4.2. Toepassing art. 9, lid 2 SW 1956

Als de schuldenaar de geldvordering aflost, wordt op grond van art. 9, lid 2 SW 1956 een fictieve schenking aan de schuldeiser geconstateerd ter grootte van de bovenmatige rente. De vraag is hoe de heffing verloopt als de geldvordering gedeeltelijk wordt afgelost. Dit is niet duidelijk in het tweede lid bepaald. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat bij gedeeltelijke aflossing heffing alleen aan de orde is als wordt afgelost op de renteschuld. Daarbij wordt aangesloten bij de volgorde zoals die tussen partijen geldt.[28] De heffing over de bovenmatige rentecomponent kan dus worden uitgesteld door overeen te komen dat de aflossing in mindering komt op de hoofdsom.[29] Bij een gedeeltelijke aflossing van de renteschuld meent de wetgever dat de aflossing evenredig moet worden toegerekend aan het bovenmatige en aan het niet-bovenmatige deel. Omdat de renteschuld civielrechtelijk gezien één ondeelbare schuld is, is het niet mogelijk te bepalen dat de aflossing eerst betrekking heeft op het niet-bovenmatige deel.[30]

Deze evenredige toerekening is naar mijn mening niet in overeenstemming met doel en strekking van art. 9 SW 1956. Art. 9 SW 1956 beoogt de bijschrijving van een bovenmatige rente fiscaal gelijk te behandelen aan de bijschrijving van een rente van 6 procent samengesteld. Pas als in totaal meer rente wordt afgelost dan bij een samengestelde rente van 6 procent mogelijk was geweest, is heffing op grond van art. 9 SW 1956 op zijn plaats. Door de renteaflossing evenredig toe te rekenen aan het bovenmatige en aan het niet-bovenmatige deel is het echter mogelijk dat de aflossing op een vordering met een bovenmatige rente belast is, terwijl dezelfde aflossing onbelast zou zijn geweest als de vordering een samengestelde rente van 6 procent had gedragen. Nu de wettekst onduidelijk is op dit punt, dient naar mijn mening te worden aangesloten bij doel en strekking en moet een renteaflossing in eerste instantie worden toegerekend aan het niet-bovenmatige deel. Bovendien verdient het mijn voorkeur dat deze systematiek expliciet in de wet wordt vastgelegd.

(wordt vervolgd)

28. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 6-7.
29. Als partijen niets overeenkomen, geldt bij de wettelijke verdeling dat de aflossing eerst in mindering komt op de hoofdsom en vervolgens op de bijgeschreven rente (art. 4:17, lid 1 BW). In andere gevallen komt de aflossing in beginsel eerst in mindering op de rente en daarna pas op de hoofdsom (art. 6:44, lid 1 BW).
30. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 930, nr. 16, p. 6-7.

REACTIE

Reactie op "Stemrecht- en winstrechtloze aandelen. De implicaties voor art. 1:88 lid 5 Burgerlijk Wetboek" van mr. drs. E.J.H. van den Munckhof in WPNR (2011) 6907

1. In het WPNR 2011 (6907) gaat Van den Munckhof in op de implicaties voor art. 1:88 lid 5 BW wegens de introductie van het stemrechtloze en het winstrechtloze aandeel in (het wetsvoorstel van) de flex-BV.[1] Terecht merkt hij daarover op dat ten tijde van de parlementaire behandeling daaraan geen aandacht is besteed. Van den Munckhof komt wat betreft het stemrechtloze aandeel als bedoeld in art. 2:228 lid 5 (nieuw) BW tot de conclusie dat het voor de toepassing van art. 1:88 lid 5 BW niet van belang is of de bestuurder-aandeelhouder al dan niet stemrechtloze aandelen houdt. De bestuurder-aandeelhouder die stemrechtloze aandelen houdt, kan - in de door hem geschetste casus - ('voldoende') zeggenschap uitoefenen, aldus Van den Munckhof. Wat betreft winstrechtloze aandelen is zijn conclusie dat aanpassing van de wet noodzakelijk is. Aan art. 1:88 lid 5 BW zou moeten worden toegevoegd dat winstrechtloze aandelen als bedoeld in art. 2:216 lid 7 (nieuw) BW buiten beschouwing worden gelaten. In deze reactie wordt op die conclusies ingegaan. Ik deel de conclusie van Van den Munckhof ten aanzien van het winstrechtloze aandeel en art. 1:88 lid 5 BW. Ten aanzien van het stemrechtloze aandeel en art. 1:88 lid 5 BW ligt de conclusie mijns inziens echter genuanceerder. Ik licht dat toe.

