ook daarvoor bij de op 18 december 2017 afgegeven verklaring van executele, ten onrechte de vereffening-procedure niet is gevolgd. In artikel 4:195 lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is immers bepaald dat wanneer een nalatenschap beneficiair wordt aanvaard, de nalatenschap in beginsel moet worden vereffend volgens de regels van wettelijke regels voor vereffening van de nalatenschap. Dit is slechts anders als door de bevoegde executeur een ruimschootsvoldoende-verklaring is afgegeven, waaruit blijkt dat de goederen van de nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle

schulden van de nalatenschap te voldoen. Klagers zijn van mening dat het de notaris niet vrijstond om de verklaring van executele te passeren, omdat de executeur niet kon aantonen dat de nalatenschap ruimschoots toereikend was om de schulden te voldoen.

4.6. De notaris geeft aan dat hij wel aandacht heeft besteed aan de vraag of de nalatenschap een positief of een negatief saldo liet zien. Zo heeft hij de executeur in een bespreking gewezen op de relevantie van een positieve nalatenschap. Ook heeft hij in de brief aan de rechtbank, waarin hij de rechtbank op de hoogte bracht van de omvang van de nalatenschap, een voorbehoud gemaakt ten aanzien van het vermogen. Hij heeft de rechtbank laten weten nader te zullen berichten als er sprake was van een negatieve nalatenschap. Op het moment van het opstellen van de verklaring van executele was het de inschatting van de notaris dat er sprake was van een positieve nalatenschap en dat de nalatenschap dus door de executeur kon worden afgewikkeld.

4.7. Volgens artikel 4:149 lid 1 onder d BW in verbinding met artikel 4:202 lid 1 onder a BW eindigt de taak van een executeur wanneer de nalatenschap moet worden vereffend doordat zij door een of meer erfgenamen onder voorrecht van boedelbeschrijving (beneficiair) is aanvaard. De uitzondering op dit uitgangspunt is, als er een tot voldoening van de opeisbare schulden en legaten bevoegde executeur is en deze kan aantonen dat de goederen van de nalatenschap ruimschoots toereikend zijn om alle schulden van de nalatenschap te voldoen. De wet schrijft geen termijn voor waarbinnen dit moet worden aangetoond.

4.8. De kamer overweegt dat de notaris ten tijde van het opstellen van de akte verdeling nalatenschap van 13 september 2019 wist dat er nog een aanslag zou komen voor de Inkomstenbelasting 2017. Alleen de hoogte van de aanslag was niet bekend, zo heeft de notaris ter zitting verklaard. Verder was het de notaris bekend dat de waarde van de aandelen in [S] B.V. € 172.618,- bedroeg en dat er een rekening-courantschuld was waardoor [S] B.V. een vordering op de nalatenschap had van € 171.660,-. Van belang is voorts dat door de executeur geen boedelbeschrijving was opgesteld en ook geen ruimschootsvoldoende-verklaring was afgegeven.

Naar het oordeel van de kamer had de notaris, gelet op de hiervoor omschreven op dat moment bestaande onzekerheden, niet mogen overgaan tot het tekenen van de akte van verdeling van de nalatenschap zonder de procedure omtrent wettelijke vereffening van de nalatenschap in acht te nemen, tenzij door de executeur alsnog de ruimschootsvoldoende-verklaring was afgegeven. De kamer overweegt hierbij nog dat een notaris tenminste een summier onderzoek moet doen naar de juistheid van een door een executeur afgelegde ruimschootsvoldoende-verklaring. Het laten optreden door de notaris van een beschikkingsonbevoegde executeur kan ook civielrechtelijke gevolgen hebben.

4.9. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Klachtonderdelen 2 en 3: de waarde van de aandelen

4.10. Klagers stellen zich op het standpunt dat de notaris ten onrechte in de boedelbeschrijving die hoort bij de akte verdeling nalatenschap, evenals in de akte levering van aandelen van 5 april 2019, heeft opgenomen dat de aandelen in [S] B.V. aan [de zus] worden geleverd voor een koopprijs van € 958,-. Klagers voeren aan dat de waarde van de aandelen € 172.618,- is en dat de notaris er niet voor had mogen kiezen om de waarde van de aandelen en de rekeningcourant-schuld met elkaar te verrekenen.

4.11. De notaris heeft zich op het standpunt gesteld dat het mogelijk was om de waarde van de onderneming van € 172.618,- te verrekenen met de

rekeningcourant-schuld van € 171.660,-. Het bedrag dat dan overblijft, € 958,-, is door hem opgenomen in de akte levering van aandelen en in de boedelbeschrijving.

4.12. Overwogen wordt dat door mr. Van der Veer-Bosch van Smids & Schakel Accountants op 30 juli 2018 aan de notaris een memo is uitgebracht over de fiscale consequenties van het overlijden van erflater. Daarin staat opgenomen: “De waarde van de aandelen [S]B.V. bedraagt na verrekening € 172.618. dit bedrag dient de heer [de vader] aan de nalatenschap te voldoen (legaat tegen inbreng van de waarde). Daarnaast heeft [S] BV een vordering op de nalatenschap in verband met de rekening courantschuld van de heer [erflater] van € 171.660. Deze beide bedragen kunnen met elkaar worden verrekend.”

