

[WPNR 2012/6955 Reactie naar aanleiding van de publicatie in Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht, nummer 2, winter 2011, p. 5-7 over de onderzoeks- en rechercheplicht van de notaris bij aandelen overdracht](#)



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	143
Publicatiedatum	15-12-2012
Afleveringnummer	6955
Titel	Reactie naar aanleiding van de publicatie in Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht, nummer 2, winter 2011, p. 5-7 over de onderzoeks- en rechercheplicht van de notaris bij aandelen overdracht
Auteurs	Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroeps organisatie
Samenvatting	Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Paginanummers	935-938
Rubriek	Artikel

WPNR 2012(6955) Reactie naar aanleiding van de publicatie in Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht, nummer 2, winter 2011, p. 5-7 over de onderzoeks- en rechercheplicht van de notaris bij aandelen overdracht

Reactie naar aanleiding van de publicatie in Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht, nummer 2, winter 2011, p. 5-7 over de onderzoeks- en rechercheplicht van de notaris bij aandelen overdracht

De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie en de Nederlandse Orde van Advocaten heeft gereageerd op een publicatie in de Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht, nummer 2, winter 2011, p. 5-7 over de onderzoeks- en rechercheplicht van de notaris bij aandelenoverdracht.

Het bestuur van de KNB heeft zich achter de reactie gesteld en deze in het laatste bestuurlijk overleg met het BFT ingebracht.

Het bestuur van het BFT is het ermee eens dat de KNB de regelgever is en dat het initiatief voor het nader ontwikkelen van regelgeving bij de KNB ligt. De KNB zal dan ook met aanbevelingen komen.

*De reactie van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht wordt hierna integraal opgenomen.*¹

Inleiding

Over de poortwachtersfunctie van notarissen in het onroerend goed verkeer is al veel gediscussieerd. Dit heeft geleid tot kwaliteitsnormen en verordeningen die door een notaris bij aan- en verkoop van onroerende zaken moeten worden gevolgd en tot tuchtuitspraken indien een notaris zich hieraan niet houdt.

Dat de notaris ook bij aandelentransacties een poortwachtersfunctie heeft, staat niet ter discussie. In de Nieuwsbrief Toezicht van het Bureau Financieel Toezicht (BFT), winter 2011, nummer 2 heeft mevrouw I. Bleeker een artikel gepubliceerd met de titel “De aandelenoverdracht, de onderzoeks- en rechercheplicht en het nieuwe toezicht”. Als deze publicatie bedoeld is als aanzet tot het voeren van een discussie over de invulling van de poortwachtersfunctie bij aandelenoverdrachten is de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (de “GCV”) blij met de aanzet. Over de wijze waarop de notaris deze functie dient te vervullen is echter nog nauwelijks gediscussieerd. Een handleiding waaraan een notaris zich dient te houden is niet voorhanden, laat staan een verordening waaruit blijkt welke taken een notaris moet vervullen om deze functie uit te oefenen. Een tuchtuitspraak van Hof Amsterdam van 16 april 1998, nr. 943/97, WPNR 1998/6326, p. 557, 9 bevestigt dat de notaris ook bij aandelenoverdrachten een poortwachtersfunctie heeft.

De publicatie in de Nieuwsbrief van het BFT wekt de suggestie dat het BFT van mening is dat een notaris de in de publicatie vermelde richtlijnen moet naleven om zijn poortwachtersfunctie te vervullen en dat het BFT een toezichthoudende taak heeft om naleving van deze richtlijn te controleren. Deze suggestie wordt versterkt door een publicatie in het tijdschrift JBN van mei 2011 met als titel “Toezicht op kwaliteit en integriteit in het notariaat”. Daarin schrijft de heer R. Wisse dat het BFT ook toezicht zal gaan houden op de kwaliteit en integriteit van het notariaat, onder meer aan de hand van een door het BFT vastgesteld normenkader.

Hoewel de GCV de in deze artikelen gegeven aanzet tot een discussie over de poortwachtersfunctie van de notaris bij aandelenoverdrachten toejuicht, wil de GCV vermijden dat misverstanden zouden kunnen rijzen over de rol die het BFT - los van het aanzwengelen van de discussie - als toezichthouder kan spelen. Deze reactie ziet enerzijds op de bevoegdheid van het BFT om richtlijnen en normenkaders vast te stellen en anderzijds

wil de GCV meedenken over de rol van de notaris bij aandelenoverdrachten en diens functie als poortwachter.

