

## **WPNR 2016/7119 De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV**



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	147
Publicatiedatum	24-09-2016
Afleveringsnummer	7119
Titel	De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV
Auteurs	Mr. dr. P.P. de Vries, Kandidaat-notaris te Rotterdam. (p.de.vries@houthoff.com)
Samenvatting	Deze bijdrage bespreekt de verplichte en in de praktijk gehanteerde onderwerpen die deel uitmaken van een akte van levering. Aan de hand van actuele rechtspraak wordt uitgewerkt welke zorgvuldigheid van de notaris mag worden verwacht.
Paginnummers	697-704
Rubriek	Artikel

### **WPNR 2016(7119) De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV**

#### **De rol van de notaris bij levering van aandelen in een BV**

**Dit artikel is het veertiende in de Rode draad: “Notaris, MKB-ondernemers en ondernemingen” die van start is gegaan in het WPNR 2016/7105.**

**De vorige bijdrage is verschenen in het WPNR 2016/7117.**

#### **1. Inleiding**

De verwachtingen die ondernemers van een notaris hebben, kunnen nogal eens verschillen. Verwachtingen kunnen afhangen van selectiecriteria zoals locatie, prijs, snelheid, vertrouwen, track record en specialisatie. Een notaris doet er goed aan sturing te geven aan verwachtingen, zodat deze zich tot een realistisch niveau verhouden tot de verleende dienst. Dit vereist inzicht van de notaris in de dienst, waarbij - bij voorkeur vooraf - uitleg aan de cliënt over wat wel en wat niet onder de dienst valt noodzakelijk kan zijn.

Voor de dienst die de notaris levert, geeft de wet bepaalde minimumvereisten, in ieder geval voor wat betreft zijn wettelijke taken. Gedrags- en beroepsregels vullen de uitvoering van de werkzaamheden nader in. De verwachtingen die men van een notaris mag hebben, worden nader ingevuld door zorgvuldigheidsnormen uit het civiele recht en het tuchtrecht. Het is voor de notaris van belang dat het kader waarbinnen hij kan opereren voorspelbaar is, zodat hij op een juiste manier kan inschatten wat er van hem wordt verwacht en hij daarop kan anticiperen door verwachtingen ten aanzien van dienstverlening en prijsstelling te managen.

In deze bijdrage ga ik nader in op een van de wettelijke taken die de notaris inmiddels meer dan twintig jaar voor vele ondernemers vervuld: het assisteren bij de levering van aandelen op naam in een BV. Ik ga daarbij eerst in op de zorgvuldigheid die van de notaris verwacht mag worden. Vervolgens werk ik het juridische kader van de regels rond levering van aandelen in een BV uit, aangevuld met zaken die zich met enige regelmaat in de praktijk van de notaris voordoen. Omdat de ondernemingspraktijk in

Nederland bij uitstek internationaal georiënteerd is, besteed ik tevens aandacht aan vragen die kunnen opkomen bij internationale herstructureringen.

## 2. Zorgvuldigheidsnormen en de notaris

Wat mag nu van een notaris worden verwacht bij de overdracht van aandelen in een BV? Allereerst volgt uit uitspraken van de Hoge Raad dat op de notaris een zwaarwegende zorgplicht rust “ter zake van hetgeen nodig is voor het intreden van rechtsgevolgen welke zijn beoogd met de in die akte opgenomen rechtshandelingen”.<sup>1</sup> Deze (civielrechtelijke) zorgplicht geldt, aldus de Hoge Raad, gelet op het vertrouwen dat deelnemers in het rechtsverkeer moeten kunnen stellen in een notariële akte, jegens alle belanghebbenden. Onder belanghebbenden behoeven niet alleen de partijen bij de akte te worden verstaan.

De civielrechtelijke maatstaf die de Hoge Raad voor de notaris hanteert is de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot.<sup>2</sup> Instructief is de onlangs door de Hoge Raad geformuleerde (civielrechtelijke) zorgvuldigheidsnorm bij een tot op zekere hoogte met de notaris vergelijkbare dienstverlener, de advocaat.<sup>3</sup> De Hoge Raad maakt daarbij onderscheid tussen het wettelijke takenpakket (procederen) en het niet-wettelijke takenpakket (adviseren). Bij het wettelijke takenpakket geldt dat een cliënt niet onnodig moet worden blootgesteld aan voorzienbare en vermijdbare risico's.<sup>4</sup> Bij de advisering heeft te gelden dat de cliënt in staat moet worden gesteld goed geïnformeerd te beslissen.<sup>5</sup> Dit zijn mijns inziens ook voor een notaris bruikbare aanvullende normen.<sup>6</sup>

De hiervoor genoemde maatstaven gelden niet alleen voor de (kandidaat-) notaris indien de opdracht rechtstreeks aan hem is verstrekt, maar ook - zoals doorgaans het geval is - de opdracht is verstrekt aan een rechtspersoon, terwijl de opdracht feitelijk wordt uitgevoerd door de (kandidaat-) notaris. Ook in dit geval kan de (kandidaat-) notaris onder omstandigheden persoonlijk (naast de rechtspersoon) worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, zoals nader ingevuld door deze maatstaven. Dat de (kandidaat-) notaris daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt, is daarbij niet vereist.<sup>7</sup> Naar mijn mening is in dit kader belangrijk voor ogen te houden dat een tuchtprocedure, die vaak als *fishing expedition* voorafgaand aan aansprakelijkheidsprocedure wordt gevoerd, en de daarin te handhaven beroeps- en gedragsregels, een ander doel dienen (primair het ordenen van de beroepsgroep), dan een civiele aansprakelijkheidsprocedure en het daarbij geldende toetsingskader (primair het bieden van financiële compensatie). Beroeps- en gedragsregels en aansprakelijkheidsrecht kunnen tot op zekere hoogte communicerende vaten zijn, maar kunnen ook heel wel leiden tot een verschillende uitkomst.

