

De ‘woke’ wetgever – genderevenwicht in de top van het bedrijfsleven?

A. Retsjkina

1 Inleiding

‘Wat als ik morgen besluit dat ik mij identificeer als vrouw?’ Met enige regelmaat wordt deze of een soortgelijke vraag gesteld in het kader van de voorgenomen benoeming van bestuurders, vaak met een minder serieuze ondertoon. Dit is echter een heel relevante vraag die serieuze gevolgen kan hebben voor de samenstelling van besturen van grote ondernemingen. Met ingang van 1 januari 2022 zijn namelijk het ingroeiquotum en de streefcijferregeling geïntroduceerd in het Burgerlijk Wetboek (BW).¹ De wetgever hoopt met deze wetwijziging een evenwichtiger verhouding tussen mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven te bevorderen. Voor de streefcijferregeling en het ingroeiquotum geldt dat deze acht jaar na inwerkingtreding (dat wil zeggen per 1 januari 2030) van rechtswege komen te vervallen.

In het verleden is ook al aandacht besteed aan man-vrouwverhoudingen in het bedrijfsleven. Tussen 1 januari 2013 en 1 januari 2020 gold er een streefcijferregeling voor grote naamloze en besloten vennootschappen op een pas-toe-of-leg-uit-basis. In deze periode heeft het aantal vrouwen in de raden van bestuur (RvB’s) en raden van commissarissen (RvC’s) van deze entiteiten maar een beperkte groei doorgemaakt.² In 2020 was het aandeel vrouwen in de RvB en de RvC bij beursgenoteerde bedrijven gemiddeld respectievelijk 12% en 30% en bij de grote vennootschappen respectievelijk 13,8% en 21,9%.³

- 1 Wet van 29 september 2021 tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 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, Stb. 2021, 495.
- 2 Indien er sprake is van een zogenoemd monistisch of one-tier bestuursmodel, is er een enkel bestuursorgaan dat uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders kent. Wanneer in deze bijdrage wordt gesproken van een RvB en RvC, worden hiermee respectievelijk de uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders gelijkgesteld. Alle verplichtingen die gelden voor RvB’s en RvC’s gelden dus ook respectievelijk voor uitvoerende en niet-uitvoerende bestuurders.
- 3 Emancipatiemonitor 2020, te raadplegen via <https://digitaal.scp.nl/emancipatiemonitor2020/komen-er-meer-vrouwen-in-topfuncties/>; Emancipatiemonitor 2022, te raadplegen via <https://longreads.cbs.nl/emancipatiemonitor-2022/werken/>. In de Emancipatiemonitor 2014, te raadplegen via www.cbs.nl/nl-nl/publicatie/2014/51/emancipatiemonitor-2014, zijn de cijfers over 2013 niet duidelijke verdeeld over grote vennootschappen en beursvennootschappen. In de top 100 grootste bedrijven van Nederland (waaronder zowel beursgenoteerde als niet-beursgenoteerde vennootschappen vallen) bestond het aandeel vrouwen in de RvB en RvC respectievelijk uit 8,8% en 20,6%. In de top 500 grootste bedrijven lagen deze percentages op respectievelijk 13,6% en 18,3%.

Het is nu de vraag in hoeverre de nieuwe streefcijferregeling en het ingroeiquotum in de praktijk zullen bijdragen aan genderevenwicht in de top van het bedrijfsleven. In paragraaf 2 worden de streefcijferregeling en het ingroeiquotum, zoals deze zijn vormgegeven in de wet en de parlementaire geschiedenis, uiteengezet. Ook zal worden stilgestaan bij de standpunten die de Sociaal-Economische Raad (SER) hierover inneemt. Op Europees niveau is inmiddels ook een richtlijn in werking getreden op het gebied van genderevenwicht bij bestuurders en commissarissen van beursgenoteerde ondernemingen. Deze richtlijn en de verhouding tussen deze richtlijn en de Nederlandse wetgeving zullen worden behandeld in paragraaf 3. Vervolgens zal in paragraaf 4 de uitwerking van het ingroeiquotum en de streefcijferregeling in de praktijk worden toegelicht aan de hand van rapportages in bestuursverslagen en een aantal casussen. In paragraaf 5 sluit ik af met een aantal concluderende opmerkingen over de toepassing en effectiviteit van het ingroeiquotum en de streefcijferregeling in de praktijk.

2 Diversiteit via het BW

2.1 *Het ingroeiquotum*

2.1.1 *Toepassingsbereik*

Het ingroeiquotum is verankerd in art. 2:142b BW en is van toepassing op vennootschappen waarvan de aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt in de zin van art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht (Wft) in Nederland. Volgens de memorie van toelichting geldt het ingroeiquotum zowel voor naamloze als voor besloten vennootschappen waarvan de (certificaten van) aandelen zijn genoteerd aan een gereguleerde *Nederlandse* markt (dat wil zeggen Euronext Amsterdam).⁴ Art. 2:142b BW is dan ook via de schakelbepaling in art. 2:187 BW van toepassing verklaard op beursgenoteerde besloten vennootschappen. Hierna zullen dergelijke vennootschappen worden aangeduid als beursvennootschappen.

Het toepassingsbereik van het ingroeiquotum wordt verder beperkt, omdat dit alleen van toepassing is zolang de RvC van een beursvennootschap uit meer dan één persoon bestaat en niet ten minste voor een derde uit mannen en voor een derde uit vrouwen bestaat.⁵ In dat geval moet elke volgende benoeming in de RvC de man-vrouwverhouding binnen de RvC evenwichtiger maken. Bij RvC's met een ledenaantal dat niet door drie kan worden gedeeld, wordt voor de berekening van het ingroeiquotum uitgegaan van het naastgelegen hogere getal dat wel deelbaar is door drie. Een RvC met vijf leden moet bijvoorbeeld ten minste twee vrouwelijke en twee mannelijke commissarissen tellen.

4 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 10.

5 Van deze lezing van de wet heeft Just Eat Takeaway.com N.V. gebruik gemaakt in 2022. Zie hierover meer in par. 4.4 hierna.

A. Retsjkina

Er wordt een uitzondering gemaakt voor (i) een herbenoeming van een commissaris binnen acht jaar na het jaar van benoeming en (ii) uitzonderlijke omstandigheden waarin een afwijking van het ingroeiquote noodzakelijk is om de langetermijnbelangen en duurzaamheid van de beursvennootschap als geheel te dienen of haar levensvatbaarheid te garanderen, mits dit een benoeming betreft voor een duur van ten hoogste twee jaar.⁶ Een tijdelijke aanstelling door de Ondernemingskamer in het kader van een enquêteprocedure op grond van art. 2:349a lid 2 of 2:356 onder c BW wordt niet gezien als een 'benoeming' voor de doeleinden van het ingroeiquote.

2.1.2 Sancties

Een benoeming die de man-vrouwverhouding binnen de RvC niet evenwichtiger maakt en dus in strijd is met het ingroeiquote, is nietig op grond van art. 2:14 lid 1 BW. Een dergelijke benoeming is immers een besluit van een orgaan van een rechtspersoon dat in strijd is met de wet. Dit betekent dat de nietig benoemde commissaris geen recht op bezoldiging heeft op grond van art. 2:145 lid 1 BW. Volgens de wetgever kan de nietig benoemde commissaris aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad.⁷ Ondanks de nietige benoeming kan de nietig benoemde commissaris in een faillissementssituatie aansprakelijk worden gesteld door de curator op grond van art. 2:149 en 2:259 jo. art. 2:138 lid 7 en 2:248 lid 7 BW.⁸

In beginsel zou de nietigheid van de benoeming ook gevolgen moeten hebben voor de besluiten die mede zijn genomen door de nietig benoemde commissaris. Om de rechtszekerheid te waarborgen, heeft de wetgever echter bepaald dat de nietigheid van een benoeming die in strijd is met het ingroeiquote geen gevolgen heeft voor de rechtsgeldigheid van de besluitvorming waaraan is deelgenomen. Volgens de memorie van toelichting geldt deze bescherming voor de rechtsgeldigheid van be-

- 6 Bij onvoorziene omstandigheden valt te denken aan het onverwachts aftreden van een groot deel van de RvC of als de onderneming in zwaar weer verkeert en noch de middelen, noch de tijd heeft om uitgebreid te zoeken naar een geschikte kandidaat, die ook bijdraagt aan genderevenwicht in de RvC.
- 7 Het is niet duidelijk waarvoor de nietig benoemde commissaris zou kunnen worden aangeklaagd en wat de schade is. Als de nietige benoeming de grondslag voor een gerechtelijke procedure is, zou de schade mogelijk kunnen worden berekend op basis van de aanvaarde bezoldiging. Het is ook voorstelbaar dat de nietig benoemde commissaris wordt gelijkgesteld aan een commissaris voor een onrechtmatigedaadsactie in de context van doorbraak van aansprakelijkheid.
- 8 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State inzake het voorstel van wet tot wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek 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, Nader rapport, Stcrt. 2021, 6474, p. 4. De wetgever zoekt hier mogelijk aansluiting bij lid 7 van art. 2:138 BW, waarin degene die het beleid van de vennootschap heeft bepaald of mede heeft bepaald, als ware hij bestuurder, wordt gelijkgesteld aan een bestuurder. Zo zou de nietig benoemde commissaris, die heeft gehandeld als ware hij een commissaris, ook gelijk worden gesteld aan een commissaris.

sluiten tot het moment dat de nietigheid van de benoeming in rechte is komen vast te staan.⁹

2.2 De streefcijferregeling

2.2.1 Toepassingsbereik

De streefcijferregeling staat voor de N.V. in art. 2:166 BW en voor de B.V. in art. 2:276 BW. Deze artikelen zijn alleen van toepassing op grote vennootschappen die niet voldoen aan de criteria van art. 2:397 lid 1 en 2 BW, oftewel ondernemingen waarop op geconsolideerde basis ten minste twee van de volgende criteria van toepassing zijn op twee opeenvolgende balansdata: (i) de waarde van de activa bedraagt meer dan € 20 miljoen, (ii) de netto jaaromzet bedraagt meer dan € 40 miljoen, en (iii) het gemiddelde aantal werknemers over het boekjaar bedraagt ten minste 250.¹⁰

Hierna zal ik een voor een de verplichtingen bespreken die op basis van de streefcijferregeling rusten op grote vennootschappen.

2.2.2 Streefcijfers formuleren

Grote vennootschappen moeten afzonderlijke streefcijfers opstellen voor (i) de RvB, (ii) de RvC en (iii) de subtop. Deze streefcijfers moeten passend zijn, wat betekent dat zij rekening moeten houden met de omvang van de RvB dan wel de RvC of subtop (zie par. 2.2.3) en met de bestaande man-vrouwverhoudingen. Daarnaast moeten de streefcijfers ambitieus zijn, wat betekent dat zij moeten bijdragen aan een evenwichtigere man-vrouwverhouding in de top van grote vennootschappen.

Grote vennootschappen kunnen ervoor kiezen om de streefcijfers voor een langere periode (dat wil zeggen langer dan één jaar) vast te stellen. Voor een vijfledige RvB zonder vrouwen zou een streefcijfer van ten minste 20% vrouwelijke en 20% mannelijke commissarissen binnen drie jaar al passend en ambitieus kunnen zijn. Wanneer dit streefcijfer wordt behaald, is het de bedoeling dat er een nieuw streefcijfer wordt geformuleerd, totdat de meest evenwichtige man-vrouwverhouding is bereikt, namelijk een gelijk aantal mannen en vrouwen.¹¹

Indien de RvB een RvC beide bestaan uit één persoon, kan er een gezamenlijk streefcijfer worden opgesteld voor deze organen.

Bij beursvennootschappen geldt het ingroeiquote al voor de RvC. Beursvennootschappen hoeven daarom geen streefcijfers op te stellen voor de RvC.

9 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 10. Als de rechter eenmaal heeft vastgesteld dat de benoeming nietig is, dan zal iedere daaropvolgende besluitvorming waaraan de nietig benoemde commissaris heeft deelgenomen, niet meer kunnen genieten van de bescherming van art. 2:142b lid 5 BW.

10 Zie GS Rechtspersonen, art. 2:397 BW, aant. 2. Met het aantal werknemers wordt bedoeld het gemiddeld aantal gedurende het boekjaar bij de rechtspersoon en zijn groepsmaatschappijen werkzame werknemers.

11 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 12.

A. Retsjkina

2.2.3 Subtop definiëren

De subtop is de derde groep binnen grote vennootschappen waarvoor een streefcijfer moet worden opgesteld. In de wet wordt de subtop aangeduid als ‘nader door de vennootschap te bepalen categorieën werknemers in leidinggevende functies’.¹² De wetgever heeft het definiëren van de subtop bewust bij de vennootschappen gelaten, zodat er rekening kan worden gehouden met de specifieke organisatorische structuur van elke vennootschap. De subtop is in de streefcijferregeling opgenomen om de doorstroming naar de top te versnellen.¹³ Het zou dus moeten gaan om leidinggevende functies die net onder het bestuur zitten.

Ook al zou de definitie van de subtop logischerwijs moeten volgen uit de organisatorische structuur van een vennootschap, het verbreden van deze definitie kan mogelijk een positiever beeld schetsen van de man-vrouwverhoudingen. Als in de eerste managementlaag onder het bestuur bijvoorbeeld een ondervertegenwoordigd geslacht is, dat in grotere mate is vertegenwoordigd in de tweede managementlaag, dan zou het toevoegen van de tweede managementlaag in de definitie van de subtop kunnen zorgen voor een evenwichtigere man-vrouwverhouding in de subtop.

