

Aan de minister voor Rechtsbescherming
Ministerie van Justitie & Veiligheid
Drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Onderwerp
Voorontwerp evenwichtiger m/v
beursvennootschappen

Datum
26 mei 2020
Ons kenmerk

Geachte heer Dekker,

Op 15 april 2020 is het voorontwerp betreffende wijzigingen van Boek 2 Burgerlijk Wetboek (BW) ter modernisering van het NV-recht én een evenwichtiger man/vrouw verhouding, opgesteld voor internetconsultatie. Het College voor de Rechten van de Mens brengt hierbij advies uit over een onderdeel van het 'evenwichtiger maken van de man/vrouw verhouding', te weten het ingroeiquotum voor de raad van commissarissen (rvc).

Ingroeiquote

Het ingroeiquotum komt in het nieuwe artikel 2:142b BW. Zolang de rvc niet voor ten minste een derde uit mannen en voor ten minste een derde uit vrouwen bestaat, kan een persoon wiens benoeming de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de rvc niet evenwichtiger zou maken, niet tot commissaris worden benoemd. Deze bepaling zal gelden voor een periode van acht jaar na inwerkingtreding van de wet. Deze bepaling is niet van toepassing wanneer sprake is van een herbenoeming en ook niet indien de rvc bestaat uit één persoon. Een benoeming in strijd met het evenwichtigheidsvereiste is nietig maar dit heeft geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan door een persoon wiens benoeming nietig is, is deelgenomen (lid 5).

Positief

Het College staat positief tegenover de wens om de achterstand van vrouwen in de top van het bedrijfsleven tegen te gaan. Deze ondervertegenwoordiging van vrouwen is vanuit het perspectief van gelijke behandeling van vrouwen en mannen een hardnekkig probleem dat zich met tijd alleen niet laat oplossen. Het College constateert dat het voorontwerp in lijn is met enkele internationale bepalingen en recente uitingen van de Europese Commissie en het Comité dat toeziet op naleving van het Vrouwenverdrag (CEDAW). Onduidelijk is of er voldoende juridische basis is voor invoering van een quotum dat een absolute en onvoorwaardelijke voorkeur voor vrouwen garandeert, zoals voorgesteld in het voorontwerp. Ter versterking van het voorontwerp geeft het College daarom hieronder een aantal vragen en overwegingen mee.

1 Nederlandse gelijke behandelingswetgeving

Artikel 5, eerste lid, Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen (Wgb) staat een specifieke maatregel toe die tot doel heeft vrouwen een bevoorrechte positie toe te kennen 'teneinde feitelijke nadelen verband houdende met (...) geslacht op te heffen of te verminderen en het onderscheid in redelijke verhouding staat tot dat doel'. Het is twijfelachtig of de Wgb van toepassing is op het voorontwerp. De Wgb verbiedt het maken van direct of indirect onderscheid met betrekking tot het vrije beroep (art. 2) en bij arbeidsbetrekking (art. 3). De commissarissen zijn niet in dienst van de rechtspersoon. Zij voeren hun werkzaamheden niet uit op basis van een arbeidsovereenkomst. De leden van de rvc worden benoemd door de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:158 lid 4 BW). Zij voeren namens de aandeelhouders een specifieke toezichthoudende taak uit op de bestuurders. Het antwoord op de vraag of de functie van commissaris valt onder de reikwijdte van artikel 3, respectievelijk artikel 2 Wgb zal mede afhankelijk zijn van de wijze waarop de verhouding tussen de rvc en de vennootschap in het concrete geval is vormgegeven.

Met betrekking tot de functie van lid van de raad van toezicht heeft het College in 2014 geoordeeld dat deze door haar eigensoortige karakter moet worden aangemerkt als een nevenfunctie en niet binnen de reikwijdte van artikel 2 en artikel 3 Wgb valt.¹

2 Internationaal kader

Diverse internationale verdragen bevatten bepalingen om discriminatie uit te bannen en gelijke behandeling te garanderen. Deze bevatten ook eisen voor legitimiteit van maatregelen die zijn gericht op het beëindigen van een achterstand van bepaalde groepen. Voor dit voorontwerp zijn artikel 157, vierde lid, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en artikel 4, eerste lid, Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen (Vrouwenverdrag) het meest relevant.

