

Mr. R.A. Wolf\*

# Enkele wettelijke bepalingen bezien in het licht van het stemrechtloze aandeel



## 1. Inleiding

Het huidige BV-recht kent geen stemrechtloze aandelen. Het toekomstige BV-recht echter wel.<sup>1</sup> De introductie van dat aandeel in het Nederlandse vennootschapsrecht roept een aantal vragen op. Zo ben ik in dat kader in een eerdere bijdrage ingegaan op het begrip ‘meerderheid der aandelen’ in art. 1:88 lid 5 BW.<sup>2</sup> In deze bijdrage staat een aantal andere wettelijke bepalingen centraal, die ik in het licht van het stemrechtloze aandeel zal bezien.

Allereerst zal ik de wettelijke regeling van het stemrechtloze aandeel schetsen. Vervolgens plaats ik het stemrechtloze aandeel in de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en de Wet toezicht trustkantoren (Wtt). Daarna bezie ik het stemrechtloze aandeel in het kader van de faillissementpauliana van art. 42 en 43 Fw. Voorts ga ik in op het begrip ‘in overwegende mate bij machte’ in Boek 1 BW. Tot slot sluit ik af met een conclusie.

## 2. Het stemrechtloze aandeel

De wetgever heeft gekozen voor een eenvoudige regeling van het stemrechtloze aandeel. Art. 2:228 lid 5 (N)BW<sup>3</sup> introduceert dat aandeel:

‘In afwijking van de leden 1 tot en met 4 kunnen de statuten bepalen dat aan aandelen geen stemrecht in de algemene vergadering is verbonden. Een dergelijke regeling kan slechts worden getroffen ten aanzien van alle aandelen van een bepaalde soort of aanduiding waarvan alle aandeelhouders instemmen of waarvan voor de uitgifte in de statuten is bepaald dat daaraan geen stemrecht in de

algemene vergadering is verbonden. De aandelen worden in de statuten als stemrechtloos aangeduid. Ten aanzien van stemrechtloze aandelen kan niet op grond van artikel 216 lid 7 worden bepaald dat zij geen recht geven tot deling in de winst of de reserves van de vennootschap.’

Uit de definitie van de BV, art. 2:175 (N)BW, volgt dat er altijd één aandeel met stemrecht moet zijn, zodat in de algemene vergadering altijd tot besluitvorming kan worden overgegaan. Een aandeel kan niet zowel stemrechtloos als winstrechtloos zijn, zo volgt uit art. 2:190 (N)BW.

## 3. De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT) en de Wet toezicht trustkantoren (Wtt)

De Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT)<sup>4</sup> geeft onder meer regels over de identificatie van cliënten voor advocaten, (kandidaat-) notarissen, belastingadviseurs, registeraccountants, accountants-administratieconsulenten, dan wel degenen die anderszins zelfstandig onafhankelijk beroeps- of bedrijfsmatig daarmee vergelijkbare activiteiten verrichten, zoals administratiekantoren en trustkantoren. Met de invoering van de WWFT op 1 augustus 2008 heeft de wetgever voldaan aan de verplichting tot implementatie van de derde anti-witwasrichtlijn en de Richtlijn voor Politiek Prominente Personen (PPP-Richtlijn).<sup>5</sup> De WWFT hanteert voor de regels over de identificatieplicht de term ‘cliëntenonderzoek’. Dat begrip is ruimer dan het louter identificeren van de cliënt door vrije beroepsuitoefenaren. Over dat cliëntenonderzoek bepaalt art. 3 van de WWFT onder meer dat bijvoorbeeld de vrije be-

\* Mr. R.A. Wolf is advocaat en partner bij TeekensKarstens advocaten notarissen en als buitenpromovendus verbonden aan het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI) van de Universiteit Maastricht.

1. Het wetsvoorstel ‘Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)’, *Kamerstukken* 31 058, en het wetsvoorstel ‘Aanpassing van de wetgeving aan en invoering van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht (Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht)’, *Kamerstukken* 32 426, welk wetsvoorstellen op het moment van schrijven van deze bijdrage aanhangig zijn bij de Eerste Kamer.
2. Zie *TvOB* 2011-4, p. 97-102.
3. Waar in dit artikel gesproken wordt over (N)BW wordt bedoeld de tekst van het wetsvoorstel van de Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht op het moment van het schrijven van dit artikel.
4. Wet van 15 juli 2008, houdende samenvoeging van de Wet identificatie bij dienstverlening en de Wet melding ongebruikelijke transacties (Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme ‘WWFT’), *Kamerstukken* 31 237 en 31 238. In werking getreden op 1 augustus 2008, *Stb.* 2008, 303 en 304.
5. Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme (*PbEU* 2005, L 309) en ter uitvoering van richtlijn 2006/70 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 1 augustus 2006 tot vaststelling van uitvoeringsmaatregelen van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de definitie van politiek prominente personen en wat betreft de technische criteria voor vereenvoudigde cliëntenonderzoeksprocedures en voor vrijstellingen op grond van occasionele of zeer beperkte financiële activiteiten (*PbEU* 2006, L 214).

roepsuitoefenaar<sup>6</sup> cliëntenonderzoek verricht ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme. Dat cliëntenonderzoek stelt hem in staat om de cliënt te identificeren en zijn identiteit te verifiëren en indien van toepassing, de uiteindelijk belanghebbende te identificeren. Onder de uiteindelijk belanghebbende (of 'UBO') wordt onder meer verstaan een natuurlijke persoon die een belang houdt van meer dan 25% van het kapitaal of meer dan 25% van de stemrechten van de aandeelhoudersvergadering kan uitoefenen van een rechtspersoon, anders dan een stichting, dan wel op andere wijze feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in deze rechtspersoon.<sup>7</sup> Hoe werkt deze bepaling in het geval van het stemrechtloze aandeel uit?

