

KAMER VAN TOEZICHT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 26/09

Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam

Reg.nr. 26/09

Beslissing op een klacht als bedoeld in artikel 99 van de Wet op het notarisambt van:

[naam],

wonende te [plaats],

en

de besloten vennootschap
[naam] Holding B.V.,
gevestigd te [plaats],
klagers,
advocaat mr. J.H. van Meurs,

- tegen -

mr. [naam],
notaris te [plaats],
hierna te noemen de notaris,
advocaat mr. M.H.S. Verhoeven.

1. Het verloop van de procedure

1.1

De Kamer heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- klaagschrift d.d. 28 juli 2009 met bijlagen;
- verweerschrift d.d. 25 september 2009 met bijlagen;
- aanvullende productie klagers d.d. 3 februari 2010;
- pleitnota van mr. Van Meurs overgelegd ter zitting;
- pleitnota van mr. Verhoeven overgelegd ter zitting.

1.2

De mondelinge behandeling van de klacht heeft plaatsgevonden tijdens de vergadering van de Kamer op 11 februari 2010. Daarbij zijn de advocaat van klagers, mr. Van Meurs, en de notaris, bijgestaan door mr. Verhoeven, verschenen. Partijen hebben hun standpunten tijdens de mondelinge behandeling nader toegelicht.

2. De feiten

De Kamer gaat uit van de navolgende feiten:

2.1 Op 15 december 2008 heeft de notaris, naar aanleiding van een daartoe gegeven opdracht van ongeveer een week daarvoor, een akte gepasseerd waarmee ten behoeve van schuldeisers [naam] Holding B.V., Investeringscentrum [naam] B.V. en de heer [X] een recht van (derde) hypotheek is gevestigd op een appartementsrecht, in eigendom toebehorend aan [naam] B.V. (hierna: [naam]). Dit hypothecaire recht werd gevestigd tot zekerheidstelling voor schulden van de heer [Y] (hierna: Y) in privé en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam] Holding B.V. (hierna: [naam] Holding), waarvan [Y] bestuurder en enig aandeelhouder is, voor een totaalbedrag van € 3.640.000,-.

2.2 [naam] Holding was bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam] B.V., welke op 14 november 2008 failliet is verklaard.

2.3 [naam] is bestuurder en enig aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam] Holding B.V. (hierna: [naam]).

2.4 [naam] en [naam] Holding zijn beide 50% aandeelhouder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [naam] Holding B.V. (hierna: VDGH).[Y] en [naam] zijn de bestuurders van VDGH. In de statuten van VDGH is vastgelegd dat beide bestuurders zelfstandig bevoegd zijn om VDGH te vertegenwoordigen.

2.5

In artikel 11 lid 2 onder B van de statuten van VDGH is ten aanzien van bestuursbesluiten van VDGH (onder meer) het volgende bepaald:

‘Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen bestuursbesluiten omtrent:

(...)

i. uitoefenen van stemrecht op aan de vennootschap toebehorende niet ter beurse genoteerde effecten in andere vennootschappen en het bepalen van de richting waarin zal worden gestemd;

(...)

o. verbinden van de vennootschap of haar zaken voor schulden van de vennootschap of van anderen;

(...).'

2.6

Ten aanzien van tegenstrijdig belang is in artikel 11 lid 4 van de statuten van VDGH het volgende bepaald:

'Indien een directeur in privé een overeenkomst met de vennootschap sluit of in privé een procedure tegen de vennootschap voert, wordt de vennootschap vertegenwoordigd hetzij door één van de andere directeuren, hetzij door een door de algemene vergadering aan te wijzen persoon; zodanige persoon kan ook zijn de directeur te wiens aanzien het strijdig belang bestaat. Indien een directeur op enige andere wijze dan in de vorige zin omschreven een belang heeft strijdig met dat van de vennootschap, is hij, evenals ieder van de andere directeuren, bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen.

(2:256 BW)'

2.7 VDGH is bestuurder en enig aandeelhouder van [naam].

2.8 [Y] handelde bij het passeren van voornoemde hypotheekakte als vertegenwoordiger van [naam].

2.9 De notaris constateerde dat sprake was van een mogelijk (indirect) tegenstrijdig belang. Nu de statuten van [naam] geen specifieke bepaling ter zake van tegenstrijdig belang bevatten en [naam] ook geen commissarissen kende, heeft de notaris [Y] erop gewezen dat er een aanwijzingsbesluit diende te worden genomen door de algemene vergadering van aandeelhouders (hierna: AVA) van [naam].