2. Op de hoofdregel van art. 1:88 lid 1 aanhef onder c BW, waarin is bepaald dat de echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot behoeft voor - kort gezegd - zekerheidstellingen voor een schuld van de derde, geldt de uitzondering van lid 5 van art. 1:88 BW. Toestemming is niet vereist indien de rechtshandeling wordt verricht door een bestuurder van een BV, die daarvan alleen of met zijn medebestuurder de meerderheid der aandelen houdt en mits zij geschiedt ten behoeve van de normale uit-

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, welke wetsvoorstellen op het moment van schrijven van deze reactie aanhangig zijn bij de Eerste Kamer.

oefening van het bedrijf van die vennootschap. De lijn in de jurisprudentie wat betreft het begrip 'meerderheid der aandelen' is dat voor de uitzondering van lid 5 van art. 1:88 BW het formele criterium – de ingewikkeldheid van de vennootschapsstructuur – en het materiële criterium – de combinatie van zeggenschap en financieel belang – leidend zijn. De mate van ingewikkeldheid van de vennootschapsstructuur hangt af van de gekozen constructie. De gekozen constructie bepaalt ook de mate van zeggenschap en financieel belang, alsmede de combinatie daarvan.[2]

3. Toetsing van het formele en materiële criterium is sterk casuïstisch en aan de feitenrechter overgelaten. Bij de beoordeling van de uitzondering op het toestemmingsvereiste zal naar de gehele vennootschapsstructuur gekeken moeten worden. Vragen die bijvoorbeeld beantwoord moeten worden zijn:[3] Hoeveel aandeelhouders zijn er? Op welke wijze participeren de aandeelhouders in de betrokken vennootschap? Hoeveel bestuurders heeft de betrokken vennootschap? Zijn de bestuurders zelfstandig of gezamenlijk bevoegd de betrokken vennootschap te vertegenwoordigen? In welke mate zijn de bestuurders aandeelhouder? Hoeveel aandelen houden zij? Zijn er aandelen met bijzondere rechten? Zo ja, wat is de inhoud van die rechten? Door wie worden die aandelen gehouden? Is er een aandeelhoudersovereenkomst gesloten? Zo ja, wat is de inhoud van die overeenkomst? Zijn er stemovereenkomsten gesloten? Zo ja, wat is de inhoud van die overeenkomsten? Er kunnen in dit kader nog veel meer vragen bedacht worden. Indien er geen snel en eenvoudig antwoord op deze vragen gegeven kan worden, is er al gauw van een eenvoudige structuur geen sprake meer. In dat geval gaat de uitzondering op het toestemmingvereiste van art. 1:88 lid 5 BW niet op, temeer omdat art. 1:88 BW beoogt de andere echtgenoot en het gezin te beschermen.[4] De uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 lid 5 BW moet restrictief worden uitgelegd.[5]

4. Terug naar de conclusie van Van den Munckhof en de door hem geschetste casus. De casus gaat over een BV met 5 aandelen A en 10 stemrechtloze aandelen B. Bestuurder X houdt alle aandelen A. Bestuurder Z houdt alle aandelen B. Bestuurder Z verbindt zich, anders dan in de normale uitoefening van het bedrijf, tot borg. Niettemin geschiedt de borgstelling wel ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de BV. De conclusie van Van den Munckhof is dat bestuurder Z de meerderheid van de aandelen houdt, namelijk 10 van de 15 aandelen. Daarom is toestemming van de echtgenoot van bestuurder Z niet vereist en geldt de uitzondering als bedoeld in lid 5 van art. 1:88 BW.

5. Die conclusie lijkt mij juist onder de aanname dat bestuurder Z zelfstandig bevoegd is de vennootschap te vertegenwoordigen. Daarbij doe ik ook de aanname dat geen sprake is van een aandeelhoudersovereenkomst tussen bestuurder-aandeelhouder X en Z, waarin onder meer is bepaald dat het aangaan van financiering voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering behoeft. Een dergelijke zeggenschapsstructuur komt in de rechtspraktijk voor en zou ook in deze casus voor de hand liggen. Bestuurder X houdt immers alle (gewone) aandelen A en heeft daardoor de absolute zeggenschap in de algemene vergadering, terwijl uitgaande van een gelijke nominale waarde van de aandelen Z in verhouding meer kapitaal verschaft. Een eventuele beperking van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de bestuurders, in de zin dat de bestuurders slechts gezamenlijk bevoegd zijn de vennootschap te vertegenwoordigen, ligt gelet op de kapitaalsverhoudingen wellicht ook voor de hand. In voorkomend geval kan aldus tot een andere conclusie worden gekomen op grond van de toetsing van het formele en materiële criterium en de reeks van (voornoemde) vragen die in dat kader beantwoord zullen moeten worden. Daarom ligt de conclusie van Van den Munckhof mijns inziens genuanceerder. Eerder bepleitte ik dat met het oog op de strekking van art. 1:88 BW en de in het handelsverkeer vereiste rechtszekerheid sprake moet zijn van terughoudende toetsing en dat slechts eenvoudige situaties het formele en materiële criterium kunnen doorstaan.[6]

6. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 1:88 BW is zijdelings het begrip 'meerderheid der aandelen' aan de orde gekomen. Zo is opgemerkt dat 'meerderheid der aandelen' niet hetzelfde is als meerderheid van stemmen of meerderheid van geplaatst kapitaal.[7] De wetgever stelde daarop dat geen rekening gehouden is met afwijkingen van de normale regeling van het stemrecht. Zij heeft het oog op vennootschappen met een eenvoudige en door-

2. HR 20 januari 2006, *LJN* AU5681, *NJ* 2006, 79, *JOR* 2006, 195, m.nt. Verdaas (Fortis/Van der Zee) en HR 8 oktober 2010, *LJN* BN1402, *NJ* 2011, 30, m.nt. Verstappen; *JOR* 2010, 367; *JIN* 2010, 863, m.nt. Vergouwen en Boekhorst; C.G. Breedveld-de Voogd, 'Toestemming van echtgenote ook niet nodig als aandelen zijn gecertificeerd', *JBN* 2010-12, p. 12-14. en R.A. Wolf, 'De 'meerderheid der aandelen' in art. 1:88 lid 5 BW en het stemrechtloze aandeel in de Flex-BV', *TvOB* 2011-4, p. 100.
3. L.C.A. Verstappen in zijn *NJ*-noot (*NJ* 2011, 30) onder het Abbink/SNS Bank-arrest, sub 10 en R.A. Wolf, t.a.p., p. 101.
4. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 36. Het belang van het gezin staat voorop, zie onder meer HR 23 mei 1969, *NJ* 1969, 340, m.nt. H. Drion; HR 4 januari 1974, *NJ* 1974, 515 en HR 15 december 1978, *NJ* 1979, 427, m.nt. E.A.A. Luijten. Art. 1:88 BW beoogt de niet-handelende echtgenoot te beschermen, zie HR 13 maart 1993, *NJ* 1994, 92, m.nt. E.A.A. Luijten; HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 259, m.nt. WMK en HR 22 september 1995, *NJ* 1996, 521 m.nt. WMK.
5. HR 14 april 2000, r.o. 3.4, *LJN* AA5526, *NJ* 2000, 689, m.nt. WMK en *JOR* 2000, 113 (Soetelieve/Stienstra) en HR 19 december 2008, *LJN* BF3942, *RvdW* 2009, 108 (Fortis).
6. RA. Wolf, t.a.p., p. 102.
7. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 34.

