

De Minister van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Justitie en Veiligheid

De Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap

Den Haag, 14 mei 2020

Betreft: Consultatiereactie VEB op het voorontwerp 'Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding'

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Excellenties,

Mijne Dames en Heren,

Als belangenorganisatie van beleggers maakt VEB graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het consultatiedocument van 15 april 2020 betreffende het voorontwerp modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding ("Voorontwerp"). In deze consultatiereactie richt VEB zich met name op de volgende onderdelen:

- i. de vereenvoudiging en flexibilisering in algemene zin;
- ii. de algemene vergadering buiten Nederland;
- iii. de virtuele algemene vergadering;
- iv. het streven naar een evenwichtiger verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de raad van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen;¹
- v. het streefcijfer en de rapportage aan de Sociaal Economische Raad.

¹ Het gaat hierbij om vennootschappen, waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, of waarvan aandelen of certificaten van aandelen, naar ten tijde van de rechtshandeling op goede gronden kan worden verwacht, daartoe spoedig zullen worden toegelaten ("beursvennootschappen").

i. Vereenvoudiging en flexibilisering

Het advies van de Commissie vennootschapsrecht uit 2013 om het NV-recht in lijn te brengen met de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht is met het Voorontwerp opgevolgd. VEB kan zich vinden in de meeste technische wijzigingen die worden voorgesteld. De afschaffing van de minimumkapitalseis en de nieuwe regeling ten aanzien van het stemrecht bij verpande aandelen raken de belangen van de beleggers niet. De voorgestelde regelingen voor vereenvoudiging bieden nog steeds voldoende bescherming voor een aandeelhouder.

Dit geldt echter niet ten aanzien van de wijzigingsvoorstellen van artikel 2:101 BW en artikel 2:128 BW. VEB ondersteunt het uitgangspunt dat bij vennootschappen waarvan alle aandeelhouders tevens bestuurder of commissaris zijn, gewaarborgd moet zijn dat de betrokkenen een bewuste keuze maken of zij door ondertekening tevens de jaarrekening hebben vastgesteld, of dat zij dit in de algemene vergadering doen. Om die reden moeten alle vergadergerechtigden met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd in overeenstemming met het voorgestelde artikel 128 lid 1 BW. Anders dan uit het Voorontwerp blijkt, wenst VEB te benadrukken dat instemming niet impliciet of stilzwijgend kan worden aangenomen. Hier is een expliciet besluit noodzakelijk om misbruik en het ontnemen van vergaderrechten te voorkomen. Dit omdat ook anderen dan aandeelhouders op grond van de wet of de statuten vergadergerechtigd (kunnen) zijn, zoals houders van met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten (vgl. artikel 117 lid 2 BW) en vruchtgebruikers respectievelijk pandhouders met stemrecht (artikel 88 resp. 89 lid 4 BW). De vereiste expliciete instemming bewerkstelligt dat minderheidsaandeelhouders en andere vergadergerechtigden niet tegen hun wil worden geconfronteerd met besluitvorming door de meerderheidsaandeelhouder(s) zonder dat overleg heeft plaatsgevonden in een jaarlijkse algemene vergadering. Zij moeten hun stem -en vergaderrechten hebben kunnen uitoefenen alvorens wordt overgegaan tot (een andere wijze van) vaststelling van de jaarrekening.

ii. Algemene vergadering buiten Nederland

In het voorgestelde artikel 2:116 BW wordt in een regeling voorzien waardoor de algemene vergadering kan worden gehouden ter plaatse bij de statuten vermeld. Deze plaats kan buiten Nederland zijn gelegen. Het wijzigen van de vergaderplaats kan ingrijpende gevolgen hebben voor aandeelhouders. Deelnemen aan de algemene vergadering kan, afhankelijk van de plaats, bijkans onmogelijk worden gemaakt.

VEB kan enkel met deze wijziging instemmen onder voorwaarde dat bij een beursgenoteerde vennootschap de regeling voorziet in de verplichting elektronische deelname aan algemene vergaderingen zeker te stellen. Het ontbreken van een dergelijke garantie zou er toe kunnen leiden dat de bevoegdheid die aandeelhouders van een vennootschap aan artikel 2:117 BW ontleen om de algemene vergaderingen bij te wonen, daarin het woord te voeren en het stemrecht uit te oefenen, ernstig worden ondermijnd.

