

## 11 | Dansen met de wet Diversiteit

*Claartje Bulten*<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

*“Great Achilles. Brilliant Achilles, shining Achilles, godlike Achilles... How the epithets pile up. We never called him any of those things; we called him ‘the butcher’.”*<sup>2</sup>

Bovenstaand citaat komt uit *The Silence of the Girls* van Pat Barker. Barker beschrijft de Ilias, althans: zij laat Briseis aan het woord om de belegering van Troje en de wrok van Achilles te schetsen. Briseis is een gevangengenomen koningin en wordt de favoriete liefdesslavin van Achilles. In deze prachtige roman laat Barker haarfijn zien dat het verschil maakt of een man of een vrouw vertelt. Achilles de oorlogsheld; Achilles the butcher.

Inmiddels zijn vrouwen geen slavinnen meer van oorlogshelden, toch is van absolute gelijkheid tussen man en vrouw nog niet op ieder vlak sprake. Tot ver in de jaren vijftig van de vorige eeuw, dus nog geen zeventig jaar geleden, gold in Nederland een huwelijk voor een vrouw als een ‘onderwerpingsverdrag’. De maritale status bracht handelingsonbekwaamheid mee. Slechts met medewerking van de echtgenoot mocht de vrouw rechtshandelingen verrichten. Met de inwerkingtreding van de Lex-Van Oven werd deze regel op 1 januari 1957 afgeschaft.<sup>3</sup>

Om de gelijkwaardige positie van vrouwen en mannen in het bedrijfsleven te benadrukken, is er sindsdien de nodige emancipatoire wet- en regelgeving bijgekomen. Zonder uitputtend te zijn noem ik (i) de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen ter implementatie van een Europese richtlijn die gelijkheid wil verwezenlijken voor mannen en vrouwen op de arbeidsmarkt; (ii) een inmiddels weer afgeschafte streefcijferbepaling in art. 2:166/276 (oud) BW; en (iii) de Europese richtlijn bekendmaking van niet-financiële informatie met bijbehorende implementatie. Ook (iv) het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) (h)erkent diversiteit. Art. 8 VWEU gaat over de bevordering van gendergelijkheid.

<sup>1</sup> Claartje Bulten is hoogleraar Ondernemingsrecht aan de RU Nijmegen en voorzitter van het Van der Heijden Instituut aldaar. Zij is tevens commissaris bij KPMG NV. Delen van dit hoofdstuk (m.n. par. 1) zijn gebaseerd op Diversiteit of dystopie, *Ondernemingsrecht* 2019/166.

<sup>2</sup> Pat Barker, *The Silence of the Girls*, p. 3. Het boek werd mij overigens aangeraden door een man.

<sup>3</sup> Zie C.J.H. Jansen, ‘De Lex-Van Oven: 50 jaar opheffing handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw’, *NJB* 2006, afl. 23, p. 1256-1260. Ten tijde van de afschaffing werd ‘de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw’ gelukkig al als anomalie gezien, niet strokend met het recht der werkelijkheid.

In de top van het Nederlandse bedrijfsleven is het nog steeds zoeken naar de goede balans tussen het aantal vrouwelijke en mannelijke bestuurders. En dat geldt tevens voor het genderevenwicht in de raad van commissarissen (hierna: 'RvC') en de managementlagen onder het bestuur. De Dutch Female Board Index 2020 geeft het volgende beeld.<sup>4</sup> Het aantal vrouwelijke bestuurders en commissarissen bij beursgenoteerde bedrijven stijgt, maar stijgt langzaam. Het aandeel vrouwen in de raad van commissarissen komt al wel naar 30%. Echter: de vrouwen zijn niet gelijkelijk verdeeld. De Dutch Female Board Index 2020 laat zien dat 43 beursgenoteerde bedrijven nog niet een RvC hebben met een derde vrouwelijke commissarissen. Zij moeten samen nog minimaal 54 vrouwen benoemen om tot een derde te komen.

De disbalans in diversiteit was voor de SER al eerder aanleiding tot het uitbrengen van een omvangrijk advies in september 2019.<sup>5</sup> De drie geledingen van de SER – werkgeversorganisaties, vakbonden en onafhankelijke Kroonleden – kwamen eensgezind tot een voorstel voor een verplicht quotum van 30% vrouwelijke commissarissen bij beursgenoteerde bedrijven en een streefcijverplichting voor 'grote' vennootschappen. De Tweede Kamer was enthousiast en riep het kabinet op om met wetgeving te komen. Die kwam er. En op dinsdag 28 september 2021 nam de Eerste Kamer het wetsvoorstel aan. Inwerkingtreding per 1 januari 2022 ligt in het verschiet.

Dit hoofdstuk gaat over de twee verplichtingen om genderdiversiteit in de top van het bedrijfsleven te verbeteren. Of, zoals de wet luidt: 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. De wettelijke regeling valt uiteen in twee delen. Het meest bekende is het verplichte quotum (par. 2), maar er is eveneens een inspanningsverplichting met streefcijfers (par. 3). Dit hoofdstuk sluit af met enkele observaties (par. 4). De verhouding tot het Europese recht, in het bijzonder de Europeesrechtelijke jurisprudentie over gelijke behandeling laat ik buiten beschouwing.

