

# Nieuwe diversiteitswetgeving: invoering van het ingroeiquotum en streefcijfers

Bb 2022/12

## 1. Inleiding

Bij het schrijven van deze bijdrage ligt de jaarwisseling net achter ons. Een mooi moment voor reflectie op het verleden en een blik op de toekomst. 1 januari 2022 is voor het streven naar meer genderdiversiteit in de top van het Nederlandse bedrijfsleven in ieder geval symbolisch een belangrijke datum. Op deze dag is de wet inwerking tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: 'BW') in verband met 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 (hierna: 'de Wet') in werking getreden. Na een periode van überhaupt geen 'diversiteitswetgeving' in Boek 2 BW, komt daar dus weer verandering in. In deze actualiteit wordt de aanloop naar deze nieuwe wetgeving besproken, de inhoud van deze wet en de betekenis hiervan voor de praktijk.<sup>2</sup>

## 2. Terugblik: streefcijfers in Boek 2 BW, emancipatiebeleid en SER-onderzoek

Een gemeenschappelijke gedachte van alle maatregelen (waaronder wet- en regelgeving) op het gebied van (gender) diversiteit is het geloof in het belang en de waarde van genderdiversiteit voor bedrijven, individuele personen en de maatschappij als geheel. Vrouwen worden in het algemeen ongelijker behandeld binnen het professionele speelveld ten opzichte van mannen. Dit komt onder andere door de invloed van impliciet gender bias, waardoor bijvoorbeeld een vrouw minder snel wordt gezien als een leider en goede prestaties van een vrouw eerder worden toebedeeld aan externe oorzaken in plaats van haar eigen inzet. Het argument 'maar het gaat mij om kwaliteit, niet om gender', boet gelukkig in aan populariteit. Terecht, kwaliteit is namelijk niet objectief bepaalbaar maar wordt juist medebepaald door gender (en overigens ook andere vormen van diversiteit die het bereik van deze bijdrage te buiten gaan maar des te belangrijker zijn).<sup>3</sup>

Ook de overheid heeft al meermaals de ambitie uitgesproken meer genderdiversiteit aan de top van het Nederlandse

bedrijfsleven te willen realiseren. Uit verschillende rapportages, zoals onder andere de Female Board Index<sup>4</sup> die jaarlijks uitkomt, blijkt namelijk dat het aantal vrouwelijke bestuurders en commissarissen al jaren achterblijft. Van 1 januari 2013 tot 1 januari 2020 kende het Burgerlijk Wetboek een wettelijke streefcijferregeling (artikel 2:166 en 2:276 BW). Op grond van deze regeling moesten grote vennootschappen streven naar een evenwichtige man-vrouw verdeling in de raad van bestuur en raad van commissarissen. Grote vennootschappen zijn vennootschappen die op twee opeenvolgende balansdata, zonder onderbreking nadien op twee opeenvolgende balansdata, hebben voldaan aan twee of drie van de vereisten genoemd in artikel 2:397 lid 1 BW. Er was sprake van een evenredige verdeling indien de raden bestonden uit ten minste 30% vrouwen en ten minste 30% mannen. Over de (al dan niet bereikte) evenwichtige verdeling moest verantwoording afgelegd worden in het bestuursverslag. Als geen sprake was van een evenwichtige verdeling, moest worden toegelicht waarom dit het geval was, op welke wijze wel geprobeerd is een evenwichtige verdeling te bereiken en op welke wijze de vennootschap alsnog die evenwichtige verdeling wil bereiken. Het was vervolgens aan de algemene vergadering om te beoordelen of zij genoegen namen met die uitleg. Op 1 januari 2016 vervielen de streefcijfers, maar werden ze wederom ingevoerd. Ditmaal waren de betreffende artikelen in Boek 2 BW van 13 april 2017 tot 1 januari 2020 van kracht. Daarna zijn ze – tot nu toe definitief – vervallen.