Zoals gezegd is de WWFT onder meer gebaseerd op de derde anti-witwasrichtlijn. Die richtlijn definieert in art. 3 aanhef lid 6 de uiteindelijk begunstigde (of belanghebbende) als volgt:

'(...) "uiteindelijke begunstigde": de natuurlijke perso(o)n(en) die de uiteindelijke eigenaar is (zijn) van of het zeggenschap heeft (hebben) over de cliënt en/of de natuurlijke persoon voor wiens rekening een transactie of activiteit wordt verricht. De uiteindelijke begunstigde omvat ten minste:

a) bij vennootschappen:

i) de natuurlijke perso(o)n(en) die de uiteindelijke eigenaar is (zijn) van of zeggenschap heeft (hebben) over een juridische entiteit, via het rechtstreeks of onrechtstreeks houden van een toereikend percentage van de aandelen of stemrechten van deze juridische entiteit, met inbegrip van participatie in de vorm van toonderaandelen, waarbij het niet gaat om een op een gereguleerde markt genoteerde vennootschap die is onderworpen aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen; een percentage van 25% plus een aandeel geldt als toereikend om aan dit criterium te voldoen;

ii) de natuurlijke perso(o)n(en) die op een andere wijze zeggenschap over het beheer van een juridische entiteit uitoefen(t)(en);

b) in het geval van juridische entiteiten, zoals stichtingen, en van juridische constructies, zoals trusts, die gelden beheren of uitkeren:

i) voorzover de toekomstige begunstigden reeds werden vastgelegd, de natuurlijke perso(o)n(en) die de begunstigde van 25% of meer van het vermogen van een juridische constructie of rechtspersoon is (zijn);

ii) voorzover de afzonderlijke personen die de begunstigden van de juridische entiteit of de juridische constructie zijn, nog niet werden vastgelegd, de groep van personen in wier belang de juridische entiteit of de juridische constructie hoofdzakelijk werd opgericht of werkzaam is;

iii) de natuurlijke perso(o)n(en) die zeggenschap over 25% of meer van het vermogen van een juridische constructie of juridische entiteit uitoefen(t)(en).<sup>8</sup>

De twaalfde overweging van deze richtlijn stelt: 'Voorzover de verschaffers van het vermogen van de juridische entiteit of constructie aanzienlijke zeggenschap hebben over het gebruik van het vermogen, moeten zij als uiteindelijk begunstigde worden geïdentificeerd.'

De definitie van 'uiteindelijke begunstigde' komt uit het voorstel voor de derde anti-witwasrichtlijn.<sup>8</sup> In dat voorstel luidde de definitie als volgt:

'a) de natuurlijke persoon die uiteindelijk rechtstreeks of middellijk eigenaar is van of zeggenschap heeft over ten minste 10% van de aandelen of van de stemrechten van een rechtspersoon, of die anderszins een vergelijkbare invloed uitoefent op het bestuur van een rechtspersoon die geen aan een officiële effectenbeurs genoteerde vennootschap is die onderworpen is aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen;

b) de natuurlijke persoon die rechtstreeks of middellijk de uiteindelijke begunstigde is van ten minste 10% van het vermogen van een stichting, een trust of een soortgelijke juridische constructie, of die invloed uitoefent over een vergelijkbaar deel van het vermogen van een stichting, een trust of een soortgelijke juridische constructie die geen aan een officiële effectenbeurs genoteerde vennootschap is die onderworpen is aan openbaarmakingsvereisten die in overeenstemming zijn met de Gemeenschapswetgeving, of aan gelijkwaardige internationale normen;

c) de natuurlijke persoon voor wiens rekening een transactie of activiteit wordt verricht.'

In het advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het voorstel voor de derde anti-witwasrichtlijn<sup>9</sup> wordt gesteld dat het voorgestelde percentage van 10% te laag is en 25% zou moeten bedragen. Een duidelijke en sluitende motivering voor dit advies tot verhoging van dat percentage kan ik niet herleiden.<sup>10</sup> Er wordt door het Europees Economisch en Sociaal Comité weliswaar verwezen naar art. 7 van het voorstel, maar daaruit kan ik niet een reden voor het advies tot verhoging afleiden. Het minimumpercentage van 25 lijkt derhalve arbitrair gekozen te zijn. Niettemin komt dat de rechtszekerheid ten goede.

Terug naar de vraag:

'hoe moet de definitie van "uiteindelijk belanghebbende" geïnterpreteerd worden ingeval sprake is van een natuurlijk persoon die meer dan 25% van de stemrechtloze aandelen in een vennootschap houdt (en voor het overige geen aandelen, althans geen aandeel waaraan stemrecht is verbonden)?'

6. De WWFT spreekt over 'instelling', waaronder de vrije beroepsuitoefenaar wordt begrepen, zie art. 1 lid 1 onder a WWFT.

