

D&I-beleid: maakt belofte schuld?

ArbeidsRecht 2023/23

Het maatschappelijk belang van diversiteit en inclusie (D&I) blijft gestaag toenemen. De wet verplicht desondanks nog tot weinig, en laat veel ruimte voor het voeren van eigen D&I-beleid. Ondernemingen zullen – ook vanwege de nieuwe Corporate Governance Code 2022 – steeds vaker D&I-beleid vaststellen, en dat beleid zal waarschijnlijk steeds concreter en serieuzer worden. In deze bijdrage wordt onderzocht wat de juridische status van dat beleid is, in het bijzonder of schending van een door een werkgever aan zichzelf opgelegd D&I-beleid een onrechtmatige daad kan opleveren. De auteurs zien hier aanknopingspunten voor, waarbij vermoedelijk zal gelden dat hoe concreter het beleid is, hoe sneller tegen schendingen ervan kan worden opgekomen.

1. Waarom is D&I-beleid nu relevant?

1.1 'D&I wordt steeds belangrijker'

Inmiddels is het enigszins cliché om aan het begin van een artikel over diversiteit en inclusie op te merken dat D&I steeds belangrijker wordt. Tegelijkertijd klopt het wel. De maatschappelijke dialoog die hierover al jaren aan de gang is, heeft geleid tot wetgeving, jurisprudentie, *soft law*, gedragscodes, convenanten en ondernemings- of sectorbeleid. Dit artikel gaat over D&I-beleid dat door werkgevers zelf is opgesteld. Dit fenomeen is in opkomst, zo blijkt onder andere uit twee recente ontwikkelingen.

Ten eerste de geactualiseerde Corporate Governance Code 2022, die voorschrijft dat beursvennootschappen een breed D&I-beleid voor de *gehele* onderneming opstellen, inclusief doelen, plan van aanpak en rapportage over behaalde resultaten. Dit zou breed effect kunnen hebben nu ook niet-beursgenoteerde bedrijven en het midden- en kleinbedrijf de code beschouwen als een belangrijke leidraad voor verantwoord ondernemen en deze ook in meer of mindere mate wordt gevolgd in de governance codes die binnen verschillende sectoren gelden. Ten tweede het Europabrede initiatief van *Diversity Charters*, dat in Nederland door de SER wordt gepromoot.² Ondertekenaars verklaren het streven naar D&I belangrijk te vinden, in alle geledingen de toepassing van de principes van gelijke kansen te bevorderen en zich in te zetten voor minimaal één concrete D&I-uitdaging die wordt uitgewerkt in een plan van aanpak.

1.2 'No strings attached' of wel degelijk juridische consequenties?

In dit artikel onderzoeken we de juridische status van eigen D&I-beleid. Om het overzichtelijk te houden, beperken wij ons tot de vraag of schending van een door een werkgever aan zichzelf opgelegd D&I-beleid een onrechtmatige daad van een werkgever kan opleveren. We gaan niet in op de vraag welke remedies kunnen worden opgelegd na onrechtmatig handelen bestaande uit een schending van eigen D&I-beleid. Mogelijkerwijs zullen naast schadevergoeding ook alternatieve remedies kunnen openstaan, zoals een gebod tot een doen of nalaten. Dit kan onderwerp zijn voor nader onderzoek.³

Wij zullen bij de beantwoording van de hoofdvraag uitgaan van twee aannames. Ten eerste dat het D&I-beleid in kwestie voor het doeleinde van ons artikel geen wettelijke grondslag heeft en ook verdergaand, specifiek of concreter is dan de algemene gelijkebehandelingswetten (anders bindt de wet). Ten tweede dat het D&I-beleid geen deel uitmaakt van de contractuele afspraken tussen werknemer en werkgever,⁴ maar de werkgever eenzijdig heeft verklaard zich aan bepaald beleid te zullen houden (anders bindt het contract).⁵

