

Vergaderjaar 2017–2018

34 930

Wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek BES houdende de omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam ten behoeve van de vaststelling van de identiteit van houders van deze aandelen (Wet omzetting aandelen aan toonder)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 februari 2018 en het nader rapport d.d. 3 april 2018, aangeboden aan de Koning door de Minister voor Rechtsbescherming. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 15 december 2017, no. 2017002185, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek BES houdende de omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam ten behoeve van de vaststelling van de identiteit van houders van deze aandelen, met memorie van toelichting.

Het voorstel maakt de identificatie van alle houders van aandelen aan toonder mogelijk in Europees Nederland en op Bonaire, Sint Eustatius en Saba. 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 Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar maakt opmerkingen over de concrete omvang van (mogelijk) misbruik van aandelen aan toonder in Nederland, de (inter-)nationale coördinatie van de maatregelen, het tijdelijk verval van het kunnen uitoefenen van aandeelrechten, en de gevolgen van het toekomen van aandelen aan de vennootschap.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 15 december 2017 nr. 2017002185 machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 februari 2018, nr. W16.17.0391/II, bied ik U hierbij aan.

1. Omvang van misbruik van aandelen aan toonder

Het wetsvoorstel maakt de identificatie van alle houders van aandelen aan toonder mogelijk in Europees Nederland en op Bonaire, Sint Eustatius en Saba. De wens om houders van aandelen aan toonder te identificeren heeft te maken met aanbevelingen van de Financial Action Task Force (FATF).² Al rond de eeuwwisseling constateerde de FATF witwasrisico's die met aandelen aan toonder samenhangen, en gaf Nederland de aanbeveling regels te stellen die het misbruik van aandelen aan toonder bestrijden.³ De FATF heeft sindsdien meermalen geconstateerd dat Nederland geen maatregelen had getroffen, en adviseerde telkens om maatregelen te nemen die het misbruik van dergelijke aandelen voorkomen.⁴

De toelichting vermeldt dat de aanbevelingen van de FATF de aanleiding vormen voor het wetsvoorstel.⁵ Thans zou van een vernieuwde urgentie sprake zijn, omdat wordt gewerkt aan het opzetten van een zogenoemd «ultimate beneficiary owner» register, waarmee de identiteit van uiteindelijk belanghebbenden van (internationale) vermogens(structuren) zo veel mogelijk in kaart zal worden gebracht. Omdat een dergelijk register door middel van uitgifte van aandelen aan toonder zou kunnen worden omzeild, is verscherpte aandacht voor misbruik van die aandelen aan toonder op zijn plaats, aldus de toelichting.⁶ Ook zou sprake zijn van een verhoogde prioriteit van aanpak van terrorisme (en de financiering daarvan), zodat ook daarom vernieuwde aandacht nodig zou zijn.⁷

De Afdeling onderschrijft dat de genoemde ontwikkelingen een verscherpte aandacht noodzaken voor de aanpak van mogelijk misbruik van aandelen aan toonder. In de toelichting wordt echter geen aandacht besteed aan de concrete omvang van het door de FATF geduide probleem van de misbruikmogelijkheden van aandelen aan toonder in Nederland.⁸ Met het oog op de effectiviteit, efficiëntie en evenredigheid van de regeling is een analyse daarvan wenselijk.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader aandacht te besteden aan de omvang van het gebruik (of misbruik) van aandelen aan toonder in Nederland.

2. Internationale coördinatie

Het voorkomen van misbruik van aandelen aan toonder kan niet door Nederland alleen worden opgelost. Daarom is een (inter-)nationaal gecoördineerde aanpak op zijn plaats.⁹ Dat geldt zowel binnen het Koninkrijk als daarbuiten.

² De FATF doet aanbevelingen ter standaardisering van regels in de lidstaten op het vlak van haar mandaat en evalueert periodiek of lidstaten deze opvolgen. De aanbevelingen zijn niet juridisch bindend.

³ Kamerstukken II 2001/02, 28 106, nr. 2, blz. 27.

⁴ Tot 2012 aanbeveling 33, thans aanbeveling 24 van de FATF, http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf, blz. 22.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 1 en 2.

⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 2.6.

⁷ Ibidem.

⁸ In de consultatie wijst ook het Hazelhoff Centre for Financial Law van de Universiteit van Leiden op het ontbreken van een concrete analyse van de omvang van het probleem in Nederland, en wordt opgemerkt dat het wetsvoorstel volgens sommige berekeningen slechts 0,004% van in Nederland uitgegeven aandelen zou betreffen.

⁹ Zie ook Kamerstukken II 2001/02, 27 555/17 050, nr. 214 en 218.

