7. Conclusie

Anders dan in het ontwerp Meijers, biedt art. 3:212 lid 2 BW de mogelijkheid om bij vestiging van vruchtgebruik te bepalen dat de vruchtgebruiker bevoegd is de aan het vruchtgebruik onderworpen goederen te bezwaren. Deze keuze van de wetgever is niet goed doordacht, hetgeen onder meer blijkt uit het ontbreken van een toelichting op de verhouding tussen art. 5:84 BW en art. 3:212 lid 2 BW.

Bezwaren lijkt het 'mindere' ten opzichte van vervreemden maar is dit niet in geval van vestiging van bijvoorbeeld een recht van hypotheek. De hoofdgerechtigde loopt het risico zijn recht op een door de vruchtgebruiker ondergezet goed te verliezen, zonder dat daar op grond van de regeling van plaatsvervulling iets voor in de plaats is gekomen.

Daarnaast dient men zich te realiseren dat een vruchtgebruiker met de bevoegdheid tot beschikken een recht van erfpacht kan vestigen op een aan vruchtgebruik onderworpen onroerende zaak dat ook nog na het einde van het vruchtgebruik voortduurt. Dit is natuurlijk ongewenst maar de wetgever lijkt zich deze consequentie niet te hebben gerealiseerd toen het begrip 'vervreemden' uit het Ontwerp-Meijers werd vervangen door 'beschikken'.

Het zou verstandig zijn wanneer de wetgever op zijn schreden terugkeert en 'beschikken' in art. 3:212 lid 2 BW vervangt door 'vervreemden'. Tot die tijd is het voor de praktijk raadzaam om niet te lichtzinnig over te gaan tot het verlenen van de bevoegdheid tot beschikken als bedoeld in art. 3:212 lid 2 BW, zonder te overwegen of de bevoegdheid tot vervreemden wellicht volstaat. Wanneer aan de vruchtgebruiker de bevoegdheid tot vervreemding en vertering is verleend[12], bestaat er geen bezwaar tegen de vruchtgebruiker ook de bevoegdheid tot beschikken (inclusief bezwaren) te verlenen. Het bezwaren van een vruchtgebruikgoed met bijvoorbeeld een recht van hypotheek is immers wel het mindere van het vervreemden van het vruchtgebruikgoed, gevolgd door het opmaken van de opbrengst.

12. Zie art. 3:215 lid 1 BW.

Reactie

Reactie op "Wettelijk pandrecht bij certificering zonder vergaderrecht: ongewenst, niet onmogelijk!" van mr. L.W. Kelterman, *WPNR* 2019/7261

Wettelijk pandrecht bij certificering van aandelen zonder vergaderrecht in de BV: ongewenst en onmogelijk

1. In *WPNR* 2019/7261 gaat Kelterman in op de vraag of het (nog steeds) mogelijk is dat op grond van art. 3:259 BW een wettelijk pandrecht op aandelen ontstaat wanneer de BV de medewerking verleent aan de uitgifte van certificaten, ook als er geen vergaderrecht in de zin van art. 2:227 BW aan de certificaten verbonden is. Kelterman concludeert dat dit ongewenst, maar wel mogelijk is. Met Kelterman ben ik eens dat – als het mogelijk is – het ongewenst is. Ik verschil met hem van mening dat het mogelijk is. Ik licht dat toe, nadat ik enkele opmerkingen heb gemaakt over met medewerking uitgegeven certificaten van aandelen. Ik beperk mij tot de BV.

2. Onder II van zijn bijdrage gaat Kelterman in op de vraag wanneer onder het voor 1 oktober 2012 geldende BV-recht sprake was van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen. In de literatuur wordt die vraag verschillend beantwoord, afhankelijk van het antwoord op de vraag of men de ruime of de enge leer aanhangt.[1] In sub 4-6 van dat onderdeel besteedt Kelterman ruim aandacht aan de ruime leer. Naar mijn mening komt de enge leer in (te) geringe mate aan de orde.

3. De ruime opvatting, ook wel 'feitelijke benadering' genoemd, gaat ervan uit dat iedere vorm van betrokkenheid van de vennootschap bij de certificering leidt tot certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Het antwoord hangt van de feiten en omstandigheden van het geval af. Bijvoorbeeld of de vennootschap het initiatief tot certificering heeft genomen, het bestuur van de vennootschap ook (al dan niet ten dele) het bestuur van

1. Zie: R.A. Wolf, *De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV* (diss. Maastricht), Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 116, Deventer: Kluwer 2013, p. 117 e.v.; R.A. Wolf, 'De certificaathouder zonder vergaderrecht, de kring van betrokkenen en vernietiging van besluiten,' *Ondernemingsrecht* 2014-1, p. 3-10 en S.B. Garcia Nelen & C.A. Schwarz, *Certificering van aandelen bij NV en BV*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2016, p. 39-40 (hierna: Garcia Nelen & Schwarz 2016).

de STAK vormt en de vennootschap de kosten van de certificering heeft voldaan.[2] De enge opvatting, ook wel 'rechtshandeling gerichte benadering' genoemd, houdt in dat in de statuten van de vennootschap is bepaald dat de vennootschap met medewerking certificaten van aandelen uitgeeft[3] en dat aan die uitgifte een besluit van de algemene vergadering ten grondslag ligt.[4] In die opvatting wordt ook gekeken of in de akte van overdracht van aandelen, de akte uitgifte van certificaten en de administratievoorwaarden bepaald is dat sprake is van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten van aandelen.

4. De (lagere) rechtspraak onder het oude recht leek eveneens uit te gaan van de enge opvatting.[5] De Hoge Raad heeft zich nooit over deze vraag uitgelaten.

5. Daarnaast was, zoals Kelterman terecht stelt, onder het oude recht de vraag of certificaten met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven van belang vanwege het wettelijk, gezamenlijk pandrecht van de certificaathouders als bedoeld in art. 3:259 BW. In de Wet Flex-BV is het onderscheid tussen met of zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten verdwenen. Het gaat nu om de vraag of bij de statuten aan certificaten vergaderrecht is toegekend. De parlementaire geschiedenis stelt dat in de praktijk behoefte bestaat aan een algemene regeling die duidelijkheid biedt ten aanzien van het vergaderrecht en de vergaderrechtigden en de onder het oude recht geldende rechtsonzekerheid wegneemt.[6]

> "Uitgangspunt (...) is dat de vennootschap zelf bepaalt of er certificaten met vergaderrecht worden toegelaten, en zo ja, aan welke certificaten dat vergaderrecht toekomt. Het zijn (...) in beginsel de aandeelhouders die bepalen in hoeverre de besluitvorming in de algemene vergadering open staat voor anderen,"

aldus de wetgever.[7] Anders gezegd, de wetgever heeft beoogd het oude en onzekere criterium van medewerking te vervangen door een objectief criterium.[8] In de statuten wordt het vergaderrecht aan certificaten toegekend, zie art. 2:227 BW. Ook in de literatuur wordt aangenomen dat het medewerkingscriterium afgeschaft en door het 'vergaderrecht' vervangen is.[9] Onder III refereert Kelterman aan deze wijziging.

6. Dan het wettelijk pandrecht ex art. 3:259 lid 2 BW. Onder IV van zijn bijdrage bespreekt Kelterman de wijziging die dat artikel in het kader van de Wet Flex-BV, meer in het bijzonder het vergaderrecht heeft ondergaan. In een eerder stadium van de parlementaire behandeling van de wet overwoog de wetgever dat art. 3:259 BW een algemene regeling bevat die tevens ziet op certificaten van aandelen in een NV en op certificaten van schuldvorderingen en was de formulering van deze bepaling niet aangepast. Art. 2:227 BW heeft tot gevolg dat bij de toepassing van art. 3:259 BW ten aanzien van certificaten van aandelen in een BV slechts medewerking van de uitgever van de oorspronkelijke aandelen aangenomen kan worden, indien er sprake is van certificaten waaraan vergaderrecht in de zin van art. 2:227 BW is verbonden, aldus de wetgever.[10]

2. F.J.P. van den Ingh, 'Certificering van aandelen', *WPNR* 2008/6737, p. 7, voetnoot 21 en P.H.N. Quist, 'Het omkatten van certificaten (I)', *WPNR* 2010/6858, p. 727. Voorstanders van de ruime opvatting zijn bijvoorbeeld: C.A. Schwarz, 'Enkele vragen bij certificering van aandelen', *TVVS* 1992-1, p. 7 en – genuanceerder – C.A. Schwarz, 'Certificering van aandelen als onderlinge regeling tot samenwerking tussen aandeelhouders? Toepasselijkheid van het structuurmodel op de besloten (naamloze) vennootschap in de voorstellen tot wijziging van de structuurregeling', *S&V* 002-2, p. 49; R.P. Voogd, 'Certificering', in: A.G. Lubbers & W. Westbroek (red.) *Vennootschapsrecht in EG-perspectief* (KNB-bundel), Deventer: Kluwer 1993, p. 26; J.J.A. Hamers, *Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen* (diss. Maastricht), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 49, Deventer: Kluwer 1996, p. 77 en E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten & P.J. Dortmond, *Handboek voor de naamloze en besloten vennootschap*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 197, p. 341.
3. De formulering dat de vennootschap medewerking *kan* verlenen, geeft weinig houvast.
4. Voorstanders van de enge opvatting zijn bijvoorbeeld F.J.P. van den Ingh, *Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap* (diss. Nijmegen), Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 35, Deventer: Kluwer 1991, p. 85-90; F.J.P. van den Ingh, 'Een andere kijk op enkele problemen bij certificering van aandelen', *TVVS* 1992-3, p. 77; F.J.P. van den Ingh, 'Met medewerking uitgegeven certificaten', *SV&V* 2003-5, p. 182; Van den Ingh 2008, a.w. p. 7; H.J. Portengen & I.C.P Groenland, 'Bewilliging van certificaten van aandelen', *WPNR* 2003/6559, p. 947-952; en D.F.M.M. Zaman, 'Certificering en modernisering van het ondernemingsrecht- en vennootschapsrecht', *TvOB* 2004-5, p. 217.
5. Hof Amsterdam (OK) 21 juni 2007, *JOR* 2007/182 (*Kalter/The Greenery*), r.o. 3.2; Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, *JOR* 2010/301, m.nt. Nowak (CFS), r.o. 4.2. en Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *ARO* 2012/55 (Zadeko), r.o. 3.6.
6. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81 (MvT).
7. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82 (MvT).
8. *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 33.
9. Garcia Nelen & Schwarz 2016, p. 39-40 en Asser/ Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 679.
10. *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 83 (MvT). Zie ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 6-7 (MvT) en *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, p. 7-8 (NV II).

Later is de wetgever op het ongewijzigd laten van art. 3:259 BW teruggekomen en is aan de eerste volzin van lid 2 van art. 3:259 BW toegevoegd

> "of is er bij de statuten vergaderrecht verbonden aan de certificaten van aandelen".[11]

Reden voor deze toevoeging is dat in het BV-recht niet meer de bewilliging door de vennootschap van de uitgifte van de certificaten relevant is, maar het feit of de statuten vergaderrecht aan certificaten van aandelen toekennen:

> "In het BV-recht is niet meer de bewilliging door de vennootschap van de uitgifte van de certificaten, maar het feit of er in de statuten vergaderrechten aan zijn verbonden, beslissend voor de rechten die aan het certificaat zijn verbonden."[12]

Het is juist deze passage die tot de conclusie leidt dat het vergaderrecht het leidende (en enige) criterium is.

7. Ik denk daarom dat art. 3:259 lid 2 BW als volgt gelezen zou moeten worden: waar gesproken wordt over 'met medewerking', wordt bedoeld de situatie dat de NV certificaten van aandelen heeft uitgeven, waar gesproken wordt over 'is er bij de statuten vergaderrecht verbonden aan de certificaten van aandelen', wordt de BV bedoeld.[13] Andere smaken zijn er gelet op de wetsgeschiedenis en de literatuur naar mijn mening niet.

8. Ik kan daarom de redenering van Kelterman in onderdeel V van zijn bijdrage niet volgen.

Op die plaats stelt hij onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis dat er naar zijn idee uit die geschiedenis volgt dat certificaten met en zonder medewerking kunnen worden uitgeven en dat daarnaast aan die certificaten wel of geen vergaderrecht verbonden kan zijn. Hij onderbouwt die stelling door te schrijven dat ten aanzien van de medewerking slechts een feitelijke constatering wordt gedaan en de vraag naar vergaderrecht juist op grond van rechtsregels wordt gedaan Het ene staat los van het andere, aldus Kelterman. Als ik Kelterman goed begrijp, stelt hij dat ook onder huidig recht certificaten met medewerking van de vennootschap (zouden) kunnen worden uitgegeven, althans dat dit op grond van een feitelijke constatering het geval zou zijn. Die redenering gaat naar mijn mening om twee redenen mank. In de eerste plaats, zoals hiervoor betoogd, vervangt – kort gezegd – 'vergaderrecht' na invoering van de Wet Flex-BV 'medewerking'.[14] In de tweede plaats, verwijst Kelterman ter zake van het medewerking-criterium naar de ruime leer, terwijl – zoals ik hiervoor uiteengezet heb – onder oud recht ook de enge leer in zwang was.

9. Kort en goed: alleen de houder van certificaten met vergaderrecht komt het wettelijke pandrecht ex art. 3:259 lid 2 BW toe, en dat recht ontstaat pas als bij de statuten aan certificaten vergaderrecht is toegekend.[15] Anders dan Kelterman, zie ik gelet op de parlementaire geschiedenis geen noodzaak tot aanpassing van art. 3:259 lid 2 BW. Een andere uitleg van dat artikel is niet alleen ongewenst, maar is bovendien onmogelijk.[16]

Mr. dr. R.A. Wolf*

11. In de Tweede Nota van Wijziging (*Kamerstukken II* 2011/12, 32 426, nr. 23, p. 2. Zie ook Gewijzigd voorstel van wet, *Kamerstukken I* 2011/12, 32 426, nr. A, p. 16), waarin wordt gesproken over een wijziging van art. 3:259 lid 3 BW. Dat moet op een verschrijving berusten en moet zijn art. 3:259 lid 2 BW.
12. *Kamerstukken II* 2011/12, 32 426, nr. 23, p. 3 (Tweede Nota van Wijziging). Zie ook *Kamerstukken II* 2010/11, 32 426, nr. 7, 32, waar in het kader van het overgangsrecht geconcludeerd wordt: "*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.*" Zie verder: R.A. Wolf, 'Het certificaat van aandeel in de BV met (flexibel) vergaderrecht en (zonder) wettelijk pandrecht ex art. 3:259 BW of (met) pandrecht ex art. 2:198 BW', *TvOB* 2016-5, p. 148-149.
13. In gelijke zin: Garcia Nelen & Schwarz 2016, p. 113 en Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019, nr. 672.
14. Overgangsrechtelijke perikelen daargelaten, maar ook dan gaat het om onder oud recht met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten.
15. En van dat wettelijk pandrecht kan door alle certificaathouders gezamenlijk in de administratievoorwaarden afstand worden gedaan. Zie R.A. Wolf, *TvOB* 2016-5, p. 152.
16. In feite trekt ook Kelterman die conclusie, waar hij in de laatste alinea van onderdeel VI van zijn bijdrage schrijft: "*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.*"

* Advocaat te Den Haag en universitair docent Ondernemingsrecht aan Maastricht University (ICGI). **(rwolf@udinkschepel.nl)**