

Pandrecht op aandelen ondanks statutair verbod

Inleiding

In de financieringspraktijk is pandrecht op aandelen een gebruikelijke vorm van zekerheid. Het komt echter voor dat de statuten een dergelijke verpanding niet toestaan. Partijen hebben in dat geval drie mogelijkheden. Het tekenen van de overeenkomst en daarmee het verstrekken van krediet opschorten totdat de statuten zo zijn gewijzigd dat de verpanding mogelijk is. De bank kan ook gelijk het krediet verstrekken en de vennootschap verplichten de statuten na het verstrekken van krediet te wijzigen en de aandelen te verpanden. Deze twee mogelijkheden brengen steeds voor één partij bezwaren mee. De geldnemer zal zo snel mogelijk over zijn krediet willen beschikken. De bank daarentegen wil worden beschermd tegen eventueel faillissement van de geldnemer totdat het pandrecht is verstrekt. Om aan de belangen van beide partijen tegemoet te komen is een derde variant denkbaar: het vestigen van een pandrecht onder opschortende voorwaarde dat de statuten worden gewijzigd. Deze bijdrage zal ingaan op de vraag hoe een dergelijke verpanding plaats zal dienen te vinden, en welke risico's dit voor de bank meebrengt. Deze probleemstelling zal worden behandeld met betrekking tot de verpanding van aandelen in een BV. Ik ga hierbij niet in op de problematiek van overgang van stemrecht of eventueel vereiste goedkeuringen.

Als complicatie kan men overigens aanvoeren dat de pandgever het pandrecht kan verhinderen door simpelweg de statutenwijziging niet plaats te laten vinden. Ik volsta hier met de observatie dat het doorgaan in het belang van de pandgever is om mee te werken. Een financiering zal niet worden verstrekt zonder die medewerking. Als het krediet reeds is verstrekt, zal niet meewerken uiteindelijk reden zijn het gehele geleende bedrag op te eisen.

Het doel van het pandrecht onder opschortende voorwaarde

Het doel van een pandrecht onder opschortende voorwaarde is de (potentiële) pandhouder te beschermen tegen eventuele beschikkingsonbevoegdheid van de pandgever, die intreedt ná de vereiste vestigingshandelingen, maar vóór de vervulling van de opschortende voorwaarde. Een tussentijds faillissement van de pandgever of een tussentijds aan hem verleende surseance van betaling zou dan de vestiging van het pandrecht niet verhinderen. De vraag is dan (1) of het vestigen van een pandrecht onder opschortende voorwaarde een geldige rechtshandeling tot stand brengt, (2) of het intreden van de opschortende voorwaarde (statutenwijziging) het pandrecht rechtsgeldig tot stand doet komen, en (3) in hoeverre een later intredende beschikkingsonbevoegdheid het tot stand komen van het pandrecht belet.

Strijd met dwingend recht?

'Op aandelen kan pandrecht worden gevestigd, indien de statuten niet anders bepalen', aldus artikel 2:198 lid 1 BW. Deze bepaling is van dwingend recht (art. 2:25 BW). Indien in strijd met de statuten een pandrecht gevestigd zou worden, is dit pandrecht volgens artikel 3:40 lid 2 BW nietig. Wat geldt voor het pandrecht onder opschortende voorwaarde?

Zoals hierna uiteengezet zal worden, wordt door de opschortende voorwaarde het moment van het passeren van de akte van aandelenverpanding en het vestigen van het pandrecht uit elkaar gehaald. De vestiging van het pandrecht komt dan pas tot stand door (en op het moment van) het vervullen van de opschortende voorwaarde, de statutenwijziging. Van strijd met artikel 2:198 lid 1 BW is dan ook geen sprake.

Het vestigen van een pandrecht

De drie algemene vereisten voor de vestiging van een beperkt recht op een goed (art. 3:98 jo. 3:84 lid 1 BW) zijn:

1. een vestigingshandeling (de pandakte);
2. krachtens een geldige titel;
3. door diegene die bevoegd is over het goed te beschikken.

Ad 1. Artikel 3:84 lid 1 BW spreekt over '*levering*' als een vereiste voor overdracht. Volgens de schakelbepaling 3:98 BW vindt de vestiging van een beperkt recht op een goed op dezelfde wijze plaats als de overdracht van dat goed. In dit verband heb ik '*levering*' analogisch vertaald als '*vestigingshandeling*'.

De specifiekere vereisten voor het vestigen van een pandrecht op een aandeel worden opgesomd in artikel 2:196 BW. De verpanding zal in ieder geval moeten plaatsvinden via een akte die is gepasseerd door een in Nederland standplaats hebbende notaris, waarbij pandgever en pandnemer partij zijn. De algemene vereisten dienen (min of meer) als *zelfstandige* vereisten voor een vestiging van een pandrecht te worden beschouwd.¹ Dat wil zeggen dat voor de geldigheid van de vestigingshandeling niet is vereist dat er sprake is van een geldige titel die aan de vestiging ten grondslag ligt, of dat de pandgever bevoegd is. Voor de geldigheid van de vestigingshandeling is enkel vereist dat sprake is van een goederenrechtelijke overeenkomst en de vervulling van de voor de vestigingshandeling van het betreffende beperkt recht vereiste formaliteiten.

1. N.E.D. Faber, *Levering van toekomstige goederen en overdracht onder opschortende voorwaarde; een uigemaakte zaak?*, in: S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber e.a., *Onderneming en 5 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, p. 180.

Welke relatie bestaat er dan tussen de verschillende elementen? Het verband is dat van een geldig pandrecht slechts sprake kan zijn als: op het moment van (1) de vestigingshandeling zoals beschreven in de pandakte, er (2) een geldige titel is en (3) de pandgever beschikkingsbevoegd is. Is de pandgever onbevoegd, dan heeft nog wel een geldige vestigingshandeling volgens een geldige titel plaatsgevonden. De vestiging van het pandrecht heeft door de onbevoegdheid dan echter niet plaatsgevonden. Wordt de pandgever alsnog bevoegd, dan vindt alleen vestiging van het pandrecht plaats als de vestigingshandeling en de titel op dat moment nog geldig zijn.²

De opschortende voorwaarde en faillissement

Voordat ik nader inga op de opschortende voorwaarde, roep ik in herinnering het voornaamste doel van het pandrecht onder opschortende voorwaarde: het van rechtswege vestigen van een pandrecht zodra de statuten zijn gewijzigd. Vanaf het passeren van de akte verhindert een faillissement of een surseance van betaling van de pandgever dan niet meer het (op termijn) ontstaan van het pandrecht.

Volgens Faber³ is het vorenstaande slechts te bereiken door (a) een *onvoorwaardelijke* vestigingshandeling ter uitvoering van (b) een *onvoorwaardelijke* verbintenis, strekkende tot vestiging van het pandrecht onder opschortende voorwaarde. De constitutieve vereisten voor vestiging van een pandrecht dienen derhalve onvoorwaardelijk te zijn. Slechts het rechtsgevolg (de vestiging van het pandrecht) dient afhankelijk te worden gesteld van een toekomstige gebeurtenis.⁴ In dat geval kan een eventueel faillissement van de pandgever (art. 23 Fw) niet meer het pandrecht aantasten, zelfs niet als de voorwaarde nog niet in vervulling is gegaan. Aan alle vereisten voor het vestigen van het pandrecht is immers voldaan, slechts het effect is afhankelijk van de inwerkingtreding van de voorwaarde.

In casu is echter de voorwaarde die in vervulling dient te gaan, de bevoegdheid van de pandgever, een van de constitutieve vereisten voor de vestiging. De statuten verhinderen immers vooralsnog dat de aandeelhouder bevoegd is zijn aandelen te verpanden. Het is dus niet mogelijk alle constitutieve vereisten reeds te vervullen bij het passeren van de pandakte. Dat betekent dat een tussentijds faillissement van de pandgever wel degelijk het vestigen van het pandrecht verhindert tot het moment van de statutenwijziging. Op het moment van de statutenwijziging dienen dus alsnog de elementen (1) vestigingshandeling (lees: een geldige pandakte), krachtens (2) geldige titel, door (3) een pandgever die bevoegd is over het goed te beschikken, aanwezig te zijn.

2. Faber 1997, p. 181 en 182.

3. Faber 1997, p. 210 en 211.

4. Zo ook W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Goederenrecht*, Pitlo deel 3, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 100 en 101. Hier wordt gesproken over een 'voorwaardelijke verbintenis', maar wordt hetzelfde als bij Faber bedoeld.

Gezien het vorenstaande is het verschaffen van onvoorwaardelijke volmachten een reëel alternatief voor een pandrecht onder opschortende voorwaarde. Alle partijen die zijn betrokken bij de aandelenverpanding, verstreken dan reeds voor de statutenwijziging een volmacht aan de notaris om de aandelen te verpanden zodra de statuten zijn gewijzigd. Ook hier verhindert een tussentijds faillissement of surseance van betaling van de pandgever het ontstaan van het pandrecht. Dit alternatief is echter eenvoudiger en daardoor veelal goedkoper dan een pandrecht onder opschortende voorwaarde. Het is echter denkbaar dat de notaris niet onmiddellijk de pandakte passeert na de statutenwijziging. Elke vertraging vergroot het faillissementsrisico met betrekking tot de pandgever.

Conclusie

Indien statuten verpanding van de aandelen niet toestaan, is een pandrecht onder opschortende voorwaarde van statutenwijziging in beginsel geldig.

Zodra de drie vereisten van artikel 3:84 lid 1 BW op een zeker moment zijn nageleefd, komt het pandrecht door vervulling van de opschortende voorwaarde van rechtswege tot stand. Complicatie is echter dat het vereiste van bevoegdheid van de pandgever pas vervuld kan worden bij het intreden van de voorwaarde. Een aandeelhouder is immers pas bevoegd zijn aandelen te verpanden vanaf het moment dat de statuten dit toestaan. Hierdoor moeten dus op het moment van statutenwijziging alle vereisten voor het vestigen van een pandrecht (nog steeds) geldig vervuld zijn of worden. Goederenrechtelijk is deze situatie dus vergelijkbaar met het vestigen van een pandrecht *na* statutenwijziging. Bij een dergelijk pandrecht dient men dan ook de tijd tussen het passeren van de pandakte en het wijzigen van de statuten zo beperkt mogelijk te houden. De beoogde pandhouder dient bovendien te beseffen dat hij tot het moment van de statutenwijziging geen pandrecht verkrijgt in geval van faillissement of surseance van betaling van de pandgever.

In plaats van het pandrecht onder opschortende voorwaarde kan men ook kiezen voor het (laten) verstrekken van volmachten voordat de statuten zijn gewijzigd. Via de volmachten kan de notaris de bevoegdheid krijgen na statutenwijziging het pandrecht te vestigen. Ook bij dit alternatief verhindert een onbevoegdheid van de pandgever tot het moment van statutenwijziging de totstandkoming van het pandrecht.

*Mr. D. Brinkman
Loyens & Loeff*