

Aansprakelijkheid. Rechtsverwerking. Kan de notaris zich met succes tegen aansprakelijkheid verweren met een beroep op rechtsverwerking?

Rb. Rotterdam 12-08-2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7922

Instantie

Rechtbank Rotterdam

Datum

12 augustus 2020

Magistraten

Mr. C. Bouwman

Zaaknummer

C/10/592001 / HA ZA 20-211

JCDI

JCDI:ADS239066:1

Vakgebied(en)

Juridische beroepen / Notaris

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verbintenissenrecht / Algemeen

Verbintenissenrecht / Overeenkomst

Brondocumenten

ECLI:NL:RBROT:2020:7922, Uitspraak, Rechtbank Rotterdam, 12-08-2020

Wetgeving

Art. 6:2, 6:89, 6:248 BW

Essentie

Aansprakelijkheid. Notaris. Rechtsverwerking.

Kan de notaris zich met succes tegen aansprakelijkheid verweren met een beroep op rechtsverwerking?

Samenvatting

In 2008 heeft de notaris in het kader van een herstructurering diverse akten gepasseerd. Na het verlijden daarvan was vennootschap X omgezet in een naamloze vennootschap met de naam Y. A bezat 2.635.455 aandelen en B 4.864.545. Aldus werd het belang van A 17,57% en van B 32,43%. A meldt in 2011 aan de notaris: "Nu wil ik om fiscale redenen het belang in B vergroten ten koste van privé. (...). Het gaat om 20% van de aandelen (...)". Deze transactie heeft geen doorgang gevonden. In 2014 stellen A en B de notaris aansprakelijk. De notaris zou tot het passeren van de akten zijn overgaan zonder akkoord van A en B over de aantallen aandelen en zonder hen "te beleren". A en B stellen hierdoor schade te hebben geleden. Als het belang niet was verschoven, dan was er na de verkoop in 2011 minder aan inkomstenbelasting wegens aanmerkelijk belang betaald.

Rb.: A en B zijn er minstens sinds 2011 van op de hoogte dat de verhouding in de verdeling tussen de aandelen was gewijzigd. Aangenomen mag worden dat B als professionele en ervaren beleggingsdeskundige zich terdege bewust was van de fiscale risico's. Vaststaat dat A en B toen zij van de verhangings van de aandelen op de hoogte raakten, geen actie hebben ondernomen richting de notaris of de belastingdienst. Pas nadat het fiscale risico zich in 2014 bleek te realiseren, hebben A en B alsnog besloten de notaris aansprakelijk te stellen. Naar het oordeel van de rechtbank wordt de notaris door het tijdsverloop onredelijk in zijn verweer benadeeld. Aannemelijk is dat A en B en de notaris de fiscale gevolgen van de onopzettelijke verhangings van de aandelen begin 2011 nog zouden hebben kunnen voorkomen door de aandelen alsnog correct te verdelen, dan wel door op dat moment in goed overleg met de belastingdienst een andere regeling te treffen, waardoor A en B fiscaal in de positie zouden komen te verkeren waarin zij zouden hebben verkeerd als de fout niet was gemaakt. Dat rechtvaardigt dat de nadelige gevolgen van de onbedoelde aandelenverschuiving in redelijkheid niet aan de notaris kunnen worden toegerekend.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 11 november 2016, *NJ* 2017/75;
- HR 12 december 2014, *NJ* 2017/163;
- HR 18 januari 2013, *NJ* 2013/317;
- HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991;
- HR 29 juni 2007, *NJ* 2008/606;
- HR 24 april 1998, *NJ* 1998/621;
- HR 29 september 1995, *NJ* 1996/89;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2407;
- Hof Arnhem 7 december 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BO6672;
- Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:416;
- Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:5668;
- Rb. Midden-Nederland 6 februari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:540;
- Rb. Midden-Nederland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3138;
- Rb. Oost-Brabant 12 februari 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:741;
- Rb. Overijssel 6 februari 2019, ECLI:NL:ROOVE:2019:1195
- Rb. Rotterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:7338;
- Rb. Zeeland-West-Brabant 13 maart 2019, ECLI:NL:RBZWB:2019:1057.

Zie anders:

- Hof Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2019, *RN* 2019/34;
- Hof 's-Hertogenbosch 28 mei 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:CA1691.

