

Vergaderjaar 2007–2008

31 220

Uitvoering van richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 september 2006 (PbEU L 264) tot wijziging van richtlijn 77/91/EEG betreffende de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding en wijziging van hun kapitaal

Nr. 16

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 8 april 2008

Op donderdag 3 april jl. vond de eerste termijn van de zijde van de Kamer plaats in het mondelinge debat over het wetsvoorstel inzake de uitvoering van de richtlijn kapitaalbescherming bij naamloze vennootschappen (31 220). Ik dank de fracties die het woord hebben gevoerd voor hun interesse in het wetsvoorstel en voor de gestelde vragen. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om de vragen met een technisch karakter in deze brief te beantwoorden. Tevens ga ik in op de ingediende technische amendementen (nr. 12 en nr. 13).

De vragen die betrekking hebben op de verruiming van de inkoop van eigen aandelen, de verlenging van de geldigheidsduur van de machtiging voor inkoop en het toestaan van voor financiële steunverlening aan derden, alsmede de met die onderwerpen verband houdende amendementen nr. 11 en nr. 14, bespreek ik graag tijdens de voortzetting van het mondelinge debat in de Kamer.

Tevens maak ik van de gelegenheid gebruik om een derde nota van wijziging aan te bieden waarin enkele technische verbeteringen zijn opgenomen (Kamerstuk 31 220, nr. 17).

1. Beantwoording van de gestelde vragen

a. Inkoop van eigen aandelen (artikel 2:98 BW)

Mw. Van Vroonhoven-Kok vroeg of er een kans bestaat dat grootaandeelhouders kleine aandeelhouders onder druk zetten om hun aandelen aan de vennootschap te verkopen.

Een grootaandeelhouder kan een minderheidsaandeelhouder niet dwingen om zijn aandelen aan de vennootschap te verkopen. Wel kan de grootaandeelhouder hem daartoe trachten te bewegen door er bij het bestuur op aan te dringen dat de vennootschap een goede prijs voor de aandelen biedt. Uiteindelijk beslissen individuele aandeelhouders zelf of zij hun aandelen aan de vennootschap willen verkopen.

De heer De Wit en de heer De Roon vroegen of de algemene vergadering

nog goed kan functioneren als er één aandeel bij een andere partij is geplaatst en alle andere aandelen door de vennootschap zijn ingekocht. Deze situatie is feitelijk gelijk aan de situatie waarin er maar één aandeelhouder is met meerdere aandelen. Van belang is of er een algemene vergadering is die tegenwicht kan geven aan het bestuur. Ook bij één uitstaand aandeel is dat het geval: aan dat ene aandeel zijn alle aandeelhoudersrechten verbonden, met inbegrip van het stemrecht. Bij bv's en bij kleinere nv's met een besloten karakter komt het in de praktijk regelmatig voor dat er maar één of enkele aandeelhouders zijn, zonder dat dat tot problemen leidt bij het functioneren van de algemene vergadering. Indien alle aandelen zouden mogen worden ingekocht, zou daarentegen niet langer sprake zijn van een goed functionerende algemene vergadering. Op aandelen die toebehoren aan de vennootschap of een dochtermaatschappij kan immers in de algemene vergadering geen stem worden uitgebracht (artikel 2:118 lid 7 BW). Bij beursgenoteerde ondernemingen, waar het belang van voldoende checks en balances zich met name voordoet, zal de situatie waarin alle aandelen met uitzondering van één aandeel worden ingekocht zich overigens niet voordoen. Voor beursgenoteerde vennootschappen geldt namelijk op grond van het effectenrecht de regel dat ten minste 25% van het geplaatste kapitaal in handen van het publiek moet blijven.

b. Inbreng op aandelen anders dan in geld (artikelen 2:94a en 2:94b BW)

Mw. Van Vroonhoven-Kok vroeg of de notaris beschikt over de vereiste deskundigheid om te beslissen over de uitzondering op de verplichte accountantsverklaring bij inbreng in natura en of het achterwege laten van een accountantsverklaring leidt tot extra notariskosten.

Het voorstel geeft geen aanleiding tot extra notariskosten. Ook als een vennootschap gebruik maakt van de mogelijkheid om de accountantsverklaring achterwege te laten, blijft de taak van de notaris beperkt tot het controleren van de naleving van de voor de oprichting vereiste formaliteiten. Hij hoeft slechts te controleren of er een accountantsverklaring is en, indien deze achterwege blijft, of er een voldoende recente alternatieve waardering is op grond van een beurskoers, een jaarrekening of een waarderingsrapport dat is opgesteld door een andere persoon dan de accountant. De controle van de notaris strekt zich niet uit tot een materiële beoordeling van de uitgevoerde waardering. Hij hoeft dus bijvoorbeeld niet te beoordelen of een ingeschakelde deskundige voldoende deskundig is. De taak van de notaris verschilt in dit opzicht niet van de situatie waarin de inbreng op reguliere wijze, mét accountantsverklaring, wordt gewaardeerd.

Mw. Van Vroonhoven-Kok vroeg of de beschrijving bij inbreng in natura in stand kan worden gelaten en of de in het voorgestelde artikel 94a lid 5 opgenomen verklaring kan vervallen. De heer Weekers vroeg in dit verband of de verklaring achteraf in de plaats komt van de beschrijving en de accountantsverklaring en wat het voordeel voor ondernemers is bij toepassing van één van de uitzonderingen.

Bij inbreng in natura zijn thans een beschrijving én een accountantsverklaring vereist. Het voordeel voor ondernemers bij toepassing van de voorgestelde uitzonderingen is dat men niet een accountant hoeft in te schakelen die een verklaring aflegt, indien er al een duidelijk referentiepunt bestaat voor de waardering van de inbreng. Dat referentiepunt kan zijn de beurskoers van ingebrachte aandelen, een rapport van een andere deskundige of een recente goedgekeurde jaarrekening. De aan de accountantsverklaring verbonden kosten blijven dan achterwege. Het is juist dat de verklaring die achteraf moet worden gepubliceerd in de plaats komt van de beschrijving die bij een reguliere waardering aan de akte van oprichting wordt gehecht. De verklaring en de publicatie achteraf worden echter voorgeschreven door artikel 10ter van de richtlijn en kunnen om

die reden niet vervallen. Het ligt voor de hand dat men in de praktijk ten aanzien van de verklaring grotendeels dezelfde procedure volgt als bij de beschrijving. Het verschil is dat de verklaring ten opzichte van de beschrijving enige aanvullende informatie moet bevatten en dat de verklaring niet aan de akte van oprichting behoeft te worden gehecht, maar achteraf in het handelsregister moet worden gepubliceerd.

De heer Weekers vroeg of ondernemers zekerheidshalve niet altijd de mening van de accountant of de deskundige zullen gaan vragen in verband met eventuele aansprakelijkheden.

De uitzonderingen op de verplichte accountantsverklaring hebben betrekking op situaties waarin er een duidelijk referentiepunt bestaat voor de waardering (de beurskoers van effecten, een rapport van een erkende, onafhankelijke deskundige of een goedgekeurde jaarrekening). Omdat het referentiepunt duidelijk is, zie ik geen reden voor bestuurders om standaard kosten te maken door in die gevallen toch een accountant in te schakelen die een verklaring aflegt. Indien op het moment van de inbreng duidelijkheid ontbreekt of eventuele nieuwe bijzondere omstandigheden noodzaken tot een herwaardering (bijvoorbeeld als er enige tijd is verstreken sinds het vaststellen van de jaarrekening waarop de waardering is gebaseerd) dan zal een accountantsverklaring moeten worden opgesteld. Het wetsvoorstel laat de keuze voor het toepassen van de uitzonderingen op de verplichte accountantsverklaring aan de vennootschappen zelf. Zij kunnen bepalen of zij de uitzonderingen in het concrete geval aantrekkelijk genoeg vinden om deze toe te passen.

De heer De Wit vroeg of er bij waardering door een erkende, onafhankelijke deskundige voldoende waarborgen zijn tegen het overschatten van de waarde van de inbreng en of certificering verplicht kan worden gesteld. De voorgestelde regeling biedt voldoende waarborgen. De persoon die de waardering uitvoert, moet onafhankelijk zijn en blijkens zijn opleiding en ervaring deskundig in het uitvoeren van waarderingen. Voorts moet hij bij de waardering gebruik maken van in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar beschouwde waarderingmethoden (het voorgestelde artikel 94a lid 3, onderdeel b). Laat het bestuur na om bij nieuwe bijzondere omstandigheden omtrent de waarde van de inbreng een herwaardering met accountantsverklaring uit te voeren, dan kunnen aandeelhouders die alleen of gezamenlijk ten minste 5% van het geplaatste kapitaal vertegenwoordigen, daarom vragen (het voorgestelde artikel 94b). Het bezit van een relevant certificaat dat is geaccrediteerd door de Raad voor Accreditatie is een sterke aanwijzing voor de deskundigheid en onafhankelijkheid van degene die de waardering uitvoert. Een verplichte certificering is gelet op de genoemde waarborgen niet noodzakelijk en stuit ook anderszins op bezwaren. De regeling voor inbreng in natura op aandelen zou te veel afhankelijk worden van certificeringsstelsels. Iemand kan door zijn opleiding en ervaring immers deskundig zijn, ook als hij niet beschikt over een certificaat. In verschillende branches bestaat op dit moment geen certificering. Daarnaast zou een verplichte certificering noodzaken tot een uitgebreide regeling voor de aanwijzing van certificaten en de juridische status van de certificeringsinstelling. Een zodanige regeling zou niet in verhouding staan tot de regeling voor waardering van inbreng in natura op aandelen.

c. Financiële steunverlening (artikel 2:98c BW)

De heer Weekers en de heer De Wit vroegen of een door de vennootschap verstrekte lening mag worden kwijtgescholden en of in het wetsvoorstel een verbod op kwijtschelding wordt opgenomen. De heer Weekers verwees naar het commentaar van Eumedion.

Het wetsvoorstel staat financiële steunverlening aan derden slechts toe in de vorm van leningen en mits onder zakelijke voorwaarden overeengekomen. Bij kwijtschelding van een lening is er feitelijk sprake van een

schenking. Financiële steunverlening in de vorm van een schenking is onder het voorgestelde artikel 98c – en onder artikel 23 van de richtlijn – in geen enkel geval toegestaan. Dit behoeft geen nadere regeling.

De heer Weekers en de heer De Wit vroegen wat er, mede gelet op het feit dat er in de Nederlandse corporate governance code en in IAS24 een andere terminologie wordt gebruikt, moet worden verstaan onder billijke marktvoorwaarden.

De voorwaarde dat financiële steunverlening moet plaatsvinden tegen billijke marktvoorwaarden houdt in dat het niet zal mogen gaan om leningen die tegen onzakelijke voorwaarden worden verricht en dat men rekening moet houden met hetgeen in de desbetreffende markt gebruikelijk is. Het verstrekken van de lening moet met andere woorden «at arm's length» zijn. Omdat voor financiële steunverlening telkens de voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering is vereist, mag, zoals de commissie vennootschapsrecht heeft opgemerkt, het woord «billijk» in dit verband ruim worden opgevat. De strekking van de in de corporate governance code en IAS24 gebruikte begrippen is in grote lijnen dezelfde, maar ten behoeve van een correcte uitvoering van de richtlijn heeft het mijn voorkeur om bij de formulering van het voorgestelde artikel 98c zo nauwkeurig mogelijk aan te sluiten bij de formulering van artikel 23 van de richtlijn. Dit laatste is ook in overeenstemming met het advies van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de KNB/NOVA en de suggestie die VNO-NCW in haar brief van 29 november jl. heeft gedaan.

d. Overige onderwerpen

Mw. Van Vroonhoven-Kok vroeg of informele kapitaalstortingen in de vorm van aandelen gelet op het FINAD-arrest van de Hoge Raad onder de vrijstelling van artikel 2:94c lid 6 BW kunnen worden gebracht.

In het genoemde arrest (Hoge Raad 9 juni 1995, NJ 1995, 692) heeft de Hoge Raad beslist dat in beginsel aandelen in het vermogen van een aandeelhouder niet een negatieve waarde vertegenwoordigen, omdat behoudens bijzondere omstandigheden de aandeelhouder niet aansprakelijk is voor de schulden van de vennootschap (overweging 3.6). De vraag hoe het FINAD-arrest zich verhoudt tot de regeling voor transacties met oprichters in de eerste twee jaar na oprichting (artikel 2:94c BW) valt buiten het bestek van dit wetsvoorstel. In het kader van het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht is al toegezegd dat in vervolg op de wijzigingen in het bv-recht op een later moment ook het nv-recht op een aantal onderdelen in technische zin zal worden aangepast (Kamerstukken II, 2006–2007, 31 058, nr. 4, blz. 7). Bij die gelegenheid zal ik ook de door mw. Van Vroonhoven-Kok bepleite aanvulling op artikel 2:94c lid 6 BW nader bezien.

De heer Weekers vroeg hoe dit wetsvoorstel moet worden gezien in het licht van een integrale herziening van het ondernemingsrecht en hoe het past in de nationale en de Europese visie op modernisering en flexibilisering van het ondernemingsrecht. Ook vroeg hij een reactie op de ontwikkeling dat de nv en de bv op steeds meer punten gaan divergeren. De heer de Roon vroeg in dit verband hoe het staat met de verdergaande herziening van de Tweede richtlijn.

Het kabinetsbeleid ten aanzien van het ondernemingsrecht is gericht op het bieden van zoveel mogelijk flexibiliteit aan gebruikers van ondernemingen, maar wel onder de voorwaarde dat minderheidsaandeelhouders, werknemers en schuldeisers adequate bescherming blijven genieten. De richtlijn waaraan het wetsvoorstel uitvoering geeft, sluit aan bij dit beleid doordat meer flexibiliteit op het punt van de kapitaalbescherming wordt geboden. Het uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat naamloze vennootschappen desgewenst gebruik moeten kunnen maken van de flexibiliteit die de richtlijn biedt. Het gaat dus om opties voor de gebruikers van naamloze vennootschappen. Het wetsvoorstel vereenvoudiging en flexibi-

lisering bv-recht (31 058) voorziet voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid in verdergaande flexibiliteit. Het systeem van kapitaalbescherming wordt in dat wetsvoorstel voor bv's geheel afgeschaft en vervangen door een systeem dat is gebaseerd op een door het bestuur uitgevoerde uitkeringstest. De internationale concurrentiepositie van de bv wordt hierdoor versterkt. Een verdergaande herziening is bij het bv-recht mogelijk, omdat bv's niet onder de werking van de Tweede richtlijn vennootschapsrecht vallen. Voor de nv blijft dat wel het geval. Dit betekent inderdaad dat de bv en de nv meer van elkaar zullen gaan verschillen. Dit leidt tot een grotere keuzevrijheid voor ondernemers. Ten aanzien van het nv-recht zal Nederland zich binnen de Europese Unie blijven inzetten voor een verdergaande herziening van de Tweede richtlijn. De Europese Commissie heeft, mede naar aanleiding van een door mijn departement aan de Commissie gezonden Engelstalig WODC-onderzoek, recentelijk een uitgebreid onderzoek laten uitvoeren naar alternatieve stelsels van kapitaalbescherming, maar is niet van plan om op korte termijn met nieuwe voorstellen voor aanpassing van de richtlijn te komen. De heer Weekers vroeg naar de commentaren en suggesties van de gecombineerde commissie vennootschapsrecht van de KNB/NOVA, VNO-NCW en Eumedion. De opmerkingen van VNO-NCW en het advies van de gecombineerde commissie zijn verwerkt in de eerste en de tweede nota van wijziging. Een aantal technische suggesties is niet overgenomen, omdat zij niet tot verbetering van het wetsvoorstel zouden leiden. Dit geldt bijvoorbeeld voor de suggestie van de gecombineerde commissie om in artikel 98c te bepalen dat het ontbreken van de goedkeuring van de algemene vergadering de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur aantast. Dit is niet overgenomen, omdat dit reeds volgt uit het systeem van de wet. Een expliciete bepaling in artikel 98c zou juist de vraag doen rijzen waarom dat in andere artikelen van boek 2 BW niet is bepaald. De suggestie van de gecombineerde commissie om een aantal verduidelijkingen in het bestaande artikel 98c aan te brengen is niet overgenomen, omdat dit buiten het bestek de richtlijn en daarmee van dit wetsvoorstel valt. De suggesties uit de brief van Eumedion zijn in de eerste termijn van de zijde van de Kamer aan de orde gesteld. Voor zover het gaat om technische kwesties worden de gestelde vragen in deze brief beantwoord; de meer principiële vragen die voortvloeien uit de brief van Eumedion zullen tijdens de voortzetting van de mondelinge behandeling aan de orde komen.

De heer De Roon wees erop dat er circa negen jaar is verstreken sinds de aanbevelingen van het SLIM team over de tweede richtlijn en vroeg of de duur van de procedures om EG-regelgeving te verbeteren en te vereenvoudigen aanleiding is tot zorg en of systematisch kan worden gezien of verbeteringen en vereenvoudigingen van EG-recht binnen een korter tijdsbestek kunnen worden gerealiseerd.

Nederland heeft de SLIM-aanbevelingen destijds gesteund, omdat dit aansloot bij het streven naar vereenvoudiging van het ondernemingsrecht en lastenverlichting voor het bedrijfsleven. Op de duur van de onderhandelingen in Brussel kan Nederland relatief beperkte invloed uitoefenen, omdat we ook afhankelijk zijn van de Commissie en de overige lidstaten. Op de uitvoering van richtlijnen in de nationale wetgeving kan Nederland wel invloed uitoefenen en daar geeft het kabinet dan ook prioriteit aan. Voor een systematische doorlichting van procedures zie ik daarom geen aanleiding. Voor de volledigheid merk ik op dat de SLIM-aanbevelingen ten aanzien van de Eerste richtlijn vennootschapsrecht wel snel in een richtlijn hebben geresulteerd (richtlijn nr. 2003/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 15 juli 2003 (PbEG L 221) tot wijziging van richtlijn nr. 68/151/EEG van de Raad met betrekking tot de openbaarmakingsvereisten voor bepaalde soorten ondernemingen, Kamerstukken 2004–2005, 30 144). De wijzigingen in de Tweede richtlijn hebben langer geduurd. De Commissie kwam in september 2004 met een

richtlijnvoorstel (COM (2004) 730 van 21 september 2004). De duur van de totstandkomingsprocedure is bij deze richtlijn mede beïnvloed door het feit dat ook de vraag op tafel lag of de tweede richtlijn verdergaand moest worden herzien. Los van de SLIM-aanbevelingen heeft de Europese Commissie inmiddels een programma voor de vereenvoudiging van het ondernemersklimaat in gang gezet (COM (2007) 394 def). In dat verband is onder andere in korte tijd een richtlijn tot stand gekomen die het mogelijk maakt om in het kader van een fusie of splitsing af te zien van een accountantsverklaring ten aanzien van de ruilverhouding van de aandelen, mits alle aandeelhouders daarmee instemmen (richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 tot wijziging van richtlijn 78/855/EEG van de Raad en richtlijn 82/891/EEG van de Raad wat betreft de verplichte opstelling van een verslag van een onafhankelijke deskundige bij fusies of splitsingen van naamloze vennootschappen, PbEU L300). In dit geval zijn tussen de indiening van het Commissievoorstel en de publicatie van de richtlijn slechts acht maanden verstreken. Uw Kamer heeft op 4 april 2008 verslag uitgebracht over het wetsvoorstel dat uitvoering geeft aan de genoemde richtlijn (Kamerstukken II, 2007–2008, 31 334, nr. 4).

Reactie op de ingediende amendementen nr. 12 en nr. 13

Amendement nr. 12 van de heer Weekers en mw. Van Vroonhoven-Kok voorziet in een verduidelijking van het voorgestelde artikel 98c lid 2, onderdeel c. Dit amendement kan ik steunen. Ik plaats hierbij de kanttekening dat er een kleine technische aanpassing zou moeten plaatsvinden: de woorden «nauwgezet is onderzocht» zouden gelet op de formulering van de aanhef van lid 2 moeten luiden: «is nauwgezet onderzocht». In amendement nr. 13 van mw. Van Vroonhoven-Kok en de heer Weekers wordt voorgesteld om artikel 98b te laten vervallen. Dit amendement wil ik de Kamer ontraden. Anders dan in de toelichting op het amendement wordt gesteld, is er in artikel 98b geen sprake van een «nationale kop». Artikel 19 lid 1 van richtlijn 2006/68/EG stelt (evenals artikel 19 lid 1 van de bestaande Tweede richtlijn 1977/91/EEG) de situatie waarin een derde aandelen in eigen naam maar voor rekening van de vennootschap verkrijgt op gelijke voet met inkoop van eigen aandelen door de vennootschap of door een dochtermaatschappij. Dit betekent dat de voorwaarden die bij inkoop gelden op grond van de richtlijn ook moeten gelden voor de situatie waarin een derde de aandelen op eigen naam maar voor rekening van de vennootschap verkrijgt. Artikel 98b geeft op dit punt uitvoering aan de richtlijn en kan om die reden niet vervallen. Die bepaling beoogt te voorkomen dat de regeling van inkoop van eigen aandelen kan worden omzeild door inschakeling van een derde die weliswaar de juridische eigenaar is, maar waarbij het koersrisico door de vennootschap wordt gedragen.

De minister van Justitie,
E. M. H. Hirsch Ballin