KAMER VOOR HET NOTARIAAT

Beslissing in de zaak onder nummer van: 615147 / NT RK 16/60

KAMER VOOR HET NOTARIAAT TE AMSTERDAM
Beslissing van 16 maart 2017 inzake de klacht met nummer 615147 / NT RK 16/60 van:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
[*],
gevestigd te [*],
klaagster,
gemachtigde: mr. M. Straus,

tegen:

mr. [*],
notaris te Amsterdam,
de notaris,
gemachtigde: mr. T.B.L. Jorna.

1. Ontstaan en loop van de procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- klaagschrift met bijlagen ingekomen op 9 september 2016.
- verweerschrift met bijlagen ingekomen op 17 oktober 2016;
- aanvulling op het klaagschrift, met bijlage ingekomen op 21 oktober 2016.

Bij de mondelinge behandeling van de klacht op 2 februari 2017 is [*], namens klaagster, met mr. Straus verschenen. Voorts is de notaris samen met mr. Jorna ter zitting verschenen. Partijen hebben het woord gevoerd, de gemachtigden aan de hand van overgelegde pleitaantekeningen. Vervolgens is uitspraak bepaald op 16 maart 2017.

2. De feiten

De kamer gaat uit van de volgende voor de beoordeling van de klacht van belang zijnde feiten en omstandigheden:

2.1. Klaagster houdt 12,36 % van de aandelen in [*] B.V. in liquidatie. [*] B.V. houdt eveneens 12,36 % van de aandelen [*] B.V. en [*] B.V. 75,28 %.

2.2. In de statuten van [*] B.V. in liquidatie is – voor zover van belang – onder meer het navolgende opgenomen:
“*(…)*

Artikel 10.
1. Iedere overdracht van aandelen behoeft de goedkeuring van de algemene vergadering.
(…)
Artikel 19.
(…)
2. De algemene vergadering besluit met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, voor zover de wet of de statuten geen grotere meerderheid voorschrijven.
(…)"
2.3. Op 17 februari 2010 zijn de aandeelhouders in [*] B.V. een Shareholders-agreement overeengekomen, waarin – voor zover belang – het navolgende is opgenomen:

"*(…)*
4.2 Transfer of Shares to Affliate.
A Shareholder may, at any time, transfer all, but not less than al Shares to an Affiliate.
(…)"

2.4. Met ingang van augustus 2014 heeft [*] B.V. haar activiteiten gestaakt en is besloten om over te gaan tot ontbinding met ingang van 1 december 2014.

2.5. In december 2014 zijn de (bank)tegoeden van [*] B.V. bij ING Bank bevroren in verband met verdenkingen ter zake van niet-toegestane (door)leveringen van olie. Als gevolg van deze verdenkingen heeft [*] B.V. besloten de door haar gehouden aandelen in [*] B.V. binnen haar holding te verhangen, door deze aandelen over te dragen aan [*] OOD.

2.6. Bij oproep van 15 april 2016 heeft [*] B.V., de vereffenaar, klaagster en [*] B.V. opgeroepen voor een aandeelhoudersvergadering op 2 mei 2016 ter zake van de voorgenomen verhanging van de aandelen onder toezending van een zogenoemde "proxy" en een "draft share purchase agreement". In de oproep is onder andere opgenomen:

"*(…)*
The agenda of the meeting is:

Approval of the transfer of shares in the capital of the Company by [*] B.V. to [*] OOD, for the consideration, and upon other terms and conditions, set forth in the draft Share Purchase Agreement attachted tot this notice as Annex II (…)"

2.7. Bij brief van 25 april 2016 van de toenmalige gemachtigde van klaagster, mr. E. den Hartog, is meegedeeld dat zij – onder verwijzing naar de Shareholders-agreement – niet zal instemmen met de voorgenomen verhanging van de aandelen.

2.8. Bij brief van 26 april 2016 heeft mr. [*], werkzaam als advocaat op het kantoor van de notaris, hierop gereageerd. In deze brief is onder meer het navolgende opgenomen:

"*This firm is acting as counsel tot [*], [*] and [*] in his capacity of liquidator of Staroil, in connection with the proposed transaction.*
(…)
We have advised our clients that your interpretation of the Shareholders Agreement is incorrect and that tag-along rights are not applicable to the tranfer of shares bij [*] to an Affliliate of [*] such as [*] (…)"

2.9. Op 2 mei 2016 heeft een aandeelhoudersvergadering plaatsgevonden, waarbij klaagster tegen het voorstel tot goedkeuring van de aandelenoverdracht heeft gestemd. De notaris is tot secretaris van deze aandeelhoudersvergadering benoemd. De notaris heeft in dat kader notulen opgesteld, waaruit volgt dat met meerderheid van de stemmen is ingestemd met de aandelenoverdracht.

