

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

**van de
Nederlandse orde van advocaten
en de
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie**

Advies inzake

de consultatieversie van het wetsontwerp ‘Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en de Wet giraal effectenverkeer houdende de verdergaande dematerialisatie van aandelen aan toonder en de vaststelling van de identiteit van houders van deze aandelen’ (hierna ook: het “Voorontwerp”)

1. Inleiding

- 1.1 Op 11 april 2017 is het Voorontwerp gepubliceerd. Het Voorontwerp wil misbruik van aandelen aan toonder voor belastingontduiking, witwassen en financiering van terrorisme tegengaan door de houders van aandelen aan toonder te identificeren. Daarmee geeft het opvolging aan de aanbevelingen van het Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (“Global Forum”) en van de Financial Action Task Force (“FATF”), die zich richten op de bestrijding van belastingontduiking, witwassen en de financiering van terrorisme. Zij hebben Nederland herhaaldelijk aanbevolen houders van aandelen aan toonder te identificeren of tot afschaffing van dit soort aandelen over te gaan. Uit evaluaties van het FATF en het Global Forum blijkt dat Nederland tot nog toe onvoldoende opvolging aan deze aanbevelingen heeft gegeven. In 2017 en 2020 zullen het Global Forum onderscheidenlijk de FATF Nederland opnieuw beoordelen. Daarom wordt voorgesteld om maatregelen te nemen, zodat Nederland op dit punt voldoet aan de aanbevelingen van het Global Forum en de FATF.
- 1.2 Het Voorontwerp maakt de identificatie van alle houders van aandelen aan toonder mogelijk. Aandelen aan toonder kunnen na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel alleen nog worden verhandeld via een effectenrekening aangehouden bij een intermediair, zoals een bank of een beleggingsonderneming. De effectenrekening staat op naam waardoor anonieme overdracht van toonderstukken niet meer mogelijk is. Opsporingsinstanties kunnen bij intermediairs de gegevens opvragen van de houders van effectenrekeningen voor de bestrijding van belastingontduiking, witwassen en de financiering van terrorisme of andere vormen van financieel-economische criminaliteit.
- 1.3 Houders van aandelen aan toonder zullen hun stukken moeten inleveren bij een intermediair of laten omzetten in aandelen op naam, wanneer de vennootschap daarvoor de gelegenheid biedt. Twee jaar na inwerkingtreding van het wetsvoorstel vervallen de aandelen aan toonder, die niet zijn ingeleverd bij een intermediair of zijn omgezet in aandelen op naam.
- 1.4 De Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht (hierna: GCV) onderschrijft de aanleiding voor en de noodzaak tot het Voorontwerp, evenals de wijze waarop het Voorontwerp beoogt het

daarmee beoogde doel te bereiken. Het onderstaande advies is daarom beperkt tot juridisch-technische opmerkingen bij de tekst van het Voorontwerp en de Memorie van toelichting.

2. Algemeen

- 2.1 De GCV meent dat, omdat aandeelbewijzen aan toonder vervallen, artikel 82 lid 3 BW moet vervallen en het wenselijk is de artikelen 2:82 lid 2 en 2:83 BW aan te passen. Artikel 82 lid 2 BW omdat afhankelijk van de wijze waarop de aandelen aan toonder worden geadmistreerd de medewerking van een derde noodzakelijk kan zijn. Bij artikel 2:83 BW rijst de vraag of, nu aandelen aan toonder en daarmee ook aandeelbewijzen aan toonder zouden worden afgeschaft, het niet wenselijk is ook de mogelijkheid dat een naamloze vennootschap bewijzen van aandelen op naam uitgeeft, af te schaffen. Daarmee vervalt dan vanzelfsprekend ook de mogelijkheid aantekeningen te maken op het bewijs van een aandeel op naam.

3. Artikelsgewijs commentaar

Art. 82 lid 6, laatste zin jo. lid 8 en lid 7, laatste zin, BW

- 3.1 Het voorontwerp verbindt aan het niet in bewaring gegeven zijn dan wel door de rechtspersoon omgezet zijn in een aandeel op naam van een aandeel aan toonder binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet het gevolg dat dit aandeel op dat moment vervalt. Hetzelfde geldt voor in aandelen op naam omgezette toonderaandelen waarvan de houder zich niet binnen 20 jaar na inwerkingtreding van de wet heeft laten registreren in het aandeelhoudersregister.
- 3.2 Het voorontwerp houdt geen regeling in ter uitvoering van de passage op p. 12/13 van de ontwerp Memorie van toelichting; een regeling in de wet lijkt daarvoor wel nodig, nu het voorontwerp uitgaat van het van rechtswege vervallen van de betrokken aandelen en deze daarmee niet langer deel uitmaken van het geplaatste kapitaal:

"Het geplaatste kapitaal zal door de vennootschap worden verminderd met het corresponderende bedrag van de nominale waarde van de aandelen, voor zover het geplaatste kapitaal een dergelijke vermindering toelaat. Een vermindering van het geplaatste kapitaal door de consignatie van gelden tot minder dan één aandeel is niet mogelijk, gelet op het bepaalde in artikel 2:64 BW. Een grotere vermindering zou ertoe leiden dat de algemene vergadering in een naamloze vennootschap niet langer kan functioneren. Ook geldt de ondergrens voor het geplaatste kapitaal van 45.000 euro en moet minimaal 1/5 van het maatschappelijk kapitaal zijn geplaatst (artikel 2:64 BW). Een vermindering van het maatschappelijk kapitaal beneden het minimumkapitaal is niet mogelijk, tenzij de naamloze vennootschap zich omzet naar een besloten vennootschap die geen minimumkapitaaleisen kent (artikel 2:18 BW)."

De vermindering van het geplaatste kapitaal door de vennootschap vormt op de wijze waarop het voorontwerp is ingericht, meer een administratieve afwikkeling van het vervallen zijn van de aandelen dan van een kapitaalvermindering volgens de daarvoor bestaande wettelijke regeling. Zo is kennelijk geen sprake van een besluit van de algemene vergadering tot vermindering van het geplaatste kapitaal als bedoeld in art 2:99 en 2:100 BW. Het ligt voor de hand om in de wettekst te bepalen dat die artikelen geen toepassing vinden: vgl. lid 3 van art. 2:325 BW dat bepaalt dat op de daar bedoelde intrekking van aandelen de artikelen 99 en 100 niet van toepassing zijn. Hoewel het waarschijnlijk in het algemeen niet over grote bedragen zal gaan, vraagt de GCV zich wel af of nog aandacht besteed moet worden aan de bescherming van de schuldeisers van de betrokken vennootschappen nu – anders dan in het geval van art. 2:325 BW - vermogensonttrekking plaatsvindt.

- 3.3 De GCV vraagt zich af of de wet niet zou moeten voorzien in een vorm van handhaving van de verplichtingen die aan de vennootschap worden opgelegd in lid 8. Dit geldt temeer omdat niet van "gelijk oversteken" sprake is: de aandelen vervallen en pas daarna wordt de prijs vastgesteld en moet deze betaald worden.

- 3.4 De ontwerp Memorie van toelichting vermeldt (p. 2) dat thuisbewaarders hun stukken ter bewaring (alleen) kunnen aanbieden aan een intermediair die is aangewezen door de instelling die de aandelen heeft uitgegeven. Het voorontwerp kent in lid 6 deze op zich zinnige beperking niet. Bij gebreke daarvan zullen thuisbewaarders hun stukken bij iedere intermediair kunnen aanbieden.
- 3.5 Het lijkt goed in de Inleiding die deel uitmaakt van het Algemeen deel van de ontwerp Memorie van toelichting te vermelden dat de in de wet opgenomen regelingen los staan van de mogelijkheid die aandeelhouders hebben om, voor zover de instelling die de aandelen heeft uitgegeven aandelen op naam kent die niet zijn opgenomen in het giraal effectenverkeer, tegen afgifte van zijn aandeelbewijs de betrokken aandelen op zijn naam in het aandeelhoudersregister van de vennootschap te doen stellen (binnen de grenzen van art. 2:82 lid 2 BW).
- 3.6 Deze regelingen zijn alleen van toepassing op naamloze vennootschappen. In dit verband rijst de vraag of de regeling ook gevolgen heeft voor de gevallen waarin vóór de inwerkingtreding van de regeling een naamloze vennootschap is omgezet in een besloten vennootschap en houders van toonderaandelen zich op het moment van inwerkingtreding van de wet nog niet hebben gemeld. Vervallen die toonderaandelen dan ook na twee jaar, analoog aan het voorgestelde art. 2:82 lid 6? De wettekst suggereert van niet, de toelichting zwijgt.

Art. 82 lid 8 BW

- 3.7 Zou de vennootschap dit voornemen niet ook rechtstreeks bekend moeten maken aan de haar eventueel bekende houders van aandelen aan toonder (vgl. art. 2:92a lid 7 BW, 1e volzin)? In dit verband merkt de GCV op dat de ontwerp Memorie van toelichting daarvan wel uitgaat, in ieder geval in de gevallen dat alle aandeelhouders bekend zijn (p. 16 onderaan; vgl. art. 2:92a lid 7 BW, 2^e volzin: "tenzij hij van allen het adres kent"). Opmerking verdient hierbij dat het beter zou zijn in de toelichting "alle aandeelhouders" te vervangen door "alle houders van aandelen aan toonder in fysieke vorm"¹ of "alle bekende houders van aandelen aan toonder in fysieke vorm", indien de mededeling in een dagblad alleen is bedoeld om de niet bij name bekende houders van aandelen aan toonder te bereiken.
- 3.8 Het voorontwerp gebruikt het begrip "vordering". Dit betekent dat onder de thans geldende wetgeving de procedure met een dagvaarding zou moeten worden ingeleid. De termijn waarbinnen houders van aandelen aan toonder een procedure zouden moeten beginnen is daarbij wel erg kort. De vraag is of de procedure onder het huidige recht niet beter bij een verzoekschrift ingeleid zou kunnen worden; de GCV is daarvan een voorstander. In ieder geval zal de terminologie moeten worden aangepast aan de KEI-wetgeving. Lid 8, 3e volzin specificceert niet tegen wie de vordering moet worden ingesteld (of het verzoek moet worden gericht); hoewel voor de hand ligt dat dit de vennootschap is, beveelt de GCV aan dit expliciet te maken.
- 3.9 De GCV acht het wenselijk dat in de toelichting wordt opgenomen dat de Ondernemingskamer de prijs zal bepalen op de wijze zoals dat in uitkoopprocedures het geval is.
- 3.10 De GCV wijst er op dat indien de Ondernemingskamer de prijs anders vaststelt dan de vennootschap dat heeft gedaan, dit ertoe leidt dat aan de gewezen aandeelhouders uiteindelijk onderling afwijkende bedragen worden uitgekeerd.

¹ Een dergelijke aanvulling lijkt nodig in de gevallen dat een vennootschap ook aandelen aan toonder kent die al in het giraal effectenverkeer zijn opgenomen.

3.11 De verplichting van de vennootschap om na het vervallen van de aandelen de prijs te betalen moet fiscaal waarschijnlijk worden aangemerkt als een uitkering. Indien dat het geval is en ter zake geen bijzondere regeling wordt getroffen, zal de prijs voor zover die het gemiddeld op de aandelen gestorte bedrag te boven gaat, onderworpen zijn aan door de vennootschap in te houden dividendbelasting. Ook omdat de vennootschap alleen door storting in de consignatiekas van haar verplichting ontheven is (zie hierna), lijkt dit nadere regeling te behoeven.

Art. 82 lid 9 BW

3.12 Uit het ontwerp en de ontwerptoelichting blijkt niet vanaf welke datum de wettelijke rente over de vastgestelde prijs berekend moet worden en of een vennootschap bij de vaststelling van die prijs op grond van lid 8 ook een in de toekomst gelegen datum (i.e. de datum waarop zij verwacht de betaling aan de consignatiekas te zullen doen) mag bepalen. Indien het de bedoeling is dat de datum waarop de aandelen vervallen als peildatum moet gelden, zou dat in het voorstel tot uitdrukking gebracht moeten worden.

3.13 Indien de datum waarop de aandelen vervallen niet als peildatum moet gelden, is het wenselijk om voor de laatste zin een zin overeenkomend met de derde volzin van artikel 2:92a lid 5 toe te voegen: “*De rechter stelt de prijs vast die de te vervallen aandelen op een door hem te bepalen dag hebben.*” Vanaf die datum gaat dan ook de wettelijke rente lopen indien de Ondernemingskamer de prijs vaststelt.

3.14 Lid 8 noch lid 9 voorziet in de mogelijkheid dat de houder van een toonderaandeel na de aankondiging van de vennootschap, de vennootschap aanbiedt zijn vervallen² aandelen tegen betaling van de door de vennootschap vastgestelde prijs aan de vennootschap af te geven. Wil de wetgever die mogelijkheid uitsluiten en moet de houder van vervallen aandelen zich altijd tot de consignatiekas wenden? Dat lijkt niet nodig.

Onderdeel B en Artikel III

3.15 Op grond van deze bepaling zal artikel 2:391 lid 2, derde zin, drie jaar na inwerkingtreding van de wet vervallen. In een paar opzichten rijst de vraag of dit gelukkig is:

De mededeling van art.2:391 lid 2, derde zin, zal alleen gedaan moeten worden indien en zo lang nog niet alle aandelen aan toonder in fysieke zin hetzij zijn geleverd aan een intermediair of door de vennootschap op verzoek van de aandeelhouder op naam zijn gesteld.

