

Tot slot wijzigen de Richtsnoeren voor zzp'ers niets op andere gebieden dan het mededingingsrecht, zoals op het vlak van pensioenen, het stakingsrecht of de inkomensbelasting. De Richtsnoeren passen wel in een tendens waarbij niet het gekozen label maar de feitelijke werkelijkheid bepalend is voor de kwalificatievraag.²³

Mr. B.J. Drijber²⁴

REEKS DIVERSITEIT (11): Over een Europees diversiteitsstreefcijfer, het ingroeiquotum en de Due diligence-richtlijn

Ondernemingsrecht 2022/45

1. Inleiding

In 2012 deed de Europese Commissie een voorstel voor een streefcijfer voor beursgenoteerde ondernemingen ten behoeve van het bereiken van meer genderdiversiteit aan de top.¹ Nederland was onderdeel van de minderheid die het voorstel blokkeerde.² Bijna tien jaar na dato – maart 2022 – hebben de ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid overeenstemming bereikt over een Europees streefcijfer neergelegd in de conceptribrichtlijn *'Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on improving the gender balance among director of companies listed on stock exchanges, and related measures'* ('concept-richtlijn').³ In deze bijdrage gaan wij nader in op deze conceptribrichtlijn. Het Nederlandse kabinet heeft nu al aangekondigd gebruik te willen maken van de 'opschortingsclausule' die de conceptribrichtlijn biedt.⁴ Onze wetgeving wordt dus voorlopig niet aangepast. Wij gaan dan ook kort in op de per 1 januari 2022 ingevoerde nationale 'diversiteitswetgeving' en wij kijken vooruit op de (on)mogelijkheden van het voorstel tot een Due diligence-

richtlijn.⁵ Want waar de wielersport duidelijk maakt écht verandering te willen bewerkstelligen op het gebied van gelijkheid tussen mannen en vrouwen,⁶ laat ons kabinet die glansrol aan zich voorbijgaan.

2. Anno 2012: het eerste voorstel

Reeds in 2012 constateert de Europese Commissie dat het aantal mannen en vrouwen in *boards* binnen de Europese Unie (EU) niet in balans is. Hoofdzakelijk wordt gedoeld op one-tier boards bestaande uit niet-uitvoerende en uitvoerende bestuurders, maar er wordt een directe vergelijking gemaakt met het (in Nederland vaker voorkomende) two-tier-board-model met een bestuur en een raad van commissarissen. Hoewel er wel degelijk verschillen zijn tussen bijvoorbeeld de niet-uitvoerende bestuurder en de commissaris,⁷ worden deze in dit richtlijnvoorstel gelijkgesteld. Hiernavolgend spreken wij vereenvoudigd over niet-uitvoerende bestuurders (resp. commissarissen) en uitvoerende bestuurders (resp. bestuurders).

Er bestaan groeiende verschillen tussen de lidstaten als het aankomt op de methodes die de lidstaten gebruiken – als ze die al gebruiken – om meer genderdiversiteit in de top van ondernemingen te bereiken. Verschillende doelgroepen (beursgenoteerd, groot, staatsdeelnemingen), verschillende modellen ('pas toe of leg uit', streefcijfers, objectieve quota met sancties) en gericht op verschillende functionarissen (niet-uitvoerende of uitvoerende bestuurders). Deze verschillen maken dat er niet alleen grote verschillen zijn per land in de mate waarin vrouwen zitting hebben in de top van ondernemingen, het vormt ook een belemmering voor de interne markt. Ondernemingen moeten in elke lidstaat aan verschillende vereisten voldoen (of aan geen enkel vereiste). Dit zorgt onder meer voor praktische problemen voor bedrijven die actief zijn in meerdere lidstaten, bijvoorbeeld bij grensoverschrijdende fusies.⁸ Dit leidt in 2012 tot het richtlijnvoorstel inzake verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen.⁹ Het doel van dit voorstel is dat beursvennoot-

23 Vgl. HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746 (*Gemeente Amsterdam*), waarin een verduidelijking is gegeven van HR 14 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2495 (*Groen/Schoevers*).