zichtige regeling, waarvan de structuur zelden gecompliceerd is. Afwijking van de wettelijke stemregeling en certificering van aandelen zijn denkbaar, maar zullen weinig voorkomen. Van belang is een combinatie van zeggenschap en financieel belang, zoals die zich ook voordoet bij de eenmanszaak en de vennootschap onder firma. Wie een voorkeur heeft voor een ingewikkelde structuur, moet voor het verschaffen van borgtocht de toestemming van zijn echtgenoot zien te verkrijgen, aldus de wetgever.[8] In ander verband merkte de wetgever op dat het erom gaat of een bestuurder wegens de zeggenschap en wegens het financiële belang dat hij bij die rechtspersoon heeft, zo nauw daarmee verbonden is, dat hij in de praktijk als de ondernemer kan gelden.[9] Ook is tijdens de parlementaire behandeling van art. 1:88 lid 5 BW aarzeling geuit tegen de uitzondering op het toestemmingvereiste. Zo is opgemerkt dat geen toestemming van de andere echtgenoot is vereist, indien de echtgenoot bestuurder van een NV of BV is en weliswaar tezamen met zijn medebestuurders de meerderheid der aandelen houdt, doch zelf slechts een (zeer) gering gedeelte van de aandelen houdt. Het gevolg zou zijn dat de echtgenoot van een bestuurder van een NV of BV een veel groter risico loopt dan die van de ondernemer van een eenmanszaak.[10] Door de wetgever is hierover opgemerkt dat deze situatie zich slechts zelden zal voordoen, de echtgenoten van vennoten van een vennootschap onder firma grotere risico's lopen en dat sprake is van een indirect risico. Eerst zal de rechtspersoon worden aangesproken. Een andere, meer bevredigende regel is volgens de wetgever niet goed te vinden. Zou vereist zijn dat de bestuurder de meerderheid, of ten minste de helft van de aandelen moet bezitten, dan komt men in elk geval in moeilijkheden bij NV's en BV's met meer dan twee bestuurders, en veelal reeds bij deze rechtspersonen met meer dan één bestuurder.[11]

7. Duidelijkheid schept de parlementaire geschiedenis dus niet. Anders dan Van den Munckhof meen ik echter dat uit die geschiedenis niet zonder meer kan worden afgeleid dat aan het hebben van stemrecht in de algemene vergadering geen doorslaggevende betekenis moet worden toegekend of dat de wetgever weinig belang hecht aan de uitoefening van stemrecht. Daarnaast is het stemrechtloze aandeel na invoering van de flex-BV nieuw voor het Nederlandse vennootschapsrecht. Vanzelfsprekend heeft de wetgever dat aandeel bij de totstandkoming van art. 1:88 BW niet in haar overwegingen kunnen betrekken.

8. Als ik Van den Munckhof goed begrijp, stelt hij dat het kunnen uitoefenen van 1% van het stemrecht door de wetgever als voldoende wordt beschouwd om het zeggenschapscriterium in te vullen. Vooral de zeggenschap als bestuurder acht hij kennelijk van belang. Gelet op de hiervoor aangehaalde parlementaire geschiedenis vraag ik me af of dat juist is.[12] In het Abbink/SNS Bank-arrest[13] was sprake van een eenvoudige certificering, waarbij de handelend bestuurder zowel bestuurder van de BV als bestuurder van het administratiekantoor was. Er was aldus ook sprake van zeggenschap op aandeelhoudersniveau. Toestemming van de echtgenote van de bestuurder voor de zekerheidstelling was niet nodig.

9. Daarnaast acht ik een percentage van 1% als financieel belang te mager. Eerder pleitte ik voor de invulling van het financiële belang van het materiële criterium voor een proportionele minimumgrens van 10% van, door de handelend bestuurder, te houden stemrechtloze aandelen in de BV.[14]

10. De toets of in voorkomend geval de handelend echtgenoot zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden, doordat hij de zeggenschap uitoefent en financieel belang heeft bij de bedrijfsresultaten van de vennootschap ten behoeve waarvan hij zich als hoofdelijk medeschuldenaar verbindt, blijft dus gelden. Met de invoering van de flex-BV wordt die toets er niet makkelijker op. Terughoudende toetsing lijkt aangewezen en slechts eenvoudige situaties kunnen het formele en materiële criterium doorstaan.

*Mr. R.A. Wolf**

8. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 35.
9. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 36.
10. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 23.
11. Parl. Gesch. Invoering Boek 3, 5 en 6 BW, Aanpassing BW, p. 25.
12. In gelijke zin: F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1991, p. 145.
13. HR 8 oktober 2010, *LJN* BN1402, *NJ* 2011, 30, m.nt. Verstappen; *JOR* 2010, 367; *JIN* 2010, 863, m.nt. Vergouwen en Boekhorst; C.G. Breedveld-de Voogd, 'Toestemming van echtgenote ook niet nodig als aandelen zijn gecertificeerd', *JBN* 2010-12, p. 12-14. en R.A. Wolf, t.a.p., p. 100.
14. RA. Wolf, t.a.p., p. 102.