Naast het Burgerlijk Wetboek kent ook de Nederlandse Corporate Governance Code sinds 2008 een 'diversiteitsbepaling'. Deze bepaling was slechts beperkt en hield in dat de raad van commissarissen moest streven naar een gemengde samenstelling met betrekking tot geslacht en leeftijd.<sup>5</sup> Sinds 2016 is de bepaling aangepast en meer concreetiseerd. De raad van commissarissen moet een diversiteitsbeleid opstellen voor de samenstelling van het bestuur, raad van commissarissen en – eventueel – het *executive committee*.<sup>6</sup> In het beleid moet worden ingegaan op '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>7</sup> In de corporate governance verklaring moet de inhoud en uitvoering van dit diversiteitsbeleid nader zijn toegelicht. Bovendien zijn grote vennootschappen sinds 2017 verplicht om in een corporate governance verklaring of het bestuursverslag mededeling te

1 Charlotte Perquin-Deelen is advocaat bij Dirkzwager legal & tax en fellow bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

2 Voor een meer kritische blik verwijst ik naar mijn column in *Ondernemingsrecht* 2022/1.

3 Zie hierover meer uitgebreid en voor een wetenschappelijke onderbouwing: C.F. Perquin-Deelen, *Biases in de boardroom en de raadkamer. Een juridische en filosofische analyse van de bestuurlijke taakuitoefening en rechterlijke beoordeling, mede aan de hand van een empirische studie* (Serie vanwege het van der Heijden Instituut, deel 160) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, hoofdstuk 3, p. 67 e.v.

4 <https://www.tias.edu/kennis/dossiers/detail/female-board-index>.

5 *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, nr. 3, p. 3-4.

6 Paragraaf 2.1.5 Corporate Governance Code 2016. De Corporate Governance Code 2016 is te raadplegen via: <https://www.mccg.nl/de-code/publicaties/codes/2016/12/8/corporate-governance-code-2016>.

7 Paragraaf 2.1.5 Corporate Governance Code 2016.

doen over het diversiteitsbeleid – en als deze ontbreekt – de reden hiertoe. Als de grote vennootschappen wel een diversiteitsbeleid hebben, dan moeten zij in de corporate governance verklaring ingaan op in ieder geval de doelstellingen van het beleid, de wijze waarop het beleid is uitgevoerd en de resultaten in het voorbije boekjaar. Wijken de resultaten af van de doelstellingen van de vennootschap, en/of van het (toen nog geldende) wettelijke streefcijfer uit Boek 2 BW, dan moet tevens worden toegelicht wat de stand van zaken is, welke maatregelen worden genomen om de doelstellingen dan wel het streefcijfer wel te bereiken en op welke termijn de vennootschap dit wil doen.<sup>8</sup>

Het bevorderen van gelijkheid tussen mannen en vrouwen op het gebied van arbeid en inkomen is een van de speerpunten van het emancipatiebeleid, waarbij het bevorderen van de man-vrouw diversiteit in de top van het bedrijfsleven een belangrijk onderdeel is.<sup>9</sup> Om deze problematiek nader in beeld te brengen hebben de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap in 2018 de Sociaal Economische Raad (hierna: 'SER') advies gevraagd over het bereiken van meer diversiteit in de top van het Nederlandse bedrijfsleven.<sup>10</sup> De adviesvraag ziet daarbij niet alleen op genderdiversiteit, maar tevens op culturele diversiteit.

Dit advies verscheen in 2019, getiteld 'Diversiteit in de top, tijd voor versnelling'. De SER pleit voor specifieke maatregelen gericht op het bevorderen van diversiteit in de top van het bedrijfsleven.<sup>11</sup> Als een inclusieve samenleving het doel is, moet volgens de SER een evenredige vertegenwoordiging van vrouwen aan de top gerealiseerd worden. Diversiteit in de top kan bijdragen aan kansengelijkheid, talentontwikkeling, verbetering van het opleidingsniveau, verbetering van de kwaliteit van bestuurders, een verbetering van het maatschappelijk en ethisch gedrag van ondernemingen en vermindering van beloningsverschillen tussen mannelijke en vrouwelijke bestuurders.<sup>12</sup> Het advies gaat hoofdzakelijk in op het bereiken van genderdiversiteit. De maatregelen die de SER voorstelt zijn bedoeld om de doorstroom van vrouwen te bevorderen en het tempo van de groei van het aantal vrouwen in de top van het Nederlandse bedrijfsleven te versnellen. De SER stelt een tweetal maatregelen voor: (1) Ingroeiquotum voor de raad van commissarissen van beursgenoteerde vennootschappen; en (2) passende en ambitieuze streefcijfers voor grote vennootschappen. Deze maatregelen zijn door de wetgever overgenomen in het voorontwerp van de in deze bijdrage besproken wet en zijn gedurende de wetsbehandeling in stand gebleven. De wet is op 1 januari 2022 in werking getreden en zal vijf jaar na inwerkingtreding geëvalueerd worden.<sup>13</sup>

### 3. De Wet: twee maatregelen

Wat houden deze door de SER voorgestelde en door de wetgever overgenomen maatregelen precies in? Achtereenvolgens bespreek ik het ingroeiquotum en de passende en ambitieuze streefcijfers die inmiddels zijn opgenomen in het huidige artikel 2:142b en artikel 2:166/276 BW.

#### 3.1. Ingroeiquotum beursgenoteerde vennootschappen

Aan Boek 2 van het BW zal artikel 142b worden toegevoegd inhoudende een ingroeiquotum voor raden van commissarissen van (enkel) beursvennootschappen. Zolang de raad niet voor ten minste een derde uit mannen en ten minste een derde uit vrouwen bestaat, kunnen er geen personen worden benoemd die niet bijdragen aan deze verdeling. Deze bepaling geldt ook als is gekozen voor een monistisch bestuursmodel, waarbij sprake is van niet-uitvoerende bestuurders.<sup>14</sup> Als het aantal commissarissen niet deelbaar is door drie, wordt het naastgelegen hogere getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen. Dit houdt in dat als bijvoorbeeld de raad bestaat uit vier of vijf personen, de samenstelling evenwichtig is als deze bestaat uit ten minste twee vrouwen en twee mannen.<sup>15</sup> Een streefcijfer voor een evenwichtige samenstelling is niet mogelijk bij een bestuur of raad van commissarissen die bestaan uit één persoon. Het streefcijfer wordt dan – indien mogelijk – vastgesteld over beide organen tezamen.

Het ingroeiquotum kent verschillende beperkingen. Een eerste belangrijke beperking is dat het slechts geldt voor beursvennootschappen. De wetgever beargumenteert deze afbakening met het argument dat dit een goed af te bakenen groep bedrijven betreft die in staat wordt geacht werk te kunnen maken van een evenwichtiger samenstelling van hun raad van commissarissen.<sup>16</sup> Dat hebben zij echter in de afgelopen dertien jaar niet sterk laten zien.<sup>17</sup>

Een tweede beperking is dat het ingroeiquotum slechts van toepassing is op de raad van commissarissen, en dus niet op de raad van bestuur. Juist op de plek waar daadkracht nodig was, laat de wetgever het afweten. De gedachte hierachter is dat de raad van commissarissen (in de regel) bevoegd is tot benoeming van leden van de raad van bestuur. Een meer genderdiverse raad van commissarissen zal ook meer vrouwelijke kandidaten selecteren voor de raad van bestuur.<sup>18</sup> Kortom: 'het is een kwestie van tijd' voordat er meer vrouwen in de raad van bestuur zitting hebben. Maar, hebben vennootschappen niet al ruimschoots de tijd gehad het zelf te doen? De Female Board Index geeft al dertien jaar een overzicht van de vrouwelijke vertegenwoordiging in de raden van bestuur en raden van commissarissen van alle Nederlandse NV's die zijn genoteerd aan Euronext

8 Paragraaf 2.1.6 Corporate Governance Code 2016.

9 Kamerbrief over de Emancipatienota 2018-2021, 29 maart 2018.

10 SER-advies aanvraag inzake diversiteit aan de top, 29 juni 2018.

11 SER, 'Diversiteit in de top, tijd voor versnelling', 2019, te raadplegen via: <https://www.ser.nl/nl/adviezen/diversiteit-in-de-top>, laatst geraadpleegd d.d. 20 november 2021.

12 SER-advies diversiteit in de top 2019, Deel II, p. 54 en 183.

13 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 14 (MvT).

14 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 10 (MvT).

15 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 24 (MvT).