Bij het hieronder op te nemen tekstvoorstel sluit VEB aan bij de bewoordingen van artikel 11 van de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid met dien verstande dat de inspanningsverplichting van artikel 11 lid 3 wordt gewijzigd in een resultaatverplichting.² Zonder elektronische deelname kan er geen rechtsgeldige algemene vergadering buiten Nederland worden gehouden bij een Nederlandse

² Stb 2020, 124.

beursvennootschap. Aan artikel 116 van dit wetsvoorstel zou een vierde lid moeten worden toegevoegd luidende:

‘Indien de algemene vergadering van een vennootschap, waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit, als bedoeld in artikel 1:1 van de Wet op het financieel toezicht of een met een gereguleerde markt of multilaterale handelsfaciliteit vergelijkbaar systeem uit een staat die geen lidstaat is, of waarvan aandelen of certificaten van aandelen, naar ten tijde van de rechtshandeling op goede gronden kan worden verwacht, daartoe spoedig zullen worden toegelaten, wordt gehouden op een plaats buiten Nederland, geldt het volgende. Aandeelhouders kunnen de algemene vergadering langs elektronische weg bijwonen. De aandeelhouders zijn tot uiterlijk 72 uur voorafgaand aan de vergadering in de gelegenheid gesteld om schriftelijk of elektronisch vragen te stellen over de onderwerpen die bij de oproeping zijn vermeld. Deze vragen worden uiterlijk tijdens de vergadering beantwoord. De antwoorden worden op de website van de vennootschap geplaatst of via een elektronisch communicatiemiddel toegankelijk gemaakt voor de aandeelhouders. Het bestuur stelt zeker dat tijdens de vergadering langs elektronische weg of anderszins nadere vragen kunnen worden gesteld.’

VEB verwacht dat hiermee mogelijk onwettig gebruik van het Nederlandse rechtssysteem wordt vermeden. Het is immers voorstelbaar dat kort voor een beursgang de vergaderplaats in de statuten wordt gewijzigd zodanig dat het de huidige aandeelhouders niet schaadt maar de nieuwe te verwerven aandeelhouders bemoeilijkt in deelname aan de algemene vergadering. Het argument dat aandeelhouders zelf besluiten aandelen te nemen in een in Nederland genoteerde vennootschap met een dergelijk gebrek aan goede governance overtuigt niet. In de praktijk zal een beursvennootschap met een zekere omvang in een index worden opgenomen. Professionele en institutionele beleggers zullen deze aandelen op basis van hun beleggingsbeleid – met stringente eisen aan dat beleid uit kracht van toezichtregelgeving – toch moeten nemen.

iii. Virtuele algemene vergadering

VEB wenst in het kader van deze consultatie ook aandacht te vragen voor de thematiek van een volledig virtuele algemene vergadering van aandeelhouders. De hierboven reeds genoemde Tijdelijke wet COVID-19 heeft het voor een bepaalde periode mogelijk gemaakt dat algemene vergaderingen ook enkel virtueel kunnen plaatsvinden. De eerste ervaringen met virtuele algemene vergaderingen zijn zowel positief als negatief. Enkele beursvennootschappen wisten een goede virtuele dialoog te creëren met hun aandeelhouders en de besluitvorming als vrucht van onderling overleg ook daadwerkelijk in de vergadering te laten plaatsvinden. Helaas zijn er echter meer voorbeelden te geven van beursvennootschappen waarbij geen sprake was van een inhoudelijke dialoog en waarbij de agendapunten voor de algemene vergadering als hamerstuk werden afgedaan. Een dergelijke verschraving van corporate governance en het gebrek aan eerbiediging van aandeelhoudersrechten is ongewenst. VEB pleit daarom voor een grondige evaluatie van de algemene vergaderingen van het vergaderseizoen 2020. Daartoe zou het ministerie van Justitie en Veiligheid een werkgroep kunnen instellen die naast een dergelijke evaluatie ook advies kan geven hoe een nieuwe wettelijke regeling voor een volledig virtuele algemene vergadering eruit zou kunnen gaan zien.

iv. Verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de raad van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen

Het in de wet opnemen van een quotum voor de verdeling man-vrouw in de raad van commissarissen is ingrijpend. Het druist in zekere zin in tegen het voornemen het Nederlandse ondernemingsrecht flexibeler te maken. VEB wenst te benadrukken een voorstander te zijn van meer diversiteit in de ondernemingsleiding en toezichtsorganen omdat dit aantoonbaar tot een meer verbindende toonzetting leidt. Diversiteit is van groot belang voor de samenstelling van een collegiaal orgaan, met name ook ten aanzien van kennis en kunde alsmede sociale en etnische achtergrond, omdat diversiteit naar overtuiging van VEB een belangrijke waarborg is tegen *group-think* en *tunnel-vision*. Daarmee is diversiteit dus bij uitstek een aspect van goede corporate governance omdat het bijdraagt aan noodzakelijke *checks-and-balances*. Daarenboven mag niet worden vergeten dat diversiteit verder reikt dan de man/vrouw verdeling.

