

# Modernisering NV recht en vergroting diversiteit bestuur en RvC

Het (ontwerp) wetsvoorstel modernisering van het NV recht en het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding in het bestuur en de RvC van grote vennootschappen

## 1. Inleiding

Op 15 april 2020 is het ambtelijk voorontwerp ter modernisering van het NV recht en het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding in het bestuur en de raad van commissarissen (hierna: RvC) van grote vennootschappen ter consultatie gepubliceerd.<sup>1</sup> Het wetsvoorstel heeft blijkens het voorontwerp van de memorie van toelichting (hierna: MvT) tot doel het NV-recht te moderniseren<sup>2</sup> en tegemoet te komen aan de behoeften van de gebruikers.<sup>3</sup> De voorgestelde modernisering van het NV-recht omvat daarnaast enkele voorstellen om het NV-recht aan te passen in aansluiting op de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht in 2012.<sup>4</sup> Flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht werden destijds om verschillende redenen wenselijk geacht. Zo werden de nodige wettelijke bepalingen voor de BV als star en onnodig belastend ervaren. Daarnaast beoogt het nu voorliggende voorontwerp de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van grote bedrijven evenwichtiger te maken.<sup>5</sup> In dit artikel onderzoeken wij het voorontwerp.<sup>6</sup> Wij zullen daarbij de vraag beantwoorden of het voorontwerp de beoogde modernisering, vereenvoudiging en flexibiliteit oplevert en ook of het aan de behoef-



Mr. C. de Groot\*



Mr. dr. J. Nijland\*\*



Prof. mr. H. Koster\*\*\*

\* Universitair hoofddocent ondernemingsrecht Universiteit Leiden.  
(c.degroot@law.leidenuniv.nl)

\*\* Universitair docent ondernemingsrecht Universiteit Leiden.  
(j.nijland@law.leidenuniv.nl)

\*\*\* Hoogleraar ondernemingsrecht Universiteit Leiden en hoogleraar arbitragerecht Universiteit van Dubai.  
(h.koster@law.leidenuniv.nl)

1. Ambtelijk voorontwerp 'Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het moderniseren van het recht inzake naamloze vennootschappen en het evenwichtiger maken van de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen'.  
2. De modernisering van het NV-recht is reeds ingezet met de Wet omzetting aandelen aan toonder en Wet implementatie richtlijn bevordering aandeelhoudersbetrokkenheid. Voorts is in de Eerste Kamer het wetsvoorstel bedenktijd voor beursvennootschappen aangehang.

3. In 2013 heeft de Commissie vennootschapsrecht geadviseerd om het NV-recht op een aantal technische verbeterpunten in lijn te brengen met de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht om zo de consistentie tussen de NV en de BV in wetstechnisch opzicht te waarborgen. Zie Commissie vennootschapsrecht, Advies inzake de modernisering van het NV-recht, 13 juli 2013. In de Nota voortgang modernisering ondernemingsrecht en de voortgangsbrief modernisering ondernemingsrecht is aangekondigd hiermee aan de slag te gaan. Zie minister van Veiligheid en Justitie, Nota voortgang modernisering ondernemingsrecht, *Kamerstukken II* 2016/17, 29752, nr. 9, en minister voor Rechtsbescherming, voortgangsbrief modernisering ondernemingsrecht, *Kamerstukken II* 2018/19, 29752, nr. 12.  
4. Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (*Stb.* 2012, 299) en Invoeringswet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht (*Stb.* 2012, 300). Beide wetten zijn in werking getreden op 1 oktober 2012.  
5. Dit deel van het voorontwerp vloeit voort uit een van de onderdelen van het SER-advies Diversiteit in de top: tijd voor versnelling.  
6. Zie over de flexibilisering van het NV-recht ook M.A. Verbrugh, 'Van de NV naar de BV naar de NV?', *Ars Aequi* april 2014, en B.J. de Jong, 'Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/13.

ten van de gebruikers voldoet.<sup>7</sup> Voorts bespreken wij de voorgestelde regeling over het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding.<sup>8</sup> Wij sluiten af met enkele conclusies.

## 2. Vermogensbescherming bij de NV: is verdergaande modernisering mogelijk?

### 2.1. Kapitaal

In 2017 is een groot deel van het Europese vennootschapsrecht samengevoegd en vastgelegd – dit werd aangeduid als codificatie – in Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (hierna: de codificatierichtlijn).<sup>9</sup> De kern van de codificatierichtlijn bestaat uit ‘Titel I Algemene bepalingen en de oprichting en werking van kapitaalvennootschappen’ (art. 1 tot en met 86), ‘Titel II Omzettingen, fusies en splitsingen van kapitaalvennootschappen’ (art. 86 bis tot en met 160 duocies), en ‘Titel III Slotbepalingen’ (art. 161 tot en met 168). Voor de vermogensbescherming is een aantal bepalingen uit Titel I relevant. Het toepassingsbereik van de codificatierichtlijn varieert. Soms verwijst de codificatierichtlijn naar de vennootschappen die in Bijlage I staan (voor Nederland: de naamloze vennootschap), soms naar de vennootschappen die in Bijlage II staan (voor Nederland: de naamloze vennootschap en de besloten vennootschap), en soms naar de vennootschappen die in Bijlage IIA staan (voor Nederland: de besloten vennootschap).

Het voorontwerp bepaalt in art. I onder A dat in art. 2:64 lid 1 BW, waar de omschrijving van de NV staat, dat in de eerste zin het woord ‘maatschappelijk’ vervalt. Daardoor komt die zin als volgt te luiden: ‘De naamloze vennootschap is een rechtspersoon met een in overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal’. In vervolg daarop formuleert art. I onder B de eerste zin van art. 2:67 lid 1 BW als volgt: ‘De statuten kunnen het bedrag van het maatschappelijk kapitaal vermelden’. Hiermee vervalt dus de verplichting voor een NV om een maatschappelijk kapitaal te hebben.<sup>10</sup> Dat is in overeenstemming met art. 3 onder c van de codificatierichtlijn, waarin (voor de NV) staat dat de statuten of de oprichtingsakte het volgende moeten vermelden:

“indien de vennootschap geen maatschappelijk kapitaal heeft, het bedrag van het geplaatste kapitaal.”<sup>11</sup>

Het vervallen van de verplichting dat een NV een maatschappelijk kapitaal moet hebben roept wel de vraag op of, indien een NV geen maatschappelijk kapitaal heeft, een verhoging of verlaging van het geplaatste kapitaal ná de oprichting een statutenwijziging vergt waarin het nieuwe be-

drag van het geplaatste kapitaal wordt vermeld. De tekst van art. 3 onder c van de codificatierichtlijn wijst in die richting.<sup>12</sup> Daar staat immers dat bij zo’n NV de statuten of de oprichtingsakte het geplaatste kapitaal moeten vermelden. Bij een wijziging van het geplaatste kapitaal ná de oprichting zou het nieuwe bedrag van het geplaatste kapitaal dan in de statuten moeten worden opgenomen. Daar staat het volgende tegenover. Art. 3 onder d gaat over de situatie dat de NV wel een maatschappelijk kapitaal heeft. Dan moeten de statuten of de oprichtingsakte het volgende vermelden:

“indien de vennootschap wel een maatschappelijk kapitaal heeft, het bedrag daarvan en het bedrag van het kapitaal dat is geplaatst bij de oprichting van de vennootschap of op het ogenblik waarop zij toestemming verkrijgt om haar werkzaamheden aan te vangen, alsmede bij elke wijziging van het maatschappelijk kapitaal, (...)”

7. Aan de modernisering van het NV-recht liggen dezelfde uitgangspunten ten grondslag als bij de vereenvoudiging en flexibilisering van het BV-recht: i) minder dwingend en meer regelend recht; ii) meer vrijheid voor aandeelhouders om de onderneming naar eigen inzicht en wensen vorm te geven met voldoende waarborgen voor de belangen van andere partijen (in het bijzonder minderheidsaandeelhouders); iii) regels die onnodig belemmerend of ineffectief zijn, kunnen vervallen; iv) vermindering van (administratieve) lasten; v) een evenwichtige bescherming van crediteuren; vi) het wegnemen van rechtsonzekerheid; vii) aansluiten bij de behoeften van de hedendaagse, nationale en internationale, praktijk; en viii) aansluiten bij ontwikkelingen in de ons omringende landen en de Europese Unie. Zie MvT, p. 9 en 10.
8. Na afronding van een eerdere versie van dit artikel is een afzonderlijk wetsvoorstel over het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding bij de Tweede Kamer ingediend. Zie hierover nader paragraaf 6.
9. Richtlijn (EU) 2017/1132 van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2017 aangaande bepaalde aspecten van het vennootschapsrecht (codificatie; voor de EER relevante tekst), *PbEU* 2017 L 169/46-127. De codificatierichtlijn is nadien gewijzigd; een (niet bindende) geconsolideerde versie staat op [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).
10. In dat kader merken wij op dat art. 2:118 leden 2, 3 en 5 BW nog aangepast moeten worden, nu daarin het maatschappelijk kapitaal nog wordt genoemd, terwijl het hebben van een maatschappelijk kapitaal dus niet meer vereist is als het voorontwerp wet wordt.
11. Vergelijk de concept-memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp, p. 21. Zie ook B.J. de Jong, ‘Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht’, *Ondernemingsrecht* 2014/13, par. 3.1; H. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, ‘Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?’, *Ondernemingsrecht* 2014/14, par. 4.3.1; C.F. Perquin-Deelen & K.J. Bakker, ‘Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding’, *Ondernemingsrecht* 2020/106, par. 2.1 en 4, B.J. de Jong, *Modernisering van het NV-recht. Een onderzoek naar de wijze waarop het recht inzake naamloze vennootschappen kan worden gemoderniseerd, mede gelet op het vernieuwde Britse vennootschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, par. 3.2.
12. Vergelijk de in de vorige noot genoemde literatuur.

Hier staat dat een NV met een maatschappelijk kapitaal haar geplaatste kapitaal bij de oprichting moet vermelden in de oprichtingsakte, en na de oprichting moet vermelden in de statuten indien het maatschappelijk kapitaal wordt gewijzigd. Zo'n NV hoeft een wijziging van het geplaatste kapitaal ná de oprichting dus alleen in de statuten te vermelden als er tegelijkertijd een wijziging van het maatschappelijk kapitaal plaatsvindt. Dit hangt samen met het vereiste in het huidige art. 2:67 lid 4 BW dat van het maatschappelijk kapitaal ten minste één vijfde gedeelte moet zijn geplaatst. Het ambtelijk voorontwerp handhaaft deze bepaling als art. 2:67 lid 3: 'Indien de vennootschap een maatschappelijk kapitaal heeft, is daarvan ten minste een vijfde gedeelte geplaatst', hoewel de consolidatierichtlijn geen verplichting bevat tot een dergelijke regeling en wat ons betreft dit vereiste kan vervallen.<sup>13</sup> Vermelding van het geplaatste kapitaal in, eerst, de akte van oprichting en, later, in de statuten maakt controle van deze bepaling mogelijk. Bij een NV zonder een maatschappelijk kapitaal is er geen reden dat een wijziging van het geplaatste kapitaal ná de oprichting altijd in de statuten zou moeten worden vermeld. Dat betekent dat er veel voor te zeggen is om art. 3 onder c van de codificatierichtlijn zo uit te leggen dat een NV het geplaatste kapitaal moet opnemen in de oprichtingsakte of (alleen) in de statuten en dat bij de keuze voor de oprichtingsakte een lidstaat mag besluiten vermelding in de statuten na oprichting niet voor te schrijven.<sup>14</sup>

Art. 45 van de codificatierichtlijn bepaalt (voor de NV) in lid 1: 'Voor de oprichting van de vennootschap of voor het verkrijgen van de toestemming om haar werkzaamheden aan te vangen, vereist de wetgeving van de lidstaten een minimumbedrag aan geplaatst kapitaal dat niet op een lager bedrag dan 25 000 EUR mag worden vastgesteld'. Dit bedrag kan (om de vijf jaar) worden verhoogd, waarbij rekening moet worden gehouden 'met de economische en monetaire ontwikkelingen in de Unie enerzijds en met de neiging om de keuze van de in bijlage I genoemde vennootschapsvormen voor te behouden aan grote en middelgrote bedrijven anderzijds' (lid 2). De huidige wettelijke regeling van de NV gaat uit van een minimumkapitaal (zowel maatschappelijk als geplaatst als gestort) van 45 000 euro (art. 2:67 lid 2 en 3 BW). Dat verandert niet.<sup>15</sup> Ons inziens zou nagedacht kunnen worden over verlaging naar 25 000 euro.<sup>16</sup> Immers, het doel van het systeem van kapitaalbescherming om zoveel mogelijk een 'reservefonds' met een vaste omvang in stand te houden ten behoeve van de schuldeisers kan niet worden gegarandeerd. Bovendien is de omvang in de praktijk meestal niet passend in relatie tot de ondernemingsrisico's waarvoor het wordt aangehouden.<sup>17</sup>

Een andere wijziging betreft art. 2:67 lid 2 BW. Hierin zal worden bepaald dat het kapitaal en de aandelen 'in een vreemde geldeenheid' kunnen worden uitgedrukt.<sup>18</sup> Ten slotte wordt voorgesteld dat de oprichter(s) – evenals nu bij de BV – de vennootschap kan/kunnen verbinden voor het betalen van kosten die met de oprichting verband houden door aanvulling van art. 2:93 lid 4 BW. Daardoor is geen afzonderlijke bekrachtiging door het bestuur meer noodzakelijk.

## 2.2. Uitkeringen

Bij een NV is de mogelijkheid winst uit te keren onder meer afhankelijk van een uitgebreide balanstest. Op grond van de balanstest mogen uitkeringen alleen plaatsvinden uit het eigen vermogen. Daarbij zijn twee balansposten be-

13. Vergelijk de reactie op de internetconsultatie van de Vereniging Ondernemingsrechtsspecialisten Notariaat (VON).
14. Ook de concept-memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp vermeldt op p. 23 dat 'het geplaatste kapitaal zonder statutenwijziging kan worden verhoogd'. Vergelijk ook art. 14 onder e van de codificatierichtlijn: 'De lidstaten nemen de nodige maatregelen opdat de verplichte openbaarmaking door vennootschappen plaatsvindt voor ten minste de volgende akten en gegevens: 'ten minste eenmaal per jaar het bedrag van het geplaatste kapitaal, indien in de oprichtingsakte of de statuten een maatschappelijk kapitaal wordt vermeld, tenzij een verhoging van het geplaatste kapitaal een wijziging van de statuten vereist'. Zie ook zo het advies van de Commissie Vennootschapsrecht over de modernisering van het NV-recht van 15 juli 2013. Hier wordt evenwel ook anders over gedacht. Zie o.a. H.E. Boschma, M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14, B.J. de Jong, 'Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/13, C.F. Perquin-Deelen & K.J. Bakker, 'Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding', *Ondernemingsrecht* 2020/106, en de reactie op de internetconsultatie van Houthoff.
15. Wel vervalt in art. 2:67 lid 2 BW de regeling dat het bedrag van het minimumkapitaal kan worden verhoogd bij algemene maatregel van bestuur, als het EU-recht daartoe aanleiding geeft. De motivering in de concept-memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp hiervan is (p. 22): 'Nu het verplichte minimumkapitaal op grond van art. 45 lid 1 van de richtlijn op 25.000 euro ligt, lijkt het niet voor de hand te liggen dat dit bedrag zou worden verhoogd tot boven de 45.000 euro. Om die reden komen deze zinnen te vervallen'.
16. Vergelijk de reactie op de internetconsultatie van Baker & McKenzie Amsterdam N.V.
17. Zie hierover nader H. Koster, 'De voorgestelde liquiditeitstest in het voorontwerp derde tranche', *Ondernemingsrecht* 2007/4.
18. Vergelijk de concept-memorie van toelichting bij het ambtelijk voorontwerp, p. 22: 'De mogelijkheid is beperkt tot één vreemde geldeenheid. Niet toegestaan wordt dat twee verschillende geldeenheden worden gehanteerd'. Vergelijk B.J. de Jong, 'Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/13, par. 3.2, H. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?', *Ondernemingsrecht* 2014/14, par. 4.4.



scherm. Uitkeringen mogen niet ten laste komen van het gestorte en opgevraagde kapitaal, en mogen niet ten laste komen van de wettelijk of statutair verplichte reserves (art. 2:105 lid 2 BW en art. 56 van de codificatierichtlijn). Het komt er derhalve op neer dat uitkeringen alleen mogelijk zijn uit de vrije reserves en uit het agio (beide voor zover aanwezig).

Bij een BV is de mogelijkheid winst uit te keren afhankelijk van een beperkte balanstest, aangevuld met een uitkeringstest. Op grond van de balanstest mogen uitkeringen alleen plaatsvinden uit het eigen vermogen. Daarbij is slechts één balanspost beschermd. Uitkeringen mogen niet ten laste komen van de wettelijk of statutair verplichte reserves (art. 2:216 lid 1 BW). De Europese regels staan dit namelijk niet toe, zo was de gedachte.<sup>19</sup> Dat betekent dat uitkeringen niet alleen mogelijk zijn uit de vrije reserves en uit het agio (beide voor zover aanwezig), maar ook ten laste kunnen komen van het gestorte en opgevraagde kapitaal (voor zover aanwezig).<sup>20</sup> Op grond van de uitkeringstest moet het bestuur uitkeringsbesluiten goedkeuren (art. 2:216 lid 2 BW). Het bestuur moet overgaan tot goedkeuring, tenzij het bestuur weet of redelijkerwijs behoort te voorzien dat de vennootschap na de uitkering niet zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden.<sup>21</sup> In de memorie van toelichting wordt gemeld dat de jurisprudentie op het gebied van externe aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders in grote lijnen aansluit bij deze norm in art. 2:216 BW (uitkeringstest).<sup>22</sup> Er is sprake van codificatie van bestaande jurisprudentie. Richtingend is Beklamel.<sup>23</sup>

Bij een NV is de mogelijkheid winst uit te keren op basis van de wettekst dus alleen afhankelijk van een uitgebreide balanstest, en bij een BV is de mogelijkheid winst uit te keren afhankelijk van een beperkte balanstest in combinatie met een uitkeringstest. De uitkeringstest vraagt van het bestuur dat het een prospectieve inschatting maakt van de gevolgen van de uitkering voor de liquiditeit van de BV. Als het bestuur van een BV een uitkeringsbesluit goedkeurt zonder de uitkeringstest uit te voeren, of een uitkeringsbesluit goedkeurt na een haperende uitkeringstest, dreigt aansprakelijkheid van de bestuurders (art. 2:216 lid 3 BW). Als de BV na de uitkering haar opeisbare schulden niet kan betalen, is een bestuurder die dat wist, of redelijkerwijs behoorde te voorzien, tegenover de BV 'hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan'. Dit is een hoofdelijke aansprakelijkheid tegenover de BV voor het bedrag van de opeisbare schulden die de BV niet kan betalen, met als maximum het bedrag van de winstuitkering.

Art. 2:216 lid 3 BW voegt aan de bestuurdersaansprakelijkheid toe dat ook de ontvanger van de winstuitkering die wist, of redelijkerwijs behoorde te voorzien, dat de BV niet kon voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden, verplicht is een vergoeding te betalen aan de BV. Ook deze vergoedingsverplichting betreft 'het tekort dat door de uitkering is ontstaan'. Dat is in dit geval: het bedrag van de opeisbare schulden die de BV niet kan betalen, met als maximum het bedrag van de winstuitkering dat de ontvanger had gekregen. Als de bestuurders al hadden voldaan aan hun hoofdelijke aansprakelijkheid tegenover de BV, moet de ontvanger van de winstuitkering de vergoeding niet betalen aan de BV, maar aan de bestuurders.

Art. 56 lid 1 van de codificatierichtlijn bepaalt (voor de NV): 'Behalve in geval van vermindering van het geplaatste kapitaal, mag aan de aandeelhouders geen enkele uitkering worden gedaan indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het nettoactief, zoals dat blijkt uit de jaarrekening, is gedaald of ingevolge de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het geplaatste kapitaal, vermeerderd met de reserves die krachtens de wet of de statuten van de vennootschap niet mogen worden uitgekeerd'. De Nederlandse wetgever heeft dus geen mogelijkheid om art. 2:105 BW op dit punt aan te passen.<sup>24</sup> Een beperkte balanstest kan dus niet voor NV's. Wel zou ons inziens kunnen worden overwogen om de jurisprudentie op het gebied van aansprakelijkheid van bestuurders en aandeelhouders ook voor NV's te codificeren in een wettelijke uitke-

19. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 7. Beckman is evenwel van mening dat deze verplichting niet voor de BV geldt. Zie H. Beckman, 'De uitkeringstoets', *Ondernemingsrecht* 2012/14 nr. 117.

20. Hierover: A.G. de Neve, 'De balanstest ex art. 2:216 lid 1 BW: nut, noodzaak en complicaties', in: W. van Veen & A. Verdam (red.), *JB Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op 29 november 2019*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 363-372, i.h.b. p. 365: 'Indien daadwerkelijk een dergelijk uitkering wordt gedaan leidt die uitkering niet tot een afboeking van het bedrag aan geplaatst aandelenkapitaal. Boekhoudkundig zal het ten laste van de vrij uitkeerbare reserves moeten worden geboekt of zal een negatieve reserve moeten worden gevormd'.

21. Hierover: B. Bier, 'Dividend in coronatijd?', *Ondernemingsrecht* 2020/81, par. 4.

22. Zie *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, C, p. 10 en 14.

23. HR 6 oktober 1989, nr. 13 618, *NJ* 1990, 286. Zie ook HR 6 februari 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AO3045 (*Reinders Didam*).

24. Vergelijk B.J. de Jong, 'Lessen uit het vernieuwde Britse vennootschapsrecht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/13, par. 3.4; B.J. de Jong, *Modernisering van het NV-recht*, par. 3.5.2; C.F. Perquin-Deelen & K.J. Bakker, 'Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding', *Ondernemingsrecht* 2020/106, par. 2.6.

ringstest. De kenbaarheid van een in de wet vastgelegde norm lijkt ons een valide reden om de bestaande jurisprudentie, evenals bij de BV is gebeurd (2:216 BW), ook voor de NV te codificeren. Ten slotte noemen wij dat de verplichte neerlegging van de tussentijdse vermogensopstelling bij het handelsregister op basis van art. 2:105, lid 4 BW kan vervallen. Richtlijn (EU) 2017/1132 eist weliswaar het opstellen van de tussentijdse vermogensopstelling, maar niet de neerlegging daarvan.

### 2.3. Verkrijging van eigen aandelen

Met betrekking tot de regeling van de verkrijging van eigen aandelen noemen wij een aspect dat ons inziens aanpassing behoeft. Het betreft de in art 2:98a lid 3 BW opgenomen 10% grens bij inkoop van eigen aandelen. Dit kan vervallen, nu de verplichte 10%-grens bij de inkoop van eigen aandelen is afgeschaft bij de Wet van 29 mei 2008 tot uitvoering van Richtlijn 2006/68/EG.<sup>25</sup>

### 2.4. Het financieel steunverbod

Op grond van art. 2:98c lid 1 BW mag een NV, wanneer iemand aandelen in haar kapitaal wil nemen of verkrijgen, dat in het algemeen niet financieel ondersteunen. De NV mag daarvoor geen ‘zekerheid stellen, een koersgarantie geven, zich op andere wijze sterk maken of zich hoofdelijk of anderszins naast of voor anderen verbinden’. Art. 2:98c lid 2 BW geeft aan wat een NV, wanneer iemand aandelen in haar kapitaal wil nemen of verkrijgen, wel mag. De NV mag onder voorwaarden aan die persoon een lening geven. Die voorwaarden houden in het algemeen het volgende in:

- de NV moet de lening tegen billijke marktvoorwaarden geven (onder a);
- het eigen vermogen van de NV moet, nadat het bedrag van de lening daarop in mindering is gebracht, ten minste het niveau hebben van het gestorte en opgevraagde kapitaal plus de wettelijk of statutair verplichte reserves. Dat komt erop neer dat de NV de lening moet financieren uit de vrije reserves of uit het agio (beide voor zover aanwezig) (onder b);
- de NV moet de kredietwaardigheid van de persoon of personen aan wie zij de lening geeft zorgvuldig onderzoeken (onder c);
- de prijs waarvoor de aandelen worden genomen of verkregen moet billijk zijn (onder d).

Hieraan voegt art. 2:98c lid 4 BW nog als extra eis toe dat de NV een (wettelijke) reserve moet aanhouden ter grootte van de lening. Art. 2:98c lid 5 BW bepaalt dat de algemene vergadering het besluit tot het geven van de lening moet goedkeuren. Indien in de algemene vergadering die besluit over de goedkeuring minder dan de helft van het geplaatste kapitaal is vertegenwoordigd, moet de algemene vergadering het

goedkeuringsbesluit nemen met een meerderheid van ten minste twee-derde van de uitgebrachte stemmen. Bij een beursgenoteerde NV (de aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een multilaterale handelsfaciliteit) geldt, in plaats van dit laatste vereiste, dat de algemene vergadering het goedkeuringsbesluit moet nemen met een meerderheid van ten minste 95 procent van de uitgebrachte stemmen.

Art. 2:98c BW heeft geen pendant meer in de regeling voor de BV: art. 2:207c BW, dat het financieel steunverbod regelde voor de BV, is vervallen bij de flexibilisering en vereenvoudiging van het BV-recht. Kan dat voor de NV ook? In dat kader is art. 64 van de codificatierichtlijn relevant. Lid 1 luidt: ‘Wanneer een lidstaat toestaat dat een vennootschap rechtstreeks of onrechtstreeks geld voorschiet, leningen toestaat of zekerheden stelt met het oog op de verkrijging van haar aandelen door een derde, onderwerpt die lidstaat dergelijke transacties aan de in de leden 2 tot en met 5 omschreven voorwaarden’. Met name is van belang:

“De totale financiële steun aan derden mag er nimmer toe leiden dat het nettoactief daalt beneden het in artikel 56, leden 1 en 2, vermelde bedrag, [...]’, en: ‘De vennootschap neemt aan de passiefzijde van haar balans een niet voor uitkering beschikbare reserve op ten bedrage van de totale financiële steun.”

Het komt erop neer dat de NV de financiële steun moet financieren uit de vrije reserves of uit het agio (beide voor zover aanwezig). De codificatierichtlijn geeft daarmee meer ruimte dan art. 2:98c BW. Art. 2:98c BW staat alleen leningen toe, terwijl art. 64 lid 4 van de codificatierichtlijn alle vormen van financiële steun toelaat. De Nederlandse wetgever heeft dus de mogelijkheid om art. 2:98c aan te passen.<sup>26</sup> Wat ons betreft gebeurt dat ook, omdat de huidige regeling onnodig beperkend is.

25. Wet van 29 mei 2008 tot uitvoering van Richtlijn 2006/68/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 6 september 2006 (*PbEU* L 264) tot wijziging van richtlijn 77/91/EEG betreffende de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding en wijziging van hun kapitaal (Stb. 2008, nr. 195).

26. Vergelijk H. Boschma, L. Lennarts en H. Schutte-Veenstra, ‘Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht?’, *Ondernemingsrecht* 2014/14, par. 4.1.1, en B.J. de Jong, *Modernisering van het NV-recht*, par. 3.8.2.

### 3. Aandelen van een bijzondere aanduiding

De flex-BV wetgeving heeft een nieuw type aandelen geïntroduceerd: aandelen van een bepaalde aanduiding. Het voorontwerp bevat dit nu ook voor NV's.<sup>27</sup> Als bevoegd orgaan wordt nu net als bij de BV toegevoegd de vergadering van houders van aandelen van een bepaalde aanduiding. Specifieke aandelen die bijvoorbeeld zijn aangeduid met letters of cijfers, kunnen gelden als aandelen van een bepaalde aanduiding.<sup>28</sup> Door deze aanpassing kunnen houders van specifieke aandelen, welke bijvoorbeeld zijn aangeduid met letters of cijfers, aan worden gewezen als bevoegd orgaan zonder dat hiervoor een nieuw soort aandelen hoeft te worden gecreëerd. Het is daarmee tevens toegestaan om bij één soort aandelen bepaalde aandelen een bepaald recht te geven.<sup>29</sup> De soort aandelen omvatten dan naast 'gewone' soort aandelen tevens aandelen van een bepaalde aanduiding. Ook kan één soort aandelen meerdere, onderscheiden categorieën aandelen van een bepaalde aanduiding omvatten. Ook lijkt het toegelaten dat aandelen van een bepaalde aanduiding bestaan uit aandelen van verscheidene soorten. Wordt aan een of meer aandelen met een bepaalde aanduiding een bepaalde bevoegdheid toegekend, dan kwalificeren deze aandelen daardoor dus niet automatisch als behorende tot dezelfde soort.<sup>30</sup>

Is aan bepaalde aandelen middels een nummering een bepaald recht gegeven, dan is het unieke nummer van elk van deze aandelen de bepaalde aanduiding.<sup>31</sup> Een ander voorbeeld van een aanduiding is de verwijzing naar de houder van het aandeel, bijvoorbeeld alle aandeelhouders die werknemer van de NV zijn of een aandeel toebehorend aan de holding. Bij aandelen van een bepaalde aanduiding betekent dit dat uit de omschrijving van het aandeel zelf niet volgt dat sprake is van een bijzondere positie. Die bijzondere positie volgt uit de statuten, doordat de statuten in een dergelijk geval voorzien in de toekenning van bepaalde rechten, bevoegdheden of oplegging van verplichtingen aan aandelen met een bepaalde aanduiding, en uit de statutaire regeling daarover zal voorts blijken welke aandelen het betreft.

Op grond van art. 2:67 lid 1 BW dient allerlei informatie in de statuten over aandelen van een bepaalde soort te worden opgenomen. Zijn er aandelen van verschillende soort, dan vermelden de statuten het aantal en het nominale bedrag van elke soort. Verder worden dan de bedragen van het geplaatste en het gestorte kapitaal uitgesplitst per soort. De akte van oprichting vermeldt voorts van ieder die bij de oprichting aandelen neemt, de in art. 2:86 lid 2 onder c BW bedoelde informatie over het aantal en de soort

van de genomen aandelen. Voor aandelen van een bepaalde aanduiding hoeft dit niet, evenals voor de BV. De minister meende destijds in het kader van de flex-BV wijzigingen dat wanneer dit ook zou gelden voor aandelen van een bepaalde aanduiding, dat dan de beoogde flexibiliteit niet zou worden gerealiseerd.<sup>32</sup> De vraag is of het iets uitmaakt, nu immers aandelen van een bepaalde aanduiding statutair gecreëerd dienen te worden. Immers, om aan aandelen van een bepaalde aanduiding bepaalde rechten, bevoegdheden of verplichtingen toe te kennen, is statutaire vastlegging van deze rechten, bevoegdheden of verplichtingen noodzakelijk. Of is de idee dat dit ook bij overeenkomst kan? Dat zouden wij dan graag in de definitieve memorie van toelichting lezen, dat dit ook kan.

Het zou goed zijn om ook te regelen dat het aandeelhoudersregister van een NV melding moet maken van de soort of aanduiding van de aandelen evenals voor de BV geldt, en ook om aanduidingsaandelen mee te nemen in art. 2:99 BW en art. 2:105 lid 10 BW. Ook zou nog eens nagedacht kunnen worden of een bepaling overeenkomstig art. 2:231 lid 4 BW niet toegevoegd zou moeten worden. Op basis van deze bepaling heeft de vergadering van houders van BV aandelen van een bepaalde soort of aanduiding een goedkeuringrecht ter zake van een statutenwijziging als die statutenwijziging specifiek afbreuk doet aan hun rechten. Ten slotte is het ons inziens opvallend dat over enkele rechten, bevoegdheden of oplegging van verplichtingen aan aandelen met een bepaalde aanduiding, die bij de BV mogelijk zijn gemaakt zoals stemrechtloze aandelen en de regeling opgenomen in art. 2:192 BW, in het voorontwerp niet gerept wordt.

### 4. Besluitvorming

Het voorontwerp bevat ook enkele bepalingen die zien op aanpassing van de besluitvormingsregels voor naamloze vennootschappen. Zo bevat het voorgestelde art. 2:101 lid 5 BW een regeling ter vereenvoudiging van de besluitvorming over de vaststelling van de jaarrekening, indien alle aandeelhouders tevens bestuurder of commissaris van de vennootschap zijn. De ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commis-

27. Zie de voorgestelde aanpassingen van art. 2:78a en 2:92 lid 3 BW.

28. MvT, p. 23.

29. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 42.

30. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, E, p. 24.

31. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 42.

32. *Kamerstukken I* 2011/12, 31058, C, p. 16.

sarissen geldt dan tevens als vaststelling van de jaarrekening, mits alle vergadergerechtigden hebben ingestemd met deze vereenvoudigde besluitvorming conform de regels over besluitvorming buiten vergadering.<sup>33</sup> Deze instemming kan ook impliciet of stilzwijgend worden aangenomen. De statuten kunnen deze wijze van vaststelling evenwel uitsluiten. Deze bijzondere bepaling is afgeleid van art. 2:210 lid 5 BW. De voorgestelde bepaling voor naamloze vennootschappen wijkt op twee punten af van art. 2:210 lid 5 BW. Ten eerste geldt de voorgestelde bepaling net als art. 2:210 lid 5 BW indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, maar daarnaast geldt deze bepaling anders dan art. 2:210 lid 5 BW ook als alle aandeelhouders commissaris zijn van de vennootschap. Dit roept ondertussen de vraag op of ook gebruik gemaakt kan worden van deze faciliteit als bepaalde aandeelhouders bestuurder zijn en alle andere aandeelhouders commissaris. Dat zou nog verduidelijkt kunnen worden. Het tweede verschil is dat alle vergadergerechtigden met deze wijze van vaststelling moeten hebben ingestemd en dus niet alleen de overige vergadergerechtigden. De gedachte is dat met deze faciliteit onnodige formaliteiten, te weten het houden van een algemene vergadering tot vaststelling van de jaarrekening met dezelfde personen die de jaarrekening al hebben ondertekend, te voorkomen. Daarnaast wordt voorgesteld dat deze vaststelling in afwijking van art. 2:101 lid 3 BW ook strekt tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. Wat ons betreft keert deze verplichte koppeling met kwijting niet terug in het definitieve wetsvoorstel, nu aandeelhouders de vrijheid zouden moeten hebben om ook bij een dergelijke vaststelling kwijting achterwege te laten. Op basis van de voorgestelde bepaling is die vrijheid er niet. Dit lijkt ons geen voorbeeld van flexibilisering.

Het voorontwerp kent verder een bepaling die toestaat dat de plaats waar de algemene vergadering wordt gehouden ook buiten Nederland kan zijn gelegen. In de praktijk zou hieraan behoefte blijken te bestaan, bijvoorbeeld als de vennootschap uitsluitend of voornamelijk buitenlandse aandeelhouders heeft.<sup>34</sup> Voor een wijziging van de statuten om dit na oprichting te bewerkstelligen, is vereist dat alle aandeelhouders voor de statutenwijziging stemmen. Daarnaast moeten alle overige vergadergerechtigden ook instemmen met deze statutenwijziging. Bij beursgenoteerde vennootschappen lijkt het behalen van deze dubbele unanimititeit doorgaans niet haalbaar en lijkt het goed deze vereisten te vervangen door wel in de praktijk haalbare (gekwaliificeerde) meerderheden. Wordt al bij oprichting gekozen voor een plaats in het buitenland, dan geldt deze regeling dus niet.

Waar ons inziens nog eens over nagedacht kan worden, is of de oproepingstermijn voor de algemene vergadering van (niet beursgenoteerde) naamloze vennootschappen die nu minimaal 15 dagen bedraagt, niet gelijk getrokken kan worden met de oproepingstermijn van acht dagen die voor besloten vennootschappen geldt. De oproeping door een advertentie in een landelijk verspreid dagblad (art. 2:113 lid 2 BW) kan voorts vervallen, nu er betere alternatieven te bedenken zijn zoals een specifiek daarvoor ingerichte website. Ook zou ook nog eens gekeken kunnen worden naar de oproepingstermijn bij beursvennootschappen die nu tweeënveertig dagen bedraagt. Deze oproepingstermijn kan in bepaalde gevallen zoals noodzaakfinanciering of openbare biedingen wat knellen. Wij menen dat deze oproepingstermijn ook wel wat ingekort kan worden. De Aandeelhoudersrichtlijn belemmert dit niet.<sup>35</sup>

In het voorontwerp is voorts opgenomen dat besluitvorming van aandeelhouders op andere wijze dan in een vergadering kan geschieden, mits alle vergadergerechtigden met deze wijze van besluitvorming hebben ingestemd en dat tenzij de statuten anders bepalen, de instemming met de wijze van besluitvorming langs elektronische weg kan plaatsvinden. De besluitvorming buiten vergadering moet schriftelijk plaatsvinden. Dit voorstel betekent dat niet langer een statutaire regeling nodig is om buiten de vergadering te kunnen besluiten. Voorts komt hiermee de unanimitateis voor de besluitvorming zelf te vervallen. Daarnaast betekent dit voorstel dat besluitvorming buiten vergadering ook mogelijk wordt indien er andere vergadergerechtigden zijn. In verband hiermee wordt voorts voorgesteld dat de verplichting om jaarlijks minimaal een algemene vergadering te houden ook kan worden ingevuld door besluitvorming buiten vergadering of door gebruik te maken van de voorgestelde regeling van art. 2:101 lid 5 BW.

33. De datum van vaststelling heeft ook gevolgen voor de deponering bij het handelsregister, nu deponering binnen acht dagen na vaststelling van de jaarrekening moet plaatsvinden op grond van art. 2:394 lid 1 BW.

34. *Kamerstukken II* 2006/07, 31058, nr. 3, p. 79.

35. Richtlijn 2007/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende de uitoefening van bepaalde rechten van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen (*PbEU* 2007, L 184). In art. 5 lid 1 van de Aandeelhoudersrichtlijn wordt gerept over oproeping tot de algemene vergadering uiterlijk op de 21e dag vóór de dag van de vergadering respectievelijk ingeval de vennootschap de aandeelhouders de gelegenheid biedt om langs voor alle aandeelhouders toegankelijke elektronische weg te stemmen, kan deze termijn tot uiterlijk de 14e dag vóór de dag van de vergadering worden ingekort.



Het voorontwerp bevat ten slotte enkele wijzigingen over het stemrecht van pandhouders en vruchtgebruikers. Ten eerste wordt mogelijk gemaakt dat toekenning van het stemrecht aan de vruchtgebruiker of pandhouder op een later moment plaatsvindt door middel van een schriftelijke overeenkomst. Toegevoegd zou nog kunnen worden dat dit ook onder opschortende voorwaarde – voor pandrecht wordt dit al voorgesteld – en tijdsbepaling kan. Voor pandrecht wordt ook voorgesteld, dat een eerder verleende goedkeuring van de overgang van het stemrecht door het daartoe aangewezen orgaan of door de algemene vergadering ook betrekking kan hebben op een latere overgang van het stemrecht onder de opschortende voorwaarde. Toegevoegd zou nog kunnen worden dat dit ook onder tijdsbepaling kan. Ten slotte komt de voorwaarde, inhoudende dat het nominale bedrag van de in pand te nemen en de reeds gehouden of in pand gehouden eigen aandelen en certificaten daarvan tezamen niet meer dan een tiende van het geplaatste kapitaal bedraagt, te vervallen.<sup>36</sup>

### 5. Het voorstel voor het evenwichtiger maken van de samenstelling van bestuur en RvC bij grote vennootschappen

In de MvT wordt opgemerkt dat diversiteit in het werknemersbestand, zeker ook in de top, bedrijven betere besluiten en bedrijfsresultaten kan opleveren.<sup>37</sup> De wettelijke streefcijferregeling van 30% vrouwen in het bestuur en RvC van grote NV's en BV's, waarmee dit doel de afgelopen jaren werd nagestreefd, heeft de afgelopen jaren evenwel onvoldoende resultaten opgeleverd.<sup>38</sup> Uit de bedrijvenmonitor Topvrouwen 2019 van de Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht over de naleving van de streefcijferregeling blijkt dat zes jaar na de invoering van het streefcijfer het percentage vrouwen in het bestuur en de RvC van grote vennootschappen toeneemt, maar het tempo blijft traag. Het aandeel vrouwen in het bestuur is gestegen van 7,4% eind 2012 naar 12,4% eind 2018 en het aandeel vrouwen in de RvC groeide in dezelfde periode van 9,8% naar 18,4%. Eind 2012 had 4,5% een evenwichtige verdeling in zowel het bestuur als de RvC, eind 2018 was dat 8,3%. De Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht concludeert dat zes jaar na de invoering van het wettelijk streefcijfer meer dan 90% van de bedrijven er niet in is geslaagd om een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren in het bestuur en de RvC, terwijl meer dan 90% van de bedrijven daarover geen of onvoldoende verantwoording aflegt.

De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap hebben over deze kwestie advies

gevraagd aan de SER. In haar advies van 20 september 2019 pleit de SER voor specifieke maatregelen gericht op het bevorderen van diversiteit en inclusie in de top van het bedrijfsleven.<sup>39</sup>

Voorts is op 21 augustus 2019 in opdracht van de directie Emancipatie van het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen een notitie van het Centraal Planbureau en het Sociaal Cultureel Planbureau verschenen, waarin een overzicht wordt gegeven van de empirische kennis over de oorzaken van het relatief lage aandeel vrouwen aan de top, de gevolgen van een hoger aandeel vrouwen aan de top en beleidsopties om het aandeel vrouwen aan de top te verhogen.<sup>40</sup> In deze notitie worden verschillende factoren genoemd die een rol spelen bij het relatief lage aandeel vrouwen aan de top, te weten: de deeltijdcultuur, risicoaversie en competitieaversie, het denken in stereotypen en de bestaande organisatiecultuur. Daarop heeft het kabinet op 7 februari 2020 in zijn reactie op het SER-advies aangekondigd om met een wettelijke regeling te komen om de man/vrouw diversiteit in de top van het Nederlandse bedrijfsleven te vergroten.<sup>41</sup> Het voorontwerp bevat daarom een regeling

36. Bij de inwerkingtreding van de Wet van 29 mei 2008 tot uitvoering van richtlijn 2006/68/EG van 6 september 2006 (*PbEU* 2006, L 264) tot wijziging van richtlijn 77/91/EEG betreffende de oprichting van naamloze vennootschappen en de instandhouding en wijziging van hun kapitaal (*Stb.* 2008, 195) is de grens van 10% voor inkoop van eigen aandelen afgeschaft. Destijds is nagelaten deze afschaffing door te voeren in art. 2:89a BW.

37. MvT, p. 1. Zie hierover ook C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, C.D.J. Bulten, C.F. Perquin-Deelen, M.H.C. Sinninghe Damsté en K.J. Bakker, *Diversiteit – Een multidisciplinaire terreinverkenning*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, en B. Klinger, H.M. Vletter-van Dort en H. Koster, 'Wettelijke streefcijfers over man-vrouwdiversiteit vanuit het perspectief van de selectie- en benoemingscommissies van grote vennootschappen', *Ondermoming en Financiering* 2019, 27(2).

38. Van 1 januari 2013 tot 1 januari 2020 heeft een wettelijke regeling gegolden voor een evenwichtige verdeling van zetels in het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen op basis van het pas-toe-of-leg-uit principe (de zogenoemde streefcijferregeling), neergelegd in de art. 2:166 en 276 BW. Deze regeling was het gevolg van een amendement van Kamerleden Kalma (PvdA), Van Vroonhoven-Kok (CDA) en Weekers (VVD) in de Wet bestuur en toezicht. Ter onderbouwing werd er destijds op gewezen dat Nederland in vergelijking tot andere landen een erg laag aantal vrouwen in bestuurlijke functies kent, en dat de verwachting was dat dit aantal op natuurlijke wijze nauwelijks zal groeien. De regeling verliep op 1 januari 2016. Met ingang van 13 april 2017 is de streefcijferregeling opnieuw in werking getreden en op 1 januari 2020 verlopen.

39. SER-advies Diversiteit in de top, tijd voor versnelling.

40. Vrouwen aan de top, Het aandeel vrouwen aan de top van het bedrijfsleven blijft achter bij het streefcijfer. Wat zijn de oorzaken, gevolgen en beleidsopties? Zie *Kamerstukken II* 2019/2020, 30420, nr. 330.

41. Brief van de ministers van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en voor Rechtsbescherming, *Kamerstukken II* 2019/20, 29544, nr. 999, p. 3.



waarmee beoogd wordt om de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van grote bedrijven evenwichtiger te maken.<sup>42</sup> Er worden twee maatregelen voorgesteld, te weten: een ingroeiquotum en een streefcijferregeling.<sup>43</sup> Het wetsvoorstel wordt na vijf jaar geëvalueerd en acht jaar na inwerkingtreding vervallen het ingroeiquotum en de streefcijferregeling. Ondanks het feit dat het kabinet zich realiseert dat een diversiteitsquotum een zwaar en uitzonderlijk middel is en overigens ook niet ideaal, ziet het kabinet zich genoodzaakt om dit te introduceren om een doorbraak te forceren.

In art. 2:142b BW van het voorontwerp is het ingroeiquotum voor RvC's van beursvennootschappen opgenomen. Op grond van dit quotum geldt dat zolang de samenstelling van de RvC niet voor ten minste een derde uit mannen en ten minste een derde uit vrouwen bestaat, er geen persoon tot commissaris kan worden benoemd die niet bijdraagt aan een evenwichtige samenstelling.<sup>44</sup> Een dergelijke benoeming is nietig, zo wordt voorgesteld. Om rechtsonzekerheid te voorkomen, is bepaald dat de nietigheid van een benoeming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van besluiten. De mede door een nietig benoemde commissaris genomen besluiten zijn rechtsgeldig tot het moment dat de nietigheid van de benoeming in rechte is vast komen te staan. Het ingroeiquotum gaat gelden voor NV's en BV's waarvan aandelen of certificaten zijn genoteerd aan een gereguleerde Nederlandse markt.<sup>45</sup> Het ingroeiquotum geldt voor nieuwe commissarissen, maar ziet niet op herbenoemingen van commissarissen. Een commissaris die voor herbenoeming in aanmerking komt, kan dus worden herbenoemd. Wij menen dat deze uitzondering beter kan worden beperkt tot een herbenoeming en dat een daaropvolgende tweede herbenoeming – van iemand anders maar ook van dezelfde persoon – alleen kan, als het quotum ook na die tweede herbenoeming gehaald wordt. Het voorgestelde art. 2:142b lid 2 BW bevat voorts een regeling voor de situatie dat het aantal commissarissen niet deelbaar is door drie. In dat geval wordt het naastgelegen hogere getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen voor de vaststelling van het aantal leden. Dit betekent dat als een RvC uit vier of vijf personen bestaat, de samenstelling evenwichtig is als deze ten minste twee mannen en twee vrouwen omvat. Is sprake van aanbevelings- en/of voordrachtsrechten die zijn toegekend aan de algemene vergadering of de ondernemingsraad, dan zijn zij verplicht bij het doen van de aanbevelingen en voordrachten rekening te houden met het ingroeiquotum.<sup>46</sup> De voorgestelde regeling overziend, vragen wij ons af waarom de ingroeiquotumregeling niet ook voor het bestuur kan gaan

gelden. Daar is wat ons betreft zeker iets voor te zeggen. Het sluit voorts ook aan op het voorgestelde art. 2:142b lid 3 BW waarin het ingroeiquotum van overeenkomstige toepassing is verklaard op bestuurders van een *one tier board*. Uit de MvT volgt dat dit ziet op uitvoerende en op niet-uitvoerende bestuurders.<sup>47</sup>

Daarnaast bevat het voorontwerp in art. 2:166 en 2:276 BW een verplichting voor grote vennootschappen om passende en ambitieuze doelen in de vorm van een streefcijfer vast te stellen om de diversiteit in mannen en vrouwen in het bestuur en de RvC te vergroten, evenals de diversiteit in de door de vennootschap te bepalen subtop.<sup>48</sup> Wij bevelen aan dat in de definitieve MvT wordt vastgelegd dat het *executive committee* hier in elk geval onder valt. Met 'passend' wordt bedoeld dat het streefcijfer afhankelijk is van de omvang van het bestuur, de RvC en de subtop en van de bestaande verhouding tussen het aantal mannen en het aantal vrouwen.<sup>49</sup> Met 'ambitieuze' wordt bedoeld dat het streefcijfer erop gericht moet zijn om de samenstelling evenwichtiger te maken dan de bestaande situatie.<sup>50</sup> Indien het bestuur dan wel de RvC bestaat uit minder dan twee personen, kan een streefcijfer worden vastgesteld voor beide organen gezamenlijk. Indien er het bestuur derhalve uit een bestuurder bestaat en de RvC eveneens uit een commissaris, ziet het streefcijfer op beide organen gezamenlijk.<sup>51</sup> Voor het afbakenen van grote vennootschappen is aangesloten bij de definitie zoals die geldt in art. 2:397 lid 1 en 2 BW. De regeling ziet derhalve op rechtspersonen (inclusief geconsolideerde groepsmaatschappijen) die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, niet

42. In dit kader is ook van belang dat onder meer de streefcijferregeling in 2017 is geëvalueerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoeks- en Documentatiecentrum (WODC). De onderzoekers concluderen dat de streefcijferregeling op een aantal punten onduidelijk is. Deze gesignaleerde onduidelijkheden worden in het voorontwerp en in de MvT meegenomen en verduidelijkt. Zie H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Veenstra, K. van Veen, *Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

43. Het voorgestelde art. 2:142b lid 4 BW bevat een uitzondering voor de toepassing van het ingroeiquotum op bestuurders of commissarissen die zijn aangesteld door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure op grond van art. 2:349a of 356 onder c BW.

44. Dit geldt niet als de RvC uit één persoon bestaat.

45. Als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht.

46. MvT, p. 11.

47. MvT, p. 28.

48. Voor de RvC voor zover het ingroeiquotum niet geldt.

49. MvT, p. 12.

50. MvT, p. 12.

51. MvT p. 12.

hebben voldaan aan ten minste twee van de volgende vereisten: i) de waarde van de activa volgens de balans met toelichting, bedraagt, op de grondslag van verkrijgings- en vervaardigingsprijs, niet meer dan 20 miljoen euro; ii) de netto-omzet over het boekjaar bedraagt niet meer dan 40 miljoen euro; iii) het gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar bedraagt minder dan 250. Ten slotte lezen wij in de MvT dat als de “keuze toch op een persoon van het andere geslacht valt, kunnen vennootschappen uitleggen waarom het streefcijfer niet is bereikt”. Duidelijk is dat uiteindelijk de algemene vergadering dit zal gaan beoordelen.

Grote vennootschappen worden verplicht een plan te maken hoe de passende en ambitieuze streefcijfers te realiseren. Voorts zal het Besluit inhoud bestuursverslag worden aangepast opdat alle grote vennootschappen in hun bestuursverslag verplicht rapporteren over de voortgang ten aanzien van de streefcijfers en de plannen om deze te bereiken. Grote vennootschappen worden verplicht jaarlijks binnen tien maanden na afloop van het boekjaar aan de SER op basis van een vastgesteld format te rapporteren over de voortgang. De mededeling dient te omvatten het aantal mannen en vrouwen die aan het eind van het boekjaar deel uitmaken van het bestuur en van de RvC, alsmede het aantal mannen en vrouwen dat aan het eind van het boekjaar binnen de door de vennootschap bepaalde subtop valt. Ook moet de mededeling omvatten de doelen in de vorm van een streefcijfer, het plan om deze doelen te bereiken en de mate waarin de in het vorige boekjaar gestelde doelen zijn bereikt en als één of meer doelen niet zijn bereikt, de redenen daarvoor. De SER zal gaan monitoren of de grote vennootschappen zich aan deze transparantieplichting houden.<sup>52</sup> Cruciaal lijkt ons vooral hoe gewaarborgd gaat worden dat bedrijven hierover voldoende verantwoording afleggen. Kan de SER sancties gaan opleggen? Ook zou overwogen kunnen worden om een ondergrens te geven voor wat nog (net) passende en ambitieuze streefcijfers zijn, om te voorkomen dat te lage streefcijfers gehanteerd gaan worden.

### **6. Post-ontwikkeling: wetsvoorstel inzake het evenwichtiger maken van de samenstelling van bestuur en RvC bij grote vennootschappen**

Na afronding van een eerdere versie van dit artikel is het wetsvoorstel inzake het evenwichtiger maken van de samenstelling van bestuur en RvC bij grote vennootschappen op 4 november 2020 bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>53</sup> De voorgestelde regeling ter modernisering van het NV recht zal daardoor, zo nemen wij aan, eveneens in een afzonderlijk wetsvoorstel worden opgeno-

men. Wij besteden hier kort aandacht aan de wijzigingen die in het wetsvoorstel zijn aangebracht ten aanzien van het voorontwerp.

De regeling van het ingroeiquotum is op enkele punten herzien. Zo was het ingroeiquotum in het voorontwerp niet gericht op herbenoemingen van commissarissen. In het wetsvoorstel is nu opgenomen dat herbenoeming soms toegestaan is, namelijk indien dat binnen acht jaar na het jaar van benoeming gebeurt of als van uitzonderlijke omstandigheden<sup>54</sup> als bedoeld in artikel 135a lid 5 BW sprake is.<sup>55</sup> Wij menen dat deze eerste uitzondering beter kan worden beperkt tot een herbenoeming en dat een daaropvolgende tweede herbenoeming – van iemand anders maar ook van dezelfde persoon – alleen kan, als het quotum ook na die tweede herbenoeming gehaald wordt. Voorts is nu bepaald dat de regeling alleen op niet-uitvoerende bestuurders ziet en niet meer ook op uitvoerende bestuurders. Wat ons betreft een gemiste kans. Ons inziens zou namelijk de ingroeiquotumregeling ook voor het bestuur kunnen gaan gelden.