16 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 10 (MvT) en SER-advies 'Diversiteit in de top', Deel I, p. 32.

17 Vgl. Female Board Index 2005 en de Female Board Index 2021, te raadplegen via: <https://www.tias.edu/kennis/dossiers/detail/female-board-index>.

18 C.F. Perquin- dellen & K.J. Bakker, 'Voorontwerp Modernisering NV-recht en evenwichtiger man/vrouw verhouding', *Ondernemingsrecht* 2020/106.

Amsterdam. Uit de Female Board Index van afgelopen jaar blijkt dat de percentages vrouwelijke bestuurders en commissarissen beiden zijn gestegen: van 12,4% naar ruim 13,6% (bestuurders) en van 29,5% naar 33,2% (commissarissen). Uit de 2021-Index blijkt dat 61 van de in totaal 89 beursvennootschappen voldoen aan het per 1 januari 2022 ingestelde wettelijke ingroeiquote van minimaal 33% vrouwen in de raad van commissarissen. Dat an sich stemt hoopvol. Maar waar het beeld bij de raad van commissarissen positiever is, is dit niet het geval voor de raden van bestuur. Van de in totaal 214 bestuurders van de 89 beursvennootschappen, zijn slechts 29 vrouw (13,6%). Bij de 65 beursvennootschappen zonder vrouwelijke bestuurder, zijn dit jaar wel 14 nieuwe bestuurders benoemd: allen mannelijk. Dus ook daar waar nieuwe kansen zich voordoen: de benoeming van een nieuwe bestuurders, laten de vennootschappen het afweten.

Bovendien boet het 'kwestie-van-tijd-argument' aan status in omdat slechts sprake is van een *ingroeiquote* (als een variant op een 'normaal' quote). De regeling gaat alleen gelden voor het aanstellen van *nieuwe* commissarissen. Indien een commissaris voor herbenoeming in aanmerking komt, maar dit niet conform het ingroeiquote is, kan deze commissaris desondanks herbenoemd worden.<sup>19</sup> De gedachte hierachter is dat een goed functionerende commissaris niet gedwongen zou moeten worden te vertrekken. Dit maakt echter dat het lang kan duren voordat de nieuwe benoeming van commissarissen leidt tot een evenwichtige verdeling in de raad van commissarissen. De herbenoeming blijft wel uitsluitend mogelijk indien de herbenoeming binnen acht jaar na het jaar van eerste benoeming heeft plaatsgevonden.

Ten vierde is het ingroeiquote niet van toepassing indien sprake is van uitzonderlijke omstandigheden zoals onvoorziene uittreding van een groot aandeel van de raad van commissarissen.<sup>20</sup> Het begrip uitzonderlijke omstandigheden is niet geheel afgebakend. Indien hiervan sprake is – of indien de vennootschap meent dat hiervan sprake is – kan tijdelijk (voor de duur van twee jaar) een commissaris worden aangesteld die niet bijdraagt aan een evenwichtige verhouding. Tot slot is een benoeming in strijd met het ingroeiquote nietig. Deze nietige benoeming gaat alleen niet zo ver dat de rechtshandelingen van de genomen beslissingen waaraan is deelgenomen niet rechtsgeldig zijn genomen. Dit zou te veel afbreuk doen aan de rechtszekerheid.<sup>21</sup> Aandeelhouders kunnen wel tegen een voorgestelde vergoeding stemmen van de op nietige wijze benoemde commissaris en de nietige benoemde commissaris kan daarnaast aansprakelijk zijn op grond van de onrechtmatige daad van artikel 162 van Boek 6 van het BW.<sup>22</sup>

