

Wetsvoorstel evenwichtiger man-vrouwverhouding

Publicatie: Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk

Aflevering: 2021/5

Vindplaats: 2021/333

Publicatiedatum: 23 augustus 2021

Auteurs: Stroeve, L.E.; Rietveld, S.

Op 3 juli 2020 heeft de ministerraad ingestemd met een wetsvoorstel voor meer evenwicht tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven (het 'Wetsvoorstel'). Het definitieve Wetsvoorstel is op 4 november 2020 ingediend bij de Tweede Kamer¹ en is momenteel in behandeling bij de Eerste Kamer. Ondanks dat VNO-NCW² erop heeft gewezen dat vennootschappen de tijd moet worden gegund om zich voor te bereiden op de nieuwe regeling, is duidelijk dat de regering hecht aan een spoedige invoering van de nieuwe regeling.³ Inwerkingtreding per 1 januari 2022 behoort daarom nog steeds tot de mogelijkheden. Het Wetsvoorstel bevat een belangrijke dwingendrechtelijke bepaling. De benoeming van een persoon die tot gevolg heeft dat sprake is van een minder evenwichtig samengestelde raad van commissarissen ('RvC') of one tier board bij beursvennootschappen kan in bepaalde gevallen namelijk nietig zijn. Bij iedere komende benoeming zal al rekening moeten worden gehouden met deze (toekomstige) bepaling.

In dit artikel behandelen wij in paragraaf 1 kort de aanloop naar het Wetsvoorstel. In paragraaf 2 behandelen we in meer detail de verschillende onderdelen van het Wetsvoorstel. In paragraaf 3 stippen we aan welke overige wet- en regelgeving inmiddels is ingevoerd op het gebied van diversiteit (in meer brede zin), en benoemen we enkele andere actuele ontwikkelingen. We besluiten met een afrondende conclusie (paragraaf 4).

1. Aanloop naar het Wetsvoorstel evenwichtiger man-vrouwverhouding

Boek 2 BW kende vanaf 1 januari 2013⁴ een wettelijke streefcijferregeling om te komen tot een evenwichtige man-vrouwverdeling in het bestuur en de RvC van 'grote' vennootschappen⁵. Er was sprake van een evenredige verdeling bij een bezetting van ten minste 30% vrouwen en ten minste 30% mannen in zowel het bestuur als de RVC. Grote vennootschappen legden in het bestuursverslag verantwoording af over deze evenwichtige verdeling van zetels. Deze wettelijke streefcijferregeling is van rechtswege komen te vervallen op 1 januari 2016. Omdat het aantal vrouwen in de top van het bedrijfsleven niet snel genoeg toenam, achtte de wetgever het noodzakelijk om de regeling op 13 april 2017⁶ nogmaals in te voeren⁷, wederom voor een bepaalde periode. De regeling is uiteindelijk op 1 januari 2020 definitief vervallen.⁸

Op 28 juni 2018 heeft het kabinet de SER gevraagd te adviseren over maatregelen die de gender en culturele diversiteit in de top van het bedrijfsleven verder zouden kunnen vergroten.⁹ In haar advies van 20 september 2019¹⁰ ('SER-advies') stelt de SER voor niet (nogmaals) een streefcijferregeling in te voeren, maar om daadwerkelijk een verplicht diversiteitsquotum in te voeren van ten minste 30% mannen/vrouwen in RvC's van beursvennootschappen¹¹. Het kabinet heeft besloten de aanbevelingen van het SER-advies integraal over te nemen.¹² Zoals gemeld is het Wetsvoorstel thans inmiddels in behandeling bij de Eerste Kamer, en is de verwachting dat inwerkingtreding op relatief korte termijn zal plaatsvinden.

2. Het Wetsvoorstel

Het Wetsvoorstel stelt een drietal maatregelen voor om ervoor te zorgen dat de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven evenwichtiger wordt gemaakt.

1) 'Ingroeiquotum'¹³ voor de RvC's van beursvennootschappen (art. 2:142b BW jo. art. 2:187 BW)

In het Wetsvoorstel is een diversiteitsquotum van ten minste een derde man en een derde vrouw voor de RvC's van

beursvennootschappen opgenomen. Het diversiteitsquotum voor de RvC ziet op Nederlandse beursvennootschappen met een notering aan Euronext Amsterdam (art. 2:142b lid 1 BW). Het betreft zowel beurs-NV's als – via schakelbepaling 2:187 BW – beurs-BV's. Het diversiteitsquotum geldt (uiteraard) alleen indien de RvC uit meer dan één lid bestaat.

