De betrokkenheid bij de niet-nakoming van een overeenkomst die op grond van het kartelrecht nietig is, kan immers per definitie niet tot aansprakelijkheid leiden. Daarnaast is in de Duitse literatuur betoogd dat de bepalingen van de richtlijnen die zijn uitgevaardigd op het gebied van oneerlijke concurrentie (de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn misleidende en vergelijkende reclame) leidinggevend zouden moeten zijn om te bepalen of de betrokkenheid van een derde bij contractbreuk oneerlijke concurrentie oplevert. Dit zou impliceren dat een derde alleen aansprakelijk kan worden gesteld wanneer hij gebruik heeft gemaakt van misleidende of agressieve middelen, of wanneer zijn gedrag leidt tot een objectieve vermindering van de concurrentie. Het is echter twijfelachtig dat de Europese wetgever met deze richtlijnen ook heeft beoogd om oneerlijke handelspraktijken in horizontale verhoudingen volledig te harmoniseren. De richtlijnen zien immers primair op de bescherming van consumenten.

De betrokkenheid van derden bij contractbreuk heeft wel een plaats gekregen in de *Draft Common Frame of Reference*. In art. VI.-2:211 van dit *soft law*-instrument staat dat de schade die het gevolg is van het aanzetten tot de niet-nakoming van een verbintenis voor vergoeding in aanmerking komt. In mijn proefschrift onderzoek ik of het haalbaar en wenselijk is dat er ook een 'harde' Europese regel wordt ingevoerd. Mijns inziens is harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in het algemeen op korte tot middellange termijn niet realistisch. De totstandkoming van een algemeen Europees onrechtmatigedaadsrecht, anders dan een Europees contractenrecht, heeft niet de prioriteit van de Europese wetgever. Dat wil echter niet zeggen dat harmonisatie geheel moet worden uitgesloten. Op het terrein van oneerlijke concurrentie, dat in verschillende rechtsstelsels, waaronder Nederland, als deelgebied van de onrechtmatige daad wordt beschouwd, zijn immers al wel uniforme materiële rechtsregels tot stand gekomen. Intussen zijn ook concrete stappen ondernomen om oneerlijke handelspraktijken in (weliswaar verticale) *business-to-business*-verhoudingen te harmoniseren. De belangstelling van de Europese wetgever voor de harmonisatie van regels op het gebied van oneerlijke concurrentie kan worden verklaard door het belang van de interne markt bij het creëren van een gelijk speelveld, waarbij voor alle concurrenten dezelfde concurrentievoorwaarden gelden. Ik concludeer dan ook dat harmonisatie van de aansprakelijkheid wegens derdenbetrokkenheid bij contractbreuk in ondernemingsverhoudingen wenselijk is en – gezien de eerdere succesvolle initiatieven van de Europese wetgever op het terrein van oneerlijke concurrentie – ook realistisch.

In mijn proefschrift staan tevens aanbevelingen over de inhoud van een toekomstige uniforme regeling. Ik onderzoek of de *common core* als basis kan dienen voor een Europese regel en concludeer dat de op grond van de rechtspraak van de onderzochte Europese rechtsstelsels geïdentificeerde gemeenschappelijke kern te beperkt van omvang is. Wanneer zij echter wordt aangevuld met algemeen aanvaarde beginselen van oneerlijke concurrentie, die zijn terug te vinden in reeds tot stand gekomen Europese regelgeving, kan de *common core* echter wel een geschikte grondslag vormen voor harmonisatie.

*Mw. mr. dr. L.M. van Bochove**

* Universitair docent aan de Erasmus School of Law, sectie Internationaal Privaatrecht en Rechtsvergelijking. (vanbochove@law.eur.nl)

RECHTSVRAGENRUBRIEK

Reactie op "Bewilligde certificaten en overgangsrecht Wet Flex-BV" van mr. dr. G.J.C. Rensen in WPNR (2014) 7011

In de rechtsvragenrubriek van het *WPNR* 2014 (7011) gaat G.J.C. Rensen in op de positie van de bewilligde certificaathouder en het overgangsrecht van de Wet flex-BV.

Rensen betoogt dat (i) art. V.2 lid 6 Overgangsrecht van de Wet flex-BV inschrijving van de bewilligde certificaathouder in het aandeelhoudersregister constitutief voor zijn vergaderrecht is, in ieder geval totdat de door het overgangsrecht voorgeschreven statutenwijziging heeft plaatsgevonden waarbij conform art. 2:227 BW aan de door hem gehouden certificaten vergaderrecht wordt toegekend en (ii) indien deze inschrijving niet uiterlijk 30 september 2013 heeft plaatsgevonden de bewilligde certificaathouder geen vergaderrecht (meer) heeft, omdat de inschrijvingstermijn van een jaar als een vervaltermijn te beschouwen is.[1]

1. In gelijke zin: Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIA 2013/280.

Toegegeven zij dat de overgangsregeling en de toelichting van de wetgever daarop niet uitblinken in duidelijkheid of, zoals de rechtsvragenrubriek aantoont, op zijn minst vragen oproept. Niettemin is mijns inziens ook een andere visie dan die van Rensen zeer wel verdedigbaar. Naar mijn mening heeft de niet-inschrijving niet tot gevolg dat het aan de bewilligde certificaten verbonden vergaderrecht vervalt.

Met Rensen ben ik van mening dat de registratie van de certificaathouders met vergaderrechten in het aandeelhoudersregister is opgenomen om het vergaderrecht te faciliteren en dat voor de vraag of aan certificaten vergaderrecht is toegekend conform art. 2:227 lid 2 BW slechts de statuten beslissend zijn. De opname van de houders van certificaten met vergaderrecht in het aandeelhoudersregister is van belang, zodat de vennootschap op de hoogte is wie zij bij de organisatie van de algemene vergadering zal moeten oproepen.[2] Dat geldt te meer, omdat art. 2:223 BW naar huidig recht bepaalt dat de oproeping tot de algemene vergadering geschiedt door middel van oproepingsbrieven gericht aan de adressen van de aandeelhouders en overige vergadergerechtigden, zoals deze zijn vermeld in het aandeelhoudersregister als bedoeld in art. 2:194 BW. Onder het oude recht bepaalde art. 2:223 lid 2 BW (oud) dat houders van bewilligde certificaten worden opgeroepen door aankondiging in een landelijk verspreid dagblad. De statuten konden deze oproeping anders regelen, hetgeen in de praktijk ook vaak geschiedde. Met andere woorden: de opname van de bewilligde certificaathouder in het aandeelhoudersregister is gelet op art. 2:194 en 223 BW thans essentieel.[3] Uit dat register zal moeten blijken of een certificaathouder vergadergerechtigd is,[4] terwijl op de vraag of aan een certificaat vergaderrecht verbonden is de statuten uitsluitsel zullen moeten geven.

In het licht van deze kenbaarheid moet, zo komt mij voor, het overgangsrecht ten behoeve van de bewilligde certificaathouder worden gezien. Daarbij geldt:

> "Bestendiging van de huidige situatie is uitgangspunt van de regeling voor certificaathouders (zie ook Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 83). Alle houders van certificaten die nu aanspraak kunnen maken op aanwezigheid bij de algemene vergadering, dienen onder de nieuwe regeling als vergadergerechtigd te worden aangemerkt."[5]

Direct daarna vervolgt de wetgever:

> "Het is echter van groot belang de invoering van het wetsvoorstel bv-recht zo geruisloos mogelijk te doen verlopen, met zo weinig mogelijk incidentele lasten (...). Daarom is voor de volgende oplossing gekozen. Uitgangspunt is de kenbaarheid van de aanwezigheid van bewilligde certificaathouders door middel van opname in het register. Zij dienen persoonlijk uitgenodigd te worden voor de algemene vergadering, aldus het nieuwe artikel 223. Opname in het register dient na inwerkingtreding van de wet dan ook zo snel mogelijk plaats te vinden. Is die opname nog niet afgerond op het moment waarop de eerste algemene vergadering na de datum van inwerkingtreding van het nieuwe bv-recht wordt gehouden, dan zal van die vergadering alsnog aankondiging moeten worden gedaan in een dagblad overeenkomstig het huidige artikel 223 lid 2. Zijn alle namen bekend en in het register opgenomen, dan kan worden overgestapt op de bijeenroeping overeenkomstig het nieuwe artikel 223."[6]

