

## Economische overdracht, altijd een escape?

### Inleiding

Economische 'overdracht' van vermogen komt regelmatig voor. In de periode voor 1995 betrof dit op grote schaal onroerende zaken; doordat deze economische overdrachten per 31 maart 1995 werden gekwalificeerd als belastbare feiten voor de Wet op belastingen van rechtsverkeer, nam de populariteit van economische overdrachten van onroerende zaken aanzienlijk af. Economische overdracht wordt echter nog regelmatig toegepast, met name in situaties waarin een juridische overdracht van activa en passiva niet of niet tijdig kan worden gerealiseerd in verband met de vereisten die daarvoor gelden. In deze bijdrage bespreek ik of een economische overdracht met betrekking tot verschillende vermogensbestanddelen onbeperkt kan worden toegepast. In deze bijdrage wordt niet ingegaan op eventuele fiscale aspecten, hoewel het begrip in eerste instantie een fiscale oorsprong heeft.

### Begrip economische overdracht

Het is een goede traditie in de literatuur om op te merken dat het begrip economische overdracht of eigendom niet is gedefinieerd in het Burgerlijk Wetboek. Wel is het begrip in verschillende (fiscale) arresten van de Hoge Raad aan de orde gekomen. Kenmerkend voor economische eigendom is het bestaan van een rechtsverhouding tussen de juridisch en economisch eigenaar en de splitsing tussen de juridische eigendom of macht, en de economische gerechtigdheid, inhoudende dat (alle) rechten en verplichtingen ten opzichte van het betrokken vermogensbestanddeel en hiermee het risico van waardeveranderingen van het vermogensbestanddeel aan de economisch eigenaar toekomen. Economische eigendom ontstaat bij overeenkomst en bestaat in beginsel louter uit verbintenisrechtelijke afspraken tussen de juridisch en economisch eigenaar. Van een daadwerkelijke overdracht is geen sprake. In de praktijk wordt vaak door de juridisch eigenaar aan de economisch eigenaar een onherroepelijke volmacht verleend voor het realiseren van de juridische overdracht, alsmede voor het verrichten van andere rechtshandelingen ter zake van het goed.

Uit de aard van de economische eigendom volgt ook een van de grote nadelen: indien de juridisch eigenaar faillieert, valt de juridische eigendom in de failliete boedel en is de economisch eigenaar slechts een concurrente schuldeiser; de eventueel aan hem verstrekte onherroepelijke volmacht tot levering is niet meer te gebruiken. In de praktijk wordt vaak een zekerheidsrecht gecreëerd om de positie van de economisch eigenaar te verbeteren. Een ander nadeel is dat de economische eigendom voor de buitenwereld veelal niet kenbaar is. De juridisch en economisch eigenaar zullen contact moeten onderhouden om eventuele consequenties hiervan te kunnen afhandelen.

## Keuze tot economische overdracht

Zoals in de inleiding is aangegeven, wordt een economische overdracht vaak gehanteerd als een soort (veelal tijdelijke) noodoplossing. Bij een activa-passiva-overname van een onderneming is het niet altijd mogelijk alle vermogensbestanddelen die in de overname betrokken dienen te worden, tijdig te identificeren. Ook bij tijdige identificatie is het soms moeilijk de juridische overdracht vóór een overeengekomen overdrachtsdatum te realiseren, bijvoorbeeld omdat voor deze overdracht de medewerking of toestemming van derden benodigd is. Ten slotte is het denkbaar dat een juridische overdracht op de langere termijn wel is te realiseren, maar dat partijen dit te bewerkelijk en/of kostbaar vinden, bijvoorbeeld omdat de medewerking van diverse derden is vereist of aan veel formaliteiten dient te worden voldaan. In het laatste geval denke men bijvoorbeeld aan een omvangrijke registergoedportefeuille, waarbij de kadastrale gegevens volkomen verouderd zijn. Indien een activa-passiva binnen een concern plaatsvindt, kunnen partijen ook minder belang hechten aan het overdragen van de juridische eigendom.

Het is echter de vraag of deze 'oplossing' in alle gevallen kan worden toegepast. Hierna wordt van een aantal categorieën vermogensbestanddelen geanalyseerd of er belemmeringen bestaan voor een economische overdracht.

### Aandelen

Of aandelen economisch kunnen worden overgedragen en onder welke voorwaarden dit kan geschieden, is aanleiding geweest voor levendige discussies. W.G. Huijgen<sup>1</sup> heeft verdedigd dat, gelet op het beginsel van contractsvrijheid en het hiermee samenhangende systeem van het verbintenisrecht, partijen de vrijheid hebben om overeenkomsten aan te gaan waar men dat ook maar wil. Deze vrijheid zou alleen worden begrensd door artikel 3:40 BW, dat bepaalt dat een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden, openbare orde of met een dwingende wetsbepaling, nietig is. Huijgen merkt op dat er geen wettelijk verbod is ter zake van economische eigendomsoverdrachten en oordeelt dat er ook geen sprake is van ongeoorloofde wetsontduiking (dit is het geval als de overeenkomst niet rechtstreeks in strijd is met de letter van de wet, maar toch kan worden gezegd dat één of meer dwingende wetsbepalingen niet juist worden toegepast). Over het laatste heeft hij in eerste instantie nog enige aarzeling, maar omdat een economisch eigenaar aan zekere risico's wordt blootgesteld, kan volgens Huijgen niet worden gesteld dat hetzelfde resultaat als van een juridische overdracht wordt bereikt. Huijgen acht derhalve de economische overdracht van aandelen mogelijk. Zijn aarzeling wordt niet gedeeld door J.M.M. Maeijer, die met een beroep op de vennootschapsrechtelijke orde een economische

overdracht van aandelen afwijst.<sup>2</sup> Wel beperkt Maeijer dit met name tot de situaties waarin voor een economische overdracht wordt gekozen om de werking van de blokkeringsregeling te frustreren of de inkoopregeling te ontgaan. In andere reacties werden de 'sprookjesachtige verten' uit Huijgens artikel eveneens afgewezen.<sup>3</sup>

Naar mijn mening is de uitleg van statuten mede bepalend voor de toelaatbaarheid van een economische overdracht van aandelen.

In 2002 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen<sup>4</sup> waarbij het onder meer ging om de vraag of op een lidmaatschapsrecht een zekerheidsrecht kan worden gevestigd en of zo'n recht fiduciair kon worden overgedragen. Het oordeel hierover werd gebaseerd op de uitleg van de statuten van de desbetreffende vereniging. Het Hof Amsterdam had geoordeeld dat een statutair verbod tot vervreemding van een lidmaatschapsrecht niet tevens een verbod tot het vestigen van een zekerheidsrecht of tot het overdragen van de fiduciaire eigendom inhield. De Hoge Raad sanctioneerde deze uitleg. Hoewel de overwegingen van het hof niet uitgebreid zijn weergegeven, meen ik dat het hof de statuten letterlijk heeft geïnterpreteerd. Een dergelijke letterlijke interpretatie is in overeenstemming met de benadering van de Hoge Raad waar het betreft overeenkomsten waartoe derden als partij (kunnen) toetreden, c.q. waaraan zij krachtens verenigingslidmaatschap of wetsduiding gebonden worden.<sup>5</sup> In dergelijke situaties is derhalve minder plaats voor toepassing van de Haviltex-formule. De Haviltex-formule bepaalt dat het bij de uitleg van een contractuele bepaling aankomt op de zin die partijen in de omstandigheden van het geval redelijkerwijs aan de bepaling mogen toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.<sup>6</sup> De statuten van een vennootschap vormen voor eenieder een weergave van het vennootschapsrechtelijke regime dat van toepassing is op die vennootschap. Het ligt hierbij minder voor de hand (vergeleken met de uitleg van overeenkomsten, zie hierna) de statuten te laten inkleuren door de bedoelingen van aandeelhouders.

Op basis van een letterlijke interpretatie van een blokkeringsregeling zal het veelal niet verboden zijn om aandelen economisch over te dragen. Immers, in de gebruikelijke regelingen wordt gesproken over 'overdracht' in juridische zin zonder nadere specificering, hetgeen een economische overdracht niet lijkt uit te sluiten. In lijn hiermee wordt aangenomen dat overdracht van certificaten van aandelen die de economische gerechtigdheid tot de onderliggende aan-

1. W.G. Huijgen, *Economische eigendom van aandelen: het vennootschapsrecht opzij gezet*, WPNR (1995) 6166, p. 63.

2. J.M.M. Maeijer, *Reactie*, WPNR (1995) 6182, p. 337.

3. Bestuur Koninklijke Notariële Broederschap, *Reactie*, WPNR (1995) 6167, p. 93; A.H.M. Santen, *Reactie*, WPNR (1995) 6182, p. 335; W. Bosse, *Reactie*, WPNR (1995) 6182, p. 339.

4. HR 7 juni 2002, JOR 2002, 133.

5. T.H. Tanja-van den Broek, WPNR (2002) 6493, p. 430, t.a.p. p. 435.

6. HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB.

delen vertegenwoordigen, kan plaatsvinden zonder inachtneming van de voor de aandelen geldende blokkeringsregeling. Indien de bewoordingen van de blokkeringsregeling voor de aandelen zo ruim zijn opgesteld, dat hieruit moet worden afgeleid dat ook de overdracht van het economisch belang onder de reikwijdte valt, zal de overdracht van certificaten moeten plaatsvinden mede met inachtneming van deze blokkeringsregeling.

Anders dan voor het economisch belang zal de overdracht van de zeggenschapsrechten die zijn verbonden aan het aandeel, in beginsel in strijd zijn met het 'besloten karakter' van een vennootschap zoals dit is neergelegd in de blokkeringsregeling. Algemeen wordt dan ook aangenomen dat de zeggenschapsrechten verbonden aan een aandeel niet zonder inachtneming van de blokkeringsregeling kunnen worden overgedragen en dat voor de uitoefening hiervan niet een volmacht voor onbepaalde tijd (of een langere periode) aan een derde kan worden verstrekt.

### Overeenkomsten

Partijen kunnen ten aanzien van overeenkomsten kiezen uit verschillende benaderingen, bijvoorbeeld:

1. economische overdracht van de rechten en verplichtingen uit een overeenkomst met medewerking van alle contractspartijen (contractsovername ex art. 6:159 BW);
2. cessie van de vorderingsrechten uit een overeenkomst met mededeling aan de contractspartijen (cessie, art. 3:94 BW; ten aanzien van dit artikel is een wetsvoorstel aanhangig om stille cessie van vorderingsrechten mogelijk te maken); en
3. economische overdracht zonder mededeling aan de overige contractspartijen.

In het eerste, waarschijnlijk minst voorkomende geval, is er weinig twijfel dat een economische overdracht mogelijk is.

Met betrekking tot de twee alternatieven zijn de bewoordingen van de overeenkomst van belang, alsmede de verwachtingen van partijen vis-à-vis elkaar ingevolge de Haviltex-formule.

Een economische overdracht kan bijvoorbeeld zijn ingegeven door het feit dat de overeenkomst een juridische overdracht verbiedt. Indien een economische overdracht niet expliciet ook is uitgesloten, dient mijns inziens nog wel aan de hand van de Haviltex-formule te worden nagegaan of een economische overdracht niettemin toelaatbaar is. Men denke bijvoorbeeld aan de overeenkomst die met het oog op de specifieke identiteit van partijen is aangegaan (bijvoorbeeld speciale expertise of marktpositie) en waarbij een verwisseling van contractspartij c.q. een partij die de overeenkomst feitelijk nakomt, onwenselijk zou zijn. Hoewel een dergelijke analyse vaak achterwege wordt gelaten, kunnen de bewoordingen van een overeenkomst, alsmede de partijbedoelingen mijns inziens wel degelijk een economische overdracht beletten.