Zolang de RvC niet voor ten minste een derde uit mannen en voor ten minste een derde uit vrouwen bestaat, is een benoeming die de verdeling niet evenwichtiger maakt nietig (art. 2:142b lid 2 BW jo. **art. 2:14 lid 1 BW**). De vacature blijft dan open. In geval van een monistisch bestuursmodel (one tier board), geldt hetzelfde voor alle niet-uitvoerende bestuurders (art. 2:142b lid 3 BW). De algemene vergadering, de ondernemingsraad en de RvC zijn verplicht om bij het doen van aanbevelingen en voordrachten rekening te houden met het diversiteitsquotum.¹⁴

Het diversiteitsquotum van een derde is opvallend, omdat de SER in het SER-advies pleit voor een percentage van 30%. De wetgever heeft echter gekozen voor een derde om beter tot uitdrukking te brengen dat achter de getallen mensen schuilgaan en dat de mogelijke mate van evenwicht samenhangt met de omvang van de RvC's. Een percentage kan ten onrechte de indruk wekken dat graduele verschillen mogelijk zijn, aldus de wetgever.¹⁵

Indien het aantal leden van de RvC of de niet-uitvoerende bestuurders niet door drie deelbaar is, wordt het naastgelegen *hogere* getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen voor de vaststelling van de één derde (art. 2:142b lid 2 BW). Zo is een RvC van drie personen evenwichtig samengesteld wanneer er ten minste één man en één vrouw zitting hebben. Dit is tegelijkertijd het maximale evenwicht dat kan worden bereikt. Bij een RvC van vier personen moeten ten minste twee mannen en twee vrouwen deelnemen, een 50-50 verhouding derhalve, en zo verder.¹⁶

Opvallend genoeg bepaalt art. 2:142b lid 2 eerste zin BW dat het diversiteitsquotum slechts van toepassing is indien een RvC niet evenwichtig is samengesteld. Ook de wetsgeschiedenis¹⁷ lijkt hiervan uit te gaan, daar waar staat vermeld dat '[H]et *ingroeiquotum derhalve uitsluitend [geldt] voor raden van commissarissen die nog niet evenwichtig zijn samengesteld.*' Indien je het voorgaande letterlijk toepast, zou dit kunnen betekenen dat wanneer een beursvennootschap op het moment van een vacante commissarispositie al wel een evenwichtige verdeling van zetels in de RvC heeft (bijvoorbeeld een RvC bestaande uit vier personen, waarvan twee mannen en twee vrouwen), deze vennootschap bij de aanstaande benoeming geen rekening hoeft te houden met het diversiteitsquotum. Dan zou dus een commissaris kunnen worden benoemd met het gevolg dat de RvC niet langer evenwichtig is samengesteld. Pas als de RvC niet langer als evenwichtig kan worden beschouwd dient bij een volgende benoeming dan weer rekening te worden gehouden met het diversiteitsquotum en moet de RvC weer evenwichtiger worden.

Het is de vraag of voormelde uitleg de bedoeling van de wetgever is geweest. Wij zouden vooralsnog terughoudend zijn op dit punt. Mocht een vennootschap zich op het standpunt stellen dat met een letterlijke uitleg sprake is van een geldige benoeming, dan zal rekening moeten worden gehouden met de mogelijkheid dat een dergelijke benoeming wordt getoetst bij een rechter. Ook bestaat het risico dat hierop kritisch wordt gereageerd in de publieke opinie, en dat sprake zou kunnen zijn van negatief stemgedrag van institutionele beleggers en van negatieve stemadviezen van stemadviesbureaus.

Gevolgen nietige benoeming

Wij schreven al dat zolang de RvC niet voor ten minste een derde uit mannen en voor ten minste een derde uit vrouwen bestaat, een benoeming die de verdeling niet evenwichtiger maakt, nietig is. De nietigheid van de benoeming heeft echter geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen (art. 2:142b lid 5 BW).

De voorgestelde regeling sluit, voor wat betreft de gevolgen bij niet-naleving, aan bij de systematiek van de wettelijke limiteringsregeling, zoals die in Boek 2 BW is opgenomen voor commissarissen en niet-uitvoerende bestuurders van grote vennootschappen.¹⁸ Ook daar geldt dat een benoeming nietig is indien een persoon – op het moment van de benoeming – te veel functies bekleedt¹⁹ en is de besluitvorming waaraan deze persoon heeft deelgenomen ondanks deze nietige benoeming rechtsgeldig.²⁰

Uitzondering diversiteitsquotum bij herbenoeming binnen 8 jaar

Het diversiteitsquotum geldt bij een eerste benoeming, maar vervolgens niet bij een herbenoeming, voor zover die plaatsvindt binnen acht jaar²¹ na het jaar van benoeming. De achterliggende gedachte is dat een goed functionerende commissaris een bepaalde mate van expertise heeft opgebouwd, en dit een rechtvaardiging zou kunnen zijn om de persoon toch voor herbenoeming voor te dragen, ook als zijn/haar benoeming niet leidt tot een evenwichtigere verhouding in de RvC.²² Indien sprake is van een voorgenomen benoeming na acht jaar na (het jaar van) de eerste benoeming, dan zal het diversiteitsquotum wel gelden.

De vraag is nog even hoe deze acht jaar exact dienen te worden geteld. Aangezien de tekst van de wet stelt 'binnen acht jaar na het jaar van benoeming', en niet 'binnen acht jaar na de (datum van de) benoeming' gaan wij ervan uit dat deze regeling zo moet worden uitgelegd dat bijvoorbeeld bij een eerste benoeming in april 2021, iedere herbenoeming ergens in 2029 mogelijk is, dus ook als die herbenoeming plaatsvindt ná april 2029. Dit zou aansluiten bij de bestaande praktijk dat commissarissen veelal niet precies voor vier jaren worden benoemd maar de benoemingstermijn wordt verlengd tot het tijdstip van sluiting van de eerstvolgende algemene vergadering volgend op de dag gelegen vier jaar na de laatste benoeming.²³