2.10 Op 15 december 2008 heeft de AVA van [naam] – bestaande uit VDGH als enig aandeelhouder – een aanwijzingsbesluit genomen, waarin het hypotheekrecht is goedgekeurd en [Y] is aangewezen als bevoegd vertegenwoordiger van [naam] in verband met het eventuele tegenstrijdig belang. Bij het nemen van dit besluit werd de AVA vertegenwoordigd door [Y]. [naam] en [naam] waren niet voor deze AVA uitgenodigd en hebben evenmin de notulen daarvan ontvangen.

2.11 Op 16 december 2008 is [Y] afgetreden als bestuurder van VDGH en zijn [Y] in privé en [naam] Holding in staat van faillissement verklaard.

3. De klacht

3.1

Klagers verwijten de notaris dat hij tekort is geschoten in de op hem rustende zorgplicht door de onder 2.1 genoemde hypotheekakte te passeren zonder klagers van tevoren daarover te verwittigen respectievelijk te raadplegen en zich onvoldoende rekenschap te geven van het tegenstrijdig belang tussen [Y] en (de aandeelhouder van) de aandeelhouder van [naam].

3.2

Klagers stellen dat [Y] in deze transactie een met het belang van [naam] strijdig eigen belang had, aangezien hij daarbij namens [naam] zekerheid stelde voor zijn privé-schulden en de schulden van zijn eigen onderneming. [Y] was volgens klagers daardoor niet gerechtigd om als vertegenwoordiger van [naam] op te treden. Ook menen klagers dat sprake is van een tegenstrijdig belang op het niveau van VDPH, omdat VDPH als enig aandeelhouder van [naam] belang heeft bij transacties die door [naam] worden aangegaan. Daarom was volgens klagers voor het rechtsgeldig vestigen van het hypotheekrecht ook een aanwijzingsbesluit van de AVA van VDPH nodig. Om van die bevoegdheid gebruik te kunnen maken had [Y] volgens klagers aan de AVA van VDPH mededeling moeten doen van het bestaan van het tegenstrijdig belang.

3.3

Volgens klagers rustte op de notaris de plicht de interne bevoegdheidsbeperkingen te onderzoeken, aangezien dergelijke beperkingen niet ongebruikelijk zijn en het tegenstrijdig belang zo evident was dat er alle reden voor was te twijfelen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [Y]. In het kader van deze onderzoeksverplichting had de notaris zich ervan moeten vergewissen of [Y] de AVA van VDPH van het bestaan van het tegenstrijdig belang op de hoogte had gebracht.

3.4

Voorts stellen klagers dat de notaris [naam] had moeten uitnodigen voor de op 15 december 2008 gehouden AVA en de notulen van deze vergadering aan haar had moeten verstrekken.

4. Standpunt van de notaris

4.1

De notaris geeft aan dat hij zorgvuldig heeft gehandeld nu hij [Y] gewezen heeft op het mogelijke tegenstrijdig belang bij het vestigen van het hypotheekrecht ten laste van [naam] en er door de AVA van [naam] een aanwijzingsbesluit is genomen, waarin [Y] als bevoegd vertegenwoordiger van [naam] is aangewezen. Volgens de notaris werd de AVA bij het nemen van dit besluit rechtsgeldig vertegenwoordigd door [Y], aangezien hij op grond van de statuten van VDPH als bestuurder zelfstandig bevoegd is om VDPH

te vertegenwoordigen. Daarmee werd volgens de notaris het beoogde rechtgevolg – te weten het rechtsgeldig vestigen van een hypotheekrecht – bereikt.

4.2

Voorts geeft de notaris aan dat op een notaris niet de plicht rust om onderzoek te doen naar statutaire beperkingen van vertegenwoordigingsbevoegdheid, aangezien dergelijke interne regelingen niet in de weg staan aan (het bereiken van) het beoogde rechtsgevolg. De notaris stelt dat hij geen enkele reden had om te twijfelen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [Y] en dat hij dus niet verplicht was om te onderzoeken of klagers al dan niet toestemming hadden verleend voor de hypotheekvestiging.