Het vaststellen van richtlijnen en verordeningen

Voor een goede werking van de nieuwe Wet op het notarisambt (Wna) is vereist dat de in de wet opgenomen afbakening van de bevoegdheden van de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (de “KNB”), BFT, tuchtrechter en notaris door alle betrokken partijen wordt gerespecteerd.

In de Wna bestaan twee vormen van “toezicht”. Ten eerste de intercollegiale kwaliteitstoetsing die wordt verricht onder toezicht van de KNB en ten tweede de toetsing door het BFT. De taak van het BFT wordt onder de Wna uitgebreid. Naast een zuiver financieel toezicht wordt het BFT een inhoudelijk toezicht toegekend. Over de verhouding tussen de toezichthoudende taak van het BFT en de taak van de KNB wordt in de MvT bij de Wna onder andere opgemerkt:

“De intercollegiale kwaliteitstoetsing door de KNB, ter uitvoering van de taak tot kwaliteitsbevordering vanuit de eigen beroepsorganisatie, heeft als afzonderlijke activiteit naast het toezicht van het Bureau een belangrijke meerwaarde. Kwaliteitstoetsing en toezicht vullen elkaar aan en versterken elkaars effectiviteit. Een belangrijk kenmerk van de kwaliteitstoetsing is het intercollegiale karakter, waarbij de toetsing gericht is op verbetering van de kwaliteit van de beroepsuitoefening door middel van begeleiding en een open dialoog en samenwerking met de individuele beroepsbeoefenaar. Deze situatie verschilt van de verhouding tussen een ondertoezichtgestelde en de toezichthouder. Daarentegen is de toezichtstaak van het Bureau gericht op het controleren van de naleving van de geldende wettelijke voorschriften en op (het initiëren van) de handhaving ervan, waarbij ingeval van overtreding kan worden overgegaan tot sanctionering door het opleggen van een boete of een dwangsom, dan wel door de aanzet te geven van een tuchtrechtelijke procedure door het indienen van een klacht.” (Kamerstukken II, 32 250, nr. 3, p. 3).

De verhouding tussen de kwaliteitsbevorderende taak van de KNB enerzijds en de toezichthoudende taak van het BFT anderzijds is in de parlementaire behandeling van de aanpassing van de Wna ook verder meermaals aan de orde geweest (zie onder meer Kamerstukken I, 32 250, nr. E, p. 10:

“De activiteiten van kwaliteitstoetsing, toezicht en tuchtrechtspraak houden weliswaar alle een beoordeling in van de beroepsuitoefening van de notaris, maar hebben elk een eigen functie. Om deze reden is in de memorie van toelichting bij het voorliggende wetsvoorstel de term “toezicht” bewust voorbehouden aan het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften in de zin van titel 5.2 van de Awb, dat met betrekking tot de Wet op het notarisambt zal worden uitgeoefend door het BFT”).

Uit de reactie van de minister is dus af te leiden dat hij wel enige overlap aanwezig acht, maar ook dat hij van mening is dat de rollen van beide organisaties duidelijk van elkaar te onderscheiden zijn.

De GCV meent dat na inwerkingtreding van de Wna de taakverdeling zo is dat het BFT controleert of de Wna en de daarop gebaseerde verordeningen juist worden toegepast. De acties die het BFT kan nemen hangen af van de aard van de overtreding. Bij een overtreding die valt onder het financieel toezicht kan het BFT zelf een sanctie opleggen. Betreft het een overtreding van beroeps- en gedragsregels dan kan het BFT de overtreding bij de Kamer van Toezicht aanbrengen voor behandeling conform het tuchtrecht. De Kamer van Toezicht verliest bij de inwerkintreding van de Wna zijn eigen onderzoeksbevoegdheid en kan in een tuchtrechtelijke zaak het BFT opdracht geven onderzoek te verrichten.

