

## JBN 2016(2) 11 Het maatpak van statutaire eisen en verplichtingen, een reactie

<b>Publicatie</b>	Juridische Berichten voor het Notariaat
<b>Aflevering</b>	26 afl. 2
<b>Publicatiedatum</b>	29 februari 2016
<b>Auteurs</b>	Wolf, R.A.

### 11. Het maatpak van statutaire eisen en verplichtingen, een reactie

*In JBN 2015, nr. 53 bespreken Wilod Versprille en Van der Heijden het arrest van het Hof Den Bosch van 11 december 2014 (ECLI:NL:GHSHE:2014:5207). Zij gaan naar aanleiding van dit arrest in op statutaire kwaliteitseisen en aanbiedingsverplichtingen. Graag geef ik daarop een reactie. Hun goede suggesties kunnen worden aangescherpt en aangevuld worden. Maatwerk is het devies.*

In het verlengde van het arrest doen Wilod Versprille en Van der Heijden de aanbeveling in voorkomend geval een ‘dubbeldekker’ in de statuten van de vennootschap op te nemen: (i) een kwaliteitseis die bepaalt dat aandeelhouders van de BV slechts kunnen zijn partijen die niet failliet zijn en als zij failliet zijn dat het stemrecht, het vergaderrecht en het recht op uitkeringen zijn opgeschort, en (ii) een aanbiedingsverplichting van de door de aandeelhouder gehouden aandelen ingeval van faillissement. De dubbeldekker kan worden versterkt met een volmacht als bedoeld in artikel 2:192 lid 5 BW. In dat geval is de vennootschap onherroepelijk gevolmachtigd de aandelen aan te bieden en over te dragen als de aandeelhouder niet aan zijn aanbiedingsplicht voldoet, ook ingeval van faillissement.

Ik ben het van harte eens met de door Wilod Versprille en Van der Heijden voorgestelde dubbeldekker in het geval dat de aandelen in de vennootschap door een rechtspersoon worden gehouden. In de praktijk zal dat vanwege fiscale redenen veelal zo zijn. In deze situatie zal de dubbeldekker tevens moeten voorzien in change of control-situaties binnen de rechtspersoon-aandeelhouder. De huidige *control* binnen de rechtspersoon-aandeelhouder is de statutaire kwaliteitseis. Het niet meer voldoen daaraan levert opschorting van de aandeelhoudersrechten op en een aanbiedingsverplichting, zoals hiervoor omschreven. Gedacht kan worden aan, bijvoorbeeld, de volgende change of control-situaties: overdracht van aandelen, het vestigen van beperkte rechten en het verlenen van een optierecht op de aandelen, het aangaan van stemovereenkomsten of het verstrekken van volmacht tot het uitoefenen van het stemrecht, het uitgeven van aandelen aan derden, het wijzigen van het statutaire bestuur et cetera. Anders gezegd, het gaat om een situatie waarin de DGA in de rechtspersoon-aandeelhouder op aandeelhouders- en bestuursniveau niet meer de doorslaggevende zeggenschap heeft. In de praktijk vindt men een keur aan change of control-bepalingen. In dergelijke gevallen is niet altijd sprake van overdracht, maar van een verlies van vrij ‘beheer’ van aandelen in deze vennootschap. Dat kan zich ook voordoen bij een natuurlijk persoon. Denk aan onder curatele- of onder bewindstelling of het van toepassing verklaren van de WSNP.

Als een natuurlijk persoon aandelen in de BV houdt, zal naar mijn mening niet in alle gevallen de dubbeldekker opgaan. Wél als op de natuurlijke persoon de WSNP van toepassing wordt verklaard, maar niet in geval van overlijden. In dat laatste geval is sprake van een gebeurtenis waarbij van rechtswege opvolging onder algemene titel plaatsvindt. De erfgenamen van de aandeelhouder gaan op het moment van overlijden de aandelen in de BV houden. Een kwaliteitseis (onderdeel i van de dubbeldekker) dat de aandeelhouder in leven moet zijn (naar analogie van niet failliet zijn voor de BV), werkt dus niet. De aanbiedingsplicht wegens overlijden (onderdeel ii van de dubbeldekker) werkt wel en wordt ook in de parlementaire geschiedenis genoemd (*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 6, p. 1), maar alleen in het geval dat de erfgenamen niet aanbieden. Bieden zij wel aan, dan is geen sprake (meer) van opschorting van de aandeelhoudersrechten, zo leert ons ook het arrest.

Hoe zou dit opgelost kunnen worden? Ik denk aan vier mogelijkheden.

Ten eerste, een statutaire kwaliteitseis dat slechts aandeelhouders van de vennootschap kunnen zijn zij die op grond van levering onder bijzondere titel of door uitgifte aandelen in de vennootschap hebben verkregen (en niet, als negatief geformuleerde kwaliteitseis, verkrijging door overgang van aandelen krachtens erfrecht en/of huwelijksvermogensrecht – verkrijging krachtens juridische fusie of splitsing blijven buiten deze kwaliteitseis) en als zij dat niet zijn (i) het stemrecht, het vergaderrecht en het recht op uitkeringen op de door hun gehouden aandelen zijn opgeschort, en (ii) zij gehouden zijn hun aandelen aan te bieden.

