

GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT

van de

Nederlandse Orde van Advocaten

en de

Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie

Additionele vragen

inzake

Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten ter implementatie van richtlijn nr. 2014/59/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen (BRRD), alsmede ter implementatie van verordening (EU) nr. 806/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 juli 2014 tot vaststelling van eenvormige regels en een eenvormige procedure voor de afwikkeling van kredietinstellingen en bepaalde beleggingsondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk afwikkelingsmechanisme en een gemeenschappelijk bankenafwikkelingsfonds (VoSRM): de

Implementatiewet Europees kader voor herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen (34 208) – het "Wetsvoorstel"

Op 21 augustus jl. heeft de Gecombineerde Commissie advies uitgebracht over het Wetsvoorstel. Op 24 augustus jl. verscheen een eerste nota van wijziging.¹ Inmiddels is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen. Desalniettemin wil de Gecombineerde Commissie mede in het belang van de praktijk enkele vragen stellen.²

¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2014–2015, 34 208, nr. 7

² Zie ook de vraag van mevrouw de Vries van de VVD in het verslag van een wetgevingsoverleg vastgesteld op 16 september jl. (34208, 34198 en 34204 nr. 11 pag. 22-24). De Gecombineerde Commissie vreest dat het antwoord van de Minister dat a) alle beursvennootschappen van de korte oproepingstermijn gebruik kunnen maken en b) dat bij de verkorte oproepingstermijn de registratiedatum (registratietermijn) dan niet meer van toepassing is, niet zal overeenkomen met de wet na invoering van het Wetsvoorstel. Art.2:115 lid 3 BW kan immers alleen van toepassing zijn op financiële ondernemingen, nu in dat artikel wordt verwezen naar deel 3A Wft en de toepasselijkheid van art. 7 (2) van de Aandeelhoudersrichtlijn wordt niet uitgesloten door de BRRD. Zie verder ook hierna.

In de nota van wijziging is een wijziging van art. 2:115 BW opgenomen. Deze wijziging komt er op neer dat de statuten kunnen bepalen dat de oproeping voor een vergadering voor een besluit tot uitgifte van aandelen niet later dan de tiende dag vóór die der vergadering geschiedt³ voor het geval dat is voldaan aan de voorwaarden om maatregelen op te leggen op grond van art. 1:75a Wft en de uitgifte van aandelen noodzakelijk is om te voorkomen dat aan de voorwaarden voor afwikkeling, bedoeld in art. 3A:18, eerste lid Wft wordt voldaan.

In de toelichting op de eerste nota van wijziging verwijst de minister naar art. 121, tweede onderdeel, van de BRRD, waarbij hij van de Engelse versie is uitgegaan. Volgens de minister moeten lidstaten aan de aandeelhoudersvergadering de mogelijkheid bieden om in de situatie omschreven in art. 2:115 lid 3 BW de oproepingstermijn te verkorten tot maximaal 10 dagen.

Teneinde het beeld te schetsen van de problematiek die naar voren komt nu wordt afgeweken van het "normale" stramien van oproeping wordt hieronder de relevante tekst uit de BRRD weergegeven.

.....

Article 121 BRRD

Amendments to Directive 2007/36/EC (de Gecombineerde Commissie duidt deze richtlijn hierna aan als de aandeelhoudersrichtlijn)

Directive 2007/36/EC is amended as follows:

(1) in Article 1, the following paragraph is added:

‘4. Member States shall ensure that this Directive does not apply in the case of the use of resolution tools, powers and mechanisms provided for in Title IV of Directive 2014/59/EU of the European Parliament and of the Council. (..)

(2) in Article 5, the following paragraphs are added:

‘5. Member States shall ensure that for the purposes of Directive 2014/59/EU the general meeting may, by a majority of two-thirds of the votes validly cast, issue a convocation to a general meeting, or modify the statutes to prescribe that a convocation to a general meeting is issued, at shorter notice than as laid down in paragraph 1 of this Article, to decide on a capital increase, provided that that meeting does not take place within ten calendar days of the convocation, that the conditions of Article 27 or 29 of Directive 2014/59/EU are met, and that the capital increase is necessary to avoid the conditions for resolution laid down in Articles 32 and 33 of that Directive.

6. For the purposes of paragraph 5, the obligation on each Member State to set a single deadline in Article 6(3), the obligation to ensure timely availability of a revised agenda in Article 6(4) and the obligation on each Member State to set a single record date in Article 7(3) shall not apply.’.

De Gecombineerde Commissie heeft de volgende vragen:

1. Is aan het nieuwe lid 4 van art. 1 van de aandeelhoudersrichtlijn voldoende uitvoering gegeven? De Gecombineerde Commissie vindt dat als zodanig niet terug in het wetsvoorstel.

³ In plaats van 42 dagen voor die van de vergadering, welke oproepingstermijn normaal geldt voor genoteerde vennootschappen bedoeld in art 1:1 Wft.