Een disclaimer vooraf. De wettelijke regeling gaat over binaire genderidentiteit. Het is man óf vrouw. Is er ruimte voor transgenders en non-binaire mensen? In de wetsgeschiedenis antwoordde de minister enigszins cryptisch. Het kabinet wil de onevenwichtige verhouding tussen mannen en vrouwen in de top van bedrijven aanpakken. Dan is het nodig naar de aantallen mannen en vrouwen te kijken, maar is er voldoende ruimte om met personen die niet binnen de klassieke man-vrouwverhouding vallen rekening te houden.<sup>6</sup> Mogelijk doelt de minister op het feit dat de vereiste twee derde (een derde man en een derde vrouw) met zich brengt dat de resterende plekken in de raad van commissarissen naar non-binaire personen

4 Lückkerath-Rovers, M. (2020), The Dutch Female Board Index 2020, p. 4-5. De peildatum was 31 augustus 2020.

5 SER-Advies 19/12, Diversiteit in de top. Ik was als Kroonlid van de SER betrokken bij de totstandkoming van dit advies.

6 Zie *Kamerstukken I* 2020/21, 35 628, nr. C, p. 7.

kunnen gaan. Of dat een transgender of non-binaire persoon zelf mag kiezen. Ik weet het niet precies.

## 2. Het quotum

### 2.1 Toepassingsbereik

De eerste vraag is voor welke bedrijven het quotum geldt. Art. 2:142b lid 1 BW spreekt over een vennootschap waarvan aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt als bedoeld in art. 1:1 Wft in Nederland. Dat is een lange omschrijving van wat de volksmond de beursvennootschap noemt. De verwijzing naar ‘een gereglementeerde markt’ gebeurt vaker in boek 2 BW. Nu voegt de wetgever er ‘in Nederland’ aan toe, om de kring van beursvennootschappen waarvoor het quotum geldt, zo klein mogelijk te maken. Het verplichte quotum geldt dus voor NV’s of BV’s met een beursnotering in Nederland, zoals aan Euronext Amsterdam.<sup>7</sup> Heeft een Nederlandse vennootschap twee noteringen (bijv. primair in de VS en secundair in Nederland) dan is zij ook onderworpen aan art. 2:142b BW. In totaal zijn het thans 97 bedrijven waarvoor het quotum gaat gelden.

Hierbij maakt het niet uit of het bedrijf een structuurregime heeft. Bij een structuurvennootschap is de RvC verplicht en is het minimumaantal commissarissen drie. De ondernemingsraad heeft ten aanzien van een derde van het aantal commissarissen een zogenoemd bindend aanbevelingsrecht. Het kan zijn dat de ‘OR-kandidaat’ verplicht een vrouw of man moet zijn. Het quotum geldt voor iedere commissaris.

De raad van commissarissen van een beursgenoteerde vennootschap behoort dus straks voor minimaal een derde uit vrouwen te bestaan. De wet focust niet enkel op vrouwen – dat zou in strijd kunnen zijn met het recht op een gelijke behandeling – en formuleert het in art. 2:142b lid 2 BW neutraal als volgt:

“Zolang de raad van commissarissen niet voor ten minste een derde van het aantal leden uit mannen bestaat en voor ten minste een derde van het aantal leden uit vrouwen kan een persoon wiens benoeming de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in de raad van commissarissen niet evenwichtiger zou maken, niet tot commissaris worden benoemd, tenzij sprake is van een herbenoeming binnen acht jaar na het jaar van benoeming of van uitzonderlijke omstandigheden als bedoeld in artikel 135a lid 5. (...)”<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Zie *Kamerstukken II* 2020/21, 35 628, nr. 3, p. 20 en 24. Beursgenoteerde BV’s zijn er niet veel (bijv. Fastned BV) maar via de schakelbepaling art. 2:187 BW is het quotum van art. 2:142b BW op hen van toepassing. De verwijzing is een beetje verwarrend omdat in de BV-bepaling de beperking ‘(beursnotering) in Nederland’ niet staat. Ik ga ervanuit dat die beperking er wel in moet worden gelezen als het om het quotum voor de RvC gaat.

<sup>8</sup> Zie *Kamerstukken I* 2020/21, 35 628, nr. A.

Deze schier onleesbare zin houdt het volgende in. Minimaal een derde van de RvC moet vrouw zijn, en minimaal een derde man. Is er een vacature en zou de benoeming van een man ertoe leiden dat er niet een derde van de raad van het vrouwelijk geslacht is, kan in beginsel niet die man worden benoemd. Gebeurt dat toch, dan is sprake van een nietige benoeming. In beginsel, want er zijn een paar uitzonderingen die een benoeming van een man rechtvaardigen terwijl het in verband met het quotum een vrouw moet zijn.

## 2.2 Uitzonderingen

### (i) Herbenoeming zittende persoon

De eerste uitzondering is een herbenoeming van een zittende persoon. Stel dat de termijn voor een mannelijke commissaris tweemaal vier jaar is. Hij werd voor de eerste keer benoemd, net voor inwerkingtreding van de wet. De herbenoeming voor de tweede termijn na vier jaar komt niet in gevaar. De Code 2016 biedt vervolgens ruimte om nog tweemaal voor twee jaar commissaris te zijn. Eigenlijk spreekt Best practice bepaling 2.2.2 over herbenoeming voor twee jaar met daarna *verlenging* van maximaal twee jaar. Is verlenging herbenoeming of een automatisatie zonder dat er een benoemingsbesluit aan te pas komt? Volgens mij is een verlengingsbesluit niet anders te interpreteren dan een herbenoeming. De commissaris in kwestie komt in totaal op een zittingsduur van twaalf jaar (4 plus 4 plus 2 plus 2). Hoe past dat binnen ‘acht jaar na het jaar van benoeming’ uit de onleesbare zin hierboven? De toelichting verwijst onomwonden naar de Code 2016 en zegt dat na drie termijnen (maximaal 12 jaar) er pas een quotum-commissaris moet worden benoemd.<sup>9</sup> Die drie termijnen komen uit de oude Code, waarin driemaal vier jaar stond. Zie ik het goed, dan valt de tweede herbenoeming voor twee jaar (de ‘verlenging’ uit de Code) buiten de achtjaarsperiode uit de diversiteitsbepaling van art. 2:142b BW. De mannelijke commissaris zit maximaal tien jaar en moet hierna plaats maken. Code en quotum lopen niet synchroon. Toch zijn we er nog niet. Het wettelijk quotum verdwijnt namelijk na acht jaar, waarover paragraaf 4. De conclusie is dat een (mannelijke) commissaris die uiterlijk twee jaar en één dag voor inwerkingtreding van de wet is benoemd, met de termijnen uit de Code 2016 kan blijven zitten en het quotum ‘overleeft’. Ik vraag mij af of dit de bedoeling is.

### (ii) Uitzonderlijke omstandigheden

De tweede uitzondering betreft de verwijzing naar art. 2:135a lid 5 BW. Dat artikel gaat over het bezoldigingsbeleid (voor bestuurdersbeloningen). Sinds 1 december 2019 moet een beursvennootschap ten minste iedere vier jaar het bezoldigingsbeleid ter vaststelling aan de aandeelhoudersvergadering voorleggen. De regeling vloeit voort uit Europese wetgeving en beoogt de aandeelhoudersbetrokkenheid en transparantie te vergroten. Afwijking van dat bezoldigingsbeleid is mogelijk, waarbij de procedurele voorwaarden die voor die afwijking gelden weer onderdeel

<sup>9</sup> Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 628, nr. 3, p. 24.

van dat beleid zelf zijn. De afwijking is enkel gerechtvaardigd in uitzonderlijke omstandigheden, zie art. 2:135a lid 4 BW. Uitzonderlijke omstandigheden worden omschreven in lid 5: het gaat om omstandigheden om de langetermijnbelangen en duurzaamheid van de vennootschap als geheel te dienen of haar levensvatbaarheid te garanderen. In die uitzonderlijke omstandigheden is straks én afwijken van het bezoldigingsbeleid én afwijken van het quotum gerechtvaardigd. Met andere woorden: als een bedrijf in financieel zwaar weer zit en de vacante plek in de RvC moet in verband met het quotum worden bezet door een vrouw, mag toch een man benoemd worden indien men geen tijd heeft om uitgebreid te gaan zoeken naar een vrouw. Lid 6 van art. 2:142b BW wijst er streng op dat uitzonderlijke omstandigheden niet eeuwig kunnen duren. De tijdelijke afwijking van het verplichte quotum mag slechts voor twee jaar. Een bedrijf doet er mijns inziens wel verstandig aan de uitzonderlijke omstandigheden bij de benoeming te duiden en toe te lichten waarom wordt afgeweken van het verplichte quotum.

### **(iii) De OK-commissaris**

Er zijn meer uitzonderingen. In lid 4 gaat het over de benoeming van een commissaris door de Ondernemingskamer in een enquêteprocedure. Voor zo'n tijdelijke benoeming door de rechter is diversiteit geen noodzaak. De Ondernemingskamer benoemt een tijdelijke commissaris bij bedrijven waar ingrijpen noodzakelijk is om een conflictueuze situatie een halt toe te roepen en het bedrijf te redden. Die OK-commissaris telt evenmin mee voor het quotum. Kort en goed: in tijden van crises wijkt diversiteit.

## **2.3            *Ingroeiquotum en rekenformules***

Het quotum wordt een ingroeiquotum genoemd. Dat betekent dat de RvC niet op stel en sprong divers hoeft te zijn. Steeds bij het vrijvallen van een plek moet naar de man-vrouwverhouding gekeken worden. De twee hiervoor besproken uitzonderingen kunnen de ingroei vertragen.

Het quotum geldt niet voor bestuurders. De gedachte is dat wanneer de RvC divers van samenstelling is, die raad de samenstelling van het bestuur beïnvloedt. Minimaal een derde vrouwen in de RvC zorgt ervoor dat bij benoeming van een bestuurder diversiteit hoog op het wensenlijstje staat. Met minder dan een derde is er geen 'kritische massa' en wordt de diversiteitsstem onvoldoende gehoord. Geen verplichte vrouw in het bestuur dus, behalve wanneer er sprake is van een one tier board. Het quotum geldt namelijk wél voor de niet-uitvoerende bestuurders. Voor de volledigheid: de uitvoerende bestuurders van een one tier board krijgen niet het verplichte quotum. De niet-uitvoerende bestuurder wordt op dit punt en zoals gebruikelijk behandeld als een commissaris. Ik merk op dat de uitzonderlijke omstandigheden plus de tweejaarstermijn en de tijdelijke benoeming door de Ondernemingskamer eveneens gelden voor de one tier board. In die situaties geldt dat een niet-divers niet-uitvoerend deel van het bestuur is toegestaan.