Wenk

Deze zaak is een goed voorbeeld van de situatie dat een notaris jaren nadat hij voor een cliënt werkzaamheden heeft verricht, geconfronteerd wordt met een aansprakelijkstelling. Het loont dan de moeite om te bezien of de notaris (en diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar) een beroep op het verzaken van de klachtplicht of rechtsverwerking kan doen om zo de aansprakelijkheid af te wenden. Dat geldt ook als de fout op zichzelf wel vaststaat, zoals in deze zaak het geval leek te zijn. De opdracht van de cliënten luidde immers “dat de aandelen aan [naam eiser 1] en [naam eiser 2] in privé in dezelfde verhouding dienen te worden uitgegeven”. Die opdracht werd niet uitgevoerd, want de verhouding werd anders. Gevolg was dat later door de belastingdienst een (forse) naheffingsaanslag werd opgelegd in verband met aanmerkelijk belang. Die schade trachtten de voormalige cliënten vervolgens op de notaris te verhalen, naast advocaat- en accountantskosten.

De notaris beriep zich enerzijds op het verzaken van de klachtplicht als bedoeld in artikel 6:89 BW en anderzijds op rechtsverwerking met een beroep op de artikelen 6:2 en 6:248 BW. Artikel 6:89 BW bepaalt: “De schuldeiser kan op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft geprotesteerd.” Er is veel rechtspraak over artikel 6:89 BW (‘Zie ook’ voor enige voorbeelden). Niet tijdig klagen, leidt tot verval van alle rechten. De ratio hiervan is, volgens de Hoge raad (‘Zie ook’), “dat een schuldenaar erop moet kunnen rekenen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat deze, indien dit niet het geval blijkt te zijn, zulks, eveneens met spoed, aan de schuldenaar mededeelt (...)” Dat “beschermt (...) tegen te late en daardoor moeilijk te betwisten klachten.” Het artikel is ook van toepassing op een dienstverleningsrelatie, zoals die van een notaris. In artikel 6:89 BW wordt geen concrete termijn genoemd. Voor de bepaling van een precieze termijn moet naar de aard van de overeenkomst en de gebruiken worden gekeken. Daarnaast is de deskundigheid en juridische kennis van de betrokkenen relevant. Een vaste termijn kan daarom niet worden gehanteerd. Alle betrokken belangen en alle relevante omstandigheden moeten worden meegewogen. Bepalend is echter meestal wel in hoeverre de belangen van de schuldenaar (in dit geval de notaris) zijn geschaad. Als die niet geschaad worden door het tijdsverloop, slaagt een beroep op de klachtplicht meestal niet. Een arrest uit 2013 (‘Zie anders’) laat dat duidelijk zien. De notaris had in die zaak “geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de tijd die (...) is verstreken tussen het moment van ontdekking van de gestelde beroepsfout en de brief van 27 augustus 2007, hen in wezenlijke belangen heeft geschaad. Daar komt bij dat van notaris (...), gelet op zijn juridische kennis en ervaring, mocht worden verwacht dat hij – voor zover zijn praktijkuitoefening hem daartoe niet reeds verplichtte – (...), adequate maatregelen zou nemen om het teloorgaan van eventuele bewijsstukken te voorkomen. Ten slotte nopen zowel de aard van de gestelde beroepsfout – tekortschieten in de notariële zorgplicht –, de onderlinge verhouding tussen partijen – een juridisch beroepsbeoefenaar tegenover een niet juridisch onderlegde particulier – als het vérstrekkende gevolg van het honoreren van het beroep op het verstrijken van de klachttermijn (...) tot

terughoudendheid.”

In de in deze wenk besproken zaak werd niet, althans niet met zoveel woorden, het beroep van de notaris op artikel 6:89 BW gehonoreerd, maar wel diens beroep op rechtsverwerking. Per saldo komt dat op hetzelfde neer, zo laat de rechtspraak zien (*Zie ook*). De Hoge Raad heeft daarin geoordeeld “dat enkel tijdsverloop geen toereikende grond oplevert voor het aannemen van rechtsverwerking, immers daartoe vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken. (...)” De rechtbank vond in de besproken zaak met name relevant dat de voormalige cliënten zich als “professionele en ervaren beleggingsdeskundige” terdege bewust waren van het fiscale risico, maar dat zij er “kennelijk op gegokt [hadden] dat bovenvermeld risico zich niet zou verwezenlijken.” Bovendien was de notaris daadwerkelijk geschaad in zijn belangen door het tijdsverloop. In het licht van de jurisprudentie is dan het oordeel van de rechtbank dat sprake is van rechtsverwerking wel te begrijpen.

