

# 25. Rechtspersonenrecht

MR. DR. P.H.N. QUIST

In deze bijdrage becommentarieert de auteur uitgebreid diverse uitspraken op rechtspersonenrechtelijk gebied die van belang zijn voor de (kandidaat-)notaris.

## 1. Inleiding

Er was in 2021 weer veel om het niet over eens te zijn. Dat bleek ook uit de in het afgelopen jaar in de Notamail gesignaleerde jurisprudentie. Goed nieuws was dat de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen werd ingevoerd. In het onderstaande zal ik de door de redactie geselecteerde Notamails uit 2021 op rechtspersonenrechtelijk gebied in het licht van de daaraan ten grondslag liggende uitspraken toelichten en becommentariëren. En wel vanuit het perspectief van de notaris als praktijkjurist. In het aantal geselecteerde Notamails is de BV weer koploper. Dat is niet verwonderlijk, want de BV is verreweg de meest voorkomende rechtspersoon in Nederland. Eind 2021 kroop het aantal BV's richting de 1.100.000. Om dit in perspectief te plaatsten, het aantal stichtingen bedroeg toen ongeveer 235.000, het aantal verenigingen ongeveer 131.000, het aantal coöperaties zo'n 9.000 en het aantal onderlinge waarborgmaatschappijen omstreeks 210.

Opvallend is het relatief grote aantal tuchtrechtelijke uitspraken in de selectie die de redactie maakte. In alle eerlijkheid, ik sla ze wel eens over. Tucht recht gaat immers over beroepsuitoefening en niet over de inhoud, over gestuntel in de afwikkeling van boedels en dus niet over ons, toch? Toch niet. In de geselecteerde uitspraken gaan inhoud en beroepsuitoefening hand in hand. En overigens valt ook voor de notaris die (eveneens) op het gebied van het ondernemingsrecht opereert genoeg lering te trekken uit de tuchtrechtelijke uitspraken over de beroepsuitoefening op andere rechtsgebieden.

De te bespreken Notamails heb ik onderverdeeld naar de soorten rechtspersonen die het betrof en vervolgens thematisch. Ook wet- en regelgeving, zowel ingevoerd, in te voeren als in de maak, behandel ik kort.

## 2. BV's

### 2.a 'Change of control'-bepalingen en verplichte aanbidding

In het geval de aandelen in een BV niet vrij overdraagbaar zijn, is het niet mogelijk om aandelen in die BV over te dragen zonder de statutaire regeling ter zake ('blokkeringsregeling') te hebben gevolgd. Wel is dan echter mogelijk om zonder toepassing van de betreffende regeling in de statuten van de BV, de aandelen over te dragen van de *vennootschap die de BV-aandelen houdt*. Op die manier zou de blokkeringsregeling in de statuten van de BV kunnen worden omzeild. Om dit te ondervangen wordt in veel statuten bepaald dat indien de uiteindelijke zeggenschap over een aandeelhouder-rechtspersoon overgaat, de door hem gehouden aandelen in de BV dienen te worden aangeboden. In veel gevallen wordt in de statuten verwezen naar het begrip 'fusie' als omschreven in de SER-Fusiegedragsregels als objectieve maatstaf aan de hand waarvan beoordeeld moet worden of er sprake is van een zodanige overgang van zeggenschap en daarmee of er een aanbiddingsplicht is ontstaan. Ook wordt dit soort bepalingen in contracten, zoals aandeelhoudersovereenkomsten, opgenomen. Deze regelingen zijn onmisbaar om de blokkeringsregeling effectief te laten zijn in het geval rechtspersonen aandeelhouder zijn. Maar het is wel opletten geblazen, want lang niet altijd blijkt men zich te realiseren dat een wijziging op een hoger niveau in de structuur, een aanbiddingsplicht op een lager niveau doet ontstaan.

Dit was aan de orde in Rb. Noord-Holland 17 juni 2021, nr. C/15/315884 / KG ZA 21-220 (ECLI:NL:RBNHO:2021:4951) – *Notamail* 2021/156. In dit geval waren X BV en Y BV voor respectievelijk 20% en 80% aandeelhouder in een deelneming, Z BV. Bij Y BV vond een bestuurswisseling plaats. Naar aanleiding daarvan vordert X BV in kort geding dat Y BV haar aandelen in Z BV aan X BV aanbiedt op grond van een *change of control*-bepaling in de aandeelhoudersovereenkomst. Ook de statuten van Z BV bevatten in dit geval een *change of control*-bepaling. In zowel de aandeelhoudersovereen-

komst als de statuten werd daarbij overigens niet verwezen naar de SER-Fusiegedragsregels. Zo bepaalden de statuten van Z BV dat een verplichting tot aanbieding ontstaat met *'betrekking tot de aandelen gehouden door een aandeelhouder-rechtspersoon ingeval de zeggenschap, direct of indirect, over de activiteiten van die aandeelhouder-rechtspersoon door één of meer anderen wordt verkregen.'* In de Engelstalige aandeelhoudersovereenkomst wordt verwezen naar de change of control-regeling in de statuten en in die overeenkomst worden tevens gevallen omschreven waarin wel of geen sprake is van een change of control als bedoeld in de statutaire regeling. Het geschil spitst zich erop toe dat X BV meent dat door het terugtreden van de twee bestuurders van Y BV een aanbiedingsplicht is ontstaan. Y BV meent dat dit niet het geval is, nu van een change of control pas sprake zou zijn als op het niveau van de aandeelhouder van Y BV wijziging zou ontstaan op grond waarvan andere aandeelhouders de bestuurders van Y BV zouden mogen benoemen.

De kortgedingrechter meent dat de bepalingen in zowel de aandeelhoudersovereenkomst als in de statuten niet duidelijk zijn en moeten worden uitgelegd. Het gaat daarbij volgens de rechter niet alleen om een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen, maar is beslissend *'de betekenis die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de bepaling mochten toekennen en wat zij ten aanzien daarvan redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten'* overeenkomstig het *Haviltex*-arrest.<sup>1</sup> Uit correspondentie die is gevoerd vóór het aangaan van de aandeelhoudersovereenkomst in haar huidige vorm blijkt volgens de rechter dat bij het opstellen van de aandeelhoudersovereenkomst destijds nadrukkelijk beoogd is dat het voor X BV mogelijk moest zijn om de aandelen te kopen als het bestuur van Y BV zou wijzigen, zoals in het gegeven geval. De rechter oordeelt dat partijen een wijziging van het bestuur van Y BV zoals deze zich heeft voorgedaan, destijds onder het begrip 'change of control' hebben willen brengen. Y BV moet de aandelen in de deelneming derhalve aan X BV aanbieden.

Hier blijkt eens te meer dat het kiezen van de bewoordingen, zowel in de statuten als in de aandeelhoudersovereenkomst, essentieel is. Weliswaar is een zuivere taalkundige uitleg niet bepalend (*Haviltex*), het begint er mee dat de regeling niet eenduidig is. Een preciezere omschrijving van wat onder 'change of control' diende te worden verstaan, had dit geschil kunnen voorkomen. Niet in de laatste plaats omdat de aandeelhouders van Y BV zich dan mogelijk hadden gerealiseerd dat een wijziging in het bestuur van Y BV een aanbiedingsplicht tot gevolg zou hebben. In die zin is een verwijzing naar de SER-Fusiegedragsregels nog niet zo gek, omdat dit een meer objectieve maatstaf zou hebben geboden. Overigens was in het gegeven geval geen

sprake geweest van een change of control in de zin van de SER-Fusiegedragsregels.

In de praktijk komt het vaak voor dat er ten aanzien van diverse onderwerpen parallelle regelingen bestaan in enerzijds de statuten en anderzijds de aandeelhoudersovereenkomst. Regelingen die in hun uitwerking wel enigszins bij elkaar in de buurt komen, maar niet precies hetzelfde uitwerken. In die gevallen kan beter gekozen worden: óf regelen in de statuten, óf regelen in de aandeelhoudersovereenkomst. Wat niet altijd helpt, is dat de statuten meestal (gelukkig) door de notaris worden opgesteld en de aandeelhoudersovereenkomst in veel gevallen door een advocaat. De taakverdeling lijkt dan soms dat de notaris zich niet met de aandeelhoudersovereenkomst bemoeit en de advocaat zich buiten de opstelling van statuten houdt. Dat leidt niet zelden tot ongelukken. Statuten zijn geen contract, maar vormen het constitutieve document van de vennootschap. Statuten zijn ook openbaar. Dit brengt met zich mee dat gedetailleerde partijafspraken zich lastig in statuten laten verwoorden. Bij een uitgebreide aandeelhoudersovereenkomst passen doorgaans eenvoudige statuten en vice versa. In internationale verhoudingen wordt dit vaak niet begrepen en is er niet zelden aanzienlijke druk om zoveel als mogelijk uit de aandeelhoudersovereenkomst op te nemen in de statuten. Dat is niet alleen frustrerend voor alle betrokkenen, maar leidt vooral tot de eerder genoemde regelingen die wel op elkaar lijken maar niet hetzelfde uitwerken. Ik kan alleen maar alle notarissen en alle advocaten oproepen om zich niet terug te trekken op hun 'eigen terrein'. Bij het opstellen van een aandeelhoudersovereenkomst moet de maker van statuten – bij uitstek de notaris – mee kunnen kijken en bepalen. Immers, de notaris weet als geen ander hoe en waar aandeelhoudersafspraken het best kunnen worden vormgegeven: in de aandeelhoudersovereenkomst of in de statuten. Ik ga, spelend voor eigen publiek, nog een stap verder: de notaris is bij uitstek de persoon om de aandeelhoudersovereenkomst op te maken, in samenspraak met de advocaat. De notaris moet leren verder te kijken dan zijn 'akte-neus' lang is.

Maar als hij dat dan doet, komt het wel aan op het kiezen van de juiste, heldere bewoordingen. Ik reik even over de jaargrens en signaleer tevens *Notamail* 2022/28, waarin het arrest van Hof Amsterdam 18 januari 2022, nr. 200.297.079/01 (ECLI:NL:GHAMS:2022:148) wordt besproken. Dit arrest is een vervolg op de hierboven behandelde kortgedinguitspraak uit *Notamail* 2021/156. Het hof komt, met de toepassing van het *Haviltex*-criterium, tot een andere conclusie en vernietigt het vonnis van de kortgedingrechter. Het hof overweegt daartoe onder meer dat de aandeelhoudersovereenkomst een gedefinieerd begrip 'Control' bevat, dat verwijst naar stemrechten, aandeelhouderskapitaal en de bevoegdheid bestuurders te ontslaan. Het hof oordeelt dat deze definitie onmiskenbaar doelt op de positie van aandeelhouders en niet op de positie van bestuurders. Nu de aandeelhoudersovereenkomst in de change of control-bepaling 'Controlled' hanteert, verwijst dit naar het

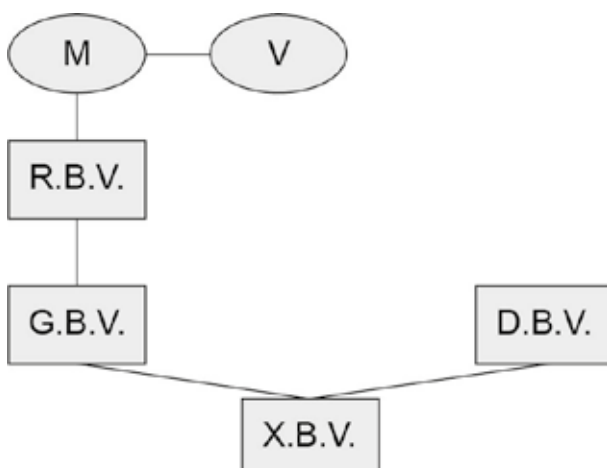
<sup>1</sup> HR 13 maart 1981, nr. 11647 (ECLI:NL:HR:1981:AG4185), NJ 1981,635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

gedefinieerde begrip ‘Control’ en moet dit begrip dan ook aldus worden verstaan. Tevens wordt overwogen dat onder juristen ‘control’ doorgaans ziet op de positie van de uiteindelijke aandeelhouderszeggenschap. Aan deze notie moet gewicht worden toegekend, nu de statuten en de aandeelhoudersovereenkomst ditzelfde begrip ‘control’ bevatten en deze stukken door juristen zijn opgesteld. Het hof meent dat dit ook een voordehandliggende uitleg is gezien de onderlinge verhoudingen, zowel op het gebied van bestuurders als aandeelhouders, ten tijde van het opmaken van de aandeelhoudersovereenkomst en de statuten. De correspondentie die voor de kortgedingrechter nog bepalend was geweest in zijn oordeel, acht het hof onvoldoende overtuigend.

Het hof komt dus tot een geheel andere uitkomst en lijkt met name gewicht toe te kennen aan de letterlijke tekst van de overeenkomst. Het hof neemt bij de toepassing van het Haviltex-criterium vooral in overweging wat doorgaans onder change of control wordt verstaan. Het toont ook maar weer aan dat een hoofdletter veel kan uitmaken.

In de praktijk wordt een change of control-bepaling niet zelden geactiveerd door certificering. Certificering wordt meestal begrepen als een handeling die in economische zin geen wijzigingen met zich meebrengt en daarmee wordt de wijziging in zeggenschap – de kern van certificering – nog wel eens veronachtzaamd. Certificering en change of control stonden centraal in Rb. Limburg 13 oktober 2021, nr. C/03/279367 / HA ZA 20-334 (ECLI:NL:RBLIM:2021:7648) – *Notamail* 2021/257. In dit geval werden de aandelen in X BV gehouden door een houdstervenootschap, G BV, en een andere vennootschap, D BV. De aandelen in G BV worden gehouden door R BV. Enig bestuurder van R BV is een natuurlijke persoon, M, die in algehele gemeenschap is gehuwd met V. De statuten van X BV bevatten tevens een regeling dat de vennootschap onherroepelijk gemachtigd is de aanbieder en overdracht van de aandelen namens de desbetreffende aandeelhouder te verrichten indien een aandeelhouder niet overgaat tot aanbieder van zijn aandelen waartoe hij op grond van de statuten verplicht is.

Schetsmatige structuur



De statuten van X BV bevatten een change of control-bepaling. Aandelen in X BV dienen te worden aangeboden als ‘door uitgifte, overdracht, of andere overgang van aandelen dan wel door overgang van het stemrecht op aandelen, de zeggenschap over de activiteiten van een onderneming van een aandeelhouder-rechtspersoon door één of meer anderen worden verkregen in de zin van het S.E.R.-besluit fusiegedragsregels 2000’. Vervolgens worden de aandelen in G BV door R BV overgedragen aan een stichting administratiekantoor, waarvan M en zijn echtgenote V de enige bestuurders zijn. M en V zijn slechts gezamenlijk bevoegd de stichting te vertegenwoordigen. De andere aandeelhouder van X BV, zijnde D BV, stelt dat de aandelen in X BV moeten worden overgedragen, omdat de certificering een change of control is als omschreven in de statuten van X BV.