* Advocaat en partner bij een advocaten- en notarissenkantoor te Alphen aan den Rijn en als buitenpromovendus verbonden aan het Institute for Corporate Law, Governance and Innovation Policies (ICGI) van de Universiteit Maastricht.
(wolf@tk.nl)

Reactie op "Stemrecht- en winstrechtloze aandelen. De implicaties voor art. 1:88 lid 5 Burgerlijk Wetboek" van mr. drs. E.J.H. van den Munckhof in WPNR (2011) 6907

Art. 1:88 lid 5 BW

Kort geleden verschenen artikelen van mr. drs. E.J.H. van den Munckhof[1] en mr. R.A. Wolf[2] over de uitzondering op het toestemmingsvereiste van art. 1:88 BW. Art. 1:88 BW beoogt de echtgenoot te beschermen tegen handelingen die mogelijk financieel nadelig zijn, zoals persoonlijke borgstelling. De bepaling nodigt volgens sommigen uit tot misbruik.[3] In de woorden van Van Mourik:

> "Veelal komt de andere echtgenoot als een duveltje uit een doosje teneinde te redden wat er te redden is. Ware de toestemming gevraagd, dan zou hij veelal niet geweigerd zijn. Het verzuim wordt echter niet gestraft maar beloond. En dat ten koste van hoopvol gestemde deelnemers aan het ondernemende rechtsverkeer."[4]

De transactie- en financieringspraktijk worstelt met de uitleg van art. 1:88 BW, met name de uitzondering die is opgenomen in lid 5. Indien de echtgenoot bestuurder en meerderheidsaandeelhouder is van de vennootschap waarvoor hij zich borg stelt, is geen toestemming vereist. Eén van de onduidelijkheden is de interpretatie van het begrip "meerderheid der aandelen" in lid 5. Van den Munckhof en Wolf beschrijven dit begrip in het licht van toekomstige stemrechtloze en winstrechtloze aandelen. Wolf stelt dat dit begrip op grond van de wetsgeschiedenis en jurisprudentie dient te worden ingevuld door een formeel criterium (ingewikkeldheid van de vennootschapstructuur) en een materieel criterium (combinatie van zeggenschap en financieel belang).

Ingewikkeldheid van de vennootschapstructuur

Indien een echtgenoot/ondernemer gebruik maakt van een ingewikkelde vennootschapsstructuur, is volgens de wetsgeschiedenis de uitzondering van lid 5 niet van toepassing. Onder ingewikkelde structuren vallen volgens de Hoge Raad niet zogenaamde holdingstructuren[5] en structuren met eenvoudige aandelencertificering.[6] Volgens Wolf is een structuur waarbij onder nieuw bv-recht gebruik wordt gemaakt van stemrechtloze aandelen qua complexiteit te vergelijken met een eenvoudige certificering. Maar waar ligt de grens tussen eenvoudige en ingewikkelde structuren? Mijns inziens gaat het er om dat (relatief) eenvoudig aangetoond kan worden dat sprake is van een combinatie van zeggenschap en financieel belang. Dat kan bijvoorbeeld aan de hand van de gegevens opgenomen in het handelsregister, de statuten en het aandeelhoudersregister.[7]

Volgens recente lagere rechtspraak vallen niet alleen NV's en BV's onder de uitzondering van lid 5. De Rechtbank Rotterdam oordeelde dat indien zekerheid is gesteld voor een coöperatie, die materieel fungeert als een BV, de uitzonderingsbepaling van toepassing kan zijn.[8] Waarschijnlijk heeft de Minister van Justitie bij totstandkoming van de uitzondering in 1989 niet voorzien dat de coöperatie als alternatief voor de BV gebruikt zou worden. Wel zei hij "Indien t.z.t. de openbare vennootschap van titel 7.13 rechtspersoon wordt, zal deze in art. 1:88 lid 4 [thans lid 5] moeten worden genoemd."[9] Ook een buitenlandse rechtspersoon, zoals een GmbH die materieel fungeert als een BV, kan onder de uitzondering van lid 5 vallen, aldus de Rechtbank Zutphen.[10] Wat betreft de toepasselijkheid van art. 1:88 lid 5 BW ten aanzien van buitenlandse rechtspersonen kan een extra