Partij(en)

Vonnis in de zaak van

1. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam eiser 1],
2. [Naam eiser 2], te Tsjechië,
eisers, advocaat mr. R.C. de Mol te 's-Gravenhage,
tegen
Loyens & Loeff N.V., te Rotterdam, gedaagde, advocaat mr. W.F. Hendriksen te Amsterdam.

Uitspraak

Rechtbank:

1 De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 7 februari 2020, met producties 1 tot en met 21,
- de conclusie van antwoord, met producties 1 tot en met 13,
- de brief van de rechtbank aan partijen van 17 juni 2020, waarbij een mondelinge behandeling is bepaald,
- de akte houdende uitlating producties, tevens houdende overlegging producties, tevens vermindering van eis van [eisers], met producties 22 tot en met 34,
- het proces-verbaal van mondelinge behandeling van 22 juni 2020.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1.

[Naam eiser 2] is bestuurder en enig aandeelhouder van [naam eiser 1].

2.2.

[Naam eiser 2] is in 1993 in dienst getreden van Oost Europa Participaties B.V. (hierna: OEP) en is in 1997 aandelen in OEP gaan houden. [Naam eiser 1] is in 2002 aandeelhouder van OEP geworden. OEP hield zich bezig met beleggingen in Oost-Europa.

2.3.

In 2008 heeft OEP, bij monde van haar bestuurder [naam 1] (hierna: [naam 1]), Loyens & Loeff opdracht gegeven voor notariële werkzaamheden ten behoeve van een herstructurering van OEP. Op dat moment hield [naam eiser 2] 39,3% van de aandelen (112.318) in het geplaatste kapitaal van OEP en [naam eiser 1] 5,7% (16.337 aandelen). De overige aandelen werden gehouden R.C.M. Consultancy B.V. (128.655 aandelen), waarvan [naam 1] bestuurder en enig aandeelhouder was, en de Stichting Administratiekantoor OEP (28.590 aandelen).

2.4.

Een e-mail van 29 april 2008 van de heer [naam 2] van Loyens & Loeff aan [naam 1] luidt voor zover hier van belang:

“(…) Je gaf aan dat de aandelen aan [naam eiser 1] en [naam eiser 2] in privé in dezelfde verhouding dienen te worden uitgegeven. Uitgaande van de verhouding van vóór de decertificering komen wij op 1.477.483 aandelen aan [naam eiser 2] privé (31.313/128.655*6.070.500). Derhalve zou voor [naam eiser 1] 4.593.017 aandelen worden uitgegeven. Graag vernemen wij nog of dit de juiste aantallen zijn? (…).”

2.5.

Op 18 juli 2008 heeft Loyens & Loeff in het kader van de herstructurering van OEP een akte van omzetting en statutenwijziging, een akte decertificering en levering en een akte van uitgifte gepasseerd. [Naam eiser 2] en [naam eiser 1] hadden hiertoe aan Loyens & Loeff volmachten verstrekt. Na het verlijden van deze aktes was OEP omgezet in een naamloze vennootschap met de naam Middle Europe Investments N.V. (hierna: MEI) en bestond het geplaatste aandelenkapitaal van MEI uit 15.000.000 aandelen. [Naam eiser 2] bezat daarvan 2.635.455 aandelen en [naam eiser 1] 4.864.545. Aldus was vanaf 18 juli 2008 het belang van [naam eiser 2] in MEI 17,57% en van [naam eiser 1] 32,43%.

2.6.

In januari 2011 heeft de accountant van [naam eiser 2] in de jaarstukken per 1 september 2009 een vordering in rekening-courant van [naam eiser 2] op [naam eiser 1] opgenomen van € 647.958,00 met als omschrijving “Korr. Aandelenverhouding”.

2.7.

Een e-mail van [naam eiser 2] aan Loyens & Loeff van 7 maart 2011 luidt voor zover hier van belang:

“(…) Nu wil ik om fiscale redenen het belang in [naam eiser 1] vergroten ten koste van prive (…). Het gaat om 20% van de aandelen (…).”

De in deze e-mail bedoeld transactie heeft uit eindelijk geen doorgang gevonden.

2.8.

In december 2011 hebben [eisers] hun aandelen in MEI verkocht.

2.9.