7. Art. 1 lid 1 onder f WWFT.

8. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, met inbegrip van terrorismefinanciering van 30 juni 2004, COM(2004)448 def.

9. Advies van het Europees Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld, met inbegrip van terrorismefinanciering', COM(2004)448 def., ECO/147 'Witwassen' van 11 mei 2005.

10. Zie par. 3.3.2 van het advies.

Het deel van de definitie ‘die een belang houdt van meer dan 25% van het kapitaalbelang of meer dan 25% van de stemrechten van de aandeelhoudersvergadering kan uitoefenen van een rechtspersoon (...), dan wel op andere wijze feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in deze rechtspersoon’, roept in dat kader vragen op. Onder een kapitaalbelang kan ook een kapitaalbelang van stemrechtloze aandelen worden verstaan. Ook de stemrechtloze aandeelhouder houdt immers aandelen in het kapitaal van de vennootschap. Het woord ‘of’ in de definitie lijkt te impliceren dat het – als alternatieven – zowel om een financieel belang (in de vorm van stemrechtloze aandelen) als om een zeggenschapsbelang (in de vorm van aandelen, waaraan in ieder geval stemrecht is verbonden, doch winstrechtloze aandelen kunnen daar ook onder vallen) kan gaan. Een argument voor deze benadering is dat als ‘uiteindelijk belanghebbende’ in het kader van het vermogen van een trust of stichting wordt aangemerkt ‘de begunstigde van of degene die bijzondere zeggenschap heeft over 25% of meer van het vermogen’. Ook in deze definitie is aldus het alternatief opgenomen.

De parlementaire geschiedenis van de WWFT biedt geen uitkomst, anders dan dat over de ‘uiteindelijk belanghebbende’ wordt opgemerkt:

‘De aandacht voor de uiteindelijk belanghebbende in het anti-witwasbeleid is ingegeven door het feit dat bij witwassen gebruik wordt gemaakt van allerlei constructies om de ware herkomst van gelden te verhullen. Vooral relevant in dit verband is het gebruik van rechtspersonen. De juridische eigenschappen die het een rechtspersoon mogelijk maken op relatief eenvoudige wijze deel te nemen aan het rechtsverkeer – het optreden onder een handelsnaam, het snel kunnen wisselen van bestuur, de verhandelbaarheid van aandelenkapitaal – kunnen personen met kwaad in de zin in staat stellen om op anonieme wijze opbrengsten verkregen uit misdrijven onder te brengen in een rechtspersoon. (...) Om te voorkomen dat een achter een rechtspersoon of keten van rechtspersonen schuil gaande natuurlijke persoon anoniem kan blijven als deze deelneemt aan het financiële verkeer, wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld een verplichting te regelen voor instellingen om in risicovolle gevallen naast de cliënt, ook de uiteindelijk belanghebbende van een transactie te identificeren. Verder zal een instelling zich dienen te vergewissen van de structuur van de groep waartoe de cliënt behoort.’

Deze onduidelijkheid is begrijpelijk, omdat ten tijde van de invoering van de WWFT het Nederlandse recht geen stemrecht- en winstrechtloze aandelen kende. Dat zal met invoering van de flex-BV echter anders worden. Het zou voor de hand hebben gelegen, mede gelet op het hiervoor geciteerde belang en de toets van de uiteindelijk belanghebbende, dat de wetgever in de wetsvoorstellen

van de flex-BV aan dit onderdeel aandacht zou hebben besteed.

In het kader van de uitleg van het begrip ‘meerderheid der aandelen’ in de zin van art. 1:88 BW gaf ik het – wellicht academische – voorbeeld dat er in een BV één winstrechtloos aandeel is, gehouden door de bestuurder van de BV, en voorts stemrechtloze aandelen, waarvan er één gehouden wordt door de bestuurder en de rest van de stemrechtloze aandelen door een of meerdere derden. Wie is of zijn in dat geval de ‘uiteindelijk belanghebbende(n)’? Is dat de bestuurder, omdat hij meer dan 25% (lees: de volledige zeggenschap) van de zeggenschapsrechten van de BV heeft? Dat lijkt op grond van de wettekst voor de hand te liggen, maar het wringt. De bestuurder heeft, ondanks zijn zeggenschap zowel op bestuurders- als op aandeelhoudersniveau, een beperkt financieel belang in de vennootschap. Is hij dan wel de uiteindelijk belanghebbende? Of zijn dat de stemrechtloze aandeelhouders, omdat zij een belang hebben in het kapitaal van de vennootschap en recht hebben op het aan hun aandeel of aandelen verbonden dividend en op het (batig) liquidatiesaldo na ontbinding en vereffening van de vennootschap? Is die stemrechtloze aandeelhouder, ondanks dat hij het stemrecht ontbeert, de uiteindelijk belanghebbende? Of is dat ook de genoemde bestuurder, omdat hij – naast de stemrechtloze aandeelhouders – een kapitaalverschaffer van de BV is? Dat laatste ligt wellicht minder voor de hand, zeker als in de statuten opgenomen is dat de winstrechtloze aandeelhouder ook geen recht heeft op de reserves van de vennootschap (art. 2:216 lid 7 (N)BW),<sup>11</sup> bijvoorbeeld in geval van ontbinding en vereffening (art. 2:23b BW). Niettemin verschaft de bestuurder in dit voorbeeld wel enig kapitaal.

