



Consultatie Voorontwerp en Memorie van toelichting 'Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding'

Gezamenlijke reactie van de IOS Gender and Diversity HUB van de Universiteit Utrecht¹, het Centre for Inclusive Leadership² en de Nederlandse Vrouwenraad³ op het Ambtelijk Voorontwerp.

1. Inleiding

Wij zijn verheugd dat er van regeringswege steun is gegeven aan het SER-advies ter invoering van een wettelijk verplichtende quotaregeling (het 'ingroei-quotum' van 30% m/v) voor de bevordering van het aantal vrouwen in raden van commissarissen (rvc's) van beursgenoteerde ondernemingen en om effectieve maatregelen te treffen om ook het aantal vrouwen in de rvc's, raden van bestuur (rvb's) en de subtop van de overige (5000) ondernemingen in Nederland te bevorderen. Wij hebben de SER in 2019 geadviseerd dat een quotaregeling onontbeerlijk is om op redelijke termijn tot een evenwichtiger vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven te komen⁴. Op basis van onze brede kennis en expertise over gender in relatie tot wetgeving, beleid, organisaties, de economie en de maatschappij geven wij hieronder aanbevelingen voor versteviging van de beoogde wetgeving.

2. Algemene aanbevelingen

2.1 Quotaregeling voor beursgenoteerde ondernemingen: meer helderheid over werking van de nietigheid van benoemingen vereist

Vooropstaat dat wij de introductie van de sanctiebepaling van nietigheid van een benoeming die niet bijdraagt aan een evenwichtiger m/v verdeling in de rvc (art. 142b) verwelkomen, omdat daarmee de vrijblijvendheid, die de voormalige streefcijferwet kenmerkte, wordt doorbroken. **Maar voor een effectieve werking van de sanctiebepaling is meer duidelijkheid nodig over de werking van deze nietigheid, zoals in relatie tot de positie van de afgewezen kandidaten en wat betreft de instantie die toezicht houdt op de toepassing van deze bepaling.** (Zie verder onder 3.).

2.2 Infrastructuur, toezichts- en handhavingsstructuur: verheldering en versteviging nodig

De ervaringen met de tijdelijke streefcijferwet hebben laten zien dat wetgeving zonder een effectief toezichts- en handhavingssysteem vervalt tot symboolwetgeving en dat geen wezenlijke vooruitgang wordt geboekt. Het toezicht op en de handhaving van de nieuwe wetgeving moet nu dan ook zo ingericht worden dat de gestelde doelen daadwerkelijk gerealiseerd kunnen worden. Dat vraagt om een stringenter aanpak dan nu in het Voorontwerp en in de Memorie van Toelichting is vastgelegd. **Wij bepleiten daarom dat toezicht op naleving op de wettelijke verplichtingen aan een toezichthoudend orgaan wordt opgedragen, zoals bijvoorbeeld de Inspectie SZW, en het voorziene mechanisme van civiele handhaving (zie 3.4) wordt versterkt.**

¹ <https://www.uu.nl/en/research/institutions-for-open-societies/gender-and-diversity>

² <http://www.centreforinclusiveleadership.com>

³ <https://www.nederlandsevrouwenraad.nl/html/index.php>

⁴ <https://www.uu.nl/nieuws/universiteit-utrecht-en-nederlandse-vrouwen-raad-adviseren-ser-over-diversiteit-in-de-top>

2.3 Reikwijdte: publieke sector moet meegenomen worden

Eigenaarschap vraagt om toepassing van de quotaregeling ook op de (semi-)publieke sector. Uit rechtsvergelijkend onderzoek⁵ blijkt dat landen waarin de overheid zelf eigenaarschap laat zien van het probleem van ongelijke vertegenwoordiging van mannen en vrouwen en zelf het goede voorbeeld laat zien, de private sector het ook beter doet. Het SER-advies onderkent dat en legt expliciete nadruk op het belang van eigenaarschap van alle betrokken partijen en neemt het standpunt in dat ook de (semi-) publieke sector gedekt moet worden door de aan te nemen quotaregeling. De nu voorgestelde regeling betreft een wijziging van het BW en gaat daarmee voort op de eerder ingezette lijn dat maatregelen enkel de private sector betreffen. **Wij bevelen aan dat deze wijziging wordt aangevuld met een wijziging in de Algemene Wet Gelijke Behandeling die eenzelfde regeling invoert ten aanzien van (semi-)publieke instanties.**

2.4 Horizonbepaling: verlenging termijn noodzakelijk

De wet zal na 8 jaar automatisch vervallen. De ervaring met de streefcijferwet geeft aanleiding om te denken dat een periode van 8 jaar te kort is om daadwerkelijke verandering te bewerkstelligen. **Wij bevelen aan dat voorafgaand aan de afloop van de termijn, in het zevende jaar, een slotevaluatie plaatsvindt, ter ondersteuning van de besluitvorming of verlenging noodzakelijk is.** De voorgestelde evaluatie na 5 jaar geeft dan al een eerste indicatie van de waarschijnlijkheid van een mogelijke verlengingsbeslissing.

3. Specifieke aanbevelingen quotaregeling beursvennootschappen

3.1 Beperk de uitzonderingsbepaling van herbenoemingen

Art. 142b, lid 2 gaat ervan uit dat enkel benoemingen die bijdragen aan een evenwichtigere samenstelling m/v van raden van commissarissen toelaatbaar zijn, tenzij er sprake is van herbenoeming. Deze uitzondering kan grote invloed hebben; in 2018 was in een vijfde (19,5%) van de rvc's sprake van herbenoemingen (van mannen en vrouwen). Bovendien worden vrouwen vaker nieuwbenoemd dan herbenoemd. Uit de Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2019 (pag. 35) blijkt dat bedrijven die het streefcijfer niet hebben gehaald als belangrijkste reden opgeven 'dat er onvoldoende nieuwe benoemingen zijn geweest'. Onderzoek⁶ toont aan dat in rvc's waar al een vrouw is benoemd de kans kleiner is dat er een tweede vrouw wordt benoemd. De neiging om voor herbenoeming van een man te gaan als er al een vrouw in de rvc zit zou groter kunnen zijn dan wanneer er nog geen vrouw in de rvc zit. Deze uitzonderingsbepaling draagt daarom niet bij aan het doel van de wetgeving en zal een belangrijke rem zijn op het maken van daadwerkelijke vooruitgang. **Om dit effect te mitigeren adviseren wij de toepassing van deze uitzonderingsbepaling te limiteren op 1 herbenoeming per jaar. Bij een voorgenomen tweede of derde herbenoeming in datzelfde jaar zou dan geen aanspraak kunnen worden gemaakt op de uitzonderingsbepaling en zou de betreffende benoeming nietig zijn.**

3.2 Neem duidelijke criteria voor het selectieproces op

Artikel 142 b noch enige andere bepaling geeft richtsnoeren voor het selectieproces c.q. de benoemingsprocedure. Ingevolge de Memorie van Toelichting is het aan de raad van commissarissen om kandidaten voor te dragen voor benoeming door de algemene vergadering 'die aan de gestelde vereisten voldoen'. Bij de benoeming van commissarissen van structuurvennootschappen hebben

⁵ <https://www.equalitylaw.eu/downloads/4537-gender-balanced-company-boards-in-europe-pdf-1-68-mb>

⁶ Smith, N. and P. Parrotta (2018), Why so few women on Boards of Directors? Empirical evidence from Danish companies in 1998 – 2010, in Journal of Business Ethics, 147, pp. 445-467.



aandeelhouders en de ondernemingsraad een aanbevelingsrecht. Aan welke randvoorwaarden de gestelde vereisten dienen te voldoen, is niet gespecificeerd. **Wij bevelen aan om in deze bepaling vast te leggen dat de selectie en benoeming van commissarissen dient plaats te vinden op basis van een vergelijkende analyse van de kwalificaties van elke kandidaat, door de toepassing van duidelijke, neutraal geformuleerde, eenduidige en transparante criteria die voorafgaand aan het selectieproces zijn vastgelegd.** Deze vereisten vloeien voort uit vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ-EU) en zijn van groot nut bij het voorkomen en bestrijden van discriminatie in het selectieproces.

3.3 Neem een hardheidsclausule op

In het voorontwerp is geen bepaling opgenomen dat in het selectieproces een uitzondering mogelijk moet zijn op andere gronden en dat een absolute voorrangregeling als zodanig niet is toegestaan op grond van het EU-recht. Zoals in de Memorie van Toelichting is aangegeven, moet de wettelijke regeling ruimte laten bij benoemingen voor een objectieve beoordeling, die rekening houdt met de bijzondere persoonlijke situatie van alle kandidaten. Om redenen van rechtmatigheid en rechtszekerheid van de nieuwe wettelijke regeling, zijn wij van mening dat het aangeven van deze mogelijkheid enkel in de memorie van toelichting niet volstaat en **we bevelen aan dat de wettelijke regeling zelf nauwer aansluit bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.**

3.4 Verstevig de civielrechtelijke handhaving bij nietigheid van benoemingen

Artikel 142b impliceert nietigheid van benoemingen die niet bijdragen aan een evenwichtiger raad van commissarissen zoals voorzien in lid 2. Volgens de Memorie van Toelichting gaat deze bepaling uit van een systeem van civielrechtelijke handhaving; de benoeming van een kandidaat die in strijd met de wet wordt benoemd, is nietig en ‘eenieder kan een beroep doen op de nietigheid van de benoeming’. De vraag is hoe deze sanctie van nietigheid zal uitwerken en vooral wie ‘eenieder’ zal zijn in de praktijk; wie zal de raad van commissarissen ter verantwoording roepen? Hoeveel hoop kan worden gevestigd in de algemene vergadering van aandeelhouders om een voorgedragen kandidaat af te wijzen op grond van strijd met artikel 142b, lid 2? Of in de ondernemingsraad of de SER om nietigheid van een benoeming in te roepen? Zonder de aanduiding van een toezichthoudende instantie die actief monitort hoe bedrijven te werk zijn gegaan in benoemings- en selectieprocedures zal uiteindelijk de bal toch vooral komen te liggen bij de afgewezen of gepasseerde kandidaten – vrouwen – die gepasseerd zijn in de selectie- c.q. benoemingsprocedure. Daarmee wordt een situatie gecreëerd waarin David de handschoen tegen Goliath moet opnemen, zonder dat de wet duidelijk houvast biedt daarvoor; volstaat het voor een afgewezen of gepasseerde kandidaat om bij brief aan de desbetreffende raad van commissarissen de nietigheid in te roepen van de benoeming van een mannelijke kandidaat die niet bijdraagt aan het doel van artikel 142b? Of moet daarvoor dan de gang naar de rechter worden gemaakt? En wat voor bewijs dient men dan aan te dragen? Behalve een beroep op nietigheid, biedt artikel 142b weinig handvatten voor afgewezen/gepasseerde kandidaten om een claim in te dienen ter verdediging van hun eigen kandidatuur, nu deze geen duidelijke, algemene vereisten vastlegt waaraan dergelijke procedures moeten voldoen (zie onder 3.2), geen recht geeft op informatie waarom men is gepasseerd in de procedure en geen verschuiving van de bewijslast naar de onderneming als men feiten aan kan voeren op grond waarvan men gelijk geschikt kan worden geacht als de benoemde mannelijke kandidaat. Bovendien is een complicerende factor dat dergelijke vacatures vaak door tussenkomst van een executive search bureau worden vervuld⁷. Moeten kandidaten in dat geval het bureau om toelichtende informatie vragen over de gronden voor

⁷ De aanname in de MvT (pag.19) dat de kosten voor search uitsluitend interne kosten zijn, herkennen wij niet uit de praktijk, zeker niet voor beursgenoteerde en grote ondernemingen. Deze searchkosten zijn vaak gerelateerd aan het jaarsalaris van de benoemde kandidaat.



afwijzing? Welke verplichting hebben de bureaus om deze informatie te verstrekken en in welke mate van detail als het gaat om informatie die betrekking heeft op de gemaakte afwegingen ten opzichte van andere kandidaten (privacy)? **Wij bepleiten daarom zowel voor de aanwijzing van een toezichthoudende instantie als een versterking van het rechtskader ter bescherming van het recht op non-discriminatie van afgewezen kandidaten in voornoemde zin.**

3.5 Verduidelijk de rechtsgevolgen van nietigheid van benoemingen

De nietigheid van de benoeming (art. 142b) staat niet de rechtsgeldigheid van genomen besluiten door de benoemde commissaris in de weg, ingevolge de Memorie van Toelichting. Er wordt aangesloten bij de huidige regeling bij benoeming van een commissaris die meer dan 5 commissariaten of bestuursfuncties vervult. In dat geval heeft het deelnemen aan de besluitvorming door een persoon die te veel functies heeft geen rechtsgevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. **Voor de praktijk is het belangrijk om in de Memorie van Toelichting helderheid te verschaffen over de volgende vragen:**

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? Dienen de voorwaarden van deze verzekering worden aangepast, en in hoeverre zullen verzekeraars bereid zijn een commissaris te vrijwaren wiens benoeming nietig is? 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?

3.6 Verstevig de handhaving op basis van het pas-toe-of-leg-uit principe

Grote vennootschappen dienen streefcijfers voor het bestuur en de raad van commissarissen en een door de vennootschap te bepalen subtop vast te stellen, een plan op te stellen om deze streefcijfers te bereiken en transparant te zijn over de resultaten. Dit moet worden opgenomen in het bestuursverslag, dat jaarlijks aan de algemene vergadering van aandeelhouders wordt voorgelegd. De aandeelhouders kunnen de rvb en rvc over het bestuursverslag en de al dan niet opgenomen streefcijfers of plannen bevragen. In de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat de aandeelhouders, indien zij niet tevreden zijn met de uitleg of de inhoud, als ultimum remedium kunnen weigeren de jaarrekening vast te stellen. Dit betreft een algemene sanctie, die van toepassing is op alle onderdelen van het bestuursverslag en de jaarrekening. Het is naar onze mening niet reëel te verwachten dat een vergadering van aandeelhouders deze sanctie, ook al aangeduid als 'paardenmiddel' in de Memorie van Toelichting, ooit zal gebruiken in dit kader; de repercussies voor een bedrijf wiens aandeelhouders de jaarrekening weigeren vast te stellen zijn zeer ernstig (zoals grote reputatieschade, uitstel van dividenduitkeringen, druk op de beurskoers en als gevolg daarvan bijvoorbeeld hogere kosten voor financiering). **Wij bevelen aan om de verwijzing hiernaar in de Memorie van Toelichting te schrappen en alternatieve sancties te onderzoeken, die deze ernstige repercussies niet met zich meebrengen.** Hierbij kan wellicht aangesloten worden bij de financiële boetes die kunnen worden opgelegd bij het niet tijdig publiceren van de jaarrekening (maximaal Euro 20.500, -). Bij beursgenoteerde ondernemingen, waarop een dergelijke boete weinig impact zal hebben, kan overwogen worden deze boete te publiceren, zodat een zekere reputatieschade wordt geleden.

3.7 Verduidelijk de rechtsgrond voor monitoringfunctie SER

Wat betreft de handhaving en monitoring van de quotaverplichting heeft de SER een schakelfunctie gekregen in deze wet. Onduidelijk is hoe deze gestalte gaat krijgen. De SER heeft op dit moment als adviesraad voor de overheid geen sanctiebevoegdheden. **Wij bevelen aan om duidelijk te maken op welke wetgeving de autoriteit van de SER om de compliance met de wetgeving te monitoren berust, en of en zo ja welke sancties de SER zou kunnen opleggen bij non-compliance.**

4. Specifieke aanbevelingen streefcijferregeling 5000 bedrijven

4.1 Eigenaarschap vraagt om een concretere invulling van ‘passende en ambitieuze streefcijfers’

De kwalificatie ‘passend en ambitieus’ is een open norm en subjectief. Indien bedrijven zelf mogen bepalen wat ‘passend en ambitieus’ is zonder een objectieve toetsing op de uitkomst, is het de vraag of ze de wet serieus zullen nemen. Ook ontstaat er geen incentive voor bedrijven om het beter te willen doen dan de rest. Het wordt bovendien ook moeilijk om bedrijven met elkaar te vergelijken omdat er geen duidelijke normen zijn. In het bedrijfsleven spelen *peer pressure* en *benchmarking* als instrumenten van zelf-regulering een belangrijke rol. De afwezigheid van duidelijke normen ondermijnt niet alleen de werking van de wet maar ook de motivatie van bedrijven om eraan te voldoen. **Een numerieke invulling (normatief) van wat ‘passend en ambitieus’ zou ontwikkeld moeten worden, rekening houdend met de omvang van de rvb en rvc.** Daarbij valt de discrepantie tussen de tekst in het wetsartikel 166 en de Memorie van Toelichting op. Art. 166 bepaalt dat het streefcijfer ten dienste staat van de opdracht om ‘*de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen*’ in rvb, rvc en senior functies ‘*evenwichtiger*’ te maken. Terwijl de Memorie aangeeft dat de doelstelling van de streefcijfers is om de ‘*diversiteit in mannen en vrouwen*’ ‘*te vergroten*’. De laatste zinsnede verzwakt de in het wetsartikel beoogde doelstelling. **Het verdient aanbeveling ‘evenwichtiger’ nader te omschrijven.**

4.2 Versterk de rol van de accountant bij handhaving

In de Memorie van Toelichting wordt de rol van de accountant niet belicht. Accountants dienen nu⁸ al na te gaan of de vereiste informatie over het diversiteitsbeleid in de verklaring inzake corporate governance of het bestuursverslag aanwezig is. Deze verplichting geldt op dit moment voor grote beursvennootschappen (ca. 70) en alleen voor de bestuurslagen van rvc en rvb. Hiervoor geldt een licht regime; de accountant hoeft deze informatie niet te betrekken in zijn onderzoek of het bestuursverslag conform de wettelijke vereisten is opgesteld en met de jaarrekening verenigbaar is of dat er materiële onjuistheden in het bestuursverslag zijn opgenomen. De accountantscontrole betreft dus geen inhoudelijke materiële toets op de inhoud van het diversiteitsbeleid. Indien de accountant constateert dat de informatie niet aanwezig is dan moet hij dit vermelden in zijn verklaring omtrent de getrouwheid (art. 2:393 lid 5 BW). De aandeelhouders kunnen dan in de algemene vergadering het bestuur aanspreken op de ontbrekende informatie. **Wij bevelen aan om bij deze regeling aansluiting te zoeken en deze verplichting op alle 5000 bedrijven van toepassing te verklaren.**

4.3 Stel heldere eisen aan de infrastructuur van de SER

Vennootschappen moeten transparantie betrachten ten aanzien van de streefcijfers (en voor wie tevens aan de Nederlandse beurs genoteerd is: het ingroeiquote), de m/v samenstelling van de rvc en rvb en de subtop over de maatregelen die zij nemen om de doelstelling te halen. Deze informatie moet worden gepubliceerd via een nieuwe infrastructuur, belegd bij de SER. De eisen die aan deze informatie worden gesteld zijn dat zij eenvoudig op te leveren moet zijn en gemakkelijk toegankelijk.

⁸ Richtlijn 2014/95/EU, geïmplementeerd in Besluit bekendmaking diversiteitsbeleid, Stb.2016, 559



Zoals de Memorie van Toelichting aangeeft, is de door de SER op te zetten infrastructuur een belangrijke schakel van de wet. Om deze functie te kunnen uitvoeren dienen bedrijven volgens een te ontwikkelen format regelmatig te rapporteren aan de SER. Deze rapportageverplichting aan de SER is nieuw in het takenpakket van de SER. **Wij bevelen aan dat duidelijk wordt gemaakt op basis van welk wetsartikel bedrijven verplicht zullen worden aan de SER te rapporteren, en welke instrumenten (advisering, boetes) de SER in handen krijgt om bedrijven aan de rapportageverplichtingen te kunnen houden.**

5. Tenslotte

Samenvattend zijn we positief over de invoering van een wettelijk verplichtende quotaregeling die ertoe moet leiden dat in 2028 of 2029 minstens een derde van de zetels in de rvc's van beursgenoteerde ondernemingen door vrouwen wordt ingenomen. Ook ondersteunen we het implementeren van effectieve maatregelen om ook het aantal vrouwen in de rvc's, rvb's en de subtop van de overige (5000) ondernemingen te bevorderen. **We constateren echter op basis van onze kennis en expertise uit meerdere disciplines dat de voorgestelde wetgeving op een aantal punten dreigt haar beoogde doelstellingen niet te halen.** De Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp geeft onvoldoende helderheid over de werking van de nietigheid van benoemingen en het toezicht op de naleving van de wettelijke verplichtingen. Bovendien heeft de wet onvoldoende reikwijdte en verdient zij een langere termijn voor de slotevaluatie om voldoende te kunnen beoordelen of verlenging van de wet noodzakelijk is. Implementatie van de aanbevelingen die wij in dit rapport hebben opgenomen zal zorgen voor effectievere en doelmatiger wetgeving, en een daadwerkelijke bevordering van het aantal vrouwen in rvc's, rvb's en in leidinggevende functies.

Universiteit Utrecht, Gender & Diversity Hub

Prof. mr. Linda Senden
Dr. Ekaterina Rashkova
Dr. Chantal Remery
Dr. Mara A. Yerkes
L.A.J.Senden@uu.nl

Centre for Inclusive Leadership

Mr. Mirella Visser
mirella.visser@mv-imc.com

Nederlandse Vrouwen Raad

Prof. em. Anneke van Doorne-Huiskes

11 mei 2020