2.2.4 Diversiteitsplan opstellen

Op grond van art. 2:166/276 lid 3 BW moeten de grote vennootschappen een plan van aanpak opstellen waarin zij aangeven hoe zij de streefcijfers willen behalen (hierna: het Plan). De SER geeft meer richtlijnen over hoe bedrijven hun Plan zouden kunnen opstellen.¹⁴ Allereerst moeten de uitdagingen worden geïdentificeerd (zit het probleem bijvoorbeeld in de doorstroom van mensen of is een van de drie lagen evenwichtiger dan de andere?). Daarna moet worden gekeken naar de huidige situatie en het bestaande beleid en maatregelen op het gebied van diversiteit. Vervolgens kan een strategie worden opgesteld om de bestaande situatie te verbeteren.

Op zijn website heeft de SER verschillende tools en handreikingen opgenomen die bedrijven zouden kunnen helpen. Op basis hiervan zou een Plan in ieder geval de volgende elementen moeten bevatten:

- 1 een definitie van de subtop;
- 2 de huidige man-vrouwverhoudingen in de RvB, RvC en de subtop;
- 3 de streefcijfers;
- 4 vermelden dat het behalen van de streefcijfers de verantwoordelijkheid van het bestuur is; en
- 5 specifieke acties die een evenwichtige man-vrouwverhouding zouden kunnen bevorderen.

Onder 5 zou kunnen worden gedacht aan acties die betrekking hebben op het weringsproces, zoals meer transparantie in benoemingsprocedures, inclusief taalge-

¹² Art. 2:166/276 lid 4 BW.

¹³ Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 12.

¹⁴ SER, Aan de slag met diversiteit in de (sub)top, een stappenplan voor bedrijven, p. 4, te raadplegen via www.ser.nl/nl/thema/diversiteitsportaal/rapporten/checklist.

bruik in profielschetsen en advertenties, het heroverwegen van de kwaliteiten waarnaar wordt gezocht, een diverse selectiecommissie, werven in andere kringen of via andere wegen dan gewoonlijk, een gelijk-loonbeleid en flexibel werken. Andere acties zien meer op een verandering van de interne werkcultuur, zoals het raadplegen van een Diversiteit & Inclusie (D&I)-expert, het aanbieden van trainingen en workshops aan werknemers over diversiteit en het herkennen van vooroordelen, het communiceren met werknemers over de voordelen van diversiteit en het profileren van de vennootschap om deze aantrekkelijk te maken voor minderheden.

In de nieuwe Nederlandse Corporate Governance Code (CGC) die vanaf 1 januari 2023 in werking is getreden, wordt voortgebouwd op de streefcijferregeling in best practice bepalingen 2.1.5 en 2.1.6. Op basis hiervan zou het Plan onderdeel moeten uitmaken van een breder D&I-beleid voor de onderneming, waarin niet alleen doelen worden gesteld voor genderdiversiteit, maar ook voor andere voor de vennootschap relevante aspecten van D&I. Ook wordt hier de zogenoemde *executive committee* expliciet genoemd als een groep waarvoor de doelstellingen moeten gelden, naast de RvB, RvC en subtop.¹⁵

2.2.5 Rapportageverplichtingen

Grote vennootschappen moeten jaarlijks binnen tien maanden na afloop van het boekjaar aan de SER rapporteren over de streefcijferregeling. Deze rapportage geschiedt via het speciaal daarvoor opgestelde digitale diversiteitsportaal van de SER en bevat (i) het aantal mannen en vrouwen die aan het einde van het boekjaar deel uitmaken van de RvB, RvC en subtop, (ii) de opgestelde streefcijfers, (iii) het Plan, en (iv) indien een of meer streefcijfers niet zijn behaald, de redenen daarvoor. Indien het ingroeiquoteum ook van toepassing is, hoeft een vennootschap haar RvC niet te betrekken in de rapportage. De SER zal deze rapportages vervolgens zichtbaar maken in een dataverkenner.¹⁶ De eerste rapportages over het boekjaar 2022 worden in oktober 2023 verwacht.

Op grond van art. 3d van het Besluit inhoud bestuursverslag moet de hiervoor opgesomde informatie niet alleen in de rapportage aan de SER worden opgenomen, maar ook in de bestuursverslagen van grote vennootschappen. Dit betekent dat grote vennootschappen zelf hun voortgang met betrekking tot genderevenwicht in hun top jaarlijks moeten publiceren.

Op basis van best practice bepaling 2.1.6 van de CGC dienen vennootschappen die een of meer doelen niet hebben bereikt, in de corporategovernanceverklaring aan te geven wat de redenen hiervoor waren, welke maatregelen worden getroffen om de doelen wel te bereiken, en op welke termijn dit naar verwachting zal gebeuren.

15 Een *executive committee* is niet in alle ondernemingen aanwezig, en zoals in par. 4 aan de orde komt, wordt de executive committee wel eens meegenomen in de definitie van de subtop. In deze bijdrage zal de executive committee daarom niet afzonderlijk worden behandeld.

16 De dataverkenner maakt onderdeel uit van het diversiteitsportaal van de SER. Voor meer hierover, zie www.ser.nl/nl/thema/diversiteitsportaal/dataverkenner.

A. Retsjkina

Dit is ook in lijn met Richtlijn (EU) 2022/2464 (hierna: CSRD), op basis waarvan beursgenoteerde vennootschappen over hun diversiteitsbeleid, de daarin gestelde doelen, de wijze van uitvoering en de resultaten moeten rapporteren in de corporategovernanceverklaring in het bestuursverslag.¹⁷ Van deze rapportageverplichting wordt de RvC, waarop het Nederlandse ingroeiquotum van toepassing is, echter niet uitgesloten.

2.2.6 Groepsverband

Als meerdere grote vennootschappen onderdeel uitmaken van een groep, heeft de wetgever de mogelijkheid geboden om in groepsverband te voldoen aan de streefcijferregeling en de rapportageverplichtingen. Indien de vennootschap die aan het hoofd van de groep staat in plaats van een groepsvennootschap voldoet aan de verplichting om de subtop te definiëren, streefcijfers te formuleren en een Plan op te stellen, dan is de groepsvennootschap vrijgesteld van deze verplichting. Hetzelfde geldt voor de rapportage aan de SER en in het bestuursverslag. De zinsnede ‘al dan niet voor de betreffende groepsmaatschappijen gezamenlijk’ lijkt te suggereren dat de vennootschap die aan het hoofd van de groep staat, kan voldoen aan de verplichtingen onder de streefcijferregeling voor elke grote groepsvennootschap afzonderlijk, of gezamenlijke streefcijfers en een gezamenlijk Plan kan opstellen. De SER laat het ook aan de groepsvennootschappen om samen af te spreken op welke manier zij aan de rapportageverplichtingen zullen voldoen.¹⁸

2.2.7 Sancties

Anders dan bij het ingroeiquotum voorziet de wet niet in sancties voor schendingen van de verplichtingen op basis van de streefcijferregeling. Volgens de parlementaire geschiedenis staan tegen dergelijke schendingen alleen paardenmiddelen open, zoals uitoefening van het enquêterecht van de aandeelhouders en weigering van de aandeelhouders om de jaarrekening vast te stellen. Het is echter hoogstwaarschijnlijk dat deze paardenmiddelen zullen worden toegepast bij schendingen. De meest effectieve sanctie zal de reputatieschade zijn, indien uit de rapportage van de vennootschap blijkt dat deze tekortschiet in haar verplichtingen op dit gebied. Het is echter de vraag hoe wezenlijk deze reputatieschade zal zijn.

3 Richtlijn WOB

3.1 Doelstellingen

Op Europees niveau is inmiddels de richtlijn Women on Company Boards (hierna: Richtlijn WOB, of Richtlijn) aangenomen en in werking getreden.¹⁹ De doelstellin-

17 Zie overweging 58 en art. 1 lid 5 sub a CSRD.

18 Zie SER, Nieuwjaarskaart, te vinden via www.ser.nl/-/media/ser/images/thema/diversiteitsportaal/nieuwjaarskaart-ser-diversiteitsportaal.pdf?la=nl&hash=722A7A80C1D793CDED24DE72E0926C51.

19 Richtlijn (EU) 2022/2381 van het Europees Parlement en de Raad van 23 november 2022 inzake het verbeteren van het genderevenwicht bij bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen en daarmee samenhangende maatregelen, PbEU 2022, L 315/44.

gen van deze richtlijn zien op het waarborgen van het beginsel van gelijke kansen voor mannen en vrouwen en het zorgen voor genderevenwichtige vertegenwoordiging in de hoogste leidinggevende functies in het bedrijfsleven. Deze doelen moeten worden bereikt door het vaststellen van procedurele vereisten voor de selectie van kandidaten. In 2012 lag er al een voorstel op tafel voor een richtlijn op dit gebied, maar dit werd destijds geblokkeerd door een aantal EU-lidstaten, waaronder Nederland.²⁰

3.2 Toepassingsbereik

De Richtlijn is van toepassing op ondernemingen die hun zetel in een lidstaat hebben en waarvan de aandelen in een of meer lidstaten zijn toegelaten tot de handel op een gereglementeerde markt. De lidstaat die op basis van de Richtlijn WOB bevoegd is, is de lidstaat waarin de desbetreffende onderneming haar statutaire zetel heeft. Daarnaast is de Richtlijn alleen van toepassing op beursgenoteerde vennootschappen die niet kwalificeren als micro-, kleine of middelgrote ondernemingen. Voor de toepassing van de Richtlijn moet een onderneming ten minste 250 werknemers hebben en een jaaromzet van meer dan € 50 miljoen of een jaarlijks balans-totaal van meer dan € 43 miljoen.²¹

Vergelijkbaar met het Nederlandse ingroeiquote en de streefcijferregeling heeft de Richtlijn WOB een beperkte tijdsduur, en zal deze op 31 december 2038 verstrijken.

3.3 Verplichtingen voor lidstaten

3.3.1 Doelstellingen vaststellen

Lidstaten moeten ervoor zorgen dat uiterlijk op 30 juni 2026 in grote beursgenoteerde ondernemingen met statutaire zetel in hun lidstaten (i) ten minste 40% van de functies binnen de RvC's wordt bekleed door commissarissen van het ondervertegenwoordigde geslacht, of (ii) ten minste 33% van de functies binnen de RvB's en binnen de RvC's wordt bekleed door leden van het ondervertegenwoordigde geslacht. Indien is gekozen voor de doelstelling onder (i), moet een lidstaat er ook voor zorgen dat grote beursgenoteerde ondernemingen individuele doelstellingen vaststellen met het oog op een beter genderevenwicht in RvB's, die zij ook uiterlijk op 30 juni 2026 moeten trachten te bereiken.

20 Zie www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2022/02/11/nederland-na-10-jaar-voor-europees-voorstel-women-on-company-boards. Destijds waren het kabinet en het parlement van mening dat wetgeving op dergelijke onderwerpen op nationaal niveau moest worden gemaakt. Aangezien Nederland meent gebruik te kunnen maken van de uitzonderingsclausule in de Richtlijn, waarover hierna in par. 3.4 en 3.5 meer, lijkt dit standpunt niet radicaal te zijn veranderd.

21 Anders dan voor de Nederlandse streefcijferregeling geldt hier niet de drempel dat aan de voorwaarden moet zijn voldaan op twee opeenvolgende balansdata, en de Richtlijn vermeldt niet of aan deze voorwaarden op geconsolideerde basis kan worden voldaan.

A. Retsjkina

Om te beoordelen of er is voldaan aan de doelstellingen onder de Richtlijn WOB, dient te worden gekeken naar het aantal functionarissen dat zo dicht mogelijk de 40% dan wel 33% benadert, maar de 49% niet overschrijdt.²²

3.3.2 *Middelen om de doelstellingen te verwezenlijken*

Voor bedrijven die voornoemde doelstellingen niet halen, dienen de lidstaten regels op te stellen voor het wijzigen van het selectieproces. Voorafgaand aan het selectieproces dienen heldere, neutraal geformuleerde en ondubbelzinnige criteria te worden vastgesteld, die door alle fases van het selectieproces op niet-discriminerende wijze moeten worden toegepast.

Als kandidaten gelijk gekwalificeerd zijn, moet de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht in beginsel voorrang krijgen. In uitzonderlijke gevallen, waarin er zwaarder wegende juridische redenen zijn, die zijn gebaseerd op niet-discriminerende criteria, kan toch worden gekozen voor de kandidaat van het andere geslacht.

Lidstaten moeten er in ieder geval voor zorgen dat beursgenoteerde ondernemingen verplicht worden om een kandidaat die heeft deelgenomen aan de selectie in kennis te stellen van de toegepaste kwalificatiecriteria, de objectieve vergelijkende beoordeling van de kandidaten en, indien relevant, de specifieke overwegingen op basis waarvan niet is gekozen voor de kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht. Een afgewezen kandidaat van het ondervertegenwoordigde geslacht moet ook toegang tot de rechter hebben, waarbij de bewijslast voor de juistheid van de selectieprocedure bij de onderneming komt te liggen.