De rechtbank oordeelt dat, nu D BV pas later toetrad als aandeelhouder van X BV, de statuten van X BV destijds alleen door G BV zijn opgesteld, en dat derhalve een *taalkundige* uitleg dient te worden gehanteerd. Voorts oordeelt de rechter dat de statutaire bepaling niet onduidelijk is. Ook zijn door G BV geen feiten of omstandigheden aangevoerd die maken dat de statutaire bepaling anders dient te worden gelezen dan door de andere aandeelhouder gesteld. G BV stelt verder dat de certificering niet voldoet aan de statutaire omschrijving van change of control, en dat dit ook niet is bedoeld. De rechter is van oordeel dat de certificering wél voldoet aan de omschrijving van change of control in de statuten, nu vóór de certificering M de zeggenschap uitoefende en daarna M en V tezamen. Daarmee worden de aandeelhoudersrechten uitgeoefend door anderen dan voorheen. Uit de toelichting bij het SER-besluit Fusiegedragsregels 2000 volgt, zo stelt de rechter vast, dat verkrijging of overdracht van de meerderheid van de aandelen voor de toepassing van die gedragsregels onweerlegbaar wordt verondersteld de zeggenschap op te leveren en dat zeggenschap ook kan worden verkregen of overgedragen via statutaire bevoegdheden en/of contractuele regelingen van structurele aard. Door G BV wordt nog opgevoerd dat vóór de certificering niet alleen M de zeggenschap had, maar V eveneens, nu de aandelen van M in de gemeenschap van goederen vielen, dit met een beroep op art. 3:170 BW (de regeling omtrent het beheer van gemeenschappen). De rechter gaat daar echter niet in mee, omdat deze wetsbepaling niet met zich meebrengt dat V voorheen ook in alle gevallen bevoegd was. Voorts hecht de rechter geen belang aan de verklaring van G BV dat wijziging van de zeggenschap niet beoogd is, danwel heeft aangeboden de certificering terug te draaien. De statuten van X BV bevatten immers niet de mogelijkheid de aanbieder te ‘deactiveren’. Nu G BV niet tot aanbieder van zijn aandelen in X BV is overgegaan, verklaart de rechter op verzoek voor recht dat X BV onherroepelijk gevolmachtigd is namens G BV de bijzondere aanbieder na te komen.

Een aantal punten valt op. Allereerst dat de rechter niet tot een uitleg van de statuten met toepassing van het Haviltex-criterium bereid is. De redenen die de rechter daarvoor geeft,

zijn (i) dat de statuten slechts door de oprichter van destijds zijn vastgesteld, waarmee de bedoeling van ‘partijen’ niet relevant is, en (ii) dat de regeling in de statuten duidelijk is. Op zich geen onbegrijpelijke redenering, al valt op de reden onder (i) misschien nog wel wat af te dingen, nu de oprichter van destijds tegenover de rechtspersoon waarvan hij oprichter is, is komen te staan. Hier zijn dus, zoals in ieder geding, wel degelijk twee partijen die tegenover elkaar staan, waar uitleg niet bij voorbaat irrelevant is. Ik kan me niet aan de indruk onttrekken dat de rechter terughoudender is bij de uitleg van statuten dan wanneer het gaat om een overeenkomst. Er lijkt een welhaast goederenrechtelijke benadering gekozen als het om statuten gaat: een gesloten systeem waar iets is, of iets niet is. Pas als de regeling intrinsiek niet duidelijk is, komt uitleg aan de orde. En dat is misschien ook helemaal niet onbegrijpelijk als je bedenkt dat de statuten het DNA van een aandeel vormen. Een overdracht van aandelen in strijd met de statutaire blokkeeringsregeling is nietig. En is een aanbiedingsregeling geactiveerd, dan is dat blijkbaar onomkeerbaar. Een aanbod om de certificering ongedaan te maken biedt voor G BV geen soelaas: X BV is op grond van de statutaire regeling onherroepelijk gemachtigd de aandelen aan te bieden en over te dragen. Ongetwijfeld hebben M en R BV zich niet gerealiseerd dat het enkele feit dat naast M ook V bestuurder van de stichting administratiekantoor werd deze verstrekkende gevolgen zou hebben. De vraag komt bij mij op of in dit soort gevallen deze binaire uitkomst zou kunnen worden gematigd door de redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen aandeelhouders en vennootschap beheerst.

Ten slotte nog een opmerking over de veel voorkomende bepaling in statuten, dat indien een aandeelhouder in gebreke is over te gaan tot verplichte aanbieding, de vennootschap daartoe onherroepelijk is gevolmachtigd (zie ook art. 2:192 lid 5 BW). Soms is deze regeling zeer kort opgeschreven en komt een aandeelhouder die op enig moment niet aan een aanbiedingsverplichting voldoet in het verdere traject ook niet meer aan bod. Bedacht dient te worden dat op grond van art. 2:192 lid 4 BW, dat lid 3 van hetzelfde artikel van overeenkomstige toepassing verklaart, een aandeelhouder kan verlangen dat de prijs van de aandelen dient te worden bepaald door een onafhankelijke deskundige. De prijsbepaling van de aandelen kan in zo’n geval dus niet door de vennootschap, handelend namens de aandeelhouder die zijn statutaire aanbiedingsplicht niet nakomt, en de gegadigde geschieden.

Voor de praktijk is, zo schreef ik ook vorig jaar, de les dat alvorens tot splitsing, fusie of overdracht van aandelen wordt overgegaan, onderzoek moet worden gedaan naar de goederen en rechtsverhoudingen, ook op het niveau van deelnemingen, om te zien of door zo’n splitsing, fusie of overdracht op enigerlei wijze aanbiedingsverplichtingen worden geactiveerd, of de verkrijgende vennootschap kwalificeert als mogelijke verkrijger en of bepaalde verbintenrechtelijke change of control-bepalingen in werking treden. Dat geldt niet alleen voor aandelen, maar kan,

bijvoorbeeld, ook van toepassing zijn op registergoederen of financieringsovereenkomsten. Bij splitsing kan bepalend zijn hoe het belang bij splitsing op de beschrijving van art. 2:334f lid 2 sub d BW is vermeld – met of zonder aan de betreffende goederen verbonden rechtsverhouding. En, natuurlijk, is een belangrijke *take away* dat in de bewoordingen van een aandeelhoudersovereenkomst of statuten een hoofdletter veel kan uitmaken.

Zie over dit onderwerp ook Rb. Rotterdam 19 augustus 2020, nr. C/10/587615 / HA ZA 19-1151 (ECLI:NL:RBROT:2020:7320 – *Notamail* 2020/193, en Hof Amsterdam 1 december 2020, nr. 200.263.128/01 – *Notamail* 2020/300, alsook de toelichting daarop in *Notamail Verklaard* 2020, p. 342.

## 2.b Indirect aandeelhouder had moeten worden geïnformeerd over aandelenemissie

Wat zich laat aanzien als een ‘handigheidje’ van de ene aandeelhouder jegens de andere, is het onderwerp van de uitspraak van Rb. Midden-Nederland 9 juni 2021, nr. C/16/503343 / HL ZA 20-163 (ECLI:NL:RBMNE:2021:2398) – *Notamail* 2022/159. Wat is er gebeurd? X en Y houden ieder een belang van 50% in een holding, die op haar beurt alle aandelen houdt in een deelneming. X en Y zijn het al jaren niet eens over de financiering van de holding, die onder meer tot een verzoek aan de Ondernemingskamer leidde om te gelasten tot een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken binnen de groep. Zonder dat X het wist, heeft Y als bestuurder van de holding, besloten tot uitgifte van nieuwe aandelen door de deelneming. En wel, naar blijkt, aan een vennootschap van Y. Door de emissie verwaterde het belang van de holding van 100% naar 5%. Hoewel in strikte zin de formaliteiten voor de uitgifte zijn vervuld – Y mocht de holding bij het aandeelhoudersbesluit waarbij ook het voorkeursrecht werd uitgesloten, vertegenwoordigen – vernietigt de rechtbank het emissiebesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 2:8 BW. Van belang daarbij is dat X en Y ieder voor de helft een belang houden in het concern en dat zij hadden afgesproken als gelijkwaardige aandeelhouders samen te werken. Y heeft door op de gegeven wijze te handelen heimelijk afbreuk gedaan aan de aandeelhoudersgelijkheid, door zelf het besluit tot emissie te nemen, de uitgiftekoers te bepalen en de emissie te doen plaatsvinden aan een aan hem gelieerde vennootschap. Van belang is ook dat de mogelijke indirecte verwatering van X in de deelneming ook tijdens de procedure bij de Ondernemingskamer aan de orde was gekomen. De Ondernemingskamer heeft daarover in zijn beschikking geoordeeld dat Y X tijdig zal moeten informeren als Y een emissie van aandelen zou voorbereiden en X zal moeten betrekken bij de vaststelling van de omvang van de aandelenemissie en de uitgifteprijs, hetgeen Y niet heeft gedaan.

Interessant is nog de vraag wat nu precies het gevolg is van de vernietiging van het emissiebesluit. De rechtbank stelt voorop dat de vernietiging van het emissiebesluit niet auto-

matisch tot gevolg heeft dat de externe rechtshandeling die afhankelijk is van het emissiebesluit, rechtsgevolg mist.<sup>2</sup> Met andere woorden: de uitgifte van aandelen zelf heeft alsnog plaatsgevonden. Deze externe rechtshandeling, de uitgifte van aandelen, kan op haar beurt wel worden aangetaast. Dat lukte X hier niet op grond van art. 3:45 BW (actio pauliana), omdat X niet had onderbouwd dat hij als gevolg van de emissie is benadeeld in zijn verhaalsmogelijkheden.

Wat zou X dan tegen de emissie kunnen doen? Er zou sprake kunnen zijn van een onrechtmatige daad die onder meer gelegen kan zijn in het welbewust profiteren door de nemer van het aandeel van de wanprestatie die het bestuur door het stellen van de externe vertegenwoordigingshandeling in verhouding tot de rechtspersoon pleegt.<sup>3</sup> Dit zou betekenen dat men kan worden veroordeeld om de gepleegde emissie terug te draaien. Zie HR 17 november 1967, *NJ* 1968/42 (*Pos/Van den Bosch*). Een meer directe weg die blijkt uit HR 17 december 1982, *NJ* 1983/480 (*Bibolini*) de voorkeur heeft van de HR, is dat onder bijzondere omstandigheden de redelijkheid en billijkheid verhinderen dat de nemer van het aandeel zich in de verhouding tot de vennootschap op de gebondenheid van die vennootschap aan de rechtshandeling van emissie beroept. Een bijzondere omstandigheid zou kunnen zijn dat bestuur en wederpartij samenspannen. Ten slotte kan de gepleegde emissie rechtsgeldigheid ontberen, indien jegens benadeelde bestaande aandeelhouders die als wederpartij van de vennootschap tegen de gepleegde emissie opkomen, misbruik van bevoegdheid is gepleegd. Zie HR 5 januari 1979, *NJ* 1979/317 (*Slijkerman't Oldorp*); HR 9 juli 1990, *NJ* 1991/51 (*Sluis*).<sup>4</sup>

## 2.c Overdracht van aandelen in BV met kwijtschelding van koopprijs was paulianeu

De feiten zijn, teruggebracht tot hun juridische essentie, de volgende. Bij notariële akte heeft X al haar aandelen in een BV verkocht aan haar zoon voor een bedrag van € 763.187. De koopprijs is vervolgens kwijtgescholden als schenking. X had echter een crediteur, verzekeraar Z, die zijn verhaalspositie hierdoor benadeeld ziet. Z vordert primair dat de rechtshandelingen van X in strijd zijn met de goede zeden, en dus nietig op grond van art. 3:40 BW, en subsidiair vernietigbaar op grond van art. 3:45 BW, omdat de rechtshandelingen zijn aan te merken als paulianeu, dan wel kwalificeren als onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 BW. De rechtbank doet uitspraak – Rb. Oost-Brabant 30 juni 2021, nr. C/01/356530 / HA ZA 20-208 (ECLI:NL:RBOBR:2021:3138) – *Notamail* 2021/201.

Strijd met de goede zeden kan worden aangenomen in gevallen waarin een rechtsregel is geschonden die wezenlijke belangen van de samenleving betreft en die vormgeeft aan

de grondslagen waarop de ethische, juridische en economische orde van de samenleving steunt. Het zal niet verbazen dat de rechter na uitgebreide weging van het feitencomplex oordeelt dat dit in stelling gebrachte geschut geen doel treft. Ten aanzien van de vernietigbaarheid van het samenstel van rechtshandelingen heeft, zo vermeldt het vonnis, de Hoge Raad<sup>5</sup> beslist dat bij een samenstel van rechtshandelingen de (nadelige) gevolgen ervan in onderling verband moeten worden beoordeeld en dat afzonderlijke vernietiging van één van de rechtshandelingen niet mogelijk is. De rechtbank oordeelt dat de verkoop van de aandelen en de daarop volgende schenking van de koopprijs nauw met elkaar zijn verweven en niet los van elkaar kunnen worden gezien en dat dit samenstel van rechtshandelingen paulianeu was en derhalve vernietigbaar is op grond van art. 3:45 BW. Immers, X wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden het geval zou zijn. Over de vraag of het handelen van X ook als onrechtmatige daad valt aan te merken, oordeelt de rechtbank niet. Dit omdat deze vordering op dezelfde feiten is gebaseerd als die waarover de rechtbank al heeft geoordeeld en omdat onvoldoende is onderbouwd waarom deze feiten ook een onrechtmatig handelen van X zouden opleveren.

Het is goed om de verschillen in rechtsgevolgen nog te beoordelen. Zou er sprake zijn geweest van een rechtshandeling in strijd met de openbare orde, goede zeden of de openbare orde in de zin van art. 3:40 BW, dan zou de samengestelde rechtshandeling nietig zijn geweest. Paulianeu handelen in de zin van art. 3:45 BW leidt tot vernietigbaarheid. Vernietiging heeft ingevolge art. 3:53 BW terugwerkende kracht. In dit geval worden de aandelen door X geacht niet te zijn geleverd en de koopprijs is ook nooit verschuldigd geworden en is ook niet kwijtgescholden. Een onrechtmatige daad levert een schadevergoedingsplicht op (art. 6:162 BW).