Ten tweede, een statutaire kwaliteitseis dat slechts aandeelhouders van de vennootschap kunnen zijn zij die partij zijn bij een aandeelhoudersovereenkomst (*Kamerstukken II* 2008/09, 31058, nr. 6, p. 1) en een statutaire aanbiedingsverplichting in het geval van rechtsopvolging onder algemene titel, te versterken met een opschorting van de aandeelhoudersrechten als bedoeld in artikel 2:192 lid 4 BW als aan de statutaire eis en de aanbiedingsverplichting niet (meer) wordt voldaan. Daarboven is in de aandeelhoudersovereenkomst een bepaling opgenomen dat die overeenkomst ten aanzien van de aandeelhouder van rechtswege eindigt op het moment van zijn overlijden zonder dat daartoe opzegging of een andere rechtshandeling vereist is. Deze bepaling 'doorbreekt' de rechtsopvolging onder algemene titel.

Voordat ik inga op de twee andere, mogelijke oplossingen sta ik stil bij de opschorting van de aandeelhoudersrechten, zoals bedoeld in artikel 2:192 lid 4 BW. Het gaat daarbij om het stemrecht, het recht op uitkeringen of het vergaderrecht. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zou gekozen kunnen worden voor een bepaling waarin alle of een of meerdere van deze rechten worden opgeschort indien niet aan de statutaire eis en/of verplichting wordt voldaan. Zo zou in het geval de DGA komt te overlijden niet het recht op uitkeringen van de echtgenoot of van de kinderen worden opgeschort, maar wel het stemrecht en, als de andere aandeelhouders van meet af aan het vergaderen met de wederhelft niet zien zitten, ook het vergaderrecht.

Als ik als uitgangspunt neem dat het stemrecht van alle aandeelhoudersrechten het meest wezenlijke recht is om besluitvorming te beïnvloeden, kan gedacht worden aan de volgende twee oplossingen in de lijn van vier.

Ten derde, een conversie van (gewone) aandelen in stemrechtloze aandelen als het aandeelhouderschap van de erfgenamen niet bezwaarlijk is. De erfgenaam-aandeelhouder kan in dat geval wel het aan de stemrechtloze aandelen verbonden recht op uitkeringen en het vergaderrecht in de algemene vergadering uitoefenen. Hem ontbeert echter het stemrecht in die vergadering. De conversie vindt plaats op het objectief vast te stellen moment van overlijden van de aandeelhouder. Als er bijvoorbeeld twee DGA's deelnemen in het aandelenkapitaal kunnen de aandelen gehouden door de ene DGA van aanduiding A en de aandelen gehouden door de andere DGA van aanduiding B voorzien worden. Zo kan in een statutaire conversieregeling van de aandelen met deze aanduidingen worden voorzien (vgl. R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie VHI deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 229-230). Voordelen van een conversie zijn dat (i) het soms langdurige traject van prijsbepaling en (ii) het gebrek aan de noodzakelijke liquiditeit bij de overige aandeelhouder voor de overname van de aandelen worden voorkomen.

Ten vierde zou gedacht kunnen worden aan een stemovereenkomst (eventueel versterkt met een boetebeding). De stemovereenkomst zou ertoe moeten strekken dat de erfgenamen van de aandeelhouder hun stem op de krachtens erfrecht verkregen aandelen uitbrengen conform de instructie van de andere aandeelhouders. Deze oplossing is de minst sluitende oplossing. In de eerste plaats, omdat permanente stembinding volgens de heersende opvatting ongeoorloofd is (Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/385). In de tweede plaats, zou permanente stembinding wel geoorloofd zijn en/of wordt een mildere vorm van stembinding overeengekomen, dan blijft uitgangspunt dat een stem uitgebracht in strijd met een stemovereenkomst geldig is (HR 30 juni 1944, *NJ* 1944, 465 (*Wennex*)). Het is de vraag of de stemovereenkomst vennootschappelijke doorwerking heeft, en, of een vernietigingsvordering ex artikel 2:15 jo 8 BW kans van

slagen heeft (Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009/387). Recente rechtspraak laat zien dat dit niet altijd tot succes leidt (Hof Amsterdam 13 januari 2015, «JOR» 2015/69 (*Kekk/Delfino II*) en Rb. Midden-Nederland 31 juli 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5677).

Het gaat te ver op deze plaats alle mogelijke situaties en oplossingen te bespreken. Ik ben het van harte met Wilod Versprille en Van der Heijden eens om de modellen nog eens te bezien. Daarnaast is en blijft het structureren van vennootschappen en de verhoudingen daarbinnen maatwerk. Worden vele kwaliteitseisen en/of -verplichtingen in de statuten opgenomen, dan doet men er wellicht goed aan ook de escape van artikel 2:192 lid 2 BW, laatste volzin op te nemen: de statuten kunnen bepalen dat een daartoe aangewezen orgaan ontheffing kan verlenen van een statutaire eis of verplichting.

Volledigheidshalve wijs ik erop dat de Hoge Raad op 9 oktober 2015 het arrest bekrachtigt (ECLI:NL:HR:2015:3012). De uitspraak van de Hoge Raad is voor deze reactie niet van belang. Nowak heeft in zijn noot onder het arrest van het hof («JOR» 2015/95) andere aspecten dan artikel 2:192 BW belicht.

*R.A. Wolf*

*Advocaat Steins Bisschop & Schepel Universitair docent Universiteit Leiden en Maastricht University (ICGI)*