Dit artikel is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 bespreken wij eerst kort de wetsbepalingen die verplichten tot het actief voeren van D&I-beleid op bepaalde vlakken (par. 2.1), waarna we eveneens kort stilstaan bij het algemene gelijkebehandelingsrechtelijke kader dat hiervoor geldt (par. 2.2). Op basis hiervan concluderen wij dat de wet tot weinig verplicht en veel ruimte laat voor het voeren van eigen D&I-beleid. In paragraaf 3 bespreken wij vervolgens wat de juridische status is van beleid waarmee die ruimte wordt benut aan de hand van een vergelijking met juridische ontwikkelingen op het gebied van duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen (par. 3.1), recente rechtspraak 'dichter bij huis' over de NVP-sollicitatiecode (par. 3.2) en literatuur over de doorwerking van *soft law* via de open normen van het aansprakelijkheidsrecht (par. 3.3).

1 Mr. J.H. (Jeanne) Leeman en mr. M. (Marko) Jovović zijn advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

2 Voor de programma's in Nederland en de overige lidstaten, zie het online overzicht van de Europese Commissie: 'Diversity Charters by EU Country', https://commission.europa.eu/index_en, laatstelijk geraadpleegd op 27 maart 2023.

3 Zie over remedies in het privaatrecht ook W.Th. Nuninga, *Recht, plicht, remedie. Of De belofte van de norm (Recht en Praktijk nr. CA25)* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2022.

4 Wij laten dus ook de vraag in het midden of het beleid een arbeidsvoorwaarde kan opleveren, bijv. via de FNV/Pontmeyer-route, HR 22 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:976, NJ 2019/146, m.nt. W.D.H. Asser.

5 Dit onderzoek betreft dus uitsluitend de 'derde bindingsgrondslag' van Giesen. I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht (Mon. Privaatrecht 8)*, Deventer: Kluwer 2007, p. 55 e.v.

2. D&I in de wet

2.1 *D&I in de wet ontwikkelt zich verder ...*

Het aantal wetsbepalingen over D&I neemt toe.⁶ Naast het streefcijfer voor de samenstelling van de raad van commissarissen (artt. 2:166 en 2:276 BW) zijn in 2022 een ingroeiquotum voor rvc's van beursvennootschappen (art. 2:142b BW) en de Wet betaald ouderschapsverlof ingevoerd. Daarnaast is Richtlijn (EU) 2022/2381⁷ aangenomen. Voor 2023 is de belangrijkste te verwachten ontwikkeling de Wet toezicht gelijke kansen bij werving en selectie,⁸ die op 14 maart 2023 door de Tweede Kamer is aangenomen. Deze wet brengt mee dat alle werkgevers en intermediairs een werkwijze zullen moeten vaststellen met waarborgen om arbeidsmarktdiscriminatie bij werving en selectie tegen te gaan en gelijke kansen te bevorderen.

2.2 *... maar de wet laat ruimte voor eigen D&I-beleid*

Ondanks alle ontwikkelingen verplichten nog relatief weinig wettelijke bepalingen werkgevers tot het voeren van (actief) D&I-beleid, laat staan om een diverse personeelssamenstelling te hebben. Mogelijk komt dat doordat het gelijkebehandelingsrecht het nagestreefde eindresultaat (in onze eigen woorden: een personeelsopbouw die representatief is voor de diversiteit in de samenleving) wil bereiken door het waarborgen van *gelijke kansen*, niet door het nastreven van *gelijke uitkomsten* of een 'diverse' cijfermatige verdeling. Het Hof van Justitie van de Europese Unie verwoordde het in het *Kalanke*-arrest als volgt:

“(...) een dergelijke regeling, voor zover zij erop gericht is te bewerkstelligen dat vrouwen in alle rangen en op alle niveaus van een dienst gelijk vertegenwoordigd zijn als mannen, [vervangt de] bevordering van gelijke kansen door het resultaat waartoe enkel het verwezenlijken van die gelijke kansen zou kunnen leiden.”⁹

Dit is niet onomstreden,¹⁰ en ook is een tendens zichtbaar naar het breder mogelijk maken van quota.¹¹ Toch blijft het uitgangspunt van het huidige systeem dat iedereen hetzelfde wordt behandeld.¹² Streefcijfers en dergelijke zijn

daarom in beginsel uitgesloten. Een (restrictief uit te leggen)¹³ uitzondering hierop is voorkeursbeleid dat in Nederland¹⁴ slechts is toegestaan voor vrouwen, personen behorende tot een bepaalde etnische of culturele minderheidsgroep (art. 2 lid 3 AWGB) en personen met een handicap of chronische ziekte (art. 3 lid 3 WGBH/CZ).