Andere uitzonderingen van het diversiteitsquotum

Het Wetsvoorstel maakt een benoeming (of herbenoeming) die niet leidt tot een evenwichtiger samenstelling ook mogelijk in het geval van uitzonderlijke omstandigheden (art. 2:142b lid 2 BW): dit zijn omstandigheden waarin afwijking noodzakelijk is om de langetermijnbelangen en duurzaamheid van de vennootschap als geheel te dienen of haar levensvatbaarheid te garanderen.²⁴ Een benoeming vanwege uitzonderlijke omstandigheden wordt gemaximeerd tot een periode van twee jaar (art. 2:142b lid 6 BW). Op grond van bpb 2.2.2 van de Code 2016 kan een commissaris na benoeming voor twee keer vier jaar, nog tweemaal voor twee jaar worden herbenoemd, zolang deze benoeming wordt gemotiveerd in het RvC-verslag. Een dergelijke motivering strekt minder ver dan wanneer een vennootschap een geslaagd beroep wenst te doen op uitzonderlijke omstandigheden. Bij een herbenoeming na acht jaar met een afdoende motivering op grond van de Code 2016, zal derhalve naar verwachting in de meeste gevallen wel het diversiteitsquotum gaan gelden.

Ook een tijdelijke benoeming door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure is mogelijk (art. 2:142b lid 4 BW), net als bij de wettelijke limiteringsregeling. Een tijdelijk door de Ondernemingskamer aangestelde commissaris of niet-uitvoerende bestuurder telt ook niet mee bij de berekening of een bepaalde RvC evenwichtig is samengesteld.²⁵

Geen overgangsregeling

Er is geen overgangsregeling voor dit onderdeel in het Wetsvoorstel opgenomen.²⁶ Dit betekent dat de eerstvolgende benoeming van een commissaris na inwerkingtreding van de wet direct dient te worden getoetst aan de regels van het diversiteitsquotum.

Sterker nog, wij menen dat het van belang is dat beursvennootschappen, bij besluiten over successieplanning en (her)benoemingen, vanaf nu al rekening zouden moeten houden met de nieuwe wet, om te voorkomen dat dit niet goed uitpakt en op enig moment leidt tot een nietige benoeming of herbenoeming.

2) Passende en ambitieuze streefcijfers voor het bestuur, de RvC en het senior management van grote vennootschappen (art. 2:166/276 BW)

'Grote' vennootschappen²⁷ moeten passende en ambitieuze doelen vaststellen in de vorm van een streefcijfer om genderdiversiteit in het bestuur, de RvC²⁸ en bij nader door de vennootschap te bepalen categorieën werknemers in leidinggevende functies te bevorderen. In navolging van het SER-advies is hiermee gekozen voor maatwerk waarbij onder meer het eigenaarschap van bedrijven wordt bevorderd.²⁹

De verplichting rust op de vennootschap om hiermee tot uitdrukking te brengen dat sprake is van een gezamenlijke inspanning van het bestuur, de RvC en de algemene vergadering, elk binnen de eigen bevoegdheden.³⁰

Vennootschappen dienen zelf te bepalen voor welke subtop zij een streefcijfer vaststellen. Hier kunnen bijvoorbeeld het *executive committee* of de (eerste en tweede laag) senior managementfuncties toe behoren.³¹

De streefcijfers hoeven niet jaarlijks te worden vastgesteld³² maar moeten 'passend' en 'ambitieuw' zijn. 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. Onder 'ambitieuw' wordt verstaan dat het streefcijfer erop gericht moet zijn om de samenstelling evenwichtiger te maken dan de bestaande situatie. Het streefcijfer kan dus niet nul zijn.³³

Bij een bestuur of RvC zonder vrouw zal ten minste moeten worden gestreefd naar de benoeming van één vrouw. Afhankelijk van de omvang van het bestuur en de RvC, kan dit tevens het maximaal haalbare streven zijn (bijvoorbeeld bij een tweehoofdig bestuur of een driehoofdige RvC).³⁴ Als er ruimte is voor evenwichtiger verhoudingen (bijvoorbeeld bij een bestuur van vier personen of een RvC van vijf personen), zal de vennootschap na het bereiken van het streefcijfer opnieuw moeten bezien welk streefcijfer passend en ambitieus is. In de toelichting³⁵ worden de volgende voorbeelden gegeven:

Aantal bestuurders	Aantal commissarissen	Streefcijfer
1	1	Bestuur en RvC gezamenlijk: één vrouw en één man
1	2	Bestuur: geen streefcijfer mogelijk. RvC: streven naar één vrouw en één man.
2	1	Bestuur: streven naar één vrouw en één man. RvC: geen streefcijfer mogelijk
2	2	Bestuur: streven naar één vrouw en één man. RvC: streven naar één vrouw en één man.
2	3	Bestuur: streven naar één vrouw en één man. RvC: streven naar ten minste één vrouw en één man.

De vennootschap stelt een plan op om de gestelde doelen te bereiken. Dit plan kan bijvoorbeeld inhouden het opstellen of wijzigen van de profielschets, de inrichting van een transparant wervings- en selectieproces of een uitleg over voorkeursbeleid.³⁶ Meer houvast over de inhoud van dit plan biedt de wetsgeschiedenis echter niet.³⁷ Wellicht dat de

door de SER te ontwikkelen infrastructuur vennootschappen op dit punt verder ten dienste kan staan. Dit behelst een monitoringssysteem waarin vennootschappen over hun voortgang rapporteren en zich kunnen vergelijken met andere vennootschappen.³⁸

Afwijking van het door de vennootschappen zelf vastgestelde streefcijfer heeft geen nietigheid van benoemingen tot gevolg maar leidt tot een verantwoordingsverplichting (zie ook hierna). Het is uiteindelijk aan de algemene vergadering om te beoordelen of de gegeven uitleg voldoende is.³⁹

3) Rapportageverplichtingen voor grote vennootschappen (art. 2:166/276 BW, art. 2:391 lid 5 BW en het nog te wijzigen Besluit inhoud bestuursverslag)

Tot slot zal de 'grote' vennootschap jaarlijks binnen tien maanden na afloop van het boekjaar in een vastgesteld format aan de SER dienen te rapporteren over het aantal mannen en vrouwen dat aan het eind van het boekjaar deel uitmaakt van het bestuur, de RvC en senior managementfuncties. Verder wordt gerapporteerd over 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.⁴⁰ De rol van de SER is gericht op ondersteuning en monitoring. De uitkomsten van deze monitoring kunnen betrokken worden bij de evaluatie van de uiteindelijke wet.

De rapportageverplichting is van toepassing op boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari van het jaar waarin de wet in werking treedt (artikel IIB Wetsvoorstel). Dit betekent dat wanneer de wet bijvoorbeeld op 1 januari 2022 in werking treedt, grote vennootschappen voor het eerst in 2023 moeten rapporteren over de streefcijfers en resultaten over boekjaar 2022.⁴¹

In het nog te wijzigen Besluit inhoud bestuursverslag wordt een verplichting opgenomen om deze informatie ook op te nemen in het bestuursverslag. Om de rapportageverplichting bij de SER te verlichten, onderzoekt de SER of ondernemingen de gegevens uit het bestuursverslag volgens een vast format langs elektronische weg bij de SER kunnen aanleveren. Hiervoor heeft de SER een pilot lopen waaraan verschillende vennootschappen deelnemen.⁴²

Uitzondering groepsmaatschappijen

Indien de topholding ook voor haar groepsmaatschappijen streefcijfers vaststelt, daarover plannen maakt en rapporteert, zijn de dochters daarvan vrijgesteld (art. 2:166/276 lid 5 BW). Zij hebben evenwel de keuze om alsnog (ook) zelf aan de verschillende verplichtingen te voldoen.⁴³

Evaluatie en tijdelijke regeling

De nieuwe regeling wordt vijf jaar na inwerkingtreding geëvalueerd en kent een horizonbepaling: acht jaar na inwerkingtreding vervalt de wet. Vennootschappen hebben dan ook acht jaar de tijd om de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de top en subtop evenwichtiger te maken. De wetgever heeft gekozen voor een tijdelijke regeling omdat sprake is van ingrijpende maatregelen om de thans bestaande ongelijke uitgangspositie tussen mannen en vrouwen recht te trekken.⁴⁴

Kritiek op het Wetsvoorstel

Al sinds de SER heeft geadviseerd om een diversiteitsquotum voor de RvC's van beursvennootschappen te introduceren, is er kritiek geweest op deze regeling. Niet in de laatste plaats omdat het afdwingbare diversiteitsquotum dieper ingrijpt in de vrijheid van ondernemingen dan de eerder van toepassing zijnde wettelijke streefcijferregeling.⁴⁵

Veel gehoord is de kritiek waarom het diversiteitsquotum niet ook voor de besturen van beursvennootschappen gaat gelden.⁴⁶ De SER⁴⁷ en de ministers voor Rechtsbescherming en Onderwijs, Cultuur en Wetenschap⁴⁸ wijzen er in dit verband op dat een meer divers samengestelde RvC naar verwachting een positieve doorwerking zal hebben naar de samenstelling van het bestuur. De RvC is immers bevoegd ofwel tot benoeming van leden van het bestuur (bij

structuurvennootschappen) ofwel tot het doen van een voordracht. Dit betekent wel dat de effecten van het diversiteitsquotum voor de besturen van beursvennootschappen langer op zich zullen laten wachten nu eerst de RvC's meer divers samengesteld moeten worden, waarna mogelijkwerwijs een meer divers bestuur tot stand wordt gebracht.⁴⁹

De kritiek van onder meer de Raad van State⁵⁰ concentreert zich met name op de mogelijke strijd van het diversiteitsquotum met het Europese gelijke behandelingsrecht. De geldende jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie op dit gebied spitst zich toe op de vraag in hoeverre een voorkeursbeleid mag worden gehanteerd om een achterstandspositie van een bepaalde groep (in dit geval het ondervertegenwoordigde geslacht) op te heffen. Het is dan ook de vraag of het (Europese) gelijke behandelingsrecht toestaat dat mannen niet in aanmerking komen voor benoeming in RvC's zolang het toepasselijke diversiteitsquotum nog niet is bereikt.⁵¹

De minister voor Rechtsbescherming heeft ondanks het advies van de Raad van State⁵² gemeend het Wetsvoorstel zoals thans voorligt te kunnen indienen. De minister is van mening dat de jurisprudentie mede moet worden gezien tegen de achtergrond van het tijdsgewricht gedurende welke deze jurisprudentie zich heeft ontwikkeld.⁵³