Hoeveel is een derde wanneer het totaal aantal commissarissen niet deelbaar is door drie? In art. 2:142b lid 2 BW staat een rekenformule:

“Indien het aantal leden van de raad van commissarissen niet door drie deelbaar is, wordt het naastgelegen hogere getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen voor de vaststelling van het aantal leden bedoeld in de vorige zin.”

Ofwel: we ronden af naar boven. Met negen zetels in de RvC minimaal drie vrouwen (en drie mannen), en bij acht zetels ook minimaal drie. Bij een RvC met één commissaris is een quotum onmogelijk en bij twee of vier personen is de verdeling zelfs fiftyfifty in plaats van een derde.

#### 2.4 *Sancties*

Een laatste punt is de sanctie. Eerder schreef ik al dat wanneer een man wordt benoemd terwijl het numeriek een vrouw moet zijn (of andersom), sprake is van een nietigheid. De benoeming is namelijk in strijd met de wet (art. 2:14 lid 1 BW) en daarmee nietig. De persoon is simpelweg geen commissaris. De rechter hoeft niet die nietigheid vast te stellen, iedereen kan wijzen op de nietige benoeming. De rechter *mag* de nietigheid overigens wel vaststellen. Meer dan een constatering is dat niet.

In het uitzonderlijke geval dat niemand bij het beursgenoteerde bedrijf heeft opgemerkt dat de samenstelling van de RvC qua diversiteit niet op orde is, en men handelt alsof de (niet benoemde) persoon commissaris is, kan de vennootschap in problemen komen. Wat te doen met de vergaderingen waar de persoon bij is geweest, de besluiten waarvoor hij zijn stem uitbracht en waarbij hij misschien wel de doorslaggevende stem is geweest? Zijn de besluiten nietig? Vervalt de goedkeuring van de RvC voor de belangrijke bestuursbesluiten? Had de vennootschap die omvangrijke ICT-investeringen niet mogen doen omdat er een nietige commissaris rondloopt? De diversiteitsbepaling kan zo leiden tot grote onzekerheid bij contractspartners van de vennootschap. Gelukkig heeft de wetgever hier oog voor. In lid 5 van 2:142b BW staat dat de nietigheid van een benoeming geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming. Alle besluiten van de RvC blijven geldig, ongeacht de aanwezigheid van de nietige commissaris of misschien zelfs commissarissen. Het verzachten van de gevolgen van een nietige benoeming zien we tevens bij de limitering van het aantal functies. Art. 2:142a BW regelt dat een persoon niet meer dan vijf commissariaten mag hebben. Het zesde leidt tot een nietige benoeming, doch niet tot problemen met de besluiten waarbij de nietige (en te drukke) commissaris bij betrokken is geweest.

De tweede sanctie betreft de nietige commissaris zelf. Moet een man zijn beloning terugbetalen, als iedereen bij zijn benoeming heeft zitten slapen omdat er een vrouw benoemd had moeten worden? Dat ligt lastig. Twee antwoorden zijn mogelijk. De eerste is gebaseerd op de gedachte ‘werk wordt betaald’. De commissaris heeft

vergaderingen voorbereid en bijgewoond. Die inspanningen behoren beloond te worden. Het andere antwoord vloeit voort uit het Imeko-arrest van de Hoge Raad uit 2012.<sup>10</sup> In dat arrest staat de regel ‘benoemd als commissaris betekent betaald als commissaris’. Het ging in die zaak om een commissaris die tijdelijk op de stoel van de bestuurder ging zitten omdat alle bestuurders waren opgestapt. Het stuurloze bedrijf moest geleid. Later wilde de commissaris beloond worden voor het intensieve bestuurswerk. De Hoge Raad was onverbiddelijk: hij was commissaris en kreeg een (karige) commissarisvergoeding. Als ik deze strenge regel doortrek naar de nietige commissaris wordt het: ‘niet benoemd is niet betaald’. Ik denk dat het de nietige commissaris net zo vergaat als de Imeko-commissaris. In de wetsgeschiedenis staat namelijk her en der dat de rechtsgrondslag voor zijn bezoldiging (art. 2:145 BW) vervalt.

Naast deze sancties zijn er ook andere consequenties. Een nietige commissaris kan strijd met de statuten opleveren, omdat de RvC incompleet is. Meestal schrijven statuten een minimaal aantal commissarissen voor. Met een nietige commissaris wordt dat aantal mogelijk niet gehaald. Hoe dit precies uitpakt, vind ik lastig te voorspellen. De besluitvorming komt niet in gevaar, zoals ik hiervoor schreef. De meeste bedrijven hebben bovendien in hun statuten staan dat een incomplete RvC niet betekent dat de raad niet kan functioneren. Misschien kan een aandeelhouder een enquêteprocedure starten en bij wijze van onmiddellijke voorziening verzoeken om een raad van commissarissen die aan wet (quotum) en statuten (aantal) voldoet? Het lijkt mij dat een beursgenoteerd bedrijf het niet op zo'n rechterlijk ingrijpen laat aankomen, nog los van de vraag of de Ondernemingskamer het verzoek van de aandeelhouder honoreert. Een andere consequentie is de inschrijving in het Handelsregister van de nietige commissaris. Ik neem aan dat die inschrijving (toch) lukt. De Kamer van Koophandel gaat niet controleren op diversiteit, schat ik in. Tot slot een paar waarschuwingen voor de nietige commissaris. Hij is en blijft verantwoordelijk voor zijn daden. Die verantwoordelijkheid kan eventueel leiden tot aansprakelijkheid. De wet herkent hem bijvoorbeeld als ‘feitelijk commissaris’ (art. 2:138 lid 7 jo. 2:149 BW). Dit betekent dat de curator hem aansprakelijk kan stellen voor het tekort in de boedel bij kennelijk onbehoorlijke taakvervulling. Ook is (in en buiten faillissement) aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad denkbaar. Ik kan mij indenken dat de nietige commissaris geen aanspraak mag maken op de door de vennootschap afgesloten verzekering tegen aansprakelijkheid.

Hoe nu al deze sancties en gevolgen te voorkomen? Zoals ik schreef, zal het in de praktijk echt uitzonderlijk zijn wanneer niemand in en rond een beursgenoteerd bedrijf opmerkt dat de te benoemen persoon een nietige commissaris wordt. Het is een open deur, maar een te benoemen persoon tot commissaris doet er goed aan zelf ook even de rekensom te maken of hij of zij geen strijd met het verplichte quotum oplevert.

<sup>10</sup> HR 6 januari 2012, NJ 2012/336 m.nt. PvS (*Imeko*).



### 3. Het streefcijfer

#### 3.1 Toepassingsbereik

De tweede diversiteitsverplichting is het streefcijfer en kent een breder toepassingsbereik. Niet enkel beursvennootschappen moeten een streefcijfer vaststellen. In art. 2:166 lid 1 (NV) en 2:276 lid 2 (BV) wordt met een negatieve formulering verwezen naar de negatieve vereisten uit art. 2:397 lid 1 en 2 BW. Die vereisten bakenen de ‘grote’ rechtspersoon af. Dubbel negatief maakt positief. Dus wanneer een NV of BV voldoet aan minimaal twee van de volgende drie vereisten:

- (a) de waarde van de activa bedraagt meer dan € 20 miljoen;
- (b) de netto-omzet per jaar bedraagt meer dan € 40 miljoen;
- (c) er zijn meer dan 250 werknemers;

dan valt zij onder de streefcijferverplichting. Niet per direct, want net als bij het quotum is sprake van een ingroeibepaling. Het gaat nu om een ‘ingroei-termijn’. Als het bedrijf twee jaren achtereen – ‘twee opeenvolgende balansdata’ zegt de wet – aan twee van de drie eisen voldoet, start de verplichting. Krimpt het bedrijf en voldoet het een jaar niet, blijft de verplichting gelden. Pas met twee jaren krimp op rij vervalt de verplichting. Als er vervolgens twee jaar weer wél wordt voldaan aan twee van de drie eisen, geldt het streefcijfer weer. Enzovoorts. Ik merk op dat een grote coöperatie (zoals Rabobank) of een onderlinge waarborgmaatschappij geen wettelijke streefcijferverplichting krijgt. In totaal gaat het om circa 5.000 bedrijven, schat de minister. Onbekend is deze omgang met de ‘grote vennootschap’ overigens niet. Aansluiting bij de dubbel negatieve formulering gebeurt ook in de bepalingen over het maximaal aantal commissariaten (art. 2:132a/242a en 2:142a/252a BW).

En wat behelst het streefcijfer precies? Dat staat in art. 2:166/276 lid 2 BW:

“De vennootschap stelt passende en ambitieuze doelen in de vorm van een streefcijfer vast om de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in het bestuur en de raad van commissarissen, alsmede bij nader door de vennootschap te bepalen categorieën werknemers in leidinggevende functies, evenwichtiger te maken.”

De top en de subtop van het bedrijf krijgen een ‘genderwens’ in de vorm van een streefcijfer. Het is aan het bedrijf zelf om te bepalen wat de na te streven man-vrouwverhouding moet worden en voor welke ‘lagen’ het streven geldt. Voor de subtop komt het executive committee of de eerste en tweede laag van senior managementfuncties in aanmerking. Het executive committee wordt uitdrukkelijk genoemd in de toelichting op het wetsvoorstel. Meestal is het een combinatie van bestuurders (CEO en CFO) en leden van het hogere management. Het valt dus op dat de streefcijferverplichting niet enkel op de top betrekking heeft, maar ook de subtop omvat. Deze verbreding heeft tot doel de wenselijke doorstroming naar de top te versnellen.



Wat is ‘passend’ en ‘ambitueus’? ‘Passend’ wijst op de omvang van de organen en de subtop. En ‘ambitueus’: de samenstelling moet evenwichtiger zijn dan de bestaande situatie.<sup>11</sup> Het streefcijfer kan niet nul zijn, er moet tenminste gestreefd worden naar de benoeming van één vrouw. De wetgever heeft bewust geen minimumpercentage willen voorschrijven. Het gaat wederom om het ‘eigenaarschap van de bedrijven’. Uit de wetgeschiedenis krijg ik de indruk dat het niet de bedoeling is voor de verschillende gremia aparte streefcijfers vast te stellen, zoals 20% voor het bestuur en 40% voor de subtop. Eén streefcijfer per bedrijf lijkt het devies. Ik kan me niet indenken dat het verkeerd is om wel verschillende streefcijfers te formuleren. Met een goede motivering zou maatwerk mogelijk moeten zijn.

Het streefcijfer is vormvrij. Het hoeft niet ieder jaar opnieuw vastgesteld te worden, maar het mag wel. Het bedrijf mag eveneens een stip op de horizon zetten, bijvoorbeeld: over drie jaar is de man-vrouwverhouding 70%-30%. Met het bereiken van het streefcijfer stopt het niet. De vennootschap moet beslissen of zij een nieuw, wederom ambitueus streefcijfer vast kan stellen. Die verplichting is niet vrijblijvend. In de woorden van de minister:

“Als er ruimte is voor evenwichtiger verhoudingen (...) zal de vennootschap na het bereiken van het streefcijfer opnieuw moeten bezien welk streefcijfer passend en ambitueus is.”<sup>12</sup>

### 3.2 *Uitzonderingen*

Als de vennootschap beursgenoteerd is en de invulling van de RvC onderworpen aan het quotum, dan is niet ook nog een streefcijfer voor dat orgaan nodig. Na de inwerkingtreding van de wettelijke diversiteitsverplichtingen krijgen het bestuur en de subtop van een grote beursvennootschap dus een streefcijfer en de RvC een quotum. Dit geldt eveneens voor de niet-uitvoerende bestuurders van een beursvennootschap met een one tier board. Dit is dus de eerste uitzondering op het streefcijfer. Is sprake van één bestuurder en één commissaris, dan mag het streefcijfer voor de twee organen gezamenlijk worden vastgesteld. Bij een bestuurder en twee commissarissen is enkel een streefcijfer voor de RvC verplicht.

De tweede uitzondering is de groepsmaatschappij. Is de grote NV of BV onderdeel van een concern en geeft haar moedervenootschap (de holding) uitvoering aan de streefcijferverplichting, dan is die groepsmaatschappij of dochter vrijgesteld. De moeder mag op grond van art. 2:166/276 lid 5 BW de verplichtingen namens meer dochters vervullen. Het hoeft niet, moeder en dochter mogen separaat verschillende streefcijfers hanteren. Als de moeder op enig moment stopt, dan moet de grote dochtervennootschap wel opletten: haar verplichting ‘herleeft’ per direct.

<sup>11</sup> Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 628, nr. 3, p. 12.

<sup>12</sup> Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 628, nr. 3, p. 12.

### 3.3 *Een transparant plan*

Met streefcijferdoelen eindigt het niet. De doelen moeten in een concreet plan staan, samen met de wijze waarop de vennootschap denkt de doelen te bereiken (zie art. 2:166/276 lid 3 BW). Dat plan kan een profielschets behelzen, de omschrijving van een transparant wervings- en selectieproces, danwel nadere uitleg over het gehanteerde voorkeursbeleid. Bovendien is het streefcijfer niet enkel voor intern gebruik. Er geldt een rapportageverplichting, aldus lid 4 van art. 2:166/276 BW:

“Jaarlijks binnen tien maanden na afloop van het boekjaar, rapporteert de vennootschap aan de Sociaal economische Raad over het aantal mannen en vrouwen dat aan het eind van het boekjaar deel uitmaakt van het bestuur en de raad van commissarissen, alsmede van de nader door de vennootschap te bepalen categorieën werknemers in leidinggevende functies, de doelen in de vorm van een streefcijfer, het plan om deze doelen te bereiken en als één of meer doelen niet zijn bereikt, de redenen daarvoor.”

De grote vennootschappen worden dus gedwongen transparant te zijn over het proces rond het bereiken van de streefcijfers. Zij moeten rapporteren aan de SER. Die rapportage wordt ingebed in een te ontwikkelen infrastructuur bij de SER. Op de website van de SER staat dat hij in samenwerking met VNO-NCW een webportaal bouwt. Straks kunnen bedrijven eenvoudig hun cijfers doorgeven, rapporteren over de man-vrouwverhouding in de top en subtop en melden welke maatregelen zij hebben genomen. Dit alles is niet op anonieme basis, integendeel: de streefcijfers en resultaten worden gepubliceerd via die digitale infrastructuur van de SER. Om de bedrijven enigszins tegemoet te komen en het bezwaar van (weer een) rapportageverplichting te verminderen, is het streven van de SER de publicatie in het bestuursverslag van de streefcijferverplichtingen langs elektronische weg te accepteren voor het webportaal. Hij zal alle gegevens monitoren. Hoe staat het met de benoeming van vrouwen en houden de bedrijven zich aan de transparantieplichtingen? De SER (be)oordeelt aldus of er sprake is van vooruitgang van genderdiversiteit.

De streefcijferverplichting begint te lopen zodra de wet op 1 januari 2022 in werking treedt. Een jaar later moeten de bedrijven rapporteren over het jaar ervoor. De eerste cijfers druppelen zo in 2023 bij de SER binnen.

### 3.4 *Sancties?*

Wordt in strijd met het streefcijfer een man benoemd terwijl er een vrouw aan de beurt is, dan is de benoeming niet nietig. De man wordt gewoon bestuurder, commissaris of subtopper. De vennootschap heeft wel uit te leggen waarom het streefcijfer met de benoeming niet wordt bereikt.

Wat als de onderneming geen streefcijfer vaststelt en geen gegevens aanlevert bij de SER? Het antwoord is simpel. Sancties zijn er niet. Geen boetes, geen waarschuwing. Het doel van de streefcijferbepaling is enkel ‘het activeren van de zelfbenoemde streefcijfers en het eigenaarschap van bedrijven.’<sup>13</sup> De sanctie is als het ware ‘transparantie’. Die transparantie geschiedt door publicatie via de infrastructuur van de SER (en als niet-financiële informatie bij de jaarrekening). Het bedrijf moet uitleggen wat het doet om de doelstellingen te halen, waarom het niet gelukt is en wat het in de toekomst gaat doen om het wél te halen. Die uitleg is zichtbaar voor de ‘buitenwereld’. Mogelijk signaleert de SER onwil of komt er een publicatie met naam en toenaam (*naming and shaming*). Al vraag ik mij af of de SER de 5.000 bedrijven met al hun gegevens, voldoende op het netvlies krijgt. De minister gaat er in ieder geval vanuit dat bedrijven ter verantwoording worden geroepen.<sup>14</sup>

### 3.5 *Verhouding met de Code en het Besluit inhoud bestuursverslag*

Grote beursvennootschappen zijn op grond van (geïmplementeerde) Europese regels al verplicht het een en ander te melden over diversiteit. Wanneer sprake is van een ‘grote vennootschap’ wordt op dezelfde wijze berekend als het streefcijfer, waarover paragraaf 3.1. In het bestuursverslag behoort zij (lees: het bestuur) mededeling te doen omtrent het diversiteitsbeleid met betrekking tot de samenstelling van het bestuur en de raad van commissarissen, zie art. 3a lid 1 aanhef en sub d van het Besluit inhoud bestuursverslag. In het bestuursverslag staan de doelstellingen, en de wijze waarop het beleid is uitgevoerd. Ook de resultaten van de uitvoering over het afgelopen boekjaar behoren vermeld te worden. Is er geen diversiteitsbeleid, dan is het zaak gemotiveerd aan te geven waarom niet. De wetgever is van plan de streefcijferverplichting in het bestuursverslag onder te brengen. Er geldt straks dus een dubbele publicatie van de verplichtingen van art. 2:166/276 BW: eenmaal per jaar in het bestuursverslag en in het webportaal van de SER.

Ook de Code 2016 kent bepalingen over het diversiteitsbeleid. Het onderscheid grote en kleine vennootschap wordt niet gemaakt, dus alle vennootschappen waarop de Code 2016 van toepassing is, vallen onder best practice bepaling 2.1.5 en 2.1.6. Deze bepalingen schrijven onder meer het volgende voor:

#### *2.1.5 Diversiteitsbeleid*

De raad van commissarissen stelt een diversiteitsbeleid op voor de samenstelling van het bestuur, de raad van commissarissen en, indien aanwezig, het *executive committee*. In het beleid wordt ingegaan op de concrete doelstellingen ten aanzien van diversiteit en de voor de vennootschap relevante aspecten van diversiteit, zoals nationaliteit, leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring.

<sup>13</sup> Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 628, nr. 4, p. 8.

<sup>14</sup> Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35 628, nr. 14 p. 32.

#### 2.1.6 Verantwoording over diversiteit

In de corporate governance verklaring worden het diversiteitsbeleid en de uitvoering daarvan toegelicht. Hierbij wordt ingegaan op:

- (i) de doelstellingen van het beleid;
- (ii) de wijze waarop het beleid is uitgevoerd; en
- (iii) de resultaten van het beleid in het afgelopen boekjaar.

De volgende verschillen en overeenkomsten vallen op. Voor de Code 2016 is niet het bestuur, maar zijn de commissarissen eerstverantwoordelijk waar het gaat om diversiteit. Het is de RvC die een diversiteitsbeleid opstelt. Dat beleid ziet op de samenstelling van het bestuur, de RvC, en eventueel de executive committee. Meer managementlagen onder het bestuur noemt de Code 2016 niet, terwijl de wetgever met het streefcijfer die lagen wél wil betrekken. En diversiteit is in de Code 2016 breder dan gender. Het gaat om nationaliteit, leeftijd, geslacht en achtergrond inzake opleiding en beroepservaring. Verantwoording over het beleid en de uitvoering ervan wordt afgelegd in de corporate governance verklaring van of bij het bestuursverslag. Dat laatste komt redelijk overeen met de transparantiegedachte en de melding aan de SER.