Ook uit dit citaat volgt dat de 'kenbaarheid' centraal staat en tevens de wens met zo weinig mogelijk incidentele en administratieve lasten het nieuwe BV-recht in te voeren. Om die reden is bijvoorbeeld de verplichting om binnen vijf jaar na inwerkingtreding van het wetsvoorstel de statuten te wijzigen om aan de bewilligde certificaten vergaderrecht te verbinden uit een eerder voorstel geschrapt.[7]

Leest men verder, dan overweegt de wetgever:

> "Uiteindelijk dient de volledige opname in het register binnen een jaar na de datum van inwerkingtreding afgerond te zijn (zie artikel V.2 lid 1 van het wetsvoorstel). De aanwezigheid van certificaathouders met vergaderrechten hoeft dus geen aanleiding te zijn voor een onmiddellijke statutenwijziging. De vergaderrechten blijken immers uit het aandeelhoudersregister zodra dat is bijgewerkt. Maar uiteindelijk zullen de statuten wel bij de eerstvolgende gelegenheid (...) aangepast moeten worden (zie artikel V.2 lid 6 van het wetsvoorstel). Daardoor zijn de incidentele lasten verwaarloosbaar."[8]

Mijns inziens kan uit dit citaat en evenmin uit de door Rensen aangehaalde citaten[9] niet – en zeker niet expliciet – worden afgeleid dat sprake is van een vervaltermijn, juist omdat de wetgever de situatie onder oud recht wenst te bestendigen met zo min mogelijk administratieve lasten voor de ondernemer. Weliswaar is de formulering van de wetgever dwingend, maar wat de gevolgen zijn van niet-nakoming van de verplichting tot registratie is niet duidelijk.

2. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 48 (MvT).
3. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 78 en 83 (MvT).
4. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81 (MvT).
5. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 14-15.
6. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 15.
7. Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 15 en 16.
8. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 15.
9. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 38 en *Kamerstukken II* 2009/10 32 426, nr. 7, p. 33.

Het komt mij voor dat het vooral als een aansporing richting (het bestuur van) de vennootschap moet worden gezien om tot registratie van de bewilligde certificaathouder in het aandeelhoudersregister over te gaan vanwege de nieuwe oproepingsvereisten ex art. 2:223 BW voor die certificaathouder.[10]

Denkbaar is de situatie waarin certificaten onder het oude recht altijd als bewilligd zijn beschouwd. De vennootschap, haar organen en de certificaathouder hebben daarnaar steeds gehandeld. Na inwerkingtreding van de Wet flex-BV is het bestuur van de vennootschap echter vergeten deze certificaathouder in te schrijven en evenmin heeft de certificaathouder de vennootschap verzocht hem als vergadergerechtigde in het aandeelhoudersregister in te schrijven (het door Rensen genoemde 'stilzitten'). Ook een andere situatie is denkbaar. In een familievennootschap heeft certificering met medewerking van de vennootschap plaatsgevonden en daarnaar is ook telkens gehandeld. Na de inwerkingtreding van de Wet flex-BV is de pais en vree verstoord. Het bestuur weigert de bewilligde certificaathouders als vergadergerechtigden in het aandeelhoudersregister in te schrijven. In het eerste geval is sprake van onhandigheid; in het tweede geval van pesterij.[11] Het lijkt mij geen verdedigbaar standpunt dat aan deze certificaathouders wegens de niet-inschrijving geen vergaderrecht (meer) toekomt. De vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid verzet zich naar mijn mening daartegen.[12]

Voorts ligt het om een andere reden niet voor de hand dat door niet-inschrijving het vergaderrecht vervalt. Aan de houder van een bewilligde certificaat kwam onder oud recht ook het wettelijk pandrecht ex art. 3:259 BW toe. Dat artikel is met de inwerkingtreding van de Wet flex-BV alleen qua terminologie veranderd: de houder van een certificaat met vergaderrecht komt dat pandrecht toe. Verval van het vergaderrecht wegens niet tijdige inschrijving zou ook verval van dit pandrecht inhouden, zo borduur ik op het standpunt van Rensen voort. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van de Wet flex-BV zijn over deze situatie vragen gesteld. De vraag was of het wettelijk pandrecht vervalt indien niet binnen vijf jaar (de termijn volgens een eerder wetsontwerp) na inwerkingtreding van de wet in de statuten het vergaderrecht van bewilligde certificaten opgenomen is, en zo ja, wat daarvan de grondslag is. De minster antwoordde:

> "Er is dan ook geen probleem meer met de pandrechten, zoals door de vragenstellers naar voren is gebracht. De tekst van artikel 3:259 spreekt van «certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen». Daaronder vallen dan de certificaten waarvan de houders alleen in het aandeelhoudersregister geregistreerd staan en de houders van certificaten die tevens in de statuten zijn aangewezen. Er kan 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."[13]

Ik ben het met Rensen eens dat er kennelijk in de opvatting van de minister bij niet-inschrijving vóór 1 oktober 2013 er geen vergadergerechtigde certificaathouders meer (kunnen) zijn. Het antwoord van de minister is echter geen concreet antwoord op de vraag en houdt niet in dat bij niet-inschrijving naast het vergaderrecht ook het wettelijk pandrecht zou vervallen (zou er al sprake zijn van het verval van het vergaderrecht). Ook raakt de minister bij zijn antwoord niet aan de vraag wat de grondslag van dat eventuele verval zou zijn. De tekst van art. 3:259 lid 2 BW stelt de inschrijving in het aandeelhoudersregister ook niet als voorwaarde voor het ontstaan van het wettelijk pandrecht. Dat is terecht, omdat de statuten bepalend zijn voor de vraag of aan certificaten vergaderrecht is verbonden. Ook in art. 3:259 lid 2 BW (oud) werd deze eis niet gesteld. Er is echter geen reden te bedenken waarom (kennelijk in de opvatting van de minister) in het kader van het overgangsrecht aan het behoud van het wettelijk pandrecht (gekoppeld aan het vergaderrecht) wel de eis van inschrijving in het aandeelhoudersregister van de bewilligde certificaathouder zou worden gesteld. De parlementaire geschiedenis is ook op dit punt onduidelijk. Daarnaast lijkt mij inschrijving in het aandeelhoudersregister een feitelijke handeling en is geen sprake van een rechtshandeling, waarbij de bewilligde certificaathouder afstand doet van zijn vergaderrecht of zijn wettelijk pandrecht. Bovendien is op grond van art. 3:259 lid 2 BW, naar oud en huidig recht, sprake van een gezamenlijk pandrecht van de certificaathouders wanneer vergaderrechten zijn toegekend. Stel dat niet alle houders van bewilligde certificaten in het aandeelhoudersregister in de overgangsperiode zijn ingeschreven, vervalt dan het pandrecht ten aanzien van de niet-ingeschreven bewilligde certificaathouder met als gevolg dat de opbrengst onder minder bewilligde certificaathouders wordt verdeeld? Dat lijkt mij evenmin verdedigbaar en in strijd met de strekking van art. 3:259 lid 2 BW. Ten slotte is van belang te constateren dat inschrijving van een aandeelhouder in het aandeelhoudersregister geen constitutief vereiste is voor het ontstaan van het aandeelhouderschap en de daaraan verbonden organisatierechtelijke positie binnen

10. Vgl. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 78 (MvT).
11. Zo stelt de minister dat de weigering tot inschrijving in het aandeelhoudersregister ook gelegen kan zijn in een andere reden dat de betwisting van de stelling dat sprake is van bewilligde van de certificaten. Zie *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 8, p. 18.
12. In gelijke zin: J.D.M. Schoonbrood, *WPNR* 2012 (6933), p. 432-433.
13. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 32-33.

de vennootschap. Ook in dat licht past naar mijn mening niet de opvatting dat inschrijving van de certificaathouder als vergadergerechtigde in het aandeelhoudersregister in het overgangsrecht een constitutief vereiste zou zijn voor het behoud van het vergaderrecht (of het wettelijk pandrecht).

In de situatie dat het bestuur weigert de bewilligde certificaathouder als vergadergerechtigde in het aandeelhoudersregister in te schrijven, resteert de certificaathouder de mogelijkheid zich tot de rechter te wenden met het verzoek (het bestuur van) de vennootschap te bevelen alsnog aan de inschrijvingsverplichting te voldoen. Indien de certificaathouder dat nalaat, zal aan de hand van de leerstukken van afstand van recht of rechtsverwerking en de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden of de certificaathouder nog wel vergadergerechtigd is en of het certificaat tot een certificaat zonder vergaderrecht is verworden.