2.10. Op 3 mei 2016 heeft de notaris een akte gepasseerd ter zake van de overdracht van de door [*] B.V. in [*] B.V. gehouden aandelen aan [*] OOD. Klaagster is geen partij bij de aandelenoverdracht en evenmin een cliënt van de notaris.

2.11. Bij brieven van 28 juni 2016 en een e-mail van 11 juli 2016 heeft klaagster aan de notaris onder meer de vragen voorgelegd of [*] OOD is aan te merken als een "Affiliate", alsmede of voor het besluit ter zake van de aandelenoverdracht een gekwalificeerde meerderheid is vereist.

2.12. Bij brieven van 8 juli 2016 en 13 juli 2016 heeft de notaris hierop gereageerd.

In de brief van 8 juli 2016 is opgenomen:

"*(…)The shareholders agreement has been taken into account. Since [*] OOD is an Affiliate (as such term is used in the shareholder agreement) of [*] B.V. the right of first refusal and tag-along provisions of the shareholder agreement are not applicable to the transfer of the shares in de capital of the Company*
(…)"

In de brief van 13 juli 2016 is onder meer het navolgende opgenomen:

"*(…)*
Unfortunately I cannot answer your question with respect tot he business of [*] B.V. As far as I have knowledge on business of [*] B.V. I consider this client privileged information and I am not allowed tot elaborate on this.

Our form acts as counsel to one of the indirect minority investors in [*] B.V.

As requested by our client we also occasionally, on a purely ad hoc basis, provide legal representation to [*] B.V. and related parties, where the interest of our client and those other parties are aligned.

It was in this capacity that our firm acted in connection with the recent transfer by [*] B.V. of its shares in the capital of the Company

(…)"

2.13. Vervolgens hebben partijen verder gecorrespondeerd hierover.
Bij e-mail van 5 september 2016 van de notaris aan de gemachtigde van klaagster heeft zij onder andere meegedeeld:

"*(…) The transfer of shares in [*] B.V. by [*] B.V. to [*] ODD required approval of the general meeting of shareholders of [*] B.V.*

Such approval was granted in the general meeting of shareholders held on May 2, 2016. (…)
In case your client would be of the opinion that there are grounds to have the resolutions annuled, proceedings pursuant tot BW 2:15 are the appropriate remedy.

The actual transfer of shares is a matter between the parties to such transaction. The Shareholders Agreement has duly been taken into account, in particular the applicability of article 4.2.

A claim of your client that the Shareholders Agreement would have been breached should be directed against the other parties tot such agreement (…)"

3. De klacht
De klacht van klaagster omvat samengevat:

I. het niet (tijdig) kenbaar maken aan belanghebbenden dat de notaris optreedt als partijadviseur;

II. het ten onrechte passeren van een akte waarbij de notaris, dan wel een kantoorgenoot is opgetreden als partijadviseur van een van partijen;

III. het niet terugtrekken van de notaris, gelet op het tussen klaagster en [*] B.V. gerezen geschil over de aandelenoverdracht.

4. Het verweer
De notaris stelt zich – voor zover van belang – op de volgende standpunten.
Indien er voor de notaris aanleiding bestaat om te vermoeden dat sprake is van rechten van derden ter zake van het goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft, dient hij daarover met partijen in overleg te gaan en zo nodig nader onderzoek te doen voor de vraag of dit recht van de derde een beletsel vormt voor de levering of bezwaring. Het is de notaris daarbij niet toegestaan zich tot deze derde te richten. Indien de voor de notaris kenbare feiten aanleiding geven tot gerede twijfel, dient hij zijn ministerie te weigeren. De notaris heeft kennis genomen van de standpunten van klaagster betreffende de Shareholders-agreement en vervolgens geconcludeerd dat er sprake was van een Affiliate en er derhalve geen grond was tot weigering van de ministerieverlening. Bij brief van 26 april 2016 is aan klaagster meegedeeld dat het kantoor van de notaris optrad voor een (specifieke) partij. Daarnaast heeft klaagster zich voorzien van eigen deskundige bijstand. Klaagster was geen partij bij de akte en evenmin een cliënt van de notaris, om welke reden de notaris met inachtneming van zijn geheimhoudingsplicht de vragen van klaagster heeft beantwoord. Alle bij de akte betrokken partijen hebben ingestemd met het passeren daarvan.