Aangaande de streefcijferregeling is naar aanleiding van de consultatie een lid 5 toegevoegd aan het voorgestelde art. 2:142b BW. Dit staat een uitzondering toe op de verplichtingen voor groepsmaatschappijen, indien de holding ook voor deze groepsmaatschappijen streefcijfers vaststelt, en daarover plannen maakt en rapporteert. Aldus biedt deze bepaling een keuze aan in een groep verbonden vennootschappen of zij ieder afzonderlijk willen handelen of in groepsverband.<sup>56</sup> Voorts is de rol van de SER verduidelijkt. Die rol is gericht op ondersteuning en monitoring. De SER zal een infrastructuur opzetten waar vennootschappen hun voortgang op de streefcijfers kunnen rapporteren en zich kunnen spiegelen aan anderen. De SER kan met behulp van deze rapportages monitoren hoe de voortgang bij bedrijven is en of vennootschappen zich aan deze transparantieplichting houden. Er is niet voorzien in een handhavingsrol door de SER in het wetsvoorstel.<sup>57</sup>

52. In het voorgestelde art. III lid 2 is bepaald dat deze verplichtingen ingaan met het boekjaar dat aanvangt op of na de datum van inwerkingtreding van de wet.

53. Zie *Kamerstukken II*, 2020/21, 35 628, nr. 2.

54. In de memorie van toelichting wordt genoemd de situatie dat een groot deel van de RvC onvoorzien aftreedt of de situatie waarin een vennootschap in zwaar weer dringend een nieuwe commissaris moet aanstellen maar niet de tijd of de middelen heeft om uitgebreid te zoeken naar een geschikte kandidaat. Zie *Kamerstukken II*, 2020/21, 35 628, nr. 3, p. 12.

55. Een benoeming in geval van uitzonderlijke omstandigheden geldt voor de duur van ten hoogste twee jaar (voorgesteld art. 2:142b lid 6 BW).

56. Zie *Kamerstukken II*, 2020/21, 35 628, nr. 3, p. 27.

57. Zie *Kamerstukken II*, 2020/21, 35 628, nr. 4, p. 7-8.

## 7. Gemiste kansen?

### 7.1. Geen introductie van stemrechtloze en winstrechtloze aandelen

De definitie van aandelen voor de NV zoals neergelegd in het voorgestelde art. 2:79 lid 1 BW luidt: "Aandelen zijn de gedeelten, waarin het maatschappelijk kapitaal of, indien de vennootschap geen maatschappelijk kapitaal heeft, het geplaatste kapitaal is verdeeld." In het voorontwerp voor de NV ontbreekt naast een regeling voor stemrechtloze aandelen ook een regeling voor aandelen met meervoudig stemrecht en een regeling voor (beperkt) winstrechtloze aandelen. De minister had eerder wel aangekondigd te onderzoeken of er behoefte bestaat aan de invoering van stemrechtloze aandelen in het NV-recht.<sup>58</sup> In het voorontwerp is wel uitdrukkelijk de mogelijkheid opgenomen om geen maatschappelijk kapitaal op te nemen, maar invoering van stemrechtloze aandelen blijft voor de NV onmogelijk. Daarmee wordt afgeweken van de negatief geformuleerde definitie van aandelen voor de BV in art. 2:190 BW, waar uitdrukkelijk de mogelijkheid is toegestaan om stemrechtloze aandelen te creëren. Stemrechtloze aandelen zijn voor BV's toegestaan, omdat het in internationaal verband een gebruikelijke figuur is en van nut kan zijn voor internationale (houdster) structuren.<sup>59</sup> De mogelijkheid bestaat voorts al om *de facto* stemrechtloze aandelen te creëren bij een NV door te werken met 'dual-class shares' en daarbij de verhouding 'high-voting stock' en 'low-voting stock' zeer groot te maken.<sup>60</sup> Alternatieven zoals participatiebewijzen – dit zijn winstrechten die statutair worden vormgegeven als een aandeel zonder stemrecht – en certificering vormen in de praktijk onvoldoende een geschikt alternatief.<sup>61</sup> Over de juridische status van participatiebewijzen bestaat discussie, terwijl door certificering niet wordt bereikt dat op de aandelen geen stemrecht kan worden uitgeoefend.<sup>62</sup> Certificering is bovendien internationaal een tamelijk onbekende rechtsfiguur. Stemrechtloze aandelen zijn ook toepasbaar in situaties waarin men wel financieel voordeel maar geen zeggenschap wil toekennen aan investeerders, zoals bij erfopvolging in familievennootschappen, bij werknemersparticipaties, en bij banken en financieringsmaatschappijen. Ook kunnen stemrechtloze aandelen een uitkomst bieden wanneer men wil voorkomen dat de geldende stemverhoudingen wijzigen bij kapitaalinjecties.<sup>63</sup> Wij bepleiten daarom dat stemrechtloze aandelen ook bij NV's moeten worden toegestaan.<sup>64</sup>

Daarnaast kent het BV-recht (beperkt) winstrechtloze aandelen. Wij menen dat deze aandelen ook aanvaardbaar en wenselijk voor NV's zijn. Het kan bijvoorbeeld gewenst zijn dat een aandeelhouder niet deelt in de winst van een NV

en evenmin recht heeft op een gedeelte van het liquiditeitsoverschot. Denk bijvoorbeeld aan de oprichter van een familievennootschap die als aandeelhouder wil meebeslissen over de gang van zaken in de vennootschap, maar de winst geheel aan zijn kinderen wil doen toekomen. Wij zien geen goede reden waarom de flexibiliteit die voor BV's geldt, niet ook aan NV's zou kunnen worden geboden.

### 7.2. Tegenstrijdig belangregeling krijgt geen aandacht

In het ambtelijk voorontwerp wordt geen aandacht besteed aan de tegenstrijdig belangregeling. De huidige tegenstrijdig belangregeling is enige jaren geleden gewijzigd door de invoering van de Wet bestuur en toezicht.<sup>65</sup> Daarnaast zal de regeling door de invoering van de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen ook voor de overige in Boek 2 BW geregelde rechtspersonen worden

58. *Kamerstukken II* 2016/17, 29752, 9, p. 20.

59. Ook volgens anderen bestaat er een behoefte aan de mogelijkheid voor stemrechtloze aandelen voor de NV. Zie bijvoorbeeld de reactie naar aanleiding van de internetconsultatie van het voorontwerp 'Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding', 14 mei 2020 van Houthoff, p. 23. Zie ook I.D.J. Willemars, 'De flex-BV, groepsverhoudingen en het structuurgime', *TvOB* 2011, nr. 6, p. 134-138.

60. Zie nader Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/604.

61. Zie over certificering van aandelen als alternatief voor stemrechtloze aandelen, Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIb 2019/659.

62. Met de kanttekening dat een houder van een stemrechtloos aandeel op grond van de wet vergadergerechtigd is, terwijl een certificaathouder dat slechts is indien de certificaten met medewerking van de vennootschap zijn uitgegeven. Zie R.T.L. Vaessen, 'Het einde van certificering in zicht? De invloed van de introductie van stemrechtloze aandelen op deze vertrouwde rechtsfiguur', *TvOB* 2012, nr. 4, p. 105-110.

63. Zie hierover ook O. Salah, 'Certificering van aandelen en stemrechtloze aandelen na invoering flex-bv', *Bb* 2013/16. Zie voorts ook R.A. Wolf, 'Enkele wettelijke bepalingen bezien in het licht van het stemrechtloze aandeel', *TvOB* 2011, nr. 6.

64. Zie ook H. Koster, 'Stemrechtontwikkelingen', *Ondernemingsrecht* 2006/12, H.E. Boschma, M.L. Lennarts & J.N. Schutte-Veenstra, 'Lessen uit het Duitse AG-recht voor de modernisering van het Nederlandse NV-recht', *Ondernemingsrecht* 2014/14, p. 78, R.A. Wolf, 'Het stemrechtloze aandeel in de N.V.? Een pleidooi en verkenning', *TvOB* 2014/2, p. 42-50, M.A. Verbrugh, 'Van de NV naar de BV naar de NV?', AA20140263, p. 271. Vergelijk ook J.M. de Jongh, 'Variabel stemrecht bij de NV?', in: L. Timmerman e.a., *Eenheid en verscheidenheid in het ondernemingsrecht* (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, nr. 98), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 33-46.

65. Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275.



herzien.<sup>66</sup> Aanpassing van de Nederlandse regeling (art. 2:129/239 lid 6 BW) zou verder niet nodig zijn nu de huidige regeling volgens de minister voldoet.<sup>67</sup>

Is er inderdaad geen aanleiding om nog eens naar de regeling van het tegenstrijdig belang te kijken? Ons inziens wel. Een eerste aanleiding is het zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang. Op grond van de art. 2:129/239 lid 6 BW valt een zuiver kwalitatief tegenstrijdig belang in de regel niet onder de reikwijdte van de wettelijke tegenstrijdig belangregeling.<sup>68</sup> Hier kan echter – gelet op de lezing van de jurisprudentie<sup>69</sup> – ook anders over worden gedacht.<sup>70</sup> Daarnaast wijzen wij op enkele enquêterechtuitspraken van de Ondernemingskamer waar dit ook uit lijkt te volgen.<sup>71</sup> Verduidelijking is daarom welkom. Voorts bestaat er geen eenduidige regeling over melding van het tegenstrijdig belang. Het gevolg is dat het aan de bestuurder zelf is om een inschatting te maken of hij zich al dan niet van beraadslaging en besluitvorming moet onthouden. Ook daar zou nog eens naar gekeken kunnen worden. Verder wijzen wij op de onduidelijkheden die zijn ontstaan naar aanleiding van de enquêterechtuitspraak van de Ondernemingskamer inzake *Staphorst Ontwikkeling II*.<sup>72</sup> Uit *Staphorst Ontwikkeling II* lijkt te volgen dat ingeval van tegenstrijdig belang ook onthouding moet volgen van de voorbereiding en uitvoering van een besluit. De wettelijke regeling staat dit daarentegen wel toe. Ook daar zou nog eens naar gekeken moeten worden. Het huidige tweesporenbeleid verdient ons inziens niet de voorkeur. Ten slotte stippen wij aan dat in de literatuur is genoemd de suggestie om de nieuwe regeling voor related party transactions aan te vullen met een bepaling over het inzetten van een speciale transactiecommissie als zich dergelijke situaties voordoen.<sup>73</sup> Ook daar zou naar gekeken kunnen worden.

### 7.3. Geen onderscheid beursgenoteerde en niet beursgenoteerde vennootschappen

In de zeventiende druk *Van de BV en de NV* wordt met betrekking tot de aangekondigde modernisering van het NV-recht de vraag gesteld of de minister daarbij verder zou willen gaan dan ‘enkele technische aanpassingen die ook voor de NV tot meer flexibiliteit leiden, of meer fundamenteel de NV als beursvennootschap wil onderscheiden.’<sup>74</sup> Aldus zou een meer consistent en voorspelbaar vennootschapsrecht ontstaan: ‘Een meer consistente benadering zou zijn het NV-recht te beperken tot een regeling van de beursvennootschap en andere vennootschappen waarbij het openbaar belang noopt tot een meer dwingende regeling van transparantie, corporate governance en bescherming van in aanmerking komende belangen.’<sup>75</sup> Hoewel wij deze lijn in

beginsel onderschrijven, lijkt een dergelijke ingrijpende wijziging van het aan ‘verrommeling’ onderhavige vennootschapsrecht niet haalbaar. Geen nieuws hier, want reeds uit de totstandkomingsgeschiedenis van de invoering van het nieuwe BV-recht blijkt dat bewust is afgezien van een verbod op beursnotering van aandelen of certificaten van aandelen van een BV.<sup>76</sup> Op grond van de consultatiereacties lijken op dit punt in de huidige praktijk geen problemen te spelen en lijkt een verschuiving van beursvennootschapsregelgeving naar het effectenrecht niet problematisch.<sup>77</sup> Hooguit wordt geconstateerd dat ook bij de (niet-beurs) NV concrete instructies binnen groepsverhoudingen mogelijk zouden moeten zijn, hetgeen art. 2:129 lid 4 BW nu niet toestaat.<sup>78</sup>

### 7.4. Overige suggesties

Wat wij missen is de mogelijkheid dat bestuurders en/of commissarissen bij niet-structuur NV's kunnen worden benoemd door een vergadering van houders van aandelen van een bepaalde soort of aanduiding indien de statuten dat bepalen. Dit mits iedere aandeelhouder kan deelnemen aan de

66. Zie Wijziging van het Burgerlijk Wetboek in verband met de uniformering en de verduidelijking van enkele bepalingen omtrent het bestuur en de raad van commissarissen van rechtspersonen (Wet bestuur en toezicht rechtspersonen). Het voorstel is door de Eerste Kamer goedgekeurd, *Kamerstukken I* 2019/20, 34491, A, en de Eerste Kamercommissie voor Justitie en Veiligheid (J&V) heeft op 31 maart 2020 het voorlopig verslag uitgebracht. Het wachten is op de memorie van antwoord.

67. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 491, nr. 6, p. 13.

68. *Kamerstukken II* 2008/09, 31763, 6, p. 18, onder verwijzing naar HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007: BA0033, r.o. 3.5 en 3.6 (*Bruil/Kombex*).

69. Zie HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (*Bruil/Kombex*).

70. Zie J.M. de Jongh, ‘Drie aspecten van tegenstrijdig belang’, *Ondernemingsrecht* 2019/68, p. 362, en Asser Van Solinge & Nieuwe Weme, 2-IIb 2019/221.

71. Hof Amsterdam (OK) 22 december 2017, *ARO* 2018/53 (*Intergamma*) en Hof Amsterdam (OK) 6 februari 2018, *ARO* 2018/85 (*Xeikon II*).

72. Hof Amsterdam (OK) 31 augustus 2017, *ARO* 2017/161, (*Staphorst Ontwikkeling II*).

73. A.C. Jansen, ‘Related party transactions, de tegenstrijdigbelangregeling en het voorkomen van belangenverstremming in de Nederlandse Corporate Governance Code: waar zijn we nu aan toe?’, *Onderneming en Financiering* 2020/3.

74. Zie P van Schilfgaarde, J.W. Winter, J.B. Wezeman en J.D.M. Schoonbrood, *Van de BV en de NV*, 17e druk, Wolters Kluwer, Deventer 2017, p. 41.

75. Zie ook reeds in deze zin H. Koster, ‘Innovatie in het ondernemingsrecht’, *NJB* 2012/24.

76. Zie B.J. de Jong, *Modernisering van het NV-recht*, par. 2.4.4.

77. Wel wordt art. 2:187 BW gewijzigd. Art. 2:187 BW verklaart een aantal bepalingen voor beurs NV's van overeenkomstige toepassing op BV's met een beursnotering. Hieraan wordt art. 2:142b BW toegevoegd, waarbij voor de verwijzing in art. 2:142b lid 3 BW naar art. 2:129a BW, art. 2:239a BW moet worden gelezen.

78. Zie ook de reactie naar aanleiding van de internetconsultatie van het voorontwerp ‘Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding’, 14 mei 2020 van Houthoff.

besluitvorming over de benoeming van ten minste één bestuurder of commissaris. Wat voorts meegenomen had kunnen worden is een wettelijke regeling voor digitaal vergaderen door de aandeelhouders. Ook missen wij de mogelijkheid die BV's sinds de flex-BV wetgeving wel kennen, te weten de optie dat de overdraagbaarheid van (bepaalde) aandelen bij de statuten voor een bepaalde termijn kan worden uitgesloten. Dit betreft een zogenaamde statutaire 'lock-up'-regeling. De flex-BV wetgeving heeft die mogelijkheid voor de BV geïntroduceerd in art. 2:195 lid 3 BW. Daarnaast zou ons inziens de regeling opgenomen in art. 2:192 en 2:192a BW ook voor NV's een welkome aanvulling zijn. Een ander opvallend aspect is dat de regeling over vergaderrecht ter zake van certificaten niet is overgenomen. Bij de BV komt dit vergaderrecht op grond van art. 2:227 lid 2 BW onder meer toe aan houders van certificaten waaraan bij de statuten vergaderrecht is verboden. Of een certificaathouder vergaderrecht toekomt, volgt dus uit de statuten. Een statutaire regeling waarbij aan certificaathouders vergaderrecht is toegekend, kan slechts met instemming van de betrokken certificaathouders worden gewijzigd, tenzij bij het toekennen van het vergaderrecht de bevoegdheid tot wijziging uitdrukkelijk in de statuten was voorbehouden. Voorts kunnen de statuten bepalen dat het verbinden en ontnemen van vergaderrecht aan certificaten van aan-

delen geschiedt door een daartoe in de statuten aangewezen orgaan. Ons inziens zou deze regeling ook voor NV's kunnen gaan gelden.

## 8. Conclusie

In dit artikel is het voorontwerp ter modernisering van het NV recht en het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding in het bestuur en de RvC van grote vennootschappen onderzocht. Ook is op de valreep het wetsvoorstel inzake het evenwichtiger maken van de samenstelling van bestuur en RvC bij grote vennootschappen nog meegenomen. Is er sprake van modernisering, vereenvoudiging en flexibilisering en voldoet het aan de behoeften van de gebruikers? Naar onze mening is dat deels het geval. Zo zijn de opname van bepalingen over kapitaal en besluitvorming nuttige toevoegingen. Ook over de voorgestelde regeling over het evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding zijn wij positief. Uit het voorgaande blijkt echter ook dat het voorontwerp en het wetsvoorstel nog enkele vragen oproepen. Ook zijn er bepalingen die heroverweging verdienen of die alsnog toegevoegd kunnen worden. Daartoe zijn een aantal suggesties gedaan. Deze kanttekeningen nemen niet weg dat de voorstellen toegevoegde waarde hebben voor de praktijk. Het wachten is nu op het wetsvoorstel inzake het NV-recht. Wij zijn benieuwd.