Bij de levering van registergoederen omvat de civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm tevens de rechercheplicht. De Hoge Raad overwoog in een recente Curaçaose zaak dat van een notaris een hoge mate van zorgvuldigheid ter zake van de rechercheplicht mag worden verwacht, die er op neerkomt dat hij alle voor de notaris toegankelijke registers raadpleegt.<sup>8</sup> Ik ga er daarbij vanuit dat het hierbij slechts gaat om door de Nederlandse overheid ingestelde registers, bijvoorbeeld het kadaster, het handelsregister en het centraal insolventieregister, en Europese registers, zoals het Europees insolventieregister. Van belang is overigens nog dat het in de Curaçaose zaak ging om een register dat raadpleegbaar was, maar waarbij het bij lokale notarissen niet zeer gebruikelijk was dit register te raadplegen.

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat een vergelijkbare civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm geldt bij de levering van aandelen, mede gelet op de hierna te behandelen wetsgeschiedenis. Daarbij moet overigens worden bedacht dat bij de levering van aandelen naast de wettelijke taken, vaak ook niet-wettelijke taken worden uitgevoerd door de notaris, al dan niet in een rol als partijnotaris. Voor deze bijkomende taken, geldt naar mijn mening de hiervoor genoemde lichtere zorgvuldigheidsnorm. Het zal overigens niet makkelijk zijn om hierin altijd een strikt onderscheid te maken. In het vervolg van deze bijdrage ga ik met name in op de wettelijke taak van de notaris bij de levering van aandelen in een BV.

## 3. Wetsgeschiedenis

Het huidige wettelijke kader voor de levering van aandelen geldt sinds 1 januari 1993.<sup>9</sup> De redenen voor invoering van een nieuwe regeling waren tweeledig. De eerste reden voor het verplicht stellen van de

notariële akte bij levering van aandelen was het voorkomen van aantastbare aandelenoverdrachten en de daarmee samenhangende rechtsonzekerheid.<sup>10</sup> Dit argument werd als volgt uitgewerkt:

- De notaris waarborgt dat aan alle wettelijke en statutaire formaliteiten wordt voldaan.
- De notaris zorgt voor een juridisch juiste akte.
- De notaris draagt er zorg voor om erkenning of betekening van de overdracht direct te laten plaatsvinden.
- De notaris is verplicht een titelrecherche te doen. Indien de notaris dit consequent doet, zal titelrecherche weinig tijdrovend, weinig belastend en niet erg kostbaar zijn.
- Indien sprake is van koop kan de notaris als onpartijdige partij toezicht houden op nakoming van wettelijke verplichtingen door koper en verkoper.<sup>11</sup>

Het tweede argument zag op bestrijding van misbruik en oneigenlijk gebruik.<sup>12</sup>

- Het vereiste van een akte verleden door een Nederlandse notaris vergemakkelijkt de daarop volgende verplichte registratie.<sup>13</sup>
- De notaris kan als een filter voor fraudeurs werken. Hij mag gelegitimeerd lastige vragen stellen en kan - indien nodig - zelfs tot dienstweigering overgaan.<sup>14</sup>

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat aan de notaris een grote verantwoordelijkheid is toegekend bij de levering van aandelen, wat betreft juridische kwaliteit, titelrecherche en voorkoming van misbruik. Het gaat echter te ver om te stellen dat het hierbij gaat om een resultaatsverplichting. Ook bij zorgvuldige assistentie door de notaris is het mogelijk dat het beoogde effect, de overdracht van de aandelen, niet wordt gerealiseerd.

#### **4. De vereisten van art. 2:196 BW**

Art. 2:196 lid 1 BW bepaalt dat voor de levering van aandelen een akte nodig is, waarbij de betrokkenen partij zijn, en die ten overstaan van een in Nederland standplaats hebbende notaris wordt verleden. In lid 2 wordt een aantal onderwerpen genoemd die in ieder geval in de akte moeten worden vermeld:

- de titel van de rechtshandeling die ten grondslag ligt aan de levering en op welke wijze de aandelen zijn verkregen;
- naam, voornamen, geboortedatum, geboorteplaats, woonplaats en adres van de natuurlijke personen die bij levering partij zijn;
- rechtsvorm, naam, woonplaats en adres van de rechtspersonen die bij de levering partij zijn;
- het aantal en de soort aandelen welke geleverd worden;
- naam, woonplaats en adres van de vennootschap waarop de levering van de aandelen betrekking heeft (hetgeen kan samenvallen met (c)).