Wanneer aandeelhouders of werknemersorganen bevoegd zijn om bepaalde bestuurders te benoemen, dienen deze aandeelhouders of werknemersorganen te worden geïnformeerd over de Richtlijn WOB en de maatregelen en sancties die daarin worden voorzien.²³

3.3.3 *Rapportage*

Op basis van de Richtlijn WOB moet op beursgenoteerde ondernemingen een jaarlijkse drievoudige rapportageplicht rusten, namelijk (i) rapporteren aan de bevoegde autoriteit van de relevante lidstaat, (ii) op passende en toegankelijke wijze informatie bekendmaken op de website van de onderneming, en (iii) de informatie opnemen in de corporategovernanceverklaring. De informatie waarover beursgenoteerde ondernemingen moeten rapporteren, omvat (i) de huidige man-vrouwverhoudingen in RvB's en RvC's, (ii) de maatregelen die zijn genomen om de doelstellingen op grond van art. 5 van de Richtlijn WOB te verwezenlijken, en (iii) indien de doelstellingen niet zijn verwezenlijkt, de reden daarvoor en een beschrijving

22 Art. 5 Richtlijn WOB. Onder de Richtlijn bestaat er dus geen vereiste om 50% mannen en 50% vrouwen te hebben in de RvC, of de RvC en RvB tezamen. Voor besturen die uit twee personen bestaan, stelt de Richtlijn dan ook geen minimumeisen, zoals blijkt uit de bijlage bij de Richtlijn.

23 Art. 6 Richtlijn WOB.

van de maatregelen die de onderneming heeft genomen, en zal nemen, om de doelstellingen te verwezenlijken.

De lidstaten publiceren vervolgens op basis van deze rapportages op toegankelijke en gecentraliseerde wijze een lijst van de beursgenoteerde ondernemingen die de doelstellingen hebben verwezenlijkt.

3.3.4 *Sancties*

De lidstaten moeten zorgen voor doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties voor overtredingen van de verplichtingen die uit de Richtlijn WOB voortvloeien. Voor dergelijke overtredingen moeten er adequate administratieve of gerechtelijke procedures voorhanden zijn. De lidstaten dienen uiterlijk op 28 december 2024 de Commissie in kennis te stellen van de voorschriften en maatregelen die zij hebben genomen en alle latere wijzigingen daarvan. Daarnaast dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat beursgenoteerde ondernemingen bij het uitvoeren van overheidsopdrachten en concessies voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op basis van het Unierecht, waaronder dus ook de Richtlijn WOB.

De Richtlijn WOB stelt overigens minimumvereisten, dus het staat lidstaten vrij om strengere eisen en sancties te stellen voor het waarborgen van een evenwichtigere vertegenwoordiging van mannen en vrouwen in beursgenoteerde ondernemingen.

3.4 *Uitzonderingen*

Onder omstandigheden kunnen lidstaten de toepassing van art. 5(2) en 6 van de Richtlijn WOB, over het vaststellen van doelstellingen en de maatregelen om deze te bereiken, opschorten. Dit is in twee gevallen mogelijk. In het eerste geval, onder art. 12 lid 1 sub a van de Richtlijn WOB, maakt het ondervertegenwoordigde geslacht uiterlijk op 27 december 2022 voor ten minste 30% deel uit van de RvC, of voor ten minste 25% van de RvC en RvB tezamen (hierna: de Sub a Uitzondering). Als een lidstaat één van deze percentages niet tijdig heeft bereikt, dan is er nog een tweede uitzondering onder sub b van hetzelfde artikel. Deze tweede uitzondering geldt alleen indien het nationale recht van een lidstaat uiterlijk op 27 december 2022 (i) voornoemde percentages van 30% van de RvC of 25% van de RvC en RvB wel vereist, (ii) voorziet in doeltreffende, evenredige en afschrikkende handhavingsmaatregelen, en (iii) vereist dat beursgenoteerde ondernemingen die niet onder het nationale recht vallen voor de RvB en RvC individuele kwantitatieve doelstellingen vaststellen (hierna: de Sub b Uitzondering).

Wanneer een lidstaat gebruik maakt van de opschortingsmogelijkheid, worden de doelstellingen geacht te zijn behaald in die lidstaat. Indien het nationale recht voorziet in periodieke rapportageverplichtingen voor beursgenoteerde ondernemingen over hun voortgang met betrekking tot genderevenwicht in hun besturen, zijn de bepalingen met betrekking tot rapportage aan de bevoegde autoriteit en op de website van de onderneming niet van toepassing.

A. Retsjkina

3.5 *De Richtlijn WOB in Nederland*

Nederland is van plan om een beroep te doen op de uitzonderingsclausule in de Richtlijn. Volgens minister Dijkgraaf kan Nederland dit doen omdat er al nationale wetgeving is ingevoerd om evenwichtige vertegenwoordiging op het hoogste bestuursniveau te stimuleren (dat wil zeggen de Sub b Uitzondering), en omdat het aandeel vrouwen in RvC's in Nederland 38% bedraagt volgens de Female Board Index 2022 (dat wil zeggen de Sub a Uitzondering).²⁴ Op grond van art. 11 lid 2 van de Richtlijn WOB zou Nederland aan de Europese Commissie moeten mededelen waaruit blijkt dat zij voldoet aan de vereisten voor de uitzonderingsclausule.

Onder de Sub a Uitzondering zou Nederland inderdaad een kans maken. Hierbij merk ik wel op dat het percentage volgens de Female Board Index 2022 is opgesteld uit gegevens van Nederlandse N.V.'s met een notering in Nederland en geen rekening houdt met N.V.'s met noteringen in andere lidstaten. Daarnaast wordt er geen rekening gehouden met de drempel voor 'grote' ondernemingen in de zin van de Richtlijn.²⁵

Mocht Nederland toch niet (meer) voldoen aan de vereisten voor de Sub a Uitzondering, dan heeft Nederland tot 28 december 2024, of tot zes maanden nadat Nederland niet meer voldoet aan de vereisten voor de Sub a Uitzondering, om deze richtlijn alsnog te implementeren.

Ik meen dat, anders dan de minister beweert, Nederland niet zou kunnen terugval- len op de Sub b Uitzondering, indien het niet (meer) mogelijk is om een beroep te doen op de Sub a Uitzondering. Het Nederlandse ingroeiquotum en de streefcijfer- regeling voldoen namelijk niet aan de vereisten voor toepassing van de Sub b Uitzondering, laat staan de minimumvereisten die worden gesteld in de rest van de Richtlijn. Om te beginnen heeft de Nederlandse wetgeving een ander toepassings- bereik dan de Richtlijn, waardoor op bepaalde ondernemingen de Richtlijn wel van toepassing is, maar de Nederlandse wet niet (bijvoorbeeld ondernemingen met no- teringen in andere lidstaten, of ondernemingen die volgens de Richtlijn wel 'groot' zijn en volgens de Nederlandse wet niet). De Nederlandse wet gebruikt ook een andere afrondingsmethodiek, waardoor een bepaalde percentage volgens de Ne- derlandse wet kan zijn bereikt, terwijl dat op basis van de afrondingsmethodiek van de Richtlijn niet het geval is. Daarnaast zou de nationale wet moeten verplich- ten dat de RvC dan wel het bestuur gezamenlijk voor respectievelijk ten minste 30% en 25% bestaat uit het ondervertegenwoordigde geslacht. De streefcijferrege- ling stelt dergelijke doelen niet expliciet, en het ingroeiquotum stelt ook geen mi- nimumvereisten. Een beursvennootschap kan een RvC hebben waarin het onder- vertegenwoordigde geslacht minder dan 30% vertegenwoordigt, zolang elke volgende benoeming bijdraagt aan een evenwichtiger verhouding. Wanneer de drempel van een derde is bereikt, gelden deze vereisten niet meer, waardoor het mogelijk is dat een RvC bij de volgende benoeming weer onder de drempel gaat

24 Minister Dijkgraaf, Voortgang genderdiversiteit in de top, Kamerbrief 22 december 2022, p. 3.

25 M. Lückeraath-Rovers, *The Dutch Female Board Index 2022*, Tias School for Business and Society 2022, p. 9.

zitten. Deze situatie heeft zich al voorgedaan in het eerste jaar na de inwerkingtreding van het ingroeiquote, waarover hierna meer.

4 De wet versus de praktijk

4.1 Gender of geslacht

Alle regels die hiervoor zijn behandeld, hebben betrekking op man-vrouwverhoudingen. De wetgever probeert in de pas te lopen met veranderingen in de samenleving. Een gelijke behandeling van vrouwen en mannen is al decennialang een belangrijke maatschappelijke kwestie. Een recentere ontwikkeling is dat het in de maatschappij steeds meer geaccepteerd wordt dat de definities van 'man' en 'vrouw' niet in beton gegoten zijn. Denk bijvoorbeeld aan personen die transgender, non-binair of *genderfluid* zijn. Wat als een persoon de geslachtskenmerken van een man heeft, maar zich identificeert als een vrouw, of noch man, noch vrouw? En wat als een persoon zijn gender beschouwt als een soort spectrum, en de plaats op dit spectrum van tijd tot tijd verandert? Zo komen wij bij de vraag die aan het begin van deze bijdrage is gesteld. Hoe verhoudt de wetgeving op het gebied van genderevenwicht in de top van het bedrijfsleven zich tot situaties waarin het geslacht en de genderidentiteit van een bestuurder niet overeenkomen?

In de memorie van toelichting merkt de wetgever kort op dat een ruimere benadering van gender mogelijk is, maar dat er voor het ingroeiquote en de streefcijferregeling is gekozen voor een binaire benadering. Dit zou namelijk beter aansluiten bij het doel van de wet: het aanpakken van de bestaande onevenwichtige verhouding tussen mannen en vrouwen in de top van het bedrijfsleven.²⁶ Er wordt vervolgens niet toegelicht hoe mensen moeten worden gekwalificeerd als man of vrouw. Dient men bijvoorbeeld enkel rekening te houden met het geslacht op de geboorteakte?

De SER lijkt voor een andere benadering te kiezen. Volgens het antwoord van de SER op 'veelgestelde vragen' kunnen personen die niet binnen de traditionele man-vrouwverhoudingen vallen, worden toegerekend aan het ondervertegenwoordigde geslacht voor de doeleinden van de streefcijferregeling en het ingroeiquote. Een driekoppige RvC die bestaat uit twee mannen en een non-binaire persoon zou daarom voldoen aan het ingroeiquote, zelfs als de non-binaire persoon als man wordt bestempeld in hun geboorteakte. De SER merkt wel op dat bedrijven de genderidentiteit van werknemers niet mogen opvragen en dat deze informatie vrijwillig moet worden gedeeld door de werknemers. In de rapportage van de SER wordt de genderidentiteit van non-binaire personen ook niet uitgevraagd en dit gegeven zal niet herleidbaar zijn tot het bedrijf of bestuursniveau.²⁷

26 Kamerstukken II 2020/21, 35628, nr. 3, p. 21.

27 Zie het antwoord op de vraag 'Hoe tel ik non-binaire personen mee in de streefcijfers en het quote?', te raadplegen via www.ser.nl/nl/thema/diversiteitsportaal/helpdesk/faq. Met 'bestuursniveau' wordt hier vermoedelijk bedoeld dat het niet herleidbaar zal zijn of de non-binaire personen in de RvB, RvC of de subtop zitten.

A. Retsjkina

Het is goed dat er rekening wordt gehouden met personen die een non-traditionele genderidentiteit hebben, maar hierdoor ontstaat er ook een risico van ‘gender-washing’, waarbij een commissaris of bestuurder aangeeft zich niet te identificeren als het oververtegenwoordigde geslacht, alleen om te voldoen aan het ingroeiquote. Hoewel gender-washing waarschijnlijk geen groot risico zal vormen in de praktijk, zal dit niet makkelijk zijn te achterhalen. Zoals de SER heeft aangegeven, zal deze informatie immers niet herleidbaar zijn tot het bedrijf of bestuursniveau.²⁸ Als het risico van gender-washing zich verwezenlijkt, zou er voor de streefcijferregeling en het ingroeiquote misschien toch aanknopingspunten moeten worden gezocht met het geslacht in de geboorteakte. Als het wetsvoorstel ‘Wijziging vermelding geslacht in geboorteakte’ wordt aangenomen, zou het in ieder geval eenvoudiger moeten worden om het geslacht in de geboorteakte te wijzigen, waardoor de geboorteakte beter zou moeten aansluiten bij genderidentiteit.²⁹

4.2 Rapportage in de praktijk

Het is nog te vroeg om te kunnen oordelen of het ingroeiquote en de streefcijferregeling effectief zullen zijn. De eerste rapportages aan de SER worden in oktober 2023 verwacht. Beursvennootschappen moeten echter op basis van de Wft binnen vier maanden na afloop van het boekjaar hun jaarlijkse financiële verslaggeving algemeen verkrijgbaar stellen. Voor deze bijdrage is gekeken naar de jaarverslagen over het boekjaar 2022 van tien entiteiten die in de samenstelling van de AEX-index zitten, zoals opgenomen in het register financiële verslaggeving van de Autoriteit Financiële Markten.³⁰

In alle jaarverslagen staan de huidige man-vrouwverhoudingen, de gestelde streefcijfers en een beschrijving van initiatieven die ervoor zouden moeten zorgen dat de streefcijfers worden gehaald. De initiatieven die het meest voorkomen, zijn verscherpte aandacht voor een gelijk-loonbeleid, het aanpassen van arbeidsvoorwaarden met betrekking tot ouderschapsverlof en flexibel werken, gelijke genderverdeling tussen deelnemers van leiderschaps cursussen, het promoten van interne netwerken van werknemers die specifiek zien op D&I en genderevenwicht, en het aanpassen van het wervingsproces. Er wordt een nadruk gelegd op inclusief taalgebruik in advertenties, het bedrijf promoten op universiteiten en bij studieverenigingen en samenwerkingen met recruitmentbureaus en organisaties die meer vrouwen kunnen bereiken.