4.13. Gelet op het memo van mr. Van der Veer-Bosch had de notaris niet mogen opnemen dat de waarde van de aandelen € 958,- was. Dat volgt namelijk niet uit het memo. Dat de waarde van de aandelen kan worden verrekend met de rekeningcourant-schuld is in beginsel juist, maar naar het oordeel van de kamer kan een dergelijke verrekening leiden tot benadeling van andere schuldeisers van de nalatenschap. Wanneer er sprake is van een procedure van wettelijke vereffening van een nalatenschap behoort een notaris naar het oordeel van de kamer geen medewerking te verlenen aan een dergelijke verrekening zolang nog niet duidelijk is of alle schulden van de nalatenschap kunnen worden voldaan.

4.14. Deze klachtonderdelen zijn gegrond.

Klachtonderdeel 5: uitbetaling aan [klaagster 1]

5. Op verzoek van [klaagster 1] heeft de notaris, na het afgeven van de verklaring van erfrecht, aan [klaagster 1] een bedrag uitbetaald van € 10.958,18. Klagers stellen dat de notaris dit bedrag niet had mogen uitkeren omdat er geen overleg is geweest met de andere erfgenamen. Omdat er sprake was van een vereffeningssituatie mocht er nog geen geld worden uitgekeerd aan één van de erfgenamen.

5.1. De notaris geeft aan dat [klaagster 1] inmiddels 21 jaar oud was en dat er geen reden was om het erfdeel niet aan haar uit te keren. Voorts heeft hij aan [klaagster 1] aangegeven dat zij nog wel haar deel in de IB-claim zou moeten betalen.

5.2. De kamer is van oordeel dat de notaris niet een uitkering aan [klaagster 1] had moeten verrichten. Dit hangt samen met de overweging in 4.8 dat de notaris de vereffening-procedure had moeten volgen. Indien de vereffening-procedure was gevolgd, had de notaris niet al aan één erfgenaam haar aandeel kunnen uitkeren, tenzij de vereffening van de nalatenschap was afgerond en alle erfgenamen hadden ingestemd met de uitkering aan één erfgenaam

5.3. Dit klachtonderdeel is gegrond.

Overige klachtonderdelen

6. Omdat de klacht op hoofdlijnen gegrond is en alle overige klachtonderdelen daarin kunnen worden gelezen, behandelt de kamer de overige klachtonderdelen niet meer apart.

Maatregel

7. De kamer zal de klacht gegrond verklaren. Op de gegrondverklaring van een klacht volgt in beginsel een tuchtrechtelijke reactie. Gezien de aard en de ernst van het verwijt dat de notaris gemaakt moet worden, is de oplegging van de maatregel van berisping naar het oordeel van de kamer passend en geboden.

Terugbetaling griffierecht

7.1. Omdat de kamer de klacht gegrond verklaart, dient de notaris op grond van artikel 99 lid 5 Wna het door klagers betaalde griffierecht van € 50,- aan hen te vergoeden.

Kostenveroordeling

7.2. De kamer ziet aanleiding om de notaris, gelet op artikel 103b lid 1 aanhef en sub a Wna en de richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat per 1 januari 2021, te veroordelen in de volgende kosten:

- de kosten die klagers in verband met de behandeling van de klacht redelijkerwijs hebben moeten maken, forfaitair vastgesteld op een bedrag van € 50,-;
- de kosten die klagers hebben moeten maken voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, vastgesteld op 1 punt voor het indienen van het klaagschrift en 1 punt voor de bijstand ter zitting, met een waarde per punt van € 525,- en een wegingsfactor 1. De kamer kent dus een bedrag van € 1.050,- toe.

De notaris dient deze kosten en het griffierecht genoemd in 7.1 binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing aan klagers te vergoeden. Klagers dienen daarvoor tijdig een rekeningnummer schriftelijk door te geven aan de notaris.

7.3. Verder ziet de kamer aanleiding om de notaris, gelet op artikel 103b lid 1 aanhef en

sub b Wna en de richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat per 1 januari 2021, te veroordelen in de kosten die in verband met de behandeling van de zaak zijn gemaakt. Deze kosten worden vastgesteld op € 2.000,-, met een wegingsfactor 1. De kamer bepaalt dat deze kosten binnen vier weken na het onherroepelijk worden van deze beslissing moeten worden betaald aan de kamer. De notaris ontvangt hiervoor een nota van het LDCR te Utrecht.

7.4. Gelet op voorgaande wordt als volgt beslist.

8. De beslissing

De kamer voor het notariaat in het ressort Arnhem-Leeuwarden

- verklaart de klacht gegrond;
- legt de notaris op de maatregel van berisping;
- veroordeelt de notaris tot betaling van het griffierecht van € 50,- aan klagers op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 7.2 bepaald;
- veroordeelt de notaris tot betaling van de kosten van klagers, vastgesteld op een bedrag van € 50,-, op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 7.2 bepaald;
- veroordeelt de notaris tot betaling van de kosten van de aan klagers door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, vastgesteld op een bedrag van € 1.050,-, op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 7.2 bepaald;
- veroordeelt de notaris tot betaling van de kosten in verband met de behandeling van de zaak, vastgesteld op een bedrag van € 2.000,-, op de wijze en binnen de termijn als hiervóór onder 7.3 bepaald.

Deze beslissing is gegeven door mr. M.L. Braaksma voorzitter, mr. H.J.T. Vos en mr. V. Oostra, leden, en in tegenwoordigheid van mr. A.M. van Gerwen, secretaris, door de voorzitter in het openbaar uitgesproken op 16 februari 2023.

De secretaris

De voorzitter

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