

# Evenwichtige zetelverdeling in bestuur en raad van commissarissen

Met ingang van 13 april 2017 is de Wet in verband met het voortzetten van het streefcijfer voor een evenwichtige verdeling van de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen van grote naamloze en besloten vennootschappen in werking getreden<sup>1</sup>. De wettelijke bepalingen die een exacte kopie zijn van de regelgeving die van 1 januari 2013 tot en met 1 januari 2016 in het Burgerlijk Wetboek waren opgenomen<sup>2</sup> hebben een tijdelijk karakter en vervallen per 1 januari 2020<sup>3</sup>.

Bedoeling van het wetsvoorstel, zoals de Memorie van Toelichting ('MvT') aangeeft, is het belang om meer diversiteit te bereiken in de top van het Nederlandse bedrijfsleven. De reden voor herinvoering van exact dezelfde wettelijke bepalingen vindt zijn oorsprong in het feit dat er sinds de vorige wettelijke bepalingen 'vooruitgang is geboekt, maar de cijfers geen recht doen aan het potentieel vrouwelijk talent. Zonder een activerende benadering duurt de toename van het aantal vrouwen nog te lang en blijft veel talent onderbenut', aldus de MvT.

## Diversiteitsbeleid EU

Inmiddels is voor beursfondsen een bepaling over hetzelfde onderwerp opgenomen in het Besluit van 23 december 2004 tot vaststelling van nadere voorschriften omtrent de inhoud van het jaarverslag<sup>4</sup>. Hiermee is in de Nederlandse regelgeving uitvoering gegeven aan EU-richtlijn 2014/95/EU. Met ingang van boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2017 moeten grote beursfondsen in het bestuursverslag een toelichting opnemen op het diversiteitsbeleid met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen. De vennootschap vermeldt daarbij de doelstellingen van het beleid, alsmede de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten daarvan in het afgelopen boekjaar. Indien de vennootschap geen diversiteitsbeleid heeft, doet zij gemotiveerd opgave van de redenen daarvoor. De verplichting geldt alleen voor een beursfonds dat op basis van de omvangscriteria van art. 2:397 BW als 'grote rechtspersoon' zou kwalificeren.

De bepalingen over de evenwichtige verdeling, zoals die in Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, worden gezien als een nadere invulling van het genoemde diversiteitsbeleid.



## Evenwichtige verdeling

De omschrijving van een evenwichtige verdeling van de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen is opgenomen in de artt. 2:166 en 276 BW (voor resp. de naamloze en de besloten vennootschap). Van een evenwichtige verdeling is sprake als de zetels van het bestuur en de raad van commissarissen voor ten minste 30% door vrouwen en ten minste 30% door mannen worden bezet. Als van een dergelijke evenwichtige verdeling geen sprake is, wordt hiermee zoveel mogelijk rekening gehouden bij:

- het benoemen en voordragen van bestuurders;
- het opstellen van een profielschets voor de omvang en samenstellen van de raad van commissarissen en bij het aanwijzen, benoemen, aanbevelen en voordragen van een commissaris;
- het opstellen van een profielschets en bij het voordragen, benoemen en aanbevelen van niet-uitvoerende bestuurders (dit betreft de one-tier bestuursstructuur).

Voorwaarde voor het 30%-minimum is wel dat de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen worden verdeeld over natuurlijke personen. Dat betekent het volgende:

Als een bestuur of raad van commissarissen uit slechts één natuurlijk persoon bestaat, is geen sprake van 'verdeling over natuurlijke personen' en geldt de verplichting als hiervoor toegelicht derhalve niet. De verplichting geldt evenmin als de zetels in het bestuur worden bezet door rechtspersonen. Alsdan schuift de verplichting wel door naar de bovenliggende niveaus, op de volgende wijze:

- a. de verplichting om een evenwichtige verdeling na te streven geldt ook voor de naamloze of besloten vennootschap die tot bestuurder in een grote rechtspersoon is benoemd (de holding);
- b. tot slot geldt de verplichting voor een evenwichtige verdeling voor de naamloze of besloten vennootschap die als bestuurder is benoemd in een naamloze of besloten vennootschap als bedoeld onder a (de holding boven de holding als genoemd onder a).

Bijzonder hierbij is dat de verplichting overgaat op de individuele bestuurder-rechtspersoon en niet op het collectief. Om dit met een voorbeeld te verduidelijken: als iedere bestuurder in een grote naamloze of besloten vennootschap zijn bestuurdersrol uitoefent via een eigen besloten of naamloze vennootschap, is bij die rechtspersonen sprake van één bestuurder natuurlijk persoon en vervalt daardoor de verplichting.