In de kern is het gelijkebehandelingsrecht daarom een systeem van *verboden* (in plaats van *geboden*). Het verbiedt ongeoorloofd onderscheid – ook in de vorm van voorkeursbeleid –,¹⁵ maar vertelt werkgevers niet wat zij dan *wel* moeten doen. Zij zijn vrij in het voeren van een eigen personeelsbeleid, zolang dat binnen de wettelijke marges blijft. Kortom: als werkgever mag je niet discrimineren, verder mag je het zelf weten.

De beleidsvrijheid die de wet aan de ondernemer laat, kan worden opgevuld met D&I-beleid. Zo kan een werkgever die mogelijk de vrijheid heeft om het dragen van een *hijab* ('hoofddoek') te verbieden,¹⁶ in het eigen D&I-beleid vastleggen dat werknemers in het dragen ervan vrij zijn. Ook kan de werkgever op aanbeveling van de SER kiezen voor “concreet beleid en specifieke (SMART-)doelstellingen op verschillende niveaus in jouw organisatie, met targets voor bijvoorbeeld werving, instroom, doorstroom, opleidingen en benoemingen”. Ook mogelijk is het invoeren van “sponsor- of mentorprogramma's die bij alle medewerkers begrip kweken voor culturele en genderverschillen en overeenkomsten”.¹⁷

3. Juridische consequenties van D&I-beleid

Kan naleving van niet-bindend beleid in rechte worden afgedwongen? Om dit te beantwoorden gaan we eerst in op *hoe* dit kan, en vervolgens op *welk type norm* daarvoor in aanmerking komt.

3.1 *'Softe' gedragscodes over responsible business kunnen tot 'harde' veroordelingen leiden*

Over dergelijke vragen wordt al langer nagedacht in het kader van 'verantwoord ondernemen' (*responsible business*). In Nederland wordt op dat gebied meestal geen harde wetgeving uitgevaardigd,¹⁸ maar gebruikgemaakt van kader-

6 Voor een overzicht van de ontwikkelingen uit 2022, zie het (relatief) recente artikel van Perquin-Deelen en Traag in dit tijdschrift: C.F. Perquin-Deelen & E.L. Traag, 'Diversiteitswetgeving: ingroeiquotum, streefcijfers en betaald ouderschapsverlof', *ArbeidsRecht* 2022/38.

7 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. De quota uit artt. 2:166 en 2:276 BW zullen moeten worden verhoogd o.b.v. art. 5 van deze richtlijn.

8 Zie Kamerdossier 35673.

9 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 (*Kalanke*).

10 Zie bijv. E. Cremers-Hartman & P.A.T. Oden, 'Voorkeursbeleid voor topvrouwen', *NJB* 2015/146.

11 Bijv. CRM 1 maart 2021, oordeel 2021-19, *JAR* 2021/91, waarin een quotum voor vrouwelijke universitair docenten en hoogleraren van de TU Delft toelaatbaar werd geacht.

12 Er moet sprake zijn van een objectieve beoordeling van elk individueel geval, HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (*Abrahamsson*).

13 HvJ EG 17 oktober 1995, C-450/93, ECLI:EU:C:1995:322 (*Kalanke*); HvJ EG 11 november 1997, C-409/95, ECLI:EU:C:1997:533 (*Marschall*); HvJ EG 28 maart 2000, C-158/97, ECLI:EU:C:2000:163 (*Badeck*); HvJ EG 6 juli 2000, C-407/98, ECLI:EU:C:2000:367 (*Abrahamsson*).

14 De EU-wetgeving maakt voorkeursbeleid mogelijk voor elke discriminatiegrond, zie bijv. art. 7 lid 1 Kaderrichtlijn gelijke behandeling in arbeid en beroep (Richtlijn 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEU* 2000, L 303).

15 Bijv. art. 5 lid 1 AWGB.

16 HvJ EU 13 oktober 2022, ECLI:EU:C:2022:774 (*LF/SCRL*).

17 Zie de tips van het SER-diversiteitsportaal: 'Tips – maak je organisatie meer divers', www.ser.nl, laatstelijk geraadpleegd op 27 maart 2023.

18 Vgl. aanwijzing 8 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

wetgeving, delegatie of zelfregulering.¹⁹ Dat heeft geleid tot veelvuldig gebruik van niet-bindende gedragscodes en andere *soft law instruments*.²⁰ Als reactie hierop verwisselen ngo's steeds vaker hun spandoeken voor toga's om via strategische civiele procedures toepassing van deze *soft law instruments* af te dwingen als nadere invulling van een zorgvuldigheidsnorm.

Een voorbeeld uit het milieurecht is de zaak van Greenpeace tegen Shell. Shell moest haar CO₂-uitstoot reduceren op grond van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van art. 6:162 BW, onder andere ingevuld door de *UN guiding principles* "en andere *soft law instrumenten* waaruit worden afgeleid dat internationaal algemeen aanvaard is dat bedrijven mensenrechten dienen te respecteren".²¹ Ook kan worden gewezen op de *Urgenda*-zaak, hoewel het daar niet ging om een onderneming, maar om de Nederlandse staat.²² Ook partijen die opkomen voor hun eigen belang doen regelmatig – met succes – een beroep op niet-bindende gedragscodes.²³

Coenraads en Hamster signaleren dat beroepen op *soft law* daarom daadwerkelijk effect hebben:

"(...) willen [ondernemingen] de negatieve publiciteit van *ava-acties*, Ondernemingskamer, civiele procedures en NCP-procedures zo veel mogelijk voorkomen en werk maken van commitments die zij zijn aangegaan in de veronderstelling dat ze niet-bindend waren, dan vereist dat een ingrijpende gedragsverandering."²⁴

Ogenschijnlijk niet-bindende gedragscodes leiden dus steeds vaker tot juridische consequenties.

3.2 Voor D&I-beleid kan hetzelfde gelden

Niet ondenkbaar is dat het aansprakelijkheidsrecht op vergelijkbare wijze kan worden gebruikt om de naleving van D&I-beleid af te dwingen. Op andere arbeidsrechtelijke terreinen is dit al gebeurd. Zo oordeelde de Rechtbank Den Haag in 2019 dat een (beoogd) werkgever, Universiteit Leiden, onrechtmatig handelde tegenover een sollicitant wegens het schenden van een gedragscode.²⁵ De universiteit

had – ook op haar website – de NVP-sollicitatiecode op zichzelf van toepassing verklaard. Toch had de universiteit in strijd met deze code gehandeld door zonder toestemming van de sollicitant informatie bij oud-collega's op te vragen. De rechtbank oordeelde dat de universiteit "ernstig [was] tekortgeschoten in de nakoming van een door haar zelf geïntroduceerde norm in overeenstemming waarmee sollicitatieprocedures bij Universiteit Leiden (behoren te) verlopen", zodat haar handelen "onmiskenaar" een onrechtmatig karakter kreeg.²⁶ De rechtbank verwierp het verweer dat de NVP-sollicitatiecode slechts niet-bindende basisregels voor organisaties bevat, geen 'wet' is en de naleving ervan niet rechtstreeks voor de rechter afdwingbaar is, omdat de universiteit op de website had verwezen naar de toepasse-lijkheid van de code. Sollicitanten mochten er dus op vertrouwen dat de normen uit de code zouden worden nageleefd.

Het gaat hier, net als in de hiervoor genoemde *responsible business*-zaken, om handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW).²⁷ De code heeft immers geen wettelijke status, zodat geen sprake was van schending van een wettelijke plicht en ook geen sprake was van inbreuk op een subjectief recht van de sollicitant.

3.2.1 Maakt de precieze bindingsgrondslag nog uit? Niet echt

Hier zou nog de vraag kunnen rijzen of het *echt* gaat om hetzelfde type norm als in de *responsible business*-zaken. In die zaken is immers vaak sprake van het toekennen van materiële betekenis aan (of de 'doorwerking' van) 'soft law'.²⁸ In de zaak van de Universiteit Leiden had dit kunnen uitmonden in een oordeel in de trant van dat 'algemeen aanvaard is dat het niet netjes is om oud-collega's te benaderen, en dat de NVP-sollicitatiecode hier een nadere uitwerking van is'. De breed gedragen NVP-code toont dan aan dat de regel tot de algemeen aanvaarde verkeersopvattingen behoort. In de zaak van de Universiteit Leiden lijkt het eerder te gaan om een meer 'klassieke' schending van gerechtvaardigd vertrouwen: omdat de universiteit zichzelf op naar buiten toe kenbare wijze had gebonden aan concrete normen en die vervolgens heeft geschonden, handelt zij onrechtmatig.²⁹ Mogelijk zou zelfs nog een derde aanvliegroute beschikbaar zijn geweest, namelijk via de redelijkheid en billijkheid (of het goed werkgeverschap).³⁰

19 Bijv.: Ministerie van Buitenlandse Zaken, *Nationaal Actieplan, Bedrijfsleven & Mensenrechten*, juli 2022 (bijlage bij brief van de Minister van Buitenlandse Handel en Ontwikkelingssamenwerking van 14 september 2022, Kamerstukken II 2021/22, 32735, nr. 344), met vrijwillige basisconvenanten per sector tussen overheid, bedrijven en maatschappelijke organisaties.

20 Bijv. de *Equator Principles* en de *IFC Environmental and Social Performance Standards* in de financiële sector, of de *Voluntary Principles on Security and Human Rights* in de olie- en gasindustrie.

21 Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *JOR* 2021/208, m.nt. S.J.M. Biesmans, r.o. 4.4.2 en 4.4.14.

22 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier.

23 Bijv. Hof Arnhem 11 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BJ5405, r.o. 21 (onrechtmatige daad wegens schending VBO Gedragscode); Rb. Limburg 10 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7819, r.o. 3.14–15 (onrechtmatig handelen Fortis wegens strijd met zorgvuldigheidsnorm uit *Febelfin-Gedragscode*).

24 M.E. Coenraads & J.E.S. Hamster, 'Verantwoord ondernemen: van soft law naar harde verplichtingen via strategisch procederen', *TOP* 2019/451, p. 39.

25 Rb. Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6145.

26 Rb. Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6145, r.o. 4.5.

27 Dat was ook de grondslag die de eiser koos, zie de weergave van de verordening in r.o. 3.2, laatste alinea.

28 Zie par. 3.1 en de daar aangehaalde literatuur en rechtspraak.

29 Rb. Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:6145, r.o. 4.5 en 4.6.

30 HR 30 januari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2312, r.o. 3.3: "(...) art. 7:611 BW, in welke bepaling de algemene eisen van redelijkheid en billijkheid, zoals neergelegd in art. 6:2 en 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking vinden". In de literatuur is betoogd dat het goed werkgeverschap ook een rol speelt in de precontractuele fase, zie G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999, par. 1.8.

Over de verhouding tussen de maatschappelijke betamelijkheid en andere bronnen van ongeschreven recht valt veel te zeggen, maar uiteindelijk maakt de precieze route niet veel uit. De maatschappelijke betamelijkheidsnorm van art. 6:162 BW en de redelijkheid en billijkheid liggen immers dicht tegen elkaar aan.³¹ Zowel de precieze inhoud van de maatschappelijke zorgvuldigheid³² als die van de redelijkheid en billijkheid zijn afhankelijk van de gegeven omstandigheden van het geval en daarnaast van de opvattingen die in het maatschappelijk verkeer leven.³³ In de meeste gevallen zullen de verschillende bronnen van ongeschreven recht dus op hoofdlijnen tot dezelfde uitkomst leiden.³⁴

Een interessante vraag is nog of het thema D&I niet te politiek is om te worden aangemerkt als een *in Nederland als geheel* levende overtuiging. Wij denken van niet. Art. 3:14 BW spreekt bewust van overtuigingen als meervoud.³⁵ Rechts-overtuigingen hoeven dus niet altijd onomstreden te zijn,³⁶ net als dat het niet per definitie om binnen *heel* Nederland gedeelde opvattingen hoeft te gaan.³⁷ In ieder geval biedt het zelfbindingsbeginsel (belofte maakt schuld) uitkomst:³⁸ de werkgever heeft het beleid zelf vastgesteld, dus het is in elk geval zijn *eigen* rechtsovertuiging die hem mogelijk bindt.