1. Mr. drs. E.J.H. van den Munckhof, "Stemrecht- en winstrechtloze aandelen. De implicaties voor art. 1:88 lid 5 Burgerlijk Wetboek", *WPNR* 19 november 2011/6907.
2. Mr. R.A. Wolf, "De 'meerderheid der aandelen' in artikel 1:88 lid 5 BW en het stemrechtloze aandeel in de Flex-BV", *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011-4.
3. Onder meer M. Uijen, "Weg met artikel 1:88 BW" in *Contracteren* 2003/2, waarin hij onder meer stelt dat art 1:88 BW een sta-in-de-weg is.
4. M.J.A. van Mourik, "Art. 1:88 BW in concernverband" in *Concernverhoudingen*, Serie vanwege het van der Heijden Instituut, Kluwer: Deventer 1992.
5. HR 11 juli 2003 (Kelder/Fortis), *NJ* 2004/173 met noot Kleijn en *JOR* 2003/223 met noot Verdaas. Hierin werd bepaald dat een echtgenoot die indirect, via tussengeschakelde vennootschappen, aandelen houdt in de vennootschap voor de toepassing van lid 5 met een aandeelhouder gelijkgesteld kan worden.
6. HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/30 met noot van L.C.A. Verstappen en *RO* 2010/78. In dit geval was sprake van een echtgenoot die bestuurder van de BV was waarvoor hij zekerheid stelde en daarnaast zowel certificaathouder als bestuurder van de stichting administratiekantoor die alle aandelen hield. De echtgenoot zal in de meeste situaties niet (de meerderheid van) de certificaten houden en bestuurder van de stichting zijn aangezien het doel van certificering nu juist het scheiden van zeggenschap en financieel belang is.
7. Zie ook de wetsgeschiedenis bij art. 1:88 BW in *Kamerstukken II*, 1982-1983, 17 725 nr. 3 (MvT), p.36. Het aandeelhoudersregister bewijst in beginsel niets maar is, in combinatie met bijvoorbeeld notariële akten, wel behulpzaam bij het aantonen van aandelenverhoudingen.
8. Rechtbank Rotterdam 2 juni 2010, *RO* 2010/63.
9. De Bijzondere Commissie voor de herziening van het BW vroeg zich af waarom lid 5 alleen geldt voor de BV en de NV en niet in het algemeen voor rechtspersonen, met name in het nieuwe recht voor de openbare vennootschap van titel 7.13, maar ook voor stichtingen. Stichtingen kunnen ook commerciële activiteiten ontwikkelen. (*Kamerstukken I*, 1988-1989, 17 725, nr. 271 (Voorl. Verslag Bijzondere Commissie), p. 2. De minister antwoordt: "Indien t.z.t. de openbare vennootschap van titel 7.13 rechtspersoon wordt, zal deze in art. 1:88 lid 4 [thans lid 5] moeten worden genoemd. Voor vermelding van andere rechtspersonen zie ik echter geen aanleiding. De vraag is niet, of deze een bedrijf kunnen uitoefenen, doch of een bestuurder wegens de zeggenschap en wegens het financiële belang dat hij bij die rechtspersoon heeft, zo nauw daarmee verbonden is, dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden. Bij stichtingen en verenigingen komt dat niet voor en behoort dat ook niet voor te komen." (*Kamerstukken I*, 1989-1990, 17 725, nr. 12 (MvA), p. 4)
10. Rechtbank Zutphen 25 augustus 2010, *RO* 2010/77.

argument worden ontleend aan de Wet Conflictenrecht Huwelijksbetrekkingen (WCHb). Op grond van art. 3 WCHb kan de te beschermen echtgenoot in internationale verhoudingen een beroep doen op de vereiste goedkeuring van art. 1:88 BW indien hij of zij in Nederland woont. Dit geldt volgens de jurisprudentie ongeacht het feit dat zekerheid is verstrekt voor een leningsovereenkomst die is aangegaan door een buitenlandse rechtspersoon.[11] Als de te beschermen echtgenoot een beroep kan doen op art. 1:88 lid 1 juncto art. 1:89 BW moet ook de wederpartij van de handelende echtgenoot - bij wijze van verweer - de uitzondering van lid 5 kunnen inroepen.[12]

Combinatie van zeggenschap en financieel belang

Ik ben het eens met Van den Munckhof en Wolf dat in lid 5 het begrip "meerderheid der aandelen" verduidelijkt moet worden. Een kapitaalscriterium[13] volstaat niet en is destijds in de wet opgenomen om praktische redenen. In de jurisprudentie wordt steeds herhaald dat sprake moet zijn van een combinatie van zeggenschap en financieel belang. Het gaat er om dat de echtgenoot zo nauw verbonden is met de onderneming dat hij in de praktijk als ondernemer kan gelden.[14]

In de wet zou verwoord moeten worden dat toestemming niet is vereist indien de rechtshandeling wordt verricht door een echtgenoot die (1) direct of indirect bestuurder is van een rechtspersoon, (2) al dan niet tezamen met zijn echtgenoot zeggenschap heeft of kan uitoefenen in die rechtspersoon en (3) al dan niet tezamen met zijn echtgenoot een financieel belang heeft in die rechtspersoon.
"Zeggenschap" is een term die niet een geheel vaststaande betekenis heeft. In contracten komen uiteenlopende definities voor. In ieder geval wordt in veel definities onder zeggenschap verstaan de bevoegdheid om (de meerderheid van) de bestuurders te benoemen en ontslaan. Een aandeelhouder heeft deze bevoegdheid in beginsel als hij de daarvoor vereiste meerderheid van de stemgerechtigde aandelen houdt. Bovendien kan zeggenschap worden verkregen op basis van aanvullende statutaire en/of contractuele regelingen (zie ook omschrijving in de SER Fusiegedragsregels 2000). Vaak wordt aan de definitie van zeggenschap toegevoegd de bevoegdheid, door een overeenkomst of anderszins, het beleid of de activiteiten van de rechtspersoon te bepalen.
"Financieel belang" betekent volgens de Hoge Raad financieel belang bij de bedrijfsresultaten van de rechtspersoon.[15] Dat kan zijn een belang in het eigen vermogen van een rechtspersoon maar ook een schuldinstrument (bijvoorbeeld een in aandelen converteerbare lening) zou onder de definitie kunnen vallen. In ieder geval vertegenwoordigen (direct of indirect gehouden) aandelen, certificaten en andere vermogensrechten een financieel belang indien zij delen in het winstsaldo en/of liquidatieoverschot van de betreffende rechtspersoon.[16] Het zou moeten gaan om een substantieel financieel belang maar wat dat is blijkt niet duidelijk uit de jurisprudentie. Wolf stelt een ondergrens voor, te weten 10% van het aandelenkapitaal. Ik vraag me af of een ondergrens zinvol is. Indien een echtgenoot alle gewone aandelen in een BV bezit, maar deze naast de uitstaande preferente aandelen slechts 1% van het totale aandelenkapitaal uitmaken, kan zijn financiële belang toch substantieel zijn. Of een financieel belang substantieel is dient per geval uitgemaakt te worden en kan naar mijn mening in de wettekst beter opengelaten worden.

De discussie over art 1:88 lid 5 en stemrechtloze aandelen toont aan dat het van belang is dat het materiële criterium (combinatie van zeggenschap en financieel belang) beter in de wet vastgelegd wordt. Voor de praktijk zal dan duidelijker zijn wanneer toestemming van de echtgenoot vereist is. Indien een wederpartij niet kan vaststellen of de handelende echtgenoot zeggenschap en financieel belang heeft in de rechtspersoon waarvoor hij zich borg stelt of - andersom geredeneerd - de handelende echtgenoot dat niet (eenvoudig) kan aantonen, zal veiligheidshalve een toestemmingsverklaring gevraagd moeten worden.

*Mw. mr. M.J. van Uchelen-Schipper**

11. Zie onder meer Rechtbank Arnhem 24 november 2010, *RO* 2011/20. Bovendien geldt dit ongeacht het feit dat op die leningsovereenkomst en de borgtochtovereenkomst buitenlands recht van toepassing is.
12. Overigens is een beroep op deze uitzondering meestal niet nodig indien de wederpartij een buitenlandse bankinstelling is. Uit de hiervoor genoemde uitspraak Rechtbank Arnhem 24 november 2010 volgt dat een buitenlandse bank, gezien het internationaal bezien exceptionele karakter van art. 1:88 BW, snel te goeder trouw zal zijn in de zin van art. 1:89 lid 2 BW.
13. Ook in art 2:24a BW is het kapitaalscriterium in verband met de invoering van de Zevende EEG-richtlijn (Pb EEG 18 juli 1983, 193) in 1988 verlaten.
14. A-G Hartkamp stelt in zijn conclusie bij HR 20 januari 2006 (Fortis/Van der Zee), *NJ* 2006/79 en *JOR* 2006/195 met noot Verdaas, dat het begrip als achtergrond heeft dat de handelende echtgenoot voldoende invloed moet hebben op de nakoming van de hoofdverbintenis.
15. HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/30.
16. Hieronder vallen bijvoorbeeld ook participatiebewijzen of bij een coöperatie aanspraak op het saldo van de vermogensrekening, welke rekening is gekoppeld aan het lidmaatschap.

