



Brief aan Vaste Kamercommissie OCW

9 december 2020

Betreft: Behandeling van het wetsvoorstel 35628, Wijziging van Boek 2 van het BW i.v.m. 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, op 10 december 2020 om 10:00 u (inbreng verslag wetsvoorstel).

Geachte leden van de Vaste Kamercommissie OCW,

Ten behoeve van de behandeling van dit wetsontwerp op 10 december hebben wij het ontwerp beschouwd vanuit de positie van de toekomstige vrouwelijke en mannelijke kandidaten voor commissariaten bij beursgenoteerde ondernemingen: *Hoe gaat het wetsvoorstel nu echt in de praktijk werken voor kandidaat-commissarissen bij beursgenoteerde ondernemingen?*

Het grote belang van de aanneming en implementatie van deze wet staat voor ons voorop, omdat de streefcijferwet per 1 januari is vervallen. De noodzaak voor een stevigere wettelijke regeling is voldoende bewezen, getuige het geringe effect van de vervallen streefcijferwet en de goede ervaringen in het buitenland met stevigere quotaregelingen.

Dat neemt niet weg dat we een noodzaak signaleren voor een grotere bescherming van de rechtspositie van vrouwelijke – afgewezen – kandidaten om de doelstelling van deze wettelijke regeling te waarborgen.

1. Onze eerste conclusie is dat in het huidige ontwerp de nietig benoemde mannelijke commissaris goed wordt beschermd:

- a. Besluiten van de raad, waaraan hij deelneemt, zijn en blijven geldig, ook al wordt later de nietigheid van de benoeming vastgesteld.
- b. Hij ontvangt in principe de reguliere commissarissenvergoeding, net als zijn collega-commissarissen.
- c. Hij kan echter niet de rechtspersoon rechtsgeldig naar buiten toe vertegenwoordigen, hetgeen zijn handelingsvrijheid enigszins beperkt.
- d. Indien de aandeelhoudersvergadering wel de omstreden benoeming goedkeurt maar niet de vergoeding, kan zijn schade vergoed worden door de onderneming *tenzij* hij wist of had moeten weten dat het besluit tot benoeming nietig was.
 - i. Dit impliceert:
 1. dat de aandeelhouders de nietigheid van de benoeming hebben kunnen constateren op de algemene vergadering;

- a. dit impliceert weer dat aandeelhouders wisten dat er een vrouwelijke kandidaat in de procedure meedeed;
- b. en dat aandeelhouders wisten dat zij is afgewezen;
- c. en dat aandeelhouders wisten dat de afgewezen vrouwelijke kandidaat objectief gelijk gekwalificeerd was als de nietig benoemde mannelijke kandidaat.
- d. (De vraag is of 'schade' zo ruim moet worden uitgelegd dat hieronder niet alleen de commissarissenbeloning maar ook een vergoeding voor mogelijke reputatieschade valt?)

Het is o.i. niet gebruikelijk dat aandeelhouders zich met zoveel details omtrent de werving en selectie van individuele commissarissen bezighouden. Wij vragen ons af hoe de aandeelhoudersvergadering in staat gesteld wordt om deze beoordeling te kunnen maken.

- e. Hij wordt ook beschermd door het gebrek aan transparante procedureafspraken ten aanzien van het bekendmaken van welke kandidaten hebben meegedaan en hoe zij scoorden ten opzichte van hem. Hij mag er daarom bij zijn benoeming van uitgaan dat hij de best gekwalificeerde kandidaat was.
- f. Het lijkt erop dat, zelfs als in de vacaturetekst wordt opgenomen dat bij gelijke geschiktheid zal worden gekozen voor een vrouwelijke kandidaat, de nietig benoemde mannelijke kandidaat ervan uit mag gaan dat er geen gelijk geschikte vrouwelijke kandidaten waren toen hij (nietig) benoemd werd.
- g. Dit leidt tot de belangrijke vraag: Hoe wordt in de praktijk voorkomen dat bedrijven de quotaregeling kunnen omzeilen door in de procedure wel vrouwelijke gekwalificeerde kandidaten te laten meedoen, maar voor een mannelijke gekwalificeerde kandidaat te kiezen met het argument dat de mannelijke kandidaat net iets beter gekwalificeerd was dan de vrouwelijke kandidaat? Hoe en door wie wordt dit getoetst?

2. Onze tweede conclusie is dat in het huidige ontwerp de niet-benoemde gekwalificeerde vrouwelijke kandidaat onvoldoende wordt beschermd:

- a. Zij is afhankelijk van de terugkoppeling over de redenen van haar afwijzing door het executive search bureau en de HR-directeur van de onderneming om te kunnen vaststellen dat er sprake is van een onterechte afwijzing en daarmee van een nietig benoemde mannelijke commissaris.
 - i. Het is niet aannemelijk dat deze partijen haar zullen informeren dat zij ten onrechte niet is benoemd, omdat partijen daar geen belang bij hebben en er geen transparante selectie – en procedureafspraken zijn voorgeschreven.
 - ii. Indien zij op basis van eigen onderzoek en bijvoorbeeld advies van een onafhankelijk expert tot de conclusie komt dat zij op basis van objectieve criteria een gelijkwaardige kandidaat was, staat haar geen beroep bij de onderneming open. Alleen een gang naar de rechter of het College voor de Rechten van de Mens. Echter, zal een dergelijke procedure moeilijk zijn vanuit het perspectief van bewijslast, want zonder directe toegang tot informatie met betrekking tot het verloop van het selectieproces zal bewijs van discriminatie moeilijk zijn te leveren. En ook al lukt dit wel en wordt zij later in het gelijk gesteld, dan is het aannemelijk dat de

arbeidsverhouding met de betreffende onderneming dan inmiddels zo beschadigd is dat zij niet meer benoemd kan worden.

- iii. Openbaarheid van gerechtelijke procedures veroorzaakt verdere reputatieschade voor de kandidaat in kwestie, waardoor schade aan haar carrière kan ontstaan en een commissarisbenoeming elders nog verder uit het zicht raakt.

Om vrouwelijke afgewezen kandidaten van voldoende rechtsbescherming te verzekeren en doel van de wet daadwerkelijk te kunnen realiseren, is er derhalve een noodzaak om *heldere procedureregels* voor te schrijven met betrekking tot de volgende aspecten:

1. Ten aanzien van de gebruikte selectiecriteria:

De selectie van kandidaten moet geschieden op basis van een *vergelijkende beoordeling* van de kwalificaties van elke kandidaat, door de toepassing van *heldere, objectieve, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria*.

2. Ten aanzien van informatievoorziening en transparantie naar kandidaten:

Op verzoek van een afgewezen candidate, wordt haar informatie ter beschikking gesteld door de onderneming ten aanzien van:

- a. de beoordelingscriteria waarop de selectie is gebaseerd;
- b. de vergelijkende beoordeling van de kandidaten op basis van die criteria; en
- c. de overwegingen die de balans hebben doen doorslaan naar de kandidaat van het andere geslacht.

3. Ten aanzien van de bewijslast voor afgewezen candidate:

Waar de afgewezen candidate feiten aandraagt op basis waarvan kan worden verondersteld dat zij gelijk gekwalificeerd is als de geselecteerde kandidaat, is het aan de onderneming om aan te tonen dat er geen sprake is geweest van discriminatie (*omkering van de bewijslast*).

4. Ten aanzien van informatievoorziening en transparantie naar aandeelhouders:

Bij een voorstel aan de aandeelhouders tot benoeming van een commissaris die niet bijdraagt aan het evenwichtiger maken van de m/v balans in de raad moet het bestuur verplicht worden om inzage te geven in de gehanteerde procedure en in de gemaakte afwegingen bij de keuze tussen kandidaten. Hierdoor wordt de aandeelhoudersvergadering in staat gesteld om de voorgestelde benoeming op de juiste manier te beoordelen en te controleren, en vervolgens de benoeming te weigeren of aan de nietig benoemde kandidaat de beloning te onthouden.

Met vriendelijke groeten,

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

Mr. Mirella Visser,
strategisch adviseur