

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de Minister voor Rechtsbescherming

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15
1077 AB Amsterdam

Postbus 75440
1070 AK Amsterdam

Tel +31 (0) 20 674 1000
Fax +31 (0) 20 674 1111

Geüpload via www.internetconsultatie.nl op 14 mei 2020

Amsterdam,	14 mei 2020
Onderwerp	Consultatie Wetsvoorstel modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding
Ons kenmerk	/0010023-0025207 EUO3: 2000544297.2
Van	Joyce Leemrijse, Raoul Hagens en Günther Rensen
Telefoon	020-6741000

Excellentie,

Met deze brief maakt Allen & Overy LLP graag gebruik van de geboden mogelijkheid om te reageren op het voorontwerp inzake de modernisering van het NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding (het **Voorstel**).¹

Voordat hierna enkele inhoudelijke onderwerpen worden behandeld, merken wij op dat het Ministerie een belangrijke stap heeft gezet met het Voorstel. Dat neemt niet weg dat het Voorstel uit twee zodanig wezenlijk verschillende onderwerpen bestaat, dat de vraag rijst waarom voor een gecombineerde behandeling wordt gekozen.

Die vraag heeft nog meer relevantie als men het met ons eens is, dat het onderwerp modernisering NV-recht nog nadere overdenking verdient. De voorgestelde regelingen ter zake blijven beperkt tot een aantal technische aanpassingen. Een fundamentele beschouwing over het handhaven van de NV als zodanig, lijkt niet aan het Voorstel ten grondslag te liggen.² Hoewel dat enigszins te betreuren is, zien wij ook in dat een dergelijke (empirische en theoretische) studie een spoedige verbetering van het NV-recht op technische punten in de weg zou staan. In zoverre begrijpen wij de in het Voorstel gekozen 'technische benadering'. Het zou echter niet moeten leiden tot het stopzetten van verder denken over nut en noodzaak van de NV in de huidige vorm.

¹ Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het moderniseren van het recht inzake naamloze vennootschappen en het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen.

² A. Bootsma en J.B.S. Hijink, 'De beurs-NV in den vreemde - Een perspectief op de modernisering van het NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/15.

Aan het tweede onderdeel van het Voorstel, de man/vrouw-verhouding, liggen diverse uitgebreide onderzoeken en voorstellen ten grondslag. Wij onderschrijven de in het Voorstel opgenomen regelingen graag en beperken ons hierna (daarom) vooral tot enkele inhoudelijke opmerkingen ten aanzien van de modernisering van het NV-recht.

I. Inhoudelijke opmerkingen

Algemeen

1. De technische verbeterpunten die het Voorstel voor het NV-recht bevat, zijn grotendeels ontleend aan het advies van de Commissie Vennootschapsrecht uit 2013.³ Waarom het Voorstel zich, zeven jaar na het advies van die commissie, vooral tot deze punten beperkt, wordt helaas niet duidelijk uit het voorontwerp van de memorie van toelichting. Wij zien redenen om ook op andere punten aansluiting bij het in 2012 gewijzigde BV-recht te zoeken.

Certificaten met/zonder vergaderrecht

2. Het Voorstel maakt geen einde aan de bij de NV voortlevende discussie en onduidelijkheid in de praktijk over certificaten die met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Het onderscheid tussen certificaten die met en zonder medewerking zijn uitgegeven is van zo groot belang voor de positie van de certificaathouder, dat daarover geen onduidelijkheid zou moeten kunnen bestaan.⁴ Zo worden bijvoorbeeld alleen de houders van certificaten die met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven, opgeroepen tot de algemene vergadering (art. 2:113 lid 1 BW) en zijn alleen zij gerechtigd om die vergadering bij te wonen en daarin het woord te voeren (art. 2:117 lid 2 BW). Ook het agenderingsrecht (art. 2:114a BW) komt alleen de houders van met medewerking uitgegeven certificaten toe. Bij de BV is aan de discussie wanneer certificaten met of zonder medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven een einde gemaakt door de invoering van certificaten met of zonder vergaderrechten (art. 2:227 BW).
3. De introductie van certificaten met en zonder vergaderrechten sluit ook beter aan op het Voorstel dan het handhaven van huidige onderscheid tussen certificaten met en zonder medewerking. Het Voorstel gaat immers expliciet uit van 'vergadergerechtigden', in het voorgestelde art. 2:116 lid 2 en 3 BW en art. 2:128 lid 1 BW, terwijl het nergens wordt omschreven en ook geen omschrijving voortvloeit uit art. 2:117 BW. Laatstgenoemde bepaling zou de aangewezen plaats zijn waar het begrip 'vergaderrecht' uitgewerkt kan worden, zoals voor de BV is gedaan in art. 2:227 lid 1 BW. In art. 2:117 BW kunnen dan ook de certificaten met en zonder vergaderrecht worden geregeld.

Afwijkend stemrecht en stemrechtloze aandelen

4. De regelingen in het huidige NV-recht die afwijking van de hoofdregel '*one share, one vote*' toestaan (art. 2:118 lid 4 en lid 5 BW), voorzien in de mogelijkheden van evenredig, degressief en volstrekt beperkt stemrecht, maar zijn gedateerd. De toepassing ervan is bovendien onduidelijk.⁵ Bij modernisering van het NV-recht kunnen deze bepalingen niet ongemoeid worden gelaten. Ook hier ligt het voor de hand om aan te sluiten bij de corresponderende BV-bepaling die in 2012 is ingevoerd (art. 2:228 lid 4 BW).
5. Daarnaast zou het NV-recht, net als het gewijzigde BV-recht, moeten voorzien in aandelen zonder stemrecht. Dat is een flexibiliteit die past bij een moderne vennootschapsvorm. Bijvoorbeeld is gebleken dat het bij bepaalde hoogspecialistische, innovatieve ondernemingen en bedrijfsmodellen kan gaan om een investering in het idee of de visie dat sterk verbonden is met specifieke personen

³ Commissie Vennootschapsrecht, brief met standpunt over de aan haar gestelde vraagpunten inzake modernisering van het NV-recht, d.d. 15 juli 2013 aan de heer mr. I.W. Opstelten, toenmalig Minister van Veiligheid en Justitie.

⁴ Vgl. ook *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 81.

⁵ Zie reeds de verzuchtingen van W.C.L. van der Grinten daarover in 1992, in: Van der Heijden/Van der Grinten, *Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap*, 1992/215-217.

(sprekende voorbeelden zijn Tesla en Facebook). Kapitaalverschaffing en zeggenschap gaan hier niet noodzakelijk hand in hand. Wat ons betreft, moet het voor dergelijke NV's mogelijk zijn om investeerders aan te spreken via een uitgifte van (liquide) kapitaalinstrumenten die ingebed zijn in een vennootschapsrechtelijk kader. Dit zou het vestigingsklimaat ten goede komen. Hier zou dan wel, ook weer zoals in het BV-recht, moeten worden voorgeschreven dat dergelijke stemrechtloze aandelen wel delen in de winst van de vennootschap. Waarborgen voor deze houders van stemrechtloze aandeelhouders kunnen worden vormgegeven langs dezelfde lijnen als bij de BV-regeling die voorschrijft dat instemming van de soortvergadering nodig is als een statutenwijziging afbreuk doet aan hun rechten. Ook kan nog steeds toegang tot de OK worden geboden via de enqueteprocedure, deze route staat ook open voor minderheidsaandeelhouders.

Beperkt winstdelende en winstrechtloze aandelen

6. In het verlengde van de stemrechtloze aandelen zou een modernisering van het NV-recht ook de figuur van aandelen die geen of slechts een beperkt recht op deling in de winst of reserves moeten kennen. Er is geen reden om deze mogelijkheid, die bijvoorbeeld in het kader van geleidelijke bedrijfsopvolging in familiebedrijven wordt gebruikt, te onthouden aan NV's. Om weg te blijven van de conceptuele vraag wat een aandeel is, zou aan een winstrechtloos aandeel wel stemrecht moeten zijn verbonden. Zie in dit verband art. 2:190 BW.

Verkorte oproepingstermijn

7. Het Voorstel bevat een versoepeling in de locatie waar de algemene vergadering moet worden gehouden (art. 2:116 BW); deze mag voortaan ook buiten Nederland zijn gelegen. De oproepingstermijn van 15 dagen (art. 2:115 lid 1 BW) voor een algemene vergadering blijft echter ongewijzigd in het Voorstel. Wij zouden ook op dit punt een verdere versoepeling wenselijk achten, zodat bijvoorbeeld op een termijn van ten minste 8 dagen de algemene vergadering kan worden opgeroepen. Een dergelijke oproepingstermijn lijkt meer dan voldoende helemaal nu oproeping via e-mail kan plaatsvinden en de oproeping door een advertentie in een landelijk verspreid dagblad (art. 2:113 lid 2 BW) niet meer noodzakelijk lijkt na de afschaffing van losse toonderaandelen. Daarbij moet worden bedacht dat de wet in lid 2 van art. 2:115 BW voor beursgenoteerde NV's reeds in een langere oproepingstermijn van 42 dagen voorziet; daaraan doet ons voorstel uiteraard geen afbreuk.

Virtuele algemene vergadering

8. De recente Corona-perikelen hebben aangetoond hoe belangrijk het is dat het ondernemingsrecht 'bij de tijd is' en aansluit op de praktijk. De in alle haast bij tijdelijke 'noodwet' geregelde digitale algemene vergadering is van grote waarde gebleken voor vennootschappen; er wordt veel gebruik van gemaakt.⁶
9. De noodwet moet, in onze ogen, een aansporing zijn aan de wetgever om de virtuele algemene vergadering permanent in ons ondernemingsrecht te gaan regelen. Uiteraard kunnen wij ons voorstellen dat daarbij andere en strengere regels gelden dan in de noodwet, zoals de vereisten dat de aandeelhouders tijdens de virtuele algemene vergadering op afstand kunnen stemmen en vragen kunnen stellen. De virtuele algemene vergadering zou bij wijze van statutaire mogelijkheid kunnen worden geboden, zodat de vennootschappen die er gebruik van wensen te maken daarvoor eerst een besluit tot statutenwijziging van de algemene vergadering nodig hebben. De aandeelhouders worden dan in staat gesteld om zich daarover uit te laten. Aandeelhoudersparticipatie kan niet enkel worden gewaarborgd door het houden van een aandeelhoudersvergadering op een fysieke locatie. In 2007 zijn de eerste stappen gezet door elektronische deelname mogelijk te maken maar er lijkt destijds geen rekening gehouden te zijn met het gegeven dat art 2:116 BW voorschrijft dat er altijd op een fysieke locatie in Nederland moet worden vergaderd. De volledig virtuele AvA biedt de mogelijkheid om reisbewegingen te beperken, zowel voor aandeelhouders als leden van de organen van de

⁶ Tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid), *Stb.* 2020, 124.

vennootschap. Het pas ook beter bij een beeld waarin veel aandeelhouders van (beurs) vennootschappen zich buiten Nederland bevinden. De technische middelen voor authenticatie van de registratie van aandeelhouders van beursvennootschappen aan deze vergaderingen bestaan inmiddels en hebben zich in de praktijk bewezen. Ook hier geldt weer dat de gebruikers met name behoefte hebben aan maatwerk en in dit verband dus aan regelend recht.

Schrappen vereiste rechterlijke tussenkomst bij accountantsverklaring bij fusies en splitsingen van NV's

10. De bepaling dat als de partijen bij een juridische fusie of splitsing twee of meer NV's zijn, slechts dezelfde accountant kan worden aangewezen in het kader van de af te geven verklaringen als de Ondernemingskamer (OK) zulks heeft bepaald (art. 2:328 lid 3 BW/2:334aa lid 4 BW), wordt in de praktijk als nodeloos bezwarend ervaren. De verplichte gang naar de rechter leidt tot onnodige lastenverzwaring bij ondernemers en belasting van de OK. Het is ons ook niet duidelijk dat er hier een principieel andere benadering zou moeten worden gehanteerd dan bij de BV. Art. 96/142 lid 1 Richtlijn 2017/1132/EU staat toe dat lidstaten bepalen dat één accountant beide vennootschappen kan onderzoeken.

II. Overige opmerkingen

11. In de toelichting (p. 28) op het voorgestelde art. 2:142b BW wordt een rekenvoorbeeld gegeven dat wij niet helemaal kunnen volgen. Uitgaande van een one tier board met twee uitvoerende en vijf niet-uitvoerende bestuurders, zou de samenstelling pas evenwichtig zijn indien ten minste drie vrouwen en mannen zitting hebben in het bestuur. Er moet immers worden uitgegaan van het naastgelegen hogere getal dat wel door drie deelbaar is; in het gegeven voorbeeld is dat naastgelegen hogere getal: negen.
12. Overigens rijst bij ons de vraag of de voorgestelde regeling van het ingroeiquotum wel consistent is. Waar in een two tier-bestuursmodel het ingroeiquotum alleen op de raad van commissarissen betrekking heeft, ziet het in een one tier-bestuursmodel op zowel de uitvoerende bestuurders als de niet-uitvoerende bestuurders. Zou het niet meer voor de hand liggen om deze alleen ten aanzien van de niet-uitvoerende bestuurders toe te passen?

0 - 0 - 0

Tot een nadere toelichting op onze bovenstaande bevindingen over het Voorstel zijn wij uiteraard graag bereid.

Hoogachtend,

Joyce Leemrijse, Raoul Hagens en Günther Rensen