3. Andere ontwikkelingen

In dit artikel gaat het gezien het wetsvoorstel, met name over diversiteit in de zin van man-vrouwverhouding. Sinds het vervallen van de wettelijke gender streefcijferregeling (zoals beschreven in paragraaf 1) zijn inmiddels verschillende andere regelingen voor 'grote' (beurs)vennootschappen ingevoerd op het gebied van diversiteit, diversiteitsbeleid en de verantwoording daarover in de Europese Richtlijn over publicatie van niet-financiële informatie en informatie over diversiteit in het bestuursverslag (2014/95/EU)⁵⁴ en in de Code 2016. Het gaat in deze regelingen niet alleen om de man-vrouwverhouding, maar om diversiteit in veel bredere zin. Dit leidt tot een niet al te overzichtelijk geheel van regelingen, die elkaar ook op sommige punten overlappen. Voor vennootschappen is het als gevolg van al die verschillende regelingen nu al niet altijd even gemakkelijk om vast te stellen welke diversiteitsverplichtingen voor hen gelden. Zodra het Wetsvoorstel is ingevoerd, zullen de verplichtingen uit hoofde van het Wetsvoorstel daar nog bijkomen. Voor een totaaloverzicht van alle verplichtingen, inclusief het Wetsvoorstel, verwijzen we naar de bijlage, opgenomen aan het einde van dit artikel.⁵⁵

Ook zijn er, naast voornoemde wettelijke ontwikkelingen, vele andere ontwikkelingen gaande op het gebied van diversiteit. Wij kunnen deze niet allemaal benoemen. Wel zouden wij willen wijzen op de ontwikkeling dat beleggers steeds meer verwachten dat (beurs)vennootschappen zich inzetten om meer diversiteit in de top te bewerkstelligen. Institutionele beleggers wijzigen veelal hun stembeleid in de zin dat zij tegen de (her)benoeming van mannelijke bestuurders en commissarissen stemmen als de vennootschap nog geen of slechts in beperkte mate vrouwelijke bestuurders of commissarissen heeft.⁵⁶ Deze ontwikkeling zien wij ook terug bij de stemadviesbureaus. Stemadviesbureau ISS⁵⁷ verzwaarde het afgelopen AVA-seizoen haar stemadviesbeleid voor beursvennootschappen die geen wijdverspreid aandelenbezit hebben. ISS beveelt in dat geval aan om tegen de (her)benoeming van de voorzitter (of andere leden) van de selectie- en benoemingscommissie te stemmen als niet zowel mannen als vrouwen vertegenwoordigd zijn in de RvC. Voor het AVA-seizoen 2022 doet ISS eenzelfde aanbeveling voor beursvennootschappen die een wijdverspreid aandelenbezit hebben indien de RvC nog niet voor ten minste 30% (of een hoger nationaal percentage) uit het ondervertegenwoordigde geslacht bestaat.⁵⁸ Stemadviesbureau Glass Lewis⁵⁹ verwacht van beursvennootschappen (mid cap en large cap) dat zij uiterlijk op de AVA van 2022 een ondergrens van 30% mannelijke en 30% vrouwelijke commissarissen hebben bereikt. Daarnaast verwacht Glass Lewis van large cap beursvennootschappen dat beide geslachten vertegenwoordigd zijn in de RvC. Glass Lewis beveelt aan om in beginsel tegen de (her)benoeming van de voorzitter van de selectie- en benoemingscommissie te stemmen indien door een voorgestelde benoeming een RvC volledig zal bestaan uit commissarissen van één geslacht.

Beursvennootschappen zullen dus bij hun successieplanning en (her)benoemingen ook terdege rekening dienen te houden met deze ontwikkelingen.

4. Afrondend

Wanneer het Wetsvoorstel in werking treedt is nog onduidelijk, maar gezien het politieke klimaat verwachten wij dat dit niet lang op zich zal laten wachten. Inwerkingtreding per 1 januari 2022 behoort tot de mogelijkheden.⁶⁰

Beursvennootschappen kunnen zich dan ook opmaken voor het diversiteitsquotum voor de RvC en dienen hier bij aankomende benoemingen al rekening mee te houden, om mogelijke nietigheid van benoemingen in de toekomst te voorkomen. Grote vennootschappen moeten aan de slag om zelf passende en ambitieuze streefcijfers op te stellen voor de top en subtop. Ook dient een bijbehorend plan te worden opgesteld hoe deze streefcijfers te realiseren. In de praktijk zal moeten blijken hoe vennootschappen om zullen gaan met deze nieuwe verplichtingen, en hoe zij deze zullen gaan combineren met de al bestaande verplichtingen op het gebied van diversiteit. Wij zullen de ontwikkelingen met belangstelling blijven volgen.

Diversiteitsregelingen	Geldend of niet	Soort regeling	Welke vennootschap	Voor welk orgaan	Vorm
Wettelijke streefcijferregeling (art. 2:166/276 (oud) BW, art. 2:391 lid 7 (oud) BW)	Vervallen (vaak nog vrijwillig nageleefd)	Streefcijferregeling en verantwoording	'Grote' vennootschap ⁶¹	Bestuur en RvC	Gender
Europese Richtlijn 2014/95/EU (art. 20 lid 1 sub g van Richtlijn 2013/34/EU, art. 2:391 lid 5 BW, art. 3a sub d en art. 1 lid 4 Besluit inhoud bestuursverslag)	Geldend	Diversiteitsbeleid en verantwoording	'Grote' beursvennootschap ⁶²	Bestuur en RvC	Diversiteit in brede zin. ⁶³
Code 2016 (bpb's 2.1.5 en 2.1.6)	Geldend	Diversiteitsbeleid en verantwoording	Beursvennootschap ⁶⁴	Bestuur, RvC en ExCo	Diversiteit in brede zin
Wetsvoorstel (art. 2:142b (nieuw) BW, 2:187 BW, 2:166/276 (nieuw) BW, art. 2:391 lid 5 BW en het nog te wijzigen Besluit inhoud bestuursverslag)	Nog niet in werking getreden	Streefcijferregeling, beleid en verantwoording	Beursvennootschap ⁶⁵ en 'Grote' vennootschap ⁶⁶	Bestuur, RvC en SubTop	Gender

Dit artikel is afgesloten op 3 augustus 2021.

Mr. L.E. (Lieke) Stroeve

Kandidaat-notaris in Amsterdam.

Mw. mr. S. (Sandra) Rietveld

Senior Staff Associate bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

1) *Kamerstukken II 2020/21, 35628, 2.*

2) Zie de brieven van 16 april 2021 (bijlage bij *Kamerstukken I 2020/21, 35628, D*) en 22 april 2021.

- 3) *Kamerstukken I* 2020/21, 35628, E, p. 7.
- 4) *Stb.* 2011, 275. Deze regeling is voorgesteld bij Amendement (*Kamerstukken II* 2009/10, 31763, 14) in navolging van de op 24 april 2008 aangenomen Motie van het lid Kalma c.s. om streefcijfers voor vrouwenparticipatie in bestuurs- en commissarisfuncties in de Code 2008 op te nemen (*Kamerstukken II* 2007/08, 31083, 17).
- 5) Zie Bijlage X aan het einde van dit artikel voor een definitie van 'grote' vennootschap.
- 6) *Stb.* 2017, 68.
- 7) *Kamerstukken II* 2015/16, 34435, 3, p. 2.
- 8) Er zijn overigens redenen om aan te nemen dat van 'grote' vennootschappen en meer in het bijzonder beursvennootschappen nog altijd wordt verwacht dat zij voldoen aan de wettelijke streefcijfers en daarover verantwoording afleggen in het bestuursverslag. Zie daarover uitgebreid S. Rietveld en L.E. Stroeve, 'Wel of niet (langer) verplichte rapportage over de wettelijke streefcijferregeling door grote vennootschappen?', *TvJ* 2020/1.
- 9) Via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/06/29/kabinet-vraagt-ser-advies-over-diversiteit-in-de-top-van-het-bedrijfsleven>.
- 10) Via <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/diversiteit-in-de-top>.
- 11) De SER haakt aan bij de definitie van beursvennootschap onder de Corporate Governance Code uit 2016 ('Code 2016').
- 12) Via <https://www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2020/02/07/kabinet-aan-de-slag-met-diversiteit-in-de-top>. Op 3 december 2019 is hiertoe ook een drietal Moties aangenomen, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XV, 11 en 55 en *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XIII, 55.
- 13) Wij zullen in het hiernavolgende steeds het begrip 'diversiteitsquotum' gebruiken.
- 14) *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 11.
- 15) *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2021/21, 35628, 6, p. 11-12.
- 16) *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 11 en 24. De wetgever wijkt hier af van de regeling van het bindende voordrachtsrecht voor ondernemingsraden bij de benoeming van commissarissen van structuurvennootschappen (art. 2:158 lid 6 BW). Daar geldt dat indien het aantal leden van de RvC niet door drie deelbaar is, het naastgelegen *lagere* getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking moet worden genomen.
- 17) *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 11 en 24. Zie ook de passage: '*Dit houdt in dat, zolang de samenstelling van de raad van commissarissen niet evenwichtig is, d.w.z. voor ten minste een derde uit mannen en ten minste een derde uit vrouwen bestaat, geen personen tot commissaris kunnen worden benoemd die niet bijdragen aan een evenwichtige samenstelling in de raad van commissarissen.*'
- 18) Art. 2:142a BW en art. 2:252a BW. Zie uitgebreid over de limiteringsregeling S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014/308 en S. Rietveld, 'Actuele ontwikkelingen rondom de limiteringsregeling', *TOP* 2018/227.
- 19) Overigens geldt de limiteringsregeling bij iedere benoeming en dus ook bij herbenoeming. Het Wetsvoorstel bevat een uitzondering voor herbenoeming binnen een bepaalde termijn, zie hierna.
- 20) De wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 3, p. 10 en 19 en *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, 6, p. 22-23) bepaalt overigens dat '*mede door de nietig benoemde commissaris genomen besluiten rechtsgeldig [zijn] tot*

het moment dat de nietigheid van de benoeming in rechte is vast komen te staan. Omdat sprake is van de sanctie nietigheid, is er echter geen rechter nodig om deze 'nietigheid' vast te stellen; de benoeming is van meet af aan nietig.

21) C. de Groot, J. Nijland en H. Koster, 'Modernisering NV recht en vergroting diversiteit bestuur en RvC', *WPNR* 2021/7320, p. 299 menen dat de wetgever er goed aan had gedaan om de uitzondering te beperken tot één herbenoeming.

22) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 11.

23) Zie uitgebreid over de zittingsduur van commissarissen Asser/Van Solinge en Nieuwe Weme 2-IIb 2019/352 onder verwijzing naar art. 2:161/271 lid 1 BW (zittingsduur van commissarissen in een structuurvennootschap) en Bbp 2.2.2 van de Code 2016 (zittingsduur van commissarissen bij een beursvennootschap). Ook in de statuten staan veelal bepalingen over de zittingsduur van commissarissen.

24) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 12 noemt 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.

25) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 25.

26) Dit wijkt af van de regeling over de zittingsduur van commissarissen voor beursvennootschappen (bpb 2.2.2 Code 2016). In de Code 2016 is bepaald dat bpb 2.2.2 niet geldt voor commissarissen die op de datum van inwerkingtreding van de Code 2016 reeds zitting hebben voor een termijn langer dan acht jaar. Voorts geldt een vrijstelling voor commissarissen die tijdens een algemene vergadering in 2017 voor een herbenoeming van een derde termijn van vier jaar opgaan. Beide vrijstellingen zijn slechts van toepassing als wordt voldaan aan de bepaling over de zittingsduur van commissarissen uit de Code uit 2008 (bpb III.3.5).

27) Een grote NV of BV voldoet in ieder geval aan twee van de drie in art. 2:397 BW opgenomen vereisten: een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen, een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen en een gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar van 250 of meer (art. 2:166/276 lid 2 (oud) BW).

28) 'Grote' beursvennootschappen hoeven geen streefcijfer op te stellen voor de RvC of de niet-uitvoerende bestuurders omdat daarvoor het diversiteitsquotum geldt, *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 12 en 26.

29) SER-advies deel I, p. 32 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 7-8, 13 en 20 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 6, p. 15-16.

30) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 26.

31) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 26.

32) *Kamerstukken I 2020/21*, 35628, E, p. 6.

33) *Kamerstukken I 2020/21*, 35628, C, p. 8.

34) Eumedion wil voorkomen dat grote (beurs)vennootschappen hun ambities op het gebied van diversiteit naar beneden bijstellen. Eumedion ziet graag dat bij de vast te stellen passende en ambitieuze doelen in de vorm van een streefcijfer ten minste een derde van de zetels wordt bezet door vrouwen en ten minste een derde door mannen, zie hun commentaar op het Wetsvoorstel d.d. 3 december 2020, via

<https://www.eumedion.nl/actueel/nieuws/eumedion-wetsvoorstel-ingroeiquotum-vrouwelijke-commissarissen-gaat-niet-ver-genoege.html>.

35) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 12-13 en 26-27. Deze tabel biedt een handvat voor vennootschappen met een klein bestuur of kleine RvC en is niet bedoeld als verplichting, aldus *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 6, p. 18.

36) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 27 onder verwijzing naar Boschma e.a., *Evaluatie Wet bestuur en toezicht* (IVOR nr. 110) 2018/7.3.4.

37) Zie eveneens C.F. Perquin-Deelen, 'Reeks diversiteit (4): Recente ontwikkelingen genderdiversiteit in de (sub)top', *Ondernemingsrecht* 2020/6, par. 5.

38) De website [topvrouwen.nl](https://www.topvrouwen.nl) gaat een onderdeel vormen van deze ondersteunende infrastructuur, zie het nieuwsbericht van 11 mei 2020, via <https://www.ser.nl/nl/actueel/Nieuws/samenwerking-ser-en-topvrouwen-nl#:~:text=%20Topvrouwen.nl%20gaat%20belangrijke%20rol%20spelen%20in%20SER-infrastructuur,reflexen.%20De%20positie%20van%20topvrouwen%20in...%20More%20>. Zie ook C.F. Perquin-Deelen en K.J. Bakker, 'Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding', *Ondernemingsrecht* 2020/106, par. 3.3.

39) Perquin-Deelen, *Ondernemingsrecht* 2020/6, par. 4.2 en W.Y. Hu, 'Genderdiversiteit aan de top van het Nederlandse bedrijfsleven', *Bb* 2020/80. Aandeelhouders kunnen als ultimum remedium weigeren de jaarrekening vast te stellen, indien zij niet tevreden zijn met de uitleg in het bestuursverslag (*Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 19).

40) Voor beursvennootschappen genoteerd aan Euronext Amsterdam geldt dat zij ook rapporteren over het diversiteitsquotum, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 19.

41) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 7, p. 2.

42) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 13 en p. 23 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 6, p. 8.

43) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 27 en *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 6, p. 15.

44) Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 2, 14 en 17.

45) Zie ook M.L. Lennarts, 'Meer vrouwen in de bestuurskamer via Boek 2 BW? Over streefcijfers, quota en de beperkingen van wetgeving', in: Bulten e.a. (red.), *Diversiteit (VDHI nr. 161) 2020/9.1*. Zie ook *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 12.