Bij brief van 11 december 2014 hebben [eisers] Loyens & Loeff aansprakelijk gesteld voor de schade die is ontstaan (en/of nog zal ontstaan) doordat in juli 2008 de aandelen in MEI (OEP) niet in dezelfde onderlinge verhouding als voordien aan [eisers] zijn uitgegeven.

2.10.

De Belastingdienst heeft op 6 februari 2015 een aanslag inkomstenbelasting en premie volksverzekeringen over 2008 aan [naam eiser 2] opgelegd, waarbij het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang is bepaald op € 1.900.214,00 vanwege een verschuiving van het aandelenbelang in MEI tussen [naam eiser 2] en [naam eiser 1]. [Naam eiser 2] heeft bezwaar gemaakt tegen deze aanslag. De Belastingdienst heeft hierop de aanslag verminderd en – voor zover hier van belang – bovenvermeld belastbaar inkomen bepaald op € 1.248.532,00. [Naam eiser 2] is vervolgens tegen deze uitspraak op bezwaar in beroep gekomen bij de rechtbank Gelderland. De belastingkamer van de rechtbank Gelderland heeft bij uitspraak van 12 juni 2019 het belastbaar inkomen uit aanmerkelijk belang van [naam eiser 2] over 2008 vastgesteld op € 446.596,00.

3. Het geschil

3.1.

[Eisers] vorderen – na vermindering van eis – bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad Loyens & Loeff te veroordelen:

- 1) tot betaling aan [naam eiser 2] van een bedrag van € 62.181,00, dan wel een in goede justitie te bepalen ander bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente daarover vanaf 3 oktober 2017 tot de dag der algehele voldoening, althans de wettelijke rente daarover vanaf de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;
- 2) tot betaling aan [naam eiser 2] van een bedrag van € 46.220,00, dan wel een in goede justitie te bepalen ander bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente daarover vanaf het moment van betaling door [naam eiser 2] en/of [naam eiser 1] aan BarentsKrans Coöperatief U.A. en/of Eshuis Accountants en Belastingadviseurs B.V., hetgeen per 17 juni 2020 neerkomt op een bedrag van € 9.502,92, althans de wettelijke rente daarover vanaf de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;
- 3) tot betaling aan [naam eiser 2] van een bedrag van € 82.804,88, dan wel een in goede justitie te bepalen ander bedrag, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, althans de wettelijke rente daarover vanaf de dag van dagvaarding tot de dag der algehele voldoening;

4) in de kosten van deze procedure.

3.2.

[Eisers] gronden hun vordering op onrechtmatige daad. Zij stellen dat Loyens & Loeff onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld, doordat zij bij de herstructurering van OEP in de berekening van de verdeling van de aandelen tussen [naam eiser 2] en [naam eiser 1] een fout hebben gemaakt. Loyens & Loeff is tot het passeren van de akten overgaan zonder akkoord van [eisers] over de aantallen aandelen en zonder hen "te beleren". Door de fout van Loyens & Loeff heeft er een verschuiving van de aandelen in OEP/MEI tussen [naam eiser 2] en [naam eiser 1] plaatsgevonden. [Eisers] stellen dat zij hierdoor schade hebben geleden. Als het belang niet naar [naam eiser 1] was verschoven, dan had [naam eiser 2] na de verkoop in 2011 € 62.181,00 minder aan inkomstenbelasting wegens aanmerkelijk belang betaald. Daarnaast bestaat de schade uit rente, kosten van de accountant en advocaten van [eisers] en gederfde inkomsten.

3.3.

Loyens & Loeff voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van het gevorderde met veroordeling van [eisers], bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, in de proceskosten.

3.4.

Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1.

Allereerst is aan de orde het verweer van Loyens & Loeff dat – kort gezegd – [eisers] te laat hebben geklaagd over de vermeende fout van Loyens & Loeff en dat de vorderingen van [eisers] daarom zijn vervallen op grond van artikel 6:89 BW (klachtplicht) of artikel 6:2 en 6:248 BW (rechtsverwerking). [Eisers] betwisten dat en stellen dat zij pas in 2014 op de hoogte raakten van de fout van Loyens & Loeff en de gevolgen van die fout.

4.2.

Naar het oordeel van de rechtbank slaagt het beroep op rechtsverwerking. Hiertoe overweegt de rechtbank als volgt.

4.3.

Voor een geslaagd beroep op rechtsverwerking is enkel tijdsverloop tussen het ontstaan van de vordering en het moment waarop de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend maakt, niet toereikend. Vereist is de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij dat de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in het geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.