24 Berend Jan Drijber is advocaat-generaal bij de Hoge Raad en redacteur van dit tijdschrift.

1 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614, Brussel: Europese Commissie, 14 november 2012.

2 *Kamerstukken II* 2012/13, 33483, nr. 2, p. 6.

3 Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on improving the gender balance among director of companies listed on stock exchanges, and related measures, 6468/22, COM(2012) 614, Brussel: Council of the European Union, 4 March 2022, par. I (Context of the Proposal).

4 *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3287, p. 2-3.

5 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 2022/0051, Brussel: Europese Commissie, 23 februari 2022.

6 'Ronde van Vlaanderen trekt prijzengeld mannen en vrouwen gelijk', NOS 21 februari 2022; 'Van 2.500 naar 16.000 euro: ook Amstel Gold Race belooft vrouwen en mannen gelijk', NOS 5 april 2022.

7 Zie hierover bijvoorbeeld: N. Kreileman, *De niet-uitvoerende bestuurder in een one tier board* (*Serie Van der Heijden Instituut nr. 168*) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

8 Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on improving the gender balance among director of companies listed on stock exchanges, and related measures, 6468/22, COM(2012) 614, Brussel: Council of the European Union, 4 March 2022, par. I (Context of the Proposal).

9 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614, Brussel: Europese Commissie, 14 november 2012.

schappen bereiken dat van de niet-uitvoerende bestuurders ten minste 40% vrouw en ten minste 40% man is, respectievelijk een percentage van 33% bij een berekening met de uitvoerende bestuurders en niet-uitvoerende bestuurders tezamen. Dit kan leiden tot discriminatie op grond van geslacht.

Op grond van artikel 21 lid 1 Handvest Grondrechten EU is elke discriminatie op grond van geslacht in beginsel verboden. Het beginsel van gelijkheid belet echter niet dat maatregelen gehandhaafd of genomen worden waarbij specifieke voordelen worden ingesteld ten voordele van het ondervertegenwoordigde geslacht (artikel 23 Handvest Grondrechten EU). Dit is het beginsel van positieve discriminatie dat eveneens is neergelegd in artikel 157 lid 4 VWEU. Voldaan moet worden aan drie criteria om het concept van formele gelijke behandeling te verzoenen met dat van positieve discriminatie: (i) de maatregelen moeten betrekking hebben op een sector waarin vrouwen zijn ondervertegenwoordigd; (ii) er mag alleen prioriteit worden gegeven aan vrouwelijke kandidaten met dezelfde kwalificaties als mannelijke kandidaten; (iii) er hoeft niet automatisch en onvoorwaardelijk prioriteit te worden gegeven aan kandidaten met gelijke kwalificaties; de maatregelen moeten een uitzonderingsclausule omvatten op grond waarvan in gerechtvaardigde gevallen uitzonderingen kunnen worden gemaakt. Daarbij moet rekening worden gehouden met de individuele situatie en in het bijzonder met de persoonlijke situatie van elke kandidaat. Het voorstel voldoet aan deze criteria, aldus de Europese Commissie.¹⁰

In de Raad van de Europese Unie behoort Nederland in 2012 tot de blokkerende minderheid. Nederland is van oordeel dat het richtlijnvoorstel de 'subsidiariteitstoets' niet kan doorstaan. Het is volgens Nederland aan de lidstaten zelf om op dit terrein maatregelen te nemen. Ook blijkt uit het BNC-fiche dat de regering het eigen Nederlandse initiatief, de streefcijferregeling van 30%, een kans wil geven en voldoende tijd wil gunnen.¹¹ Tot 1 januari 2020 kende de Nederlandse wet namelijk een streefcijferregeling waarin is bepaald dat 'grote' naamloze en besloten vennootschappen moeten zorgen voor een evenwichtige zetelverdeling, zodanig dat minstens 30% van de zetels in raden van bestuur en raden van commissarissen worden bezet door vrouwen en minstens 30% door mannen.¹² Voorts zou het