Deze twee bepalingen hebben twee verschillende en enigszins conflicterende standpunten opgeleverd van enerzijds het Europese Hof van Justitie (HvJEU) en anderzijds het Comité dat toeziet op naleving van het Vrouwenverdrag (CEDAW). Hieronder volgt een korte uiteenzetting van beide lijnen.

Europese regelgeving en jurisprudentie

Op grond van artikel 157, vierde lid VWEU, belet het beginsel van gelijke behandeling niet dat een lidstaat, om volledige gelijkheid van mannen en vrouwen in het beroepsleven in de praktijk te verzekeren, maatregelen treft waarbij specifieke voordelen worden ingesteld om de uitoefening van een beroepsactiviteit door vrouwen te vergemakkelijken of nadelen in de beroepsloopbaan te voorkomen of te compenseren. De begrippen 'beroepsleven' en 'uitoefenen van beroepsactiviteiten' acht het College ruimer dan het begrip beroepsactiviteit genoemd in de Wgb. Volgens het College valt de functie van commissaris dan ook onder de bescherming van de VWEU en veronderstelt het dat bovengenoemd afwegingskader ook voor de beoordeling van het voorontwerp van toepassing is.

¹ College voor de Rechten van de Mens, 6 november 2014, oordeel 2014-134.

Het Europese Hof van Justitie (HvJEU) heeft in zijn jurisprudentie over voorkeursbeleid bij werving en selectie de volgende criteria ontwikkeld:

- a. De eis van aantoonbare achterstand. De achterstand van de bevoorrechte groep moet per functie en per functieniveau zijn aangetoond en zijn gerelateerd aan het beschikbare arbeidsaanbod uit de bevoorrechte groep. Het referentiekader om achterstand te bepalen is het aandeel van vrouwen binnen de betrokken functie en het betrokken functieniveau ten opzichte van het potentiële aanbod op de arbeidsmarkt.
- b. Het zorgvuldigheidsvereiste. Er dient een objectieve beoordeling van alle kandidaten plaats te vinden, waarbij rekening wordt gehouden met de mate waarin ieder van de kandidaten aan de functie-eisen voldoet. Benoeming van een kandidaat uit de voorkeursgroep kan alleen plaatsvinden bij gelijke geschiktheid van die kandidaat met andere kandidaten.
- c. Het evenredigheidsvereiste. Het onderscheid dat wordt gemaakt met de maatregel dient in redelijke verhouding te staan tot het legitieme doel. Dit houdt in dat de voorkeursmaatregel (de selectiemethode) moet kunnen worden gerechtvaardigd door de mate van achterstand.
- d. Het kenbaarheidsvereiste: Bij de aanbidding van de functie moet duidelijk worden vermeld dat verweerder een voorkeursbeleid voert en dat de vacature voor iedereen open staat.

Vermeldenswaardig is hier dat de EU strategie voor gendergelijkheid 2020-2025 zowel de EU als de lidstaten aanspoort om concrete maatregelen te treffen om gendergelijkheid te bereiken. De Europese Commissie zegt in dit document toe aan te dringen op de goedkeuring van het in 2012 ingediende voorstel voor een richtlijn inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders, waarin als doel wordt gesteld dat van de niet-uitvoerende bestuursleden ten minste 40% van het ondervertegenwoordigde geslacht moet zijn.²

Vrouwenverdrag

Daarnaast bepaalt artikel 4, eerste lid, Vrouwenverdrag dat tijdelijk bijzondere maatregelen van staten gericht op versnelling van feitelijke gelijkstelling van mannen en vrouwen niet worden beschouwd als discriminatie. Het CEDAW spoort staten aan tijdelijk bijzondere maatregelen te treffen om materiële gelijkheid van vrouwen en mannen te bereiken op alle terreinen, inclusief arbeid, waar vrouwen een achterstand hebben of ondervertegenwoordigd zijn.³ Het CEDAW beschouwt dergelijke maatregelen als noodzakelijk om materiële gelijkheid te bereiken.⁴ De maatregelen die staten treffen moeten proportioneel zijn.

Het CEDAW ziet geen bezwaren tegen voorkeursbeleid in situaties waarin vrouwen een achterstand hebben. Bij sollicitaties wordt dan van de benoemende instantie wel steviger bewijs gevraagd dat de mannelijke kandidaat de voorkeur moet krijgen boven de vrouwelijke kandidaat als sprake is van gelijke geschiktheid. Het verschuiven van de bewijslast helpt om stereotypen die mannen bevoordelen uit te bannen. Deze vorm van voorkeursbeleid is de kern van artikel 4, eerste lid, Vrouwenverdrag, en kan onder meer worden toegepast bij arbeid en in de private en de publieke sector.⁵

² Europese Commissie, 5 maart 2020, *Een Unie van gelijkheid: strategie voor gendergelijkheid 2020-2025*, COM(2020) 152 final, p. 13.

³ CEDAW, Concluding observations on the Netherlands, CEDAW/C/NLD/6 (2016), par. 20.

⁴ CEDAW, General Recommendation No. 25, 'Temporary special measures', CEDAW/C/GR/25 (2004), par. 22.

⁵ Frances Raday, 'Article 4', in: Marsha A. Freeman, Christine Chinkin & Beate Rudolf (red.), *The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. A Commentary*, Oxford: OUP, 2010, pp. 132-133.

Het CEDAW formuleerde aanvankelijk vrijwel uitsluitend aanbevelingen over quotaregelingen voor de politiek en bij publieke benoemingen. Het stelde zich terughoudend op ten aanzien van de private sector. In recente landencommentaren gaat het CEDAW verder en beveelt het staten aan proactieve en specifieke maatregelen te treffen gericht op een toename van het aantal vrouwen in besluitvormende posities.⁶ Bijzonder is de aanbeveling aan Noorwegen om tijdelijk bijzondere maatregelen te treffen om het aantal vrouwelijke leden van de raad van bestuur en directeuren aanzienlijk te vergroten.⁷ Het heeft ook verschillende keren als aanbeveling geformuleerd dat staten wettelijke quotaregelingen introduceren op alle terreinen die door het Vrouwenverdrag worden bestreken en waarop vrouwen een achterstand hebben, zoals politiek, bedrijven en wetenschap.⁸ Het heeft echter geen specifieke uitspraken gedaan over de vraag of een quotum dat een absolute en onvoorwaardelijke voorkeur voor vrouwen garandeert, geoorloofd is, d.w.z. een quotum dat posities alleen voor vrouwen reserveert zonder dat ook mannelijke kandidaten kunnen meedingen, zonder een beoordeling van gelijke geschiktheid.

3 Het voorontwerp langs de lat van de relevante normen

Het voorontwerp stelt voor dat tweederde van de functies in de rvc openstaat voor mannen en vrouwen. Indien tweederde deel bezet wordt door mannen, dan zal voor het resterende derde deel de absolute eis gelden dat die alleen bezet mag worden door een vrouw, op straffe van nietigheid van de benoeming. Er is dus een absolute voorkeur voor vrouwen en uitsluiting van mannen (en vice versa) zolang dat derde deel niet is bereikt, zonder beoordeling van gelijke geschiktheid van kandidaten van beide geslachten. Het staat niet ter discussie dat het doel van het voorontwerp legitiem is: het wil hiermee een meer evenwichtige v/m verhouding bereiken in de rvc van beursvennootschappen.

Het nastreven van een evenredig aantal vrouwen in besluitvormende posities in bedrijven wordt expliciet aanbevolen door het CEDAW. Het CEDAW staat quota toe als tijdelijk bijzondere maatregel. De eisen waar een dergelijke maatregel aan moeten voldoen zijn echter door het CEDAW niet in detail uitgewerkt.

Ten eerste, het criterium van de 'aantoonbare achterstand'. De MvT gaat uitgebreid in op de bestaande achterstand van vrouwen in de top van grote vennootschappen (waaronder in de rvc) en de maatregelen die tot nu toe zijn getroffen door de overheid. De MvT gaat echter niet in op maatregelen die de individuele bedrijven zelf hebben getroffen. Het College adviseert de MvT op dit punt aan te vullen.

Het is duidelijk voor het College dat de achterstand bij beursvennootschappen aanzienlijk is, hoewel enkele van hen het wel goed doen.⁹ Toch meent het College dat nog enkele vragen onbeantwoord blijven. Conform het HvJEU zou de achterstand van vrouwelijke commissarissen gerelateerd moeten worden aan het beschikbare vrouwelijke arbeidsaanbod. Het College adviseert om dit punt toe te lichten in de MvT. Hoe groot is het nationale aanbod aan geschikte vrouwelijke kandidaten voor dergelijke functies? Zijn er verschillen afhankelijk van het werkterrein van de betreffende beursvennootschappen?

⁶ CEDAW, Concluding observations on the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, CEDAW/C/GBR/CO/8 (2019), par. 44.

⁷ CEDAW, Concluding observations on Norway, CEDAW/C/NOR/CO/9 (2017), par. 21.

⁸ CEDAW, Concluding observations on Ireland, CEDAW/C/IRL/CO/6-7 (2017), par. 23.

⁹ Klashorst & Pijls, Reeks Diversiteit (8) 'Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar quota en streefcijfers voor genderdiversiteit in bestuur en toezicht, 31(4) *Tijdschrift voor Ondernemingsrecht* (2020) 152; Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht, *Bedrijvenmonitor Topvrouwen 2019*, Bureau Pouwels, Nijmegen 2019.

En hoe denkt de regering erover wanneer de vacante zetel wordt opgevuld door een buitenlandse vrouwelijke kandidaat? En wat als deze kandidaat die functie ook al bij een andere rvc bekleedt? Het gaat er het kabinet toch immers om de achterstand van vrouwen op de Nederlandse arbeidsmarkt te verkleinen?

Wat het *zorgvuldigheidsvereiste* betreft, is de vraag of het voorbehouden van een plaats in een rvc aan een vrouw legitiem is. Door op voorhand een groep helemaal uit te sluiten, wordt niet vastgesteld of sprake is van gelijke geschiktheid op grond van objectieve criteria, alvorens voorrang te geven aan een vrouwelijke kandidaat. Het HvJEU heeft een dergelijke constructie afgewezen, zij het dat die relevante jurisprudentie al dateert van meer dan twintig jaar geleden.

Het College heeft in enkele meer recente oordelen daarentegen overwogen dat er situaties denkbaar zijn waarin er onder zeer bijzondere omstandigheden wellicht aanleiding kan zijn om het zorgvuldigheidsvereiste niet onverkort toe te passen.¹⁰ In oordeel 2012-195 concludeerde het College dat een dergelijke uitzonderlijke situatie inderdaad aanwezig was vanwege een 'overtuigend beeld van een zeer hardnekkig en structureel probleem'. Het College vond het daarom acceptabel dat de TU Delft tien vacatures voor vrouwen reserveerde. Het College adviseert in de MvT met cijfers te onderbouwen dat ten aanzien van het aandeel van vrouwen in de rvc sprake is van een hardnekkig en structureel probleem en dat dit geldt voor het merendeel van de beursgenoteerde vennootschappen.

Het College merkt hier aanvullend op, dat in het criterium van gelijke geschiktheid een *genderbias* kan sluipen. Bij het bepalen of vrouwen 'gelijk geschikt' zijn, kunnen stereotypen een rol spelen.¹¹ Het adviseert in de MvT daarom nader toe te lichten waarom gekozen is voor hantering van een absoluut quotum, dus zonder beoordeling van gelijke geschiktheid. Meent het kabinet wellicht dat genderstereotypering benoeming van vrouwelijke commissarissen bij gelijke geschiktheid verhindert? Dan zou het goed zijn daarover argumentatie en bronnen te vermelden.

Het *evenredigheidsvereiste* is een proportionaliteitstoets. Het in het voorontwerp voorgestelde ingroeiquotum richt zich alleen op de rvc van beursvennootschappen. Dit is weliswaar conform het advies van de SER¹², die tot deze keuze kwam omdat het een groep bedrijven is die door de bedrijfsomvang zonder meer in staat mag worden geacht werk te maken van een meer gelijkwaardige m/v-verhouding in de rvc en die bovendien goed af te bakenen is. Zij zijn daarnaast al gebonden aan regels van goed bestuur en diversiteit. De MvT geeft echter zelf geen toelichting op deze keuze, behalve dat opgemerkt wordt dat de maatschappelijke discussie over deze categorie bedrijven gaat. De keuze voor een quotum van een derde en om dat quotum alleen te laten gelden voor de rvc en niet ook voor de rvb is evenmin onderbouwd. Het College adviseert deze keuzes alsnog te beargumenteren.

Blijkens de MvT ziet het kabinet zich genoodzaakt deze ingrijpende maatregel te treffen, omdat grote bedrijven tot nog toe een teleurstellende inzet hebben getoond om de instroom van vrouwen in de rvc te bevorderen. Het kabinet betitelt de maatregel als uitzonderlijk, maar is ervan overtuigd dat alleen op deze manier de beoogde maatschappelijke beweging in gang gezet, versneld en bestendig kan worden. Het College kan zich deels vinden in deze overweging. Andere Europese landen waar het aandeel vrouwen in de top laag was, zoals Noorwegen, België, Duitsland, Frankrijk en Italië, Oostenrijk en Portugal, hebben quota ingevoerd met sancties voor niet-naleving. In relatief korte tijd is in deze landen het aandeel vrouwen in de top gestegen. Streefcijfers blijken

¹⁰ Zie CGB 7 juli 2008, 2008-81, ov. 3.21 en CGB 18 december 2012, 2012-195, ov. 3.25.

¹¹ Zie College voor de Rechten van de Mens, *De juiste persoon op de juiste plaats. De rol van stereotypering bij de toegang tot de arbeidsmarkt*, juli 2013.

¹² SER, *Diversiteit in de top, tijd voor versnelling*, 2019.

minder effectief als ze niet gemonitord worden en als geen sancties volgen wanneer ze niet worden gehaald.¹³ Het College geeft wel in overweging in de MvT nader in te gaan op vraag waarom het beoogde maatschappelijke effect (het in gang zetten, versnellen en verstevigen van maatschappelijke beweging) door dit voorontwerp - dat alleen betrekking heeft op beursgenoteerde vennootschappen - zal worden bereikt.

Voor de evenredigheid is tenslotte eveneens van belang dat de maatregel van tijdelijke aard is. De nieuwe regeling zal gelden voor de duur van acht jaar. De Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht adviseerde slechts een termijn vijf jaar om tot versnelling te komen. Het College adviseert om toe te lichten waarom gekozen is voor de termijn van acht jaar.

Tot slot het *kenbaarheidsvereiste*: De nieuwe regeling wordt bij wet vastgelegd en is daarmee publiek kenbaar. Het College adviseert om in de MvT op te nemen dat de beursvennootschap verplicht is bij selectieprocedures voor rvc zetels het toepassen van het ingroeiquotum te vermelden.

4 Vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom

De voorgestelde regeling beperkt de aandeelhouders van de rechtspersoon in hun keuze voor de persoon die namens hen een toezichthoudende taak gaat uitoefenen binnen de rechtspersoon. Om alle zetels in de rvc bezet te krijgen, zullen zij bij de werving en selectie van commissarissen rekening dienen te houden met het geslacht van de kandidaten.

Deze wettelijke verplichting raakt aan de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 EU Handvest) en het recht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM).¹⁴ De aandeelhouders zijn immers in beginsel vrij in de keuze voor een commissaris die namens hen door effectief toezicht op het bestuur bijdraagt aan het succes en voortbestaan van de onderneming. De vrijheid van ondernemerschap en de vrijheid van eigendom zijn echter niet absoluut en mogen gereguleerd worden door de overheid. Eventuele beperkingen van deze rechten dienen echter wel objectief gerechtvaardigd te worden. Het HvJEU heeft in diverse zaken gebalanceerd met grondrechten versus de vrijheid van ondernemerschap.¹⁵ Gelet op die rechtspraak, adviseert het College om in de MvT te onderbouwen waarom in dit geval aan het wegnemen van de ongelijkheid van vrouwen en mannen voorrang gegeven kan worden, zelfs indien dat tegen de wil van de ondernemer is.

5 Breed palet van maatregelen belangrijk

Het nastreven van gendergelijkheid is een doel dat om diverse maatregelen vraagt. Het College ziet het ingroeiquotum als een stap vooruit in een lange reeks van eerdere vrijblijvende maatregelen. Het VN-Vrouwenverdrag verplicht de overheid daarnaast om onderliggende factoren aan te pakken.¹⁶ Onderzoekers van het Centraal Planbureau en het Sociaal en Cultureel Planbureau identificeren verschillende factoren die een rol spelen bij het relatief lage aandeel vrouwen aan de top: de deeltijdcultuur, risicoaversie en

¹³ Commissie Monitoring Streefcijfer Wet bestuur en toezicht (2019).

¹⁴ Ook Klashorst & Pijls (2020) wijzen hier op. Zij adviseren daarom een quotum gehandhaafd met nietigheid, tenzij de vennootschap een gerechtvaardigd belang kan aantonen (in het belang van continuïteit).

¹⁵ Zoals bijvoorbeeld in HvJEU 14 maart 2017, C-157/15, NJ 219/361 (Samira Achbita en het Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding/G4S Secure Solutions NV).

¹⁶ CEDAW, General Recommendation No. 25, 'Temporary special measures' CEDAW/C/GR/25 (2004), par. 10, 18.

competitieaversie, het denken in stereotypen en de bestaande organisatiecultuur. Zij waarschuwen dat quota geen *magic bullets* zijn: voor het aandeel vrouwen onder de top (en de winst) doen bindende quota weinig. Commitment van de top is volgens hen essentieel voor gendergelijkheid, evenals een samenhangend pakket aan maatregelen.¹⁷ Het College acht daarom het verplicht opstellen van passende en ambitieuze streefcijfers en het daarover rapporteren binnen een nieuwe ondersteunende structuur van de SER (de andere maatregel uit het voorontwerp) eveneens van groot belang.

6 Conclusie

Het College onderstreept nogmaals de noodzaak van het tegengaan van de achterstand van vrouwen in het bedrijfsleven, vooral in de top daarvan. Het adviseert het kabinet om bovenvermelde vragen en adviezen in overweging te nemen c.q. aan de uitkomst van de heroverweging uitwerking te geven, voordat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend wordt.

Deze brief is ook toegestuurd aan mr. drs. I. van Engelshoven, minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap en in afschrift aan [REDACTED] voorzitter Sociaal-Economische Raad.

Mocht u nadere vragen hebben dan kunt u contact opnemen met Jonneke Naber (beleidsadviseur), via [REDACTED]

Met vriendelijke groet,

[REDACTED]

[REDACTED]
Voorzitter

¹⁷ CPB/SCP, *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?*, 2019, Kamerstukken II, 2019/2020, 30420, nr. 330.