* Kandidaat-notaris en professional support lawyer te Amsterdam.
(m.van.uchelen@houthoff.com)

NASCHRIFT

Op mijn artikel *"Stemrecht- en winstrechtloze aandelen. De implicaties voor art. 1:88 lid 5 Burgerlijk Wetboek"* heb ik een reactie van Van Uchelen-Schipper en een reactie van Wolf mogen ontvangen. Ik ben blij dat ik van de redactie van dit tijdschrift de gelegenheid heb gekregen een naschrift op te stellen bij hun reactie. In dit (korte) naschrift ga ik voornamelijk in op de reactie van Wolf aangezien hij meer direct dan Van Uchelen-Schipper een reactie geeft op mijn artikel.

Het is prettig om te lezen dat Wolf en Van Uchelen-Schipper mijn conclusie wat betreft winstrechtloze aandelen en art. 1:88 lid 5 onderschrijven. De conclusie die ik trek ten aanzien van stemrechtloze aandelen en art. 1:88 lid 5 zou in de door mij voorgestelde casus volgens Wolf genuanceerder moeten liggen. Dat de conclusie wat betreft de stemrechtloze aandelen bij Wolf genuanceerder ligt, hangt mijns inziens samen met het feit dat hij de casus koppelt aan de rechtspraktijk en aan diverse aannames (o.a. bevoegdheid bestuurders, aandeelhoudersovereenkomst); hetgeen ik niet heb gedaan.

Ter wille van de analyse heb ik bij art. 1:88 lid 5 een gestileerde casuspositie opgesteld. De vraag of deze casus binnen de rechtspraktijk voor de hand ligt heb ik daarbij buiten beschouwing gelaten. Ik ben het overigens geheel met Wolf eens dat de toetsing sterk casuïstisch is en aan de feitenrechter moet worden overgelaten. Met mijn casus heb ik vooral duidelijk willen maken dat voor de invulling van het begrip 'zeggenschap' het hebben van stemrecht binnen de algemene vergadering niet van (groot) belang c.q. een vereiste is. Het feit dat de wetgever destijds gekozen heeft voor het criterium dat een bestuurder-aandeelhouder van een NV of BV geen toestemming van zijn echtgenoot nodig heeft indien hij 1% van de aandelen houdt en zijn medebestuurder(s) (tezamen) 50% van de aandelen houd(t) (en) noopt mijns inziens tot deze conclusie. Het hebben van 1% van het stemrecht werd namelijk als voldoende beschouwd.

*Mr. drs. E.J.H. van den Munckhof**

* Kandidaat-notaris te Nijmegen.
(e.van.den.munckhof@hekkelman.nl)

NIET-REDACTIONEEL GEDEELTE ONDER VERANTWOORDELIJKHEID VAN HET BESTUUR

PERSONALIA

Benoemingen
Bij KB de dato 11 februari 2012 zijn benoemd tot notaris te
Eindhoven (nieuwe zelfstandige vestiging)
mw. mr. H.M.C.W.G. Renders, kandidaat-notaris (2001)
wonende te
5616 SN Eindhoven, Ekkerstraat 29
Enschede (protocol mw. mr. F. Heuker-Bakker)
mr. M.W.L. van Rozen, kandidaat-notaris (1999)
wonende te
7521 MC Enschede, Uranusplein 5

Eervol ontslag op verzoek
mr. G.H.H.J. Janssen MRE, notaris te *Amsterdam*, met ingang van 15 maart 2012 (KB 11/02/2012)

Benoeming
Gelet op art. 94 van de Wet op het notarisambt heeft de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie bij besluit d.d. 15 februari 2012 herbenoemd tot plaatsvervangend lid van de Kamer van Toezicht over de notarissen en kandidaat-notarissen te Middelburg: mr. J.J.G.M. Kuijpers, hoofdambtenaar bij de Belastingdienst, voor de duur van vier jaar met ingang van 22 maart 2012.

Toewijzing protocol
De staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft bij besluit d.d. 16 februari 2012 op grond van artikel 15 van de Wet op het notarisambt besloten het protocol en de overige notariële bescheiden van mr. J.M. Benschop tot 1 juli 2011 notaris te Middelharnis, m.i.v. 1 maart 2012 toe te wijzen aan mr. C.N. Schuring, notaris te Middelharnis.