In de Wna wordt nadrukkelijk melding gemaakt van de regelgeving die krachtens de wet kan worden opgesteld. Het betreft de mogelijkheid om verordeningen op te stellen die door notarissen moeten worden nageleefd. Deze bevoegdheid is toegekend aan de KNB die daarvoor goedkeuring nodig heeft van de minister. De keuze om de KNB verordenende bevoegdheid te geven en te bepalen dat door de KNB vastgestelde verordeningen door de minister moeten worden goedgekeurd, lijkt de GCV passend. Op deze wijze wordt voorkomen dat verordeningen in strijd zouden kunnen komen met andere wetgeving. Op deze wijze kan ook voorkomen worden dat bij een verordening “de” notaris een dusdanig zware en daarmee langdurige en kostbare onderzoekstaak worden toegekend dat de efficiëntie van het rechtsverkeer in het gedrang komt. Het is passend dat de minister in deze de uiteindelijke belangenafweging moet kunnen maken.

Uit de wet volgt derhalve dat het BFT niet de bevoegdheid heeft zelf verordenend op te treden. Wel is in de wet opgenomen dat alvorens de KNB een verordening opstelt het BFT om commentaar wordt verzocht. De wetgever heeft dus duidelijk nagedacht over de checks- and balances waar het gaat om verordenende taken en toezichthoudende taken. Het BFT kan op grond van de Wna niet zelf tot vaststelling van een normenkader overgaan. Indien het BFT zelf een normenkader zou opstellen in de vorm van richtlijnen en vervolgens de naleving van deze door haar zelf opgestelde richtlijnen zou gaan toetsen, met als sanctie eventueel een tuchtrechtprocedure, dan zouden dergelijke richtlijnen de facto een rol vergelijkbaar met die van een verordening krijgen. Het niet naleven van een dergelijke richtlijn zou voor een notaris immers een fors tuchtrechtelijk risico met zich brengen zodat een notaris al snel geneigd zou zijn om deze richtlijn te volgen. Dit is geen denkbeeldige situatie. Thans zijn er reeds notarissen die denken dat de door mevrouw Bleeker in haar artikel genoemde punten als een verplichte checklist moeten worden beschouwd. De GCV gaat er echter, gezien de wetshistorie, vanuit dat de strekking van beide artikelen niet is om het bestaan van een bevoegdheid tot het zelfstandig vaststellen van richtlijnen door het BFT vast te stellen of deze te creëren.

Eisen die het BFT stelt bij aandelenoverdrachten

Vooropgesteld moet worden dat de vraag of een notaris aan de gestelde kwaliteitsnormen op grond van de Wna voldoet, valt onder de intercollegiale toetsing door de KNB en geen onderdeel is van het toezicht op de naleving van de regels door het BFT. Dat is niet anders indien het BFT daartoe, in strijd met de haar wettelijk toegekende bevoegdheden, richtlijnen zou opstellen. De GCV realiseert zich dat toetsing en toezicht twee verschillende dingen zijn. Toetsing is meer inhoudelijk, terwijl toezicht meer langs formele lijnen waaronder verordeningen plaatsvindt. Tussen beide bestaan raakvlakken: bij een “kennelijk” inhoudelijk tekortschieten van de notaris, zal dit zowel tot terugkoppeling in het kader van de toetsing als tot stappen van het BFT in het kader van het toezicht kunnen leiden.

Voor de uitoefening van de poortwachtersfunctie en voor het op peil houden van de kwaliteit van de notariële dienstverlening is een discussie over de taken van de notaris echter van groot belang.

In 1993 is er een publicatie van de heer R.J.C. van Helden verschenen in het JBN (1993, nr. 2) met een checklist voor aandelenoverdrachten. De medewerkers van het BFT verwijzen daar ook naar. Checklisten maken naar overtuiging van de GCV deel uit van de kwaliteitstoetsing. De checklist geschreven door de heer Van Helden is een eerste aanzet voor de praktijk. Daarbij merkt de heer Van Helden, zelf lid van de GCV, op dat deze checklist lang geleden is opgesteld en dat deze checklist is bedoeld als aanzet waar een notaris bij een aandelenoverdracht op moet letten. Het is nimmer zijn intentie geweest dat zijn checklist zou gaan gelden als een absolute checklist die bij elke aandelenoverdracht volledig moet worden nageleefd.

De notaris is als deskundige juist bij uitstek toegerust om te beoordelen of in een gegeven geval alle onderdelen van de checklist toegepast moeten worden of dat er los van de in de checklist benoemde punten andere problemen lijken te zijn waardoor nader onderzoek vereist is naar onderdelen die niet in de checklist staan. Juist in die gevallen waarin de notaris als poortwachter een functie vervult, is een checklist alleen onvoldoende.

Voor veel van de genoemde handelingen geldt overigens echter dat de notaris weliswaar een controlerende en adviserende rol vervult, maar niet zelfstandig kan oordelen of het allemaal klopt. De notaris zal altijd zijn gezond verstand moeten blijven gebruiken bij de beoordeling of een transactie gebruikelijk is en waar nodig additionele informatie opvragen.

Een van de opmerkingen die mevrouw Bleeker in haar artikel noemt betreft het controleren van de juistheid van de bedongen koopsom. De notaris is niet geëquipeerd om aandelen te waarderen. Wel dient een notaris enigszins te beoordelen op welke wijze de koopsom tot stand is gekomen om de bedoeling van partijen te achterhalen en deze juist en met voldoende rechtszekerheid in de akte op te nemen. De GCV wil er op wijzen dat de notaris in veel gevallen niet zelfstandig kan beoordelen of een koopsom voor aandelen in een vennootschap reëel is. Bedacht dient te worden dat, terwijl waardering van vastgoed nog enigszins mogelijk is vanwege onder meer de beschikbaarheid van openbaar toegankelijke referentiewaarderingen en informatie van makelaars en taxateurs, dit niet geldt voor aandelen. Vergeleken bij vastgoed, zijn op de waardering van aandelen veel meer factoren van invloed (bijvoorbeeld agiostorting, uitkering uit reserves, schadevergoedingsverplichting, herwaardering activa, potentiële schadeclaims, goodwill, de vrije kasstroom van de onderneming, het dividendbeleid, de aanwezigheid van fiscale verliescompensatiemogelijkheden e.d.), maar ook of een koper controlerende zeggenschap verkrijgt in de onderneming of dat “enkel” van een minderheidsbelang sprake is. Aandelen kunnen ineens een waardesprong of waardeval maken; prijsverschillen zeggen daar veel minder dan bij een min of meer stabiele markt als vastgoed. De gedachte dat uit de balans een redelijke aandelenwaardering is op te maken waaraan een tussen partijen overeengekomen koopsom op de redelijkheid getoetst kan worden, is dan ook volstrekt illusoir.

In haar publicatie stelt mevrouw Bleeker voorts voor dat een notaris alle onderliggende documenten, tussentijdse statutenwijzigingen en voorafgaande verkrijgingstitels dient op te vragen. Vooropgesteld moet worden dat dit niet gebaseerd is op enige beroeps- of gedragsregel. Daarenboven is dit zeer tijdrovend en kostbaar en frustreert dit naar de

mening van de GCV een efficiënt rechtsverkeer. Voorts geldt dat onduidelijk is wat de notaris met de daarin opgenomen informatie zou mogen en kunnen doen; wat het doel van deze norm is; wat de notaris uit die stukken zou moeten afleiden en welke acties hij daarop zou moeten ondernemen. Het uitvoeren van de poortwachtersfunctie wordt door het stellen van een dergelijke eis in onze optiek niet verbeterd. Wel zullen de kosten van de notaris bij een aandelenoverdracht exponentieel toenemen. Anders gezegd: er ontstaat een disbalans tussen maatschappelijke kosten en opbrengsten. Alleen als de notaris redenen heeft om aan te nemen dat een transactie ongebruikelijk is en wil beoordelen of hij zijn ministerie moet weigeren, is nader onderzoek gewenst waarbij het opvragen van deze gegevens passend kan zijn.

Naar aanleiding van de door mevrouw Bleeker in haar artikel genoemde noodzaak tot het inzien van het originele aandelhoudersregister wil de GCV graag het volgende commentaar geven.

Registratie in het aandelhoudersregister is in de wet bewust geen constitutief vereiste voor aandelenoverdrachten. Bij veel vennootschappen is, hoewel dit de afgelopen jaren duidelijk verbeterd is, de administratie op dit vlak niet op orde. Ook al beschikt de notaris over het originele aandelhoudersregister, dan hoeft dat nog niet te betekenen dat de inhoud ook juist én volledig is. In het geval dat een aandelhoudersregister ontbreekt, zal de notaris meer tijd en energie moeten steken in het achterhalen van de voorafgaande eigendomsverkrijging en de vraag of de blokkeringsregeling rechtsgeldig is nageleefd. Sinds de invoering van de verplichte notariële tussenkomst bij aandelenoverdrachten is er overigens geen jurisprudentie bekend omtrent ongeldige aandelenoverdrachten door een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid. De GCV meent dat dan ook gesteld kan worden dat het notariaat haar taak om rechtszekerheid te creëren uitstekend vervult. Hoewel er veel vennootschappen zijn waarbij het originele aandelhoudersregister ontbreekt, weet het notariaat klaarblijkelijk toch voldoende zekerheid over de beschikkingsbevoegdheid van de aandelhouders te verkrijgen. Het ontbreken van een aandelhoudersregister zou dan ook geen reden moeten zijn voor een notaris zijn ministerie te weigeren. Overigens wil de GCV vermelden dat het verbinden van algemene conclusies aan het betalen door of aan een andere vennootschap dan de partijen bij de akte geen indicator voor witwastransacties of andere ongeoorloofde transacties behoeft te zijn. Daarvan is in ieder geval doorgaans bijvoorbeeld geen sprake indien de overdracht plaatsvindt tussen concern-vennootschappen, betaling plaatsvindt door of aan een andere met een partij in een groep verbonden rechtspersoon, maar ook bij complexe transacties waarbij een veelheid van partijen waaronder financiers en pandhouders betrokken is of als in het kader van een overdracht ook intercompany transacties moeten worden afgewikkeld. Natuurlijk zal de notaris moeten beoordelen of de geldstromen niet in strijd met de wet zijn (bijvoorbeeld art. 2:98c BW) en hieromtrent moeten adviseren. De notaris zal ook hier op basis van kennis en ervaring moeten beoordelen of er een reden is om nadere informatie op te vragen.

In haar artikel trekt mevrouw Bleeker zeer vergaande conclusies uit de uitspraak van Hof Amsterdam van 16 april 1998, nr. 943/97, WPNR 1998/6326, p. 557, 9. Het betrof een zeer specifieke casus. De GCV vraagt zich dan ook af of deze uitspraak de in de publicatie (nogal stellig) weergegeven regels kunnen dragen. De algemene constatering dat de notaris te allen tijde de betaling van de koopsom dient te checken maar met name de toevoeging dat de notaris ook de realiteit van de koopsom dient te controleren, moet worden gezien als een beperkte check die de notaris moet uitoefenen in het kader van zijn zorgplicht jegens cliënten en zijn poortwachtersfunctie. De notaris moet dan niet alleen een checklist afvinken

maar ook zijn gevoel op basis van kennis, kunde en ervaring spelen een belangrijke rol. Iedere praktijknotaris kan gevallen aangeven die niet binnen het boekje leken te passen maar bij onderzoek toch volledig legitiem bleken. En er zijn ook genoeg gevallen waarin alle indicatoren van de checklist positief waren maar de notaris juist door zijn kennis, kunde en ervaring verder onderzoek deed en toch bleek dat een transactie terecht als verdacht werd aangemerkt.

Conclusie

De GCV concludeert dat de in de publicatie voorgestelde controles die een notaris zou moeten verrichten, niet berusten op een daartoe op grond van de Wna vastgestelde verordening. De GCV gaat er vanuit dat het BFT geen controles zal uitvoeren buiten het door de Wna gestelde kader en dat het BFT zich zal onthouden van het zelf opstellen van richtlijnen die de facto als verordening gaan werken. Het rechtsverkeer in Nederland heeft baat bij een goede samenwerking tussen KNB, BFT en notarissen, waarbij een ieder met inachtneming van de wettelijk vastgestelde checks- and balances zijn taken vervult. Daarbij past een oplettende en goed functionerende toezichthouder die haar taken nauwgezet uitvoert maar niet zonder meer uitbreidt en daarmee zorgvuldig tot stand gekomen regelgeving in disbalans brengt door niet door de Wna aan haar toegekende taken te assumeren.

1

Deze reactie is afgerond in augustus 2012.