Ongeacht het tijdstip waarop de wet in werking treedt, zal in de meeste gevallen op grond van Artikel III de mededeling maar twee keer in het bestuursverslag gedaan behoeven te worden. De GCV vraagt zich af of het met het oog op de mogelijkheid dat toonderaandelen worden omgezet in aandelen op naam waarvan de gerechtigden niet bekend zijn, niet ook in het belang van de vennootschap is om dit in haar bestuursverslag te blijven vermelden tot het moment dat deze aandelen vervallen. Anders bestaat de mogelijkheid dat ook de vennootschap zich na de termijn van 20 jaar niet meer realiseert dat zij bepaalde handelingen (zoals aanpassing van haar geplaatste kapitaal en opgave aan het Handelsregister) moet verrichten.

De GCV acht het moeten handhaven van die vermelding niet een zodanig grote belasting dat reeds daarom die vermelding al na twee bestuursverslagen achterwege kan worden gelaten. Daarbij herinnert een dergelijke voortdurende vermelding de vennootschap er ook aan dat zij aan het eind van de periode van 20 jaar nog stappen moet ondernemen.

² Het voorstel gaat ervan uit dat de prijsvaststelling pas plaats kan vinden nadat de aandelen zijn vervallen. Vanaf dat moment vertegenwoordigt het toonderstuk nog slechts de aanspraak tot de ontvangst van de prijs.

Redactionele suggesties

- 3.16 In het voorgestelde lid 7 van art. 82, eerste volzin, zou in de tekst die met "tenzij" begint voor de duidelijkheid kunnen worden vermeld dat de aandeelhouder zich "voordien" heeft moeten laten registreren, dat wil zeggen voordat de termijn van 20 jaar is verstreken.
- 3.17 In het voorgestelde lid 10, 2e volzin van art. 82 wordt afgeweken van de tekst van art. 2:92a lid 8 BW, waardoor verwarring kan ontstaan over de betekenis (een beslag van de aandelen dat overgaat op het recht op uitkering). De GCV stelt voor om bij de uitkoopregeling aan te sluiten, zodat die volzin zal luiden: "Door deze mededeling gaat beslag over van de aandelen op het recht op uitkering". Dit is kennelijk ook de formulering in de toelichting op p. 17, zij het dat de tweede "over" in die zin moet worden geschrapt.
- 3.18 MvT p. 10, laatste alinea, 1e volzin strookt niet met de (betere) tekst van de voorgestelde toevoeging aan art. 82 lid 1.
- 3.19 MvT p. 12, 6e regel: onduidelijk is wat wordt bedoeld met "aandeelhouders die zich niet hebben gemeld voor de afschaffing of voor de omgezette aandelen aan toonder".
- 3.20 Enige typo's: p. 1, 2e alinea: "houders aan aandelen aan toonder" p. 2, laatste alinea: "gerechtigdheid" i.p.v. "gerechtigheid"; p. 6: "worden" ipv "woorden"; p. 11, 1e regel: " Wge" toevoegen aan "artikel 49i"; p. 12, 2e regel: "wordt" ipv "worden", 3e regel van onderen: "zijn" i.p.v. "is"; p. 14 "vennootschaps".

Den Haag, 10 mei 2017

Bijlage: Samenstelling van de GCV

Bijlage

Samenstelling van de Gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht:

Prof. mr. M. (Martin) van Olfen, notaris De Brauw Blackstone Westbroek, Amsterdam, voorzitter,
Mr. M.Y.H.J. (Manon) den Boer, notaris DLA Piper, Amsterdam,
Mr. G.C. (Gerco) van Eck, notaris Loyens & Loeff, Rotterdam,
Prof. mr. J.B.S. (Steven) Hijink, advocaat-lid, counsel Stibbe, Amsterdam,
Prof. mr. L.G.H.J. (Louis) Houwen, advocaat Dirkzwager, Nijmegen,
Mr. A.F.J.A. (Fons) Leijten, advocaat Stibbe, Amsterdam,
Prof. mr. C.W.M. (Kitty) Lieveerse, advocaat Loyens & Loeff, Amsterdam,
Mr. F.J. (Frank) Oranje, notaris Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn, Den Haag,
Prof. mr. G.T.M.J. (Geert) Raaijmakers, advocaat NautaDutilh, Amsterdam,
Mr. dr. G.J.C. (Günther) Rensen, notaris-lid, prof. support lawyer Allen & Overy, Amsterdam,
Mr. drs. D.A.M.H.W. (Daniella) Strik, advocaat Linklaters, Amsterdam,
Mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille, notaris Olenz, Veenendaal.

Secretariaat:

Mr. C. (Corrie) Heck-Vink,
Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB)
Postbus 16020
2500 BA 's-Gravenhage
Tel. 070-3307158
e-mail: c.heck@knb.nl