Er is nog een duidelijk verschil tussen de al bestaande diversiteitsverplichtingen en de komende streefcijferbepaling. De grote vennootschap moet kleur bekennen en een getal noemen. Dat getal is het genderstreven: zoveel vrouwen moeten er minimaal in het bestuur of in de subtop komen. Het plan om het streefcijfer te halen, kan mijns inziens vervolgens steunen op het (deels bestaande) diversiteitsbeleid. Bij de implementatie, vormgeving en uitvoering begint de overlap met de al geldende regels rond genderdiversiteit die het betreffende bedrijf heeft opgesteld.

## 4. Afsluiting

Op dit moment kent de wet geen ‘harde’ verplichtingen op het terrein van genderdiversiteit. Er was een streefcijferregeling met een evenwichtige zetelverdeling op basis van ‘pas toe of leg uit’, en die is sinds 1 januari 2020 vervallen. Een vacante positie in de RvC mag nu dus vervuld worden zonder acht te slaan op de man-vrouwverhouding. Het wachten is op de inwerkingtreding op 1 januari 2022 de twee verplichtingen die ik besprak: het verplichte quotum voor de RvC bij beursgenoteerde vennootschappen en de streefcijferbepaling voor de brede top van alle grote NV’s en BV’s. In 2023 moet de grote vennootschap vervolgens de eerste keer de streefcijfergegevens en -plannen digitaal aanleveren bij de SER. Hoe dat aanleveren precies in zijn werk gaat, is nu nog onduidelijk. Wat de SER precies met die gegevens gaat doen, ook.

Nederland loopt niet voorop met het quotum. In de ons omringende landen zijn er soortgelijke verplichtingen met verschillen in toepassingsbereik, percentages en

sancties.<sup>15</sup> België kent bijvoorbeeld de sanctie dat ‘elk voordeel, financieel of ander, van de bestuurders, verbonden aan de uitoefening van hun mandaat, [wordt, CB] geschorst’. Geen beloning voor de bestuurder die van het verkeerde geslacht is. In Frankrijk wordt zelfs de beloning voor *alle* bestuurders opgeschort zolang het bestuur als geheel niet aan het quotum voldoet. Duitsland kent de ‘leerer Stuhl’ – een benoeming in strijd met de quotaregeling is nietig en de bestuursplek blijft onbezet. Die Duitse lege stoel is goed te vergelijken met de sanctie van een nietige benoeming van een Nederlandse commissaris.

Voor velen is het verplichte quotum en de streefcijferbepaling niet genoeg. Er moet een plan van aanpak komen voor gelijke kansen voor alle vrouwen op de werkvloer.<sup>16</sup> Er bestaat namelijk een ‘deeltijdklem’; het is voor veel vrouwen praktischer en zelfs financieel aantrekkelijker in deeltijd te gaan werken. De balans van werk en zorgvoorzieningen zoals ouderschapsverlof en kinderopvang moet aangepast. Een ander veelgehoord geluid ziet op de semipublieke sector. Waarom wel een verplicht quotum voor (private) bedrijven maar niet voor een sterk door de overheid gereguleerde sector? En hoe zit het met de overheid zelf? Die behoort niet enkel regels op te leggen maar zelf het goede voorbeeld te geven, is de gedachte.

In dit hoofdstuk ligt de focus op de komende wettelijke regeling met verplichtingen voor bedrijven op het terrein van genderdiversiteit. Ik besef mij dat diversiteit veel meer is dan een evenwichtige man-vrouwverhouding. Culturele diversiteit, LHBTI-diversiteit, de mens is zo divers als zijn verschijningsvorm. Daarnaast is diversiteit veel omvangrijker dan regels. Sterker nog; het is de vraag of diversiteit wel gevangen kan worden in dwingendwettelijke verplichtingen. Wettelijke bepalingen kunnen de genderdiversiteit misschien wel bevorderen, maar ze zorgen er niet voor dat iedereen geaccepteerd wordt. Of, nog beter: zich geaccepteerd voelt. Dat laatste duidt men aan met inclusiviteit of inclusie. Dat is lastiger te meten én lastiger te bewerkstelligen dan een rechttoe, rechtaan man-vrouwverhouding. Diversiteit en inclusie, twee woorden die hoog op de agenda staan of moeten staan van menig bestuurder en commissaris. Wat precies het verschil is? Een eenvoudige uitleg is de volgende: diversiteit is de uitnodiging voor het feestje, inclusie is je thuis voelen en lekker dansen op het feestje.

Tot slot. Wettelijke diversiteit kent een horizon. De wetsartikelen over het quotum respectievelijk het streefcijfer gelden exact acht jaar. Die termijn komt in de knoop met de herbenoemingen, zie paragraaf 2.2.

Na acht jaar vallen alle verplichtingen dus weer uit de wet. Tenminste, als de wetgever tevreden is. Die tevredenheid hangt af van de nu al aangekondigde evaluatie. Den Haag wil na vijf jaar de balans opmaken van de instroom en doorstroom van vrouwen in topposities. Is er te weinig diversiteit, dan blijft de wettelijke regeling bestaan. De dans met diversiteit is voorlopig nog niet ten einde...

15 Zie uitgebreid M.L. Lennarts in: H.E. Boschma e.a., Evaluatie wet bestuur en toezicht, WODC-onderzoek uitgevoerd door IVO, oktober 2017, § 5.2, waar ik de voorbeelden aan ontleen.

16 Zie bijv. de motie van Jasper van Dijk en Van Weyenberg, *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 XV, nr. 59.