De Invoeringswet van de flex-BV schept evenmin duidelijkheid. De Invoeringswet wijzigt de definitie van ‘uiteindelijk belanghebbende’. In art. 1 onderdeel f onder 1 WWFT wordt de zinsnede ‘of meer dan 25 procent van de stemrechten van de aandeelhoudersvergadering kan uitoefenen’ vervangen door ‘of meer dan 25 procent van de stemmen in de algemene vergadering’.<sup>12</sup> Dat is louter een wijziging van terminologische aard.<sup>13</sup>

Voor de rechtspraktijk, meer in het bijzonder voor de genoemde zakelijke dienstverleners, schept deze problematiek rechtsonzekerheid.

Ook in de Wet toezicht trustkantoren (Wtt)<sup>14</sup> wordt gesproken over de ‘uiteindelijk belanghebbende’. Art. 1 aanhef onder c definieert de uiteindelijk belanghebbende in die zin van de Wtt als volgt:

‘(...) de natuurlijke persoon die een gekwalificeerde deelneming houdt in een doelvennootschap, dan wel begunstigde is van ten minste tien procent van het vermogen van een stichting of van een trust als bedoeld in het Verdrag inzake het recht dat toepasselijk is op trusts en inzake de erkenning van trusts (*Trb.* 1985, 141).’

11. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 75 (MvT).

12. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 2, p. 14 en *Kamerstukken I* 2011/12, 32 426, nr. A, p. 20 (Gewijzigd voorstel van wet).

13. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 36 (MvT).

14. Wet van 17 december 2003, houdende het toezicht op trustkantoren (Wet toezicht trustkantoren ‘Wtt’). *Kamerstukken* 29 041. In werking getreden 1 maart 2004, *Stb.* 2004, 9 en 58.

De doelvennootschap is de rechtspersoon of vennootschap waaraan het trustkantoor diensten verleent. Het doel van de Wtt is het bevorderen van de integriteit van het financiële stelsel door middel van de regulering van de trustsector.<sup>15</sup> Bij de Eerste Kamer is thans aanhangig het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2012)<sup>16</sup> en dat voorziet in aanpassing van de definitie van 'uiteindelijk belanghebbende'. De definitie van 'uiteindelijk belanghebbende' in art. 1 lid 1 onderdeel c Wtt komt te luiden als volgt:

'(...) de natuurlijke persoon die

- 1°. een belang houdt van 25 procent of meer van het kapitaalbelang van een doelvennootschap;
- 2°. 25 procent of meer van de stemrechten van de algemene vergadering van een doelvennootschap kan uitoefenen;
- 3°. feitelijk zeggenschap kan uitoefenen in een doelvennootschap;
- 4°. begunstigde van 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap is; of
- 5°. een bijzondere zeggenschap heeft over 25 procent of meer van het vermogen van een doelvennootschap.<sup>17</sup>

De wetgever licht de wijziging als volgt toe:

'De aanpassing is gebaseerd op de definitie van dit begrip in de Wwft en Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. De definities van het begrip in beide wetten worden gelijk getrokken, met dien verstande dat het bij trustkantoren gaat om de doelvennootschap en niet om de cliënt, zoals in de Wwft. Door het element "feitelijke zeggenschap" op te nemen in subonderdeel 3 van artikel 1, onderdeel c, wordt de definitie in lijn gebracht met de in artikel 3, zesde lid, van Richtlijn 2005/60/EG, opgenomen definitie van het begrip "uiteindelijk belanghebbende". Met het begrip feitelijke zeggenschap is aangesloten bij artikel 3, zesde lid, onder a, van Richtlijn 2005/60/EG. In de evaluatie van de Wtt is aan de orde gekomen dat het wenselijk is een natuurlijke persoon pas als uiteindelijk belanghebbende aan te merken als hij ten minste 25% kapitaalbelang heeft, 25% van de stemrechten houdt, begunstigde is van ten minste 25% van het vermogen of een bijzondere zeggenschap heeft over 25% of meer van het vermogen. In de Wtt ligt die grens thans op ten minste 10% (artikel 1, onderdeel c, Wtt). Aangezien in eerder genoemde richtlijn 25% als grenswaarde wordt aangehouden en er geen redenen zijn een strenger nationaal regime voor trustkantoren in stand te houden, wordt voorgesteld ook in de Wtt de grenswaarde van 25% te introduceren.<sup>18</sup>

Op grond van deze wijziging in de Wtt, de toelichting daarop in de memorie van toelichting en de koppeling tussen de WWFT en de Wtt ben ik van mening dat onder het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' (ook) moet

worden verstaan de stemrechtloze aandeelhouder met een zodanig kapitaalbelang dat hij ten minste 25% van het totale, geplaatste kapitaal in de BV houdt. Via zijn aandeelhouderschap heeft hij immers een meer dan substantieel, financieel belang in de (doel)vennootschap. Dat die stemrechtloze aandeelhouder het stemrecht ontbeert, doet daaraan niet af, mede gelet op zowel het doel van de WWFT als de Wtt.

#### 4. De faillissementspauliana van art. 42 en 43 Fw

Art. 42 Fw regelt de faillissementspauliana. Het artikel bepaalt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling kan vernietigen die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan hij bij het verrichten van die rechtshandeling wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn. Art. 43 Fw geeft, als nadere uitwerking van art. 42 Fw, voor een aantal specifieke gevallen een vermoeden van wetenschap van deze benadeling, behoudens tegenbewijs. Ik schets een aantal van die gevallen. Indien de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn daartoe had verplicht, wordt de wetenschap van benadeling vermoed aan beide zijden te bestaan:

- (i) bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een natuurlijk persoon, wiens echtgenoot, pleegkinderen of bloed- of aanverwanten tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal in die rechtspersoon deelnemen (art. 43 lid 1 sub 4 onder c Fw);
- (ii) bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een andere rechtspersoon, indien een bestuurder, natuurlijk persoon of een commissaris van een van deze rechtspersonen, of diens echtgenoot, pleegkind of bloed- of aanverwant tot in de derde graad, afzonderlijk of tezamen, als aandeelhouder rechtstreeks of middellijk voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal deelneemt in de andere (art. 43 lid 1 sub 5 onder c Fw);
- (iii) bij rechtshandelingen, door de schuldenaar die rechtspersoon is, verricht met of jegens een andere rechtspersoon, indien in beide rechtspersonen voor ten minste de helft van het geplaatste kapitaal rechtstreeks of middellijk wordt deelgenomen door dezelfde rechtspersonen, dan wel dezelfde natuurlijke personen, al dan niet tezamen met zijn echtgenoot, zijn pleegkinderen en zijn bloed- of aanverwanten tot de in de derde graad (art. 43 lid 1 sub 5 onder d Fw).

Ook hier rijst de vraag hoe deze bepalingen ten aanzien van stemrechtloze aandelen moeten worden uitgelegd. Wat wordt verstaan onder deelname in ten minste de helft van het geplaatste kapitaal?

15. Kamerstukken II 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 4 (MvT).

16. Kamerstukken 32 781. Het gewijzigd voorstel van wet is op 1 november 2011 door de Tweede Kamer aangenomen.

17. De aan het onderdeel toegevoegde tenzij-clausule ziet niet op de BV, zoals die centraal in deze bijdrage staat.

18. Kamerstukken II 2010/11, 32 781, nr. 3, p. 42-43 (MvT).

Art. 43 Fw somt een aantal rechtshandelingen met een verdacht karakter op, hetgeen blijkens de parlementaire geschiedenis de achtergrond van het bewijsvermoeden is. Daarbij spelen de aard van de rechtshandeling, de persoon van de wederpartij en het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht een rol.<sup>19</sup>

Gelet op de achtergrond en de strekking van art. 43 Fw, meer in het bijzonder het in dat artikel opgenomen bewijsvermoeden, pleit ik ervoor in situaties als bedoeld in art. 43 lid 1 sub 4 onder c en sub 5 onder c en d Fw onder de woorden 'ten minste de helft van het geplaatste kapitaal' ook te verstaan de stemrechtloze aandeelhouder met een zodanig kapitaalsbelang dat hij ten minste de helft van het totale, geplaatste kapitaal in de BV houdt. Via zijn aandeelhouderschap kan hij immers een meer dan substantieel, financieel belang hebben bij de verdachte rechtshandeling die 'zijn' vennootschap is aangegaan. Dat die stemrechtloze aandeelhouder het stemrecht ontbeert, doet daaraan niet af. Te meer omdat het bij het verrichten van rechtshandelingen niet gaat om stemrecht in de algemene vergadering, maar om vertegenwoordigingsbevoegdheid door het bestuur van de vennootschap.

##### 5. Het begrip 'in overwegende mate bij machte' in Boek 1 BW

In een tweetal bepalingen in Boek 1 BW speelt het begrip 'in overwegende mate bij machte' een rol. Dat zijn art. 1:126 lid 3 en art. 1:141 lid 4 BW. Art. 1:126 lid 1 BW bepaalt dat buiten de gemeenschap van vruchten en inkomsten de goederen en schulden vallen die behoren tot een door een van de echtgenoten uitgeoefend bedrijf of vrij beroep. Krachtens lid 2 van art. 1:126 BW komen echter wel ten bate of laste van de gemeenschap van vruchten en inkomsten de vergoedingen ten bedrage van de winsten en verliezen van het bedrijf of beroep, vast te stellen naar normen die in het maatschappelijk verkeer als redelijk worden beschouwd. Het derde lid van art. 1:126 BW bepaalt:

'Voor zover een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefend bedrijf hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, wordt dat bedrijf voor de toepassing van het vorige lid aangemerkt als een door die echtgenoot uitgeoefend bedrijf.'

Met andere woorden: lid 3 van art. 1:126 BW geeft een maatstaf om te bepalen wanneer sprake is van een door een echtgenoot uitgeoefend bedrijf, omdat in voorkomend geval winsten en verliezen van het bedrijf voor rekening van de gemeenschap van vruchten en inkomsten komen. Ook in ander verband duikt in Boek 1 BW het begrip 'in overwegende mate bij machte' op. Het gaat daarbij om in huwelijkse voorwaarden opgenomen periodieke verrekenbedingen. Art. 1:141 lid 1 BW bepaalt:

'Indien een verrekenplicht betrekking heeft op een in de huwelijkse voorwaarden omschreven tijdvak van het huwelijk en over dat tijdvak niet is afgerekend, blijft de verplichting tot verrekening over dat tijdvak in stand en strekt deze zich uit over het saldo, ontstaan door belegging en herbelegging van hetgeen niet verrekend is, alsmede over de vruchten daarvan.'

Het gaat aldus om het niet nakomen van een periodiek verrekenbeding. Lid 4 van art. 1:141 BW geeft een nadere invulling van de verrekenplicht:

'Indien een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen, en een verrekenbeding is overeengekomen dat ook ondernemingswinsten omvat, worden de niet uitgekeerde winsten uit zodanige onderneming, voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd, eveneens in aanmerking genomen bij de vaststelling van de verrekenplicht van die echtgenoot, onverminderd het eerste lid.'

Met andere woorden: indien het verrekenbeding bepaalt dat ook ondernemingswinsten daarin betrokken moeten worden, moet bij het vaststellen van die ondernemingswinsten (onder meer) gekeken worden naar de onderneming waarin de echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winsten van een niet op zijn eigen naam uitgeoefende onderneming hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen.

Wat wordt onder 'in overwegende mate bij machte verstaan'? Meer in het bijzonder: hoe werkt dit uit in het geval waarin sprake is van door een echtgenoot in een BV gehouden stemrechtloze aandelen?<sup>20</sup>

De parlementaire geschiedenis bij art. 1:141 BW leert het volgende:

'Het vierde lid verschafft een voorziening in geval een echtgenoot in overwegende mate bij machte is te bepalen dat de winst van een niet op zijn naam gevoerde onderneming hem rechtstreeks of onmiddellijk ten goede komt. Het gaat dan om een onderneming die in vorm van een rechtspersoon of vennootschap onder firma wordt gedreven. In dat geval dient voor de uitvoering van een beding dat winsten uit een dergelijke onderneming in de verrekening betreft, een in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwde winst te worden bepaald. Voor zover deze winst niet is uitgekeerd, dient deze alsnog in de verrekening te worden betrokken. Deze bepaling is gebaseerd op artikel 126. Aan artikel 126, derde lid, is ook ontleend het begrip "het in overwegende mate bij machte zijn te bepalen". Voorwaarde is wel dat de verrekenplicht ook impliciet of expliciet dergelijke ondernemingswinsten omvat.'<sup>21</sup>

19. G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1986, p. 442-443 en R.J. de Weijss, *Groene Serie Faillissementswet*, art. 43 Fw, aant. 5, Deventer: Kluwer.

20. M.J.A. van Mourik, 'Groot-aandeelhouder en periodiek verrekenbeding', *WPNR* 2011-6902, p. 841, voetnoot 3, spreekt gelet op de introductie van stemrechtloze aandelen van een nog interessantere problematiek.

21. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 544, nr. 3, p. 17 (MvT).

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt voorts dat met de woorden 'in overwegende mate bij machte' tot uitdrukking wordt gebracht dat niet de formele bevoegdheid tot winstbepaling beslissend is, maar de machtsverhouding binnen het orgaan dat bevoegd is de winst te bepalen.<sup>22</sup> De parlementaire geschiedenis stelt over art. 1:126 lid 3 BW:

'Het derde lid is opgenomen, omdat de redelijkheid gebiedt dat het in het vorige lid bepaalde niet wordt ontgaan, wanneer een bedrijf niet ten name van een echtgenoot wordt uitgeoefend, maar hij wel bij machte is aan de winsten van het bedrijf een zodanige bestemming te geven, dat zij hem rechtstreeks of middellijk ten goede komen. Hierbij valt vooral te denken aan een bedrijf dat een echtgenoot doet uitoefenen door een naamloze vennootschap, waarin hij in overwegende mate zeggenschap uitoefent en welker ingehouden wordende winsten de waarde verhogen van de aandelen die rechtstreeks of middellijk tot het eigen vermogen van deze echtgenoot behoren.'<sup>23</sup>

Naar aanleiding van deze passage in de parlementaire geschiedenis is in de literatuur verdedigd dat het gaat om 'bij machte zijn' en dat de woorden 'in overwegende mate' geschrapt kunnen worden.<sup>24</sup>

In lagere rechtspraak wordt 'in overwegende mate' als 'in beslissende mate, in die voege dat de aandeelhouder minimaal 50% van de aandelen bezit' gelezen.<sup>25</sup> In het arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2007<sup>26</sup> was sprake van een situatie waarin aandelen in een BV waren gecertificeerd. De man hield samen met zijn twee broers alle certificaten, ieder voor een derde. Tevens waren zij allen bestuurder van de BV. Bestuursbesluiten moesten met volstreekte meerderheid worden genomen. Er was dus sprake van een formele minderheidspositie van de man. Niettemin, zo leert het arrest, kan ook feitelijke zeggenschap van een echtgenoot over de winstbestemming ertoe leiden dat niet uitgekeerde winsten ex art. 1:141 lid 4 BW bij de verrekening in aanmerking moeten worden genomen.