In de toelichting wordt beschreven dat in vier naburige landen, na aanbeveling van de FATF, maatregelen zijn getroffen ter voorkoming van misbruik van aandelen aan toonder. Het gaat daarbij echter alleen om buurlanden van het in Europa gelegen deel van Nederland. Het wetsvoorstel voorziet ook in een regeling voor de aandelen aan toonder in het buiten Europa gelegen deel van Nederland (Bonaire, Sint Eustatius en Saba). In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de naburige landen van dat deel van Nederland (waaronder de daar gelegen landen van het Koninkrijk). Inzicht daarin is wenselijk, met het oog op een (inter-)nationaal gecoördineerde aanpak.

De Afdeling adviseert in de toelichting aan het voorgaande aandacht te besteden.

3. Recht op ongestoord eigendom

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. Houders van aandelen aan toonder die reeds zijn uitgegeven dienen die op uiterlijk 31 december 2020 door de N.V. op hun naam te laten stellen. Indien zij dat niet doen, komt het aandeel aan de N.V. toe. Het wetsvoorstel bepaalt dat aandeelhouders die hun aandelen niet voor 1 januari 2021 op naam hebben doen zetten, zich binnen vijf jaar alsnog bij de vennootschap kunnen melden. In dat geval heeft de aandeelhouder recht op een vervangend aandeel op naam.

De voorgestelde regeling vormt een inmenging in de eigendomsrechten van de aandeelhouder. Dit betekent dat, mede in het licht van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM, moet worden beoordeeld of de inmenging is voorzien bij wet, of de inmenging legitieme doelstellingen in het algemeen belang heeft en of er een behoorlijk evenwicht is tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de aandeelhouder («fair balance»). Kortom, voor het verval van het aandeel aan de N.V. dient een legitiem doel te bestaan en de maatregel dient noodzakelijk, geschikt en proportioneel te zijn.

Volgens de toelichting bevat de voorgestelde regeling een evenwicht tussen het verval van het vermogensrecht op termijn en het individuele recht van een aandeelhouder op een onbeperkt genot van dit recht.¹⁰ Daarbij wordt met name gewezen op de overgangstermijn van vijf jaar, waarbinnen de houder recht heeft op een vervangend aandeel op naam.

De Afdeling merkt op dat de aandeelhouder in de vijf jaren tussentijd weliswaar niet zijn eigendom van het aandeel verliest, maar wel zijn aanspraak op de rechten die met het aandeel samenhangen (zoals het stemrecht, het recht op uitkeringen, en het recht op deelname aan de algemene vergadering). Dit verlies van rechten is ook een vorm van inbreuk op het eigendomsrecht. Uit de toelichting blijkt niet waarom de regering van oordeel is dat ook bij die inbreuk wordt voldaan aan de uit artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende voorwaarden.

De Afdeling adviseert de beperking van de aan het aandeel verbonden rechten in het licht van het voorgaande nader toe te lichten.

¹⁰ Memorie van toelichting, paragraaf 2.8.

4. Aandelen die vervallen aan de vennootschap

Onder omstandigheden brengt de regeling mee dat het bestuur van de vennootschap na vijf jaar houder is van alle (uitstaande) aandelen in het kapitaal van de vennootschap. In dat geval gaat één door de vennootschap aan te wijzen aandeel over op de gezamenlijke bestuurders. De gezamenlijke bestuurders worden geregistreerd als aandeelhouder in het register. Deze bestuurders zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling aan de vennootschap van de waarde van de aandelen op dat tijdstip met de wettelijke rente van dit tijdstip af.¹¹

De toelichting gaat niet in op alle vermogensrechtelijke gevolgen van deze regeling. Hoewel wordt toegelicht dat het aandeelhouderschap van de bestuurders samenhangt met hun functie en dat het gezamenlijk gehouden aandeel bij het terugtreden van een bestuurder dient te worden overgedragen op een opvolgend bestuurder,¹² blijft onduidelijk of de afzonderlijke bestuurders ook in privé een aanspraak hebben op de gezamenlijk te houden aandelen. Dit kan van belang zijn bij ontslag, echtscheiding of overlijden van bestuurders, en speelt een rol bij faillissement, surséance of beslag. Ook is niet duidelijk aan wie uit te keren of uitgekeerde dividenden toekomen. Voorts wordt in het midden gelaten of de aandelen en de bedoelde rechten vatbaar zijn voor beslag en of die in voorkomende gevallen tot een failliete boedel kunnen gaan behoren indien één van de bestuurders failliet wordt verklaard (of ingeval van surséance van betaling). Eveneens is onduidelijk van welke waarde van de aandelen moet worden uitgegaan; nominaal of intrinsiek.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.

5. Redactionele bijlage

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is in de toelichting nader aandacht besteed aan de (mogelijke) omvang van het gebruik van aandelen aan toonder. De omvang van het gebruik van aandelen aan toonder in Nederland is nader onderzocht. Daarvoor is door de Belastingdienst door middel van zoektermen gezocht in alle aktes van naamloze vennootschappen (statutenwijziging, oprichting en inbreng) die vanaf 1 januari 2017 tot 15 november 2017 zijn gepasseerd door notarissen in Nederland. Dit waren in totaal 258 aktes. In deze aktes is vervolgens nader gezocht of er nog sprake was van een mogelijkheid om papieren aandelen aan toonder uit te geven. Vijf naamloze vennootschappen bleken nog over de mogelijkheid te beschikken om aandelen aan toonder uit te geven. In 37 gevallen hebben naamloze vennootschappen de mogelijkheid om certificaten aan toonder uit te geven. Geëxtrapoleerd naar het huidige aantal naamloze vennootschappen betekent dit dat rond de 75 vennootschappen mogelijk aandelen aan toonder hebben. Rond de 600 naamloze vennootschappen hebben certificaten aan toonder, waarvan een deel eveneens aandelen aan toonder heeft.

Overeenkomstig het advies is in de toelichting aandacht besteed aan de maatregelen die de omringende landen van de BES hebben genomen om te komen tot identificatie van houders van aandelen aan toonder. Aruba,

¹¹ Artikel I, onderdeel A, artikel 2:82, achtste lid, en II, onderdeel B, onderdeel 4, van het wetsvoorstel.

¹² Zie artikelsgewijze toelichting op artikel I, onderdeel A, artikel 2:82, achtste lid.

Curaçao en Sint Maarten zijn zelfstandig lid van het Global Forum en de Caribische FATF (hierna: CFATF).¹³ Ook ten aanzien van deze landen hebben het Global Forum en de CFATF aanbevolen toonderaandelen af te schaffen of de houders te identificeren. Aruba heeft haar wetgeving op 1 februari 2012 aangepast zodat daar sinds die datum geen nieuwe toonderaandelen meer kunnen worden uitgegeven. Voor bestaande toonderaandelen gold een wettelijke verplichting voor de houder om zich voor 1 februari 2015 te registreren. Curaçao kreeg in 2015 de aanbeveling van het *Global Forum* om het toezicht op dematerialisatie van toonderaandelen aan te scherpen en heeft hier inmiddels opvolging aan gegeven door houders van toonderaandelen te laten identificeren. Sint Maarten heeft in 2015 eveneens maatregelen in gang gezet om aandelen aan toonder te dematerialiseren. Ten slotte kunnen ook op de Kaaiman eilanden sinds 1 mei 2016 geen aandelen aan toonder meer worden uitgegeven. De Kaaiman Eilanden hebben daarmee opvolging gegeven aan eerdere aanbevelingen van het Global Forum en de CFATF. De Kaaiman Eilanden hanteerden een termijn van minder dan één jaar voor de verplichte omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is nader toegelicht waarom de beperking van de aan het aandeel verbonden rechten in de periode tussen het verval van de aandelen en het verval van de aanspraak op een vervangend aandeel eveneens in overeenstemming is met Artikel 1, Eerst Protocol, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Artikel 17 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Strikt genomen is geen sprake van verlies van rechten, maar van opschorting van rechten verbonden aan een aandeel. Dit is slechts anders voor de opschorting van stemrecht. Het gaat daarom niet zozeer over de ontneming van eigendom, maar over de regulering daarvan. Ook de regulering van eigendom is onderworpen aan artikel 1, Eerste Protocol.¹⁴ Daarmee geldt dat dit slechts onder strikte voorwaarden kan plaatsvinden. De opschorting van rechten is voorzienbaar doordat de ingangsdatum van de opschorting van rechten in dit wetsvoorstel is aangekondigd. De aandeelhouder heeft de mogelijkheid de gevolgen van de opschorting van zijn rechten zoveel mogelijk te beperken door zijn aandelenbewijs direct na omzetting van de statuten bij de vennootschap in te leveren en zich te laten registreren als aandeelhouder. Ook wanneer hij zijn stukken op een later moment inlevert, kan hij de beperking van zijn rechten grotendeels ongedaan maken. Dit is slechts anders voor het stemrecht, dat vanwege zijn aard zal vervallen. De opschorting van rechten is minder verstrekkend dan het verval van een recht op een vervangend aandeel. Daarom is het proportioneel dat het voorstel op dit punt voorziet in een korte overgangsperiode van een jaar vanaf inwerkingtreding van de wet. Deze regeling is in overeenstemming met de bestaande bepaling uit artikel 2:82 lid 4 BW. Dit lid bevat thans al een regeling waarbij de naamloze vennootschap vrijwillig tot omzetting van aandelen aan toonder in aandelen op naam kan overgaan.

