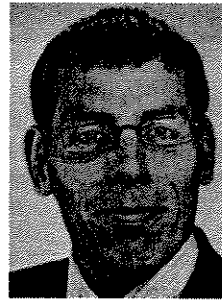


Het wettelijk pandrecht en de uitkoopprocedure



Mr. P.D. Olden*



Mr. W.P. Wijers*

Inleiding

Een aandeelhouder die voor eigen rekening ten minste 95% van het geplaatste kapitaal in een kapitaalvennootschap verschaft (de "meerderheidsaandeelhouder") kan op grond van art. 2:92a/2:201a BW vorderen dat de overige aandeelhouders hun aandelen onbezwaard aan hem overdragen. Wanneer één van de uit te kopen aandeelhouders een Stichting Administratiekantoor ("AK") is en het AK met medewerking van de vennootschap certificaten heeft uitgegeven voor de aandelen die zij in de vennootschap houdt, rust in de regel op de aandelen een wettelijk pandrecht ten behoeve van de certificaathouders (art. 3:259 BW). Het gevolg is dat het AK deze aandelen niet vrijwillig onbezwaard kan overdragen. Om toch het onbezwaarde recht op de aandelen te verkrijgen, zal meerderheidsaandeelhouder de koopprijs voor de aandelen moeten consigneren. De opstelling van de beheerder van de consignatiekas ten aanzien van de aard van het wettelijke pandrecht leidt tot complicaties. In deze bijdrage bespreken wij of de opstelling van de beheerder van de consignatiekas juist is én een oplossing die zich in de praktijk inmiddels heeft bewezen.

Afbakening van het onderwerp

Certificering van aandelen vindt plaats om tal van redenen bij kapitaalvennootschappen van uiteenlopende aard. In deze bijdrage gaat het niet om certificering van aandelen in het kapitaal van "familievennootschappen", maar om situaties, waarin de certificaten van aandelen zijn verspreid onder een aanzienlijk aantal onbekende certificaathouders. Vaak gaat het om certificaten aan toonder (en dus om gecertificeerde NV-aandelen) die ooit waren toegelaten tot de notering. De meerderheidsaandeelhouder beëindigt na een geslaagd openbaar bod de notering en tracht de resterende aandelen van het AK te verkrijgen door uitkoop. Het is ook denkbaar dat certificaten op naam bij certificaathouders zijn beland die bij de vennootschap niet langer bekend zijn; de certificaten (althans hun houders) zijn 'zoek'. Dit kan zich voordoen bij NV- en BV-aandelen. Wij gaan er gemakshalve van uit dat de vennootschap bij de akte van uitgifte van certificaten partij is. Met andere woorden: wij stellen buiten twijfel dat sprake is van met medewerking van de vennootschap uitgegeven aandelen.^{1/2}

Wettelijk kader

De certificaathouders staan met het AK in een persoon-

lijke, zuiver verbintenisrechtelijke rechtsbetrekking. Om de positie van de certificaathouders te versterken heeft de wetgever in art. 3:259 lid 2 BW onder meer bepaald³:

"Zijn de oorspronkelijke aandelen of schuldvorderingen op naam gesteld en de certificaten uitgegeven met medewerking van de uitgever van de oorspronkelijk aandelen of schuldvorderingen, dan verkrijgen de certificaathouders tevens gezamenlijk een pandrecht op die aandelen of schuldvorderingen. (...) 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 hoeft te worden gebracht."

Het pandrecht ontstaat alleen indien certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Het wettelijk pandrecht rust op *alle* aandelen die het AK voor de certificaathouders houdt. Het gemeenschappelijke karakter van het pandrecht houdt in dat geen van de certificaathouders een aandeel kan aanwijzen waarop zijn pandrecht rust.⁴ Het wettelijk pandrecht geeft de certificaathouder de bevoegdheid om in het geval het AK in verzuim is met de nakoming van zijn verplichtingen jegens de certificaathouders – in hoofdzaak neerkomende op zijn verplichting tot het "doorbetalen" van dividend – over te gaan tot het (doen) verkopen van het aandeel waarop het pandrecht rust en zich bij voorrang uit de opbrengst van deze verkoop te voldoen. Dit is geregeld in art. 3:259 lid 3 BW.

Nu dient zich de vraag aan of het wettelijk pandrecht op aandelen een "stil" of "openbaar" karakter heeft. Die vraag is van meer dan academisch belang. Zoals we hierna zullen behandelen, stelt de beheerder van de consignatiekas zich op het standpunt dat het gaat om een openbaar pandrecht, met vervelende consequenties voor het AK en

* Beide auteurs zijn advocaat te Amsterdam.

1. Verg. P. van Schilfgaarde: Van de BV en de NV, p. 183.
2. Over dit onderwerp recentelijk: H.J. Portengen en I.C.P. Groenland: Bewilliging van certificaten van aandelen; In: WPNR (2003) 6559 en de reactie op dit artikel van V.A.E.M. Meijers in WPNR (2004) 6566.
3. Parlementaire Geschiedenis, Boek 3 BW, Titel 6, art. 3.6.2.6, p. 567.
4. Zie onder meer Parlementaire Geschiedenis Boek 3, Titel 6, Afd. 2, art. 3.6.2.7, p. 571 en P.A. Stein, Losbladige Kluwer, aantekening 25 bij art 3:259 BW.

voor de meerderheidsaandeelhouder. De vraag is ook niet zo gemakkelijk te beantwoorden. Dat komt enerzijds door het hybride karakter van het aandeel, dat zeggenschaps- en financiële rechten in zich verenigt. Anderzijds komt dat doordat het wettelijk pandrecht van rechtswege ontstaat en niet wordt gevestigd.⁵ Dit brengt met zich dat de bepalingen met betrekking tot de vestiging van een pandrecht op aandelen (art. 2:86 en 2:86c voor de NV en art. 196 BW voor de BV) in beginsel niet van toepassing zijn. De wetgever lijkt zich niet erg te hebben bekommerd om de wijze waarop het wettelijk pandrecht op aandelen in de systematiek van Afdeling 1 en 2 van Titel 9 van Boek 3 (Rechten van pand en hypotheek) wordt ingepast. Literatuur is bovendien schaars. Wij zullen een poging wagen om een standpunt te kiezen. Daarbij ontlene wij (toch) argumenten aan de bepalingen in Boek 2 met betrekking tot de vestiging van het pandrecht.

Het niet-wettelijke pandrecht op aandelen op naam in de niet-genoteerde kapitaalvennootschap ("gewone aandelen op naam") ontstaat, aldus art. 2:86/2:198 BW, overeenkomstig de wijze waarop aandelen worden overgedragen. Dat past in de systematiek van art. 3:236 lid 2 BW. De wijze van vestiging leidt ertoe dat – net als in geval van overdracht van een aandeel – de pandhouder zijn rechten jegens de vennootschap uitsluitend geldend kan maken, indien: (i) de vennootschap bij de rechtshandeling partij is; of: (ii) de vennootschap het pandrecht heeft erkend (al dan niet op verzoek); of: (iii) indien de notariële pandakte aan haar is betekend (2:86a/2:196a BW). Erkenning of betekening is *geen* constitutief vereiste voor het ontstaan van het pandrecht. Erkenning of betekening is alleen dan nodig om de rechten van pandhouder te kunnen uitoefenen, indien de vennootschap bij de rechtshandeling niet zelf partij is. Erkenning kan geschieden op initiatief van de vennootschap door het pandrecht in te schrijven in het aandeelhoudersregister en de pandhouder daarvan per aangetekende brief mededeling te doen. Met Van Schilfgaarde en Van Olfen⁶ menen wij dat een pandrecht op gewone aandelen op naam "stil" kan worden gevestigd. Daartoe is vereist dat de vennootschap geen partij is bij de rechtshandeling van vestiging. Zolang het pandrecht niet is erkend of betekend, is het stil. In andere gevallen is het pandrecht openbaar.

Voor de NV met (spoedig) genoteerde aandelen op naam geldt iets anders. Het pandrecht wordt gevestigd door middel van een onderhandse akte (2:86c BW). Als de vennootschap bij die rechtshandeling partij is, is de vestiging van het pandrecht met het ondertekenen van de akte voltooid (erkenning is in dat geval niet vereist). Is de vennootschap geen partij bij de akte, dan dient de vennootschap als *constitutief* vestigingsvereiste de vestiging schriftelijk te erkennen. Erkenning geschiedt in de akte of op een van de andere wettelijk voorgeschreven manieren. Aan erkenning staat gelijk de betekening van de akte aan de vennootschap. Lid 4 van art. 2:86c BW opent echter

uitdrukkelijk ook de mogelijkheid van verpanding *zonder erkenning of betekening aan de vennootschap*. Omdat erkenning bij het pandrecht op "beursaandelen" een constitutief vereiste is, zou zonder de regeling van lid 4 een stil pandrecht niet mogelijk zijn.⁷ In lid 4 wordt art. 3:239 BW – handelend over de stille verpanding van schuldverdringen – van overeenkomstige toepassing verklaard. Erkenning door of betekening aan de vennootschap doet het stille pandrecht in een openbaar pandrecht overgaan. Is de vennootschap bij de vestigingshandeling partij, dan is erkenning of betekening niet meer aan de orde, nu in dat geval een openbaar pandrecht wordt gevestigd.

De vestiging van een pandrecht op aandelen aan toonder of de vestiging van een pandrecht op een aandeel in een verzameldepot (art. 20 Wge) bieden geen bruikbare aanknopingspunten. Het pandrecht dat op grond van de Wge is gevestigd is van geheel eigen aard. In het algemeen heeft de wetgever zich bij het tot stand brengen van de Wge niet werkelijk bekommerd om het goederenrechtelijk sluitend maken van de wet.⁸

De conclusie is dat indien de vennootschap bij de rechtshandeling waarbij het pandrecht wordt gevestigd partij is, *per definitie* een openbaar pandrecht ontstaat. Dat ligt ook in de rede: een pandrecht is "stil" omdat en zolang de pand-debiteur (i.c. de vennootschap) van het bestaan van het pandrecht niet op "formele wijze" heeft kennisgenomen.

Hoe nu het *wettelijk* pandrecht te duiden? Het wettelijk pandrecht ontstaat alleen indien de certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Naar analogie van de regels die het *gevestigde* pandrecht regeren, staat ons inziens in dat geval vast dat het wettelijke pandrecht als openbaar pandrecht ontstaat. De vennootschap is immers partij bij de rechtshandeling die het pandrecht doet ontstaan. Zou men aannemen dat een wettelijk pandrecht "stil" kan ontstaan, dan is sprake van een wonderlijke fictie. De vennootschap werkt mee aan certificering, bewerkstelligt desbewust het ontstaan van een wettelijk pandrecht en zou desondanks moeten doen alsof zij van het pandrecht niet op de hoogte is.

Zoals gezegd is literatuur over dit onderwerp schaars. Uit een bijdrage van Stein zou men kunnen afleiden dat hij wél de mening is toegedaan dat het wettelijk pandrecht op aandelen "stil" ontstaat of kan ontstaan⁹:

5. P.A. Stein, Losbladig Kluwer, aantekening 4 bij art. 3:227 BW en aantekening 3 bij art. 3:259 BW.

6. P. van Schilfgaarde, Van de BV en de NV, p. 119 (zie aldaar voor afwijkende opvattingen); M. van Olfen: Ontstaan en eindigen van een pandrecht op aandelen op naam; in: WPNR (1993) 6107, p. 692.

7. J.B. Huizink, Losbladige Kluwer, p. 89-5.

8. Zie: J. van der Beek: Aspecten van levering en verpanding van Wge aandelen, Ondernemingsrecht 2003, 7 p. 244.

9. P.A. Stein, Losbladige Kluwer, aantekening 32 bij art. 3:259 BW.

“Zodra de inning ingevolge pandrecht dient plaats te vinden, moet alsnog mededeling van het pandrecht worden gedaan aan (...) de BV/NV op wie de gecertificeerde aandelen luiden. De inningsbevoegdheid gaat door die mededeling over van de uitgever van de certificaten (het administratiekantoor) op de bewindvoerder die voor de gezamenlijke houders van de certificaten optreedt. Het is dan ook alleen deze bewindvoerder die tot de verrichting van de mededeling bevoegd en in staat is.”

In geval van aandelen gaat het dan om de bevoegdheid van de certificaathouder om in de plaats van het AK uitkeringen te innen die door de vennootschap betaalbaar zijn gesteld. Stein knoopt kennelijk aan bij de regeling van art. 3:246 BW, waar is geregeld wie tot het innen van een verpande vordering bevoegd is. Die bevoegdheid blijft bij de pandgever zolang het pandrecht niet is meegedeeld en dus “stil” is. Ons bezwaar tegen de opvatting van Stein is, dat art. 3:259 lid 3 BW uitdrukkelijk niet voorziet in de mogelijkheid dat de pandhouder/certificaathouder de aan het aandeel verbonden vorderingen int: dé voorgeschreven wijze van executie is de *verkoop* van de onderliggende aandelen ten behoeve van de gezamenlijke certificaathouders door een bewindvoerder en alleen in geval van “niet-uitbetaling” van hetgeen dat de certificaathouders toekomt. Het wettelijke pandrecht wijkt op cruciale punten af van het gewone pandrecht. Stein neemt – als wij het goed begrijpen – aan dat het in het aandeel besloten financiële recht, als ware het een vordering, op de wijze van art. 3:239 BW stil is verpand aan de gezamenlijke certificaathouders. De bewindvoerder kan door het doen van de mededeling bedoeld in lid 3 van dat artikel de inningsbevoegdheid op zich doen overgaan. Aldus vult Stein een lacune in art. 3:259 BW (het recht van executie door middel van het innen van de aan het aandeel verbonden vorderingsrechten is de certificaathouder, noch de bewindvoerder gegeven) zelf in. Deze opvatting vindt o.i. in de wet geen steun. Wij menen op die grond dat de opvatting van Stein niet dwingt tot de conclusie dat het wettelijk pandrecht “stil” ontstaat.

Een argument tegen onze opvatting volgt wel uit de slotzin van art. 3:259 lid 2 BW. Daar is bepaald dat op aandelen aan toonder die met medewerking van de vennootschap worden gecertificeerd, een *bezitloos* pandrecht ontstaat. Er is een zekere parallellie tussen het stille pandrecht op vorderingen en het bezitloze pandrecht op zaken. Wij menen echter dat de wetgever hier uitsluitend een praktisch bezwaar van een vuistpand op aandelen aan toonder heeft onderkend en niet heeft beoogd aldus het pandrecht op aandelen op naam stilzwijgend te kwalificeren als “stil”.

Uitkoop

Na deze technische uitwijding keren we terug naar de uitkoop. Indien de meerderheidsaandeelhouder er niet in

geslaagd is om op minnelijke wijze alle overige aandelen te verwerven, zal hij bij dagvaarding moeten vorderen dat het AK, eventuele overige minderheidsaandeelhouders alsmede degenen aan wie de aandelen zullen toebehoren, het onbezwaarde recht op de aandelen aan hem overdragen (art. 2:92a/201a BW).

In het geval de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam (“OK”) van oordeel is dat aan alle vereisten voor de uitkoop is voldaan, zal zij het AK alsmede degenen die de aandelen zullen toebehoren veroordelen om het *onbezwaarde* recht op de aandelen over te dragen aan de meerderheidsaandeelhouder tegen betaling door de meerderheidsaandeelhouder van de door de OK vastgestelde prijs met rente. Het wettelijk pandrecht dat op de aandelen rust staat eraan in de weg dat het AK vrijwillig aan dit arrest voldoet: de aandelen zijn niet onbezwaard en het AK kan hieraan niets veranderen. Wat staat het AK te doen, teneinde naar beste vermogen aan de veroordeling mee te werken? Het AK kan per advertentie de onbekende certificaathouders oproepen de certificaten om te ruilen voor aandelen. De certificaathouders die op de oproep reageren en hun certificaten laten royeren worden daardoor (weer) aandeelhouder. Het is aannemelijk dat deze aandelen onder het gemeenschappelijke pandrecht “uitvallen”, al is dit niet met zoveel woorden geregeld. De gewezen certificaathouders/aandeelhouders zullen aan het arrest kunnen en behoren te voldoen. Het arrest is immers ook gewezen tegen diegenen aan wie de aandelen *zullen* toebehoren (art. 2:92a/2:201a lid 6 BW). Dit is een nogal omslachtige wijze om van het wettelijk pandrecht af te komen. Het is bovendien regel dat zich op een dergelijke oproep weinig of geen certificaathouders melden. Dat neemt niet weg dat het AK behoorlijk uitvoering dient te geven aan zijn verplichtingen voortvloeiende uit de statuten en administratievoorwaarden. Dat betekent dat het AK de certificaathouders wel de gelegenheid moet bieden tot royement om aldus vrijwillig aan de veroordeling te kunnen voldoen.

Teneinde toch het onbezwaarde recht op de resterende aandelen te verkrijgen, rest de meerderheidsaandeelhouder geen andere mogelijkheid dan op grond van lid 8 van art. 2:92a/201a BW over te gaan tot consignatie van de door de OK vastgestelde prijs met rente, zulks “onder mededeling van de hem bekende rechten van pand en vruchtgebruik en de hem bekende beslagen”.

Het standpunt van de consignatiekas

Consignatie betekent niet alleen de overgang van rechtswege van het onbezwaarde recht op de aandelen; bij consignatie gaat ook het pandrecht dat op de aandelen rust van rechtswege over op het recht op uitkering (art. 2:92a/2:201a lid 8 BW). Dit laatste laat zich kwalificeren als een wettelijk geregeld geval van zaaksvervangings in de zin van art. 3:229 BW. Het pandrecht ten behoeve van de gewezen certificaathouder gaat rusten op de vordering die het AK heeft op de Consignatiekas (het “recht op uit-

kering"). Het pandrecht zekert nog steeds dezelfde vordering, namelijk die van de certificaathouders op het AK. Hiervóór is reeds verdedigd dat het wettelijk pandrecht op aandelen op naam o.i. een openbaar karakter heeft. De vraag die zich nu aandient is of ook het wettelijk pandrecht op *het recht op uitkering* een stil of openbaar karakter heeft. Wij zijn van mening dat het openbare karakter niet verandert door de consignatie: slechts het *object* van pand wisselt en niet valt in te zien waarom ook het *karakter* van het pandrecht zou veranderen. Bovendien geldt dat de wet voorschrijft dat de meerderheidsaandeelhouder consigneeert "onder mededeling van hem bekende rechten van pand en vruchtgebruik". Het is verdedigbaar dat als al sprake zou zijn van een "nieuw" pandrecht – thans rustend op een vordering – dit pandrecht ook weer een openbaar karakter draagt omdat bij het ontstaan ervan aan de pand-debiteur (de consignatiekas) mededeling van het pandrecht is gedaan. Met andere woorden: was het pandrecht op de aandelen niet reeds openbaar, dan is het pandrecht op het recht op uitkering dat in elk geval wel. Ook in dit geval geldt overigens dat het pandrecht van rechtswege "ontstaat" en niet wordt gevestigd, zodat de wettelijke vestigingsbepalingen zich niet naadloos laten toepassen. De situatie die nu ontstaat is een merkwaardige. Het AK is als gewezen aandeelhouder rechthebbende tot een uitkering uit de consignatiekas. Het zijn immers de door het AK gehouden aandelen die zijn uitgekocht. De beheerder van de consignatiekas stelt zich echter op het standpunt dat niet het AK, maar de gezamenlijke certificaathouders bevoegd zijn om de vordering ("het recht op uitkering") te innen. De consignatiekas motiveert dit standpunt onder verwijzing naar art. 3:246 lid 1 BW, dat luidt:

"Rust het pandrecht op een vordering, dan is de pandhouder in en buiten rechte bevoegd nakoming daarvan te eisen en betalingen in ontvangst te nemen. Deze bevoegdheden blijven bij de pandgever, zolang het pandrecht niet aan de schuldenaar van de vordering is medegedeeld."

Door de verplichte mededeling van het pandrecht aan de consignatiekas verliest het AK de inningsbevoegdheid, zo het die al had. De gezamenlijke certificaathouders zijn echter onbekend en het is niet aannemelijk dat zij van hun inningsbevoegdheid gebruik zullen maken. De consignatiekas vreest dat als zij desondanks uitbetaalt aan het AK, zij door certificaathouders wederom tot betaling kan worden aangesproken indien het AK de koopprijs met rente niet doorbetaalt aan die certificaathouders die zich toch nog melden. Mogelijk vreest de consignatiekas ook aansprakelijkheid jegens certificaathouders, indien zij bewerkstelligt dat door het betalen van de gehele geconsigneerde koopprijs met rente aan het AK het object van het pand (het recht op uitkering) en daardoor ook het pandrecht teniet gaat.¹⁰

Het is de vraag of de consignatiekas het bij het rechte eind

heeft. Art. 3:259 lid 3 BW bepaalt dat "dit pandrecht aan de certificaathouders alleen de bevoegdheid [geeft] in geval van niet-uitbetaling van het hun verschuldigde (...) het pand geheel of gedeeltelijk te doen verkopen en zich uit de opbrengst te voldoen". Het gaat ons om de woorden "alleen" en "in geval van niet-uitbetaling". Wij zien niet in dat deze voorwaarde ineens niet meer geldt, indien het wettelijk pandrecht is komen te rusten op het recht op uitkering. Aldus wijkt de regeling uitdrukkelijk af van hetgeen is bepaald in art. 3:246 lid 1 BW ten aanzien van de inningsbevoegdheid van verpande vorderingen. Van een situatie waarin het AK zijn verplichtingen jegens de certificaathouders niet nakomt is (nog) geen sprake. De consignatiekas neemt hierop een voorschot. Sterker nog. Het AK wil wel nakomen, maar zij wordt hierin *belemmerd* door de consignatiekas. Hoe het ook zij, het AK en de meerderheidsaandeelhouder hebben het met het standpunt van de consignatiekas te doen.

Wat zijn de bezwaren?

Het AK zou natuurlijk de gewezen certificaathouder direct naar de beheerder van de consignatiekas kunnen verwijzen met de instructie om zijn inningsbevoegdheid te doen gelden, onder mededeling dat het AK niet voornemens is om hem de koopprijs met rente uit te betalen. Aldus ontstaat in elk geval de situatie van niet-uitbetaling, waarop art. 3:259 lid 3 BW ziet. De vraag rijst dan nog of het derde lid van art. 3:259 BW, dat de wijze van uitwinning van het wettelijk pandrecht door een certificaathouder regelt, ook nog toepassing vindt als de koopprijs eenmaal is geconsigneerd (dus: verkoop door een bewindvoerder). Dat ligt niet zo voor de hand. De koopprijs met rente staat inmiddels vast en is liquide. Er is geen behoefte aan een bewindvoerder die zorgt voor een eerlijke verkoop en verdeling.¹¹

De tweede mogelijkheid is dat het AK de certificaathouder die bij hem aanklopt betaalt waarop hij of zij recht heeft en vervolgens een even groot bedrag bij de consignatiekas tracht te innen. Het is echter de vraag of de consignatiekas in dat geval betaalt: het pandrecht is immers "gemeenschappelijk". Wij hebben hiervoor verdedigd dat gedecertificeerde aandelen onder het pandrecht uitvallen, maar of de consignatiekas dat zo ziet, valt te bezien.

Hoe het ook zij, oplossingen waarbij de meerderheidsaandeelhouder de gehele koopprijs voor de aandelen in de consignatiekas moet storten zonder dat het AK het recht op uitkering inééns geldend kan maken, zijn niet aantrekkelijk. De koopprijs die correspondeert met aandelen (en mitsdien met certificaten) waarvoor zich geen gegadigde meldt, vervalt na twintig jaar aan de Staat. Het AK en de meerderheidsaandeelhouder hebben er belang bij dat dit

10. E.B. Rank-Berenschot, "Verpanding van vorderingen", p. 51.

11. P.A. Stein, Losbladige Kluwer, aantekening 31 en 38 bij art. 3:259 BW.

niet gebeurt. Het AK heeft zich verplicht behoorlijk uitvoering te geven aan de administratievoorwaarden. Daar hoort o.i. bij dat het de uitkering uit de consignatiekas ten behoeve van de gewezen certificaathouders kan innen en beheren. Het is merkwaardig dat het AK als het ware wordt belet zich behoorlijk van zijn taken te kwijten. Daar komt bij, dat niet is uitgesloten dat gewezen certificaathouders aanspraken houden op het AK, terwijl het recht op uitkering door verjaring is teniet gegaan. Op grond van art. 19 van Bijlage II bij het Fondsenreglement mag de vervaltermijn voor aanspraken van certificaathouders jegens het AK niet korter zijn dan twintig jaar. Vervaltermijnen kunnen wel langer zijn en dat komt voor. Wij zien niet in dat het AK met succes aan een certificaathouder zou kunnen tegenwerpen dat het recht op uitkering uit de consignatiekas is verjaard, indien in de administratievoorwaarden een langere vervaltermijn is opgenomen. De certificaathouder heeft immers met niemand anders te maken dan met zijn wederpartij, het AK. Het AK zal moeten betalen, ook al kan het op zijn beurt niet meer voor een uitkering terecht bij de consignatiekas. Het belang van het AK vergt dat het het recht op uitkering voor de gewezen certificaathouders kan beheren totdat de rechten van die certificaathouders zijn vervallen.

Ten slotte is daar natuurlijk het financiële belang van de meerderheidsaandeelhouder, die "voor niets" (lees: ten behoeve van gewezen certificaathouders die nooit komen opdagen en dus uiteindelijk ten behoeve van de Staat) soms aanzienlijke bedragen moet consigner¹². De meerderheidsaandeelhouder zal liever zien dat het "bevriende" AK de koopprijs kan innen.

Mogelijke alternatieven en oplossingen voor uitkering uit de consignatiekas

Het AK kan toestemming vragen aan de sector kanton van de rechtbank om in plaats van de pandhouders/certificaathouders de uitkering bij de consignatiekas te mogen innen (art. 3:246 lid 4 BW). Dat is geen aantrekkelijke optie. In de eerste plaats kost elke procedure, dus ook deze procedure, geld. In de tweede plaats is het de vraag of toestemming wordt verkregen. De bepaling is geschreven voor de situatie dat de pandhouder niet in staat is of zonder redelijke grond weigert tot inning over te gaan.¹³ Het lijkt ons nog te bezien of de sector kanton de vervangende toestemming zal verlenen op grond van het – in de praktijk belangrijkste – argument dat de opbrengst na twintig jaar de Staat ten deel valt in plaats van het AK. Sterker lijkt het argument dat het AK de toestemming behoeft om aan zijn verplichtingen jegens de certificaathouders kan voldoen. Het AK loopt echter hoe dan ook een procesrisico.

Een praktische oplossing is de volgende. De consignatiekas gaat toch tot uitkering aan het AK over, waarna het AK eventuele aanspraken van gewezen certificaathouders kan honoreren zolang dat nodig is. De consignatiekas is hiertoe bereid – en we spreken uit ervaring – indien zij

gedurende twintig jaar door het AK wordt gevrijwaard van claims van gewezen certificaathouders. In ons geval bedong de consignatiekas bovendien een borgtocht van de meerderheidsaandeelhouder (een bank).

Na ontvangst van de koopprijs zal het AK de koopprijs behoorlijk dienen te beheren ten behoeve van de gewezen certificaathouders totdat hun aanspraken zijn uitgeput. Het AK doet er verstandig aan om zijn statuten, in het bijzonder zijn doelomschrijving, dienovereenkomstig aan te passen. Omdat het AK uiteindelijk bij gebreke van gerechtigden zijn doel niet meer kan bereiken, is het verstandig om bij die statutenwijziging tevens op te nemen dat de meerderheidsaandeelhouder gerechtigd zal zijn tot een eventueel batig saldo na vereffening. Nadat de rechten van de gewezen certificaathouders jegens het AK zijn uitgeput, zou het bestuur dan kunnen besluiten tot ontbinding van het AK. Wij achten verdedigbaar dat de meerderheidsaandeelhouder als gerechtigde wordt aangewezen, nu een met het oorspronkelijke doel van het AK vergelijkbaar doel niet goed denkbaar is en de rechten van de gewezen certificaathouders volledig zijn gerespecteerd. Denkbaar is ook dat het AK blijft voortbestaan, maar een ander ideëel doel gaat behartigen in de sfeer van de meerderheidsaandeelhouder ("Stichting Studiebeurs Kinderen van Werknemers"?).

Als alternatief wijzen we nog op "oplossing Voûte"¹⁴ die hierin bestaat dat de meerderheidsaandeelhouder vóór consignatie besluit tot het doen van een grote dividenduitkering of een gedeeltelijke terugbetaling op aandelen. Het resultaat is dat nog slechts een symbolisch bedrag geconsigneerd behoeft te worden.

Onder het motto "voorkomen is beter dan genezen" mag niet onvermeld blijven dat in de literatuur wordt aangenomen dat het ontstaan van het wettelijk pandrecht in statuten of de administratievoorwaarden uitgesloten kan worden.¹⁵

Conclusie

De regeling van het wettelijke pandrecht behoeft op onderdelen aanpassing om in de praktijk gerezen bezwaren weg te nemen. Met name is merkwaardig dat het AK dat wél aan zijn verplichtingen jegens de certificaathouders wil voldoen, krijgt tegengeworpen dat het niet tot

12. Men zou zich kunnen afvragen of de Staat niet een gerechtvaardigd belang heeft om het niet geïnde deel van de koopprijs te behouden. Die vraag geldt met name waar een afweging gemaakt moet worden tussen het belang van de Staat en dat van de meerderheidsaandeelhouder (het AK heeft in onze visie een gerechtvaardigd eigen belang). Dit is een vraag die de advocaat of notaris die de meerderheidsaandeelhouder bijstaat zich niet snel zal stellen. Uit de opstelling van de consignatiekas blijkt dat ook de consignatiekas aan een praktische oplossing graag meewerkt, ook als die inhoudt dat de Staat aldus een voordeel ontgaat.

13. Parlementaire Geschiedenis bij Boek 3 BW, Titel 3.9, art. 3.9.2.7, p. 773.

14. A. Voûte. Uitkopen onbekende aandeelhouder – en dan? In: TVVS 1991, p. 91.

15. Asser-Maeijer-2-III, nr. 408, en F.J.P. van den Ingh: "Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap", p. 186.

het innen van de vordering op de consignatiekas bevoegd is. Het zou volstaan te bepalen, dat na consignatie zoals bedoeld in art. 2:92a lid 8/201a lid 8 BW de houder van aandelen, die zijn belast met een wettelijk pandrecht zoals bedoeld in art. 3:259 BW, bevoegd is tot het innen van de met die aandelen corresponderende vastgestelde prijs met rente en dat het wettelijke pandrecht op het geïnde komt te rusten totdat de aanspraken van de gewezen certificaathouders jegens het AK zijn vervallen. Van Olffen bepleit-

te reeds in 1993¹⁶ dat de wetgever in elk geval voorziet in een regeling voor het eindigen van het pandrecht van certificaathouders. De “consignatieperikelen” die in deze bijdrage zijn besproken, zijn hiervoor een extra argument.