richtlijnvoorstel onvoldoende duidelijk zijn, bijvoorbeeld op het gebied van het opleggen van sancties bij niet-naleving.¹³ Het voorstel strandt en blijft vervolgens lang op de plank liggen. Tot onder voorzitterschap van Malta het voorstel weer nieuw leven ingeblazen wordt. Er is geen sprake meer van een blokkerende minderheid; ook Nederland komt terug op zijn standpunt en steunt het richtlijnvoorstel. Volgens het kabinet 'hebben er in de afgelopen periode verscheidene ontwikkelingen plaatsgevonden die een heroriëntatie van het kabinetsstandpunt met betrekking tot de eerder geuite subsidiariteitsbezwaren rechtvaardigen'.¹⁴ Het kabinet geeft een aantal redenen waarom het wenselijk is (nu) een positief-constructieve houding aan te nemen ten opzichte van het richtlijnvoorstel. Allereerst wenst het huidige kabinet een actief emancipatie- en antidiscriminatiebeleid te voeren, in lijn met de Europese Gendergelijkheidsstrategie 2020-2025.¹⁵ Daarnaast is het maatschappelijk draagvlak voor diversiteitsmaatregelen aanzienlijk toegenomen. Het kabinet verwijst daarbij naar het advies van de Sociaal-Economische Raad ('SER') uit 2019 'Diversiteit in de top: tijd voor versnelling'.¹⁶ Wat ook meespeelt – en in de redenering van het kabinet doorslaggevend lijkt te zijn – is dat het kabinet meent dat Nederland waarschijnlijk een beroep kan doen op de opschortingsclausule van de richtlijn; aanpassingen van huidige wet- en regelgeving zouden dan (nog) niet zijn vereist (zie hiernavolgend in par. 3.2 van deze bijdrage). Zo krijgen de huidige nationale initiatieven voldoende ruimte om tot resultaat te leiden, aldus het kabinet.

Nederland wenst op het gebied van gendergelijkheid 'tot de koplopersgroep van Europa [te] blijven behoren'.¹⁷ Wij vragen ons evenwel af op welke koplopersgroep het kabinet doelt. Uit recente rapporten blijkt nu juist dat Nederland het helemaal niet zo goed doet op het gebied van gendergelijkheid in vergelijking met andere Europese landen. Nederland maakt slechts geringe vooruitgang met het verwezenlijken van gendergelijkheid en doet het op een aantal punten slechter dan andere Europese landen.¹⁸ Zo staat Nederland nog steeds onderaan de ranglijst van

¹⁰ Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on improving the gender balance among director of companies listed on stock exchanges, and related measures, 6468/22, COM(2012) 614, Brussel: Council of the European Union, 4 March 2022, par. I.

¹¹ *Kamerstukken II* 2012/13, 33483, nr. 2, p. 4. In het BNC-fiche staat een beschrijving van een voorstel van de Europese Commissie en een eerste oordeel van de regering over het voorstel.

¹² Wet van 6 juni 2011 tot wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over het bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen, *Stb.* 2011, 275. Zie over de resultaten van deze streefcijferregeling o.a.: B.P. van de Klashorst & A.C.W. Pijls, 'Reeks Diversiteit (8): Een empirisch en rechtsvergelijkend onderzoek naar quota en streefcijfers voor genderdiversiteit in bestuur en toezicht', *Ondernemingsrecht* 2020/31.

¹³ *Kamerstukken II* 2012/13, 33483, nr. 2, p. 4.

¹⁴ *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3287, p. 2-3.

¹⁵ Voor meer informatie over de Gendergelijkheidsstrategie 2020-2025 zie Europese Commissie, 'Een Unie van gelijkheid: strategie voor gendergelijkheid 2020-2025', COM(2020) 152, Brussel: Europese Commissie, 5 maart 2020.

¹⁶ SER, 'Diversiteit in de top, tijd voor versnelling' (SER 19/12), september 2019, te raadplegen via: <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/diversiteit-in-de-top>.

¹⁷ *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3287.

