

# 48. Een tuchtigende tik op de vingers

P.H.N. QUIST

Het gerechtshof Amsterdam deed op 26 maart 2024, ECLI:NL:GHAMS:2024:722, een belangwekkende tuchtuitspraak. In *Notamail* 2024/100 is deze gesignaleerd. De notaris in kwestie werd een te beperkte taakopvatting verweten bij een aandelenoverdracht. In het onderstaande gaat de auteur dieper in op de inhoud van de uitspraak en haar belang voor de praktijk. De auteur doet daarbij enige praktische aanbevelingen en besluit met de moraal van het verhaal.

## 1. Wat was er aan de hand?

De situatie was, enigszins vereenvoudigd, als volgt.

X en Y zijn zelfstandig vertegenwoordigingsbevoegde bestuurders en enig aandeelhouders van Z BV. Een notaris heeft in opdracht van de accountant van Y akten gepasseerd waarbij twee deelnemingen van Z BV voor een koopprijs van € 1 werden overgedragen aan een vennootschap die aan Y is gelieerd. X was niet op de hoogte gesteld van deze (voorgenomen) levering van de aandelen door Y. Naar aanleiding hiervan heeft X een tuchtklacht tegen de notaris ingediend. X stelt onder meer dat de notaris de aandelenoverdracht niet zonder meer had mogen uitvoeren. Volgens X had de notaris: (i) erop moeten toezien dat X had ingestemd met de aandelenoverdracht, en (ii) nader onderzoek moeten doen naar de benodigde onderliggende stukken.

In tegenstelling tot de kamer voor het notariaat (kamer voor het notariaat 's-Hertogenbosch 17 juli 2023, SHE/2022/29/SHE/2022/38, ECLI:NL:TNORSHE:2023:12, zie ook *Notamail* 2023/169) heeft het hof in hoger beroep de klacht van X gegrond verklaard en aan de notaris een berisping opgelegd. Het hof stelt voorop dat een notaris zich ervan moet vergewissen dat de vertegenwoordiger bevoegd is namens de vennootschap de in de akte opgenomen rechtshandelingen te verrichten. Deze onderzoeksplicht reikt in het algemeen niet zover dat de notaris daarbij onderzoek moet doen naar slechts intern werkende statutaire goedkeurings- of toestemmingseisen en de besluitvorming binnen de vennootschap (vgl. ook hof Amsterdam 20 september 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:2664, *ftV* 2022/35 en 2023/25). Bijzondere omstandigheden kunnen echter met zich brengen dat in het concrete geval op de notaris wél de plicht rust om nader onderzoek in te stellen naar de gang van zaken met betrekking tot de interne besluitvorming.

Het hof is van oordeel dat in casu deze bijzondere omstandigheden zich wel voordoen, vanwege de volgende omstandigheden:

- de BV is opgericht bij volmacht waarbij X en Y een joint-venture vennootschap hebben opgericht die kon worden vertegenwoordigd door ieder van de oprichtende bestuurders;
- door de overdracht werden twee werkmaatschappijen uit de joint-venture vennootschap gehaald voor een koopprijs van € 1, waarbij het (indirecte) belang in de verkrijgende vennootschap uitsluitend toebehoorde aan één van de twee medeaandeelhouders (Y);
- de notaris was goed bekend met de (accountant van de) opdrachtgever (Y), terwijl de notaris de andere bij deze overdracht betrokken partij (X) niet kende;
- de notaris beschikte niet over onderliggende stukken van de transactie: een bestuursbesluit of een koopovereenkomst (met een bijbehorende overnamebalans) ontbrak;
- de notaris heeft niet doorgevraagd naar de wijze van de totstandkoming van de koopsom van € 1 en hij heeft niet geïnformeerd/geverifieerd of X op de hoogte was van de transactie.

Het hof is van oordeel dat de notaris onder deze omstandigheden niet had mogen volstaan met uitsluitend de externe vertegenwoordigingsbevoegdheid van de BV te onderzoeken. Het had op de weg van de notaris gelegen in dit geval, gelet op de overeengekomen koopsom en het ontbreken van onderliggende stukken en de voor hem kenbare vergaande gevolgen voor X, na te gaan of alle betrokkenen (dus ook X) op de hoogte waren van de voorgenomen transactie en of zij met de inhoud en de gevolgen daarvan konden instemmen. Dit geldt temeer nu de notaris ter zitting in hoger beroep heeft verklaard dat hij zijn medewerking niet zou hebben verleend als hij had geweten dat X niet met deze overdracht instemde. Dat de notaris geen kennis had van de ontstane onmin tussen X en Y doet hieraan niet af.