Het overdragen van goederen en afzonderlijk bij wege van schenking kwijtschelden van de koopprijs, in plaats van het direct schenken van goederen, heeft vaak als doel de overdracht van de goederen veilig te stellen, zeker als de prijs aan de lage kant is vastgesteld. Het doel is dan dat als een rechtshandeling wordt aangetast, dit de kwijtschelding zal zijn en niet de overdracht van goederen. Dit kan ook fiscale voordelen opleveren, onder meer door gefaseerd kwijtschelden van de koopsom waardoor maximaal gebruik wordt gemaakt van vrijstellingen. Wanneer precies wel of niet van een samenstel van rechtshandelingen sprake is, wordt vooral feitelijk bepaald. De omstandigheden van het geval, waaronder de tijdsfactor, het verband tussen de verschillende transacties, de bij de transacties betrokken partijen en hun wetenschap en intenties zullen gezamenlijk

<sup>2</sup> Zo ook Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/335.

<sup>3</sup> Zou dit overigens voor de notaris kenbaar zijn geweest, dan zou dit reden zijn om zijn dienst te weigeren en de akte van uitgifte niet te passeren.

Zie ook HR 3 april 2015, *NJ* 2015/479, m.nt. S. Perrick, r.o. 3.4.4.

<sup>4</sup> Aldus Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/335.

<sup>5</sup> HR 19 december 2008, nr. C07/071HR, ECLI:NL:HR:2008:BG1117, *NJ* 2009/220, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Pannevis/Air Holland*), r.o. 3.6.2.

bepalen of men de transacties als een samengestelde onverplichte transactie kan beschouwen.<sup>6</sup>

## 2.d Interne goedkeuringen en rechtshandelingen

Het wettelijk systeem is iedere notaris bekend: alleen de externe bevoegdheid van vertegenwoordigers behoeft te worden gecheckt. Om al dan niet verleende interne goedkeuringen hoeft een derde zich geen zorgen te maken. Op dat uitgangspunt bestaat een aantal uitzonderingen. Zo kan het zijn dat een derde die wist dat een vereiste interne goedkeuring heeft ontbroken, zich niet te goeder trouw op nakoming kan beroepen.<sup>7</sup> Soms is niet duidelijk of een interne goedkeuring, zoals van de algemene vergadering, is vereist. En waar heeft de notaris op te letten? Over deze vragen gaan de volgende twee gesignaleerde uitspraken.

Het arrest van Hof Amsterdam 7 april 2021, nr. 200.291.108/01 SKG (ECLI:NL:GHAMS:2021:1018) – *Notamail* 2021/106, ging over het volgende geval. Tot de ontbonden huwelijksgemeenschap van M en V behoren aandelen in een BV (holding) die nagenoeg alle aandelen houdt in een andere BV (deelneming). De holding, waarvan V bestuurder is, wil 51% van de aandelen in de BV vervreemden aan een derde. Omdat M wil meebepalen onder welke voorwaarden de deelneming wordt verkocht, is hij een kortgedingprocedure gestart waarin de vraag centraal staat of voor de verkoop goedkeuring van de algemene vergadering van de holding is vereist.

In de statuten van de holding is niet bepaald dat een verkoop als die van de aandelen van de deelneming de goedkeuring van de algemene vergadering behoeft. M stelt dat art. 2:107a BW reflexwerking heeft en toegepast zou moeten worden op de holding, mede op grond van art. 2:8 BW. De voorzieningenrechter is hem daarin gevolgd. Het hof beslist echter anders, naar ik meen terecht. Op grond van de wetsgeschiedenis is art. 2:107a BW niet analoog op de BV van toepassing. Een gelijke regeling voor de BV is destijds na kritiek van VNO-NCW geschrapt. Reden dat deze werkgeversorganisatie dit niet nodig achtte, was, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, dat de aandeelhouders van een BV doorgaans dicht (sic) bij het management van de onderneming betrokken zijn of praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden, dan wel praktisch gesproken kunnen afdwingen dat het bestuur niets ingrijpends doet als de aandeelhouders zich daarin niet kunnen vinden, aldus VNO-NCW. Toevoeging van een goedkeuringsrecht voor besloten vennootschappen zou leiden tot overregulering en formaliteiten in het leven roepen die inhoudelijk niets toevoegen. Het hof vindt dat deze argumenten overtuigen en merkt op dat desgewenst in de statuten een goedkeuringsrecht voor de algemene

vergadering in de statuten had kunnen worden opgenomen. Dan gaat het hof nog in op wat ook wel ‘identiteitsverandering’ of ‘materiële liquidatie’ wordt genoemd. Uit de parlementaire totstandkoming van art. 2:107a BW en uitspraken van de Ondernemingskamer volgt dat onder omstandigheden een rol voor de algemene vergadering is weggelegd bij besluiten die onder meer betrekking hebben op het beschikken over delen van de met de vennootschap verbonden onderneming. Het gaat dan in beginsel alleen om gevallen waarin die besluiten zo ingrijpend zijn dat zij de aard van het aandeelhouderschap zodanig veranderen dat gezegd kan worden dat de aandeelhouder daardoor als het ware kapitaal gaat verschaffen aan – en een belang gaat houden in – een wezenlijk andere onderneming (*Kamerstukken II* 2001/02, 28179, nr. 3, p. 18-19) of bijvoorbeeld gevallen waarin een het bestuur van een vennootschap al haar activa vervreemdt en daarmee in feite een einde maakt aan de door haar in stand gehouden onderneming (Hof Amsterdam 5 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1444).

Een naar ik meen terechte uitspraak. Ten aanzien van de argumenten van destijds zoals door VNO-NCW naar voren gebracht, past nog wel een kanttekening. Het idee bij de NV in deze argumentatie is dat deze doorgaans beursgenoteerd is en groot. Er zijn inmiddels maar zo’n 3.700 NV’s in Nederland, waarvan verreweg het grootste gedeelte niet beursgenoteerd is. Er zijn, zoals hierboven al aangegeven, ruim meer dan 1.000.000 BV’s, waarvan er (toegegeven, het is een inschatting) ten minste evenveel groot zijn naar de criteria van art. 2:397 lid 1 BW als er NV’s zijn die aan deze omvangscriteria voldoen. Er zijn ook veel BV’s met een aandelenkapitaal dat over veel aandeelhouders is verspreid. Maar er zijn natuurlijk nog veel meer kleine, in de vorm van een BV gedreven ondernemingen. In het licht van de flexibilisering van het BV-recht, die pas later in de wetsgeschiedenis aan de orde kwam, past het goed dat de wet geen dwingende kaders heeft gesteld zoals die voor de NV in art. 2:107a BW zijn gesteld.

Een iets andere kwestie was aan de orde in KvN Arnhem-Leeuwarden 14 september 2021, nr. C/05/384750 / KL RK 21-33 (ECLI:NL:TNORARL:2021:46) – *Notamail* 2021/232. Tuchtrechtspraak, inderdaad. In dit geval heeft een BV hypotheekrechten gevestigd op een onroerende zaak in verband met ontvangen geldleningen. Naar aanleiding daarvan hebben X c.s. een klacht ingediend tegen de notaris die de akten heeft gepasseerd, omdat de statutaire goedkeuring van de algemene vergadering ontbreekt. In dit geval bevatten de statuten een regeling op grond waarvan voor het verrichten van rechtshandelingen als de onderhavige de goedkeuring van de algemene vergadering was vereist. De klagers stellen dat de notaris heeft gehandeld

6 R. Westrik en S.M.M. van Dooren, ‘De ‘samengestelde rechtshandeling’ en de Actio Pauliana’, *WPNR* 2011/6879

7 HR 17 december 1982, nr. 5967, ECLI:NL:HR:1982:AG4503, *NJ* 1983/480, m.nt. J.M.M. Maelijer (*Bibolini*).

in strijd met art. 17<sup>8</sup> en 21 lid 2<sup>9</sup> Wna, art. 2<sup>10</sup> en 18<sup>11</sup> van de Verordening beroeps- en gedragsregels (Vbg), ernstig tekort is geschoten in zijn zorg- en onderzoeksplicht naar de interne statutaire bevoegdheidsbeperkingen en besluitvorming in de BV en onbetamelijk heeft gehandeld. Met dit spervuur aan verwijten richting de notaris zou het al gauw ergens raak moeten zijn, zou de lezer misschien denken. Maar de feiten wijzen anders uit.

De notaris, heeft, zo blijkt, wel degelijk de bestuurder te kennen gegeven dat interne goedkeuring van de algemene vergadering was vereist. Hij heeft ook concepten van aandeelhoudersbesluiten opgesteld. Klagers (aandeelhouders) waren voorafgaand aan het passeren van de akte benaderd omdat zij dienden mee te werken aan een rangwisseling en hebben daartoe akten ontvangen, maar hebben op geen enkele manier aan de notaris laten weten dat deze niet mocht meewerken aan het passeren van de akte. Tevens is gebleken dat ook de bestuurder van de BV en een van de klagers buiten de notaris om overleg hadden. Ook bij opvolgende hypotheekvestigingen bereikten de notaris geen signalen die hem tot nader onderzoek hadden moeten aanzetten.

In de overwegingen van de Kamer voor het Notariaat wordt ook het roemruchte *Novitaris*-arrest aangestipt (Hoge Raad 3 april 2015, nr. 14/00380, ECLI:NL:HR:2015:831, NJ 2015/479, m.nt. Perrick (*De Novitaris*)). Daaruit, alsook uit de daaraan gerelateerde uitspraken, blijkt dat de functie van de notaris in het rechtsverkeer met zich meebrengt dat de notaris onder bijzondere omstandigheden ook verplicht is tot een zekere zorg voor de belangen van derden die mogelijk zijn betrokken bij de door zijn cliënten van hem verlangde ambtshandelingen. Deze zorgplicht kan ertoe leiden dat de notaris gegronde redenen heeft om de van hem gevraagde dienstverlening te weigeren of op te schorten. Hiervan is echter in het gegeven geval geen sprake. De regeling van de statuten die goedkeuring van de algemene vergadering voorschreef, had alleen interne werking en het behoorde niet tot de taak van de notaris om de interne verhoudingen binnen de vennootschap te waarborgen. Daar komt bij dat de notaris onbetwist heeft gesteld

dat hem geen signalen bekend waren dat er sprake was van verstoorde verhoudingen binnen de BV of dat er ongeoorloofde zaken waren gebeurd. De klacht wordt ongegrond verklaard.

Deze uitkomst lijkt mij terecht. In dit geval heeft de notaris nauwkeurig en gewetensvol gehandeld. Het enige waar hij niet op heeft aangedrongen was de ondertekening van de aandeelhoudersbesluiten die hij had voorbereid. Hij vond dit geen reden zijn ministerie te weigeren. In het gegeven geval terecht, oordeelde de Kamer voor het Notariaat. Maar laten we niet te makkelijk achterover leunen. Ik ben vaak tegengekomen dat de notaris die een transactie voorbereidde (met name deed zich dit voor bij vastgoedtransacties en -financieringen, maar ook in ondernemingsrechtelijke transacties zag ik het wel) niet de statuten van de overdragende of verkrijgende partij in zijn dossier had. Dat kan niet. Het is in ieder geval zaak dat de notaris signaleert welke interne goedkeuringen vereist zijn en daar de betreffende partij op wijst. En, bij voorkeur, ook helpt bij het verkrijgen van deze interne goedkeuringen.

#### 2.e Notaris had bij ontbinding van de BV moeten doorvragen vanwege de fiscale gevolgen

Een notaris heeft X geadviseerd zijn BV te ontbinden. Echter, de ontbinding blijkt later ongewenste fiscale gevolgen te hebben omdat, in tegenstelling tot wat cliënt had te kennen gegeven, nog een stamrechtvoorziening in de BV aanwezig was. De vraag of de notaris hier een verwijt treft, is onderwerp van KvN Den Bosch 12 april 2021, nr. SHE/2020/40 (ECLI:NL:TNORSHE:2021:7) – *Notamail* 2021/112.

Om maar te beginnen met een *spoiler*: de notaris heeft het gedaan en wordt berispt. Tevens wordt de notaris conform de Richtlijn kostenveroordeling kamers voor het notariaat 2021 veroordeeld in de kosten die de klaagsters hebben gemaakt: € 1.000 aan klaagsters en € 3.500 aan de Kamer voor het Notariaat. De notaris krijgt niet één, maar een paar tikken op zijn vingers. Wat ging er mis?

De notaris is afgegaan op de mededeling van X – destijds al terminaal ziek – dat zijn BV leeg was. De gespreksaantekeningen van de notaris geven weer dat door erflater nadrukkelijk is verklaard dat er geen verdere verplichtingen voor de BV waren en dat er slechts een bankrekening met een saldo was. De notaris heeft te kennen gegeven dat het bedrag op de rekening als dividend kon worden uitgekeerd onder inhouding van dividendbelasting, en de vennootschap kon worden geliquideerd zonder fiscale gevolgen, als de BV geen verdere (stamrecht)verplichtingen had. De notaris zendt noch een samenvatting van het gesprek, noch een opdrachtbevestiging aan X. De notaris stelt de besluitvorming op voor de dividenduitkering en ontbinding. Het dividend wordt uitgekeerd, de dividendbelasting afgedragen en de BV wordt ontbonden.

X vraagt vervolgens zijn belastingadviseur de jaarlijkse gebruikelijke berekening te maken voor de dotatie en het

8 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.

9 De notaris is 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.

10 De notaris gedraagt zich in de uitoefening van zijn beroep en daarbuiten zodanig dat het vertrouwen in het notariaat en in zijn eigen beroepsuitoefening niet wordt geschaad.

11 Art. 18 lid 1 luidt: De notaris die naar buiten optreedt als partijadviseur maakt jegens belanghebbenden tijdig kenbaar dat hij in die hoedanigheid optreedt. De volgende leden gaan over het passeren door een notaris als partij adviseur en het zich terugtrekken bij onoverbrugbaarheid van belangen tussen partijen.

stamrecht over het lopende jaar. De belastingadviseur wordt geconfronteerd met een ontbonden BV en stelt daarover vragen aan X. X zegt tegen zijn belastingadviseur dat de notaris op de hoogte was van het feit dat er nog een stamrechtverplichting in de BV aanwezig was, hetgeen neerkomt op een afkoop van het stamrecht met zeer nadelige fiscale gevolgen. De notaris reageert vervolgens niet op de vragen van X, die hem mededeelt dat hij de kwestie graag voor zijn overlijden afgehandeld zou zien en dat de zaak urgent is. De notaris reageert niet. En dat blijft hij ook niet, te laat, of niet inhoudelijk doen na het overlijden van X, wanneer diens erfgenamen de bevraging voortzetten. De erfgenamen dienen een klacht in. Op hoofdpunten samengevat, stellen de klaagsters dat de notaris verwijtbaar heeft gehandeld omdat (i) hij geen schriftelijke opdrachtbevestiging heeft opgemaakt en verstuurd, (ii) de notaris inhoudelijk niet heeft gereageerd op herhaalde contact- en informatieverzoeken, (iii) de notaris een onware mededeling heeft gedaan, als zou X nadrukkelijk verklaard hebben dat het gehele stamrecht inmiddels was uitgekeerd, en (iv) de notaris onjuist fiscaal advies had verstrekt.