In sommige jaarverslagen is de subtop niet (duidelijk) gedefinieerd of heel breed genomen. Prosus heeft geen subtop gedefinieerd en hiervoor dus ook geen streefcijfers geformuleerd. AkzoNobel refereert naar een ‘executive level’. In het jaarver-

28 Vooral met betrekking tot de subtop, waar belanghebbenden minder zicht op hebben, zou het moeilijk zijn om te beargumenteren dat het gerapporteerde aantal non-binaire personen niet klopt.

29 Voorstel van wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het veranderen van de voorwaarden voor wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte, Kamerstukken II 2020/21, 35825, nr. 2.

30 Adyen N.V., Aegon N.V., Koninklijke Ahold Delhaize N.V., Akzo Nobel N.V., ASM International N.V., ASML Holding N.V., BE Semiconductor Industries N.V., Heineken N.V., ING Groep N.V. en Prosus N.V.

slag is geen definitie opgenomen, maar volgens de onderneming is dit een groep van 312 personen. Bij Besi geldt hetzelfde met betrekking tot het 'management', bestaande uit 257 personen, van wie 20% vrouw. Adyen stelt streefcijfers voor haar 'senior leadership team'. Vermoedelijk is het senior leadership team de subtop, maar in het jaarverslag is geen definitie of omvang van het senior leadership team opgenomen. Er gelden geen concrete richtlijnen over de omvang van de subtop, maar als er relatief meer personen van het ondervertegenwoordigde geslacht lagere managementfuncties bekleden, zou het verbreden van de definitie van de subtop kunnen leiden tot evenwichtigere percentages.

Een aantal beursvennootschappen stelt ook gezamenlijke streefcijfers voor meerdere bestuurslagen. Adyen stelt bijvoorbeeld een gezamenlijk streefcijfer voor de RvB en het senior leadership team. Prosus stelt één streefcijfer voor alle bestuurders van haar monistisch bestuur. Bij Ahold Delhaize wordt in ieder geval de 'executive committee' meegenomen in het streefcijfer voor de RvB en is het niet heel duidelijk of de RvB en executive committee ook worden meegeteld bij de subtop.

Over het algemeen geven beursvennootschappen naast de streefcijfers ook streefjaren aan. De meeste streefcijfers worden opgesteld voor een periode van twee à drie jaar. In sommige gevallen worden meerdere streefcijfers opgesteld. Heineken heeft bijvoorbeeld voor haar *senior leadership* een target opgesteld voor 2025 en een andere target voor 2030. ING heeft voor het *senior management* ook streefcijfers opgesteld voor 2025 en 2028. De streefjaren hoeven niet voor alle bestuurslagen gelijk te zijn. ASM heeft bijvoorbeeld 2025 gebruikt als streefjaar voor de *sub board*, maar heeft geen streefjaar aangegeven voor de RvB. ASML heeft voor senior management 2024 als streefjaar genomen en voor de RvB 2026. Een reden voor dergelijke verschillen zou kunnen liggen in de termijnen waarvoor bestuurders worden benoemd. Als er bijvoorbeeld geen bestuurstermijnen zijn die in de komende twee jaar aflopen, dan heeft het niet veel zin om streefcijfers op te stellen voor 2024.

In alle bestudeerde jaarrekeningen beperken de ondernemingen zich niet tot de informatie die moet worden gerapporteerd op basis van het Besluit inhoud bestuursverslag. Een aantal ondernemingen rapporteert bijvoorbeeld ook over de man-vrouwverhoudingen in de nieuw aangenomen werknemers en de man-vrouwverhoudingen in andere lagen van de hiërarchie of in het totale aantal werknemers. Ook wordt in de jaarverslagen bepaalde informatie op het gebied van genderevenwicht vaker herhaald dan andere informatie. In het jaarverslag van Heineken wordt bijvoorbeeld negen keer genoemd dat 27% van het senior management uit vrouwen bestaat, en in het jaarverslag van Ahold Delhaize wordt ruim vijftien keer herhaald dat de ambitie is om 100% genderevenwicht te bereiken. In beide gevallen komen de huidige man-vrouwverhoudingen in de RvB minder vaak voor. Uit de jaarrekeningen blijkt wel duidelijk dat het met het genderevenwicht in de RvC aanzienlijk beter gaat dan in andere lagen van de beursvennootschappen. Dit betekent echter niet dat alle beursvennootschappen zonder problemen het ingroeiquote hebben omarmd.

A. Retsjkina

4.3 *Casus SnowWorld en ING*

In januari 2022 heeft SnowWorld bekendgemaakt twee mannelijke commissarissen te willen benoemen in de plaats van een vertrekkende commissaris. Deze benoemingen zouden niet bijdragen aan genderevenwicht in de RvC. Daarmee zouden de benoemingen nietig zijn. SnowWorld heeft er uiteindelijk voor gekozen om een vrouw en een man te benoemen.³¹

ING heeft haar plannen ook moeten wijzigen door het ingroeiquote. De RvC van ING bestaat uit zes mannen en drie vrouwen. Dit betekent dat ING precies voldoet aan de eis van ten minste een derde mannen en vrouwen in de RvC volgens het ingroeiquote. In 2023 zouden twee nieuwe commissarissen worden benoemd in de plaats van twee vertrekkende commissarissen. Het oorspronkelijke idee was dat de opvolger van de voorzitter van de RvC op 24 april wordt benoemd en tot het vertrek van de voorzitter per 1 juli wordt ingewerkt. Dit zou echter betekenen dat ING tussen 24 april en 1 juli 2023 onder het ingroeiquote zou komen te zitten. Daarom is besloten om de benoeming uit te stellen, zodat er geen overlap is en de RvC uit negen personen (zes mannen en drie vrouwen) zal blijven bestaan.³²

4.4 *Casus Just Eat Takeaway.com*

Just Eat Takeaway.com kwam ook in het nieuws in verband met de benoemingsmethodiek.³³ Op haar aandeelhoudersvergadering in november 2022 werd eerst een vrouwelijke commissaris benoemd, waardoor de RvC bestond uit vier mannen en twee vrouwen, en aan het ingroeiquote was voldaan. Op dezelfde aandeelhoudersvergadering werd vervolgens nog een mannelijke commissaris benoemd, waardoor het genderevenwicht in de RvC weer onder het ingroeiquote kwam te liggen.

Het is nu de vraag of deze tweede benoeming geldig is. Wellicht past de constructie die Just Eat Takeaway.com heeft toegepast niet in de geest van de wet, maar met een tekstuele uitleg van art. 2:142b BW is het mogelijk te beargumenteren dat lid 2 alleen geldt voor zover de RvC nog niet ten minste voor een derde uit mannen en voor een derde uit vrouwen bestaat. Door eerst een vrouwelijke commissaris te benoemen voldeed Just Eat Takeaway.com aan deze voorwaarde, en gold lid 2 van art. 2:142b BW dus niet voor de volgende benoeming.

