

Bij Kabinetsmissive van 15 juli 2020, no.2020001515, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister voor Rechtsbescherming, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met 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, met memorie van toelichting.

Dit wetsvoorstel ziet erop om grote naamloze en besloten vennootschappen te verplichten om passende en ambitieuze streefcijfers te formuleren voor de verhouding tussen mannen en vrouwen in het bestuur, de raad van commissarissen en de subtop. Daarover dienen zij te rapporteren aan de Sociaal Economische Raad (SER). Verder regelt het wetsvoorstel dat de samenstelling van de raad van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders van grote naamloze en besloten vennootschappen evenwichtig moet zijn in die zin dat deze ten minste voor een derde uit mannen en een derde uit vrouwen bestaat. Een benoeming in strijd met dit voorschrift is nietig. Dit heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft opmerkingen over de verenigbaarheid van het voorstel met het Europees gelijkebehandelingsrecht. Daarnaast adviseert de Afdeling om aanvullende sanctiemogelijkheden te overwegen bij het niet voldoen aan het quotum. Ten slotte gaat de Afdeling in op de monitoring en handhaving van de streefcijferregeling en vraagt naar de rol van de SER daarbinnen. In verband met deze opmerkingen is aanpassing wenselijk van het wetsvoorstel en de toelichting.

#### 1. Europees gelijkebehandelingsrecht

Het wetsvoorstel voorziet in een quotum van het aantal leden van de raad van commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders van grote naamloze en besloten vennootschappen. De raad van commissarissen moet voor ten minste een derde van het aantal leden uit mannen bestaan en voor ten minste een derde van het aantal leden uit vrouwen.<sup>1</sup> Richtlijn 2006/54/EG ziet op gelijke kansen en een gelijke behandeling voor mannen en vrouwen in arbeid en beroep. Het verkrijgen van het lidmaatschap van de raad van commissarissen van een vennootschap valt te kwalificeren als toegang tot een beroep.<sup>2</sup> De richtlijn gaat uit van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen, maar sluit positieve actie bij wijze van uitzondering niet uit om volledige gelijkheid te waarborgen.<sup>3</sup> De doelstelling van het

---

<sup>1</sup> Voorgesteld artikel 2:142b BW.

<sup>2</sup> Artikel 14 Richtlijn 2006/54/EG. 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.s. (red.), Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning, p. 373-392; E. Cremers-Hartman, 'Gelijke behandeling van zzp'ers', in: G.C. Boot & A.C. Damsteegt, 'De zelfstandige zonder personeel', p. 71-90.

Artikel 3 Richtlijn 2006/54/EG. Dit correspondeert met artikel 157 lid 4 VWEU: Het beginsel van gelijke behandeling belet niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen handhaaft of aanneemt waarbij specifieke

wetsvoorstel om in de raad van commissarissen een evenwichtige samenstelling van mannen en vrouwen af te dwingen vormt een dergelijke positieve actie.

Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) moeten uitzonderingsbepalingen voor positieve actie, als afwijking van het beginsel van gelijke behandeling, echter strikt worden uitgelegd en voldoen aan een aantal voorwaarden.<sup>4</sup> Allereerst moet er sprake zijn van ondervertegenwoordiging van de doelgroep. Ten tweede moet er een objectieve beoordeling zijn van alle kandidaten, en niet alleen die uit de doelgroep. Ten derde mag er alleen voorkeur worden gegeven aan de doelgroep bij gelijke geschiktheid voor de functie. Ten vierde moet er rekening worden gehouden met individuele eigenschappen en moeten deze de balans in het voordeel kunnen doen uitslaan van hen die niet tot de doelgroep behoren (namelijk mannen, de zogenaamde 'uitzonderingsclausule'). Ten slotte gelden deze voorwaarden ook bij een beperkt aantal beschikbare functies.<sup>5</sup> Een automatische voorkeur voor een absoluut quotum ten aanzien van de deelname van vrouwen, zoals in onderhavig voorstel, vallen niet binnen deze criteria.

In de toelichting wordt ingegaan op de verenigbaarheid van onderhavig voorstel met het Europees gelijkebehandelingsrecht.<sup>6</sup> Geconstateerd wordt dat in diverse andere landen ook regelingen gelden die afwijken van de hierboven besproken jurisprudentie, omdat de eis van gelijke geschiktheid en de uitzonderingsclausule niet gelden. Met verwijzing naar het VN-Vrouwenrechtenverdrag, een groeiende internationale consensus en uitspraken van het College voor de Rechten van de Mens gaat de toelichting ervan uit dat een voorrangsregeling gerechtvaardigd is. De toelichting gaat echter voorbij aan de vraag of daarbij ook afwijking van de geldende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie aan de orde kan zijn en zo ja, of deze juridisch houdbaar is. In het richtlijnvoorstel op dit gebied van de Europese Commissie werd deze jurisprudentie nadrukkelijk wel gerespecteerd.<sup>7</sup>

De Afdeling concludeert dat het voorstel op gespannen voet staat met de geldende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Uit de toelichting wordt niet duidelijk hoe deze afwijking moet worden geapprecieerd in het licht van Unie- en internationaalrechtelijke verplichtingen, en of hierover overleg met de Europese Commissie heeft plaatsgevonden.

---

voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door het ondervertegenwoordigde geslacht te vergemakkelijken of om nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren.

<sup>4</sup> HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 (Kalanke); HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 (Marschall); HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 (Badeck); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (Abrahamsson en Anderson v. Fogelqvist); HvJ EG 19 maart 2002, C-476/99, ECLI:EU:C:2002:183 (Lommers).

<sup>5</sup> A.G. Veldman, 'Europeesrechtelijke grenzen aan quotamaatregelen ter bevordering van diversiteit in (de top van) het bedrijfsleven?', in: C.D.J. Bulten c.s. (red.), Diversiteit. Een multidisciplinaire terreinverkenning, p. 373-392.

<sup>6</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 4.

<sup>7</sup> Richtlijnvoorstel inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614, art. 4 lid 3. De Europese Commissie is voornemens op goedkeuring van dit voorstel aan te dringen, zie: Een Unie van gelijkheid: strategie voor gendergelijkheid 2020-2025, COM(2020), 512, p. 13. Overigens merkt de Commissie daarbij in een voetnoot op dat relevante wetgevingsmaatregelen in andere lidstaten tot positieve resultaten hebben geleid.

De Afdeling adviseert dit overleg te voeren en daarnaast de toelichting op dit punt aan te vullen.

## 2. Sancties en maatregelen

Volgens het wetsvoorstel is een benoeming bij grote naamloze en besloten vennootschappen, in strijd met het quotum van een derde van het aantal commissarissen of niet-uitvoerende bestuurders dat ofwel man of vrouw is, nietig.<sup>8</sup> Deze nietigheid is op zichzelf aan te merken als een stevige sanctie, aangezien dit negatieve gevolgen met zich kan brengen voor de reputatie van het bedrijf. Om te voorkomen dat er rechtsonzekerheid ontstaat, zijn aan de nietigheid geen gevolgen verbonden voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming.<sup>9</sup> Daarnaast vermeldt de toelichting dat indien een persoon nietig als commissaris is benoemd, deze niet meetelt voor het quorum. Indien als gevolg hiervan de quorumeis niet wordt gehaald, wordt een in die vergadering genomen besluit echter wel rechtsgeldig geacht.<sup>10</sup> De vraag of deze uitgangspunten met elkaar te verenigen zijn zou beter moeten worden toegelicht.

Voorts vermeldt de toelichting niet welke eventuele rechtsgevolgen wél verbonden zouden kunnen zijn aan de nietige benoeming. Is het onder bepaalde omstandigheden mogelijk om eventueel betaalde vergoedingen aan de betrokken commissaris op grond van onverschuldigde betaling terug te vorderen?<sup>11</sup> Heeft de nietigheid van de benoeming invloed op de vraag of de betrokkene aansprakelijk kan worden gehouden voor bijvoorbeeld het houden van onvoldoende toezicht?

Tegelijkertijd constateert de Afdeling dat de sanctie van nietigheid mogelijk niet voldoende is om naleving te bereiken. De Afdeling wijst in dit kader op de sanctiemogelijkheden in andere landen met quotumregelingen. Daarbij kan worden gedacht aan het opschorten van toekenning van vergoedingen aan alle commissarissen zolang het vereiste quotum niet is gehaald, zoals voorzien in Franse wetgeving.<sup>12</sup> Los hiervan zou overwogen kunnen worden om als preventieve maatregel een separaat openbaar publicatieregister onder auspiciën van bijvoorbeeld de SER in te voeren waarin de samenstelling van de raden van commissarissen wordt opgenomen. Dit maakt het makkelijker voor het publiek om de actuele samenstelling te controleren en te vergelijken dan als deze per onderneming via de individuele jaarverslagen moet worden opgezocht.

De Afdeling adviseert om de toelichting nader aan te vullen op het punt van de rechtsgevolgen van de nietigheidssanctie. Daarnaast geeft de Afdeling in overweging in aanvulling op de sanctie van nietigheid van de benoeming, aanvullende maatregelen of sancties nader te overwegen.

---

<sup>8</sup> Voorgesteld artikel 2:142b lid 2 BW.

<sup>9</sup> Memorie van toelichting, Artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel A (artikel 142b).

<sup>10</sup> Memorie van toelichting, Artikelsgewijs bij artikel I, onderdeel A (artikel 142b).

<sup>11</sup> Art. 2:16 lid 2 BW kent in dit verband belang toe aan de omstandigheid dat de betrokken commissaris wel of niet onkundig is ten aanzien van de gebreken van het benoemingsbesluit.

<sup>12</sup> H.E. Boschma, M.L. Lennarts e.a., Evaluatie Wet bestuur en toezicht. Wetenschappelijk evaluatieonderzoek naar de werking van de nieuwe bepalingen uit de Wet aanpassing regels bestuur en toezicht nv/bv (Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 110), Deventer, Wolters Kluwer 2018, p. 441-486 voor een overzicht. Zie p. 462, 463 voor sancties in Franse wetgeving, specifiek onder meer de bepalingen L. 225-45 en Art. L. 225-83 Code de Commerce.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het bovenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

### 3. Monitoring en handhaving streefcijferregeling

De tweede pijler van het voorstel regelt de verplichting van een grotere groep (ongeveer 5000) ondernemingen om passende en ambitieuze streefcijfers te formuleren voor man-vrouwverhoudingen in raden van bestuur, raden van commissarissen en hogere managementlagen.<sup>13</sup> Volgens het voorstel rapporteren de ondernemingen daarover aan de SER.<sup>14</sup>

De toelichting vermeldt dat op initiatief van de SER een infrastructuur zal worden ontwikkeld, die de ondernemingen helpt bij de uitvoering van deze verplichting alsmede bij de monitoring en de handhaving van de regeling.<sup>15</sup> Uit de toelichting blijkt echter niet duidelijk wat de rol van de SER binnen deze infrastructuur precies zal (kunnen) zijn. Het is bijvoorbeeld niet helder of deze infrastructuur onder de verantwoordelijkheid van de SER zal opereren. Ook is onduidelijk of de SER behalve als initiatiefnemer voor deze infrastructuur en ontvanger van de rapportages ook een andere inhoudelijke rol zal spelen, zoals bijvoorbeeld bij de behandeling van klachten over de naleving. Bovendien wordt onvoldoende duidelijk welke andere partijen eventueel bij deze infrastructuur een rol zullen vervullen.

De inrichting van de op te zetten infrastructuur en de mogelijke rol van de SER zijn te meer van belang in het licht van de opmerking in de toelichting dat deze infrastructuur een rol speelt bij de monitoring en handhaving van de streefcijferregeling.<sup>16</sup> Uit de toelichting blijkt onvoldoende hoe binnen deze infrastructuur de monitoring plaatsvindt en op welke wijze beoordeeld wordt of en hoe de betreffende ondernemingen voldoen aan de in de wet gestelde verplichting.

Bovendien laat de toelichting na te vermelden op welke wijze eventuele handhaving plaats zou moeten of kunnen vinden. Ten slotte ontbreekt een toelichting op de keuze voor de SER als instantie om de voorliggende wet uit te voeren, met name voor het geval dat aan de hierboven genoemde infrastructuur handhavende bevoegdheden zouden worden toegekend.

De Afdeling adviseert om in de toelichting de rol van de SER bij de inhoud van de op te zetten infrastructuur te verduidelijken alsmede wie daarbij verantwoordelijk zullen zijn voor de monitoring en over welke bevoegdheden zij beschikken. Daarbij adviseert zij ook aandacht te besteden aan de wijze waarop monitoring en handhaving ten aanzien van de streefcijferregeling zouden moeten plaatsvinden.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

---

<sup>13</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2b.

<sup>14</sup> Voorgestelde artikelen 166 lid 4 en 276 lid 4 BW.

<sup>15</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 3b.

<sup>16</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 6.

De waarnemend vice-president van de Raad van State,