De Kamer voor het Notariaat constateert onder verwijzing naar de toelichting bij art. 10 lid 1 Verordening beroeps- en gedragsregels<sup>12</sup> dat het *aanbeveling* verdient dat de notaris de opdracht bevestigt als een opdracht wordt verstrekt zonder dat er een offerte is. Dat dit niet is gebeurd, wordt in dezen niet klachtwaardig geacht. Ten aanzien van het niet reageren, meent de Kamer voor het Notariaat dat deze klacht doel treft, en spreekt daarbij tussen neus en lippen uit dat de gang van zaken wel te denken geeft over de zorgvuldigheid van de (kantoororganisatie van de) notaris. Ten aanzien van de klacht omtrent de onware mededeling van de notaris omtrent de nadrukkelijke vraag aan X en diens antwoord omtrent het afgewikkeld zijn van de stamrecht-overeenkomst, oordeelt de Kamer voor het Notariaat dat dit niet bewezen kan worden. Het is het woord van de notaris (ondersteund door diens aantekeningen) tegen de stelling van de erfgenamen. De Kamer voor het Notariaat is echter wel van oordeel dat het *‘op de weg van de notaris had gelegen om geen genoegen te nemen met de enkele mededeling van erflater, maar dat hij verder had moeten doorvragen en/of nader onderzoek had moeten doen om erflater in de gegeven omstandigheden juist en volledig te kunnen informeren over de fiscale gevolgen van de beoogde ontbinding.’*

Wat hiervan te vinden? Dat de communicatie van de notaris, of liever, het gebrek daaraan, ver onder de maat was en in de gegeven omstandigheden al een maatregel rechtvaardigde, is bij het lezen van de hele uitspraak zonneklaar. De zaak wordt naar ik meen ook gekleurd door de tragische omstandigheden waarin X verkeerde, hetgeen het niet-reageren van de notaris schrijnender maakt. Ook hielp het de notaris niet dat X aan zijn belastingadviseur een opdracht

gaf tot berekening van de stamrecht-dotatie, welk verzoek geheel in strijd was met wat X aan de notaris zou hebben verklaard, al wordt op dat punt de klacht niet toegewezen. Maar wat te vinden van het oordeel van de Kamer voor het Notariaat dat de notaris niet alleen op de verklaring van X had moeten varen, maar verder had moeten doorvragen en/of nader onderzoek had moeten doen? Doorvragen, ja, maar nader onderzoek? En dat doorvragen moet dan ook nog uit de aantekeningen blijken. Een opdrachtbevestiging waarin was vermeld wat de uitgangspunten van de advisering waren (de stamrechtverplichtingen van de BV zijn afgewikkeld), had waarschijnlijk tot een andere uitspraak geleid. Maar ook als de notaris dat niet had gedaan maar in het gehele vervolgtraject adequaat had gereageerd en er in ieder geval op het punt van communicatie niet zo'n potje van had gemaakt, had deze uitspraak wel eens de andere kant kunnen uitvallen. De gebrekkige communicatie en de tragische omstandigheden van X zetten de gehele werkwijze en dienstverlening door de notaris in een ander, zwakker, licht.

## 2.f Notaris moet bij geruisloze inbreng controleren of cliënt bekend is met fiscale formaliteiten

Dan de uitspraak KvN Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, nr. C/05/364244 e.v. (ECLI:NL:TNORARL:2020:40) – *Notamail* 2021/94, over de *Belehrungspflicht* van de notaris. Een notaris is betrokken geweest bij de oprichting van een BV waarin Y haar onderneming geruisloos wilde inbrengen. Aan Y is evenwel een navorderingsaanslag inkomstenbelasting opgelegd omdat geen verzoek tot geruisloze inbreng bij de Belastingdienst is ingediend (zie beleidsbesluit van de staatssecretaris van Financiën 30 juni 2010, nr. DGB 2010/3599M). In een tuchtprocedure verwijt Y de notaris onzorgvuldigheid, omdat hij niet heeft geverifieerd of de Belastingdienst toestemming gaf voor de geruisloze inbreng en de notaris evenmin Y heeft geïnformeerd over de risico's van het mogelijk ontbreken van deze toestemming. Volgens de notaris had de belastingadviseur van Y dit behoren te doen, of in ieder geval Y erop moeten wijzen dat het verkrijgen van een goedkeurende beschikking van de Belastingdienst een vereiste is. Volgens de notaris geldt dit temeer nu de belastingadviseur op verzoek van de notaris wel de voor een dergelijke goedkeuring/geruisloze inbreng benodigde inbrengbalans heeft verstrekt. Er is ook contact geweest tussen de notaris en de belastingadviseur van Y teneinde de voor de geruisloze inbreng benodigde inbrengbalans op te vragen en die balans is vervolgens ook verstrekt. Tegen die achtergrond van dit – niet weersproken – gegeven, alsmede het feit dat op basis van het dossier niet kan worden vastgesteld dat de notaris niet heeft gecontroleerd dat Y niet of onvoldoende was geïnformeerd over de noodzaak van de goedkeuring, wordt de klacht van Y ongegrond verklaard.

Dit lijkt weer enigszins de andere kant uit te wijzen dan de onder 2.e besproken uitspraak. De uitspraak is beknopt en biedt niet veel aanknopingspunten voor een diepgaander beoordeling. Hoe dan ook, de notaris gaat hier vrijuit, en

<sup>12</sup> Art. 10 lid 1 Vbg luidt: De notaris licht de cliënten tijdig en duidelijk voor over de financiële consequenties van zijn inschakeling.



dat lijkt ook niet onbegrijpelijk, al bekruipt mij hier het ongemakkelijke gevoel dat het ook de andere kant had kunnen uitvallen. Dat heb ik overigens vaker bij het lezen van tuchtrechtelijke uitspraken.

## 2.g Kandidaat-notaris had steken laten vallen bij KvK-inschrijving van bestuurder

KvN Amsterdam 10 december 2020, nr. 684218 / NT 20-21 (ECLI:NL:TNORAMS:2020:7) en Rb. Amsterdam 4 maart 2021, nr. C/13/696002 / KG ZA 21-28 (ECLI:NL:RBAMS:2021:873) – *Notamail* 2021/83

X heeft een tuchtrechtelijke klacht ingediend tegen een kandidaat-notaris, omdat hij X als statutair medebestuurder van een BV heeft ingeschreven in het handelsregister zonder X te informeren over de juridische consequenties. Ook ontbrak een aandeelhoudersbesluit ter benoeming van X.

Ik richt mij op de enige klacht die is toegewezen, namelijk dat er geen *Belehrung* had plaatsgevonden en dat er geen aandeelhoudersbesluit was waaruit de benoeming van X als bestuurder bleek. Tijdens de behandeling blijkt dat de inschrijving van X op zichzelf in overeenstemming was met de daartoe geuite wens van klager. ‘Echter, door het klakkeloos uitvoering geven aan dit verzoek, zonder te informeren naar de onderliggende besluitvorming, heeft de kandidaat-notaris zichzelf de kans ontnomen zich te verdiepen in de achtergronden en beweegredenen *en aldus de mogelijkheid om klager eventueel te adviseren over de inhoud van het statutair bestuurderschap, de nadelen die daaraan kunnen zijn verbonden en over welke alternatieven voorhanden waren ter bereiking van het door klager gewenste doel*. Daarnaast heeft de kandidaat-notaris met deze klakkeloze uitvoering zich er niet van vergewist of aan de benoeming tot directeur een rechtsgeldig aandeelhoudersbesluit ten grondslag lag en niet om overlegging daarvan gevraagd. Dat behoort tot de kerntaken van een (kandidaat-)notaris, temeer daar, zoals hier ook is gebleken, de KvK blindelings op de opgave van een notaris vertrouwt, juist omdat deze ervanuit mag gaan dat de notaris deze taak heeft vervuld’, aldus de Kamer. De kandidaat-notaris krijgt een waarschuwing en wordt veroordeeld in de kosten van het geding (€ 3.600). Onder verwijzing naar deze uitspraak heeft X in kort geding een voorschot van € 75.000 als schadevergoeding van de kandidaat-notaris gevorderd. X stelt dat zij de inschrijving bij het handelsregister niet had gewenst als zij had geweten wat de gevolgen, met name de aansprakelijkheid daarvan, waren. X wilde uitsluitend toegang tot de bankrekening van de BV. Dit had ook langs andere weg gekund, bijvoorbeeld door de inschrijving als niet-statutair directeur of als gevolmachtigde. Door de beroepsfout heeft X kosten gemaakt om de inschrijving ongedaan te maken.

Dat de kandidaat-notaris niet vroeg naar een benoemingsbesluit lijkt mij inderdaad ongelukkig. De vraag is overigens waarover precies een (kandidaat-)notaris dient te beschikken om tot inschrijving over te gaan. Een bestuur-

der van een rechtspersoon kan zelfstandig aangifte doen ter inschrijving van een nieuwe bestuurder als hij zich bij de balie meldt. Een aandeelhoudersbesluit voor benoeming hoeft deze niet te overleggen. Zou de notaris dan ook louter op instructie van een bestuurder een andere bestuurder kunnen inschrijven? De nieuwe bestuurder moet meewerken aan de inschrijving door een handtekening te plaatsen op het daartoe bestemde formulier 11 of door het tekenen van een ‘persoonlijk identificatieformulier’, een vormvrij document waarop de in te schrijven personalia van de desbetreffende bestuurder dienen te zijn vermeld. Dat de notaris hiertoe mag overgaan, is naar ik meen voornamelijk ingegeven doordat hij de identificatie van de persoon in kwestie en de verificatie van diens persoonlijke gegevens, zoals het woonadres, verricht. Toch meen ik dat het goede praktijk is als de benoeming wordt geverifieerd.

Maar ik kan de Kamer voor het Notariaat niet volgen waar deze een *Belehrung* voorschrijft ten aanzien van de gevolgen, met name risico’s, van het zijn van bestuurder van een rechtspersoon. In dit geval was X, zo blijkt ook nog eens, ook al bestuurder van een andere rechtspersoon. Als iemand als bestuurder moet worden ingeschreven, en hij is al elders tot bestuurder benoemd, dan is er voor *Belehrung* geen plaats. De bestuurder is immers al bestuurder; deze wordt dat niet door de inschrijving bij het handelsregister. Als iemand nog niet is benoemd, kan deze niet als bestuurder worden ingeschreven. Afhankelijk van de omstandigheden en de vraagstelling is er alleen vóór benoeming ruimte voor *Belehrung*. Toegegeven, de kandidaat-notaris had een steek laten vallen. Eén wat mij betreft: het niet-verifiëren of een benoeming heeft plaatsgevonden.

Het publiek verwacht veel van de notaris. Door diens tussenkomst zal ieder het zijne krijgen en beter af zijn dan vóór zijn verlossende interventie, zo lijkt de verwachting soms. De notaris als juridische Superman met messiaanse trekken. Die geeft en niet vraagt en – vooral – niets kost. Het is mooi dat het vertrouwen in het ambt hoog is. Maar de in klachtprocedures niet zelden uit opportunisme opgeklopte verwachtingen zijn naar ik meen niet altijd maatgevend voor een behoorlijke ambtsuitoefening.

## 2.h Notaris had onvoldoende onderzoek gedaan bij in- en uitschrijving van bestuurder

De casus die ten grondslag ligt aan Hof Amsterdam 1 juni 2021, nr. 200.286.276/01 NOT (ECLI:NL:GHAMS:2021:1607) – *Notamail* 2021/150, is de volgende.

Een notaris heeft X op verzoek van Y uitgeschreven bij het handelsregister als bestuurder van een stichting en vervolgens een ander als bestuurder ingeschreven. Daarna is een hypotheekrecht van de stichting doorgehaald met een roeymentsvolmacht die is getekend door de nieuwe bestuurder. Naar aanleiding hiervan hebben X en de stichting een tuchtklacht ingediend tegen de notaris. De notaris wordt verweten dat de opgaaf bij het handelsregister zonder

rechtsgrond is geschied. X is bij de oprichting benoemd tot bestuurder tot 1 oktober 2018. Volgens de statuten zou Y het tweede bestuur benoemen. Op 8 oktober 2018 heeft Y aan X verzocht het bestuur te continueren. X was hiermee akkoord. Dat betekent dat Y niet bevoegd was in januari 2019 de notaris te verzoeken X uit te schrijven, omdat Y een andere bestuurder heeft benoemd.

De Kamer voor het Notariaat komt tot het oordeel dat de klacht geen doel treft. Het hof echter is van oordeel dat de klacht gegrond is. Het hof stelt voorop dat een notaris bij het doen van een uit- en inschrijving van een statutair bestuur(der) bij het handelsregister zich zo volledig en nauwkeurig mogelijk ervan dient te vergewissen of de opdrachtgever hiertoe bevoegd is, temeer nu derden afgaan op het handelsregister (Hof Amsterdam 22 september 2015, nr. 200.153.043/01NOT, ECLI:NL:GHAMS:2015:3923). Het feit dat X in januari 2019 nog stond ingeschreven als bestuurder, terwijl hij dat op grond van de statuten niet meer was, had voor de notaris reden moeten zijn tot het verrichten van nader onderzoek. De notaris stelt volgens de Kamer overigens terecht dat zijn geheimhoudingsplicht van art. 22 lid 1 Wna hem belette om X hierover te raadplegen, nu deze volgens de statuten geen bestuurder meer was. Wel had hij Y hierover verder kunnen en moeten bevragen. Aangezien het tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen in het gegeven geval niet als ernstig kan worden gekwalificeerd, wordt met een waarschuwing volstaan.

