

de toetsing, speelt inmiddels naast het bedrijfseconomisch toezicht ook de stabiliteit van de financiële sector een belangrijke rol. De toetsingscriteria voor gekwalificeerde deelnemingen in de financiële sector en de toetsingscriteria voor financiële en vennootschappelijke reorganisaties liepen, tot de Antonveneta-richtlijn, in Nederland min of meer parallel. Sinds de implementatie van deze richtlijn is dat niet langer het geval. De toetsing van gekwalificeerde deelnemingen kent thans strikte, op Europeesrechtelijke richtlijnen gebaseerde, criteria. Alleen de vvgb-plicht voor financiële en vennootschappelijke reorganisaties is nog steeds ingebed in het Nederlandse nationale recht. Deze vvgb-plicht geldt (nog) niet voor verzekeraars. Op verzoek van DNB is het Ministerie van Financiën met een dergelijke uitbreiding bezig. Echter, cross-sectorale consistentie van bevoegdheden is een ontoereikend argument om deze bevoegdheid ook ten aanzien van verzekeraars in te voeren. In plaats daarvan zal moeten worden nagegaan in hoeverre in het huidige toezichtinstrumentarium voor verzekeraars noodzakelijke bevoegdheden ontbreken die zouden moeten worden aangevuld en ook en vooral zal moeten worden bezien of een nieuwe nationale bevoegdheid past in het Solvency II-kader, dat wordt gekenmerkt door een hoge mate van Europese harmonisatie.

Bij de door DNB genoemde voorbeelden is niet op voorhand duidelijk dat DNB bevoegdheden mist. Ten aanzien van herverzekeringsconstructies lijkt Solvency II in een volledige regeling te voorzien, die erop is gericht om afdoende polishouderbescherming te bieden, in het geval verzekeraars dergelijke constructies aangaan. De regeling voorziet niet in een voorafgaande goedkeuring van dergelijke constructies, maar het garandeert ook niet dat met goedkeuring wordt voorkomen dat risico's (zoals ten aanzien van het gestelde onderpand of de kredietwaardering van de herverzekeraar) zich vervolgens niet materialiseren. Ook bij het door DNB genoemde voorbeeld van beursgangen moet de vraag gesteld worden voor welke prudentiële risico's, die niet al door het Solvency II-kader worden onderkend, DNB bevoegdheden ontbeert.

Ten slotte lijkt het goed om de toetsingscriteria van artikel 3:101 Wft explicietier dan de huidige bewoordingen doen voorkomen, nauwer te laten aansluiten bij de geldende prudentiële criteria.

*Prof. mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol & mr. A.J.A.D. van den Hurk*³¹

31 Christel Grundmann is emeritus hoogleraar effectenrecht (in het bijzonder onderneming en financiële markten), Radboud Universiteit Nijmegen. Arthur van den Hurk is senior regulatory counsel bij Aegon N.V. en fellow van het Instituut voor Financieel Recht, onderdeel van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/ vrouw verhouding

Ondernemingsrecht 2020/106

1. Inleiding

Op 15 april 2020 is het voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding ter consultatie voorgelegd.¹ De modernisering van het NV-recht (par. 2) zijn er vooral op gericht het NV-recht meer in lijn te brengen met het BV-recht zoals gewijzigd door de Wet Flex-BV en dus bepaalde belemmerende, ineffektieve, lastenverzwarende en verouderde regelingen te vervangen.² De voorgestelde wijzigingen op het gebied van man-vrouwverhoudingen in vennootschapsbesturen (par. 3) vloeien voort uit het op verzoek van het kabinet uitgebrachte SER-advies 'Diversiteit in de top: tijd voor versnelling'.³ In deze bijdrage behandelen wij de inhoud van de hoofdlijnen van dit voorontwerp. Op bepaalde punten leveren wij beknopt commentaar.

2. Modernisering NV-recht

2.1 Afschaffing verplicht maatschappelijk kapitaal

Allereerst wordt in het Voorontwerp het maatschappelijk kapitaal facultatief, net zoals bij de BV (art. 2:67 lid 1 eerste volzin BW (nieuw); zie ook art. 2:79 BW (nieuw)). Vermelden de statuten een maatschappelijk kapitaal, dan moet daarvan een vijfde zijn geplaatst, aldus art. 2:67 lid 3 BW (nieuw), dat het huidige vierde lid vervangt. Het huidige lid 5 wordt lid 4. Voorts bevat het Voorontwerp een duidelijkere formulering van de (inhoudelijk onveranderde) absolute eisen aan het geplaatste en gestorte kapitaal: het geplaatste kapitaal en het gestorte kapitaal moeten allebei minimaal € 45.000 bedragen (art. 2:67 lid 2 BW (nieuw)).

Het maatschappelijk kapitaal is de som van de nominale waarden van het totale aantal aandelen dat in de statuten wordt genoemd. Het maatschappelijk kapitaal stelt zodoende een maximum aan het aantal aandelen dat kan worden uitgegeven.⁴ Wil een vennootschap dus meer aandelen uitgeven dan het geplaatst kapitaal toestaat, dan moet het maatschappelijk kapitaal door middel van een

1 Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding, te vinden op <https://www.internetconsultatie.nl/nvenmv> (hierna: het 'Voorontwerp').

2 Concept-MvT Voorontwerp, par. 3; vgl. voor de flex-BV *Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, par. 3*. Zie voor de Wet Flex-BV *Stb. 2012, 299 (Kamerstukken 31058)* en *Stb. 2012, 300 (Kamerstukken 32426)*.

3 SER-advies, 'Diversiteit in de top: tijd voor versnelling', te raadplegen via: <https://www.ser.nl/nl/adviezen/diversiteit-in-de-top>.

4 Vgl. *Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 39*.

statutenwijziging worden verhoogd. Dit kost tijd en geld. In principe is de afschaffing van het verplichte maatschappelijk kapitaal dus een goede – kosten- en tijdbesparende – ontwikkeling.

Het is echter maar de vraag of deze wijziging doel treft. Uit art. 3 onder c Richtlijn (EU) 2017/1132 blijkt dat een NV zonder maatschappelijk kapitaal wel het geplaatst kapitaal moet vermelden in de statuten. Aangezien het geplaatst kapitaal wijzigt bij elke uitgifte of intrekking van aandelen, zou bij elke uitgifte of intrekking ook een statutenwijziging nodig zijn om het geplaatst kapitaal te updaten. Dat zou eerder een lastenverzwaring dan een lastenverlichting betekenen: onder het huidige systeem is statutenwijziging alleen nodig als het maatschappelijk kapitaal niet voldoende ruimte biedt voor de uit te geven aandelen.

De concept-memorie van toelichting (hierna: 'MvT') bij het Voorontwerp lijkt deze eis uit Richtlijn (EU) 2017/1132 niet te onderkennen en daar ook niet aan te voldoen. Momenteel vereist art. 2:67 lid 1 derde volzin BW vermelding van het geplaatst kapitaal in de akte van oprichting. Met deze bepaling wordt nu voldaan aan art. 3 onder d Richtlijn (EU) 2017/1132. Met afschaffing van het maatschappelijk kapitaal geldt echter niet meer onderdeel d, maar onderdeel c, hiervoor al genoemd. Wij betwijfelen dat art. 2:67 lid 1 derde volzin BW hieraan voldoet. Onderdeel c vereist naar onze mening namelijk dat de statuten een actuele weergave van het geplaatst kapitaal geven; de geldende wet noch het Voorontwerp voldoen hieraan. Om aan de richtlijn te voldoen, kan hiervoor een bepaling worden opgenomen in (bijvoorbeeld) art. 2:67 of art. 2:124 lid 3 BW.

2.2 Aanduidingsaandelen

Ten tweede wordt het concept 'aandelen van een bepaalde aanduiding' (hierna: 'aanduidingsaandelen') in het NV-recht geformaliseerd. Bij de BV is dit concept al bekend.⁵ Zowel soort aandelen als aanduidingsaandelen dienen ertoe om onderscheid te maken tussen de rechten die aan aandelen worden verbonden. De vergadering van soortzowel als aanduidingsaandelen is een orgaan in de zin van art. 2:189a BW (vgl. art. 2:78a BW (nieuw)). Er zijn echter ook wezenlijke verschillen.⁶

Een soort aandeel is een aandeel dat in de statuten een afzonderlijke regeling heeft gekregen en daardoor op een of meer punten afwijkt van de andere soort(en) aandelen, bijvoorbeeld door een andere nominale waarde (art. 2:67/178 BW), een bijzondere regeling voor stemrecht (art. 2:118/228 BW), of bijzondere zeggenschapsrechten (art. 2:92/201 lid 3 BW). Van soort aandelen moet altijd afzonderlijk de nominale waarde worden vermeld, en bij de NV ook het aantal (art. 2:67/178 lid 1 tweede volzin BW). Bij de BV

moet het geplaatst kapitaal en gestort kapitaal per soort worden uitgesplitst in de akte van oprichting (art. 2:178 lid 1 vierde en vijfde volzin BW). Het lijkt ons wenselijk als het NV-recht op dit punt wordt geüniformeerd met het BV-recht, met dien verstande dat het geplaatst kapitaal bij de NV altijd in de statuten moet staan (art. 3 onder c Richtlijn (EU) 2017/1132; zie ook par. 2.1).

Een aanduiding kan gebruikt worden om bepaalde rechten te verbinden aan aandelen *binnen* een (of meer)⁷ soorten aandelen, zonder daarvoor een nieuwe soort aandelen te hoeven creëren.⁸ Zo is het bijvoorbeeld mogelijk dat een vennootschap enkel gewone aandelen heeft, maar de statuten aan de houder van het aandeel met de aanduiding '1' een bijzonder zeggenschapsrecht toekennen. In principe zullen de statuten de gewenste rechten moeten verbinden aan de aanduidingsaandelen. De aanduidingen zelf kunnen echter in ieder geval buiten de statuten om worden toegekend.⁹ Dit is een voordeel ten opzichte van soort aandelen. Het blijkt ook wel uit het feit dat van aanduidingsaandelen niet de nominale waarde hoeft te worden vermeld (zie art. 2:178 lid 1 BW). Bij een BV moet het aandeelhoudersregister melding maken van de soort of aanduiding van de aandelen (vgl. art. 2:194 lid 1 BW).¹⁰

Een aanduiding kan worden gegeven aan een of meer reeds bestaande aandelen. De statuten kunnen aan deze aandelen dan een bijzonder recht, zoals een benoemingsrecht, verbinden. In dat geval is wel een statutenwijziging nodig om het benoemingsrecht te creëren, maar is het niet nodig om een nieuw soort aandelen in te voeren, noch om nieuwe aandelen uit te geven of bestaande aandelen te converteren. Bovendien kan de aanduiding zonder statutenwijziging worden aangepast. Een ander voorbeeld is het geval dat een vennootschap aan een drietal aandeelhouders een bijzonder recht wil toekennen. Houdt de eerste aandeelhouder bijvoorbeeld gewone, de tweede stemrechtloze, en de derde preferente aandelen, dan kan één reeks aanduidingsaandelen worden ingevoerd: binnen elk van deze drie soorten aandelen geeft telkens één (aanduidings)aandeel het beoogde bijzondere recht. Dat aandeel is dan telkens zowel een soort aandeel (een gewoon, stemrechtloos of preferent aandeel) als een aanduidingsaandeel (met het beoogde bijzondere recht).

Het is goed in de wet te expliciteren dat aanduidingsaandelen ook bij de NV mogelijk zijn. Hoewel de praktische waarde ervan beperkt is, is deze niet afwezig en is uniformering van het vennootschapsrecht op dit punt voor de hand liggend. Wij vragen ons wel af of deze uniformering hier compleet is. Zoals al vermeld, moet het aandeel-

⁵ Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 37 en 42.

⁶ Zie in het algemeen hierover Asser/Van Olfen & Rensen 2-IIa 2019/305.

⁷ Aldus ook M. van Olfen e.a., *Flex-BV en Wet Bestuur en toezicht: een praktische handleiding*, Den Haag: Boom 2012, p. 49-50.

⁸ Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 37 en 42.

⁹ Vgl. Kamerstukken II 2009/2010, 32426, 3, p. 24 en Kamerstukken I 2011/2012, 32426, C, p. 16.

¹⁰ Kamerstukken II 2009/2010, 32426, 3, p. 24.

houdersregister van een BV melding maken van de soort of aanduiding van de aandelen (vgl. art. 2:194 lid 1 BW).¹¹ Het Voorontwerp bevat op dit punt geen wijziging voor de NV (art. 2:85 BW). Daarnaast heeft het BV-artikel 2:208 lid 2-4 BW het over “aandelen van een bepaalde soort of aanduiding”; de NV-pendant van dit artikel – art. 2:99 BW – is hiermee niet in overeenstemming gebracht. Dit lijken ons omissies.

2.3 Besluitvorming

Ook bevat het Voorontwerp een drietal wijzigingen met betrekking tot besluitvorming, allereerst in art. 2:101 lid 5 BW. Onder het Voorontwerp geldt ondertekening van de jaarrekening door bestuurders en commissarissen als vaststelling van die jaarrekening als alle aandeelhouders tevens bestuurder of commissaris in de vennootschap zijn. De vaststelling geldt ook als kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Hier merken wij op dat het goed zou zijn als de wet het mogelijk zou maken – voor NV zowel als BV – om de vaststelling en kwijting te scheiden. Voor een dergelijke vaststelling moeten alle vergadergerechtigden¹² hebben kunnen kennisnemen van de jaarrekening en met deze wijze van vaststelling hebben ingestemd. Wij interpreteren dit als een opschortende voorwaarde voor de vaststelling, gelet op het gebruik van het woord ‘mits’.

De NV-regeling wijkt iets af van de BV-regeling: bij de BV moeten de *overige* vergadergerechtigden hebben ingestemd, bij de NV *alle* vergadergerechtigden, dus ook de aandeelhouders zelf. De gedachte is dat deze wijze van vaststelling dan een bewuste keuze is.¹³ Opvallend is nog dat het oorspronkelijk voorgestelde BV-artikel 2:210 lid 5 BW dezelfde redactie had als het nu voorgestelde NV-artikel 2:101 lid 5 BW. Het woord ‘overige’ is toegevoegd in de Nota van Wijziging; daar werd het een wijziging “van geringe technische of taalkundige aard” genoemd.¹⁴ Inderdaad is het formalistisch en overbodig nog een algemene vergadering te vereisen voor de vaststelling van de jaarrekening als de aandeelhouders dezelfde personen zijn als degenen die de jaarrekening hebben ondertekend.¹⁵ Tot slot merken wij op dat de statuten deze vereenvoudigde vaststellingswijze kunnen ‘uitsluiten’. Dit ambigue begrip wordt helaas nog niet verduidelijkt.¹⁶ Het is eveneens jammer dat in het Voorontwerp niet wordt opgehelderd hoe de vereenvoudigde vaststellingsprocedure zich verhoudt tot de eisen van art. 2:393 lid 7 BW, dat geldt voor vennootschappen die onderhevig zijn aan verplichte accountantscontrole. Op grond van art. 2:393 lid 7 BW is vaststelling van de jaarrekening immers niet

mogelijk als het vaststellingsbevoegde orgaan (en dus ook alle vergadergerechtigden daarvan) niet heeft (hebben) kunnen kennisnemen van de accountantsverklaring. Vaststelling kan alsnog als er een ‘wettige reden’ bestaat voor het ontbreken van die verklaring, maar het zou niet logisch zijn om het enkele gebruik van de vereenvoudigde vaststellingsprocedure aan te merken als een dergelijke wettige reden. Dan zouden vennootschappen die van de vereenvoudigde vaststellingsprocedure gebruik kunnen maken, de accountantscontrole wel erg makkelijk kunnen ontduiken.¹⁷

De tweede wijziging betreft een aanpassing van art. 2:108 BW. Doel van deze aanpassing is ervoor te zorgen dat geen jaarlijkse algemene vergadering hoeft te worden gehouden als de jaarrekening op bovengenoemde wijze is vastgesteld, of als buiten vergadering is besloten. Daarnaast bevat het Voorontwerp ook een wijziging met betrekking tot besluitvorming buiten vergadering. Momenteel kan besluitvorming buiten vergadering alleen als de statuten dit mogelijk maken, is het geheel niet mogelijk als de vennootschap toonderaandelen kent of bewilligde certificaten heeft uitgegeven, en moet met algemene stemmen worden besloten (art. 2:128 BW). In het Voorontwerp wordt besluitvorming buiten vergadering als uitgangspunt mogelijk, mits alle vergadergerechtigden hiermee hebben ingestemd, evenals bij de BV (art. 2:238 BW). Wij vragen ons af of instemming van *alle* vergadergerechtigden niet wat veel gevraagd is; een gekwalificeerde meerderheid volstaat wellicht. De regeling is anders erg streng en hoogstwaarschijnlijk feitelijk onbruikbaar voor beursvennootschappen. Stemuitbrenging moet verder wel schriftelijk of elektronisch en bestuurders en commissarissen moeten voorafgaand advies hebben kunnen uitbrengen.

Ten slotte kan onder het Voorontwerp de algemene vergadering van een NV ook buiten Nederland plaatsvinden (art. 2:116 BW (nieuw); vgl. art. 2:226 BW).

2.4 Stemrecht van pandhouders en vruchtgebruikers

Voorts is in het Voorontwerp voorgesteld dat stemrecht ook op een later moment bij schriftelijke overeenkomst kan worden toegekend aan pandhouders en vruchtgebruikers. Deze wijziging brengt het NV-recht in lijn met het BV-recht, dat op dit punt in art. 2:198 lid 3 BW een regeling kreeg met de Wet Flex-BV.¹⁸

Het Voorontwerp beoogt ook te verduidelijken dat de toekenning van het stemrecht bij een pandrecht op aandelen ook al bij de vestiging onder opschortende voorwaarde kan geschieden. In de praktijk gebeurde dit ook al veelvuldig. Het aanbrengen van deze verduidelijking is in principe een goede zaak. Desalniettemin is het verwarrend – zij

11 Kamerstukken II 2009/2010, 32426, 3, p. 24.

12 Zie nader par. 2.6 over het gebruik van dit begrip in het NV-recht.

13 Concept-MvT Voorontwerp, p. 26.

14 Kamerstukken II 2009/2010, 32426, 8, p. 5 en 10.

15 Concept-MvT Voorontwerp, p. 25.

16 Concept-MvT Voorontwerp, p. 25; zie voor kritiek op dit begrip reeds Schwarz & Wolf, *TvOB* 2014/1, p. 27.

17 Zie ook Schwarz & Wolf, *TvOB* 2014/1, p. 27.

18 Concept-MvT Voorontwerp, p. 24. Vgl. Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 59.

het consistent met de huidige BV-regeling¹⁹ – dat deze verduidelijking niet ook bij de vruchtgebruikregeling in art. 2:88 BW is aangebracht. Naar onze mening is het ook nu al mogelijk om al bij vestiging van een vruchtgebruik de overgang van het stemrecht onder opschortende voorwaarde te regelen.²⁰ Gegeven dat overgang van stemrecht mogelijk is, bestaan verder geen principiële bezwaren tegen een overgang onder opschortende voorwaarde, noch bij vruchtgebruik, noch bij pandrecht. Dit onderkent de concept-MvT zelf ook.²¹ Het zou dus goed zijn als deze verduidelijking zou worden doorgetrokken naar het vruchtgebruik.

Ten slotte wijzen wij op de toevoeging aan het einde van art. 2:88 en 2:89 lid 3 BW. Deze toevoeging is blijkens de concept-MvT bedoeld om de regeling voor erkenning van levering van aandelen van overeenkomstige toepassing te laten zijn op de overeenkomst tot overgang van het stemrecht. In het Voorontwerp wordt daarvoor verwezen naar art. 2:87a en 2:87b BW. Vermoedelijk zijn art. 2:86a en 2:86b BW bedoeld; art. 2:87a en 2:87b BW gaan over respectievelijk aanbiedingsregelingen en kwaliteitseisen.²²

2.5 Kosten oprichting

Het is verder nog vermeldenswaardig dat in het Voorontwerp de mogelijkheid is geopend om de NV in de akte van oprichting te verbinden voor kosten die met de oprichting verband houden. Dit is een stroomlijning van het oprichtingsproces, omdat het bestuur de desbetreffende rechtshandelingen dan niet meer hoeft te bekrachtigen. Met deze wijziging zou in principe de verplichting tot opgave van de oprichtingskosten bij het Handelsregister (art. 2:69 lid 1 tweede volzin BW) voor de NV kunnen worden geschrapt, net zoals bij de Wet Flex-BV voor de BV is gebeurd. Deze bepaling is opgenomen omdat art. 4 onder j Richtlijn (EU) 2017/1132 (kortweg) openbaarmaking van de oprichtingskosten vereist.²³ Daaraan wordt echter ook voldaan als de NV in de akte van oprichting voor de oprichtingskosten wordt verbonden en daarbij het bedrag van die kosten (bij benadering) worden vermeld.

2.6 Schitterend door afwezigheid; verlanglijstje

Tot besluit van deze paragraaf wijzen wij nog op een aantal regelingen die *niet* zijn aangepast.

Allereerst springt art. 2:105 BW (vgl. art. 2:216 BW) naar voren. Bij de NV is winstuitkering slechts mogelijk voor zover het eigen vermogen groter is dan de som van het ge-

storte en opgevraagde kapitaal en de wettelijk en statutair verplichte reserves (art. 2:105 lid 2 BW). Deze test staat bekend als de *balanstest*, hoewel het begrip 'eigenvermogenstest' accurater is. Voor de BV gold oorspronkelijk hetzelfde. Sinds de Wet Flex-BV wordt de schuldeisersbescherming bij winstuitkering niet langer primair door deze balanstest gewaarborgd, maar door een aansprakelijkheidsregeling, neergelegd in art. 2:216 lid 3 BW. De balanstest schiet namelijk in de praktijk tekort.²⁴ Uiteindelijk is de balanstest voor de BV gehandhaafd, maar beperkt doordat daarvoor het gestorte kapitaal en opgevraagde kapitaal niet meer hoeft te worden meegenomen. Voor deze beperkte balanstest is gekozen omdat dat nodig zou zijn om te voldoen aan de Vierde EEG-richtlijn.²⁵

Voor NV's is een beperkte balanstest niet mogelijk. Art. 56 Richtlijn (EU) 2017/1132 vereist namelijk de huidige balanstest. De praktische tekortkomingen van de balanstest gelden echter onverkort voor NV's.²⁶ Art. 2:216 leden 2 en 3 BW zouden daarom in het Voorontwerp kunnen worden overgenomen in art. 2:105 BW. Hiervoor pleit onder andere dat de bezwaren tegen de balanstest nog steeds gelden en dat ook nu al voor de NV wordt aangenomen dat een zekere continuïteitstest moet worden gedaan.²⁷ Tegelijkertijd is dit een contentieus onderwerp, te meer omdat het wettelijke aansprakelijkheidsregelingen zou introduceren. Exclusie van deze regeling uit het Voorontwerp is daarom niet onbegrijpelijk.

Daarnaast is klaarblijkelijk niet verkozen de artikelen over extra verplichtingen, blokkeringsregeling en kwaliteitseisen (art. 2:81 en 2:87-87b BW) meer in lijn te brengen met het BV-recht (art. 2:192 en 2:195 BW). Art. 2:81, 2:87a en 2:87b BW zouden kunnen worden geconcentreerd in één artikel met eenzelfde opzet als art. 2:192 BW voor de BV, met aanpassing van de tweede volzin van art. 2:64 BW (vgl. art. 2:175 derde volzin BW). Dit zou deels cosmetisch zijn, maar NV's zouden ook uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen om in de statuten verbintenisrechtelijke verplichtingen te verbinden aan het aandeelhouderschap (vgl. art. 2:192 lid 1 sub a BW voor de BV). Daarnaast zou kunnen worden overwogen NV's de mogelijkheid te geven om de overdraagbaarheid van aandelen voor een bepaalde termijn geheel uit te sluiten. De Wet Flex-BV heeft die mo-

¹⁹ Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 59.

²⁰ Ook zo ter zake van pandrecht op aandelen: Asser/Van Olfen & Rensen 2-*Ila* 2019/425. Hetzelfde geldt overigens principieel voor overgang onder ontbindende voorwaarde, maar in de praktijk zijn niet veel situaties voor te stellen waarin dit nuttig zal zijn.

²¹ Concept-MvT Voorontwerp, p. 24; vgl. Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 59.

²² Concept-MvT Voorontwerp, p. 23.

²³ Oorspronkelijk art. 3 onder j Richtlijn 77/91/EEG (Tweede Richtlijn); zie Asser/Van Olfen & Rensen 2-*Ila* 2019/70, 92 en 93 onder e.

²⁴ Dit blijkt uit HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox*) en Kamerstukken II 2011/2012, 31058, E, p. 7 en 14. De tekortkomingen zitten bijvoorbeeld in vermogensbepalingsproblemen (waarover Beckman, *Ondernemingsrecht* 2012/117, par. 2) en in het feit de balanstest niets zegt over de mogelijkheid om aan de opeisbare schulden te blijven voldoen (waarover Boschma & Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2012/116, par. 3).

²⁵ Kamerstukken I 2011/2012, 31058, E, p. 14; en 6, p. 25-26. Van mening dat een balanstest niet nodig is, zijn Boschma & Schutte-Veenstra, *Ondernemingsrecht* 2012/116, par. 3.1; en Beckman, *Ondernemingsrecht* 2012/117, par. 4. De Vierde EEG-richtlijn (Richtlijn 78/660/EEG) is opgegaan in Richtlijn 2013/34/EU.

²⁶ Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 59.

²⁷ HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (*Nimox*), r.o. 3.3.1; Asser/Van Olfen & Rensen 2-*Ila* 2019/199-201; Kamerstukken I 2006/2007, 31058, E, p. 7, 9-10; en Kamerstukken II 2006/2007, 31058, 3, p. 2 en 33.

gelijkheid voor de BV geïntroduceerd in art. 2:195 lid 3 BW. Betoogd kan worden dat de NV met een dergelijke regeling te ver af zou komen te staan van haar typologie als 'open' vennootschap. Feit is echter dat NV's in de praktijk niet altijd open zijn, net zoals BV's niet (meer) per definitie besloten zijn. Ook bij NV's kunnen goede redenen bestaan om een dergelijke overdraagbaarheidsbeperking op te nemen.²⁸ Deze toevoeging zou daarom een logische aanvulling van art. 2:87 BW zijn.

Voorts is het een gemiste kans dat het onderscheid tussen met en zonder medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten niet is afgeschaft, zoals de Wet Flex-BV voor de BV heeft gedaan. In plaats daarvan onderscheidt het BV-recht nu tussen certificaten waaraan al dan niet in de statuten vergaderrecht is verbonden. Het is te betreuren dat deze kans niet is gegrepen, aangezien het vergaderrecht een duidelijker aanknopingspunt is dan medewerking van de vennootschap, aldus ook de MvT bij de Wet Flex-BV.²⁹ Dit argument geldt nu onverminderd. Het zou ook aansluiten bij de wijziging in art. 2:105 lid 5 en art. 2:128 lid 1 BW (waarover par. 2.3), waar telkens van "vergadergerechtigden" wordt gesproken.

Verder is art. 2:231 lid 4 BW niet overgenomen voor de NV. Kort gezegd geeft dit de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een goedkeuringsrecht ter zake van een statutenwijziging als die statutenwijziging specifiek afbreuk doet aan hun rechten. Aandeelhouders in een NV die zich in een dergelijke positie bevinden, moeten nu leunen op de meer algemene art. 2:8 lid 1 en art. 2:92 lid 2 BW. Te meer nu het de bedoeling lijkt om ook voor NV's aanduidingsaandelen mogelijk te maken, om meer flexibiliteit te bieden bij het toekennen van bijzondere rechten aan aandeelhouders, zou een NV-evenknie van art. 2:231 lid 4 BW een logische toevoeging zijn.³⁰

Ten slotte bevat het Voorontwerp geen wijzigingen in de regelingen voor stemrecht (art. 2:118 BW), benoeming, bindende voordracht, schorsing en ontslag van bestuurders (art. 2:132-134 BW) of commissarissen (art. 2:142-144 BW). Ook zou een regeling voor volledig digitale algemene vergaderingen door de praktijk enthousiast verwelkomd worden.³¹ Het ontbreken van deze regelingen is wellicht jammer, maar niet onbegrijpelijk. Het betreft immers meer contentieuze onderwerpen, onder andere omdat dergelijke wijzigingen gevolgen kunnen hebben voor (bestaande en toekomstige) beursgenoteerde vennootschappen. Wij hopen dat deze regelingen wel deel

zullen uitmaken van een latere wet modernisering NV-recht.

3. Evenwichtiger man-vrouwverhouding

3.1 Achtergrond: gebrek aan diversiteit

Het Voorontwerp vloeit voort uit één van de onderdelen van het op verzoek van het kabinet uitgebrachte SER-advies 'Diversiteit in de top: tijd voor versnelling'.³² De afgelopen jaren is de aandacht voor het onderwerp (gender) diversiteit aan de top gestegen. Op 1 januari 2013 zijn voor het eerst wettelijke streefcijferbepalingen voor grote vennootschappen in werking getreden.³³ Het ging om art. 2:166 BW voor de naamloze vennootschap (NV) en art. 2:276 BW voor de besloten vennootschap (BV), die naar aanleiding van een amendement³⁴ waren toegevoegd aan het Wetsvoorstel Bestuur en toezicht.³⁵ Deze bepalingen bevatten geen harde quota, maar eerder een soort inspanningsverplichting. Onder andere bij het benoemen en voordragen van bestuurders en commissarissen moesten vennootschappen "zoveel mogelijk" rekening houden met een evenwichtige man-vrouwverdeling, inhoudende een verdeling van de zetels waarbij ten minste 30% door mannen en 30% door vrouwen bezet was. Aan deze inspanningsverplichting was een wettelijk 'pas toe of leg uit'-principe verbonden. Vennootschappen waar de bepaling op van toepassing was, maar waar geen evenwichtige verdeling was, moesten daarover rapporteren. In het bestuursverslag dienden zij toe te lichten waarom de zetels niet evenwichtig verdeeld waren, op welke wijze getracht was een evenwichtige verdeling te bereiken en op welke wijze de vennootschap die verdeling alsnog beoogde te realiseren (art. 2:391 lid 7 BW oud). Vervolgens was het aan de algemene vergadering om te beoordelen of zij genoeg namen met die uitleg.³⁶ De streefcijferbepalingen zijn op 1 januari 2016 vervallen. Uit de Bedrijvenmonitor 2012-2015 is echter gebleken dat weinig vennootschappen voldeden aan de streefcijfers en dat de verslaggeving bij een groot deel ook niet in overeenstemming met de wet was.³⁷ Daarom werd besloten de streefcijferbepalingen wederom in te voeren.³⁸ Ditmaal waren de artikelen van 13 april 2017 tot 1 januari 2020 van kracht.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben in juni 2018 aan de SER advies gevraagd over culturele en

28 Zie Asser/Van Olfen & Rensen 2-11a 2019/381-384 en 387 onder b; Dortmund, 'Starheid en souplesse', in: *Vereenvoudiging en flexibilisering van het Nederlandse BV-recht* (IVO-reeks nr. 51), 2005, p. 46.

29 *Kamerstukken II* 2006/2007, 31058, 3, p. 81.

30 Zie ook par. 2.2, en *Kamerstukken II* 2009/2010, 31058, 16 en *Kamerstukken II* 2006/2007, 31058, 3, p. 37.

31 Zie ook *Stb.* 2020, 124 (Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid).

32 SER-advies 19/12 (hierna: 'SER-advies'), te raadplegen via www.ser.nl.

33 Art. 2:397 lid 1 BW.

34 *Kamerstukken II* 2009/2010, 31763, 14.

35 *Kamerstukken I* 2009/2010, 31763, A.

36 *Kamerstukken I* 2010/2011, 31763, C, p. 25.

37 Commissie Monitoring Talent naar de Top, *Topvrouwen in de wachtkamer: bedrijvenmonitor 2012-2015*, Zeist: september 2015, p. 139, te raadplegen via <https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/detail?id=2015D43849&did=2015D43849>.

38 Zie *Kamerstukken II* 2015/2016, 34435, 3, p. 2; H. Koster, 'Voortzetting van de streefcijfers diversiteit', *Ondernemingsrecht* 2017/75.

genderdiversiteit in de top van het bedrijfsleven.³⁹ Op 20 september 2019 heeft de SER advies uitgebracht.⁴⁰ De maatregelen uit het advies hebben vooral tot doel om de doorstroom van vrouwen te bevorderen en het tempo van de groei van het aantal vrouwen in de top van het Nederlandse bedrijfsleven te versnellen.⁴¹ Het huidige gevoerde beleid is, blijkens de cijfers uit verschillende rapportages, onvoldoende effectief gebleken. Het ‘pas toe of leg uit’-principe functioneert niet naar behoren en bovendien werd de wettelijke streefcijferbepaling slechts beperkt nageleefd.⁴² De SER bepleit een meer “activerende en effectievere aanpak” die beter rekening houdt met verschillen tussen bedrijven. De maatregelen beogen het ‘eigenaarschap’ om diversiteit te bevorderen en een inclusieve cultuur te realiseren, te versterken.⁴³ De SER stelt een tweetal maatregelen voor die zijn overgenomen in het Voorontwerp:⁴⁴

- (1) Ingroeiquotum voor de raad van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen.
- (2) Passende en ambitieuze streefcijfers voor grote vennootschappen.

Wij gaan hierop in de volgende paragrafen nader in.

3.2 *Maatregel 1: ingroeiquotum*

Het Voorontwerp bevat in art. 2:142b BW een ingroeiquotum dat gaat gelden voor ongeveer 90 vennootschappen. De man-vrouwverhouding in de raad van commissarissen van beursgenoteerde bedrijven moet groeien naar ten minste een derde van het aantal mannen en een derde van het aantal vrouwen. Een raad van commissarissen van drie personen is evenwichtig samengesteld indien ten minste één man en één vrouw zitting hebben. Bij een raad van commissarissen bestaande uit vier of vijf personen, moeten er ten minste twee mannen en twee vrouwen zitting hebben. Bij een raad van commissarissen van één persoon is geen quotum mogelijk. Indien is gekozen voor een monistisch bestuursmodel (one tier board) geldt hetzelfde.⁴⁵ Opvallend is dat dan geen onderscheid wordt gemaakt tussen de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders. Als een bestuur bestaat uit twee uitvoerende en vijf niet-uitvoerende bestuurders, wordt gesproken van een evenwichtige samenstelling indien er ten minste twee vrouwen of mannen zitting hebben in het bestuur, ongeacht of zij uitvoerende of niet-uitvoerende bestuurder zijn.⁴⁶ Indien aanbevelings- en/of voordrachtsrechten zijn toegekend aan bijvoorbeeld de algemene vergadering of de ondernemingsraad, zijn zij verplicht bij het doen van

de aanbevelingen en voordrachten rekening te houden met het ingroeiquotum.⁴⁷

Als een benoeming niet bijdraagt aan een vertegenwoordiging van ten minste 30% m/v, is de benoeming nietig.⁴⁸ Eenieder kan een beroep doen op de nietigheid van de benoeming. Indien een nietig benoemde commissaris heeft deelgenomen aan besluitvorming in de raad van commissarissen, wordt deze besluitvorming niet aangetast door de nietigheid.⁴⁹ Dit lijkt ook te gelden voor besluitvorming in de one tier board. Het Voorontwerp laat nog onduidelijkheid bestaan omtrent de precieze rechtsgevolgen van de nietigheid van de benoeming. Zie op dit punt bijvoorbeeld de reactie op de internetconsultatie van IOS c.s.: “(1) indien de benoeming nietig is, ontvangt de betreffende benoemde commissaris nog wel een vergoeding voor zijn of haar diensten? (2) Indien de benoeming nietig is, valt de commissaris dan nog onder de (meestal) afgesloten aansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders en commissarissen? [...] Kan de benoemde commissaris persoonlijk aansprakelijk worden gehouden voor besluitvorming waaraan hij of zij heeft deelgenomen toen hij of zij onrechtmatig benoemd was, indien hij of zij in rechte wordt aangesproken?”⁵⁰

Het is spijtig en getuigt van weinig ambitie dat is gekozen voor een ingroeiquotum voor enkel de raad van commissarissen van enkel beursgenoteerde bedrijven. Waarom is niet meer daadkracht getoond? Omdat de raad van commissarissen bevoegd is tot benoeming van de leden van de raad van bestuur, ofwel bevoegd is tot het doen van een voordracht voor de raad van bestuur, lijkt de gedachte te zijn dat een meer diverse samenstelling van de raad van commissarissen *uiteindelijk* zal doorwerken in de samenstelling van de raad van bestuur. Als het kabinet van mening zou zijn dat de situatie ook nu nog niet voldoende schrijnend is, dan is dat naar onze mening ten onrechte: ook nu is al verandering noodzakelijk. We kunnen wachten op een volgende benoeming van een raad van commissarissen en vervolgens – nadat hier een meer diverse samenstelling is bereikt – wachten op een volgende benoeming van een bestuurder en vervolgens hopen dat deze benoeming divers genoeg zal zijn.⁵¹ Te meer daar het ingroeiquotum slechts gaat gelden voor *nieuwe* benoemingen. Een commissaris die voor herbenoeming in aanmerking komt, kan worden herbenoemd, “[o]ok al zou diens herbenoeming de man-vrouwverhouding niet evenwichtiger maken”. Volgens de concept-MvT zou een “goed functionerende commissaris die een bepaalde mate van expertise als commissaris in de vennootschap heeft opgebouwd, niet

39 Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Adviesaanvraag diversiteit in de top, 29 juni 2018.

40 H.J. de Kluiver, ‘Kroniek van het ondernemingsrecht’, *NJB* 2020/956; C.F. Perquin-Deelen, ‘REEKS DIVERSITEIT (4): Recente ontwikkelingen genderdiversiteit in de (sub)top’, *Ondernemingsrecht* 2020/6.

41 SER-advies deel 1, p. 30; concept-MvT Voorontwerp, p. 6.

42 Concept-MvT Voorontwerp, p. 7.

43 SER-advies deel 1, p. 30; concept-MvT Voorontwerp, p. 7.

44 *Kamerstukken II* 2019/2020, 29544, 999.

45 Art. 2:129a/239a BW; concept-MvT Voorontwerp, p. 11.

46 Concept-MvT Voorontwerp, p. 28.

47 Concept-MvT Voorontwerp, p. 11.

48 Concept-MvT Voorontwerp, p. 11.

49 Concept-MvT Voorontwerp, p. 18.

50 Reactie op de Internetconsultatie van het Voorontwerp, IOS Gender and Diversity HUB (UU), Centre for Inclusive Leadership en de Nederlandse Vrouwenraad, 11 mei 2020, p. 4.

51 Best practice bepaling 2.2.2 Corporate Governance Code 2016.

gedwongen [...] moeten kunnen worden om bijvoorbeeld na vier jaar te vertrekken”.⁵² Hoewel deze redenering te volgen is, doet dit wel afbreuk aan het effect en de daadkracht van het Voorontwerp. Het ingroeiquoteum geldt tot slot ook niet voor de commissaris die door middel van een (onmiddellijke) voorziening tijdelijk is aangesteld in het kader van een enquêteprocedure (art. 2:349a lid 2 en art. 2:356 onder c BW).

3.3 Maatregel 2: ambitieuze streefcijfers

Het Voorontwerp bevat in art. 2:166 en 2:276 BW een verplichting voor grote naamloze en besloten vennootschappen om passende en ambitieuze streefcijfers te formuleren voor het bestuur, de raad van commissarissen en de subtop. Voor de invulling van ‘groot’ wordt aangesloten bij de genoemde maatstaven in art. 2:397 lid 1 BW.⁵³ Een vennootschap is ‘groot’ indien zij op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, voldoen aan minstens twee van de drie volgende eisen: (i) de waarde van de activa overstijgt de waarde van € 20 miljoen; (ii) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt meer dan € 40 miljoen; (iii) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt ten minste 250. In totaal gaat het om ongeveer 5000 vennootschappen. Deze grote vennootschappen dienen naast het formuleren van streefcijfers bovendien concrete plannen te maken om deze op een transparante wijze uit te voeren. Voor grote beursvennootschappen waarop het ingroeiquoteum (par. 3.2) van toepassing is, geldt voor de raad van commissarissen het ingroeiquoteum en voor het bestuur en de subtop de streefcijferregeling.⁵⁴ Wij gaan ervan uit dat vennootschappen die al een evenwichtige verdeling van functies hebben, de streefcijferregeling ook moeten (blijven) toepassen en daarbij aandacht moeten besteden aan de wijze waarop zij de huidige situatie continueren en nog verder kunnen verbeteren.⁵⁵ In conglomeraten dienen alle vennootschappen – moeder zowel als dochters, dus – die voldoen aan de vereisten voor het zijn van een ‘grote vennootschap’ passende en ambitieuze streefcijfers te formuleren voor de besturen, de raad van commissarissen en de subtop. Althans, iets anders volgt niet uit het Voorontwerp.

Wat wordt bedoeld met ‘passend’ en ‘ambitieuw’? Wij citeren de concept-MvT: “Met ‘passend’ wordt bedoeld dat het streefcijfer afhankelijk is van de omvang van het bestuur, de raad van commissarissen en de subtop en van de bestaande verhouding tussen het aantal mannen en het aantal vrouwen. Met ‘ambitieuw’ wordt bedoeld dat het

streefcijfer erop gericht moet zijn om de samenstelling evenwichtiger te maken dan de bestaande situatie.”⁵⁶

Een voorzet voor ambitieuze en passende streefcijfers wordt gegeven in de voorbeeldtabel in de concept-MvT bij het Voorontwerp.⁵⁷ In het Voorontwerp is ook alvast een voorzet gegeven voor als het bereiken van het streefcijfer niet lukt. Bij twee personen leidt een passende streefcijferregeling tot één man en één vrouw. Bij een vacature zal dan slechts een persoon van hetzelfde geslacht als de vertrekkende bestuurder of commissaris kunnen worden benoemd. “Als de keuze toch op een persoon van het andere geslacht valt, kunnen vennootschappen uitleggen waarom het streefcijfer niet is bereikt”, aldus de concept-MvT.⁵⁸ Wat daarbij dan een toereikende uitleg is, vermeldt de concept-MvT helaas niet. Zou volstaan kunnen worden met de uitleg dat ‘dit de meest geschikte kandidaat is’, dan is de nieuwe streefcijferregeling niet veel ambitieuzer dan nu het geval is.⁵⁹ Ook is niet duidelijk of en zo ja, in welke mate bij het formuleren van passende en ambitieuze streefcijfers de groepsverhoudingen en de sector mee mogen wegen. Wellicht speelt dit ten minste een rol bij het beoordelen van de uitleg waarom wordt afgeweken van de door de vennootschap gestelde streefcijfers.

De streefcijfers dienen niet slechts te worden bepaald voor de raad van bestuur en de raad van commissarissen, maar eveneens voor de subtop. Welke functies deel uitmaken van de subtop wordt niet in het Voorontwerp gespecificeerd. Het lijkt aan de vennootschap zelf te bepalen welke categorieën van werknemers onder de subtop vallen. Het mede omvatten van de subtop door het Voorontwerp is een belangrijke stap voorwaarts ten opzichte van vorige wettelijke streefcijfers. Hiermee wordt allereerst erkend dat het creëren van een diverse subtop van belang is voor een diverse doorstroming naar de top. Ten tweede wordt voorkomen dat het bestuur zo klein mogelijk wordt gehouden en wordt uitgeweken naar bijvoorbeeld een Management Team of executive committee om diversiteitseisen op bestuursniveau te omzeilen.⁶⁰

Naast het stellen van ambitieuze en passende streefcijfers worden de grote vennootschappen verplicht een plan te maken hoe deze streefcijfers worden gerealiseerd. Momenteel bestaat reeds de verplichting om in het bestuursverslag mededeling te doen omtrent het gevoerde

52 Concept-MvT Voorontwerp, p. 11.

53 Art. 2:397 BW betreft de middelgrote vennootschappen. Als aan twee van de drie maatstaven niet wordt voldaan door overschrijding, is sprake van een ‘grote’ vennootschap.

54 Conform het SER-advies, p. 40; concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

55 De concept-MvT vermeldt hierover niets.

56 Concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

57 Concept-MvT Voorontwerp, p. 29-30.

58 Concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

59 Zie over het gebrek aan (kwalitatieve) uitleg bij de vorige streefcijferbepaling: M. Lücknerath-Rovers, ‘Een analyse van ‘pas toe of leg uit’ van het streefgetal bij Nederlandse beursvennootschappen’, in: C.D.J. Bulten, C.F. Perquin-Deelen, M.H.C. Sinninghe Damsté & K.J. Bakker (red.), *Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 161), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 217 e.v.

60 Daarbij zij opgemerkt dat een structuur met een klein bestuur ondersteunt door een groter executive committee uiteraard niet alleen wordt geïmplementeerd vanuit dit negatieve perspectief.

diversiteitsbeleid (art. 2:391 lid 5 BW en art. 3a onder d Besluit inhoud bestuursverslag). Dit besluit wordt zodanig aangepast dat ook de voortgang van het bereiken van de streefcijfers en het plan expliciet onderdeel dienen te zijn van het bestuursverslag.⁶¹ De vennootschappen dienen het plan voorts te communiceren naar 'de buitenwereld' via de ondersteunende infrastructuur die door de SER zal worden ontwikkeld.⁶² Sinds het verschijnen van het Voorontwerp is duidelijk geworden dat topvrouwen.nl onderdeel gaat worden van deze ondersteuningsstructuur.⁶³ Dit behelst in ieder geval een monitoringssysteem waarin vennootschappen hun voortgang moeten rapporteren – binnen tien maanden na afloop van het boekjaar – en zichzelf kunnen vergelijken met andere vennootschappen. Dit vergroot volgens het Voorontwerp "het eigenaarschap van [het] diversiteitsbeleid".⁶⁴