¹⁸ SDG-rapportage, 'Nederland ontwikkelt duurzaam', 20 mei 2020, te raadplegen via: <https://mensenrechten.nl/nl/nieuws/nederland-en-gendergelijkheid-nog-een-wereld-te-winnen>; CBS, 'Monitor Brede Welvaart en de Sustainable Development Goals 2020', te raadplegen via: <https://longreads.cbs.nl/monitor-brede-welvaart-en-sdgs-2020/>; OESO, 'Part-time and Partly Equal: gender and work in the Netherlands', 11 september 2019, te raadplegen via: <https://www.oecd.org/social/part-time-and-partly-equal-gender-and-work-in-the-netherlands-204235cf-en.htm>.

de 22 West-Europese landen en Noord-Amerika in het Global Gender Gap Report.¹⁹ Maar: enige vorm van krediet is juist. Nederland steunt de huidige conceptringhtlijn. Maar wat houdt de huidige conceptringhtlijn – dat bijna tien jaar na het eerste voorstel de goedkeuring van de Europese ministers van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft gekregen – in?

3. Anno 2022: overeenstemming

3.1 Inhoud van de conceptringhtlijn

De conceptringhtlijn bestaat voor het overgrote deel uit het originele voorstel uit 2012. De laatste aanpassing dateert van 4 maart 2022.²⁰ Er is nog geen sprake van een definitieve richtlijn. Er moet nog onderhandeld worden over de precieze vormgeving van de bepalingen in de richtlijn. De conceptringhtlijn introduceert een streefcijfer van 40% voor de niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen. De lidstaat kan als alternatief ook kiezen voor introductie van een streefcijfer van 33% voor het totaal van de uitvoerende én niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen (artikel 4 lid 1 conceptringhtlijn).²¹ De lidstaten moeten bewerkstelligen dat beursgenoteerde ondernemingen deze percentages uiterlijk 31 december 2027 bereikt hebben.

Het absolute aantal functionarissen dat nodig is om aan het streefcijfer te voldoen is het aantal dat de 40% respectievelijk 33% zo dicht mogelijk benaderd. Vrij alarmerend vinden wij wel het vervolg van de uitleg: ‘tegelijkertijd mogen beursgenoteerde ondernemingen niet ertoe worden verplicht leden van het ondervertegenwoordigde geslacht te benoemen op de helft of meer van de niet-uitvoerende bestuursposities, dit om buitensporige restricties te voorkomen’ (artikel 4 lid 2 conceptringhtlijn). De conceptringhtlijn introduceert ook een ‘voorrangsregel’. Is sprake van gelijk gekwalificeerde kandidaten van beide geslachten, dan dient voorrang te worden gegeven aan de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht, ‘tenzij een objectieve beoordeling op basis van alle criteria die specifiek op de individuele kandidaten van toepassing zijn, de

balans doet uitslaan in het voordeel van een kandidaat van het andere geslacht’ (artikel 4a lid 2 conceptringhtlijn). Dit is opgenomen om te voldoen aan de vereisten van het Hof van Justitie inzake positieve discriminatie,²² maar brengt wel een ander probleem met zich. Bij het beoordelen van “kwaliteiten” delven vrouwen namelijk vaker het onderspit ten faveure van mannen, daar waar het leiderschapsfuncties betreft.²³ Wel kan de afgewezen kandidaat bij de onderneming om een onderbouwing verzoeken van de gemaakte keuze wanneer toepassing wordt gegeven aan de voorrangsregel dan wel de tenzij-formule (artikel 4a lid 3 en lid 4 conceptringhtlijn).

Indien ten minste een derde van alle bestuursposities wordt bekleed door leden van het ondervertegenwoordigde geslacht, ongeacht of zij uitvoerend of niet uitvoerend zijn, wordt ook voldaan aan de doelstelling van lid 1 en hoeft aldus niet gestreefd te worden naar een percentage van 40% voor de niet-uitvoerende bestuurders (artikel 4 lid 1 conceptringhtlijn geeft een keuze).

De richtlijn bevat weinig omtrent de sancties bij niet-naleving. Het is aan lidstaten zelf dit te bepalen in de nationale bepalingen. Wel dienen deze sancties doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn (artikel 6 conceptringhtlijn). Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een administratieve boete of nietigheid dan wel vernietigbaarheid van het benoemingsbesluit. Een onderdeel van het ‘sanctiepakket’ is *naming and shaming*. Beursgenoteerde ondernemingen dienen eenmaal per jaar aan de bevoegde autoriteiten informatie te verstrekken over de bestaande man-vrouwverhouding en de maatregelen die zijn genomen om de doelstellingen te bereiken. De ondernemingen dienen deze informatie op een passende en toegankelijke manier op hun website te publiceren (artikel 5 lid 2 conceptringhtlijn).

3.2 Opschorting: nationale wetgeving

De richtlijn bevat ook een ‘escape’. Wanneer lidstaten al vóór inwerkingtreding van deze richtlijn ‘net zo effectieve’ maatregelen hebben genomen om een evenwichtige verdeling van vrouwen en mannen te waarborgen onder uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen, mogen de procedurele voorschriften inzake benoemingen worden opgeschort (artikel 4b conceptringhtlijn). De richtlijn geeft onder andere als voorbeeld dat nationale wetgeving het vereiste stelt dat voor 31 december 2027 30% van de niet-uitvoerende bestuurders bestaat uit het ondervertegenwoordigde geslacht, of dat 25% van de uitvoe-

19 World Economic Forum, ‘Global Gender Gap Report’, maart 2021, te raadplegen via: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf.

20 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de verbetering van de man-vrouwverhouding bij niet-uitvoerende bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, COM(2012) 614, Brussel: Europese Commissie, 14 november 2012, p. 16 e.v., te raadplegen via: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0614&from=EN>. Dit voorstel uit 2012 is in 2017 en 2022 vernieuwd. Wij gaan uit van de conceptringhtlijn in combinatie met het aanpassingsdocument uit 2022: Proposal for a directive of the European Parliament and of the council on improving the gender balance among director of companies listed on stock exchanges, and related measures, 6468/22, COM(2012) 614, Brussel: Council of the European Union, 4 March 2022, te raadplegen via: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6468-2022-INIT/en/pdf>. In gezamenlijkheid spreken wij over ‘de conceptringhtlijn’.

21 Wij volgen in deze bijdrage de nummering van de conceptringhtlijn zoals weergegeven in het aanpassingsdocument uit 2022.

22 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, NJ 1996/507 (*Kalanke*); HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, NJ 1998/808 (*Marschall*); HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97; NJ 2000/532 (*Badeck*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, NJ 2001/28 (*Abrahamsson*).

23 Zie meer uitgebreid: 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 Van der Heijden Instituut nr. 160)* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 3.4.2.2.

rende en niet-uitvoerende bestuurders tezamen bestaat uit het ondervertegenwoordigde geslacht. Ook dienen er doel-treffende, evenredige en afschrikkende handhavingsmaatregelen te worden getroffen in geval van niet-naleving.²⁴ De opschortingsbevoegdheid geldt tot 31 december 2029, mits de nationale wetgeving van toepassing blijft. De minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap is van mening dat de Nederlandse situatie op dit moment aan de opschortingsvoorwaarden van de richtlijn voldoet.²⁵ Hij wijst daarbij op cijfers uit de Female Board Index 2021 waaruit blijkt dat in 2021 het percentage vrouwen in raden van commissarissen van beursvennootschappen in Nederland 33% bedroeg.²⁶ Een beroep op de opschortingsclausule vindt de minister van belang omdat daarmee de eigen nationale wetgeving voldoende ruimte krijgt om tot resultaten te leiden. De wet waar de minister op doelt is het per 1 januari 2022 in het Burgerlijk Wetboek ('BW') opgenomen ingroeiquotum en de nieuwe streefcijferregeling.²⁷ Het ingroeiquotum is van toepassing op (slechts) beursvennootschappen – dit zijn circa 100 vennootschappen – en bepaalt dat, 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, een persoon wiens benoeming niet bijdraagt aan een evenwichtige verdeling, niet tot commissaris kan worden benoemd.²⁸ Een benoeming in strijd met het ingroeiquotum is nietig. Het quotum ziet aldus expliciet niet op de raden van bestuur. Het betreft voorts alleen benoemingen van nieuwe commissarissen en ziet niet op de herbenoemingen van bestaande commissarissen, en de nietige benoeming staat ook niet in de weg aan de rechtsgeldigheid van door de raad van commissarissen genomen besluiten. Toepassing en reikwijdte van het ingroeiquotum is dus beperkt.