Bijzonder is dat de verplichting overgaat op de individuele bestuurder-rechtspersoon en niet op het collectief



### Grote rechtspersonen

De verplichting te streven naar een evenwichtige verdeling van de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen geldt voor een grote rechtspersoon. NB als de zetels worden bezet door een besloten of naamloze vennootschap dan geldt de verplichting, zoals hiervoor uiteengezet, ook voor de bestuurder-rechtspersoon en de eventuele rechtspersoon-bestuurder in laatstgenoemde entiteit.

## De verplichting te streven naar een evenwichtige verdeling van de zetels geldt voor een grote rechtspersoon

Deze (hiervoor als a en b aangeduide rechtspersonen) hoeven niet onder het regime 'groot' te vallen, maar kunnen ook als middelgrote of kleine rechtspersoon kwalificeren. De wetteksten met betrekking tot de evenwichtige verdeling zijn overigens juridisch niet heel zuiver geformuleerd. Dit leidt tot enkele vragen:

In de wettekst van artt. 2:166 en 276 BW wordt alleen gesproken over 'ten minste twee van de vereisten genoemd in art. 397 lid 1'. Dat betekent dat het uitsluitend gaat om de groottecriteria. Dat betekent dat de twee-jaarstermijn uit de aanloopzin buiten beschouwing wordt gelaten. Die aanloopzin, op grond waarvan een rechtspersoon twee jaar of langer opeenvolgend aan de criteria moet voldoen, is bedoeld om veelvuldige wisselingen van het regime te voorkomen. Om dit met een concreet voorbeeld te verduidelijken: Een rechtspersoon die als middelgrote rechtspersoon kwalificeert moet twee jaar de vereisten voor het regime 'groot' overschrijden wil het verslaggevingsregime 'groot' van toepassing worden.

## De Raad voor de jaarverslaggeving beveelt aan om op vrijwillige basis de verplichtingen nog een jaar na te leven

Die benadering wordt volgens de letterlijke wettekst kennelijk niet gevolgd. Een rechtspersoon die voor het eerste jaar aan de criteria voor een grote rechtspersoon voldoet krijgt direct te maken met de wettelijke bepalingen inzake de evenwichtige verdeling van de bestuurszetels over mannen en vrouwen, terwijl het bijbehorende jaarrekeningregime 'groot' nog niet van toepassing is. Of dit ook de bedoeling is blijkt niet uit de wetsgeschiedenis. Consequentie is vervolgens dat een grote rechtspersoon die in omvang afneemt en voor het eerste jaar onder de criteria van het middelgrote regime valt de verslaggevingstechnische consequenties nog niet mag toepassen, maar (gegeven de tweejaarstermijn) nog een jaar aan het jaarrekeningregime van grote rechtspersonen moet voldoen. De verplichtingen met betrekking tot de evenwichtige verdeling zouden op basis van de letterlijke wettekst per direct vervallen. De Raad voor de jaarverslaggeving beveelt overigens aan om op vrijwillige basis de verplichtingen nog een jaar na te leven (RJ 400.108a).

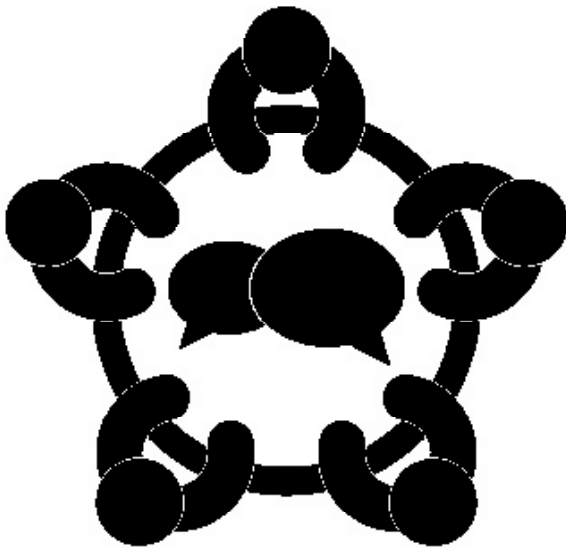
Een ander vraagstuk doet zich voor met betrekking tot de vraag of de omvang van de rechtspersoon op geconsolideerde of enkelvoudige basis moet worden bepaald. Voor het verslaggevingsregime geldt op basis van art. 2:397 lid 2 BW dat de geconsolideerde informatie relevant is. In de wetteksten met betrekking tot de evenwichtige verdeling van zetels in het bestuur en de raad van commissarissen ontbreekt de verwijzing naar dit wetsartikel. Op basis van de letterlijke wettekst gaat het dus om de enkelvoudige cijfers. De MvT bevat op dit punt ook geen informatie ter verduidelijking. Naar het mij voorkomt ligt het in de rede om ook bij de wettelijke bepalingen over de evenwichtige zetelverdeling naar analogie van het jaarrekeningrecht uit te gaan van de geconsolideerde informatie. Gebeurt dat niet, dan missen de wettelijke bepalingen in veel gevallen het doel waarvoor deze in het leven zijn geroepen.

### Bestuursverslag

In de situatie dat de zetels in het bestuur en de raad van commissarissen niet evenwichtig zijn verdeeld, vereist art. 2:391 lid 7 BW een toelichting in het bestuursverslag. Deze toelichting bevat de volgende onderdelen:

- waarom de zetels niet evenwichtig zijn verdeeld;
- op welke wijze de vennootschap heeft getracht tot een evenwichtige verdeling van zetels te komen; en
- op welke wijze de vennootschap in de toekomst beoogt een evenwichtige verdeling van de zetels te realiseren.

Consequentie van de inwerkingtredingsdatum (13 april 2017) is dat jaarrekeningen over boekjaren 2016 die voor 13 april 2017 zijn opgemaakt (nog) niet onder deze verplichting vielen en hiermee in het bestuursverslag derhalve geen rekening hoefden te houden.



Ik merk hierbij nog op dat de verplichting om een bestuursverslag op te maken niet geldt voor rechtspersonen die onder het kleine jaarrekeningregime vallen. Als de verplichting tot evenwichtige verdeling 'overgaat' op de deelnemende rechtspersoon die bestuurder is in een grote rechtspersoon, c.q. op de deelnemende rechtspersoon in die rechtspersoon-bestuurder bestaat de mogelijkheid dat die rechtspersonen onder het kleine jaarrekeningregime vallen. De verplichtingen uit de artt. 2:166 en 276 BW met betrekking tot de evenwichtige zetelverdeling zijn dan wel van toepassing; de vereiste toelichting in het bestuursverslag daarentegen niet.

## De verplichting om een bestuursverslag op te maken geldt niet voor rechtspersonen die onder het kleine jaarrekeningregime vallen

### Gevolgen accountantscontrole

De extra informatie in het bestuursverslag is ook interessant in het licht van de accountantscontrole van de jaarrekening en het bestuursverslag. Tot en met jaarrekeningen 2016 kon de accountant volstaan met (kort gezegd) het vaststellen van de volledigheid van het bestuursverslag en de verenigbaarheid ervan met de jaarrekening. Voor jaarrekeningen over boekjaren vanaf 2016 vereist art. 2:393 lid 3 BW dat de accountant nagaat of het bestuursverslag in het licht van de tijdens het onderzoek van de jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden bevat. Het oordeel in de controleverklaring wordt daardoor uitgebreid met het oordeel of er, in het licht van de tijdens het onderzoek van de

jaarrekening verkregen kennis en begrip omtrent de rechtspersoon en zijn omgeving, materiële onjuistheden in het bestuursverslag zijn gebleken onder opgave van de aard van die onjuistheden (indien daarvan sprake is) (art. 2:393 lid 5g BW).

Als geen sprake is van een evenwichtige verdeling van zetels in bestuur en de raad van commissarissen is de consequentie hiervan dat de accountant de toelichting hierop in het bestuursverslag ook beoordeelt op basis van eventuele informatie die hij uit de controle heeft verkregen.

## Voor jaarrekeningen vanaf 2016 vereist art. 2:393 lid 3 BW dat de accountant nagaat of het bestuursverslag onjuistheden bevat

### Noten

- 1 Staatsblad 2017, 68 bevat de wettekst; Staatsblad 2017, 188 het inwerkingtredingsbesluit
- 2 Staatsblad 2011, 75 bevatte de eerder geldende wettekst; Staatsblad 2012, 455 het inwerkingtredingsbesluit
- 3 Artikel II, Staatsblad 2017, 68
- 4 Staatsblad 2016, 559



Anton Dieleman RA is directeur vaktechniek bij Mazars