

Certificering in Wetsvoorstel Flex-BV – gevolgen voor de praktijk

S.C. van Gendt

1 Inleiding

Het voorstel voor de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht¹ (hierna: Wetsvoorstel Flex-BV) is op 15 december 2009 met algemene stemmen aangenomen door de Tweede Kamer. Het voorbereidend onderzoek door de Eerste Kamercommissie voor Justitie is op 2 februari 2010 opgeschort. De commissie heeft besloten de procedure aan te houden tot de schriftelijke voorbereiding gecombineerd kan worden met de behandeling van het wetsvoorstel invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (32 426) (hierna: Invoeringswet), dat in behandeling is bij de Tweede Kamer.² Hoewel er nog onzekerheid bestaat over de vraag wanneer het Wetsvoorstel Flex-BV daadwerkelijk wet wordt, is er al veel geschreven over de implicaties van het wetsvoorstel voor de praktijk. In dit artikel zal ik hieraan een bijdrage leveren en ingaan op een belangrijke wijziging die het Wetsvoorstel Flex-BV met zich meebrengt ten aanzien van certificering – namelijk de invoering van de mogelijkheid om bij de statuten vergaderrechten te verbinden aan certificaten van aandelen. Ik zal de gevolgen die hiervan verwacht kunnen worden voor de praktijk aan de orde stellen.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt ingegaan op het juridische verschijnsel ‘certificering van aandelen’ in het algemeen, het verschil tussen *bewilligde* en *niet-bewilligde* certificaten en de rechten die worden toegekend aan de houders van *bewilligde* certificaten. Vervolgens ga ik in op het Wetsvoorstel Flex-BV, waarmee het onderscheid tussen *bewilligde* en *niet-bewilligde* certificaten wordt afgeschaft en de mogelijkheid wordt gecreëerd om bij de statuten vergaderrechten te verbinden aan certificaten. Deze vergadergerechtigden dienen met naam en adres te worden geregistreerd in het (aandeelhouders)register om duidelijkheid en zekerheid te bieden aan deze certificaathouders (en aan de vennootschap) dat aan hen vergaderrechten toekomen. Ten slotte komt de vraag aan de orde wat de praktische implicaties zijn van de invoering van het Wetsvoorstel Flex-BV voor de bestaande houders van *bewilligde* certificaten.

1 Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, 31 058.

2 Zie <www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/31058>.

2 Certificering van aandelen

De wet kent geen definitie van certificering. Certificeren van aandelen als zodanig wordt ook niet in de wet geregeld.³ Certificering van aandelen wordt mijns inziens het beste juridisch geduid als het scheiden van de aan het aandeel verbonden zeggenschapsrechten van het aan het aandeel verbonden financieel-economisch belang door middel van afgeleide vorderingsrechten. Bij certificering van aandelen verkrijgt het Administratiekantoor (AK) aandelen ten titel van beheer en geeft het AK daarvoor certificaten (vorderingsrechten) uit. Het aandeel valt in het vermogen van het AK, dat juridisch gerechtigd is tot de aandelen, en de daaraan verbonden stemrechten kan uitoefenen, terwijl het de aandelen houdt voor rekening van de certificaathouders.

Certificering van aandelen wordt door bv's in de praktijk onder andere gebruikt om de belangen van verschillende familiestaken te regelen, om een werknemersparticipatie in te voeren, om te verzekeren dat de stemrechten in één hand blijven in geval van echtscheiding of om na vererving van aandelen verschillen van mening te vermijden.⁴ Doel van certificering is doorgaans om de stabiliteit van de besluitvorming in de algemene vergadering en daarmee de continuïteit van de vennootschap en de onderneming te bevorderen.⁵

Ondanks dat de wet certificering niet regelt, worden we wel op diverse plaatsen in de wet herinnerd aan het verschijnsel van certificering en aan het mogelijk bestaan van certificaten en houders van certificaten van aandelen. Dit betreft het verbod tot uitgifte van certificaten aan toonder (art. 2:202 Burgerlijk Wetboek (BW)), de diverse (aandeelhouders)rechten (met uitzondering van het stemrecht) die ook worden toegekend aan de houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven aandelen (waarover hierna meer), de diverse bepalingen van kapitaal- en vermogensbeschermingsrecht waarin certificaten van aandelen op één lijn worden gesteld met aandelen, en in de geschillenregeling en het enquête-recht.⁶

Hoewel buiten het bestek van deze bijdrage, wijs ik volledigheidshalve ook nog op art. 2:118a BW, waar voor de beursgenoteerde nv is bepaald dat indien met medewerking van de vennootschap certificaten van aandelen zijn uitgegeven, de certificaathouder op verzoek gevolmachtigd kan worden om het stemrecht verbonden aan het betreffende aandeel ter vergadering uit te oefenen.

3 R.P. Voogd, *Certificering*, in: *Bundel Vennootschapsrecht in EG-perspectief*, Deventer: Kluwer, 1993, p. 23.

4 *Kamerstukken II 2006/07*, 31 058, nr. 3, p. 81 en Voogd, 1993, p. 23.

5 Asser/Maeijer 2-II*, Deventer: Kluwer 2009, nr. 659.

6 Asser/Maeijer 2-II*, 2009, nr. 658.

S.C. van Gendt

3 Bewilligde of niet-bewilligde certificaten

In de wet wordt onderscheid gemaakt tussen certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven en certificaten die zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, oftewel zogenoemde *bewilligde* en *niet-bewilligde* certificaten.⁷

Over het antwoord op de vraag wanneer er wel of niet medewerking is verleend door de vennootschap, is veel geschreven.⁸ Van de ingenomen standpunten is globaal een verdeling te maken tussen de aanhangers van een feitelijke benadering en die van een formele benadering (of rechtshandelinggerichte benadering).

Mijns inziens hangt het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van medewerking door de vennootschap aan de certificering af van de concrete omstandigheden waaronder de certificering tot stand is gekomen. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat dit in de regel kan worden afgeleid uit het feit dat de kosten voor certificering voor rekening van de vennootschap zijn gekomen, als de medewerking in de administratievoorwaarden is vermeld of als blijkt dat de vennootschap het initiatief tot certificering heeft genomen. Het enkel verlenen van goedkeuring door een vennootschappelijk orgaan in het kader van een blokkeringsregeling voor de overdracht van de aandelen aan het AK levert mijns inziens nog geen 'medewerking' op, evenmin als het erkennen van de levering door de vennootschap. Wel kan als medewerking worden opgevat de omstandigheid dat bestuurders of commissarissen lid zijn van het bestuur van het AK. Een (expliciet of formeel) besluit van een vennootschappelijk orgaan om medewerking te verlenen is niet nodig.⁹ Toch ben ik met Van Solinge, Nieuwe Weme en Van den Ingh van mening dat de vennootschap wel kan verhinderen dat certificaten gelden als met haar medewerking uitgegeven.¹⁰ Steun voor deze benadering kan ook worden gevonden in de uitspraak van de Ondernemingskamer (OK) van 21 juni 2007,¹¹ waarin wordt gesteld dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat in de statuten wordt bepaald dat de vennootschap geen medewerking verleent aan de uitgifte van certificaten van aandelen, en dat de administratievoorwaarden bepalen dat aan de certificaathouders niet de rechten toekomen die de wet toekent aan houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Ook de uitspraak

7 J.B. Huizink, *Bewilligde of niet-bewilligde certificaten*, WPNR (2001) 6454, *Privaatrecht Actueel*, p. 693.

8 Zie in dit verband Asser/Maeijer 2-II*, 2009, nr. 670, F.J.P. van den Ingh, *Certificering van aandelen*, WPNR (2008) 6737, H.J. Portengen & I.C.O. Groenland, *Bewilliging en van certificering van aandelen*, WPNR (2003) 6559, J.B. Huizink, K. Stelling & F.J.P. van den Ingh in WPNR (2001) 6454, (2001) 6465, (2002) 6478.

9 Asser/Maeijer 2-II*, 2009, nr. 670. Anders: Van den Ingh 2008, p. 7, waarin wordt gesteld dat een AVA-besluit noodzakelijk is voor de constatering dat er medewerking is verleend door de vennootschap (de formele opvatting).

10 Asser/Maeijer 2-II*, 2009, nr. 670 en F.J.P. van den Ingh, *Bewilligde of niet bewilligde certificaten*; reactie op de discussie tussen Huizink en Stelling in WPNR, WPRN (2002) 6478. Zie ook Portengen & Groenland 2003, die deze opvatting onderschrijven.

11 OK 21 juni 2007, JOR 2007/182 (*The Greenery*).

van de Rechtbank Amsterdam van 25 augustus 2010¹² ondersteunt deze opvatting. De rechtbank heeft hierin bepaald dat er geen sprake was van door een vennootschap verleende medewerking aan certificering omdat dit in de statuten was uitgesloten. In de literatuur wordt echter door aanhangers van de strikt feitelijke benadering verdedigd dat het opnemen van een dergelijke bepaling in de statuten en de administratievoorwaarden van het AK geen effect sorteert.¹³ Mij spreekt de ‘hybride benadering’ het meest aan, waarbij de feitelijke omstandigheden wel degelijk een rol spelen, maar slechts daar waar de certificeringsdocumentatie niet duidelijk is.

Het hangt af van de omstandigheden van het geval of er sprake is van *bewilligde* of *niet-bewilligde* certificaten. Het onderscheid staat daardoor vaak niet ondubbelzinnig vast, terwijl het van groot belang is voor de positie van de certificaathouder.¹⁴ Houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, hebben immers diverse rechten, onder andere:

- het recht om de opgemaakte jaarrekening, het jaarverslag en de overige gegevens te kunnen inzien en er kosteloos een afschrift van te krijgen (art. 2:212 BW);
- het recht om de rechtbank te verzoeken hen te machtigen tot de bijeenroeping van een algemene vergadering (art. 2:222 BW);
- het recht om te worden opgeroepen voor een algemene vergadering, tenzij de statuten de oproeping anders regelen (art. 2:223 lid 2 BW);
- het recht om in persoon of bij een schriftelijke gevolmachtigde de algemene vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren (art. 2:227 lid 2 BW);
- het recht op inzage in en het verkrijgen van een kosteloos afschrift van diverse stukken (art. 2:233 lid 2-4, 208 lid 5 en 314 lid 2 BW).

Houders van bewilligde aandelen hebben ook krachtens art. 2:359 BW een wettelijk pandrecht op de gecertificeerde aandelen. In de reeds genoemde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 25 augustus 2010 werd bovendien bepaald dat de houders van niet-bewilligde certificaten niet vallen onder de kring van betrokkenen van art. 2:8 BW. Het feit dat er met medewerking van de vennootschap certificaten zijn uitgegeven, heeft ook gevolgen voor de vennootschap. Zo is besluitvorming van aandeelhouders buiten vergadering dan niet langer mogelijk.¹⁵ Dit kan voor de vennootschap nogal wat lasten met zich meebrengen en onpraktisch zijn. Bovendien kan onduidelijkheid over het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten gevolgen hebben voor de rechtsgeldigheid van handelingen die ter uitvoering van de buiten vergadering genomen besluiten zijn verricht.¹⁶ Het Wetsvoorstel Flex-BV beoogt deze onduidelijkheid weg te nemen.

12 Rb. Amsterdam 25 augustus 2010, JOR 2010/301.

13 Huizink 2001 en de reactie van K. Stelling, WNPR (2001) 6465.

14 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81.

15 Art. 2:238 BW.

16 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 81.

S.C. van Gendt

4 Certificering in het Wetsvoorstel Flex-BV – afschaffing onderscheid tussen *bewilligde* en *niet-bewilligde* certificaten

In het Wetsvoorstel Flex-BV is het onderscheid tussen certificaten die met en certificaten die zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, afgeschaft. Volgens het Wetsvoorstel Flex-BV komt vergaderrecht toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verbonden.¹⁷ Overal waar in de wet sprake is van ‘met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten’, zal deze formulering worden vervangen door ‘certificaten waaraan in de statuten vergaderrecht is verbonden’.

Het Wetsvoorstel Flex-BV definieert ‘vergaderrecht’ als het recht om de vergadering bij te wonen en daar het woord te voeren.¹⁸ De overige bevoegdheden die onder het huidige recht zijn toegekend aan houders van bewilligde certificaten blijven bestaan, maar de aanspraak daarop wordt gekoppeld aan het hebben van vergaderrechten.

Volgens het Wetsvoorstel Flex-BV kan het vergaderrecht aan de certificaathouders (en andere vergadergerechtigden) worden ontnomen bij statutenwijziging. Daartoe is wel de instemming nodig van de betrokken certificaathouders.¹⁹ Ook kunnen de statuten bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrecht aan certificaathouders geschiedt door een daartoe aangewezen orgaan.²⁰ Van den Ingh en Portengen menen dat daarvoor in het laatste geval geen instemming nodig is van de betrokken certificaathouders.²¹ Volgens de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel Flex-BV is daarvoor wel toestemming vereist van de certificaathouder op basis van art. 2:227 lid 4 BW. Dit volgt mijns inziens echter niet uit de tekst van dit artikel, waarin slechts is bepaald dat bij statutenwijziging, waarbij de vergaderrechten aan certificaathouders worden ontnomen, instemming van deze certificaathouders is vereist. Ik sluit me derhalve aan bij de opvattingen van de genoemde schrijvers, al valt de kanttekening te plaatsen of dit het belang van de certificaathouders niet onevenredig schaadt.

De invoering van het voorgestelde art. 2:227 BW maakt het mogelijk voor de bv om het laten ontstaan van vergaderrecht statutair te reguleren, namelijk door te bepalen dat certificaten nimmer of juist altijd vergaderrecht hebben. Ook is het mogelijk om te bepalen dat vergaderrecht aan houders van certificaten met bepaalde (contractuele) kenmerken wordt toegekend en dat aan bepaalde houders

17 Art. 2:227 lid 2-7 BW (voorstel); dit artikel kent daarnaast vergaderrechten toe aan aandeelhouders (met en zonder stemrecht), aan vruchtgebruikers en pandhouders met stemrecht en aan vruchtgebruikers en pandhouders die geen stemrecht hebben indien de statuten dit bepalen en bij vestiging of overdracht niet anders is bepaald. Opgemerkt zij dat aan stemrechtloze aandelen, die soms als alternatief voor certificering worden gezien, steeds vergaderrechten zijn verbonden.

18 Art. 2:227 lid 1 BW (voorstel).

19 Art. 2:227 lid 4 BW (voorstel).

20 Art. 2:227 lid 2 slot BW (voorstel).

21 Van den Ingh 2008, p. 8 en Portengen 2003.

van certificaten wel en andere geen vergaderrechten worden toegekend.²² In beginsel bepalen dus de aandeelhouders – door middel van een statutenwijziging – in hoeverre de besluitvorming in de algemene vergadering openstaat voor anderen.²³

5 Registratie zou zekerheid moeten bieden

Om het vergaderrecht te kunnen faciliteren is het van belang dat de vennootschap de vergadergerechtigden kent. Daarom is in het Wetsvoorstel Flex-BV voorgesteld dat het bestuur van de vennootschap een register bijhoudt van de namen en adressen van alle houders van certificaten van aandelen waaraan vergaderrecht is verbonden.²⁴ Het systeem van registratie zou de onzekerheid moeten wegnemen die thans kan bestaan over de vraag wie er beschikt over de rechten die toekomen aan houders van bewilligde certificaten. Immers, raadpleging van het (aandeelhouders)register volstaat om hier een eenduidig antwoord op te krijgen. De vennootschap zal voortaan ook degenen die in het register zijn ingeschreven als vergadergerechtigden oproepen voor de vergadering.²⁵

Voor nieuwe certificaathouders die na invoering van het Wetsvoorstel Flex-BV certificaathouder met vergaderrechten zijn geworden, zal er in ieder geval duidelijkheid en zekerheid bestaan dat zij vergaderrechten hebben – mits zij wel tijdig aan het bestuur de gegevens hebben verschaft die in het register moeten worden opgenomen.²⁶ De certificaathouder is hier zelf verantwoordelijk voor. Maar hoe zit het met de rechten van houders van certificaten die voorafgaand aan de invoering van het wetsvoorstel met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven?

De Invoeringswet (met overgangsregeling in art. V.2) bevat voor deze certificaathouders een aantal regelingen. Voor bestendiging van de bestaande bevoegdheid van deze certificaathouders zullen zij met naam en adres in het register moeten worden opgenomen (art. V.2 lid 1) en is een statutenwijziging nodig (art. V.2 lid 6).

Volgens art. V.2 lid 1 van de Invoeringswet dient de vennootschap uiterlijk één jaar na de inwerkingtreding van de Invoeringswet alle houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten te hebben geregistreerd. Indien dit niet één maand vóór de datum van de eerste algemene vergadering na het tijdstip van inwerkingtreding van de Invoeringswet is gedaan, blijft het oude

22 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82, Asser/Maeijer 2-II*, 2009, nr. 672 en Van den Ingh 2008, p. 8.

23 Kamerstukken II 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 82.

24 Art. 2:194 lid 1 BW (voorstel); deze verplichting geldt ook voor aandeelhouders, pandhouders en vruchtgebruikers.

25 Art. 2:223 BW (voorstel).

26 Art. 2:194 lid 3 BW.

S.C. van Gendt

art. 2:223 lid 2 en 3 BW voor de oproeping van de aandeelhoudersvergadering gelden.

Houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de vennootschap ook schriftelijk verzoeken hen als vergadergerechtigden in te schrijven in het register. Indien het bestuur dit verzoek afwijst en het bestuur betwist dat de certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, kunnen de houders van de certificaten de rechtbank verzoeken het bestuur op te dragen hen als vergadergerechtigden in te schrijven.²⁷ In de memorie van toelichting bij de Invoeringswet wordt er nog op gewezen dat als er met het oog op een naderende algemene vergadering haast gemoeid is met de inschrijving, het verzoek aan de voorzieningenrechter kan worden gedaan.²⁸

Dit doet de vraag rijzen wanneer er sprake is van ‘voltooiing’ van het register. Kan het register kwalificeren als voltooid indien een houder van (vermeend) bewilligde certificaten, die een procedure is begonnen omdat de vennootschap opname weigert, niet in het register is opgenomen? Ik zou menen dat de vennootschap zekerheidshalve, totdat hierover duidelijkheid bestaat, ook nog op basis van het oude art. 2:223 lid 2 en 3 BW zou moeten oproepen.

Andere vragen die opkomen, zijn: hoe gaat de rechtbank bepalen of certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven? Hoe lang gaat een dergelijke procedure lopen – ook met inachtneming van de mogelijkheid van de vennootschap om tegen de beslissing van de rechtbank in beroep te gaan? Kan de algemene vergadering buiten vergadering besluiten nemen in de periode dat de procedure loopt bij de rechtbank?²⁹ De toelichting bij de Invoeringswet geeft geen antwoorden op deze vragen.

Uit het voorgaande blijkt dat opname van de gegevens van houders van bewilligde certificaten in het register binnen één jaar na inwerkingtreding van de Invoeringswet moet plaatsvinden, terwijl volgens art. V.2 lid 6 van de Invoeringswet de statutenwijziging waarbij vergaderrecht aan de certificaten wordt verbonden pas binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de Invoeringswet hoeft plaats te vinden. Voor deze vijfjaarstermijn is gekozen om vennootschappen in de gelegenheid te stellen met zo min mogelijk administratieve lasten het vergaderrecht van houders van bewilligde certificaten in de statuten te laten opnemen overeenkomstig art. 2:227 BW (voorstel).³⁰ De situatie zal dus kunnen ontstaan dat vergadergerechtigden worden opgeroepen op basis van het nieuwe art. 2:223 BW, terwijl daarvoor nog geen statutaire basis bestaat.

27 Art. V.2 lid 1 Invoeringswet.

28 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 6.

29 Art. 2:238 BW (voorstel) bepaalt dat besluitvorming buiten vergadering mogelijk is, mits alle vergadergerechtigden hiermee instemmen.

30 Kamerstukken II 2009/10, 32 426, nr. 3, p. 6.

6 Conclusie

Samenvattend zorgt het voorgestelde art. 2:227 BW voor duidelijkheid voor de certificaathouders en de vennootschap ten aanzien van de vraag of zij vergaderrechten kunnen uitoefenen. Toch is er voor huidige (vermeend) houders van bewilligde certificaten nog een hobbel te nemen om hun certificaten te laten registreren – zeker indien de vennootschap ontkent dat hun certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Gezien het feit dat er veel gebruik wordt gemaakt van certificering, zal dit van veel bv's en certificaathouders de nodige inspanning vergen.

Al met al zullen de wijzigingen die met de invoering van het Wetsvoorstel Flex-BV worden gemaakt ten aanzien van bij de statuten verbinden van vergaderrechten aan certificaten en het systeem van registratie van vergadergerechtigden duidelijkheid scheppen ten aanzien van het bestaan van vergadergerechtigdheid, zij het dat gedurende de overgangperiode in de praktijk nog best wel wat discussie kan ontstaan tussen de certificaathouder en de vennootschap ten aanzien van de registratie.

Hoewel buiten het bestek van deze bijdrage, merk ik nog op dat het aanbevelingswaardig lijkt een vergelijkbare regeling voor het bij de statuten verbinden van vergaderrechten aan certificaten en registratie van vergadergerechtigden te introduceren voor de 'besloten nv' met uitsluitend aandelen op naam en een blokkeeringsregeling.