

Azië-Pacific

Bangkok
Beijing
Brisbane
Hanoi
Ho Chi Minhstad
Hong Kong
Jakarta
Kuala Lumpur*
Manila*
Melbourne
Seoul
Shanghai
Singapore
Sydney
Taipei
Tokyo
Yangon

**Europa, Midden-
Oosten & Afrika**

Abu Dhabi
Almati
Amsterdam
Antwerpen
Bahrein
Barcelona
Berlijn
Boedapest
Brussel
Cairo
Casablanca
Djedda*
Doha
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Geneve
Istanbul
Johannesburg
Kiev
Londen
Luxemburg
Madrid
Milaan
Moskou
München
Parijs
Praag
Riyad*
Rome
Sint Petersburg
Stockholm
Warschau
Wenen
Zurich

Amerika

Bogota
Brazilië**
Buenos Aires
Caracas
Chicago
Dallas
Guadalajara
Houston
Járez
Lima
Los Angeles
Mexico Stad
Miami
Monterrey
New York
Palo Alto
Porto Alegre**
Rio de Janeiro**
San Francisco
Santiago
São Paulo**
Tijuana
Toronto
Valencia
Washington, DC

* Gelieerde Kantoren
** In samenwerking met
Trench, Rossi e Watanabe
Advogados

14 mei 2020

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Consultatie voorontwerpen modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw-verhouding

L.S.,

Hierbij doen wij u onze reactie toekomen op het voorontwerp modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw-verhouding.

1. Algemene opmerkingen

De modernisering van het NV-recht is een logisch vervolg op de modernisering van het BV-recht. Voor het behoud van een gezond en concurrerend vestigingsklimaat is modernisering van het NV-recht een belangrijke stap. De voorgestelde maatregelen ter bevordering van de diversiteit in de leiding van beursgenoteerde en andere ondernemingen past in de lijn die enkele jaren geleden door de wetgever is ingezet en draagt daar aan bij. Het onderhavige wetgevingsinitiatief is om die redenen toe te juichen.

Inhoudelijk geeft het voorontwerp aanleiding tot enkele kanttekeningen en vragen van meer algemene aard.

Diversiteit in de leiding van ondernemingen kan leiden tot kwalitatief betere besluitvorming, aldus de memorie van toelichting. Volledigheidshalve zou daarbij kunnen worden verwezen naar de resultaten van het empirisch onderzoek die deze stelling ondersteunen. De lezer wordt zo de gelegenheid geboden om de stelling aan een empirische onderbouwing te kunnen staven. Dat (ook) het ondernemingsrecht wordt ingezet om diversiteit te bevorderen, ondersteunen wij van harte.

In de concept toelichting wordt gerefereerd aan de flexibilisering van het BV-recht, waaraan mede inspiratie is ontleend voor het onderhavige voorontwerp. Dit komt onder meer tot uitdrukking in de voorstellen tot afschaffing van het verplichte maatschappelijke kapitaal, de mogelijkheid de nominale waarde van de aandelen (en daarmee het vennootschappelijk kapitaal) in een vreemde valuta te doen luiden en de versoepeling van de voorschriften betreffende het land waarin algemene vergaderingen dienen te worden gehouden en van de besluitvorming buiten vergadering. Deze versoepelingen zullen naar

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is statutair gevestigd te Amsterdam en ingeschreven in het handelsregister onder nummer 34208804.

Baker & McKenzie Amsterdam N.V. is lid van Baker & McKenzie International, een Zwitserse Verein. Wij verwijzen naar <http://www.bakermckenzie.com/nl/netherlands/generalconditions/>.

verwachting de aantrekkelijkheid van de NV ten goede komen. Overigens wordt in de concept toelichting nergens een verwijzing gemaakt naar de Europese naamloze vennootschap (SE) terwijl de voorgestelde wijzigingen mede relevant zijn voor deze rechtsvorm. Dit zou nog kunnen worden opgenomen in de toelichting.

Ten opzichte van de regelingen die destijds zijn ingevoerd voor de BV, valt een aantal regelingen op die niet in het onderhavige voorontwerp zijn opgenomen, maar die ook de NV aantrekkelijker en toekomstbestendiger zouden kunnen maken. Genoemd kunnen worden:

1. de mogelijkheid om statutair te bepalen dat bestuurders en commissarissen kunnen worden benoemd door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding;
2. de mogelijkheid tot het creëren van stemrechtloze- en winstrechtloze aandelen;
3. de mogelijkheid om statutair te bepalen dat aandelen tijdelijk niet overdraagbaar zijn;
4. de wettelijke maatregelen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders tegen besluiten tot statutenwijziging waarbij afbreuk wordt gedaan aan hun rechten - naast het voorgestelde artikel artikel 2:116 - zoals die ook voor de BV in de wet zijn vastgelegd. Dergelijke bepalingen zijn bijvoorbeeld te vinden in de artikelen 2:195 lid 3, 2:216 lid 8, 2:228 lid 4 en 2:231 lid 4 BW. Worden meer bepalingen van het BV-recht overgenomen, dan ligt ook invoering van de daaraan gerelateerde minderheidsbescherming in de rede.