Giesen zegt het in zijn dissertatie over zelfregulering als volgt:

“Gezien de hoeveelheid open normen in het vermogensrecht en de fundamentele, breed erkende mogelijkheid dat private partijen voor hun private verhouding hun eigen rechtspositie kunnen bepalen (autonomie), zou daarmee gezegd kunnen worden dat binding aan alternatieve regelgeving ingebouwd is in het privaatrechtelijke systeem.”³⁹

31 Volgens de wetsgeschiedenis staan maatschappelijke zorgvuldigheid en redelijkheid en billijkheid als bronnen van ongeschreven recht inhoudelijk op één lijn (*Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 71). Nader Asser/*Hartkamp & Sieburgh 6-III* 2018/203 en K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.2.4.

32 Over de invulling van de maatschappelijke zorgvuldigheid, zie o.a. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Van zorgvuldigheid naar zorgplicht: een eeuw maatschappelijke zorgvuldigheid’, *RMThemis* 2019/1, p. 26.

33 Dit volgt rechtstreeks uit art. 3:12 BW, dat ook invulling geeft aan art. 7:611 BW, zie HR 8 april 1994, *NJ* 1994/704, *JAR* 1994/94 (*Agfa/Schoolderman*).

34 In gelijke zin (onder verwijzing naar rechtspraak en literatuur): I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (*Mon. Privaatrecht* 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 68 e.v.

35 *MvA*, II Inv. (*Parl. Gesch. Inv.*, p. 1035): “ten aanzien van bepaalde vragen zal niet altijd kunnen worden gesproken van één rechtsovertuiging die allen delen”.

36 Hesselink zegt het mooi: “rechtsbeginselen opereren op de grens tussen recht en moraal”, en over moraal zullen de meningen vaker wél uiteenlopen dan niet. M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1999, p. 45.

37 Nader C.W. Dubbink, ‘De redelijkheid en billijkheid volgens art. 3:12 NBW’, *WPNR* 1990/5963, p. 361.

38 Over de partijautonomie grondslag voor binding: I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (*Mon. Privaatrecht* 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 62 e.v.

39 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (*Mon. Privaatrecht* 8), Deventer: Kluwer 2007, p. 72.

Er zijn kortom voldoende mechanismen die kunnen leiden tot binding aan eigen D&I-beleid.

3.3 Hoe concreter de bepaling, hoe eerder die afdwingbaar zal zijn

Nu het *hoe* aan bod is gekomen, werpen wij een blik op het *wat*: welke uitingen in D&I-beleid zullen zich kunnen lenen voor afdwingbaarheid in rechte? Niet alles zal geschikt zijn om als zelfstandige norm te functioneren.⁴⁰ Relevant is welke soort inspanning of doelstelling een werkgever zichzelf oplegt. Niet veel werkgevers maken hun D&I-beleid openbaar, dus veel concrete voorbeelden ontbreken. In het algemeen zal D&I-beleid echter een spectrum van ‘bepalingen’ kunnen bevatten, die uiteenlopen van:

- globale voornemens, zoals: “*iedereen moet zich binnen onze organisatie thuis kunnen voelen, zodat ieders talent tot zijn recht komt*”, tot
- concrete doelstellingen, bijvoorbeeld: “*mensen met een beperking krijgen de kans om vaardigheden te ontwikkelen en werkervaring op te doen met tijdelijke opdrachten in de organisatie. Ze krijgen intensieve begeleiding, een op maat gemaakt opleidingsprogramma en de mogelijkheid om trainingen te volgen*” of “*minimaal x personen met een beperking in dienst in 2025*”.

Concrete doelstellingen (de b-variant) zullen het snelste kunnen leiden tot het oordeel dat sprake is van een verplichting tot een doen of nalaten.⁴¹ De a-variant zal veelal te onbegrensd zijn om te spreken van een norm die zelfstandig in rechte kan worden ingeroepen. Niet voor alle denkbare voorbeelden zal daarentegen duidelijk zijn dat de a-variant niet op een juridisch relevante manier geschonden kan worden. Een voorbeeld van een grensgeval is een situatie waarin een bepaalde handeling evident indruist tegen een globaal omschreven visie.⁴² Zo kan worden betoogd dat de in D&I-beleid vastgelegde visie dat alle geloofsovertuigingen op waarde worden geschat, niet valt te rijmen met een categorische weigering om – in tegenstelling tot met christelijke feestdagen – vrij te geven met het Suikerfeest. Hoewel uit het algemene beleid misschien geen specifieke inspanningsverplichting blijkt, wringt het toch.

40 Zie over kwaliteitseisen waaraan ‘alternatieve regelgeving’ moet voldoen bijvoorbeeld J.B.M. Vranken, ‘Niets in het recht is blijvend, behalve verandering. Een onderzoek naar de betekenis en grenzen van nieuwe vormen van private regelgeving in het privaatrecht’, *WPNR* 2004/6560, en K.J.O. Jansen, ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving’, *NTBR* 2020/5, par. 4. Zie voorts I. Giesen, *Alternatieve regelgeving en privaatrecht* (*Mon. Privaatrecht* 8), Deventer: Kluwer 2007; M. Menting, J.B.M. Vranken & M.W. Scheltema, *Gedragscodes in internationaal, Europees en privaatrechtelijk perspectief (preadviezen VBR 2013)*, Zutphen: Paris 2014, en M. Menting, *Industry Codes of Conduct in a Multi-Layered Dutch Private Law* (diss. Tilburg), Tilburg: PrismaPrint 2016.

41 Zie voor een pleidooi voor het herkwalficeren van “duidelijke, gedetailleerde en onvoorwaardelijke” *soft law* als ‘toetsbaar’ recht in de zin van art. 79 RO: B.P. Ter Haar, ‘Soft law in het arbeidsrecht’, *ArA* 2021/2.1 en vgl. HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, r.o. 5.2.1.

42 Hierbij kan naar analogie worden gedacht aan het *Rookverbod*-arrest (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Staat/CAN*)), volgens welk de Nederlandse staat onrechtmatig handelde door bij de invoering van het rookverbod een uitzondering voor kleine cafés te hanteren.

Waar de grens precies ligt tussen (niet afdwingbare) globale voornemens en (wel afdwingbare) concrete doelstellingen voor concrete groepen, is een vraag die zich moeilijk in het algemeen laat beantwoorden.⁴³ Kort en goed zal in het algemeen gelden: hoe concreter de norm in het beleid en hoe specifiek de groep waarop deze norm ziet, hoe sneller op een dergelijke norm in rechte een beroep zal kunnen worden gedaan.

4. **D&I-beleid is niet vrijblijvend**

Zoals belofte schuld maakt, zo is het vaststellen van D&I-beleid niet vrijblijvend. Ondernemingen zullen steeds vaker D&I-beleid vaststellen en dergelijk beleid lijkt steeds concreter en serieuzer te worden. Het zal steeds vaker het niveau van de platitude (*“iedereen in onze organisatie is waardevol”*) ontstijgen en vaker concrete, passende en ambitieuze doelen stellen. De open normen van het privaatrecht bieden in principe voldoende handvatten om naleving van dit beleid in rechte af te dwingen. Daarbij geldt: hoe concreter het beleid, hoe sneller – met succes – bij de rechter zal kunnen worden opgekomen tegen schendingen daarvan.

⁴³ Hierover uitvoeriger K.J.O. Jansen, ‘Verkeersopvattingen en private regelgeving’, *NTBR* 2020/5, par. 4, onder verwijzing naar vindplaatsen.