Deze opsomming is niet volledig. Op grond van art. 39 en 40 van de Wet op het notarisambt dienen ook de burgerlijke staat en aard en het nummer van het identiteitsdocument te worden vermeld van de natuurlijke personen die als partij optreden.<sup>15</sup> Van de notaris mag verwacht worden dat een leveringsakte aan deze wettelijke vereisten voldoet. Het ontbreken van een of meer van de vereiste gegevens leidt echter niet tot nietigheid van de leveringsakte.<sup>16</sup>

Verder volgt uit de basisregel van art. 3:84 BW dat de levering dient plaats te vinden op basis van een geldige titel door een beschikkingsbevoegde. Dit levert voor de notaris een onderzoeksplicht op naar beschikkingsbevoegdheid en bij rechtspersonen tevens naar de vertegenwoordigingsbevoegdheid.<sup>17</sup>

Voorts is er een aantal onderwerpen waarvan het in de notariële praktijk gebruikelijk is deze op te nemen in de leveringsakte. Het gaat hierbij om koopprijs, kwijting, blokkeringsregeling, erkenning, het huwelijksvermogensrechtelijke regime van de verkoper en - indien sprake is van koop - uitsluiting van ontbinding van de koopovereenkomst.<sup>18</sup> Verder is het gebruikelijk garanties op te nemen die zien op titel en beschikkingsbevoegdheid. Als de notaris optreedt als partijnotaris is een clause gewenst - doch niet noodzakelijk - waarin dit expliciet wordt benoemd.

## 5. Titel

Met titel wordt bedoeld een bijzondere titel, waarbij overigens niet bij elke bijzondere titel nadere leveringsformaliteiten nodig zijn.<sup>19</sup> De meest voorkomende titel in de fusie- en overnamepraktijk is de koop. Andere voorbeelden zijn inkoop, inbreng op aandelen, agiostorting, administratie (certificering), uitkering van reeds bestaande aandelen (art. 2:216 BW), ruil, schenking, toedeling (bij ontbinding van een gemeenschap), aanbiedingsverplichting (art. 2:192 lid 1 sub c BW) en het rechterlijke vonnis, mits in kracht van gewijsde of uitvoerbaar bij voorraad verklaard. Het onderzoek van de notaris naar de titel mag marginaal zijn.<sup>20</sup> Slechts indien indicaties bestaan dat aan een titel gebreken kleven, zal de notaris nader onderzoek moeten instellen.

Het is mogelijk dat aan de titel een ontbindende voorwaarde of opschortende voorwaarde wordt verbonden. In zijn algemeenheid verdient het aanbeveling terughoudendheid hierbij te betrachten en partijen goed voor te lichten over mogelijke gevolgen daarvan. Vanuit oogpunt van rechtszekerheid is het namelijk niet gewenst dat er te lang onzekerheid bestaat ten aanzien van de uiteindelijke rechthebbende. Indien partijen desalniettemin kiezen voor een voorwaardelijke titel, dan verdient het vanuit het oogpunt van rechtszekerheid aanbeveling dat de notaris naast een leveringsakte tevens een akte voorbereid waarin de vervulling van de opschortende voorwaarde, dan wel het niet vervullen van de ontbindende voorwaarde wordt geconstateerd. Deze laatste akte is niet constitutief, maar declaratoir, uiteraard tenzij deze akte zelf deel uitmaakt van de voorwaarde. Wordt de ontbindende voorwaarde vervuld, dan dient teruggeleverd te worden met als titel verplichting tot teruglevering op grond van de wet.<sup>21</sup>

Voorts komt het vaak voor dat de titel geen deel uitmaakt van de akte van levering. Als dit bijvoorbeeld gaat om een koopovereenkomst, die mogelijk al reeds gesloten is, dan kan het zinvol zijn om een hiërarchiebepaling toe te voegen aan de akte van levering. Uit deze hiërarchiebepaling volgt dat voor zover in de leveringsakte van de koopovereenkomst wordt afgeweken, de bepalingen uit de leveringsakte voorgaan.

## 6. Titel naar buitenlands recht

In de ondernemingsrechtpraktijk komt het met enige regelmaat voor dat partijen kiezen voor een buitenlandse titel of dat daarvoor zelfs een noodzaak is. Indien in het kader van een internationale herstructurering een Nederlandse notaris wordt betrokken bij de begeleiding van een verkrijging van aandelen in een BV, mag van hem verwacht worden dat hij zich goed laat informeren over de wijze van verkrijging zodat hij kan kwalificeren of sprake is van algemene of bijzondere titel.<sup>22</sup> Bij twijfel over overgang onder algemene titel zal het advies van de notaris aan zijn cliënt moeten luiden dat deze er verstandig aan doet tevens een Nederlandse notariële akte te laten opmaken. Zelfstandig onderzoek naar het buitenlandse recht hoeft niet van een notaris te worden verwacht; naar mijn mening zal een marginale toetsing van de buitenlandse bevindingen volstaan. Voor advies over buitenlands recht kan de notaris doorverwijzen.

Ik wijs in dit verband naar een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, waarin voorwerp van geschil was de vraag of van een Nederlandse notaris verwacht mag worden dat hij zelfstandig onderzoek verricht naar het eigendomsrecht van een in Spanje gelegen registergoed.<sup>23</sup> De notaris in kwestie had een akte opgesteld waarin een positieve negatieve hypotheekverklaring was opgenomen, waarbij een partij op zich

had genomen een tweede hypotheek te vestigen op een huis in Marbella. In navolging van een eerdere uitspraak in een tuchtprocedure van de Notaris- en gerechtsdeurwaarderkamer van het Hof te Amsterdam en de eerdere uitspraak van de rechtbank in eerste aanleg, concludeerde het Hof dat de notaris uit hoofde van zijn zorgplicht als instrumenterend notaris bij het verlijden van de akte niet verplicht was een onderzoek in te stellen naar de rechtstoestand van het registergoed in Marbella. Dragende overwegingen daarbij waren dat de Spaanse registers niet toegankelijk zijn voor een Nederlandse notaris, een positieve negatieve hypotheekverklaring nog niet leidt tot het daadwerkelijk bezwaren van het registergoed en er ook geen aanleiding was tot twijfel over de door de wederpartij aangeleverde gegevens over het registergoed.<sup>24</sup>

De parallel trekkend met een aandelenoverdracht zou ik dan ook niet willen aannemen dat een notaris in het kader van titelrecherche onderzoek zou moeten doen in buitenlandse registers. Het feit dat het hierbij mogelijk gaat om registers die wel openbaar zijn en van overheidswege ingesteld, doet daaraan volgens mij niet af. Zo verschaffen de Zwitserse, Belgische en Engelse handelsregisters veel openbare informatie. De Nederlandse notaris is in zijn algemeenheid niet geëquipeerd om aan de beschikbare informatie de juiste juridische kwalificatie te kunnen geven.