4.3

De notaris merkt in dit verband op dat [Y] op grond van het bepaalde in artikel 11 lid 4 van de statuten van VDGH ook vertegenwoordigingsbevoegd is indien sprake zou zijn van een tegenstrijdig belang bij het aanwenden van het stemrecht van VDGH in de AVA van [naam]. De aandeelhouders van VDGH hebben er volgens de notaris zelf voor gekozen het tegenstrijdig belang in de statuten ‘weg te schrijven’, waardoor de vennootschap in dit geval niet behoeft te worden beschermd.

4.4

De notaris stelt tevens dat hem geen verwijt treft van het feit dat [naam] niet is uitgenodigd voor de op 15 december 2008 gehouden AVA en de notulen van de AVA niet heeft ontvangen. De notaris geeft aan dat het geen aanwijzingsbesluit betrof van de AVA van VDGH, maar van de AVA van [naam]. Daarnaast merkt hij op dat hem niet bekend was dat [naam] aandeelhouder van VDGH was. [Y] had dit niet aan hem medegedeeld en hij behoefde daar ook geen nader onderzoek naar te doen.

5. De beoordeling

5.1

Ter beoordeling van de Kamer staat of de notaris heeft gehandeld in strijd met de tuchtnorm als geformuleerd in artikel 98 van de Wna. Een notaris is aan tuchtrechtspraak onderworpen ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met hetzij enige bij of krachtens deze wet gegeven bepaling of een op deze wet berustende verordening, hetzij de zorg die hij als notaris behoort te betrachten ten opzichte van degenen te wier behoeve hij optreedt, alsmede ter zake van enig handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt.

5.2

De Kamer overweegt dat de op de notaris rustende, zwaarwegende zorgplicht onder meer inhoudt dat op de notaris die een akte verlijdt, waarbij namens een partij wordt opgetreden door een vertegenwoordiger, de jegens alle belanghebbenden geldende verplichting rust zich zo volledig en nauwkeurig mogelijk ervan te vergewissen dat die vertegenwoordiger bevoegd is tot het namens de vertegenwoordigde verrichten van de in die akte opgenomen rechtshandelingen. Op grond van deze zorgplicht was de

notaris gehouden onderzoek te doen naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid van [Y].

5.3

Klagers verwijten de notaris dat hij in deze zorgplicht is tekortgeschoten nu hij – kort weergegeven – niet heeft onderzocht of de interne statutaire beperkingen van vertegenwoordigingsbevoegdheid in acht zijn genomen. De notaris heeft dit bestreden. Hij stelt zich op het standpunt dat de zorgplicht van een notaris niet zover reikt. De Kamer overweegt ten aanzien daarvan dat de zorgplicht, en de daaruit voortvloeiende onderzoeksplicht met betrekking tot de vertegenwoordigings-bevoegdheid, in het algemeen niet zover reikt dat de notaris onderzoek dient te doen naar interne bevoegdheidsbeperkingen binnen een vennootschap. Bijkomende omstandigheden kunnen echter meebrengen dat in het concrete geval op de notaris wel de plicht rust hiernaar onderzoek te verrichten. Dit is naar het oordeel van de Kamer in ieder geval aan de orde indien de notaris weet dat de bevoegdheid van de betreffende vertegenwoordiger intern is beperkt dan wel indien de omstandigheden aanleiding geven tot twijfel omtrent de onvoorwaardelijke vertegenwoordigings-bevoegdheid.

5.4

Vaststaat dat [Y] voor het nemen van het besluit tot het vestigen van het hypotheekrecht ten laste van [naam] niet de goedkeuring heeft gevraagd aan de AVA van VDPGH (en derhalve aan [naam] die de helft van de aandelen in het aandelenkapitaal van VDPGH hield). Op grond van artikel 11 lid 2 onder B van de statuten van VDPGH was hij daartoe wel gehouden. Lid i van dit artikel bepaalt immers dat het uitoefenen van stemrecht op de aan de vennootschap toebehorende niet ten beurse genoteerde effecten in andere vennootschappen aan bedoelde goedkeuring onderhevig is.

5.5

De notaris stelt dat het hem niet kan worden verweten dat de interne goedkeuring voor het vestigen van het hypotheekrecht niet was verkregen. Hij stelt daartoe onder meer dat hij er niet mee bekend was dat daar een interne verplichting toe bestond. Ter zitting heeft de notaris echter erkend dat hij de statuten van VDPGH kende en dat hij deze in het dossier heeft opgenomen. Hij heeft dus geconstateerd, althans kunnen constateren, dat voor het vestigen van het hypotheekrecht ook – indirect – de goedkeuring van de AVA van VDPGH was vereist. Daarnaast heeft hij uit het uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel kunnen opmaken dat VDPGH meerdere aandeelhouders had.

5.6

Naar het oordeel van de Kamer is, gelet op de omstandigheden waaronder de transactie heeft plaatsgevonden, sprake van een tegenstrijdig belang. Nu [Y] namens [naam] zekerheid heeft gesteld voor zijn privé-schulden en de schulden van zijn persoonlijke vennootschap en daaraan voorafgaand tevens als vertegenwoordiger van de AVA van [naam] (VDPGH) goedkeuring heeft verleend voor deze transactie, zijn de belangen van zowel [naam] en VDPGH als [Y] in privé en [naam] Holding in één persoon verenigd.

Niet is gebleken dat [naam] en haar aandeelhouder VDGH, in tegenstelling tot [Y] en [naam] Holding, enig belang bij deze transactie hebben. Derhalve is sprake van zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of [Y] zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door de belangen van [naam] en VDGH, die hij bij de hypotheekverlening respectievelijk bij het uitoefenen van stemrecht in de AVA van [naam] vertegenwoordigde.

5.7

De Kamer merkt op dat VDGH weliswaar rechtsgeldig is vertegenwoordigd nu het tegenstrijdig belang op het niveau van VDGH in artikel 11 lid 4 van de statuten van VDGH is 'weggeschreven', doch het 'wegschrijven' van het tegenstrijdig belang doet naar het oordeel van de Kamer niet af aan de verplichting van [Y] om de AVA van VDGH op de hoogte te brengen van het tegenstrijdig belang en aan de AVA goedkeuring te vragen voor het vestigen van het hypotheekrecht.

5.8

De Kamer is van oordeel dat de notaris in de gegeven omstandigheden had moeten nagaan of voor het nemen van het aanwijzingsbesluit door de AVA van [naam] en het vestigen van het hypotheekrecht de interne goedkeuring van de AVA van VDGH was verkregen. Gesteld noch gebleken is dat de notaris onderzoek daarnaar heeft verricht. Gebleken is wel dat de notaris de hypotheekakte op korte termijn heeft gepasseerd, namelijk binnen een week nadat [Y] daarom heeft verzocht, en direct aan de hypotheekverlening voorafgaand nog een aandeelhouders-vergadering van [naam] heeft doen bijeenroepen en doen plaatsvinden. Gelet op al deze omstandigheden is de Kamer van oordeel dat de notaris in dit geval te lichtvaardig heeft gehandeld. Nu het tegenstrijdig belang zo duidelijk aanwezig was en het de notaris bekend kon zijn dat VDGH meerdere aandeelhouders had, had de notaris alerter moeten zijn en terughoudender moeten handelen. De notaris had tenminste op het moment dat hij kennis nam van de statuten van VDGH en de daarin opgenomen bevoegdheidsbeperking aan [Y] moeten vragen of de aandeelhouders bekend waren met de door hem verzochte hypotheekverlening en het daarbij aanwezige tegenstrijdig belang en voor zover mogelijk bewijs daarvan moeten vragen. De klacht is derhalve gegrond. De Kamer acht het handelen van de notaris zodanig onzorgvuldig dat zij de maatregel van waarschuwing passend acht.

6. De beslissing

De Kamer van Toezicht over de Notarissen en Kandidaat-notarissen te Rotterdam,

verklaart de klacht gegrond met oplegging van de maatregel waarschuwing.

Deze beslissing is gegeven door mrs. A.F.L. Geerdes, F. Hoppel, R. Veenendaal, F. Roos, H.M. Kolster, in tegenwoordigheid van de plaatsvervangend secretaris, mr. A.K. van Zanten.

Uitgesproken ter openbare vergadering op 11 maart 2010.

De plaatsvervangend secretaris,

De plaatsvervangend voorzitter,

A.K. van Zanten

A.F.L. Geerdes

Deze beslissing is verzonden op:

Tegen deze beslissing kan binnen dertig dagen na de dag van verzending hoger beroep worden ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam.