

Reactie Van Doorne N.V. consultatie Voorontwerp Modernisering NV- recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding



1. Stemrecht pandhouders en vruchtgebruikers onder voorwaarde of tijdsbepaling

1.1 In het voorgestelde art. 2:89 lid 3 BW wordt de eerste zin zodanig gewijzigd, dat bij de vestiging van het pandrecht of bij latere schriftelijke overeenkomst stemrecht aan de pandhouder kan worden verleend en dat deze verlening kan plaatsvinden onder opschortende voorwaarde. Deze verruiming van de toekenning van stemrecht aan pandhouders ondersteunen wij. Het zou naar onze mening echter in lijn liggen met het oogmerk van flexibilisering dat aan deze voorgestelde wijziging ten grondslag ligt, dat het stemrecht bij vestiging niet enkel onder opschortende voorwaarde, maar ook onder tijdsbepaling kan plaatsvinden. Door dit laatste niet in de wet tot uitdrukking te brengen, rijst het risico dat art. 2:89 lid 3 BW in samenhang met art. 3:38 lid 1 BW zo uitgelegd zal worden, dat toekenning van het stemrecht onder tijdsbepaling niet mogelijk is omdat anders uit de wet voortvloeit in de zin van laatstgenoemd artikellid.

1.2 Nu dit laatste niet bedoeld lijkt, verdient het aanbeveling dat onder de voorgestelde wijziging van de eerste zin niet komt te luiden: '...indien dit, al dan niet onder opschortende voorwaarde, bij de vestiging...'. In plaats daarvan stellen wij voor: '...indien dit, al dan niet onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling, bij de vestiging...'. Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor de soortgelijke voorgenomen wijziging van de tweede zin van art. 2:89 lid 3 BW, waarin ook uitsluitend van een opschortende voorwaarde gesproken wordt. Het verdient verder aanbeveling art. 2:198 BW in overeenkomstige zin te wijzigen, zodat het NV-recht niet uit de pas loopt met het BV-recht. Het voorgaande geldt ten slotte mutatis mutandis voor de regeling van het stemrecht van vruchtgebruikers, welke bepalingen – art. 2:88/197 BW – in opzet gelijk zijn aan art. 2:89/198 BW, maar volgens het ambtelijk voorontwerp niet op de voorgestelde wijze gewijzigd zullen worden.

2. Schrapping verplichte kwijting

2.1 In het voorgestelde art. 2:101 lid 5 BW is een koppeling aangebracht tussen de vaststelling van de jaarrekening bij wijze van ondertekening door alle bestuurders en commissarissen en de kwijting van bestuurders en commissarissen, ingeval alle aandeelhouders tevens bestuurder of commissaris van de vennootschap zijn. Deze koppeling achten wij op zichzelf beschouwd in zoverre problematisch, dat bestuurders en

commissarissen ingevolge art. 2:101 lid 2 BW verplicht zijn tot ondertekening. Nu laatstgenoemd wetsartikel geen grond bevat waarop een bestuurder of commissaris mag verzuimen te ondertekenen, impliceert de eerdergenoemde koppeling dat de wet – zoals zij zal komen te gelden – de algemene vergadering verplicht de bestuurders en commissarissen kwijting te verlenen. De noodzaak van deze verplichte kwijting ontgaat ons. Indien de algemene vergadering deze kwijting wil verlenen, kan dat reeds zonder deze voorgestelde bepaling. Bovendien kan de algemene vergadering een statutaire bepaling van deze aard vaststellen indien daaraan behoefte bestaat. De voorgestelde wijziging is verder problematisch omdat zij van dwingendrechtelijke aard is. De afwijkingsmogelijkheid in de laatste volzin van het voorgestelde art. 2:101 lid 5 BW ziet slechts op de eerste volzin en niet op de koppeling tussen ondertekening en kwijting. Dit betekent dat deze koppeling van dwingend recht is (art. 2:25 BW). Naar onze mening bestaat voor dit dwingendrechtelijk karakter evenmin rechtvaardiging.

2.2 De voorgaande redenen leiden ons tot het voorstel om de laatste twee volzinnen van het voorgestelde art. 2:101 lid 5 BW te schrappen en daarvoor in de plaats te stellen de zin: 'De statuten kunnen deze wijze van vaststelling van de jaarrekening uitsluiten'. Het verdient om voornoemde reden ook aanbeveling art. 2:210 lid 5 BW op gelijke wijze te wijzigen. Dit geldt temeer nu het BV-recht in de opzet van Boek 2 BW flexibeler is dan het NV-recht en zonder een gelijke wijziging van het BV-recht op dit punt deze opzet verlaten zou worden.

3. Algemene vergadering langs elektronische weg

3.1 Het voorgestelde art. 2:116 BW regelt de plaats waar de algemene vergadering gehouden moet worden. Deze bepaling veronderstelt een geografische locatie, namelijk een plaats binnen of buiten Nederland. Ervaringen met de hybride algemene vergadering en, sinds de spoedwet in verband met het coronavirus, ervaringen met de virtuele algemene vergadering, leiden ons tot de conclusie dat deze veronderstelling een modern NV-recht niet past. Toenemende digitalisering wereldwijd betekent dat het Nederlandse vestigingsklimaat ten dele bepaald zal worden door de mogelijkheden die het Nederlandse recht biedt om door middel van moderne vergadertechnieken op een niet-geografische locatie besluiten te nemen. Het zou een gemiste kans zijn indien deze wetswijziging niet aangegrepen wordt om de algemene vergadering langs elektronische weg mogelijk te maken. Wij begrijpen dat deze wens tot het faciliteren van een algemene vergadering langs elektronische weg meer zal vereisen dan enkele woordelijke aanpassingen van het voorgestelde wetsartikel, waardoor de voorgenomen modernisering wellicht enige vertraging zal oplopen ten opzichte van het voorziene tijdpad. Dit lijkt ons echter een aanvaardbare kost die voor een aanzienlijke baat uitgaat. Modernisering is digitalisering. Wij verzoeken de minister daarom de beperkte strekking van het wetsvoorstel op dit punt te heroverwegen. Dit geldt gelijkelijk voor het BV-recht. In het verenigingsrecht achten wij een algemene vergadering langs elektronische weg reeds mogelijk. Teneinde onduidelijkheid daaromtrent te vermijden, verdient het verder aanbeveling dit laatste in de wet tot uitdrukking te brengen.

4. Gelegenheidstelling raadgevende stem buiten vergadering

4.1 In het voorgestelde art. 2:128 lid 2 BW, laatste volzin, staat te lezen dat de bestuurders en de commissarissen voorafgaand aan de besluitvorming buiten vergadering in de gelegenheid worden gesteld om advies uit te brengen. De bepaling mist echter een normadressaat. Hierom is onduidelijk wie de bestuurders en de commissarissen voorafgaand

aan de besluitvorming in de gelegenheid moet stellen. Naar wij aannemen is dit de algemene vergadering. Indien dit laatste is beoogd, verdient het aanbeveling dat dit in de wet tot uitdrukking gebracht wordt. Dit geldt ook voor het op dit punt gelijklopende art. 2:238 lid 2 BW.

5. Diversiteit in de raad van commissarissen en het bestuur

5.1 In het ambtelijk voorontwerp wordt voorgesteld dat het voor beursgenoteerde naamloze vennootschappen kort gesteld verplicht wordt een raad van commissarissen zodanig samen te stellen, dat deze ten minste voor een derde uit mannen en ten minste voor een derde uit vrouwen bestaat (het voorgestelde art. 2:142b BW). Daarnaast bevat het ambtelijk voorontwerp een verplicht streefcijfer voor het bestuur, de raad van commissarissen en hogergeplaatste leidinggevenden van kort gesteld overige grote naamloze en besloten vennootschappen, terwijl dit streefcijfer ook komt te gelden voor beursgenoteerde vennootschappen voor zover zij niet onderworpen zijn aan het voorgestelde art. 2:142b BW (de voorgestelde art. 2:166/276 BW).