De vraag komt bij mij op of de geheimhoudingsplicht van de notaris geldt ten aanzien van gegevens die bij het handelsregister dienen te worden ingeschreven. Maar het punt is duidelijk. De notaris moet bij verzoeken tot opgave van mutaties in het bestuur van een rechtspersoon verifiëren of deze mutaties juist zijn. Daarvoor is niet alleen een benoemingsbesluit (in het geval van een nieuwe bestuurder) vereist, of bij vrijwillig terugtreden van een bestuurder diens (liefst schriftelijke) bevestiging, ook moeten de statuten van de rechtspersoon worden geraadpleegd. Ik kom in de praktijk nog wel eens tegen dat een bestuursmutatie door een notaris is opgegeven zonder dat deze over de statuten van de desbetreffende rechtspersoon beschikt. Dat kan niet. Ook dient de notaris naar ik meen – in ieder geval marginaal – te verifiëren of de bestuurders tijdig zijn herbenoemd indien hun bestuurstermijn op grond van de statuten verstrijkt na verloop van één of meer jaren. Dat gaat nog wel eens mis. Derden mogen afgaan op de vermelding van bestuurders in het handelsregister. De notaris moet kennelijk een stap verder gaan.

## 2.i Notaris was bevoegd tot het doen van opgave aan het handelsregister

Thematisch hoort ook College van Beroep voor het bedrijfsleven 16 november 2021, nr. 20/268 (ECLI:NL:CBB:2021:986) – *Notamail* 2021/274, in dit rijtje.

Een notaris heeft ter inschrijving in het handelsregister opgave gedaan van een wijziging van het bestuur bij twee verenigingen (VvE's) waarbij X is uitgetreden als bestuurder. X is het er niet mee eens dat de Kamer van Koophandel ('KvK') heeft besloten deze opgaven in te schrijven.

In een procedure bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven ('College') stelt X onder meer dat de notaris niet bevoegd was tot het doen van de opgaven. Volgens X is een notaris niet 'qualitate qua' bevoegd om opgave te doen van in- en uitschrijvingen in het handelsregister, maar handelt hij hooguit 'in opdracht van'. In dit geval handelde de notaris in opdracht van A, die lid is van slechts een van de twee verenigingen. De notaris zou daarom niet bevoegd zijn geweest. In deze administratiefrechtelijke zaak is de KvK verweerster. X heeft bezwaar gemaakt bij de KvK tegen de inschrijving, welk bezwaar de KvK ongegrond heeft verklaard. X heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld en bezwaar gemaakt. X heeft daarbij de KvK verzocht in te stemmen met rechtstreeks beroep bij het College. Het betreft hier overigens geen kleine VvE van een huis met een paar appartementsrechten, maar een ondergrondse parkeergarage die wordt beheerd door drie VvE's. Van één van deze VvE's is een woningbouwvereniging lid, van één van de andere de gemeente Amsterdam. Dit om het kader te schetsen.

Het College stelt vast dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat in het algemeen ervan uit wordt gegaan dat notarissen over een voldoende volmacht beschikken tot het doen van opgaven ten behoeve van een inschrijfplichtige (zie *Memorie van Toelichting bij de Hrw, Kamerstukken II 1994/95, 23970, nr. 3, p. 7*). Inschrijfplichtig zijn in dit geval, zo volgt uit art. 18 Hrw, de bestuurders van de VvE's. De notaris heeft het verzoek tot inschrijving gekregen van een van de leden van de VvE's, maar naar het oordeel van het College volgt echter uit het geheel van omstandigheden dat de notaris opgaven heeft gedaan ten behoeve van de nieuwe bestuurders. Uit de brieven van de notaris blijkt dat dit lid kennelijk door het nieuwe bestuur van de verenigingen was belast met de inschrijving van nieuwe bestuurders. Ook blijkt daaruit dat de notaris op grond van alle onderliggende stukken heeft geconcludeerd dat sprake was van rechtsgeldige besluiten, zodat zij zich bevoegd achtte de opgaven te doen. Verder acht het College van belang dat B, een van de nieuwe bestuurders in beide verenigingen en daarmee inschrijfplichtig, aanwezig was bij de hoorzitting in bezwaar en aldaar deze gang van zaken heeft bevestigd. Volgens het College heeft de KvK aan haar onderzoeksplicht voldaan en terecht geconcludeerd dat de notaris in dit geval bevoegd was tot het doen van de opgaven. De KvK heeft ook de juistheid van de opgaven voldoende onderzocht. Uit de ondertekende notulen van de algemene ledenvergadering blijkt dat alle leden waren vertegenwoordigd en dat er unaniem is gestemd. Tijdens deze vergadering zijn de nieuwe bestuurders benoemd en is het ontslag van X als bestuurder bevestigd.

Bedacht dient te worden dat het in deze zaak dus niet de notaris is die de door haar verrichte opgaven aan het handelsregister moet rechtvaardigen, maar de KvK zelf. Ik meen echter dat al het onderzoek waarvan het College meent dat de KvK dit afdoende heeft verricht, heeft te gelden als het onderzoek dat de notaris in kwestie had dienen te doen – en naar ik begrijp ook heeft gedaan.

## 2.j Beslaglegger mag alle aandelen verkopen ook al is later een extra aandeel uitgegeven

Voor een verhandeling over de wijze waarop de verkoop van aandelen op grond van een executoriaal beslag plaatsvindt, verwijs ik graag naar *JBN 2022/4*.

De volgende casus lag ten grondslag aan Rb. Noord-Holland 3 februari 2021, nr. C/15/312362 / KG ZA 21-28 (ECLI:NL:RBNHO:2021:1110) – *Notamail 2021/51*. Een schuldeiser heeft executoriaal beslag laten leggen op alle (vijftig) aandelen in een BV, genummerd 1 tot en met 50. Na de beslaglegging heeft een statutenwijziging plaatsgehad waarbij de beslagen vijftig aandelen zijn omgezet in 22.689 aandelen, genummerd 1 tot en met 22.689. Op diezelfde dag heeft de BV één aandeel aan een ander dan de beslagen aandeelhouder uitgegeven. Hierdoor is bij de deurwaarder de vraag ontstaan welke aandelen verkocht mogen worden.

De voorzieningenrechter oordeelt dat de deurwaarder alle ten laste van de schuldenaar in executoriaal beslag genomen aandelen, dus 100%, in de verkoop mag betrekken. Weliswaar kan een in beslag genomen goed worden overgedragen, maar dit kan niet tegen de beslaglegger worden ingeroepen. In die zin is de aandeelhouder relatief beschikkingsonbevoegd over haar aandelen te beschikken. Dat de vijftig aandelen, genummerd 1 tot en met 50, zijn omgezet in 22.689 aandelen, genummerd 1 tot en met 22.689, raakt de beslaglegger niet. Ook de uitgifte van het ene aandeel aan een derde, raakt de beslaglegger om reden van de relatieve beschikkingsonbevoegdheid niet, zo oordeelt de voorzieningenrechter. Ook die uitgifte kan niet aan de beslaglegger worden tegenworpen. Nu beslag is gelegd op 100% van de aandelen is de deurwaarder bevoegd om 100% van de aandelen te verkopen, ongeacht de nummering en dus ongeacht het feit dat er na het beslag een aandeel aan een derde was uitgegeven.

Gevoelsmatig is dit oordeel van de voorzieningenrechter geen slechte uitkomst. Dat de omzetting van de vijftig aandelen, geen effect heeft op het beslag, lijkt mij juist. De beslaglegger had immers op 100% van de aandelen beslag gelegd en los daarvan zijn de 22.689 aandelen goederenrechtelijk direct ontstaan uit de vijftig aandelen. Relatieve beschikkingsonbevoegdheid is een goederenrechtelijk begrip: de beslagen goederen kunnen wel worden overgedragen, maar die overdracht kan niet tegenover de beslaglegger worden ingeroepen. Met andere woorden, die kan gewoon voortgaan met de verkoop van de aandelen op grond van zijn executoriale beslag als had deze overdracht

niet plaatsgevonden. Maar ziet deze relatieve beschikkingsonbevoegdheid op het nieuw uitgegeven aandeel? Dat vraag ik me af, gezien het feit dat dit aandeel pas na het beslag is ontstaan en, belangrijker, aan een derde is uitgegeven. Het uitoefenen van het stemrecht op de beslagen aandelen leidt tot de uitgifte van een aandeel aan een derde. Het stemrecht wordt door het executoriale beslag niet geraakt. Dat blijft op grond van art. 474ba bij de geëxecuteerde. De derde krijgt het aandeel goederenrechtelijk niet van de enig aandeelhouder, maar van de vennootschap. In economische zin, natuurlijk, kan dat anders worden gezien, afhankelijk van wat die derde op dat aandeel heeft moeten storten. Daarover vermeldt de uitspraak niets. De voorzieningenrechter gooit relatieve beschikkingsonbevoegdheid, de uitoefening van stemrecht op aandelen en de uitgifte van een nieuw aandeel op één hoop en zegt dat het beslag op 100% van de aandelen rust, dus inclusief op het na het beslag aan een derde uitgegeven aandeel. Ik vraag me af of dat een juiste conclusie is.

Een van de gevolgen van de uitgifte van het ene aandeel is dat de executoriaal te verkopen aandelen moeten worden aangeboden aan de andere aandeelhouder. De rechter kan echter op grond van art. 2:195 lid 7 BW de blokkeringsregeling buiten toepassing verklaren, welke bevoegdheid iets verder strekt dan die, gegeven in art. 474g Rv. Het besluit tot uitgifte zou mogelijk kunnen worden vernietigd op de grond strijd met de redelijkheid en billijkheid. Denkbaar is dat deze vernietiging externe werking heeft en dat deze op grond van art. 2:16 lid 2 BW aan de verkrijger kan worden tegengeworpen. Zie ook «JOR» 2021/116, m.nt. Perrick.

Ten slotte komt de vraag op of de notaris op basis van het eerder genoemde *De Novitaris*-arrest aan de uitgifte van dit ene aandeel had mogen meewerken. Het beslag zou uit het aandeelhoudersregister hebben moeten blijken. Maar aandeelhoudersregisters raken soms kwijt. Zou de notaris hebben geweten, of redelijkerwijs hebben moeten weten dat er beslag op de aandelen was gelegd, dan meen ik dat dit reden zou zijn geweest zijn dienst te weigeren. Immers, een voor de hand liggende uitkomst, en ook een kennelijk doel van deze emissie is dat het recht van de beslaglegger daarmee wordt uitgehold.

## 2.k Beslaglegger op aandelen in BV was niet gebonden aan aandeelhoudersovereenkomst

Het kopje geeft de clou van Rb. Den Haag 13 februari 2020, nr. C/09/579439 / HA RK 19-528 (ECLI:NL:RBDHA:2020:14237) – *Notamail 2021/41*, gelijk al weg, vrees ik. De Ontvanger van de Belastingdienst heeft executoriaal beslag gelegd op aandelen in een BV. Er waren naast de beslagen aandeelhouder ook nog andere aandeelhouders. Vervolgens heeft de ontvanger op de voet van art. 474g Rv bij de rechtbank een verzoek ingediend om tot verkoop van de aandelen te geraken. In deze procedure stellen de andere aandeelhouders dat de Ontvanger bij de verkoop gebonden is aan de aandeelhoudersovereenkomst, waarin onder meer is bepaald dat een *bad leaver*

de aandelen aan de andere aandeelhouders moet aanbieden voor de nominale waarde. De geëxecuteerde aandeelhouder kwalificeert als *bad leaver* omdat deze is ontslagen als bestuurder van de BV. Omdat de aandeelhoudersovereenkomst een uitwerking van de statuten van de BV behelst, moet de aandeelhoudersovereenkomst eveneens in acht worden genomen, zo stellen de andere aandeelhouders. Zij baseren zich daarbij tevens op Hof Den Bosch 5 maart 2002, «JOR» 2002/96A, r.o. 4.10. In dat arrest oordeelde het hof dat art. 474g Rv dwingend voorschrijft dat alle wettelijke en statutaire bepalingen ter zake vervreemding van aandelen in acht moeten worden genomen, waarbij alle aan de aandeelhouder toekomende rechten en verplichtingen door de deurwaarder worden uitgeoefend en nagekomen. Toen werd geoordeeld dat de statutaire bepalingen en de aandeelhoudersovereenkomst, die als een uitwerking van de statutaire bepalingen werd gezien, bij de executie in acht moeten worden genomen. In dat geval echter leidde dit tot een waardering door een onafhankelijk deskundige. Tevens verwijzen de aandeelhouders naar HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694 (*Citronas*), waarin geoordeeld werd over de doorwerking van stuwadoorscondities tegen een eigenaar die schadevergoeding vordert ter zake van bedorven sinaasappelen.

De rechtbank is met de Ontvanger van oordeel dat bij de verkoop van aandelen *niet* tevens de bepalingen uit de aandeelhoudersovereenkomst in acht dienen te worden genomen op grond waarvan de verkoopopbrengst dus beperkt zou zijn tot de nominale waarde van de aandelen. De aandeelhoudersovereenkomst, zo oordeelt de rechter, geldt alleen tussen de partijen bij die overeenkomst en hebben geen goederenrechtelijke werking. De rechtbank oordeelt dat niet valt op te maken of het in stelling gebrachte arrest van Hof Den Bosch op eenzelfde situatie als de onderhavige zag en ook de verwijzing naar het *Citronas*-arrest van de Hoge Raad leidt niet tot een ander oordeel. Dat de executorial verkoop tot de situatie zou kunnen leiden dat een derde de aandelen bemachtigt, wat volgens de andere aandeelhouders een gevaar voor de continuïteit zou kunnen betekenen, leidt evenmin tot een ander oordeel.

Deze goederenrechtelijke lijn is helder. Verbintenisrechtelijke afspraken tussen de aandeelhouder en diens medeaandeelhouders raken de beslaglegger niet. Hij streeft – en dient te streven, ook in het belang van de betreffende aandeelhouder – naar opbrengstmaximalisatie en is niet gebonden aan tussen aandeelhouders gemaakte prijsafspraken. De vraag komt op of de uitkomst anders zou zijn geweest als in de statuten van een BV een kwaliteitseis was opgenomen in die zin, dat aandeelhouders alleen aandeelhouder kunnen worden, zijn en blijven, als zij partij zijn bij de aandeelhoudersovereenkomst. Deze kwaliteitseis bemoeilijkt overigens de executie en het zou mij niet ondenkbaar lijken dat de rechter deze buiten toepassing zou verklaren op grond van art. 2:195 lid 7 BW. Voor wat betreft de afspraken in de aandeelhoudersovereenkomst omtrent de koopprijs van de aandelen zou misschien denk-

baar zijn dat bij een dusdanige vervlechting van statuten en aandeelhoudersovereenkomst, een zwaarder gewicht aan de prijsafspraken zou kunnen worden toegekend. Echter, art. 2:192 lid 3 BW bepaalt dat indien een aandeelhouder wegens het verlies van een statutair voorgeschreven hoedanigheid zijn aandelen moet aanbieden, hij recht heeft op een prijs gelijk aan de waarde van zijn aandelen, vastgesteld door één of meer onafhankelijke deskundigen. Is er toch een wens om een prijs van aandelen vast te stellen voor bepaalde gevallen, dan kan dat, maar moet dit op grond van art. 2:195 lid 4 BW in de statuten.