2. Indien de statuten een oproepingstermijn van tien dagen zouden bevatten voor de in art. 2:115 BW (Wetsvoorstel) genoemde gevallen zal niet altijd duidelijk zijn of deze korte termijn ook gebruikt mag worden. Art. 2:115 lid 3 BW (Wetsvoorstel) stelt een dubbele eis. Niet alleen moet de uitgifte noodzakelijk zijn om te voorkomen dat wordt voldaan aan de voorwaarden voor afwikkeling, bedoeld in art. 3A:18 Wft, maar ook moet zijn voldaan aan de voorwaarden om maatregelen op te leggen op grond van art. 1:75a Wft van het Wetsvoorstel.⁴

De eerste vraag is op welk tijdstip duidelijk is dat dit nodig is om de afwikkeling, bedoeld in art. 3A:18 Wft te voorkomen. De tweede vraag heeft betrekking op het vaststellen van een art. 1:75a situatie. In dit verband is ook lid 2 van deze bepaling zoals voorzien in het Wetsvoorstel van belang, dat luidt:

2. Het eerste lid is van overeenkomstige toepassing indien de overtreding *in de nabije toekomst waarschijnlijk* is wegens een snel verslechterende financiële toestand van de onderneming, te beoordelen met inachtneming van de voorwaarden, bedoeld in artikel 27, eerste lid, aanhef, van de richtlijn herstel en afwikkeling van banken en beleggings-ondernemingen.

‘Waarschijnlijk’ is een subjectief begrip, net zoals ‘de nabije toekomst’. Is men te vroeg of te voorzichtig, dan loopt men het risico ten onrechte de korte oproepingstermijn te hebben gebruikt, hetgeen het besluit tot uitgifte vernietigbaar maakt op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW. Vanwege dit verstrekken zou de Gecombineerde Commissie graag een nadere toelichting zien op deze voorgestelde bepaling.

3. Heeft de wetgever in het Wetsvoorstel wel voldoende aandacht besteed aan het nieuwe artikel 5 lid 6 van de aandeelhoudersrichtlijn?
De Gecombineerde Commissie wil in dit verband vooral wijzen op artikel 7 lid 3 van de aandeelhoudersrichtlijn, de registratiedatum. Nu artikel 7 van de aandeelhoudersrichtlijn voor het overige van toepassing lijkt te blijven, betekent dit dat ook voor deze bijzondere algemene vergadering van art. 2:115 lid 3 (Wetsvoorstel) een registratiedatum dient te gelden. Deze mag echter afwijken van de "normale" registratiedatum, nu het vereiste van de *single record date* voor deze situatie is komen te vervallen. De registratiedatum is thans in art. 2:119 lid 1 en 2 BW gesteld op de achtentwintigste dag voor die van de vergadering terwijl de oproeping niet later dan op de tweeënveertigste dag voor de vergadering (art. 2:115 lid 2 BW) plaatsvindt. Laat de wetgever het wetsvoorstel ongewijzigd, dan heeft dit tot gevolg dat de registratiedatum voor de algemene vergadering van art. 2:115 lid 3 (Wetsvoorstel) *achttien dagen* voor de oproeping ligt, terwijl deze onder het huidige recht voor alle algemene vergaderingen van genoteerde vennootschappen als bedoeld art. 1:1 Wft *veertien dagen* na de oproeping ligt.

Zou Nederland gebruik willen maken van een afwijkende registratiedatum voor het geval als hier bedoeld, dan zou art. 2:119 lid 1 (en/of lid 2) BW aangepast moeten worden. Anders dan de Minister lijkt te suggereren meent de Gecombineerde Commissie dat dus ook bij de hier bedoelde verkorte oproeping een registratiedatum dient te gelden.

⁴ Zie over de bevoegdheden ook het advies van de Gecombineerde Commissie van 21 augustus jl. onder 7

De BRRD maakt immers geen uitzondering op de verplichting die wordt opgelegd in art. 7 lid 2 van de aandelhoudersrichtlijn om een registratiedatum te hanteren.

Deze bepaling luidt:

“ Member States shall provide that the rights of a shareholder to participate in a general meeting and to vote in respect of his shares shall be determined with respect to the shares held by that shareholder on a specified date prior to the general meeting (the record date).

Member States need not apply the first subparagraph to companies that are able to identify the names and addresses of their shareholders from a current register of shareholders on the day of the general meeting.”

Afgezien van het feit dat afwijking niet mogelijk is, is de registratiedatum ook vanuit een praktisch oogpunt van belang bij de bepaling wie vergader- en stemgerechtigd is voor de algemene vergadering.

4. Invoering van art. 2:115 lid 3 BW van het Wetsvoorstel heeft ook gevolgen voor afdeling 5.1A.2 Wft, art 5:25ka (het in kennis stellen van informatie voorafgaande aan een algemene vergadering), nu in dat artikel de facto naar de lange oproepingstermijn wordt verwezen.

Den Haag, 23 september 2015