5.2 De ontwerptoelichting stelt voorop dat iedereen in Nederland gelijke kansen moet krijgen en kunnen pakken om ieders talenten te ontwikkelen en te laten zien wat hij of zij kan, ongeacht geslacht of culturele achtergrond.¹ Wij onderschrijven deze gedachte volledig. Tegen deze achtergrond menen wij dat het opvallend is dat de voorgestelde wetsartikelen uitgaan van een binaire opvatting van genderidentiteit die niet door iedereen in Nederland gedeeld wordt en waarin ook niet iedereen in Nederland zich persoonlijk zal herkennen. Wij verwijzen naar de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 28 mei 2018, in het bijzonder de overweging dat 'sprake is van een maatschappelijke erkenning en ook -in ieder geval een trend naar- juridische erkenning van een neutrale geslachtelijke identiteit'.² De aangehaalde binaire opvatting die aan het voorstel ten grondslag ligt staat haaks op het oogmerk van de minister om gelijke kansen te bevorderen ongeacht geslacht. Reeds om deze reden zouden wij de minister willen aanbevelen het beperkt inclusieve karakter van de voorgestelde regeling te heroverwegen. Indien daarvoor meer tijd nodig is, ligt het naar onze mening voor de hand de diversiteitsbepalingen uit het wetsvoorstel modernisering NV-recht te lichten en op een later moment als afzonderlijk wetsvoorstel in te dienen.

5.3 Een verdere opmerking hebben wij bij de overeenkomstige toepassing van het voorgestelde art. 2:142 lid 1 en 2 BW op alle bestuurders indien de vennootschap toepassing heeft gegeven aan art. 2:129a BW (het voorgestelde art. 2:142b lid 3 BW). Het gevolg van deze overeenkomstige toepassing is dat uitvoerende bestuurders, waar het gaat om de toepassing van de bepaling omtrent evenwichtige zetelverdeling, behandeld worden als commissarissen. Dit is uit wetssystematisch oogpunt bezwaarlijk, nu elders bij soortgelijke gelijkstellingen een onderscheid is gemaakt tussen uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Wij verwijzen naar het verbod van de rechtspersoon-commissaris, dat tevens van toepassing is op niet-uitvoerende bestuurders maar niet op uitvoerende bestuurders (waarover in ander verband hierna). Het is om deze reden aan te bevelen om het voorgestelde derde lid zodanig aan te passen, dat de overeenkomstige toepassing zich slechts uitstrekt tot niet-uitvoerende bestuurders, althans nader toe te lichten waarom een algehele overeenkomstige toepassing wenselijk is.

¹ Ambtelijk ontwerp Memorie van Toelichting, p. 1.

² Rb. Limburg 28 mei 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:4931, r.o. 2.5.

5.4 Ten slotte vragen wij in dit verband aandacht voor de sanctie die gesteld is op een benoeming in strijd met het voorgestelde art. 2:142b lid 2 en 3 BW. Een benoeming in strijd met deze bepaling is nietig, maar heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen (het voorgestelde art. 2:142b lid 5 BW). Het is de vraag hoe deze bepaling zich verhoudt tot wettelijke en statutaire totstandkomingsvereisten voor besluiten, zoals quorumeisen en meerderheidseisen. In het geval waarin een quorum of meerderheid van drie personen geldt, terwijl de benoeming in strijd met het voorgestelde art. 2:142b lid 2 (jo. 3) BW de derde bestuurder of commissaris betreft, rijst de vraag of het voorgestelde vijfde artikellid tevens maakt dat het niet halen van het quorum of de meerderheid – een direct gevolg van de nietigheid van de benoeming – geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen. Het voorgestelde artikellid biedt over deze kwestie geen uitsluitsel, waardoor de bepaling in de praktijk tot problemen kan leiden. Deze voorzienbare problemen leiden ons ertoe de nietigheidssanctie af te raden. Andere sancties, zoals verplichte verantwoording op de website van de vennootschap, zijn denkbaar en naar onze mening verkieslijk boven nietigheid.

6. Schrapping art. 2:78a/189a BW

6.1 Het ambtelijk voorontwerp bevat een voorstel tot wijziging van art. 2:78a BW teneinde deze bepaling in overeenstemming te brengen met art. 2:189a BW. Hoewel wij deze uniformeringsgedachte begrijpen, zouden wij menen dat een eenvoudiger uniformering denkbaar en wenselijk is. Ingevolge art. 2:78a BW moet voor de toepassing van de artikelen 2:87, 2:96, 2:96a, 2:101 lid 6 en 2:129 BW onder orgaan van de vennootschap worden verstaan de algemene vergadering, de vergadering van houders van aandelen van een bijzonder soort, het bestuur de raad van commissarissen en de gemeenschappelijke vergadering van het bestuur en de raad van commissarissen. Nu de vergadering van soortaandeelhouders als orgaan in de zin van deze bepaling geldt, kan door de toekenning van soortaandelen willekeurig welke persoon tot orgaan in de zin van art. 2:78a BW gemaakt worden. Dat is echter een zeer bewerkelijke en omslachtige wijze om een orgaan in de zin van de artikelen 2:87, 2:96, 2:96a, 2:101 lid 6 en 2:129 BW te creëren. Het kan eenvoudiger. Gegeven dat naar huidig recht wel deze omslachtige structuur mogelijk is, maar niet de eenvoudige structuur waarin ieder orgaan een orgaan in de zin van de genoemde bepalingen kan zijn, verdient het naar onze mening aanbeveling art. 2:78a BW te schrappen. Daarmee wordt het NV-recht beter hanteerbaar, zonder dat mogelijk onwenselijke resultaten gefaciliteerd worden die het huidige recht niet reeds faciliteert.

6.2 Wij stellen voor het wetsvoorstel met de schrapping van deze bepaling aan te vullen. Daarbij verdient tevens en om dezelfde redenen overweging de pendant van deze bepaling voor het BV-recht, art. 2:189a BW, te schrappen. Dit geldt temeer nu het BV-recht in de opzet van Boek 2 BW flexibeler is dan het NV-recht. Die opzet zou door schrapping van art. 2:78a BW zonder gelijktijdige schrapping van art. 2:189a BW zonder goede grond verlaten worden.

7. Schrapping verbod rechtspersoon als commissaris of niet-uitvoerende bestuurder

7.1 Een modern vennootschapsrecht laat naar onze mening ruimte voor de inrichting van vennootschappen naar het eigen inzicht van de vennootschap. Er worden in toenemende mate vraagtekens gesteld bij bepalingen die de inrichting van de raad van commissarissen raken. Wij wijzen bij wijze van voorbeeld op de inbreng van de leden van de SGP-fractie in de

Eerste Kamer in relatie tot het aanhangige Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen, waar zij onzes inziens geheel terecht opmerken 'dat in de praktijk de behoefte kan bestaan om het intern toezicht in de rechtspersoon vorm te geven door andere rechtspersonen'.³ Dit geldt naar onze mening in gelijke mate voor commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders van naamloze vennootschappen, terwijl op dit moment een verbod geldt op de benoeming van rechtspersonen als commissaris of niet-uitvoerende bestuurder bij deze rechtspersoonsvorm (art. 2:129a lid 1 en 2:140 lid 1 BW). Een modern NV-recht kan zonder deze verboden. Wij stellen daarom voor het verbod op de rechtspersoon als commissaris of niet-uitvoerende bestuurder in het NV-recht te schrappen. Nu geen goede grond bestaat om dezelfde schrapping niet in het rechtspersonenrecht door te voeren, stellen wij deze schrapping ook voor ter zake van het BV-recht en – indien het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht rechtspersonen wordt ingevoerd als voorgesteld – het verenigingen- en stichtingenrecht.

Contactpersonen



Hugo Reumkens
Partner / Advocaat
reumkens@vandoorne.com
+31 (0)20 6789 363
+31 (0)6 53 450 590



Saskia Laseur
Managing partner / Notaris
laseur@vandoorne.com
+31 (0)20 6789 717
+31 (0)6 53 138 393

³ Kamerstukken I 2019-20, 34 491, B, p. 5.