## 2.1 Verkoper van aandelen in BV had moeten uitzoeken of verkoper betrouwbaar was

Rb. Amsterdam 2 november 2021, nr. 9213627 CV EXPL 21-7045 (ECLI:NL:RBAMS:2021:6331) – *Notamail* 2021/276, handelt over het volgende geval.

X heeft alle aandelen in een BV voor € 1 overgedragen aan een ander. Twee maanden na de levering is in het handelsregister een verklaring ingeschreven dat de BV als ontbonden rechtspersoon is opgehouden te bestaan omdat geen bekende baten meer aanwezig zijn. De kantonrechter verbonden aan rechtbank Amsterdam oordeelt dat X door het overdragen van de aandelen onrechtmatig heeft gehandeld jegens een schuldeiser van de BV. Gelet op de omstandigheden waarin de BV verkeerde, mocht van X worden verlangd dat hij serieus onderzoek zou doen naar de motieven van de koper om zodoende zekerheid te verkrijgen of het diens bedoeling was om de BV daadwerkelijk voort te zetten. X was kennelijk zelf die mening ook toegedaan, aangezien hij stelt dat hij onderzoek naar de koper heeft verricht. X heeft echter nagelaten diepgaander onderzoek te doen, terwijl een eenvoudige zoekopdracht op internet zou hebben uitgewezen dat de koper bij meerdere faillissementen betrokken is geweest. Het niet verrichten van verder onderzoek klemt temeer nu X met de koper overeenstemming had bereikt om de aandelen voor € 1 over te dragen. Bij deze stand van zaken heeft X willens en wetens het risico genomen dat de BV haar verplichtingen niet meer kon nakomen. Daarmee heeft X zich de belangen van de schuldeiser onvoldoende aangetrokken en onzorgvuldig gehandeld.

Dit vonnis gaat niet over het handelen van de notaris die de akte van aandelenoverdracht heeft gepasseerd, maar daar zou ik toch even bij willen stilstaan. Als een notaris een koopsom van € 1 ziet, moet hij doorvragen. Bij een koopprijs van dit bedrag is vaak iets aan de hand. Er kunnen heel goede verklaringen voor zijn, maar die waren er in dit geval niet. Soms wordt als verklaring gegeven dat de vennootschap in kwestie ‘binnen de fiscale eenheid moet worden verhangen’ en dat daarom de koopprijs niet relevant is. Dat is onjuist. Fiscaal is deze koopprijs mogelijk irrelevant, civielrechtelijk niet. Een vennootschap die een vermogensbestanddeel (een deelneming) voor een veel te laag bedrag verkoopt (ik ben in de praktijk wel tegengekomen dat de werkelijke waarde vele miljoenen betrof)

handelt onzakelijk, hetgeen, zelfs als het concernbelang wordt meegewogen, kan leiden tot doeloverschrijding en daarmee vernietiging van de rechtshandeling. De bestuurders van de overdrager kan onbehoorlijke taakvervulling worden verweten. Soms echter lijkt er iets anders te spelen en hebben we te maken met dubieuze partijen die aanbieden om voor een bescheiden vergoeding de aandeelhouder van zijn schuldenzware BV te verlossen. De koper keert aan zichzelf uit wat er nog in zit en ontbindt vervolgens de BV, die dan wegens gebrek aan baten onmiddellijk ophoudt te bestaan. De schuldenaar vist achter het net, niet in de laatste plaats omdat enige documentatie en verantwoording ten aanzien van zowel de uitkering als de ontbinding ontbreekt. Aansprakelijkstelling uit onrechtmatige daad van de verkopende aandeelhouder is dan een begrijpelijke stap. Inmiddels heeft een consultatiedocument het licht gezien dat tot wetgeving moet leiden om dit soort misbruik te voorkomen.<sup>13</sup>

## 2.m Ontbinding van de rechtspersoon omdat sprake was van identiteitsfraude bij oprichting

In *Notamail* 2021/57 worden twee uitspraken behandeld over identiteitsfraude. In de eerste uitspraak, Rb. Limburg 3 februari 2021, nr. C/03/285286 / HA RK 20-239 (ECLI:NL:RBLIM:2021:1901), was het volgende aan de orde. Het Openbaar Ministerie heeft de rechtbank verzocht een BV te ontbinden omdat de oprichter van de vennootschap zich destijds heeft geïdentificeerd met een vervalste identiteitskaart. Oprichter en enig bestuurder van een BV overlegt in het kader van de oprichting van die rechtspersoon een vervalste identiteitskaart, die hij voor echt wil laten doorgaan. Hij doet dat omdat hij onder zijn eigen naam schulden heeft bij banken in Griekenland en de Griekse belastingdienst en bang is dat zijn bankgegevens gecheckt en doorgegeven zullen worden aan Griekenland. De BV wordt opgericht. Daarna wordt de vervalsing ontdekt en volgt strafrechtelijke afdoening. Het sluitstuk is een verzoek van het Openbaar Ministerie tot ontbinding van de vennootschap in de zin van art. 2:21 BW, hetgeen mogelijk is indien aan de totstandkoming van de BV gebreken kleven.

De rechtbank wijst het verzoek toe. Op grond van art. 2:21 lid 1 letter a BW ontbindt de rechtbank een rechtspersoon als aan zijn totstandkoming gebreken kleven. Daarvan is sprake als de akte geen kracht van authenticiteit heeft. Dat is volgens de rechter het geval als de bij het verlijden van de akte verschijnende personen niet aan de notaris bekend zijn. Dit volgt uit art. 2:21 lid 1 sub a BW, in samenhang

met art. 2:4 lid 1 BW, art. 2:175 lid 2 BW en art. 39 lid 1 en 5 Wna (*Kamerstukken II* 1982/83, 17725, nrs. 1-3, p. 54).

Waaier ziet dit anders. Het volgende, waarmee ik graag instem, is ontleend aan delen van zijn noot bij de bovengemelde uitspraak van Rechtbank Limburg in «JOR» 2021/174.

Identificatie van personen vormt een elementair aspect van de werkzaamheden van de notaris, niet het minst in het rechtspersonenrecht. Voor de erkenning van rechtshandelingen in het recht is toerekening aan personen essentieel. In dit verband verdient opmerking dat regelgeving de notaris diverse controles voorschrijft aangaande diefstal, vermissing, geldigheid en echtheid van identiteitsbewijzen (art. 19A en 20 Verordening Beroeps- en Gedragsregels 2011 en het recentelijk ingevoerde en binnenkort van kracht zijnde Reglement gebruik WID-scanner). Laatstgenoemd reglement schrijft het gebruik van speciale apparatuur voor waarmee vervalsingen boven water komen. Die apparatuur was ten tijde van de oprichting in 2018 nog niet voorgeschreven.

Om de ontbinding te motiveren geeft de rechter aan dat het gebrek schuilt in het gemis aan authenticiteit van de notariële akte. Die motivering is mijns inziens ongelukkig. Onmiskenbaar is sprake van een gebrek in de akte, omdat niet is geïdentificeerd aan de hand van een geldig identiteitsbewijs (art. 39 lid 1 Wna). Dat het begrip gebrek hier ruim uitgelegd kan worden, vindt steun in de parlementaire toelichting (*Kamerstukken II* 1982/83, 17725, nrs. 1-3, p. 54). Genoemd gebrek is naar mijn mening voldoende om tot ontbinding te komen. Dat de notariële akte authenticiteit mist, is geen voorwaarde voor ontbinding. Het is de vraag of de akte authenticiteit mist. Ik zou menen dat verdedigbaar is dat authenticiteit niet ontbreekt. Daartoe verwijs ik naar HR 21 juni 1985, NJ 1986/259 (*Amfas Hypotheken/notaris*). In dat geval trad een koper van een flat op onder vervalste naam en met valse handtekening, bij een akte van levering en vestiging van een recht van hypotheek. In cassatie werd erover geklaagd dat de hypotheekakte niet authentiek zou zijn vanwege de vermelding door de notaris in de akte dat de comparant hem bekend zou zijn; dit gezien art. 25 Wna (thans art. 39 Wna). Die uitleg is volgens de Hoge Raad onjuist (r.o. 3.2). *‘Anders dan ter zake van de niet-inachtneming van een aantal andere in de Wet op het notarisambt voorkomende voorschriften, is deze sanctie niet in art. 25 opgenomen. Zij zou wegens de onzekerheden waartoe zij, mede voor derden, kan leiden, ook niet stroken met de aard van de – notariële – authentieke akte, zowel als bewijsmiddel als in verband met haar functie in het kader van de vormvereisten voor overdracht en bezwaring van registergoederen. Dat neemt niet weg dat de notaris aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van zijn verklaring, wanneer blijkt dat hij bij de vaststelling van de identiteit van de betreffende partij onzorgvuldig te werk is gegaan.’* (Enige steun voor deze gedachte kan ook worden gevonden in HR 8 februari 2013, NJ 2013/123.) Nu gaat het in de onderhavige zaak over de oprichting van een BV,

13 Consultatie Wet tot tijdelijke wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het vergroten van transparantie bij de ontbinding van rechtspersonen zonder baten en de invoering in dat kader van de mogelijkheid van een civielrechtelijk bestuursverbod (Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie). De consultatie startte op 28 juni 2021 en eindigde op 27 juli 2021. Het Voorontwerp Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie en de memorie van toelichting daarbij zijn te raadplegen op <https://www.internetconsultatie.nl/turboliquidatie>.

niet over de overdracht en bezwaring van registergoederen, maar ik zou menen dat hier ook heeft te gelden dat de akte geen authenticiteit ontbeert. Art. 156 lid 2 Rv biedt daar mijns inziens ruimte voor. De rechtbank baseert zich niet alleen op de Wet op het notarisambt, maar ook op art. 2:4 lid 1 BW, art. 2:175 lid 2 BW en parlementaire geschiedenis. Dat maakt mijn gedachte niet anders. Alles bij elkaar heeft de uitspraak een bevredigende uitkomst.

De andere uitspraak is die van Rb. Den Haag 18 februari 2021, nr. C/09/603037 / HA RK 20-509 (ECLI:NL:RBDHA:2021:1678). X heeft de rechtbank verzocht om een BV te ontbinden, waarvan X staat genoemd als enig bestuurder en enig aandeelhouder. X zou de BV in 2019 hebben opgericht maar verklaart hier niets van te weten. X is in 2018 zijn identiteitsbewijs kwijtgeraakt. Bij de rechtbank heeft de notaris die betrokken was bij de oprichting, verklaard dat zij niet met zekerheid kon zeggen dat X in 2019 de akte ondertekend heeft omdat dit twee jaar geleden is.

De motivering is hier korter door de bocht. De rechtbank zegt niet, althans niet anders dan op *gevoel*, een inschatting te maken of X betrokken is geweest bij de oprichting van de BV. Heeft een ander dan X, misbruik makend van de identiteit van X, de BV opgericht, dan is dit een oprichtingsgebrek in de zin van de wet. Vanzelfsprekend zal notariële tussenkomst bij de oprichting van een BV voorkomen dat identiteitsfraude plaatsvindt, maar niet ondenkbaar is dat de notaris, ook als deze zorgvuldig opereert, wordt misleid. Dat zou hier gebeurd kunnen zijn. Hoewel de rechtbank geen zekerheid heeft, geeft hij X het voordeel van de twijfel. Daarbij neemt de rechtbank in ogenschouw dat er geen activiteiten in de BV plaatsvinden en er geen enkel spoor is van baten. Nu de crediteuren van de BV zich niet kunnen verhalen op haar vermogen, worden zij door de ontbinding niet benadeeld. Mochten zij toch door X zijn benadeeld, dan zouden zij een vordering wegens onrechtmatige daad kunnen instellen.

## 2.n Notaris had onjuist gehandeld na onduidelijkheid over aandeelhouderschap van BV

KvN Amsterdam 7 januari 2021, nr. 684135 / NT 20-20 (ECLI:NL:TNORAMS:2021:3), gesignaleerd in *Notamail* 2021/15, is weer een interessante tuchtrechtelijke uitspraak.

Een vennootschap naar Chinees recht was enig aandeelhouder van een Nederlandse BV. Nadat de Chinese vennootschap was ontbonden, heeft de notaris een akte ‘Transfer of shares’ gepasseerd, waarin onder meer door de comparant wordt verklaard dat op basis van een legal opinion van een Chinees advocatenkantoor de aandelen in de Nederlandse BV ‘*have passed under universal succession of title*’ aan X, die enig aandeelhouder was van de Chinese vennootschap. Bij de akte is een besluit gevoegd waarin X een besluit heeft genomen om zichzelf als bestuurder van de BV te benoemen en de zittende bestuurder van de BV te ontslaan.

Naar aanleiding van een tuchtrechtelijke klacht, die de ontslagen bestuurder had ingediend, heeft de Kamer voor het Notariaat geoordeeld dat de notaris zijn ministerie niet had moeten verlenen. Hier was sprake van een volgens Chinees recht ontstane rechtstoestand die moest worden vertaald naar Nederlands recht en in een akte moest worden vastgelegd terwijl er gerede twijfel bestond en bestaat op welke wijze daaraan moest worden vormgegeven. Er was twijfel over de persoon van de opdrachtgever, X, met wie de notaris nooit contact heeft gehad. De notaris had ook niet mogen afgaan op deze ene, van de zijde van cliënt afkomstige, legal opinion van ‘Brighteous Law Firm’. En verder had de notaris onzorgvuldig gehandeld doordat zijn akte sprak van *transfer*, waar het ging om een overgang onder algemene titel. De notaris heeft weliswaar verklaard dat ‘transfer’ niet als overdracht maar als overgang moet worden opgevat, maar op een vraag van de Kamer van Koophandel of een aandelenoverdracht naar Nederlands recht aan de orde was, heeft de notaris geantwoord dat er een akte van levering was opgemaakt. Daarmee heeft de notaris de KvK op het verkeerde been gezet, hetgeen in strijd is met de zorgvuldigheid die een notaris in acht dient te nemen, gelet op zijn privilege als bevoegd persoon opgave te doen. Het uitgangspunt van dat privilege is dat wat die persoon opgeeft, is gecontroleerd en juist is. De notaris krijgt een waarschuwing.