Voorts is een van de uitgangspunten welke ten grondslag ligt aan de modernisering van het NV-recht de vermindering van (administratieve) lasten. Overwogen kan worden om de deponeringsverplichting van de tussentijdse vermogensopstelling uit artikel 2:105, lid 4 BW te laten vervallen. Richtlijn (EU) 2017/1132 schrijft alleen het opstellen van de tussentijdse vermogensopstelling voor, niet ook de deponering daarvan. Deze deponeringsverplichting is in de wet gekomen onder verwijzing naar de richtlijn, maar zonder verdere toelichting (MvT Kamerstukken 1978/1979 15 304, nr. 3, p. 48).

Het onderhavige wetgevingsinitiatief zou een uitgelezen mogelijkheid zijn om het NV-recht ook op deze punten te versterken.

2. Artikelsgewijs commentaar

Bij enkele van de voorgestelde bepalingen plaatsen wij de volgende kanttekeningen:

Artikel 67

In artikel 2:67 BW wordt een aantal wijzigingen voorgesteld. Een van die wijzigingen is dat het bedrag van het minimumkapitaal wordt gefixeerd op EUR 45.000. Ter toelichting wordt op pagina 22 van de concept toelichting vermeld dat het niet voor de hand ligt om het bedrag van het verplichte minimumkapitaal te verhogen. In lijn met de beoogde

flexibilisering van het NV-recht lijkt het evenwel in de rede te liggen het minimumkapitaal te verlagen naar EUR 25.000, zijnde het door artikel 45 lid 1 van Richtlijn (EU) 2017/1132 bepaalde minimum. De keuze hiervoor zou aansluiten bij de overwegingen die aanleiding waren tot afschaffing van het minimumkapitaal bij de BV en lijkt ook om die reden voor de hand te liggen. Het verdient daarom (her)overweging of handhaving van het minimumkapitaal van EUR 45.000, wenselijk is dan wel of dit bedrag verlaagd zou kunnen worden tot EUR 25.000.

Voorgesteld wordt om toe te staan dat de nominale waarde van de aandelen en in het verlengde daarvan het gestorte, geplaatste en - zo daarvan sprake is - het maatschappelijk kapitaal, in een vreemde valuta te doen luiden. In relatie tot deze mogelijkheid komt een aantal vragen op. Deze houden verband met het feit dat de waarde van vreemde valuta kan fluctueren ten opzichte van de euro. Het voorgestelde lid 2 van artikel 67 luidt: "Het geplaatste kapitaal en het gestorte deel daarvan bedragen ten minste vijfenveertigduizend euro". De vraag rijst dan hoe de eis van minimumkapitaal (thans EUR 45.000) zich verhoudt tot de nominale waarde van de aandelen en het kapitaal, indien deze in een vreemde valuta zijn gesteld en er sprake is van koersschommelingen. Een voorbeeld van zo'n situatie zou als volgt kunnen luiden.

Stel dat een NV wordt opgericht met aandelen met een nominale waarde in US-dollars. Het geplaatste en gestorte kapitaal bedraagt USD 45.000. Als op de oprichtingsdatum USD 1 gelijk is aan EUR 1, is het geplaatste en gestorte kapitaal op dat moment gelijk aan EUR 45.000. Stel voorts dat een half jaar later de koers van de US-dollar is gekelderd ten opzichte van de euro. Het geplaatste kapitaal is dan lager dan het minimumbedrag van EUR 45.000. Geldt voor de beoordeling of de vennootschap beschikt over het minimumkapitaal dan nog steeds de waarde in euro op de oprichtingsdatum? Zo ja, wat betekent dit als de casus als volgt wordt gewijzigd: op de oprichtingsdatum bedraagt het geplaatste en gestorte kapitaal USD 60.000. Nog steeds uitgaande van een wisselkoers van 1:1 op de oprichtingsdatum, is dit gelijk aan EUR 60.000. Een half jaar later is de waarde van de US-dollar ten opzichte van de euro met 50% gedaald en is deze gelijk aan EUR 30.000. Als de eurowaarde op de oprichtingsdatum bepalend is, betekent dit dan ook dat kapitaalvermindering mogelijk is voor een waarde van EUR 15.000? En mag deze kapitaalvermindering dan worden voldaan in US-dollars tegen de op de dag van terugbetaling geldende wisselkoers? Indien het antwoord op deze vragen bevestigend luidt, zou de waarde van het gestorte en geplaatste kapitaal uitgedrukt in euro's significant onder het wettelijke minimum van 45.000 euro kunnen zakken. Een nadere uitwerking van deze problematiek in de wet lijkt noodzakelijk.