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is in de toelichting ingegaan op alle vermogensrechtelijke gevolgen van de regeling in artikel 2:82, lid 8, BW. Daarin is opgenomen dat wanneer de vennootschap door verkrijging van omgewisselde toonderaandelen waarvoor zich geen aandeelhouders melden alle aandelen verkrijgt, er een aandeel overgaat op de gemeenschappelijke bestuurders. De Afdeling advisering van de Raad van State vroeg of de afzonderlijke bestuurders ook in privé een aanspraak hebben op het gezamenlijk te

¹³ De CFATF is een van de negen zogeheten «FATF Style Regional Bodies». Dit een regionale »zusterorganisatie» van de FATF. Zie <https://www.cfatf-gafic.org/>

¹⁴ EHRM, 9 oktober 2008, nr. 38238/04 (Forminster Enterprises Limited v. Czech Republic)

houden aandeel. Ook vroeg de Afdeling of de aandelen en de bedoelde rechten vatbaar zijn voor beslag en of die in voorkomende gevallen tot een failliete boedel kunnen gaan behoren indien één van de bestuurders failliet wordt verklaard (of ingeval van surséance van betaling). Daarnaast vroeg de Afdeling van welke waarde van de aandelen moet worden uitgegaan; nominaal of intrinsiek. De waarde van het aandeel is de intrinsieke waarde van het aandeel op het moment van verkrijging. Het aandeel is gemeenschappelijk eigendom van de bestuurders; ieder voor een gelijk deel (artikel 3:166 BW). Er is sprake van een algemene gemeenschap. Bestuurders kunnen onderling een beheersregeling afspreken met bijzondere afspraken over het genot, gebruik en beheer. De verkrijging van het gezamenlijk aandeel vanuit de hoedanigheid van bestuurder zorgt ervoor dat een bestuurder niet zonder instemming van de andere bestuurders over zijn deel kan beschikken (Kamerstukken II, 1970–1971, 3770, nr. 5, p. 206–207). Het ligt voor de hand dat de vennootschap vastlegt of de bestuurders onderling vastleggen hoe met de situatie moet worden omgegaan dat een bestuurder bijvoorbeeld vertrekt of overlijdt. In dat soort gevallen kan worden bepaald dat het aandeel in het gemeenschappelijke aandeel van de defungerende bestuurder moet worden aangeboden aan de opvolgende of achterblijvende bestuurders. Dit voorkomt enerzijds dat een derde (die geen band heeft met de vennootschap) toetreedt tot de gemeenschap en anderzijds dat een aftredende bestuurder (of diens erfgenamen) niet met zijn deel van het gezamenlijk te houden aandeel blijft zitten. Datzelfde geldt voor het bijzondere geval dat een derde beslag legt op het aandeel in de gemeenschap vanwege de schulden van een individuele bestuurder of dat die bestuurder zelfs failliet gaat. Ook dan is het wenselijk dat het aandeel in de gemeenschap wordt aangeboden aan de zittende bestuurders.

Hoewel schuldeisers het aandeel van de bestuurder in de gemeenschap kunnen uitwinnen (artikel 3:175 lid 3 BW), geeft de Parlementaire Geschiedenis van boek 3 BW aan dat de overige bestuurders ter gelegenheid van de executie zelf een bod op het uit te winnen aandeel kunnen doen (Kamerstukken II, 1970–1971, 3770, nr. 5, p. 207–208). Daarmee kan worden voorkomen dat een deelgenoot toetreedt tot de gemeenschap, die geen hoedanigheid van bestuurder heeft. Overigens merk ik op dat mijn verwachting is dat een van de laatstgenoemde situaties zich in de praktijk niet of hoogst zelden zal voordoen. Er zijn slechts enkele vennootschappen die nog over papieren aandelen aan toonder beschikken. Een dergelijke situatie kan vervolgens alleen ontstaan wanneer er uitsluitend papieren aandelen aan toonder zijn en geen enkele aandeelhouder zich meldt voor omwisseling van zijn stukken. Slechts in dat geval wordt de vennootschap eigenaar van alle aandelen en zou een aandeel op de gemeenschappelijke bestuurders overgaan.

De redactionele opmerkingen van de Raad zijn eveneens overgenomen.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W16.17.0391/II

- Het overgangsrecht van het wetsvoorstel aan het slot van de hoofdtekst van de wet opnemen (aanwijzing 96 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving).