

Wettelijk pandrecht bij certificering zonder vergaderrecht: ongewenst, niet onmogelijk!

I. Inleiding en vraag

1. Op grond van het bepaalde in het tweede lid van artikel 3:259 BW kan ten behoeve van de houders van certificaten van aandelen een wettelijk pandrecht op deze aandelen ontstaan.¹ Onder het oude recht² ontstond zo'n wettelijk pandrecht van rechtswege indien de NV of de BV "medewerking" verleende aan de uitgifte van certificaten van de aandelen. Bij de aanpassing van het BV-recht in 2012 is onder andere de term "medewerking" uit Titel 5 van Boek 2 BW verdwenen en is het "vergaderrecht" geïntroduceerd. Voor de NV is de regeling niet gewijzigd en is het verlenen van medewerking aan certificering nog bepalend voor het ontstaan van het wettelijk pandrecht.

Naar aanleiding van de wijzigingen van het BV-recht is (uiteindelijk) ook artikel 3:259 lid 2 BW aangepast. In een poging zowel de regeling voor de NV als de nieuwe regeling voor de BV in één artikellid te vangen, is de wetgever wat kort door de bocht gegaan. De huidige tekst van artikel 3:259 lid 2 BW roept de vraag op, of het nog steeds mogelijk is dat een wettelijk pandrecht op aandelen ontstaat wanneer de BV medewerking verleent aan de uitgifte van certificaten. Ook als er geen vergaderrecht aan de certificaten verbonden is.

2. In deze bijdrage bekijk ik eerst nog eens kort wat "medewerking" in dit verband inhoudt. Vervolgens sta ik stil bij de vraag of het onder het huidige BV-recht nog mogelijk is om als vennootschap medewerking aan de certificering van aandelen te verlenen. Aan de hand van de aanpassing van artikel 3:259 lid 2 BW beantwoord ik tenslotte de vraag of het mogelijk is dat een wettelijk pandrecht ontstaat op gecertificeerde aandelen, terwijl aan de certificaten geen vergaderrecht is verbonden.

II. Wat is medewerking?

3. Vóór de invoering van het nieuwe BV-recht werden in Boek 2 BW aan "houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van haar aandelen" diverse rechten toegekend,³ in dit artikel vat ik al deze rechten onder de noemer "certificaathoudersrechten". Op grond van artikel 3:259 lid 2 BW ontstond daarnaast ten behoeve van de gezamenlijke certificaathouders van rechtswege een wettelijk pandrecht op de



Mr. L.W. Kelterman*

gecertificeerde aandelen indien de vennootschap *medewerking* verleende aan de uitgifte van de certificaten. Destijds luidde dit artikel (mijn onderstreping, LWK):

"Zijn de oorspronkelijke aandelen of schuldvorderingen op naam gesteld en de certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen of schuldvorderingen, dan verkrijgen de certificaathouders tevens gezamenlijk een pandrecht op die aandelen of schuldvorderingen. Zijn de certificaten uitgegeven voor schuldvorderingen op naam zonder medewerking van de schuldenaar, dan verkrijgen de certificaathouders een zodanig pandrecht door mededeling van de uitgifte aan de schuldenaar. Zijn de certificaten uitgegeven voor aandelen of schuldvorderingen aan toonder, dan verkrijgen de certificaathouders een zodanig pandrecht, zonder dat het papier in de macht van de certificaathouders of een derde behoeft te worden gebracht."

* Notaris te Amsterdam en voorzitter van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON). (l.kelterman@vbcnotarissen.nl)

1. Zie over het wettelijk pandrecht o.a.: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/672, Van der Heijden & Van der Grinten/Dortmond, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 2013/197, F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), serie monografieën van der Heijden Instituut deel 35, Kluwer Deventer 1991, p. 180-192, H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, 2017/523, R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV*, 2013, Den Haag: Kluwer, en L.W. Kelterman, "Het wettelijk pandrecht: afgeleid of eigen karakter?", *V&O* 2009, afl. 9, p. 172 e.v.

2. Daarmee bedoel ik het recht zoals dat gold vóór de invoering van de flex bv-wetgeving per 1 oktober 2012.

3. Een greep uit de certificaathoudersrechten, zie de artikelen: 2:220 lid 2 (op laten roepen algemene vergadering), 223 en 224 (inzake de oproeping), 227 lid 2 (vergaderrecht), 238 (verbod op besluitvorming buiten vergadering), 329 (inzake inzage recht bij fusie) en 334dd (idem, bij splitsing).

De achterliggende gedachte dat alleen aan houders van deze ‘bewilligde’ certificaten een gezamenlijk wettelijk pandrecht toekwam, lag in het waarborgen van de beslotenheid van de vennootschap. Dat besloten karakter moest niet doorbroken kunnen worden door uitwinning van een wettelijk pandrecht door houders van certificaten die zonder medewerking van de vennootschap waren uitgegeven.⁴

4. De vraag of door de vennootschap medewerking was verleend, was een louter feitelijke aangelegenheid die afhing van concrete omstandigheden. In de literatuur is een aantal omstandigheden beschreven die tot de constatering kunnen leiden dat de vennootschap haar medewerking had verleend aan de certificering van de aandelen.⁵

Zo was een belangrijke aanwijzing voor medewerking, dat de vennootschap de kosten voor de certificering voor haar rekening nam. En dat gold natuurlijk ook voor het geval dat de administratievoorwaarden (en/ of de statuten van de vennootschap) expliciet bepaalden dat de vennootschap medewerking kon verlenen, of zelfs dat de vennootschap medewerking zou verlenen aan iedere certificering van aandelen.

5. Ingewikkelder werd het in de gevallen dat gesteld werd dat de vennootschap medewerking had verleend door “het initiatief te nemen”. Dat initiatief hield niet zozeer in dat er een “*op certificering gerichte daad*” vereist was.⁶ Voor medewerking was voldoende dat uitdrukkelijk of stilzwijgend was gebleken van het (willen) bevorderen van de certificering. Er werd wel gesproken van “*handeling gericht op de bevordering van certificering*”.⁷

Anderzijds ging het weer te ver te stellen dat medewerking werd verleend doordat een daartoe aangewezen orgaan goedkeuring verleende onder de statutaire blokkeringsregeling of doordat de vennootschap de levering aan het administratiekantoor erkende.⁸

Wel kon de omstandigheid dat bestuurders of commissarissen als zodanig lid van het bestuur van het administratiekantoor waren of dat een orgaan van de vennootschap de bestuursleden benoemde, als medewerking worden opgevat.⁹ En ook bij rechtstreekse uitgifte van aandelen door de vennootschap aan het administratiekantoor zal van medewerking sprake zijn geweest.¹⁰

6. Uit het vorenstaande blijkt dat een (expliciet of formeel) besluit van een vennootschappelijk orgaan om medewerking te verlenen niet nodig was. De medewerking kon worden afgeleid uit feitelijke omstandigheden of gebeurtenissen.¹¹ Deze kon zelfs achteraf nog, dus na de uitgifte van certificaten, worden gegeven.¹² De medewerking kon overigens niet achteraf worden ingetrokken of onder voorwaarden gebeuren, het ging immers om een feitelijke handeling (of samenstel van handelingen). En als eenmaal medewerking was verleend voor uitgifte van certificaten, dan gold dat ook voor alle latere uitgiften onder dezelfde administratievoorwaarden door hetzelfde administratiekantoor.¹³

7. Het was mogelijk de medewerking uit te sluiten in de statuten van de vennootschap, de administratievoorwaarden of bij de rechtshandeling waarbij de certificaten werden uitgegeven. Als bovendien de certificaathouders de administratievoorwaarden accepteerden (door aanvaarding van de certificaten waarop deze van toepassing zijn), leidden deze omstandigheden ertoe dat er geen medewerking was verleend aan de uitgifte van certificaten.¹⁴

III. Aanpassing van het BV-recht: medewerking vervangen door vergaderrecht

8. Dat het begrip “medewerking” vragen opriep, zal duidelijk zijn. Dat constateerden de Expertgroep onder leiding van De Kluisver en de minister ook.¹⁵ Het onderscheid tussen mét en zónder medewerking uitgegeven certificaten van aandelen, was tot de aanpas-

4. NvW, Parl. Gesch. Vaststellingswet Boek 3 NBW, p. 570, Van den Ingh, a.w. p. 100-101 en J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (diss. Maastricht), 1996, p. 81.
 5. Zie Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678, alsmede de literatuur waarnaar daarin verwezen wordt.
 6. KB 16 september 1976, NV 1977, p. 18 (Douwe Egberts).
 7. Van den Ingh, a.w., p. 88.
 8. Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678.
 9. Van den Ingh, a.w., p. 89.
 10. Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678.
 11. Zie in dezelfde zin: Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678.
 12. Van den Ingh, a.w., p. 92 en Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678.
 13. Van den Ingh, a.w., p. 96 e.v.
 14. OK: 21 juni 2007, JOR 2007/182 (The Greenery) en: Asser/Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/678, Van der Heijden & Van der Grinten/Dortmond, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, 2013/197; Van den Ingh, a.w. p. 91; H.J. Portengen en I.C.P. Groenland, “Bewilliging van certificaten van aandelen”, WPNR 2003/6559, p. 947 e.v.
 15. Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p. 81 (MvT).

sing van het BV-recht echter wel van groot belang voor de (rechts)positie van de certificaathouder en daardoor ook voor die van de aandeelhouders. Niet alleen had de houder van met medewerking uitgegeven certificaten de certificaathoudersrechten, maar ook was het voor de aandeelhouders niet mogelijk om buiten vergadering aandeelhoudersbesluiten te nemen als deze certificaten met medewerking van de vennootschap uitgegeven waren. Of achteraf bleken te zijn. Indien er geen medewerking verleend was, gold dit allemaal niet. Het was dus van groot belang dat met zekerheid kon worden vastgesteld of certificaten wel of niet met medewerking van de vennootschap waren uitgegeven.

9. Om de onzekerheid weg te nemen, heeft de wetgever het bij de aanpassing van het BV-recht in 2012 over een heel andere boeg gegooid. In de regelingen waarin aan met medewerking uitgegeven certificaten rechtsgevolgen (certificaathoudersrechten) werden verbonden, heeft hij een verwijzing naar “vergadergerechtigden” opgenomen. En in artikel 2:227 lid 2 BW is heel duidelijk bepaald wie dat dan zijn. Een certificaathouder heeft op grond van het bepaalde in dat artikel vergaderrecht indien hij certificaten houdt “*waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden*”. Kortom: uit de statuten blijkt of de certificaathouder vergaderrecht heeft, of in ieder geval hoe dat kan worden vastgesteld, “*bij de statuten*” laat immers een nadere invulling open.¹⁶ Voor de vaststelling of een certificaathouder certificaathoudersrechten heeft is dus niet langer relevant of hij de certificaten met medewerking van de vennootschap heeft verkregen of niet, maar of aan de door hem gehouden certificaten vergaderrecht is verbonden.

IV. Aanpassing van artikel 3:259 BW

10. In eerste instantie zag de minister in het vorenstaande geen aanleiding om artikel 3:259 lid 2 BW aan te passen. De overweging daarbij was, dat het artikel een algemene regeling bevat die tevens ziet op certificaten van aandelen in een NV en op certificaten van schuldvorderingen. Aanpassing van de formulering van deze bepaling werd niet nodig geacht, omdat artikel 2:227 BW tot gevolg zou hebben

“dat bij de toepassing van artikel 3:259 BW ten aanzien van certificaten van aandelen in een BV slechts medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen aangenomen kan worden, als sprake is van certificaten waaraan

vergaderrecht in de zin van art. 2:227 BW is verbonden.”¹⁷

Hieraan lijkt dus het hybride idee ten grondslag te liggen dat het toekennen van vergaderrecht aan certificaten leidt tot de (wettelijke) aannahme dat medewerking is verleend.

11. Later is de minister hierop teruggekomen en is aan de eerste volzin van artikel 3:259 lid 2 BW toegevoegd ‘*of is er bij de statuten vergaderrecht verbonden aan de certificaten van aandelen*’. In de nota van wijziging wordt als reden daarvoor aangegeven dat in het BV-recht niet meer de medewerking door de vennootschap aan de uitgifte van de certificaten relevant is, maar het feit of de statuten vergaderrecht aan certificaten van aandelen toekennen.¹⁸ Volgens de minister kan er dan

“geen sprake meer zijn van een categorie van houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, maar waaraan niet in de statuten vergaderrechten zouden zijn toegekend.”¹⁹

V. Geen medewerking meer?

12. Met betrekking tot het laatste vraag ik me af of dat waar is. Is het niet eerder zo, dat de voorheen aan die medewerking verbonden rechtsgevolgen (het hebben van certificaathoudersrechten) nu verbonden zijn aan een andere situatie, namelijk dat er vergaderrecht verbonden is aan de certificaten? De minister lijkt dat ook te bedoelen wanneer hij eerst schrijft (zie hiervoor):

16. De invoering van deze regeling en dan met name de overgangsregeling daarbij heeft overigens voor de nodige hoofdbreken gezorgd; zie daarover bijvoorbeeld: G.J.C. Rensen, “Bewilligde certificaten en overgangsrecht Wet Flex-BV”, WPNR 2014/7011, p. 298 en de reactie daarop van R.A. Wolf in WPNR 2014/7026, p. 661.

17. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, 3, p. 83 (MvT). Zie ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 32426, 3, p.6-7 (MvT) en *Kamerstukken II* 2010/11, 32426, 7, p. 7-8 (NV II).

18. Tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II* 2011/12, 32426, 23, p.2. en Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2011/12, 32426, A, p. 16), waarover Wolf terecht schrijft dat daarin een verschrijving staat en dat art. 3:259 lid 2 BW bedoeld moet zijn (Zie R.A. Wolf, “Het certificaat van aandeel in de B.V. met (flexibel) vergaderrecht en (zonder) wettelijk pandrecht ex art. 3:259 BW of (met) pandrecht ex art. 2:198 BW”, *TvOB* 2016-5, p. 149).

19. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 32-33.

“dat bij de toepassing van artikel 3:259 BW ten aanzien van certificaten van aandelen in een BV slechts medewerking (mijn onderstreping, LWK) van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen aangenomen kan worden, als sprake is van certificaten waaraan vergaderrecht in de zin van art. 2:227 BW is verbonden,”

waarmee hij uitlegt waarom artikel 3:259 lid 2 BW niet wordt aangepast. En daarna, bij de uitleg waarom bij nader inzien wel aanpassing van het artikel nodig is:

“niet meer de bewilliging (mijn onderstreping, LWK) door de vennootschap van de uitgifte van de certificaten relevant is, maar het feit of de statuten vergaderrecht aan certificaten van aandelen toekennen.”

In beide passages wordt er naar mijn idee vanuit gegaan dat certificaten met en zonder medewerking kunnen worden uitgegeven en dat daarnaast aan die certificaten wel of geen vergaderrecht verbonden kan zijn. Dat lijkt me ook geheel juist, aangezien ten aanzien van de medewerking slechts een feitelijke constatering wordt gedaan en de vraag naar het vergaderrecht juist op grond van rechtsregels wordt beantwoord. Het ene staat los van het andere.

Het vorenstaande leidt tot de conclusie, dat er wel degelijk sprake kan zijn van een categorie van houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, maar waaraan niet bij de statuten vergaderrechten zijn verbonden.

VI. Wettelijk pandrecht op aandelen zonder vergaderrecht: ongewenst, niet onmogelijk

13. Als ik nu met de conclusie uit paragraaf V in gedachten kijk naar artikel 3:259 lid 2 BW, dat luidt:

Zijn de oorspronkelijke aandelen (...) op naam gesteld en de certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen (...), dan verkrijgen de certificaathouders tevens gezamenlijk een pandrecht op die aandelen (...).

lijkt het nog steeds mogelijk dat van rechtswege een wettelijk pandrecht op aandelen in een BV ontstaat wanneer deze met medewerking van de vennootschap worden gecertificeerd. Ongeacht of daaraan vergaderrecht is toegekend of niet.

De minister stelt in de hiervoor aangehaalde passages dat *in het BV-recht* niet meer de

bewilliging door de vennootschap van de uitgifte van de certificaten relevant is. Ik ga er maar vanuit dat hij niet heeft bedoeld dat die daarbuiten, in Boek 3 BW bijvoorbeeld, nog wel relevant is.

Het lijkt niet in lijn met de aanpassing van het BV-recht en daarmee samenhangend de aanpassing van artikel 3:259 lid 2 BW te liggen, dat medewerking door de vennootschap nog steeds kan leiden tot het ontstaan van een wettelijk pandrecht op gecertificeerde BV-aandelen. Niettemin lijkt de gebrekkige aanpassing van het artikel deze mogelijkheid open te laten. En bestaat er dus een risico voor de praktijk!

Aanpassen artikel 3:259 lid 2 BW, uitsluiten medewerking of uitsluiten pandrecht

14. In veel gevallen zal het op zijn zachtst gezegd buitengewoon onwenselijk zijn als certificaathouders zonder vergaderrecht van rechtswege een pandrecht op de gecertificeerde aandelen verkrijgen. Denk bijvoorbeeld aan werknemersparticipaties of gevallen waarin certificering gebruikt wordt om te verzekeren dat de stemrechten in één hand blijven ingeval van echtscheiding (blijkens de Memorie van Toelichting op wetsvoorstel 31058 twee van de meest voorkomende redenen voor certificering van aandelen²⁰). Ook zal een financier met een pandrecht op de aandelen onaangenaam verrast zijn als er een wettelijk pandrecht vóór zijn zekerheidsrecht blijkt te zitten (of na zijn pandrecht, als jonger zekerheidsrecht ontstaat zonder dat hij daarop invloed heeft kunnen uitoefenen).

15. Teneinde dit risico geheel uit te sluiten, zal artikel 3:259 lid 2 BW moeten worden aangepast. Daarbij zou dan gewoon expliciet moeten worden gemaakt hoe het zit, namelijk dat het wettelijk pandrecht op aandelen in een BV slechts ontstaat indien aan de gecertificeerde aandelen vergaderrecht is toegekend.

Tot die tijd doet men er in de praktijk verstandig aan te voorkomen dat het wettelijk pandrecht onbedoeld ontstaat. Dat kan door in de statuten van de vennootschap, de administratievoorwaarden en/ of

20. Kamerstukken II 2006/07, 31058, 3, p.81 (MvT).

bij de rechtshandeling waarbij de certificaten worden uitgegeven:

- (i) de medewerking door de vennootschap uit te sluiten; en
- (ii) het ontstaan van het wettelijk pandrecht op de aandelen uit te sluiten, dan wel door alle certificaathouders afstand daarvan te laten doen.²¹

VII. Ten slotte

16. In dit artikel heb ik beschreven dat door de wijze waarop artikel 3:259 lid 2 BW is aangepast, het niet onmogelijk is dat nog steeds een wettelijk pandrecht op gecertificeerde BV-aandelen ontstaat als komt vast te staan dat de vennootschap medewerking aan de certificering heeft verleend. Ook wanneer geen vergaderrecht aan de certificaten is verbonden. Dat is uiteraard zeer onwenselijk en daarom moet artikel 3:259 lid 2 BW nogmaals worden aangepast. Daarbij zal dan uitdrukkelijk moeten worden bepaald dat bij een BV slechts een wettelijk pandrecht op gecertificeerde aandelen kan ontstaan indien aan de certificaten daarvan bij de statuten vergaderrecht verbonden is.

Tot die tijd zal in de praktijk gebruik moeten worden gemaakt van de hiervoor geschetste mogelijkheden om het ontstaan van het wettelijk pandrecht te voorkomen, zodat daarover op geen enkel moment onduidelijkheid kan komen te bestaan.

21. Kelterman, t.a.p., p. 174, en Hamers, a.w., p. 81, zijn van mening dat het ontstaan van het wettelijk pandrecht statutair kan worden uitgesloten. R.A. Wolf schrijft in "Het certificaat van aandeel in de B.V. met (flexibel) vergaderrecht en (zonder) wettelijk pandrecht ex art. 3:259 BW of (met) pandrecht ex art. 2:198 BW", TvOB 2016-5, p. 152, dat zulks niet mogelijk is, maar als ik hem goed begrijp heeft Wolf geen bezwaar tegen het uitsluiten van medewerking in de statuten. Ook in Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/672 staat geschreven dat statutaire uitsluiting niet mogelijk is. Afstand door *alle certificaathouders gezamenlijk* is evenwel steeds mogelijk.