4.4.

Op grond van de stellingen van [eisers] en hetgeen [naam eiser 2] ter zitting heeft verklaard kan naar het oordeel van de rechtbank worden vastgesteld dat [naam eiser 2] in ieder geval in 2011 ervan op de hoogte was dat de verhouding in de verdeling tussen de aandelen van hemzelf en van [naam eiser 1] in MEI was gewijzigd. Naar het oordeel van de rechtbank mag aangenomen worden dat [naam eiser 2] als professionele en ervaren beleggingsdeskundige zich terdege bewust was van de fiscale relevantie van het verschil of de aandelen door hemzelf of door een door hem beheerste rechtspersoon werden gehouden en dat dus aan de verschuiving van de aandelen van hem naar [naam eiser 1] zowel een fiscaal risico als een mogelijk fiscaal voordeel verbonden was. Dat dit inderdaad het geval is, is onder meer af te leiden uit de onder 2.7 vermelde e-mail, waarin [naam eiser 2] schrijft dat hij *om fiscale* redenen een deel van de door hem in privé gehouden aandelen wil verhangen naar [naam eiser 1].

Vaststaat dat [eisers], toen zij van de verhangen van de aandelen op de hoogte raakten, geen actie hebben ondernomen richting Loyens & Loeff of de belastingdienst. [Naam eiser 2] heeft ter zitting medegedeeld dat hij, nadat hij van Loyens & Loeff stukken met betrekking tot de onder 2.5 vermelde herstructurering had ontvangen, geen nader onderzoek naar de oorzaak van de verschuiving heeft ingesteld. [Naam eiser 2] en zijn accountant hebben ervoor gekozen de onbedoelde verschuiving te corrigeren door een vordering in rekening-courant van [naam eiser 2] op [naam eiser 1] op te nemen. [Naam eiser 2] heeft er dus kennelijk op gegokt dat bovenvermeld risico zich niet zou verwezenlijken en hij heeft de verschuiving van de aandelen en de mogelijke (fiscale) gevolgen daarvan kennelijk aanvaard. Pas nadat het hierboven bedoelde fiscale risico zich in 2014 bleek te realiseren, hebben [eisers] er alsnog toe besloten Loyens & Loeff aansprakelijk te stellen. De omstandigheid dat [naam eiser 2] pas in 2014 wist dat hij schade ging lijden als gevolg van de onbedoelde verschuiving van de aandelen, doet er niet aan af dat hij reeds in 2011 bekend was met de mogelijkheid van schade.

4.5.

Naar het oordeel van de rechtbank wordt Loyens & Loeff door het tijdsverloop onredelijk in haar verweer benadeeld, indien [eisers] hun vorderingsrecht alsnog zouden kunnen uitoefenen. De rechtbank acht aannemelijk dat [eisers] en Loyens & Loeff de fiscale gevolgen van de onopzettelijke verhangen van de aandelen begin 2011 nog zouden hebben kunnen voorkomen door de aandelen alsnog correct te verdelen, dan wel door op dat moment in goed overleg met de belastingdienst een andere regeling te treffen waardoor [eisers] fiscaal in de positie zouden komen te verkeren waarin zij ook zouden hebben verkeerd als de fout niet was gemaakt.

4.6.

Het bovenstaande rechtvaardigt bovendien de conclusie dat, voor zover toch aan een inhoudelijke behandeling van de vorderingen van [eisers] zou worden toegekomen en geoordeeld zou moeten worden dat Loyens & Loeff onrechtmatig jegens [eisers] hebben gehandeld, de nadelige gevolgen van de onbedoelde aandelenverschuiving voor [naam eiser 2], waarvan in 2014 is gebleken, in redelijkheid niet meer aan Loyens & Loeff kunnen worden toegerekend.

4.7.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van [eisers] moeten worden afgewezen. De overige stellingen van partijen behoeven geen bespreking meer.

4.8.

[Eisers] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Loyens & Loeff worden begroot op:

- griffierecht € 4.131,00
- salaris advocaat 4.804,00 (2,0 punten × tarief € 2.402,00)

Totaal € 8.935,00

5. De beslissing

De rechtbank

5.1.

wijst de vorderingen af,

5.2.

veroordeelt [eisers] in de proceskosten, aan de zijde van Loyens & Loeff tot op heden begroot op € 8.935,00,

5.3.

verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. C. Bouwman en in het openbaar uitgesproken op 12 augustus 2020.