De introductie van de nieuwe streefcijferregeling is qua reikwijdte wel breder dan het ingroeiquotum. Grote vennootschappen in de zin van Boek 2 BW – dit zijn circa 5000 vennootschappen – dienen 'passende en ambitieuze' streefcijfers op te stellen om de verhouding tussen het aantal mannen en vrouwen in zowel de raad van bestuur als de raad van commissarissen, alsmede bij nader door de vennootschap zelf te bepalen categorieën werknemers in lei-

dinggevend functies, evenwichtiger te maken.²⁹ Voorts dienen de vennootschappen een plan op te stellen om de gestelde doelen te bereiken en hierover jaarlijks aan de SER te rapporteren. Dit gaat via het "SER Diversiteitsportal". Jaarlijks wordt deze informatie door de SER gepubliceerd in de 'dataverkenner'.³⁰ Juist omdat zowel het ingroeiquotum als de nieuwe streefcijferregeling veel eigen initiatief en verantwoordelijkheid van de betrokken vennootschappen vraagt, is bekendheid met de wet een *must*. Problematisch is dan ook het resultaat van de door de SER uitgevoerde enquête onder de 100 beursvennootschappen en 5000 grote vennootschappen. Acht op de tien vennootschappen 'hadden van de wet gehoord, maar slechts een kwart weet wat de wet voor hun bedrijf gaat betekenen. Bijna driekwart heeft nog geen idee.' Vier op de tien vennootschappen was medio oktober 2021, twee maanden voordat de wet in werking trad, er nog niet van op de hoogte dat zij streefcijfers moeten opstellen voor de raad van bestuur, de raad van commissarissen en de subtop, en hierover jaarlijks moeten rapporteren aan de SER. Slechts 17% van de vennootschappen was gestart met de voorbereiding. Ruim een kwart had nog geen actie ondernomen omdat zij, naar eigen zeggen, nog onvoldoende kennis hadden van de wet en de consequenties. 63% gaf aan de behoefte te hebben aan meer informatie over de wet.³¹ Helaas is sinds de inwerkingtreding van de wet geen nieuwe quickscan gedaan. Wij kunnen dus slechts hopen dat de bekendheid van de wet in grote mate is verbeterd. Voor zover wij weten heeft het kabinet niet gereageerd op deze betreuzenswaardige resultaten. Wel heeft het kabinet aangegeven zich te blijven inzetten voor het behoud en de verduidelijking van de opschortingsclausule in de conceptrichtlijn. Het kabinet lijkt aldus groot vertrouwen te hebben in de effectiviteit van de nationale wetgeving. Wederom: wij kunnen slechts hopen!

4. Due diligence-richtlijn; gendergelijkheid afdwingbaar?

Met een weinig ambitieuze nationale regeling en een Europese richtlijn waarvan de werking in Nederland wordt opgeschort tot 2029, zijn andere mogelijkheden nodig om genderdiversiteit en gendergelijkheid te kunnen afdwingen. Geïnspireerd door de voordracht van prof. mr. Femke Laagland op het Van der Heijden-congres d.d. 9 april 2022 hebben wij ons afgevraagd of het nieuwe voorstel voor een 'Due diligence-richtlijn' een uitkomst kan bieden om gendergelijkheid en genderdiversiteit af te dwingen bij zowel de onderneming als de betrokken lidstaat.³²

24 De richtlijn geeft daarnaast nog meer voorbeelden in artikel 4b lid 1 onder a t/m c, zie de conceptrichtlijn aanvullingen d.d. 4 maart 2022, p. 32-33.

25 *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3287, p. 3.

26 Vergis u overigens niet, het percentage voor de raden van bestuur is minder rooskleurig en bedraagt slechts 13,6%. De 65 beursvennootschappen die geen enkele vrouwelijke bestuurder hebben, hadden de kans een meer genderdiverse top te bewerkstelligen, maar hebben ervoor gekozen in 2021 14 nieuwe mannelijke bestuurders te benoemen. Zie meer uitgebreid: M. Lückerrath-Rovers, 'The Dutch Female Board Index 2021', te raadplegen via: <https://www.tias.edu/docs/default-source/kennisartikelen/femaleboardindex2021.pdf>.

27 Waarover al kort: C.F. Perquin-Deelen, 'Versnelling zonder medaillekansen: over quotum en streefcijfers', *Ondernemingsrecht* 2022/1; zie voorts: C.F. Perquin-Deelen, 'Nieuwe diversiteitswetgeving: invoering van het ingroeiquotum en streefcijfers', *Bb* 2022/12.

28 Artikel 2:142b BW.

29 Artikel 2:166 en 2:276 BW.

30 Zie: <https://www.ser.nl/nl/thema/diversiteitsportaal/%E2%80%8B-/link.aspx?id=8450839D97B545D8B5478927FED3D4AB>.

31 SER, 'Quickscan onder bedrijven naar bekendheid met Wet ingroeiquotum en streefcijfers', 5 oktober 2021, te raadplegen via: <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/ingroeiquotum-streefcijfers>.

32 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, 2022/0051, Brussel: Europese Commissie, 23 februari 2022 ('Due diligence-richtlijn').

De Due diligence-richtlijn is opgesteld om nadelige gevolgen voor de mensenrechten en het milieu te beperken. De richtlijn stelt een kader vast ter bevordering van de bijdrage van ondernemingen tot eerbiediging van de mensenrechten en het milieu in hun eigen activiteiten en via hun waardeketens door het identificeren, voorkomen, verminderen en verantwoorden van hun negatieve effecten voor mensenrechten en milieu en door te zorgen voor adequate governance, beheersystemen en maatregelen daartoe.³³ De Due diligence-richtlijn is van toepassing op ondernemingen met gemiddeld meer dan 500 werknemers en een netto-omzet van meer dan € 150 miljoen, en op ondernemingen in bepaalde specifieke sectoren. Op basis van de richtlijn geldt een zorgvuldigheidsplicht om potentiële negatieve effecten in de waardeketen van de onderneming vast te stellen (artikel 6), te voorkomen of te reduceren (artikel 7) en de daadwerkelijke effecten te beëindigen dan wel tot een minimum te beperken (artikel 8).³⁴

Ten aanzien van genderdiversiteit en gendergelijkheid is met name van belang wat wordt verstaan onder een 'negatief effect op de mensenrechten'. De definitie is volgens artikel 3 van de Due diligence-richtlijn: een negatief gevolg voor beschermde personen dat voortvloeit uit een of meer in de bijlage van de richtlijn genoemde rechten of verbodsbepalingen zoals neergelegd in een van de in de bijlage genoemde internationale overeenkomsten. In deze bijlage staat het recht op gelijke behandeling genoemd en ook het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen en het Verdrag betreffende gelijke beloning zijn opgenomen. Gesteld kan worden dat gendergelijkheid en genderdiversiteit daarmee onderdeel uitmaken van de Due diligence-richtlijn. Concreet houdt dit in dat grote ondernemingen zich dienen in te spannen om passende maatregelen te nemen om de negatieve effecten, genoemd in deze verdragen, tegen te gaan. Dit zou bijvoorbeeld betekenen dat een beroep kan worden gedaan op de (omgezette bepalingen van de) richtlijn wanneer vrouwen voor dezelfde functie minder betaald krijgen dan hun mannelijke collega of vrouwen op enige andere wijze worden gediscrimineerd (bij o.a. benoemingsprocedures).

Bijzonder aan de richtlijn is dat er is voorzien in twee vormen van handhaving. Allereerst dienen de lidstaten een nationale toezichtautoriteit aan te wijzen die toezicht houdt op de verplichtingen uit hoofde van de richtlijn. De toezichthouder is bevoegd uit eigen beweging of naar aanleiding van gemotiveerde bezwaren een onderzoek te openen. Wanneer blijkt dat de verplichtingen niet zijn nageleefd en binnen een passende termijn geen corrigerende maatregelen zijn getroffen door de onderneming, kan de toezichthouder een geldboete opleggen (artikel 18).

Ten tweede dienen lidstaten het mogelijk te maken voor slachtoffers om een civiele claim in te dienen. Lidstaten dienen daartoe de nationale regels zo in te richten dat het mogelijk is schade te vorderen bij de ondernemingen als gevolg van het niet nakomen van de Due diligence-richtlijn (artikel 22). Bij de beoordeling van aansprakelijkheid wordt rekening gehouden met de inspanningen verricht door de onderneming om te voldoen aan herstelmaatregelen, gedane investeringen alsook met de samenwerking met andere entiteiten om negatieve effecten in haar waardeketen aan te pakken. Al met al zijn dit wel handhavingsmechanismen waarmee een burger van zich kan laten horen. Het verdient onzes inziens nader onderzoek wat deze richtlijn kan betekenen in het streven naar meer (gender-)diversiteit in Nederland.

5. Tot besluit

Het draagvlak voor diversiteitsregelingen groeit, maar verandering gaat langzaam. Verschillende initiatieven pogen daar verandering in te brengen. Echter blijken die initiatieven, vaak als resultaat van een lobby, weinig ambitieus. Zo zijn het Nederlandse ingroeiquotum en de streefcijferregeling in toepassingsbereik en reikwijdte beperkt en beroept de wetgever zich ten aanzien van de nieuwe Europese richtlijn 'Women on company boards' bij voorbaat al op de opschortingsclausule. Hoewel nog niet bekend is hoe de bepalingen in de richtlijn (en dus de opschortingsclausule) er exact uit komen te zien, ziet het er nu naar uit dat Nederland een beroep kan doen op de opschortingsclausule uit de conceptringrichtlijn en dat het kabinet dit ook wil doen. Dit maakt dat de meer ambitieuze doelstelling van de richtlijn, met een streefcijfer van 40% voor niet-uitvoerende bestuurders of een streefcijfer van 33% voor de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders tezamen, tot zeker 2029 niet zal worden omgezet in Nederlandse wetgeving. De komende jaren zullen we het daarom naar alle waarschijnlijkheid moeten doen met onze nationale bepalingen. Als Nederland echt een koploper wil zijn op het gebied van diversiteit, zou het zich committeren aan het meer ambitieuze en meer omvattende streefcijfer uit de conceptringrichtlijn. Ook het opschorten van de procedurele voorschriften voor benoemingen en de transparante verantwoording daarover aan kandidaten, is een gemiste kans. Concluderend gaat deze richtlijn in Nederland dan ook (helaas) voor weinig verandering zorgen. Wellicht dat de Due diligence-richtlijn wel voor deze verandering kan zorgen.

Mr. dr. C.F. Perquin-Deelen & R.H. Burm³⁵

³³ Due diligence-richtlijn, p. 3.

³⁴ Zie voor een meer uitgebreide behandeling van de richtlijn: M. de Koning & R.M. Sinke, 'ESG-compliance in een toeleveringsketen: een juridische verkenning', *Bb* 2022/22; H. Koster, 'Voorstel voor een Richtlijn Corporate Sustainability Due Diligence', *Bb* 2022/23.

³⁵ Charlotte Perquin-Deelen is advocaat te Nijmegen, *fellow* bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit) en redactiesecretaris van dit tijdschrift. Rosanne Burm is masterstudent aan de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit en werkstudent bij een advocatenkantoor te Nijmegen.