## 2. Wat is de rol van de notaris in transacties als deze?

Allereerst is het aan de notaris om als poortwachter bij het openen van zijn dossier alle Wwft checks te doen en de herkomst van de als koopsom te betalen gelden te onderzoeken. Zijn tussenkomst dient te leiden tot een geldige, zo mogelijk onaantastbare overdracht van aandelen. Dat brengt met zich mee dat hij een akte opmaakt en alle onderzoeken doet en bewijsstukken verzamelt die voor een geldige overdracht nodig zijn. Voor een geldige overdracht is vereist: (a) een levering (b) krachtens geldige titel (c) door een beschikkingsbevoegde (art. 3:84 BW). Ook zal hij de verkrijging door de overdrager moeten onderzoeken (art. 2:196 lid 2 sub a BW), moeten verifiëren dat een eventuele blokkeringsregeling is gevolgd op straffe van ongeldigheid van de overdracht (art. 2:195 BW) en moeten verifiëren of de rechtshandeling tot doeloverschrijding bij de overdragende of verkrijgende vennootschap leidt. Doeloverschrijding leidt immers tot vernietigbaarheid van de overdracht op grond van art. 2:7 BW. Ten slotte wordt de notaris ook geacht niet zonder meer zijn medewerking aan de overdracht te verlenen als hij weet dat daarmee rechten van derden worden geschonden (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831 (*Novitaris*)). En inderdaad, dit alles kan onmogelijk voor € 350.

## 3. Rode vlaggen

Het hof somt een aantal bijzondere omstandigheden op die de notaris hadden moeten aanzetten tot nader onderzoek. Ik vermeldde deze al in het eerste onderdeel. Op één rode vlag ga ik hier nader in, te weten de koopsom van € 1. Of deze koopsom reëel is hangt af van de waarde van de vennootschappen die worden verkocht. Waardering van vennootschappen is een wetenschap op zich, maar we weten ook dat vaak voor een koopsom van € 1 wordt gekozen als er een titel voor overdracht moet zijn, waarbij verkoop en koop dan doorgaans de meest voor de hand liggende keuze is. En omdat een koopovereenkomst ingevolge art. 7:1 BW nu eenmaal een koopsom veronderstelt, wordt dan niet zelden gekozen voor de laagst denkbare. Binnen een fiscale eenheid worden, vaak op instructie van de fiscaal adviseur, regelmatig vennootschappen verhanden voor koopsommen van € 1. Het argument daarbij is dat, nu de overdracht toch binnen de fiscale eenheid plaats vindt, de koopsom niet relevant is en daarmee minimaal kan zijn. De onuitgesproken veronderstelling lijkt daarbij dat deze transactie binnen het verband van de groep eigenlijk economisch irrelevant, zelfs non-existent is. Dat is een forse miskennis van de civielrechtelijke werkelijkheid en het feit dat het groepsbelang weliswaar het belang van de daarvan deel uitmakende afzonderlijke vennootschappen kleurt, maar niet geheel en al bepaalt (zie ook S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020/3.4.2.). Een groepsvennootschap die een deelneming met een aanzienlijke waarde verkoopt en levert aan een andere groepsmaatschappij voor

€ 1, benadeelt zichzelf mogelijk dusdanig dat deze transactie doeloverschrijding van de overdragende vennootschap met zich mee kan brengen omdat deze in strijd is met haar vennootschappelijk belang. Daarmee is de transactie vernietigbaar op grond van art. 2:7 BW (zie ook HR 20 september 1996, NJ 1997/149 (*Playland*)). Ook kan een rechtshandeling om niet – of bijna om niet – benadeling van schuldeisers tot gevolg hebben. De rechtshandeling is dan paulianeus en daarmee vernietigbaar (art. 3:45 e.v. BW). Tussenkomst van de notaris wordt geacht de rechtszekerheid te dienen en daarvan is geen sprake als de notaris een ongeldige overdracht doet plaatsvinden.

Een andere, in de uitspraak niet genoemde rode vlag is die van tegenstrijdig belang. Ook zonder de economische achtergronden precies te kennen, is het evident dat hiervan waarschijnlijk sprake zal zijn. Immers, Y vertegenwoordigt Z BV bij een transactie, waarbij Z BV twee deelnemingen verkoopt en levert aan een vennootschap die aan Y is gelieerd. Dit is een klassiek geval van tegenstrijdig belang. Immers, de verkoper is gebaat bij een zo hoog mogelijke koopprijs, de koper bij een zo laag mogelijke. Als zodanig raakt tegenstrijdig belang de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuurders niet. Wel is mogelijk dat bij wetenschap van tegenstrijdig belang, zoals in het onderhavige geval, de verkrijger die niet te goeder trouw is, geen nakoming van de overeenkomst kan vorderen (HR 17 december 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4503 (*Bibolini*)). Een voor de notaris kenbaar tegenstrijdig belang betekent niet onmiddellijk dat de notaris zijn medewerking aan de transactie moet onthouden. Wel is dit een signaal dat met deze transactie mogelijk belangen van derden (waaronder begrepen belangen van gelieerde partijen) worden geschonden, hetgeen de notaris dan noopt tot aanvullend onderzoek.

## 4. Welke rechtsregel heeft de notaris hier nu precies geschonden?

Het hof oordeelt dat de notaris zijn onderzoeksplicht niet naar behoren heeft vervuld. Hoewel de geschonden norm niet wordt vermeld, meen ik dat het verwijt dat de notaris hier treft is terug te voeren op een van de kernbepalingen van de Wet op het notarisambt, te weten art. 17 lid 1 Wna, dat luidt als volgt: *‘De notaris oefent zijn ambt in onafhankelijkheid uit en behartigt de belangen van alle bij de rechtshandeling betrokken partijen op onpartijdige wijze en met de grootst mogelijke zorgvuldigheid.’*

X was hier in strikte zin geen bij de rechtshandeling betrokken partij. Maar in economische zin werd hij benadeeld. Dat is niet altijd voor de notaris kenbaar, maar in dit geval wel. Ik noemde hiervoor al het *Novitaris*-arrest (HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:831). Daarin oordeelde de Hoge Raad dat voor dienstweigering onvoldoende is dat een van de partijen bij een akte wanprestatie pleegt jegens een derde. In 2017 oordeelde de Hoge Raad dat de *Novitaris*-norm een algemene norm is voor de medewerking van een notaris aan handelingen van zijn cliënten die

de belangen van derden schaden (HR 10 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2850). Wat staat de notaris te doen bij botsende rechten? De tuchtrechter in hoogste instantie zette het op een rij (hof Amsterdam 23 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:166); stuit de notaris op een recht van een derde dat wordt geschonden, dan moet hij daarover met partijen overleggen en zo nodig nader onderzoek doen, om zich een oordeel te vormen over de vraag of het recht van de derde in de weg staat aan het passeren van de akte. Van de notaris wordt in dat kader een civielrechtelijke weging van de betrokken rechten gevraagd. Het onderzoek wordt verricht op basis van informatie die de notaris van partijen krijgt of hem anderszins ter beschikking staat. Als de derde een civielrechtelijk sterker recht heeft of als de schending van het recht van de derde onrechtmatig is, moet de notaris dienst weigeren. Het schenden van het recht van een derde is niet zonder meer onrechtmatig. De lat voor onrechtmatigheid ligt hoog.

Anders dan bij de Novitaris gaat het in dit geval niet om botsende rechten, maar om kenbare mogelijk botsende *belangen*. Ook die wordt de notaris geacht te onderkennen en daarnaar onderzoek te doen, om vervolgens aan de hand van de uitkomsten daarvan af te wegen of hij zijn medewerking moet verlenen of niet. Moet de notaris ook toezien op juiste interne besluitvorming? Naar ik meen hoeft, overeenkomstig de uitspraak, de notaris – in geval van een transactie van een BV met een meerhoofdig bestuur – in beginsel niet over een bestuursbesluit te beschikken alvorens tot medewerking aan de overdracht van aandelen over te gaan. Wel is het goed *de vraag te stellen* of de interne besluitvormingsregels zijn gevolgd. Datzelfde zou gelden als in de statuten van de overdragende BV zou staan dat het bestuur goedkeuring van de algemene vergadering (of de raad van commissarissen of enig ander orgaan) moet hebben om te besluiten tot een transactie als de voorliggende. Dan moet de notaris natuurlijk wel de statuten van zowel de overdragende als de verkrijgende vennootschap in zijn dossier hebben, hetgeen in de praktijk nogal eens niet het geval is.

Het lastigste onderdeel van deze uitspraak is misschien wel dat de onderzoeksplicht volgens de tuchtrechter in hoogste instantie *in het algemeen* niet zover reikt dat de notaris daarbij onderzoek moet doen naar slechts intern werkende statutaire goedkeurings- of toestemmingseisen en de besluitvorming binnen de vennootschap. Echter, *bijzondere omstandigheden* kunnen met zich brengen dat *in het concrete geval* op de notaris wél de plicht rust om nader onderzoek in te stellen naar de gang van zaken met betrekking tot de interne besluitvorming. Wanneer is van zulke bijzondere omstandigheden sprake en hoever moet de notaris kijken om te zien of er van die bijzondere omstandigheden sprake is? Concrete handvatten worden hier niet gegeven. Ik zou menen dat als op grond van een eenvoudige analyse van de transactie, met gebruikmaking van eenvoudige kenbare gegevens, blijkt dat hier aanvullend onderzoek op zijn plaats is, de notaris daartoe dient over te gaan. In

het gegeven geval was dat naar ik meen zo te zien. Ik zou echter menen dat ook een blik op de statuten van zowel de overdragende als de verkrijgende vennootschap onderdeel zou moeten zijn van die eenvoudige analyse. Niet dat de notaris zijn dienst bij voorbaat moet weigeren als eventueel intern vereiste goedkeuringen niet zijn verleend, maar de vraag naar eventueel vereiste interne goedkeuringen moet wel worden gesteld.

## 5. Praktische aanbevelingen

Heel concreet vallen uit deze uitspraak de volgende aanbevelingen door de praktijk te leren. Allereerst is een *related party* transactie – een transactie tussen een vennootschap en een functioneel of economisch gelieerde partij – een aandachtspunt. Juist dan moet worden doorgevraagd. Het is ook goed om te inventariseren of het bestuur heeft besloten te onderhavige transactie aan te gaan, dan wel of er in een bestuursreglement is vastgelegd dat dit voor het onderhavige geval niet nodig zou zijn. Voorts moet de notaris naar ik meen nagaan of er op grond van statutaire regelingen andere goedkeuringen nodig zouden zijn van een vennootschapsorgaan als de algemene vergadering of de raad van commissarissen. De realiteit van de koopsom moet bevestigd worden, en al helemaal in het geval van een kenbaar lage (want minimale) koopsom van € 1. In dat laatste geval lijkt mij inderdaad dat de notaris een balans had moeten opvragen. Te overwegen is in de akte van overdracht op te nemen dat alle interne besluiten en goedkeuringen, voor zover ter zake vereist, in acht zijn genomen of verleend. Zo'n bepaling dient echter als sluitstuk van de door de notaris verrichte bevraging, en kan niet in plaats daarvan komen.

## 6. Tot besluit

Notarissen – en ik kan het weten want ik ben er een – hebben nog wel eens de neiging naar aanleiding van tuchtrechtelijke uitspraken die naar hun gevoel geen recht doen aan de complexiteit van het krachtenveld waarin de notaris laverend zijn bestemming probeert te bereiken, bevangen te worden door zelfmedelijden. Niemand begrijpt ons, niemand weet hoe moeilijk het is, als je niet door de hond gebeten wordt dan wel door de kat, en als we ons werk dan goed doen vindt de cliënt ons te duur. Laten we verre blijven van dit soort zelfbeklag. We beoefenen misschien niet het oudste, maar wel het mooiste beroep van de wereld. Laten we lering trekken uit deze uitspraak. De moraal van dit verhaal is dat de beste notaris niet de makkelijkste notaris is. En niet de goedkoopste.

Hof Amsterdam 26 maart 2024,  
ECLI:NL:GHAMS:2024:722

Over de auteur

P.H.N. Quist

Notaris te Amsterdam.