Uit de wettekst en de aangehaalde parlementaire geschiedenis leid ik af dat sprake moet zijn van feitelijke zeggenschap. Ook in de literatuur wordt dat verdedigd.<sup>27</sup> De feitelijke machtsverhoudingen zijn relevanter dan de formele, juridische verhoudingen. Daarbij gaat het om zeggenschap op aandeelhoudersniveau. Op dat niveau wordt immers de winst bestemd, welke winst krachtens de hoofdregel van art. 2:216 BW ter beschikking van de algemene vergadering staat, voor zover bij de statuten

niet anders is bepaald. Daarom ben ik het met Van Mourik eens dat de echtgenoot niet tevens bestuurder van de vennootschap moet zijn, wil voldaan zijn aan het zeggenschaps criterium.<sup>28</sup> Van Mourik stelt voorts dat het feit dat de echtgenoot tevens bestuurder van de vennootschap is, een aspect is dat zwaar weegt bij beoordeling van die feitelijke verhoudingen.<sup>29</sup> Als voorbeeld haalt hij aan twee broers die ieder 50% van de aandelen in het kapitaal van een vennootschap houden. De ene broer is tevens bestuurder van de vennootschap. De ander is niet in de vennootschap werkzaam. Het is volgens Van Mourik aannemelijk dat de broer-aandeelhouder-bestuurder-echtgenoot de overwegende zeggenschap heeft. Mijns inziens lijkt dat inderdaad voor de hand te liggen, maar vanzelfsprekend is het niet. Het gaat immers om zeggenschap op aandeelhoudersniveau. In het door Van Mourik gegeven voorbeeld zal het waarschijnlijk zo zijn dat de bestuurder-aandeelhouder zijn broer in de algemene vergadering zal kunnen overtuigen. De klassieke situatie<sup>30</sup> waarin de bestuurder-aandeelhouder in het belang van de vennootschap de winst geheel of gedeeltelijk wil reserveren, maar de 'outside-aandeelhouder' alle winst als dividend wil uitkeren, is ook denkbaar. Dergelijke (belangen) tegenstellingen zijn de familievennootschap niet vreemd. Vandaar dat certificering in dat kader een aangeezen middel is.

Dat brengt mij terug bij het reeds aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 4 mei 2007. Ook daar was sprake van certificering en was de slotsom dat de niet uitgekeerde winsten niet in aanmerking genomen moesten worden bij de vaststelling van de verrekenplicht van de echtgenoot. Over een periode van zes jaar was er geen dividend op de certificaten uitgekeerd, terwijl het gemiddelde jaarlijkse resultaat € 92 059 was. De stelling van de vrouw was dat er jaarlijkse een aanzienlijk dividend uitgekeerd had kunnen worden zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar zou zijn. Tot de slotsom dat sprake van niet uitkeerbare winsten was, is gekomen langs de weg van art. 1:141 lid 4 BW. Er was een formeel obstakel, de man was namelijk gelet op de structuur van de vennootschap niet in overwegende mate bij machte te bepalen dat de winsten hem ten goede zouden komen. Uit de conclusie van de A-G volgt dat de rechtbank de materiële weg volgde. De rechtbank was voornemens een deskundige te benoemen, die de rechtbank vanuit bedrijfs-economisch oogpunt zou kunnen adviseren of sprake was van uitkeerbare winsten.<sup>31</sup> Uit het arrest volgt dat het formele criterium het materiële criterium de pas heeft afgesneden.

22. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 544, nr. B, p. 3.

23. C.J. van Zeben, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Invoeringswet Boek 1, Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 1969 (Parl. Gesch. Inv.w. Boek 1 BW, MvA II), p. 1240.

24. A.J.G.A. Stille, *Groene Serie Personen- en Familierecht*, BW Boek 1, art. 126, aant. 7, Deventer: Kluwer.

25. Rb. Zwolle 23 juni 2004, *LJN* AP4551. In het arrest van het Hof Amsterdam 31 december 1998, nr. 44/98 (n.n.g., doch aangehaald in *Vakstudie Nieuws* 2000, 45.28) ging het om een door de man gehouden meerderheidsbelang. Ook daarbij gold de toets of de man in overwegende mate bij machte was te bepalen dat de winst hem rechtstreeks of middellijk ten goede komt.

26. *LJN* AZ7621, met name r.o. 3.4 (*Pelshouderij*).

27. L.H.M. Zonnenberg, *Het verrekenbeding* (diss. Heerlen), Deventer: Kluwer 2009, p. 284.

28. Van Mourik, t.a.p., noot 20, p. 841.

29. Van Mourik, t.a.p., noot 20, p. 841.

30. Zie HR 9 juli 1990, *NJ* 1991, 51, m.nt. Ma (*Sluis*).

31. Zie sub 1.6 van de concl. A-G onder het arrest.

Terug naar het voorbeeld van Van Mourik, dat niet geheel overtuigt. Relevanter zijn mijns inziens de statutaire bepalingen omtrent de winstbestemming. De algemene vergadering is bevoegd tot bestemming van de winst die door de vaststelling van de jaarrekening is bepaald en tot vaststelling van uitkeringen, voor zover het eigen vermogen groter is dan de reserves die krachtens de wet of de statuten moeten worden aangehouden. De statuten kunnen de bevoegdheid tot het bestemmen van de winst beperken of toekennen aan een ander orgaan, zo leert art. 2:216 lid 1 (N)BW. Het is daarom – bijvoorbeeld – mogelijk dat de statuten bepalen dat het bestuur eerst de mogelijkheid heeft te besluiten (een gedeelte van) de winst te reserveren. De algemene vergadering kan vervolgens besluiten wat zij met het eventuele restant van de winst doet: uitkeren of reserveren. Indien de statuten een dergelijke regeling kennen, is het feit dat de echtgenoot enig bestuurder van de vennootschap is zeer relevant. Hij is dan immers bij machte (een deel van) de winst te reserveren, ook al heeft hij geen meerderheidsbelang in het kapitaal van de vennootschap. Overigens wordt deze conclusie niet alleen verbonden aan een statutaire bepaling van deze aard, maar zij kan ook het gevolg zijn van een aandeelhoudersovereenkomst die tot hetzelfde effect leidt.<sup>32</sup>