### Registergoederen

Zoals hiervoor is aangegeven, zijn registergoederen in het verleden op grote schaal economisch overgedragen, maar is de grootste populariteit inmiddels voorbij. Toch kan vanwege de hoeveelheid registergoederen en de bewerkelijkheid van een volledige titelrecherche het nog steeds opportuun zijn registergoederen slechts economisch over te dragen. Een andere reden kan zijn om te voorkomen dat er een vervreemding in de zin van artikel 1 Wet voorkeursrecht gemeenten plaatsvindt. De Hoge Raad heeft dit onder omstandigheden gesanctioneerd,<sup>7</sup> indien partijen bij de overeenkomst de bedoeling hebben gehad om de (door de gemeente nagestreefde) nieuwe bestemming te verwezenlijken. De motivering van de Hoge Raad laat derhalve ook ruimte om een economische overdracht te laten vernietigen door een gemeente op grond van artikel 26 Wet voorkeursrecht gemeenten.

Indien het registergoed verhuurd is, blijft in beginsel de huurovereenkomst tussen de juridisch eigenaar en de huurder in stand bij een economische overdracht. Ook hiervoor is een specifieke contractsovername noodzakelijk, dan wel een cessie. Hoewel mij niet bekend is dat er in de praktijk problemen zijn gerezen, lijkt het mij goed mogelijk dat een huurder niet geconfronteerd wil worden met een andere eigenaar, althans een andere partij, die zich krachtens een volmacht als eigenaar gedraagt. Men denke bijvoorbeeld aan verleende optierechten aan de huurder en de verwachtingen van een huurder omtrent de mate van onderhoud van een gebouw, het toelatingsbeleid van andere huurders en de financiële reputatie van een eigenaar/beheerder. Hoewel een huurder ook bij een juridische overdracht geconfronteerd kan worden met een nieuwe eigenaar, is dit wel beter kenbaar voor een huurder. Denkbaar is dat een huurder zich hiertegen poogt te beschermen in zijn huurovereenkomst. In dergelijke gevallen kan de economische overdracht van het registergoed niet zonder meer plaatsvinden.

### Vergunningen

De economische overdracht van vergunningen is naar mijn mening lastig voor te stellen. Immers, hoe dient de scheiding tussen juridische en economische eigendom bij een vergunning te worden aangebracht? Het begrip economische eigendom is dan nog moeilijker te duiden. Ook kunnen de regelingen op grond waarvan vergunningen worden verleend, verschillende bepalingen omtrent de mogelijkheid van een (juridische) overdracht bevatten. Bij een vergunning is van belang wie de vergunde activiteit mag uitoefenen en wie kan worden aangesproken door het bevoegd gezag als een vergunning niet wordt nageleefd. Partijen zouden bijvoorbeeld wel kunnen overeenkomen dat de economisch eigenaar zich ten opzichte van de juridisch eigenaar verbindt om alle verplichtingen voortvloeiend uit een vergunning op zich te nemen en eventuele schade voort-

7. Onder meer in HR 10 november 2000, NJ 2001, 288.

vloeiend uit het niet naleven van die vergunning voor zijn rekening te nemen. Daarbij kunnen partijen afspraken maken wie contact houdt met het bevoegd gezag. Dit is echter naar mijn mening niet mogelijk met betrekking tot persoonsgebonden vergunningen waarvan vaststaat dat deze niet juridisch kunnen worden overgedragen of waarbij de regeling waarop de vergunning is gebaseerd, dit verbiedt.

### Rechtsgedingen

Bij economische inbreng van rechten of verplichtingen ten aanzien waarvan een burgerrechtelijke procedure aanhangig is, blijft de juridisch eigenaar procespartij. Partijen kunnen wel overeenkomen dat de economisch eigenaar namens de juridisch eigenaar de procedure zal voortzetten en dat hij de vorderingen zal incasseren, respectievelijk de economisch eigenaar zal vrijwaren voor verplichtingen uit hoofde van die procedure.

### Conclusie

Het is mijns inziens niet mogelijk om alle vermogensbestanddelen zonder meer economisch over te dragen. Het soort goed en de omstandigheden van het geval, zoals de bedoelingen van partijen – hieronder begrepen zowel de juridisch eigenaar als de beoogde economisch eigenaar, alsmede de oorspronkelijke contractspartijen – en uitleg van toepasselijke bepalingen in wetten, statuten en overeenkomsten zijn hiervoor bepalend.

*Mr. I. de Vries  
De Brauw Blackstone Westbroek*

Daartoe zal allereerst kort de regeling omtrent het stemrecht op aandelen zoals vastgelegd in artikel 2:228 BW worden besproken.

Artikel 2:228 lid 1 BW bevat drie hoofdbeginselen: (1) alleen aandeelhouders hebben stemrecht, (2) iedere aandeelhouder heeft ten minste één stem, en (3) de statuten kunnen bepalen dat een aandeelhouder niet gerechtigd is tot uitoefening van het stemrecht zolang hij in gebreke is te voldoen aan een wettelijke of statutaire verplichting. Het stelsel van het evenredige stemrecht (art. 2:228 lid 2 en 3 BW) is de hoofdregel en wordt in de praktijk dan ook bijna altijd gebruikt. Uitgangspunt hierbij is dat het stemrecht wordt bepaald door de nominale waarde van de aandelen, zodanig dat indien de (soorten) aandelen verschillende nominale waarden hebben, de aandelen met de laagste nominale waarde recht geven op één stem en de overige aandelen recht geven op het aantal dat gelijk is aan het aantal malen dat de laagste nominale waarde is begrepen in die andere aandelen. Indien er twee soorten aandelen zijn met respectievelijk een nominale waarde van 10 euro en 100 euro, geven de aandelen groot 10 euro recht op 1 stem en die van 100 euro recht op 10 stemmen.

Er zijn twee mogelijkheden om af te wijken van het stelsel van het evenredige stemrecht. De eerste mogelijkheid is om gebruik te maken van het stelsel van het degressieve stemrecht (art. 2:228 lid 4 BW). Volgens dit stelsel mag men het stemrecht zo beperken, dat bij een groter bedrag aan aandelen het aantal stemmen niet in dezelfde mate stijgt. Dit stelsel komt erop neer dat er in de statuten verschillende categorieën van nominale waarden worden gemaakt waaraan een bepaald aantal stemmen wordt toegekend. Het is dus mogelijk om in de statuten vast te leggen dat, indien de aandelen een nominale waarde van 1000 euro hebben, iemand die aandelen houdt met een totale nominale waarde van 1000 tot 5000 euro, één stem kan uitoefenen, en van 5000 tot 10.000 euro twee stemmen. Bij het creëren van categorieën moet men wel in acht nemen dat de bepaling niet voordeliger mag zijn voor een aandeelhouder met meer (nominaal) aandelenkapitaal. Het omgekeerde is echter wel mogelijk. Verder moet het stemrecht voor aandeelhouders met een gelijk bedrag aan aandelen gelijk zijn.

De tweede mogelijkheid om af te wijken van het evenredige stemrecht is door gebruik te maken van het stelsel van het volstrekt beperkte stemrecht (art. 2:228 lid 5 BW). Dit stelsel houdt in dat indien iedere aandeelhouder ten minste één stem heeft, de regeling van het stemrecht geheel vrij is, mits geen aandeelhouder meer dan zes of drie stemmen mag uitbrengen, al naargelang het maatschappelijke kapitaal in 100 of meer, dan wel in minder dan 100 aandelen is verdeeld. Dit stelsel gaat uit van de relatie tussen de aandelen en de stemmen waarbij het bezit van (soorten) aandelen het aantal stemmen bepaalt.