Ontbinding van buitenlandse rechtspersonen die aandelen in een BV houden, komt in de praktijk veel voor. Naar Nederlands recht leidt een ontbinding niet tot een overgang onder algemene titel van de activa van de ontbonden rechtspersoon. Die moeten worden geleverd. Naar andere rechtsstelsels is sprake van een automatische overgang die lijkt op de Nederlandse overgang onder algemene titel. Er wordt dan wel een akte opgemaakt waarin, op grond van een buitenlandse legal opinion, enerzijds wordt geconstateerd dat de BV-aandelen van de buitenlandse ontbonden rechtspersoon *zijn overgegaan* op een andere partij (doorgaans de aandeelhouder van die ontbonden rechtspersoon) en tevens voor zover nodig dat de aandelen worden *geleverd* namens de ontbonden rechtspersoon aan haar aandeelhouder. Linksom of rechtsom, zo is de gedachte achter deze benadering, belanden de aandelen daarmee waar ze moeten uitkomen. Mij leek het dan ook nogal zwaar aangezet dat in deze uitspraak de notaris van onzorgvuldigheid wordt beticht, waar deze aan de KvK heeft bevestigd dat er een akte van levering was gepasseerd.

Maar wie de uitspraak leest, ziet dat er meer aan de hand is geweest: er zijn twee opgaven en inschrijvingen bij het handelsregister gedaan door de notaris, die de KvK heeft moeten intrekken na bezwaar van de voormalig bestuurder. Dat zet het handelen van de notaris in een ander licht. Maar dat de notaris zijn ministerie had moeten weigeren omdat er een situatie naar buitenlands recht (de ontbinding van de buitenlandse rechtspersoon) moest worden vertaald naar Nederlands recht, dat lijkt mij onzinnig. Dat is juist wat een goede notaris moet doen. Maar, de uitspraak lezend, de

notaris had mogelijk preciezer moeten zijn ten aanzien van de vraag wie zijn opdrachtgever was, en zich niet moeten laten leiden door de spoed die met de zaak gemoeid zou zijn. En misschien had hij niet zonder meer moeten blindvaren op de door de cliënt verstrekte legal opinion, al bleek deze juist. Dat hadden er blijkbaar meer moeten zijn. Wie dit soort zaken in de praktijk doet, weet hoe moeilijk het vaak al is één behoorlijke legal opinion los te krijgen. Ze zijn meestal ook niet gratis, dus een vraag om een tweede wordt van de zijde van de cliënt meestal niet met gejuich verwelkomd.

Ten aanzien van die legal opinion valt nog de uitspraak in dezelfde kwestie op van Hof Den Haag van 4 februari 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:285. Het arrest spitst zich toe op de arbeidsrechtelijke en vennootschapsrechtelijke positie van de ontslagen bestuurder, maar noemt in de juridische duiding ook de legal opinion van Brighteous Law Firm. In dit arrest wordt overigens ook nog melding gemaakt van een tweede legal opinion. In beide opinies wordt toegelicht dat onder Chinees recht, na betaling van alle openstaande schulden, kosten en belasting, de overgebleven activa van een geliquideerde vennootschap overgaan op de enig aandeelhouder. Het hof acht deze legal opinions voldoende overtuigend. Ook staat volgens het hof art. 10:138 lid 1 BW niet aan deze overgang onder algemene titel op de enig aandeelhouder in de weg, omdat er naar Nederlands recht geen aanleiding is om de rechtsgeldigheid van een dergelijke overgang niet te erkennen. Die kan de Kamer in zijn zak steken.

Kortom, los van het welles/nietes omtrent de inschrijven (wat ook wel weer verklaarbaar is vanuit de eenmaal ingezette lijn) meen ik dat de notaris hier op punten ten onrechte wordt gekapitteld.

### 3. Stichtingen

#### 3.a Algemene observaties ten aanzien van de rechtsvorm

De toepassing van de stichting is divers. Zij wordt breed ingezet in het ondernemingsrecht, maar traditioneel ook in maatschappelijke, culturele en charitatieve sectoren. Verreweg de meeste stichtingen hebben alleen een bestuur en kennen geen toezichthoudend orgaan. Bij de stichting ontbreken bovendien directe *stakeholders*, zoals bij de NV en BV de aandeelhouders en bij de vereniging de leden. Dat maakt dat zich eenvoudig situaties kunnen voordoen waarbij alle leden van een orgaan zijn komen te ontbreken en de stichting vast komt te zitten. Wat daarbij vaak niet helpt is dat veel stichtingen geen adequate ondersteuning hebben om, bijvoorbeeld, het verlopen van een bestuursstermijn te bewaken. Ik moet bekennen dat ik bij het lezen van uitspraken waarbij de stichting lijdend voorwerp is, wel eens bevangen wordt door medelijden met deze, wat ik eerder wel heb omschreven als ‘meest mishandelde rechtsvorm van Nederland’. In de onderstaande uitspraken valt het gelukkig mee.

#### 3.b Rechtbank wijzigt statuten van stichting omdat raad van toezicht geen leden meer had

Een stichting heeft volgens haar statuten een raad van toezicht (RvT) maar deze heeft geen leden meer omdat deze door verloop van hun benoemingstermijn alle zijn gedefungeerd. Ingevolge de statuten benoemt de RvT haar eigen leden. De stichting wenst te fuseren en een besluit daartoe behoeft ingevolge haar statuten goedkeuring van de RvT. Het bestuur heeft de rechtbank verzocht om op voet van art. 2:299 BW een persoon tot lid van de RvT te benoemen. De rechtbank heeft dit verzoek afgewezen omdat hij zich daartoe niet bevoegd acht, nu art. 2:299 BW de rechtbank slechts de bevoegdheid toekent om in vacatures in het *bestuur* van een stichting te voorzien. Voor analoge toepassing is geen plaats omdat voor de verzoekschriftprocedure een gesloten systeem bestaat en de rechter slechts op grond van een concrete wetsbepaling bevoegd en verplicht is tot het geven van een beschikking op een verzoekschrift. Bovendien is bij de onderhavige stichting gekozen voor twee organen, met verschillende in de statuten helder onderscheiden taken. De RvT vormt dus niet het bestuur van de stichting en de rechtbank kan dan ook niet tot benoeming van een lid van de RvT overgaan.

Subsidiar heeft de stichting op voet van art. 2:294 BW verzocht haar statuten te wijzigen zodat het bestuur bevoegd is iemand te benoemen tot lid van de RvT. Het bestuur had namelijk ingevolge de statuten van de stichting ook voor wijziging van de statuten de goedkeuring van de RvT nodig, die wegens ontbreken van leden, niet kon worden gegeven. Ongewijzigde handhaving van de statuten leidt volgens de verzoekers tot gevolgen die bij de oprichting redelijkerwijze niet kunnen zijn gewild, terwijl de statuten in het gegeven geval niet voorzien in de mogelijkheid tot wijziging. De rechtbank oordeelt dat dit verzoek toewijsbaar is. Rb. Noord-Holland 28 april 2021, nr. C/15/313751 / HA RK 21-36 (ECLI:NL:RBNHO:2021:3708) – *Notamail* 2021/117.

Ten overvloede merk ik op dat de rechtbank geen *toestemming* tot de statutenwijziging geeft; de beschikking van de rechtbank is ingevolge art. 2:294 BW de statutenwijziging. Daar komt verder geen akte van statutenwijziging aan te pas. De griffier zendt een beschikking aan de Kamer van Koophandel, die de wijziging inschrijft, daarbij doorgegaans geholpen door aan de griffier verstrekte stukken die de notaris heeft voorbereid, zoals een doorlopende tekst van de statuten na wijziging. Zie ook de noot van G.J.C. Rensen bij deze beschikking in «JOR» 2021/206, waaraan het onderstaande goeddeels is ontleend.

De statutenwijziging is pas van kracht zodra de beschikking in kracht van gewijsde is gegaan (zie art. 2:302 BW en r.o. 5.2). Op grond van art. 996 sub d Rv is de termijn om in hoger beroep te gaan drie maanden. Het verzoekschrift is in casu bij de rechtbank ingediend op 3 maart 2021, waarop beschikking is gewezen op 28 april 2021. Een en ander betekent dat, ervan uitgaande dat geen hoger beroep

is ingesteld, op zijn vroegst op 29 juli 2021 de statutenwijziging van kracht is en tot benoeming van nieuwe toezicht-houders kon worden overgegaan.

De wet verplicht stichtingen sinds de inwerkingtreding van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen (*Stb.* 2020, 507) op 1 juli 2021 om een regeling in hun statuten op te nemen ‘omtrent de wijze waarop in de uitoefening van de taken en bevoegdheden voorlopig wordt voorzien in geval van ontstentenis of belet van alle bestuurders’ (art. 2:292a lid 5 BW). Hoe die regeling er precies uitziet, is aan de stichting: maatwerk is volop mogelijk. Stichtingen die al vóór 1 juli 2021 bestonden, moeten dit bij de eerstvolgende statutenwijziging meenemen (zie art. XV lid 4 Overgangsrecht, *Stb.* 2020, 507). Bij veel stichtingen is statutenwijziging niet vaak aan de orde. Juist door deze soepele overgangsrechtelijke systematiek – stichtingen zijn niet gedwongen om hun statuten binnen een bepaalde termijn te wijzigen – zullen verzoeken zoals de onderhavige ook in de toekomst nog voorkomen. De statuten van stichtingen die vanaf 1 juli 2021 worden opgericht, moeten uiteraard wel meteen aan de verplichting van art. 2:292a lid 5 BW voldoen.

Bij de stichting in casu was de benoemingstermijn van de leden van de RvT afgelopen zonder dat herbenoemingen of nieuwe benoemingen hadden plaatsgevonden. Dat komt, zoals gezegd, bij stichtingen vaker voor, ook bij bestuurders (zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Nederland 4 juni 2020, «JOR» 2020/202). Alertheid bij de leden van het desbetreffende orgaan is geboden bij statutaire benoemingstermijnen. Zie in dit verband ook nog de nuttige suggesties voor een statutaire belet- ontstentenisregeling in *Ondernemingsrecht* 2021/73, p. 433.

### 3.c Rechtbank wijzigt statuten van stichting om huidige blokkade op te heffen

Een enigszins vergelijkbaar geval lag ten grondslag aan Rb. Noord-Holland 16 november 2021, nr. C/15/317330/ HA RK 21-105 (ECLI:NL:RBNHO:2021:10815) – *Notamail* 2021/286.

In dit geval wilde het bestuur de stichtingsstatuten wijzigen. Een besluit tot statutenwijziging kon ingevolge de statuten echter alleen door het bestuur worden genomen *zonder dat in het bestuur een vacature bestaat*. Er is echter een bestuursvacature. Het betreft een kwaliteitszetel die niet kan worden vervuld omdat de voorzitter/directeur van een van de bij de stichting betrokken instellingen uit onvrede uit het bestuur is gestapt en niet van zins is weer toe te treden. Overigens behoeft ingevolge de statuten van de stichting een besluit tot wijziging de goedkeuring van de gemeenteraad.

De rechtbank wijzigt de statuten op grond van art. 2:294 BW, waarbij de zinsnede *zonder dat in het bestuur een vacature bestaat* komt te vervallen. De rechtbank is van oordeel dat hij met toewijzing van het verzoek binnen de grenzen van art. 2:294 BW opereert. De rechtbank verbindt aan

de verzochte statutenwijziging wel de opschortende voorwaarde van goedkeuring door de gemeenteraad omdat de gemeenteraad die goedkeuring ter zitting niet heeft gegeven.

Art. 2:294 BW biedt weliswaar de mogelijkheid dat de rechtbank de statuten wijzigt, maar maant de rechtbank daarbij tot terughoudendheid: ‘De rechtbank wijkt daarbij zo min mogelijk van de bestaande statuten af; indien wijziging van het doel noodzakelijk is, wijst zij een doel aan dat aan het bestaande verwant is. Met inachtneming van het vorenstaande is de rechtbank bevoegd, zo nodig, de statuten op andere wijze te wijzigen dan is verzocht’ (art. 2:294 lid 2 BW). En ook in dit geval honoreert de rechtbank maar een deel van het verzoek. Zo bevatte het verzoek een geheel nieuw bestuursmodel, waarbij de zeggenschap van de huidige stakeholders in het bestuur wordt vervangen door een adviserende rol. Dit strekt veel verder dan het weg nemen van de blokkade in de statuten.

Bij het beoordelen van rechtspraak past enige respectvolle terughoudendheid. Maar hier denk ik toch wel te kunnen zeggen dat de rechtbank haar wettelijke rol voorbeeldig vormgeeft: uitsluitend het hoogstnodige wordt aan de statuten gewijzigd. Eventuele verdere wijzigingen dienen dan te worden genomen door het bestuur met inachtneming van de in de statuten vervatte regeling tot wijziging. Daarvoor is in dit geval ook de statutair voorgeschreven goedkeuring van de gemeenteraad vereist.

### 3.d Rechtbank keurt statutenwijziging goed voor omzetting van stichting in een BV

De omzetting van een stichting in een BV is onderwerp van Rb. Overijssel 19 juni 2020, nr. C/08/249422 / HA RK 20-78 – *Notamail* 2021/135.

Deze beslissing van de rechtbank is in die zin vermeldenswaardig, dat het inzicht geeft in de procedure van omzetting van een stichting in een BV zoals geregeld in art. 2:18 lid 2 en 4-6 BW. Allereerst is voor een besluit tot omzetting ook een besluit tot wijziging van de statuten vereist. Ook is rechterlijke machtiging tot de omzetting vereist. Alleen de stichting zelf kan machtiging tot omzetting verzoeken. Zij dient daarbij een notarieel ontwerp van de akte te overleggen. De machtiging wordt in ieder geval geweigerd indien een vereist besluit nietig is of indien een rechtsvordering tot vernietiging aanhangig is. Daarvan was in het gegeven geval geen sprake. Voorts wordt de machtiging geweigerd indien de belangen van stemgerechtigden die niet hebben ingestemd of van anderen van wie ten minste iemand zich tot de rechter heeft gewend, onvoldoende zijn ontzien. De notaris dient in de akte van omzetting te verklaren dat de machtiging op het ontwerp van de akte is verkregen.