### 3.2. *Passende en ambitieuze streefcijfers grote vennootschappen*

De wet introduceert daarnaast voor grote vennootschappen de verplichting om een passend en ambitieus streefcijfer vast te stellen om de verhouding man-vrouw in de raad van bestuur, raad van commissarissen en de subtop vast te stellen, opgenomen in artikel 2:166 en artikel 2:276 BW.<sup>23</sup> Wederom is met de aanduiding 'grote vennootschappen' aansluiting gezocht bij artikel 2:397 BW, zoals hiervoor besproken. Dit komt neer op ongeveer 5000 vennootschappen. Deze 5000 vennootschappen bepalen zelf wat zij 'passend' en 'ambitieuw' vinden. Dat is in ieder geval al een belangrijk manco van de wet. Naast het formuleren van deze streefcijfers, moeten de vennootschappen een plan opstellen om hun doelen te bereiken. Jaarlijks binnen tien maanden na afloop van het boekjaar, moet de 'grote' vennootschap aan de SER rapport uitbrengen. De verplichte rapportage aan de SER zal gelden voor boekjaren die aanvangen op of na 1 januari 2022. Dit houdt in dat indien het boekjaar gelijk is aan het kalenderjaar, uiterlijk 31 oktober 2023 gerapporteerd moet worden aan de SER. In het rapport delen de vennootschappen mee hoeveel mannen en vrouwen in de raad van bestuur, raad van commissarissen en de subtop van de vennootschap zitten. Voorts rapporteren zij over de streefcijfers en het plan om deze streefcijfers te bereiken. Indien de streefcijfers niet zijn behaald, moet de vennootschap aangeven wat hiervoor de reden is.<sup>24</sup> Momenteel is de SER nog bezig met het ontwikkelen van een 'diversiteitsportaal' waar vennootschappen in de toekomst de rapportage kunnen doorgeven.

De wetgever kent de SER een monitorende en ondersteunende functie toe. De SER is niet belast met het opleggen van sancties. Er is ook totaal geen concreet sanctiemechanisme. De verwachting bestaat dat de voorgestelde wettelijke regeling, tezamen met de verplichte rapportage, voldoende wordt nageleefd. Dit is een erg positieve verwachting, zeker aangezien de vorige wettelijke streefcijfers niet voldoende werden nageleefd en dit juist de hele reden was om op zoek te gaan naar andere manieren om meer genderdiversiteit aan de top van het Nederlandse bedrijfsleven te bereiken. Bovendien blijken de 5000 grote vennootschappen ook niet goed op de hoogte te zijn van de nieuwe wet. Medio oktober 2021, slechts twee maanden voordat de wet in werking trad, was slechts 17% van de vennootschappen gestart met voorbereidingen en wist slechts ongeveer 50% van de vennootschappen dat zij streefcijfers moesten gaan opstellen, plannen van aanpak moesten maken en jaarlijks moeten gaan rapporteren aan de SER.<sup>25</sup> Dat beeld stemt niet erg hoopvol.

19 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 11 (MvT).

20 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 12 (MvT).

21 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 25 (MvT).

22 C.F. Perquin-Deelen, Reeks Diversiteit (10): 'Recente ontwikkelingen genderdiversiteit 2020', *Ondernemingsrecht* 2021/13.

23 Artikel 2:166 en 2:276 BW (nieuw).

24 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 13 (MvT).

25 Nieuwsbericht SER d.d. 4 oktober 2021,

[https://www.ser.nl/nl/thema/diversiteit-en-inclusie/-/link.aspx?\\_id=A79925145DED49109DE4330EBEA0FF45&\\_z=z%27](https://www.ser.nl/nl/thema/diversiteit-en-inclusie/-/link.aspx?_id=A79925145DED49109DE4330EBEA0FF45&_z=z%27).

#### 4. Tot besluit

De afgelopen jaren is er steeds meer aandacht voor diversiteit in de top van het bedrijfsleven. Hoewel er een groei is van het aantal vrouwen in de top, is dit niet voldoende en gaat het proces langzaam. Een wettelijke regeling voor beursgenoteerde- en grote vennootschappen om diversiteit in de top te bevorderen, wordt gezien als noodzakelijk om dit doel te bereiken. De wet in verband met 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 introduceert een ingroeiquote voor de raden van commissarissen van beursvennootschappen en 'passende en ambitieuze' streefcijfers voor de raden van bestuur, de raden van commissarissen en de subtop van grote vennootschappen. De wet lijkt een wat tandeloze tijger en het voorbeeld van een gebrek aan daadkracht. Het is te hopen dat de vennootschappen nu daadwerkelijk hun eigen verantwoordelijkheid nemen en laten zien dat zij geloven in de kracht van diversiteit.