Artikel 101 lid 5

De voor artikel 2:101 lid 5 voorgestelde bepaling is ontleend aan artikel 2:210 lid 5 BW. Deze BV-bepaling geeft evenwel aanleiding tot vragen en complicaties. Daarom bevreemdt het dat dezelfde bepaling nu wordt voorgesteld voor de NV.

Zo kan de jaarrekening van middelgrote en grote vennootschappen niet door de algemene vergadering worden vastgesteld, zolang de opgemaakte jaarrekening niet is onderzocht door een onafhankelijke deskundige en zij de beschikking heeft over diens verslag (artikel

2:393 lid 7 BW). Een accountant pleegt slechts een (onvoorwaardelijke) verklaring af te geven over een bevoegdelijk opgemaakte en ondertekende jaarrekening. De regel dat ondertekening van de jaarrekening krachtens artikel 2:101/210 lid 5 BW leidt tot vaststelling van de jaarrekening, zou derhalve kunnen conflicteren met de regeling in artikel 2:393 lid 7 BW, indien het verslag van de deskundige op het moment van ondertekening nog niet beschikbaar is. Het verdient aanbeveling deze bepaling in heroverweging te nemen.

Een ander punt betreft het automatisme dat ondertekening door alle aandeelhouders/bestuurders/commissarissen automatisch leidt tot het verlenen van decharge. Dit impliceert dat indien de bestuurders en commissarissen van oordeel zouden zijn dat de jaarrekening aan alle eisen van de wet voldoet, maar zij tevens van mening zijn dat één van de bestuurders ernstig verwijtbaar heeft gehandeld, een patstelling kan ontstaan; de jaarrekening moet tijdig binnen de daarvoor door de wet gestelde termijnen worden opgemaakt en ondertekend, maar het automatisme dat daarmee tevens aan allen decharge wordt verleend, is ongewenst. Dit is ook de reden geweest om bij reguliere vaststelling door de algemene vergadering wettelijk te bepalen dat het verlenen van decharge een separaat besluit vereist. Het verdient aanbeveling om deze keuze consequent door te voeren.

Tot slot is er onduidelijkheid of de termijn voor openbaarmaking van de jaarrekening in het geval van vereenvoudigde vaststelling twee maanden korter is dan bij reguliere vaststelling. De jaarrekening dient binnen acht dagen na vaststelling, dan wel uiterlijk twaalf maanden na afloop van het boekjaar te worden gedeponneerd bij het handelsregister gehouden door de Kamer van Koophandel (artikel 2:394 BW). Bij vereenvoudigde vaststelling begint de termijn van acht dagen eerder te lopen, namelijk al bij ondertekening van de jaarrekening. De vraag is wat dit betekent voor de aansprakelijkheid van bestuurders in een faillissementssituatie (artikel 2:138 / 2:248 BW). Het verdient de voorkeur om ook dit punt de wet te verduidelijken.

Artikel 142b

In de concept toelichting bij het voorgestelde artikel 142b op pagina 28, is vermeld dat als een bestuur uit twee uitvoerende bestuurders en vijf niet-uitvoerende bestuurders bestaat, de samenstelling evenwichtig is als er ten minste twee vrouwen of mannen zitting hebben, ongeacht of zij uitvoerend of niet-uitvoerend bestuurder zijn. Op basis van de voor artikel 142b leden 2 en 3 voorgestelde tekst, lijkt evenwel het aantal vrouwelijke en mannelijke bestuursleden bij een bestuur bestaande uit zeven personen ten minste drie van elk geslacht te moeten zijn. Het verdient aanbeveling de toelichting op dit punt te verduidelijken of te corrigeren, dan wel de wettekst af te stemmen op de toelichting.

3. Kanttekeningen van wetgevingstechnische aard

Een kanttekening van wetgevingstechnische aard is dat in het voorontwerp artikelen worden ingevoerd die vervolgens (lijken) te zullen worden ingetrokken. Het lijkt logischer om ten aanzien van deze bepalingen in het wetsontwerp op te nemen dat zij de

reeds bestaande bepalingen met hetzelfde artikelnummer vervangen. Het betreft de artikelen 142b, 166 en 176.

In dezelfde lijn ligt de toevoeging van een verwijzing naar art. 142b in artikel 187 in Artikel I, onderdeel Q) en het vervolgens laten vervallen daarvan in Artikel II, onderdeel C. Het ware te overwegen of deze onderdelen handhaving behoeven.

4. Tot slot

Wij danken u voor de mogelijkheid om op het voorstel te reageren. Wij verzoeken u om onze reactie mee te nemen in het verdere wetgevingsproces.

Hoogachtend,

Wino van Veen

Alexander Spoor

Heleen Vrolijk

M-C Brzezinski