*Mr. dr. R.A. Wolf**

* Advocaat en partner te Alphen aan den Rijn, universitair docent Universiteit Leiden en Universiteit Maastricht (ICGI). (wolf@tk.nl)

NASCHRIFT

Het doet mij goed dat de positie van de bewilligde certificaathouder in het overgangsrecht van de Wet flex-BV niet alleen mij, maar in ieder geval ook Wolf, hoofdbrekens kost. Die hoofdbrekens worden vooral veroorzaakt door de parlementaire geschiedenis die niet heel duidelijk is, zoals ook Wolf terecht signaleert in zijn reactie.

Wolf leest in het overgangsrecht vooral 'een aansporing richting (het bestuur van) de vennootschap' om tot registratie in het aandeelhoudersregister over te gaan. De vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zouden zich in de twee door hem geschetste situaties, waarin sprake is van onhandigheid respectievelijk pesterij, verzetten tegen verval van het vergaderrecht. De eerste situatie was de casus die centraal stond in de rechtsvraag die ik, aan de hand van het overgangsrecht, heb bantwoord. Voor de tweede situatie, van pesterij, bood het overgangsrecht de mogelijkheid tot een procedure bij de rechtbank, die ook in dit geval had kunnen worden gevolgd. Beide situaties worden dus, zou ik menen, geregeld door de bijzondere overgangsregeling zodat er geen sprake is van strijd met de redelijkheid en billijkheid. Ik vind het belangrijk dat het hier om een overgangsregeling gaat. In afwijking van wat art. 2:227 lid 2 BW bepaalt, was statutenwijziging niet noodzakelijk om het vergaderrecht aan bewilligde certificaathouders toe te kennen maar kon worden volstaan met inschrijving van hen in het aandeelhoudersregister. Daarvoor stelde het overgangsrecht een termijn van één jaar. Zou het alleen om een aansporing gaan zonder verdere gevolgen, dan had geen termijn hoeven te worden gesteld.

Wat betreft het wettelijk pandrecht van de bewilligde certificaathouders, merk ik het volgende op. Dit gezamenlijke pandrecht komt, zo blijkt uit art. 3:259 lid 2 BW, toe aan de houders van bewilligde certificaten (van belang voor houders van certificaten van aandelen op naam in een NV) en aan de houders van certificaten van aandelen waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden. Volgens Wolf ontbreekt een koppeling tussen inschrijving in het aandeelhoudersregister en de gerechtigdheid tot het wettelijk pandrecht. Hij wijst er in dit verband onder meer op dat de tekst van art. 2:359 lid 2 BW de inschrijving in het aandeelhoudersregister niet als voorwaarde stelt voor het ontstaan van het wettelijk pandrecht. Dat is inderdaad zo. Maar door art. V.2 lid 6 Overgangsrecht Flex-BV is de koppeling er wel degelijk. Daarin staat immers dat 'onder certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden tevens [worden] verstaan certificaten die voor inwerkingtreding van de wet over vergaderrecht beschikten en die in het aandeelhoudersregister zijn opgenomen'. Wolf werpt nog de vraag op of het wettelijk pandrecht kan vervallen ten aanzien van de niet-ingeschreven bewilligde certificaathouders met als gevolg dat 'de opbrengst onder minder bewilligde certificaathouders wordt verdeeld'. Dat lijkt hem niet verdedigbaar en in strijd met de strekking van art. 2:359 lid 2 BW. Ik meen dat in deze door Wolf geschetste situatie de aandelen die corresponderen met de certificaten die worden gehouden door de niet-ingeschreven bewilligde certificaathouders, niet langer zijn bezwaard met het wettelijk pandrecht. Er is dan dus ook geen sprake van verdeling van dezelfde opbrengst onder een kleiner aantal (wel ingeschreven) certificaathouders.

*Mr. dr. G.J.C. Rensen**

* Kandidaat-notaris te Amsterdam, als onderzoeker verbonden aan het Van der Heijden Instituut van de Radboud Universiteit Nijmegen, redacteur van het WPNR. (g.rensen@jur.ru.nl)