Deze interpretatie van het ingroeiquote is (nog) niet door de rechter getoetst. Wellicht heeft de negatieve publiciteit echter voor de nodige druk gezorgd, aange-

31 SnowWorld benoemt toch een vrouw in de rvc, FD 28 januari 2022, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1428466/snowworld-benoemt-toch-een-vrouw-in-de-rvc-xkf3cawhM0ud>.

32 ING ziet vrouwenquote over het hoofd: nieuwe, mannelijke commissaris begint twee maanden later, FD 12 maart 2023, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1470396/ing-ziet-vrouwenquote-over-het-hoofd-nieuwe-mannelijke-commissaris-begint-nu-drie-maanden-later>.

33 Zie bijv. Vrouwenquote verdient aanscherping, FD 20 november 2022, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1458202/vrouwenquote- verdient-aanscherping-lpf3cawhM0ud>, en Aandeelhouders Just Eat Takeaway.com stemmen voor terugkeer geschorste directeur, FD 18 november 2022, <https://fd.nl/bedrijfsleven/1458421/aandeelhouders-just-eat-takeaway-stemmen-voor-terugkeer-geschorste-directeur-lpf3cawhM0ud>.

zien de RvC van Just Eat Takeaway.com na de aandeelhoudersvergadering in mei 2023 uit een gelijk aantal mannen en vrouwen bestaat.

4.5 De (in)effectiviteit van de sancties

Aan de voorbeelden van SnowWorld, ING en Just Eat Takeaway.com is te zien dat genderevenwicht in het bedrijfsleven een actueel thema is, dat genoeg belangstelling heeft in de media. Bedrijven lijken in ieder geval het ingroeiquotum serieus te nemen, aangezien de man-vrouwverhoudingen in de RvC over het algemeen aanzienlijk evenwichtiger zijn dan in andere lagen van grote vennootschappen. Reputatieschade kan een sterk wapen zijn, maar vermoedelijk zijn de sanctie van nietigheid en het risico dat een belanghebbende naar de rechter stapt voor een oordeel over de rechtsgeldigheid van de benoeming effectiever.

Voor schendingen van de streefcijferregeling is reputatieschade echter de enige effectieve sanctie. Daarbij is het nog maar de vraag of schendingen van de streefcijferregeling zullen leiden tot reputatieschade. Bij het ingroeiquotum is het bericht duidelijk: draagt de benoeming van een commissaris niet bij aan genderevenwicht in de RvC, dan wordt de wet geschonden. Op basis van de streefcijferregeling moet de betrokken vennootschap echter doelen opstellen die kunnen zien op een langere termijn, een Plan opstellen, en als de doelen niet zijn behaald, uitleg geven. Wanneer is er dan sprake van een schending van de wet? En hoe wordt dit gepresenteerd aan het publiek? In hun rapportages gebruiken bedrijven verschillende technieken om hun informatie omtrent genderevenwicht zo positief mogelijk naar buiten te brengen. Het is dan voornamelijk aan de media om door dit mooie plaatje heen te prikken en bedrijven hierop aan te spreken. Hoe effectief dat zal zijn, verschilt ook per bedrijf. Beursgenoteerde bedrijven zijn over het algemeen gevoelig voor reputatieschade. *Naming-and-shaming* in Nederland zal echter niet veel invloed hebben op benoemingen bij een niet-beursgenoteerd bedrijf, dat weliswaar een Nederlandse rechtspersoon is, maar voornamelijk activiteiten heeft in het buitenland en in zijn bedrijfsvoering niet rechtstreeks afhankelijk is van consumenten.

Mogelijk zal de streefcijferregeling meer impact kunnen hebben op grote financiële ondernemingen. Op basis van de Wft moeten nieuwe bestuurders en commissarissen van bepaalde financiële ondernemingen, zoals banken, beleggingsondernemingen en verzekeraars, worden getoetst door de toezichthouder op geschiktheid en betrouwbaarheid voordat ze kunnen worden benoemd.³⁴ Als onderdeel van de geschiktheidstoets kijken de toezichthouders ook naar diversiteit. De toezichthouder zal waarschijnlijk niet meteen zijn goedkeuring onthouden, als een benoeming niet bijdraagt aan de streefcijfers van een onderneming. De toezichthouder zou een financiële onderneming echter wel kunnen aanspreken op het structureel niet nakomen van het eigen diversiteitsbeleid, en als de toezichthouder meent dat een

34 Afhankelijk van het soort financiële onderneming worden deze toetsen uitgevoerd door de AFM of DNB. Zie meer over de geschiktheids- en betrouwbaarheidstoets op www.afm.nl/nl-nl/sector/themas/toetsingen/toetsing-bestuurders-en-commissarissen.

A. Retsjkina

benoeming de wet (dat wil zeggen het ingroeiquotum) schendt, dan zou de toezichthouder ook kunnen weigeren om de benoeming goed te keuren.³⁵

5 Conclusie

Een paar jaar geleden was Nederland een van de landen die een Europese richtlijn over genderevenwicht aan de top van het bedrijfsleven tegenhield. Met het ingroeiquotum en de streefcijferregeling is er een stap gezet naar meer genderevenwicht, maar er valt nog een grote slag te maken op dit gebied. Voor nu kan Nederland mogelijk gebruik maken van de uitzonderingsclausule in de Richtlijn WOB, maar mocht deze uitzondering niet (meer) van toepassing zijn, dan zal onze nationale regeling niet toereikend zijn om te voldoen aan de verplichtingen onder de Richtlijn.

De streefcijferregeling lijkt op een tandeloze tijger. De meest effectieve sanctie die daaraan verbonden is, betreft reputatieschade. Door de verschillende technieken waarmee bedrijven informatie over genderevenwicht positief weten te brengen, zal er echter niet snel sprake zijn van reputatieschade. Het ingroeiquotum is een ander verhaal. De sanctie van nietigheid van de benoeming en de aandacht die het ingroeiquotum krijgt in de media lijken hun werk te doen.

Met belangstelling wacht ik de eerste rechterlijke uitspraken af over een benoeming van een bestuurder of commissaris waarbij de betrokken beursvennootschap achteruitgaat op genderevenwicht en onder het ingroeiquotum komt te zitten, of indien iemand wordt benoemd die zich noch als man, noch als vrouw identificeert. Wellicht zal de rechter nog de nodige bruggen kunnen slaan tussen de wettelijke streefcijferregeling dan wel het ingroeiquotum en de uitwerking daarvan in de praktijk.

35 Zie voor diversiteit bij banken I.P. Palm-Steyerberg, *Diversiteit bij banken: vooruitstrevende governance-eisen?*, TOP 2022/411, p. 18-25.