Niettemin, een wettelijk diversiteitsquotum is een uitzonderlijke en zware maatregel waarbij de vraag opkomt of de beoogde inhaalslag die hiermee gemaakt zal worden niet ten koste gaat van de kwaliteit van commissarissen en, vanwege het verplichte ambitieuze streefcijfer, ook van bestuurders. De in het Voorontwerp gebruikte terminologie van een 'ingroeiquotum' oogt sympathiek en van beperkte duur maar een quotum is van blijvende betekenis en herbergt verschillende vraagstukken over voordracht en besluitvorming. VEB kan zich goed indenken dat, zeker kort na invoering, lastige situaties kunnen ontstaan waarin niet de beste kandidaat maar een *ticking-the-diversitybox*-kandidaat wordt voorgedragen. Dat doet bovenal afbreuk aan de integriteit van een kandidaat maar leidt ook tot dilemma's voor aandeelhouders. De wet kan in de weg staan aan het benoemen van de adequaatste kandidaat. Om dergelijke complexe, *catch-22*, situaties te voorkomen rondom benoemingen van commissarissen stelt VEB derhalve voor om beursgenoteerde vennootschappen de mogelijkheid te bieden in uitzonderlijke omstandigheden tijdelijk van het diversiteitsquotum af te wijken. Bijvoorbeeld indien de levensvatbaarheid of de (her)financiering ernstig worden bedreigd en de kennis en expertise van een individuele kandidaat-commissaris in dat kader onmisbaar zijn. De formulering van een dergelijke mogelijkheid tot afwijking kan gelijkluidend zijn aan artikel 2:135a lid 4 jo lid 5 BW.

De reden voor een dergelijke afwijking sluit overigens aan bij de gedachtegang in de memorie van toelichting bij het Voorontwerp dat een commissaris die voor herbenoeming in aanmerking komt, kan worden herbenoemd, ook al zou diens herbenoeming de man-vrouwverhouding niet evenwichtiger maken.³ In de toelichting wordt erop gewezen dat de achterliggende gedachte is dat een goed functionerende commissaris die een bepaalde mate van expertise als commissaris in de vennootschap heeft opgebouwd, niet gedwongen zou moeten kunnen worden om bijvoorbeeld na vier jaar te vertrekken. Daarentegen is VEB zich bewust dat dergelijke uitzonderingen en afwijking niet 'eeuwig' moeten voortbestaan. Het zou goed zijn om in de toelichting te verduidelijken dat het de bedoeling is dat een uitzondering of afwijking niet langer is toegestaan dan 10 jaar na inwerkingtreding van de beoogde wetgeving. VEB meent dat met een dergelijke tijdslimiet een uitzondering of afwijking zich laat verenigen met het doel van het Voorontwerp te komen tot een

³ Memorie van Toelichting Voorontwerp, p. 11.

evenwichtiger verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen en ervoor zorgen een zeker niveau van expertise binnen de raad van commissarissen te behouden en te bereiken.

Aan artikel 142b van dit wetsvoorstel zou een nieuw vijfde lid moeten worden toegevoegd (onder vernummering van het vijfde lid tot zesde lid) luidende:

‘De vennootschap kan onder uitzonderlijke omstandigheden tijdelijk afwijken van hetgeen bepaald is in de leden 2 en 3. Onder uitzonderlijke omstandigheden worden uitsluitend omstandigheden verstaan waarin de afwijking noodzakelijk is om de langetermijnbelangen en duurzaamheid van de vennootschap als geheel te dienen of haar levensvatbaarheid te garanderen.’

v. Streefcijfer en de rapportage aan de Sociaal Economische Raad

VEB kan zich goed vinden in het vastleggen van een streefcijfer door de vennootschap om de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en andere categorieën werknemers in leidinggevende functies van de vennootschap, evenwichtiger te maken. Dat een beursvennootschap hierover verantwoording aflegt aan de algemene vergadering en andere stakeholders in haar bestuursverslag is voor VEB evident.⁴ VEB adviseert in de toelichting in te gaan op de vraag waarom het Voorontwerp in artikel 2:166 lid 4 BW de Sociaal Economische Raad (“SER”) vervolgens laat zorgdragen voor het communiceren met de ‘buitenwereld’.⁵ Dit is toch bij uitstek iets dat een beursvennootschap zelf moet doen. Daarnaast, indien een centrale melding zou kunnen bijdragen aan het aggregeren van de gegevens en een trend zichtbaar moet maken, ligt het meer in de reden deze taak neer te leggen bij de Autoriteit Financiële Markten, de toezichthouder op financiële verslaggeving. Dat lijkt effectiever en efficiënter te zijn dan het in het leven roepen van een nieuwe rapportageverplichting aan de SER. Ook deze keuze verdient meer toelichting.

Ter afronding

VEB zou het zeer op prijs stellen als bovenstaande punten worden betrokken bij de voorbereiding van het in te dienen wetsvoorstel. Wij zijn uiteraard graag bereid nadere toelichting te verschaffen of vragen te beantwoorden. Richt u zich daarvoor tot Niels Lemmers, bereikbaar via +31 (0)70-3130000.

Hoogachtend,

P.M. Koster
Directeur VEB – European Investors

⁴ Paragraaf 3 Memorie van Toelichting Voorontwerp.

⁵ Memorie van Toelichting Voorontwerp, p, 12.