46) Zie Van Leusden, *MvO* 2021/5.6, par. 5.1.2, Perquin-Deelen, *Ondernemingsrecht* 2020/6, par. 5, B.P. van de Klashorst en A.C.W. Pijls, 'Reeks diversiteit (8): Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar quota en streefcijfers van genderdiversiteit in bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2020/31, Perquin-Deelen en Bakker, *Ondernemingsrecht* 2020/106, par. 3.2 en De Groot, Nijland en Koster (2021). Ook bijvoorbeeld de Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht adviseerde tot een diversiteitsquotum van 30% voor zowel RvB's als RvC's van grote vennootschappen, zie *Bedrijvenmonitor* 2019, via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/09/20/bedrijvenmonitor-topvrouwen-2019>.

47) SER-advies deel I, p. 32.

48) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 3, p. 7 en *Kamerstukken I 2020/21*, 35628, C, p. 5.

49) Zie ook Perquin-Deelen en Bakker, *Ondernemingsrecht* 2020/106, par. 3.2.

50) *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, 4.

51) Zie hierover uitgebreid A.G. Veldman, 'Europeesrechtelijke grenzen aan quotamaatregelen ter bevordering van diversiteit in (de top van) het bedrijfsleven?', in Bulten e.a. (red.), *Diversiteit (VDHI nr. 161) 2020/Hfst. 18*. Zie ook Lennarts (2020), par. 9.1, 9.3.2 en 9.5.5.

52) En bijvoorbeeld de brieven van het College voor de rechten van de mens van 26 mei 2020 en hun brief van 12 april 2021 (bijlagen bij *Kamerstukken I 2020/21*, 35628, D). Het college heeft bezwaar tegen een diversiteitsquotum voor

mannen.

53) *Kamerstukken I* 2020/21, 35628, C, p. 3-4.

54) *PbEU* 2014, L 330/1.

55) De huidige en toekomstige wet- en regelgeving richt zich op beursvennootschappen en 'grote' vennootschappen. Dit betekent dat diversiteit niet verplicht is voorgeschreven voor bijvoorbeeld 'grote' coöperaties en middelgrote en kleine vennootschappen (anders dan wellicht op grond van semipublieke wet- en regelgeving). Wij menen dat elke onderneming er goed aan doet om te streven naar meer diversiteit in de top en subtop.

56) Zie ook M.A.J. Cremers, 'Vanaf 1 januari 2020 een genderneutrale boardroom?', *TvJ* 2019/5 en R. Abma, D. van Kleef en D. Spaargaren, 'Reeks diversiteit (3): Genderdiversiteit vanuit het aandeelhoudersperspectief', *Ondernemingsrecht* 2020/2.

57) Proxy Voting Guidelines Continental Europe van 19 november 2020, via <https://www.issgovernance.com/file/policy/latest/emea/Europe-Voting-Guidelines.pdf>.

58) ISS blijft overigens mitigerende omstandigheden in overweging nemen, als bijvoorbeeld in het voorafgaande jaar wel werd voldaan aan de toepasselijke diversiteitsnorm en wordt toegezegd dat de vennootschap dit in het komende jaar wederom zal doen.

59) Zie het Europese stemadviesbeleid voor 2021 (p. 12-14), via <https://www.glasslewis.com/wp-content/uploads/2020/11/Europe-Voting-Guidelines-GL.pdf?hsCtaTracking=63f8924a-42b7-4939-8e5e-7a1b2d858c46%7Cb36d4c97-ad74-4e9e-93fd-741c39edd6f8>. Zie ook de Proxy Voting Policy Guidelines The Netherlands, p. 8, via <https://www.glasslewis.com/wp-content/uploads/2020/12/Netherlands-Voting-Guidelines-GL.pdf?hsCtaTracking=d7c4555d-caa0-4629-bca2-cce7ef208299%7Cdbd8099b-d4b5-404a-be9f-e2c8da2f6625> waarin wordt voorgestorterd op het Wetsvoorstel.

60) Behandeling van het Wetsvoorstel in de Eerste Kamer vindt plaats op 14 september 2021.

61) Een grote NV of BV voldoet in ieder geval aan twee van de drie in art. 2:397 BW opgenomen vereisten: een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen, een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen en een gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar van 250 of meer (art. 2:166/276 lid 2 (oud) BW).

62) Het betreft beursvennootschappen genoteerd aan een gereguleerde markt in Nederland of binnen de EU. Een grote beursvennootschap voldoet in ieder geval aan twee van de drie volgende vereisten: een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen; een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen; een gemiddeld aantal werknemers over het boekjaar 250 of meer (art. 1 lid 4 Besluit inhoud bestuursverslag).

63) Naast diversiteit bijvoorbeeld ook leeftijd, geslacht of achtergrond qua opleiding, beroepservaring, etc.

64) Dit zijn: i. alle vennootschappen met statutaire zetel in Nederland waarvan de aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt of een daarmee vergelijkbaar systeem; en ii. alle grote vennootschappen met statutaire zetel in Nederland (> € 500 miljoen balanswaarde) waarvan de aandelen of certificaten zijn toegelaten tot de handel op een multilaterale handelsfaciliteit of een daarmee vergelijkbaar systeem.

65) Nederlandse beursvennootschappen met een notering aan Euronext Amsterdam (art. 2:142b lid 1 (nieuw) BW). Het betreft zowel beurs-NV's als – via schakelbepaling 2:187 BW – beurs-BV's.

66) Op grond van art. 2:166/276 lid 1 (nieuw) BW is dezelfde definitie van toepassing als onder de vervallen wettelijke streefcijferregeling, zie voetnoot 62.