5. De beoordeling

5.1 Ingevolge artikel 93 lid 1 Wna zijn 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 behoeve zij optreden en ter zake van handelen of nalaten dat een behoorlijk notaris niet betaamt. De kamer dient derhalve te onderzoeken of de handelwijze van de notaris een verwijtbare gedraging in de zin van dit artikel oplevert.

Klachtonderdeel I

5.2. Op grond van artikel 18, eerste lid, Verordening beroeps- en gedragsregels 2011 (hierna: Vbg 2011) dient de notaris, die naar buiten optreedt als partijadviseur, jegens belanghebbenden tijdig kenbaar te maken dat hij in die hoedanigheid optreedt.

5.3. Vooropgesteld wordt dat klaagster geen partij was bij de akte ter zake van de aandelenoverdracht van de door[*] B.V. gehouden aandelen in [*] B.V. aan [*] OOD noch een cliënt was van de notaris.

5.4. Overwogen wordt dat de notaris niet per definitie kan worden aangemerkt als partijadviseur van [*] B.V. door het enkele feit dat laatstgenoemde partij was bij de door haar gepasseerde akte. Op de notaris rustte, gegeven het bepaalde in artikel 18 lid 1 Vbg 2011, dan ook niet de verplichting om aan belanghebbenden, waaronder klaagster, tijdig kenbaar te maken dat zij in die hoedanigheid zou optreden. Ook uit de brief van 26 april 2016 van mr. [*], werkzaam als advocaat op het kantoor van de notaris, kan zulks niet kan worden afgeleid. In voornoemde brief is slechts tot uitdrukking gebracht dat het kantoor van de notaris onder meer optreedt voor '[*]', naar de kamer begrijpt [*] B.V. Daarbij wordt overwogen dat de werkzaamheden van de advocaat zich over het algemeen kenmerken door de behartiging van de belangen van zijn cliënt. De enkele omstandigheid echter dat een advocaat, werkzaam op het kantoor van de notaris, is opgetreden voor [*] B.V. is onvoldoende om aan te nemen dat daarmee ook de notaris als partijadviseur is opgetreden voor die partij en dat zij dit aan klaagster kenbaar had dienen te maken.

5.5. Gelet op het vorenstaande wordt klachtonderdeel I ongegrond verklaard.

Klachtonderdelen II en III

5.6. Gelet op de samenhang tussen de klachtonderdelen II en III, lenen die zich voor een gezamenlijke behandeling.

5.7. Conform het bepaalde in artikel 21, tweede lid, Wna is de notaris verplicht zijn dienst te weigeren wanneer naar zijn redelijke overtuiging of vermoeden de werkzaamheid die van hem verlangd wordt leidt tot strijd met het recht of de openbare orde, wanneer zijn medewerking wordt verlangd bij handelingen die kennelijk een ongeoorloofd doel of gevolg hebben of wanneer hij andere gegronde redenen voor weigering heeft. In de Vbg 2011 is deze regeling nader uitgewerkt. Ingevolge artikel 18, derde lid, Vbg 2011 dient de notaris zich terug te trekken zodra er een niet aanstonds overbrugbaar belangenconflict tussen partijen is ontstaan of dreigt te ontstaan over de rol van de

notaris als instrumenterend notaris, zoals bedoeld in lid 2 van dit artikel. Dit betekent dat indien de notaris het vermoeden heeft van rechten van derden die betrokken zijn bij een goed waarop de gevraagde dienstverlening betrekking heeft hij/zij daarover dient te overleggen met partijen en zo nodig nader onderzoek behoort te doen teneinde zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde een beletsel vormt voor de beoogde levering of bezwaring. Het is de notaris daarbij niet toegestaan zich tot deze derde te wenden en evenmin is de notaris gehouden tot een diepgaand feitenonderzoek. Indien voor de notaris op basis van de kenbare feiten er voldoende aanleiding is tot gerede twijfel, dient hij/zij zijn/haar ministerie te weigeren.

5.8. Op basis van artikel 18 lid 2 Vbg 2011 is het de notaris verboden akten te passeren waarbij hij of een kantoorgenoot als partijadviseur van een van de partijen betrokken is geweest, tenzij alle betrokkenen daarmee instemmen op grond van aan hen vooraf verstrekte informatie.

5.9. Ten aanzien van de ministerieplicht in het licht van het tussen klaagster en [*] B.V. gerezen geschil ter zake van de aandelenoverdracht overweegt de kamer als volgt. Uit de oproep van 15 april 2016 voor de aandeelhoudersvergadering op 2 mei 2016 ter zake van de litigieuze aandelenoverdracht volgt dat er op de aandeelhoudersvergadering zou worden besloten/gestemd over de goedkeuring daarvan op basis van de daartoe opgestelde en meegestuurde conceptkoopovereenkomst en concept leveringsakte. Uit artikelen 10 en 19 van de statuten van [*] B.V. volgt dat besluiten van de algemene vergadering worden genomen met volstrekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, tenzij de wet of de statuten een grotere meerderheid voorschrijven. Gesteld noch gebleken is dat de goedkeuring van de betreffende aandelenoverdracht statutair dan wel wettelijke een grotere meerderheid is voorgeschreven. Daarnaast kan uit de e-mail van 5 september 2016 van de notaris aan de gemachtigde van klaagster worden afgeleid dat de notaris is uitgegaan van een reguliere meerderheid van stemmen. Nu uit de door de notaris opgestelde notulen van de aandeelhoudersvergadering, alsmede voornoemde e-mail volgt dat met meerderheid van de stemmen is ingestemd met de aandelenoverdracht had de notaris dan ook niet haar ministerie behoeven te weigeren ter zake van het passeren van de daaropvolgende akte, zodat klachtonderdeel III ongegrond wordt verklaard. Dit geldt temeer nu uit de brief van 8 juli 2016 van de notaris aan de gemachtigde van klaagster volgt dat de aandeelhoudersovereenkomst in overweging is genomen en dat de notaris er op heeft gewezen dat in het onderhavige geval sprake is van een aandelenoverdracht aan een zogeheten ‘Affiliate’ als bedoeld in artikel 4.2. van die overeenkomst, hetgeen tot gevolg heeft dat het eveneens uit hoofde van die overeenkomst aan klaagster toekomende ‘right of first refusal’ en de ‘tag-along provisions’ niet van toepassing zijn. Op basis van de aan de notaris kenbare feiten was er naar het oordeel van de kamer dan ook onvoldoende aanleiding tot twijfel dat de rechten van klaagster een beletsel vormden voor de aandelenoverdracht. De notaris heeft dan ook op goede gronden kunnen komen tot het verlenen van ministerie. Daarbij heeft de notaris bij e-mail van 5 september 2016 klaagster meegedeeld dat de aandelenoverdracht een zaak is tussen partijen en dat klaagster bij geschillen een procedure aanhangig dient te maken jegens de bij de aandeelhoudersovereenkomst betrokken partijen op grond van artikel 2:15 Burgerlijk Wetboek.

Voorts wordt overwogen dat mr. [*] – mede gelet op hetgeen hiervoor onder 5.3. is overwogen – evenmin als partijadviseur bij de bewuste aandelenoverdracht betrokken is geweest, nu hij beide daarbij betrokken partijen heeft geadviseerd. De notaris heeft

dan ook niet haar ministerie behoeven te weigeren, zodat klachtonderdeel II eveneens ongegrond wordt verklaard.

Mitsdien wordt als volgt beslist.

BESLISSING

De Kamer voor het Notariaat:

- verklaart alle klachtonderdelen ongegrond.

Deze beslissing is gegeven door mrs. N.C.H. Blankevoort, voorzitter, J.J. Dijk, R.H. Meppelink, J.P. van Harseler en A.J.H.M. Jansen, leden, in tegenwoordigheid van mr. D. Pieterse, secretaris, en in het openbaar uitgesproken op 16 maart 2017.

mr. D. Pieterse, secretaris	mr. N.C.H. Blankevoort 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 (postadres, postbus 1312, 1000 BH Amsterdam).