16. M. van Olffen, idem, ibidem.

DE STICHTING TOT BEVORDERING DER NOTARIËLE WETENSCHAP

www.notarielestichting.nl



Het combinatietestament de (tussen)stand van zaken quasi estate planning?

Uitgangspunt bij een combinatietestament is om een zo flexibel mogelijk testament te maken. De beslissing welke vorm van afhandeling wordt gekozen wordt naar het eerste overlijden verschoven. Op dat moment kan worden gekozen voor een besparing van het successierecht bij het eerste overlijden. Ook kan dan worden gekozen voor een zodanige afhandeling opdat de besparing over het eerste en tweede overlijden wordt verdeeld. Er zijn immers meerdere reken- en planningsprogramma's op de markt om deze planning door te rekenen. Kortom vrijheid en blijheid tijdens de sombere dagen van de boedelafhandeling.

In het afgelopen jaar heb ik veel modellen van combinatietestamenten beoordeeld. In deze testamenten is in het merendeel in het eerste gedeelte een wettelijke dan wel quasi-wettelijke verdeling opgenomen. Vervolgens wordt aan de langstlevende een legaat tegen inbreng van de waarde toegekend om, indien de wettelijke verdeling ongedaan wordt gemaakt dan wel de quasi-wettelijke geheel of gedeeltelijk niet wordt uitgevoerd, goederen uit de nalatenschap over te nemen. Vervolgens wordt een facultatief vruchtgebruik gelegateerd en ten slotte een legaat zonder inbreng van de waarde toegekend. In het combinatietestament wordt voorts een keuze gemaakt voor een erfdeel voor de langstlevende. Indien de planning tot doel heeft een besparing van het verschuldigde successierecht te realiseren voor het eerste en het tweede overlijden wordt vaak gekozen voor een erfdeel voor de langstlevende van 1/100-gedeelte.

In het afgelopen jaar heb ik tijdens meerdere bijeenkomsten waar over het combinatietestament werd gesproken een korte enquête gehouden. Ik heb de aanwezige notarissen gevraagd of binnen drie maanden na het overlijden in geval van een wettelijke verdeling wel eens tot ongedaanmaking is overgegaan.

Hieruit bleek dat slechts in een klein aantal gevallen tot ongedaanmaking is overgegaan. Ook in de testamenten waarin een quasi-wettelijke verdeling is opgenomen, blijkt dat in het merendeel van de gevallen wordt gekozen voor een afhandeling die tot een defiscalisering leidt.

Successierecht besparen bij het eerste overlijden?

Er wordt bij de boedelafhandeling vaak gekozen voor eenvoud en defiscalisering. In combinatie met de ventielbepaling blijkt bovendien dat bij het eerste overlijden er behoorlijk successierecht kan worden bespaard. De estate planner zal dan rillen bij de gedachte dat plannings technieken die zo zorgvuldig in het testament zijn opgenomen aan de kant worden geschoven voor een korte termijn planning bij het eerste overlijden.

Het is natuurlijk heel menselijk om bij het eerste overlijden zo weinig mogelijk successierecht te betalen maar er moet wel een goede voorlichting worden gegeven.

Drs. Jos Brauwers vermogensplanner te Amsterdam wees mij op het overeenkomstige probleem bij het afrekenen van een Ab-claim. Daarbij wordt nadrukkelijk een vergelijking gemaakt tussen het nu afrekenen en de claim naar de toekomst verschuiven. Is het bij het successierecht niet net zo? Nu besparen en bij het tweede overlijden extra afrekenen of wellicht moeten we tot een mengvorm komen.

In de inkomstenbelasting is in art. 5.4 Wet IB 2001 een regeling voor de defiscalisering opgenomen. Indien de verdeling van de nalatenschap overeenkomstig de wettelijke verdeling wordt afgehandeld, worden de vorderingen van de kinderen wegens onderbedeling gedefiscaliseerd. Defiscalisering is naar mijn mening echter niet veel anders dan dat de heffing van inkomstenbelasting wordt verschoven naar de langstlevende in plaats van een heffing verdeeld over meerdere erfgenamen. Dit onderdeel mag in mijn opvatting dan ook niet bepalend zijn voor het maken van keuzes bij de afhandeling van het combinatie-