In de concept-MvT bij het Voorontwerp is te lezen dat gerealiseerd wordt dat onvoldoende voortgang is geboekt met de tot 1 januari 2020 geldende streefcijferregeling op basis van het pas-toe-of-leg-uit-principe. Daarom bevat "de voorgestelde streefcijferregeling meer handvatten voor transparantie en handhaving".⁶⁵ Deze handvatten worden met name gevonden in de op te zetten infrastructuur. De gedachte is dat deze informatie voor iedereen gemakkelijk toegankelijk is, doordat vennootschappen hun doelstellingen, de maatregelen die zij nemen om de doelstelling te halen en een uitleg indien zij de doelstellingen niet halen, moeten publiceren via de infrastructuur. Deze gedachtegang is deels begrijpelijk. Zo blijkt bijvoorbeeld dat rechtspersonen die zich committeren aan het bereiken van meer diversiteit en het Charter Talent naar de Top hebben ondertekend, betere resultaten boeken op het gebied van het bereiken van diversiteit, dan het gemiddelde van bedrijven die dit Charter niet hebben ondertekend.⁶⁶ Belangrijk verschil met het Charter Talent naar de Top is dat naleving daarvan vrijwillig is, terwijl dat bij de voorgestelde streefcijferregeling niet het geval is. En ook die resultaten werden in het verleden al gepubliceerd. Zo is jaarlijks in de Female Board Index te lezen hoe de vennootschappen presteren. Uit de Female Board Index 2018 bleek juist weer dat de 'uitleg' van vennootschappen over waarom zij niet voldoen aan het wettelijke streefcijfer ernstig te wensen over liet.⁶⁷ Op dit moment is nog te wei-

ning duidelijk over hoe, en in hoeverre, de op te zetten rapportage-infrastructuur deze bezwaren zal wegnemen.

3.4 De verhouding tot Europees recht

Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is een hoop te doen over de toelaatbaarheid van een voorkeursbeleid in het licht van onder meer het beginsel van gelijke behandeling.⁶⁸ Na een analyse van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie voor de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van grote beursvennootschappen,⁶⁹ het VN-Vrouwenverdrag en uitspraken van het College van de Rechten van de Mens wordt de conclusie getrokken dat de voorrangregeling zoals vormgegeven in het Voorontwerp gerechtvaardigd is. Van belang in deze afweging is met name dat er sprake is van een voortdurende ondervertegenwoordiging van vrouwen, dat minder vergaande maatregelen onvoldoende effect hebben gehad, dat verschillende lidstaten vergelijkbare maatregelen hebben ingevoerd, dat op internationaal niveau sprake is van een groeiende consensus over voorrangregelingen en dat de voorgestelde regeling – gelet op de beperkingen en de tijdelijkheid van acht jaar – evenredig is aan het gestelde doel van het bereiken van gelijkheid voor mannen en vrouwen.⁷⁰

4. Conclusies

De modernisering van het NV-recht is een goede en wenselijke ontwikkeling. Over het algemeen zijn de voorgenomen wijzigingen ook weinig controversieel. Wij zijn vooral kritisch over de wijzigingen met betrekking tot het verplichte maatschappelijk kapitaal. Hoewel afschaffing van die verplichting op zichzelf beslist een goede stap is, vragen wij ons af of de huidige vormgeving in overeenstemming is met EU-recht. Uit ons 'verlanglijstje' (par. 2.6) blijkt voorts wel dat het Voorontwerp verder had kunnen gaan in de moderniseringsslag. Zo zijn ook de regelingen omtrent bijvoorbeeld de mogelijkheden tot digitaal vergaderen, het stemrecht en benoeming, schorsing en ontslag van bestuurders en commissarissen aan modernisering toe. Een op zichzelf staande Wet Modernisering NV-recht had meer ruimte geboden voor discussie hierover (met het BV-recht als startpunt), en dus voor een meer grondige moderniseringsslag.

Ook het onderdeel van het Voorontwerp over de man-vrouwverhouding mist ambitie. De aanbevelingen van de SER zijn volledig overgenomen en er is expliciet

61 Concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

62 Concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

63 <https://www.topvrouwen.nl/nieuws/topvrouwennl-gaat-belangrijke-rol-spelen-ser-infrastructuur, laatst geraadpleegd d.d. 18 mei 2020>.

64 Concept-MvT Voorontwerp, p. 12.

65 Concept-MvT Voorontwerp, p. 18.

66 Zie: www.talentnaardetop.nl; zie hierover: C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 160), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 112.

67 M. Lückerrath-Rovers, te raadplegen via: <https://www.tias.edu/dossiers/detail/female-board-index>; zie voorts: C.F. Perquin-Deelen, 'REEKS DIVERSITEIT (4): Recente ontwikkelingen genderdiversiteit in de (sub)top', *Ondernemingsrecht* 2020/6.

68 Zie ook: A.G. Veldman, 'Europeesrechtelijke grenzen aan quotamaatregelen ter bevordering van diversiteit in (de top van) het bedrijfsleven?', in: C.D.J. Bulten, C.F. Perquin-Deelen, M.H.C. Sinnighe Damsté & K.J. Bakker (red.), *Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning* (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 161), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 373 e.v.

69 Richtlijnvoorstel inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614.

70 Concept-MvT Voorontwerp, p. 13-16.

niet gekozen voor bijvoorbeeld een quotumregeling met een breder toepassingsbereik. Dit terwijl quotumregelingen aantoonbaar effectiever zijn dan enkel streefcijferregelingen.⁷¹ Ook blijkt niet uit het Voorontwerp waarom het ingroeiquotum wordt beperkt tot de raad van commissarissen, anders dan dat ervan uitgegaan wordt dat diversiteit in de raad van bestuur dan uiteindelijk wel zal volgen (par. 3.2). Dit terwijl in de toelichting bij het Voorontwerp zelf wordt geconcludeerd dat met de maatregelen van de afgelopen jaren onvoldoende vooruitgang is geboekt. Wordt gevreesd dat een ingroeiquotum voor zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen politiek gezien te gevoelig ligt? Het zou spijtig zijn als eigenlijk bij voorbaat al concessies worden gedaan. Uit het Voorontwerp wordt ook niet duidelijk wat de achterliggende gedachte is van de keuze voor 30%. Is dit een kwestie van 'blijven bij wat we kennen', of zit hier meer achter? Waarom is niet gekozen voor een hoger percentage, zoals ook in andere landen het geval is?⁷²

Kortom: wij juichen beide onderdelen van dit Voorontwerp toe, maar is het jammer dat deze twee niet zijn gescheiden. Dit had wellicht tot een meer ambitieuze modernisering op beide onderdelen geleid, omdat de aandacht richter had kunnen uitgaan naar de respectievelijke onderdelen. Wat ons betreft valt na de consultatie nog een slag te maken!

Mr. dr. C.F. Perquin-Deelen & mr. K.J. Bakker⁷³

71 Zie hierover ook de waardevolle empirische en rechtsvergelijkende bijdrage van B.P. van de Klashorst & A.C.W. Pijs, 'REEKS DIVERSITEIT (8): Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar quota en streefcijfers voor genderdiversiteit in bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2020/31.

72 Zie hierover: C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie* (diss. Nijmegen) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 160), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.5.7 met verwijzingen.

73 Mr. dr. C.F. (Charlotte) Perquin-Deelen is advocaat in Nijmegen en fellow bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit. Mr. K.J. (Koen) Bakker is promovendus en docent bij het Van der Heijden Instituut, Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.