Veel voorkomende buitenlandse titels zijn de koopovereenkomst, ontbinding, fusie en splitsing. In een koopovereenkomst zal doorgaans een rechtskeuze zijn gemaakt. In dat geval bepaalt de verwijzingsregel van art. 3 Rome I dat het gekozen recht van toepassing is.

Ontbinding van een corporatie (vennootschap) leidt in sommige rechtsstelsels tot een overgang onder algemene titel. Art. 10:119 BW bepaalt dat de beëindiging van het bestaan van een corporatie wordt beheerst door het op de corporatie toepasselijke recht. In het kader van de vereffening, kan het liquidatieoverschot bestaan uit aandelen in een BV. Of de wijze van vereffening leidt tot een overgang onder algemene of bijzondere titel wordt beheerst door het recht van de vennootschap die ontbonden wordt. Volgens de Memorie van Toelichting bij art. 10:119 BW dient sub f (beëindiging van het bestaan van de corporatie) namelijk ruim te worden uitgelegd en omvat dit zowel de ontbinding als de vereffening.<sup>25</sup> Bepaalt het incorporatierecht aldus dat sprake is van een overgang onder algemene titel, dan is een Nederlandse notariële akte naar mijn mening overbodig.

Als er geen zekerheid is over een algemene titel naar buitenlands recht waarbij aandelen in een BV overgaan, dan is het raadzaam dat een Nederlandse notaris een akte van levering voorbereid. Een voorbeeld daarvan is de door Van Eck beschreven Luxemburgse turbo liquidatieprocedure (*dissolution-confusion*).<sup>26</sup> In de Luxemburgse praktijk wordt door een enkele notaris een ontbindingsprocedure gehanteerd die leidt tot onmiddellijke ontbinding, waarbij het liquidatie overschot op het moment van ontbinding onder algemene titel overgaat op de aandeelhouder. Omdat niet geheel onomstreden is of deze turbo liquidatieprocedure leidt tot een overgang onder algemene titel, werkt niet iedere Luxemburgse notaris hieraan mee. In dit geval is het opmaken van een Nederlandse notariële leveringsakte aan te raden, waardoor zekerheid wordt geschapen ten aanzien van de verkrijging door de aandeelhouder.<sup>27</sup>

Bij juridische fusie geldt dat het incorporatierecht dat van toepassing is op de fuserende vennootschappen bepaalt of sprake is van overgang onder algemene titel. Ook bij juridische splitsing is dit statuut van toepassing.<sup>28</sup> Bij juridische fusie of splitsing is overgang onder algemene titel niet in alle rechtsstelsels een gegeven. Een voorbeeld is de juridische afsplitsing (*cisão parcial*) naar Braziliaans recht. In dat geval is een nadere levering vereist.

Tot slot en voor de volledigheid, welk recht is van toepassing op de levering van aandelen in een BV zelf? Daarop is Nederlands recht van toepassing (art. 10:138 BW en art. 2:196 BW).<sup>29</sup> Ook op bepalingen rond overdraagbaarheid, zoals de blokkeringsregeling is Nederlands recht van toepassing (art. 10:135 BW).

## **7. Rechtsvorm, naam, woonplaats en adres van rechtspersonen**

Niet altijd zal aan de eis om rechtsvorm, naam, woonplaats en adres in de akte op te nemen, kunnen worden voldaan. Zo wordt onder woonplaats van een rechtspersoon verstaan de statutaire zetel.<sup>30</sup>

In jurisdicties die de leer van de werkelijke zetel aanhangen zoals Frankrijk, is er doorgaans geen equivalent van de statutaire zetel. In dat geval volstaat naar mijn mening, naar analogie van art. 10:118 BW, het centrum van optreden naar buiten van de vennootschap, of anders gezegd het hoofdadres van de vennootschap.

Hoewel niet vereist, wordt doorgaans bij de gegevens van rechtspersonen vermeld het relevante handelsregister en het registratienummer. Dit vergemakkelijkt toekomstige titelrecherches, vooral als nadien naamswijzigingen of herstructureringen plaatsvinden.

## **8. Beschikkingsbevoegdheid**

De notaris gaat na of degene die de aandelen levert beschikkingsbevoegd is. In dit kader zal de notaris onder andere de relevante insolventieregisters onderzoeken, titelrecherche verrichten (zie § 13) en in het aandeelhoudersregister nagaan of daarin een beslag is aangetekend. Bij natuurlijke personen wordt het centraal curatele- en bewindregister geraadpleegd en - indien de aandeelhouder gehuwd is (geweest) - in het huwelijksgoederenregister nagegaan of sprake is van een ontbonden huwelijksgemeenschap waartoe mogelijk de aandelen behoren.

Niet elke beschikkingsonbevoegdheid is eenvoudig door raadpleging van een register te achterhalen. Een voorbeeld daarvan is de beschikkingsonbevoegdheid die ontstaat zodra een geschillenprocedure is gestart. Art. 2:338 lid 1 BW bepaalt dat tijdens een uitstotingsprocedure, vanaf het moment dat de dagvaarding is betekend, de aandelen van de gedaagde niet kunnen worden vervreemd of bezwaard, tenzij toestemming daarvoor wordt gegeven door eisers of door de rechter. Eenzelfde regeling geldt bij de uittredingsprocedure (art. 2:343 lid 2 BW). Naar mijn mening kan niet van een notaris worden verwacht om bij alle rechterlijke instanties in Nederland na te gaan of een geschillenprocedure aanhangig is. Wel dient de notaris alert te zijn als hij kennis draagt van zo'n procedure. Het risico dat de notaris deze beschikkingsonbevoegdheid over het hoofd ziet, zou kunnen worden ondervangen door op de vennootschap de verplichting op te leggen bij het handelsregister melding te doen een lopende geschillenprocedure, dan wel dat rechterlijke instanties uit eigen beweging deze melding bij het handelsregister doen.<sup>31</sup>

## **9. Het aantal en de soort aandelen welke geleverd worden**

Het is in de notariële praktijk een goed gebruik om in de akte van levering niet alleen het aantal en de soort aandelen te vermelden, maar ook de aanduiding en de nominale waarde van de aandelen te vermelden. Bij aanduiding gaat het om de nummers of de letters van de aandelen.<sup>32</sup> Op deze wijze kunnen later de aandelen altijd geïdentificeerd worden, en wordt aldus ook beter voldaan aan de bepaalbaarheidseis. Dit geldt temeer nu, sinds de invoering van de Wet Flex BV, de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde aanduiding ook als orgaan van de vennootschap kan gelden (art. 2:189a BW). Het had voor de hand gelegen dat art. 2:196 BW bij die gelegenheid was aangepast, zodat lid 2 sub (d) ook zou verwijzen naar de aanduiding.

In het geval de BV slechts gewone aandelen kent, wordt in de praktijk de soort vaak niet vermeld. Dit lijkt mij niet bezwaarlijk.

## **10. Koopprijs en kwijting**

Het vermelden van een koopprijs en kwijting in een akte van levering is niet verplicht,<sup>33</sup> maar kan meerwaarde bieden. Zo kan *feeling* van de notaris bij de koopprijs bijdragen aan betere dienstverlening aan de betrokken partijen en aan de bestrijding van misdaad, evenals dat het geval kan zijn bij de overdracht van registergoederen. Daarbij moet wel worden bedacht dat de notaris geen waarderingsdeskundige is. Doorgaans zal hij niet in staat zijn de waardering van een onderneming op de juiste merites te beoordelen. Meer dan een marginale toets kan van een notaris niet worden verwacht.

Bij indicaties dat de koopprijs niet markconform is, en daarvoor geen valide uitleg kan worden gegeven, mag van de notaris worden verwacht dat hij zal doorvragen.

Het is niet altijd mogelijk om een prijs in de leveringsakte te vermelden. Dit is vanzelfsprekend bij titels als agiostorting, administratie (certificering), uitkering van reeds bestaande aandelen (art. 2:216 BW), ruil of schenking. Maar ook in het geval van ingewikkelde prijsmechanismen bij koop, waarbij op het moment van de levering nog niet gekwantificeerde nabetalings moeten plaatsvinden, kan vermelding hiervan in de akte van levering achterwege blijven. Daarbij lijkt het mij wel nuttig dat in de akte van levering een verwijzing wordt gemaakt naar de relevante bepalingen in de koopovereenkomst, wat toekomstig zoekwerk kan vergemakkelijken.

## 11. Garanties

Het is notarieel gebruik om in een leveringsakte een aantal minimale garanties van de verkoper op te nemen. Doorgaans worden de volgende garanties opgenomen:

- Verkoper is onbeperkt en onvoorwaardelijk rechthebbende tot de aandelen en zijn recht op de aandelen is niet aan inkorting, ontbinding of aan welke vernietiging ook onderhevig;
- op de aandelen rusten geen (beperkte) rechten of beslagen, noch bestaan er met betrekking tot de aandelen optierechten, rechten van voorkeur of andere rechten krachtens welke enige persoon aanspraak kan maken op levering van een of meer van de aandelen;
- Verkoper is bevoegd om de aandelen te leveren;
- terzake van de aandelen zijn geen certificaten uitgegeven noch is anderszins een derde in economische zin rechthebbende van een of meer van de aandelen.

Garanties zijn geen vervanging voor het onderzoek van de notaris naar de beschikkingsbevoegdheid van de verkoper en de status van de aandelen. Garanties bieden voor de koper een bevestiging van de verkoper dat een titelrecherche met goed resultaat kan worden afgerond en dat deze beschikkingsbevoegd is.

Indien de koopovereenkomst reeds voorziet in deze garanties, is het niet noodzakelijk om deze in de leveringsakte te herhalen, tenzij de garanties in de koopovereenkomst slechts betrekking hebben op het moment van de koop en niet op het moment van de levering.

## 12. Blokkeringsregeling

Een belangrijke taak voor de notaris is weggelegd bij de controle van de naleving van de statutaire blokkeringsregeling. Terwijl voorheen door menig auteur werd onderbouwd dat het niet naleven van de blokkeringsregeling leidt tot beschikkingsonbevoegdheid, volgt sinds invoering van de Flex BV

uit de letterlijke tekst art. 2:195 lid 1 BW dat niet-naleving van de blokkeringsregeling leidt tot een ongeldige overdracht.

Om dit desastreuze gevolg te voorkomen, zal de notaris moeten nagaan of bijvoorbeeld een goedkeuringsbesluit genomen is, dan wel of instemmings- of afstandsverklaringen zijn getekend. Van de notaris hoeft daarmee niet meer verwacht te worden dan een *prima facie* onderzoek. Als de documentatie juridisch in orde lijkt en ondertekend is, en er geen indicaties zijn die anders uitwijzen, lijkt mij geen nader onderzoek nodig. Ook legalisatie van de getekende stukken lijkt mij niet vereist, maar kan gewenst zijn zodat later aangetoond kan worden dat deze rechtsgeldig zijn ondertekend.

Van Meurs heeft onlangs in dit tijdschrift betoogd dat om onduidelijkheid over de goederenrechtelijke werking van statutaire overdrachtsbeperkingen (blokkeringsregeling) te scheppen, de statuten van een

BV dit zouden moeten expliciteren.<sup>34</sup> De reden hiervoor is dat er ook voor gekozen kan worden de statutaire blokkeringsregeling slechts verbintenisrechtelijke werking te geven. Hoewel dit laatste op zichzelf juist is en een zorgvuldige redactie van statuten zeer wenselijk is, leidt dit standpunt naar mijn mening tot grote en onnodige rechtsonzekerheid. In de praktijk zal namelijk zelden een keuze worden gemaakt voor slechts verbintenisrechtelijke werking. Ook maken in de praktijk statuten zelden expliciet dat overdrachtsbeperkingen goederenrechtelijk effect hebben. Ik zou het willen omdraaien en willen aannemen dat een statutaire overdrachtsbeperking goederenrechtelijke werking heeft, tenzij uit de statuten expliciet blijkt dat hieraan slechts verbintenisrechtelijke werking toekomt.

### **13. Voorafgaande titel**

Bij titelrecherche levert een voorafgaande notariële levering doorgaans weinig problemen op. De notaris mag er op vertrouwen dat zijn collega zijn werk goed heeft gedaan, zodat niet verder terug in de keten gerechercheerd hoeft te worden.<sup>35</sup>

Een voorgaande titel kan ook bestaan uit een fusie- of splitsingsakte. Het is geen gemeengoed dat voorgaande titels worden gerechercheerd van aandelen die in het kader van een fusie of een splitsing overgaan. Mogelijk is dat omdat een wettelijke verplichting hiertoe ontbreekt. De notaris kan ook niet altijd een goed beeld hebben van de aandelen die bij een fusie of splitsing overgaan. Naar mijn mening mag van een notaris verwacht worden dat als deze bij een titelrecherche stuit op een fusie- of splitsingsakte, hij een niveau verder gaat en tevens - indien beschikbaar - de aan de fusie of splitsing voorafgaande leveringsakte rechercheert.

Doorgaans wordt in de bepaling over voorafgaande titels ook informatie opgenomen over henummering, samenvoeging en splitsing van aandelen. Dit verschaft nuttig inzicht hoe de aandelen tussen de voorgaande titel en onderhavige levering gewijzigd zijn.

Voorafgaand aan 1 januari 1993 was het mogelijk om aandelen onderhands over te dragen. Het komt nog regelmatig voor dat bij titelrecherche onderhandse akten uit die tijd zoek zijn geraakt. In dat geval is het vaak mogelijk een beroep te doen op het overgangsregime.<sup>36</sup> In praktijk is dit nog altijd een nuttige bepaling, waar dankbaar gebruik van wordt gemaakt.

### **14. Uitsluiting ontbinding en vernietiging**

Een van de standaardbepalingen in de leveringsakte is de uitsluiting van de ontbinding van de titel en vernietiging daarvan wegens dwaling. Veelal heeft dit betrekking op een koopovereenkomst.<sup>37</sup> Ontbinding van de titel heeft geen terugwerkende kracht en zal leiden tot een verplichting tot ongedaanmaking (teruglevering).<sup>38</sup> De reden is dat het ontvlechten van de onderneming na de levering doorgaans ongewenst is (*to unscramble scrambled eggs*).<sup>39</sup> Liever opteren partijen voor schadevergoeding of claims onder de garanties.

Het lijkt mij niet zinvol om - uit automatisme - ontbinding uit te sluiten als de koopovereenkomst wordt beheerst door buitenlands recht, daargelaten de vraag of het buitenlandse recht deze keuze wel respecteert. Het is naar mijn mening de vraag of er een taak weggelegd is voor de notaris om na te gaan of er naar het toepasselijke buitenlandse recht instrumenten bestaan om tot een resultaat te komen dat meer rechtszekerheid biedt ten aanzien van de titel. Wel kan de notaris overwegen dit aan partijen mee te geven bij het uitoefenen van zijn (niet wettelijke) adviserende taak.

### **15. Predikaat Koninklijk**

Een Nederlandse onderneming die ten minste een eeuw bestaat, kan onder bepaalde voorwaarden het predikaat Koninklijk worden toegekend.<sup>40</sup> Art. 6 van de Koninklijke Beschikking van 15 augustus 1988 nr. 34 bepaalt dat het recht tot het voeren van het predikaat Koninklijk vervalt, indien de juridische of feitelijke structuur van de gerechtigde verandert.

Volgens de beschikking kan hieronder bijvoorbeeld worden verstaan het geval dat de eigendom van de onderneming geheel of in overwegende mate in andere handen overgaat of de statuten worden gewijzigd. Teneinde het vervallen van het predikaat te voorkomen, dient op grond van art. 7 aan de Koning bestendiging van het recht te worden verzocht.