In de flex-BV kan sprake zijn van een kapitaal bestaande uit een winstrechtloos aandeel en een of meerdere stemrechtloze aandelen. Een echtgenoot houdt alle stemrechtloze aandelen en plaatst het winstrechtloze aandeel bij een bevriende derde, die tevens bestuurder van de BV is. Het huwelijk loopt op de klippen, het periodieke verrekenbeding is niet nagekomen en de substantiële winsten van de BV zijn over een aantal jaar gereserveerd. In deze situatie is geen sprake van feitelijke zeggenschap van de echtgenoot/ondernemer. Hij is immers houder van de stemrechtloze aandelen en heeft derhalve geen zeggenschap in de algemene vergadering. In financiële zin draagt hij als aandeelhouder echter wel alle lasten en baten. In een dergelijke situatie kunnen aldus vraagtekens worden geplaatst bij het zeggenschaps criterium van art. 1:141 lid 4 BW. Het feitelijke zeggenschaps criterium lijkt in de flex-BV, samenhangend met de introductie van het stemrechtloze aandeel, niet goed hanteerbaar. Met Van Mourik ben ik het eens dat hierdoor willekeur kan ontstaan. Terecht werpt hij de vraag op waarom de ingehouden winsten niet altijd, naar evenredigheid van het aandelenbezit, in de verrekening betrokken worden indien het verrekenbeding winst uit onderneming omvat.<sup>33</sup> De oplossing ten aanzien van het stemrechtloze aandeel in de flex-BV ligt in de positieve beantwoording van die vraag. Datzelfde geldt voor certificaten van aandelen. De nuancering van het antwoord ligt in het woord 'altijd', zoals opgenomen in de vraag van Van Mourik. De vraag is of *altijd* moet worden uitgekeerd. Het antwoord daarop ligt in de toets 'voor zover in het maatschappelijk verkeer als redelijk beschouwd', zoals opgenomen in art. 1:141 lid 4 BW. Op gelijke wijze geldt een en ander voor art. 1:126 lid 2 BW, waar het gaat om de gemeenschap van vruchten en inkomsten.

## 6. Conclusie

In het komende BV-recht zal het stemrechtloze aandeel geïntroduceerd worden. In deze bijdrage heb ik in het kader van die introductie stilgestaan bij een aantal wettelijke bepalingen. Aan de orde zijn gekomen de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (WWFT), de Wet toezicht trustkantoren (Wtt), de faillissementspauliana van art. 42 en 43 Fw en het begrip 'in overwegende mate bij machte' in Boek 1 BW.

De conclusies zijn:

- Onder het begrip 'uiteindelijk belanghebbende' in de WWFT en de Wtt moet (ook) worden verstaan de stemrechtloze aandeelhouder met een zodanig kapitaalsbelang dat hij ten minste 25% van het geplaatste kapitaal in de BV houdt. Via zijn aandeelhouderschap heeft hij immers een meer dan substantieel, financieel belang in de (doel)vennootschap. Dat die stemrechtloze aandeelhouder het stemrecht ontbeert, doet daaraan niet af.
- Gelet op de achtergrond en de strekking van art. 43 Fw, meer in het bijzonder het in dat artikel opgenomen bewijsvermoeden, pleit ik ervoor in situaties als bedoeld in art. 43 lid 1 sub 4 onder c en sub 5 onder c en d Fw onder de woorden 'ten minste de helft van het geplaatste kapitaal' ook te verstaan de stemrechtloze aandeelhouder met een zodanig kapitaalsbelang dat hij ten minste de helft van het geplaatste kapitaal in de BV houdt.
- Het begrip 'in overwegende mate bij machte' als bedoeld in art. 1:126 lid 3 en art. 1:141 lid 4 BW moet worden uitgelegd als een feitelijke zeggenschaps criterium. Dat criterium lijkt in de flex-BV wegens de introductie van het stemrechtloze aandeel niet goed hanteerbaar. Daardoor kan willekeur ontstaan. Indien tussen echtelieden een periodiek verrekenbeding is overeengekomen, dat mede winst uit onderneming omvat terwijl een van de echtgenoten stemrechtloze aandelen in een BV houdt, zouden de ingehouden winsten, naar evenredigheid van het aandelenbezit, in de verrekening betrokken moeten worden. Op gelijke wijze geldt een en ander voor art. 1:126 lid 2 BW, waar het gaat om de gemeenschap van vruchten en inkomsten.

32. In gelijke zin Zonnenberg, a.w., noot 27, p. 283.

33. Van Mourik, t.a.p., noot 20, p. 841.