Na omzetting van de stichting, zo schrijft lid 6 voor, moet uit de statuten blijken dat het vermogen dat zij bij de omzetting heeft en de vruchten daarvan slechts met toestemming van de rechter anders mogen worden besteed dan voor de omzetting was voorgeschreven. Hetzelfde geldt voor de



statuten van een rechtspersoon voor zover dit vermogen en deze vruchten daarop krachtens fusie of splitsing van een in een andere rechtspersoon omgezette stichting zijn overgegaan. Aan al deze vereisten wordt keurig voldaan en de rechtbank verleent de machtiging. Wel bepaalt de rechter daarbij dat de omzetting vanuit het oopunt van rechtszekerheid moet plaatsvinden binnen zes maanden na de dagtekening van de beslissing, wat opvallend is. Want welke rechtszekerheid is hier nu mee gediend? Zo lang de stichting een stichting is, verandert er niets. Het lijkt de rechtbank er om te doen te zijn dat de rechterlijke machtiging niet een kaart is die in de toekomst onbeperkt kan worden getrokken. De reden hiervan moet naar ik meen gezocht worden in de afweging die de rechter in het gegeven geval maakt. Die is gebonden aan de omstandigheden van het geval op dat moment en dient geen in de tijd onbeperkte geldigheid te houden.

Ik merk op dat het bij omzetting om rechterlijke *machtiging* gaat. De omzetting, die naar haar aard statutenwijziging met zich meebrengt, vraagt dus wel een besluit tot omzetting en statutenwijziging en een notariële akte. Daarnaast is het mogelijk, als de statuten of zekere bepalingen daaruit niet kunnen worden gewijzigd, de procedure van art. 2:294 BW te volgen. In een zodanig geval zal het verzoek tot wijziging van de statuten beperkt moeten blijven tot wijziging van die bepalingen die aan omzetting in de weg staan. De rechter kan immers wel de statuten van een stichting wijzigen als dat op andere wijze niet mogelijk is, maar kan een stichting niet in een andere rechtsvorm omzetten.

Enige observaties nog over de omzetting van een stichting in een kapitaalvennootschap. Door het voorschrift van art. 2:18 lid 6 BW leeft binnen de vennootschap de stichting voort als doelvermogen dat alleen kan worden aangewend voor het doel dat onmiddellijk voor omzetting in de stichtingsstatuten was omschreven. Het aldus te besteden vermogen vormt geen wettelijke reserve maar een *wettelijk voorgeschreven statutaire reserve*. Als zodanig beperkt deze dan ook de uitkeringsruimte van de vennootschap na omzetting. Anderzijds zijn bestedingen van dit doelvermogen geen uitkeringen in de zin van art. 2:105/216 BW, waarvoor dus geen vermogenstoets dient te worden aangelegd. Wel dient bij voorgenomen bestedingen van het doelvermogen, op grond van de bestaande jurisprudentie op dit punt, de liquiditeit van de vennootschap in ogenschouw te worden gehouden.

Van een reserve als omschreven in art. 2:18 lid 6 BW kom je niet zo maar af. Deze kan niet in een volgende statutenwijziging worden weggepoetst. Fuseert of splitst de vennootschap vervolgens, dan moeten de statuten van de rechtspersoon aan wie het doelvermogen op grond van de overgang onder algemene titel toevalt eenzelfde bepaling bevatten als de eerste zin van dat lid voorschrijft. De vennootschap die haar leven begon als stichting, blijft, zo lang het vermogen dat de stichting bij omzetting had niet overeenkomstig haar vroegere doel is besteed, een enigszins gemankeerd vehikel.

## 4. Overzicht wet- en regelgeving

### 4.a Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

De Wet bestuur en toezicht rechtspersonen werd ingevoerd per 1 juli 2021. Deze wet heeft vooral ingrijpende gevolgen voor de wettelijke regeling van de vereniging (en daarmee voor de coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij) en de stichting. De wet bevat nu voorschriften omtrent het belang waar bestuurders en commissarissen zich naar moeten richten en verplicht tot het opnemen van een regeling in de statuten hoe de continuïteit kan worden gewaarborgd in het geval van belet of ontstentenis van alle bestuurders en/of commissarissen. In de statuten kan nader worden bepaald wanneer sprake is van belet. Zowel de vereniging als de stichting kreeg een tegenstrijdigbelangregeling zoals we die sinds 1 januari 2013 al kennen voor de NV en de BV: een interne besluitvormingsregeling. Meervoudig stemrecht van bepaalde bestuurders of commissarissen is inmiddels ook bij de vereniging en stichting beperkt, in die zin dat een bestuurder of commissaris niet meer stemmen kan uitbrengen dan de overige bestuurders dan wel commissarissen tezamen kunnen uitbrengen. Verder bracht invoering een verscherpte aansprakelijkheid van bestuurders van verenigingen en stichtingen met zich mee. Invoering van de *one tier board* voor de vereniging en stichting is voornamelijk uitgesteld en zal worden ingevoerd zodra de Kamer van Koophandel klaar is voor de registratie daarvan.

### 4.b Het UBO-register

Nederland is op grond van de vierde en vijfde anti-witwasrichtlijn verplicht tot het instellen van het UBO-register. Dit register op 27 september 2020 in werking getreden. Het UBO-register is geregeld in het Uitvoeringsbesluit Wwft 2018, de Handelsregisterwet 2007 en het Handelsregisterbesluit 2018. Nieuw opgerichte vennootschappen en andere juridische entiteiten moesten vanaf 27 september 2020 al hun *ultimate beneficial owner(s)* ('UBO's') registreren. Vennootschappen en andere juridische entiteiten die vóór 27 september 2020 zijn opgericht, hadden tot 27 maart 2022 de tijd hun UBO's te registreren. Het UBO-register maakt inzichtelijk wie de UBO's zijn en wordt geacht zo bij te dragen aan het voorkomen van het gebruik van het financiële stelsel voor fraude, terrorismefinanciering en het witwassen van geld. De UBO is de natuurlijke persoon die de uiteindelijke eigenaar is van of zeggenschap heeft over de vennootschap of andere juridische entiteit (art. 1 lid 1 Wwft). In art. 3 Uitvoeringsbesluit Wwft 2018 zijn de categorieën natuurlijke personen uitgewerkt die in elk geval als UBO moeten worden aangemerkt. Bij rechtspersonen gaat het – kort gezegd – om natuurlijke personen die meer dan 25% van de aandelen of de stemrechten houden dan wel feitelijke zeggenschap hebben.

### 4.c Elektronische oprichting BV

Het ambtelijk voorontwerp 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het notarisambt in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/1151 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 tot wijzi-

ging van Richtlijn (EU) 2017/1132 met betrekking tot het gebruik van digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht (PbEU 2019, L 186) dient ter implementatie van de in de titel gemelde richtlijnen, die moeten leiden tot digitale instrumenten en processen in het kader van het vennootschapsrecht. De richtlijn bevat voor Nederland de verplichting ten aanzien van de BV te zorgen voor een volledige online oprichting. Oprichting langs elektronische weg en gebruikmaking van een modelakte van oprichting worden geïntroduceerd in het voorgestelde art. 2:175a BW. Deze mogelijkheid is een aanvulling op de bestaande mogelijkheid tot oprichting (art. 2:175 lid 2 BW). De online oprichting moet binnen vijf werkdagen kunnen plaatsvinden indien uitsluitend natuurlijke personen gebruikmaken van een modelakte van oprichting. In andere gevallen mag de online oprichting maximaal tien werkdagen duren. De notaris dient de oprichters op de hoogte te stellen van de vertragingen indien de online oprichting niet binnen de voormelde termijnen is afgerond. In de Wet op het notarisambt wordt een nieuwe titel, 'Titel Va. De elektronische notariële akte', toegevoegd om op afstand van de notaris het verlijden van een elektronische notariële akte mogelijk te maken. De KNB zal een systeem voor gegevensverwerking inrichten en beheren waar de notaris op wordt aangesloten, welk systeem als doel heeft het elektronisch verlijden van een notariële akte mogelijk te maken. De bedoeling was dat deze richtlijn op 1 augustus 2021 in nationale wetgeving zou zijn neergelegd. Nederland heeft een beroep gedaan op de uitstelmogelijkheden die de richtlijn biedt. Invoering is voorzien op 1 augustus 2022.

#### 4.d Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid

De 'Wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid)' maakt het op verschillende terreinen mogelijk, daar waar fysieke overleg- en besluitvormingsprocedures waren voorgeschreven, tijdelijk te volstaan met communicatie door middel van elektronische middelen. Zo kan het bestuur van een rechtspersoon onder bepaalde voorwaarden bepalen dat leden of aandeelhouders geen fysieke toegang hebben tot de algemene vergadering. Leden of aandeelhouders moeten de algemene vergadering alsdan elektronisch kunnen volgen, zij moeten tot uiterlijk 72 uur voorafgaand aan de vergadering vragen kunnen stellen over de onderwerpen die bij de oproeping zijn vermeld en het bestuur moet ervoor zorgen dat leden of aandeelhouders tijdens de vergadering nadere vragen kunnen stellen. Het Burgerlijk Wetboek bood voor de inwerkingtreding van de tijdelijke wet dergelijke faciliteiten, maar niet alle rechtspersonen hebben daarvan gebruik gemaakt in hun statuten. De tijdelijke wet beoogt twijfel over de rechtsgeldigheid van genomen besluiten indien een algemene vergadering niet volgens de wet en statuten verloopt en het niet-naleven van wettelijke termijnen doordat algemene vergaderingen worden uitgesteld, te voorkomen. De werking van de tijdelijke wet is laatstelijk verlengd tot 1 april 2022.

#### 4.e Wetgeving omtrent gender-diversity

De wet 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen' werd ingevoerd per 1 januari 2022. De wet heeft tot doel de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van grote bedrijven evenwichtiger te maken. Art. 2:142b BW omvat een ingroeiquote voor raden van commissarissen van beursvennootschappen, zodat geen personen tot commissaris kunnen worden benoemd die niet bijdragen aan een evenwichtige samenstelling (ten minste een derde uit mannen en ten minste een derde uit vrouwen). Ten aanzien van het ingroeiquote is geen overgangsrecht getroffen: het ingroeiquote geldt voor nieuwe benoemingen. De wet bevat voor 'grote' vennootschappen de verplichting passende en ambitieuze doelen in de vorm van een streefcijfer vast te stellen om de verhouding evenwichtiger te maken (art. 2:166/276 BW). Voor het definiëren van 'groot' is aangesloten bij de definitie daarvan in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Bovendien moeten grote vennootschappen in het bestuursverslag rapporteren over de voortgang ten aanzien van de streefcijfers en de plannen om deze te bereiken (art. 2:391 lid 5 BW en Besluit inhoud bestuursverslag). Het kan dus zijn dat voor een beursvennootschap eveneens de regeling voor een grote vennootschap geldt. Acht jaar na inwerkingtreding vervallen het ingroeiquote en de streefcijferregeling. De wet wordt na vijf jaar geëvalueerd om te bezien of het wenselijk is de wettelijke regeling voort te zetten, al dan niet in aangepaste vorm.

#### 4.f Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie

Met het eerder genoemde ontwerp van de 'Tijdelijke wet transparantie turboliquidatie' wordt beoogd misbruik van de regeling omtrent ontbinding zonder vereffening als bedoeld in art. 19 lid 4 BW in te dammen door de transparantie van die regeling te vergroten, de rechtsbescherming van schuldeisers te verbeteren en misbruik ervan effectiever te bestrijden. Die transparantie wordt vergroot doordat het bestuur binnen tien werkdagen na ontbinding de volgende stukken moet deponeren: een balans en een staat van baten en lasten met betrekking tot het boekjaar waarin de rechtspersoon is ontbonden, een schriftelijke toelichting waaruit de oorzaak van het ontbreken van baten en het bestaan van (eventuele) schulden blijkt, een slotuitdelingslijst indien voorafgaand aan ontbinding schuldeisers zijn voldaan, en jaarrekeningen als daartoe verplichtingen bestaan die nog niet zijn nagekomen (het voorgestelde art. 2:19b lid 1 BW). Bovendien moet het bestuur mededeling doen aan schuldeisers dat de voormelde stukken zijn gedeponerd (het voorgestelde art. 2:19b lid 2 BW). Het OM kan een verzoek indienen tot het opleggen van een bestuursverbod als niet is voldaan aan de verantwoordingsplicht, doelbewust handelingen worden verricht of nagelaten waardoor schuldeisers aanmerkelijk worden benadeeld of de bestuurder ten minste bij drie ontbindingen met achterlating van schulden is betrokken in een periode van twee jaren (het

voorgestelde art. 2:19c BW). Het wetsontwerp bevindt zich thans in de voorbereidingsfase.

#### 4.g Wetsvoorstel transparantie maatschappelijke organisaties

Het Wetsvoorstel transparantie maatschappelijke organisaties (35 646) is aan de Tweede Kamer aangeboden in november 2020. Ingevolge art. 1 onder a van het wetsvoorstel wordt onder een maatschappelijke organisatie zowel een stichting als bedoeld in art. 2:285 BW verstaan als een vereniging als bedoeld in art. 2:26 BW. De coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij vallen niet onder de definitie. Maatschappelijke organisaties moeten op verzoek van de burgemeester waar de rechtspersoon is gevestigd inzicht verschaffen in donaties die van buiten een EU-lidstaat zijn gedaan. Het wetsvoorstel voorziet in een nieuw art. 2:299b BW: een stichting die niet bij of krachtens de wet verplicht is een financiële verantwoording op te stellen die gelijk of gelijkwaardig is aan een jaarrekening als bedoeld in titel 9 en die openbaar wordt gemaakt, deponereert een balans en een staat van baten en lasten als bedoeld in art. 2:10 lid 2 BW in het Nederlands (of Frans of Duits of Engels als

Nederlands ontbreekt) bij het handelsregister, overeenkomstig art. 19a Handelsregisterwet

Deze financiële verantwoording is niet publiek – alleen opsporingsdiensten, toezichthouders en MvJ hebben toegang. Het wetsvoorstel voorziet (vooralsnog) niet in een vergelijkbare verplichting voor de vereniging.

#### 5. Afsluitende opmerkingen

Het is al met al een heel verhaal geworden, mede door het aanzienlijke aantal door de redactie geselecteerde Notamails. Ik had de vrijheid om daar zelf weer een keuze uit te maken. Maar kiezen bleek moeilijk, want de selectie betrof zonder uitzondering relevante uitspraken en ontwikkelingen. Inmiddels heb ik zelf ook een automatische signalering ingesteld. Elke werkdag verschijnt de Notamail en ik lees ze allemaal. Ook als het gaat om gedoe met de afhandeling van boedels.

##### Over de auteur

**Mr. dr. P.H.N. (Paul) Quist**

Notaris te Amsterdam en verbonden aan het Van der Heijden Instituut/OO&R van de Radboud Universiteit te Nijmegen.