Het is mogelijk dat vervallen van het predikaat tot reputatieschade leidt. Mits het predikaat blijkt uit de statutaire naam van de vennootschap, waarmee de onderneming verbonden is, dan wel op andere wijze ter kennis van de notaris in de uitoefening van zijn ambt is gekomen, mag van de notaris verwacht worden dat hij bij de levering van aandelen tijdig zijn cliënten wijst op de noodzaak van bestendiging. Indien desondanks cliënten de levering willen laten doorgaan, zonder de bestendiging af te wachten, dan zal dit voor risico van cliënten moeten zijn. Een vraag die in dit verband kan worden gesteld, is of van de notaris verwacht mag worden dat hij een standaardcontrole uitvoert in de lijst met organisaties die het predikaat Koninklijk zijn toegekend, welke op de website van de Koningshuis beschikbaar is gesteld. Nu het hierbij niet gaat om een door de Nederlandse overheid ingesteld register, moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

## 16. Tot slot

In deze bijdrage ben ik ingegaan op een aantal belangrijke en praktische onderwerpen in het kader van de levering van aandelen in een BV, waarbij de notaris een bijzondere instrumenterende rol vervuld.<sup>41</sup> Bij de vervulling van deze rol heeft de notaris verregaande, maar niet onbeperkte zorgplichten, die met name zien op het scheppen van rechtszekerheid, daarmee samenhangende titelrecherche en bestrijding van misdaad. Deze zorgplichten strekken niet zover dat de notaris zich moet verdiepen in buitenlands recht of in registers die niet door de Nederlandse of Europese wetgever zijn ingesteld.

De huidige regeling rond de levering van aandelen mag een succes worden genoemd. Over het algemeen leiden aandelenoverdrachten in Nederland tot weinig technische problemen met een vrij zeker resultaat tegen een redelijke prijs. De notaris levert een zinvolle bijdrage aan dit succes.

1

HR 28 september 1990, *NJ* 1991/473.

2

HR 20 december 2002, *NJ* 2003/325.

3

HR 29 mei 2015, *NJ* 2015/267, r.o. 3.4.1.

4

HR 29 mei 2015, *NJ* 2015/267, r.o. 3.4.2.

5

Daarbij verwijst de Hoge Raad naar zijn eerdere uitspraak HR 2 februari 2007, *NJ* 2007/92.

6

In hun eerdere *WPNR* Rode Draad bijdrage hanteren Zaman en Grapperhaus een ander onderscheid en nemen zij aan dat deze normen met name gelden bij de uitoefening van niet-wettelijke taken door de notaris. Zie: D.F.M.M. Zaman, J.J.M. Grapperhaus, *De notaris als bewaker van zuivere verhoudingen binnen de BV*, *WPNR* 2016/7115, p. 570-571.

7

HR 18 september 2015, *NJ* 2016/66, m.nt. P. van Schilgaarde. Van Schilgaarde spreekt in zijn noot liever over uitgangspunten dan maatstaven en noemt een aantal aanvullende factoren waarmee de rechter rekening kan houden. Dit spreekt mij aan. Hoewel dit arrest gaat over de aansprakelijkheid van een advocaat, kan worden aangenomen de positie van een (kandidaat-) notaris vergelijkbaar is. Voorstander van de lijn in dit arrest: L. Timmerman, *Beginnelsen van bestuurdersaansprakelijkheid*, *WPNR* 2016 /7105, p. 326. Daarentegen bepleit Meijer een verhoogde aansprakelijkheidsdrempel: R.S. Meijer, *Over aansprakelijkheid van advocaten en andere beroepsbeoefenaren*, *Ars Aequi* 2016,6. Zie hierover tevens: E.J.M. van Rijckevorsel-Teeuwen, T.P. Hoekstra, *Aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar naast de contracterende vennootschap*, *WPNR* 2013/6999.

8

HR 14 juni 2013, *NJ* 2013/340, welke norm werd herhaald in Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, *ECLI:NL:GHARL: 2013:5722* en Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, *NJ* 2016/296, m.nt. Perrick.

9

Over de totstandkoming: G.M. ter Huurne, *Nieuwe regels voor de levering van aandelen op naam*, (diss. Groningen), 1994; M. Van Olffen, D.F.M.M. Zaman, *Nieuwe bepalingen omtrent uitgifte en levering van aandelen op naam*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 1994.

10

*Kamerstukken II* 1991/92, 21155, nr. 17, p. 3.

11

*Kamerstukken II* 1991/92, 21155, nr. 17, p. 3-4.

12

*Kamerstukken II* 1991/92, 21155, nr. 17, p. 4-5.

13

Tegenwoordig vindt verplichte registratie plaats bij het Centraal Digitaal Repertorium.

14

De regels voor fraudebestrijding bij notariële tussenkomst zijn door de jaren heen strenger geworden. Ik wijs in dit verband op de uit 2008 stammende WWFT en de specifieke leidraad naleving WWFT voor (kandidaat- en toegevoegd) notarissen en overige instellingen genoemd in art. 1 lid 1 a sub 12 en 13 WWFT uit 2014.

15

Op grond van art. 39 lid 1 Wet op het notarisambt vermeldt de akte ook bepaalde gegevens van gevolmachtigden. Ik ga hier niet verder in op aanvullende eisen die de Wet op het notarisambt stelt.

16

T. Blokland, M. van Olffen, *Uitgifte, verkoop en levering van (beperkte rechten op) aandelen op naam*, 1992, p. 26.

17

Evenzo: C.M. Grundmann-van de Krol, *Uitgifte en levering van aandelen op naam*, 1993, p. 43; Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II\* 2009, nr. 272; R.A. Wolf, GS Rechtspersonen, art. 196 Boek 2 BW, aant. 3.

18

M. van Olffen, D.F.M.M. Zaman, *a.w.*, p. 39.

19

Bij originiaire verkrijgingswijzen zoals verjaring en onteigening is geen levering vereist (art. 3:80 BW).

20

C.M. Grundmann-van de Krol, *Uitgifte en levering van aandelen op naam*, 1993, p. 75. Vgl. D.F.M.M. Zaman, J.J.M. Grapperhaus, *a.w.*, p. 576.

21

Art. 6:24 BW in samenhang met art. 3:84 lid 4 BW. Dit heeft geen terugwerkende kracht.

22

Evenzo ten aanzien van verkrijgingen onder vermeende algemene titel: G.C. van Eck, *a.w.*

23

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 juli 2013, ECLI:NL:GHARL: 2013:5722. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 1 april 2014, *NJ* 2016/296, m.nt. Perrick.

24

Cassatie strandt vervolgens op art. 81 lid 1 RO, nadat ook A-G Timmerman tot verwerping van het beroep had geconcludeerd, zie ECLI:NL:PHR:2015:2332.

25

*Kamerstukken II* 2009/10, 32137, nr. 3, p. 69. Evenzo: Asser/ Kramer & Verhagen 10-III 2015/88, OK 12 maart 2013, *JOR* 2013/135 en E.R. Roelofs, *Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen*, (diss. Utrecht), 2014, § 1.6.5. Vlas lijkt in 2009 een andere mening te huldigen, zie P. Vlas, *a.w.*, nr. 340. Deze bron vermeldt overigens dat het wetsvoorstel 32137 kort na het afsluiten van de kopij was gepubliceerd, zodat daar geen rekening meer mee kon worden gehouden. Echter dat het begrip beëindiging ruim moet worden uitgelegd, volgt reeds uit *Kamerstukken II* 1994/95, 24141, nr. 3, p. 19. Een ruime interpretatie van art. 10:119 BW (f) wordt door Vlas bevestigd in GS Rechtspersonen, art. 10:119 BW, aant. 11, 2014.

26

G.C. van Eck, *Vreemde overgangen onder algemene titel*, *JBN* 2009 (9), 49.

27

In dit geval zal de akte van levering onder de opschortende voorwaarde van het realiseren van de ontbinding worden gepasseerd, omdat er tijdens het ontbindingsproces geen tijd is voor aanvullende vereffeningshandelingen. Voor de volledigheid merk ik op dat de turbo liquidatieprocedure is gecodificeerd in de Wet nr. 5730, die op 13 juli 2016 is aangenomen. Deze wet is op het moment van schrijven nog niet in werking getreden.

28

Asser/Kramer & Verhagen 10-III 2015/89 en 90; P. Vlas, *a.w.*, nr. 347, 348 en 352; E.R. Roelofs, *a.w.*, § 1.6.5 en § 8.6. Bij grensoverschrijdende fusie en splitsing is het toepasselijke recht lastiger vast te stellen, zie de hiervoor aangehaalde literatuur.

29

Evenzo: *Kamerstukken II* 2006/07, 30876, nr. 3, p. 11; Asser/ Kramer & Verhagen 10-III 2015/336; P. Vlas, *Rechtspersonen*, Praktijkreeks IPR, 2009, nrs. 289 en 291.

30

De woonplaats is de statutaire zetel, zie art. 1:10 lid 2 BW.

31

Zie mijn eerdere aanbeveling in: P.P. de Vries, *Exit rights of minority shareholders in a private limited company*, (diss. Groningen), 2010, § 6.6.7.

32

*Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3 (MvT) p. 42.

33

M. van Olffen, D.F.M.M. Zaman, *a.w.*, p. 42-43.

34

Zie de overigens interessante bijdrage: A. van Meurs, *Statutaire beperkingen van de overdraagbaarheid van aandelen op maat: op grond van art. 2:195 lid 4 BW en/of art. 2:192 lid 1 BW*, WPNR 2016/7107, p. 377-379.

35

Evenzo: T. Blokland, M. van Olffen, *a.w.*, p. 43; R.A. Wolf, *GS Rechtspersonen*, art. 196 Boek 2 BW, aant. 3.

36

Overgangsbepaling art. III lid 7 van de Wet van 3 september 1992 houdende wijziging van de regeling van de overdracht van aandelen op naam in naamloze vennootschappen en besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (*Staatsblad* 1992, 458).

37

Vanzelfsprekend is deze overbodig indien de koopovereenkomst daar zelf al in voorziet.

38

Art. 6:269 en 271 BW. Een vergelijkbare verplichting bestaat bij vervulling van een ontbindende voorwaarde, zie hiervoor § 5.

39

R.J. Tjittes, *Remedies bij inbreuken op garanties in overnamecontracten*, *Contracteren* 2015/12, § 4.

40

Deze voorwaarden zijn te vinden in de Koninklijke Beschikkingen van 15 augustus 1988 nr. 33, Hoofdstuk II en nr. 34, zoals laatstelijk gewijzigd bij Koninklijke Beschikking van 8 december 2004 nr. 9.

41

In de praktijk spelen uiteraard nog veel meer aandachtspunten. Men denke bijvoorbeeld aan interne besluitvorming, naleving van de WOR en mededingingsrechtelijke regels, regels rond uitbetaling van de koopprijs en mogelijk verschuldigde overdrachtsbelasting.