

412. De beursvennootschap, AVA-seizoen 2023

MR. L.E. STROEVE EN MR. M.A.J. CREMERS

In deze bijdrage blikken auteurs vooruit op een aantal aandachtspunten die voor beursvennootschappen van belang zijn voor het AVA-seizoen: Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, permanente regelgeving inzake de volledig digitale algemene vergadering en diversiteitswetgeving.

1. Inleiding

Dit is alweer het tiende jaar dat wij in *TOP* vooruitblikken op een aantal aandachtspunten dat voor beursvennootschappen van belang is voor het AVA-seizoen. In deze bijdrage gaan wij in op de huidige stand van zaken rondom de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (de 'Tijdelijke Wet') en de verwachte permanente regelgeving inzake de volledig digitale algemene vergadering. Daarnaast besteden wij aandacht aan de diversiteitswetgeving. Op 1 juli 2022 is het Besluit inhoud bestuursverslag aangepast, op grond waarvan 'grote' vennootschappen in het bestuursverslag over boekjaar 2022 moeten rapporteren over de verschillende verplichtingen op grond van de Diversiteitswet.¹ Wij signaleren enkele aandachtspunten en behandelen een aantal toepassingen in concernverband.

2. Aandachtspunten bij de vorm van de algemene vergadering 2023

Afgelopen jaar hebben veel beursvennootschappen ervoor gekozen om weer een fysieke of hybride algemene vergadering te houden. Enkele beursvennootschappen vergaderden volledig digitaal op grond van de Tijdelijke Wet.²

In de praktijk wordt op dit moment kritisch gekeken naar (beurs)vennootschappen die gebruikmaken van de Tijdelijke Wet terwijl de COVID-omstandigheden zodanig zijn

verbeterd dat er geen strikte noodzaak is tot het gebruik van de Tijdelijke Wet.³

**De Tijdelijke Wet COVID-19
geldt tot 1 februari 2023, deze
wordt niet meer verlengd.**

Dat heeft uiteraard alles te maken met de gedachte dat een vergadering onder de Tijdelijke Wet te weinig recht zou doen aan aandeelhoudersrechten.⁴ Wij begrijpen die kritiek wel, maar anderzijds kunnen wij ons best omstandigheden voorstellen waarbij een volledig digitale vergadering onder de Tijdelijke Wet een prima keuze is, bijvoorbeeld in een situatie waarbij onverwacht een buitengewone algemene vergadering moet worden bijeengeroepen waarbij (alleen) de benoeming van een bestuurder of commissaris op de agenda staat.⁵ De Tijdelijke Wet geldt tot 1 februari 2023.⁶ Zojuist is bekend geworden dat de Tijdelijke Wet niet meer zal worden verlengd met ingang van 1 februari 2023.⁷ Sinds de zomer van 2022 is al bekend dat de Minister voor Rechtsbescherming streeft naar een permanente wettelijke

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). Inwerkingtredingsbesluit: *Stb.* 2021, 537.

2 Eumedion heeft de algemene vergaderingen van beursvennootschappen in 2022 gemonitord, zie Eumedion Evaluation of the 2022 AGM season (13 juli 2022), p. 2-4. 57% van de algemene vergaderingen is fysiek gehouden, 28% hybride en 15% van de algemene vergaderingen is volledig digitaal gehouden onder de Tijdelijke Wet.

3 Zie R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2022', *Ondernemingsrecht* 2022/77 die voor een voorbeeld verwijst naar de in 2022 volledig digitaal gehouden jaarvergadering van Philips.

4 In hoeverre dat het geval is, is uiteraard ook afhankelijk van de wijze waarop aandeelhouders in de gelegenheid worden gesteld om digitaal deel te nemen aan de beraadslaging en stemming. Zie hierover meer uitgebreid het hierna vermelde preadvies, waarin wij tevens aandacht besteden aan het volledig digitaal vergaderen onder een permanente regeling.

5 Of zelfs de situatie dat in een algemene vergadering op grond van de toepasselijkheid van de structuurregeling alleen een kennisgeving van een voorgenomen benoeming van een commissaris staat geagendeerd, waarover niet eens hoeft te worden gestemd.

6 *Stb.* 2022, 477; de werkingsduur van de Tijdelijke Wet is steeds met twee maanden verlengd, zie de Nota van toelichting bij *Stb.* 2022, 477, p. 3-4.

7 Kamerbrief van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Tweede Kamer van 5 december 2022.

regeling voor volledig digitaal vergaderen. De minister heeft in een brief van 27 juni 2022⁸ aan de Tweede Kamer medegedeeld voornemens te zijn nog dit jaar een voorontwerp voor een wettelijke regeling in consultatie te brengen. De minister baseert zich daarbij onder meer op advies dat is uitgebracht door de Expertgroep modernisering NV-recht.⁹

Hoe deze permanente wettelijke regeling uiteindelijk gaat luiden, is nog niet duidelijk. Wel merkt de minister op dat het uitgangspunt van de regeling zal zijn een brede toepassing van de digitale algemene vergadering voor de BV, NV, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij, vereniging en vereniging van eigenaars. Een belangrijk punt is of de wetgever de digitale algemene vergadering voor alle rechtspersonen een wettelijke grondslag zal geven, zodat in beginsel geen statutaire regeling nodig is om gebruik te kunnen maken van de faciliteit, of dat volledig digitaal vergaderen pas mogelijk is als de statuten dit bepalen.

Wij vinden het van groot belang dat er op korte termijn meer duidelijkheid komt over de permanente wettelijke regeling voor volledig digitaal vergaderen en het tijdpad daarvan

Dat laatste vergt een besluit van de algemene vergadering en het is de vraag of in dat geval de mogelijkheid tot volledig digitaal vergaderen bij beursvennootschappen van de grond komt.¹⁰ Met name ten aanzien van beursvennootschappen wordt in de praktijk en de literatuur een discussie gevoerd over de 'kwaliteit' (en eventuele inferioriteit) van een digitale algemene vergadering en of in een dergelijke vergadering de rechten van aandeelhouders voldoende worden geborgd.¹¹ Op 26 oktober 2022 zijn de preadvie-

zen uitgebracht in opdracht van de Koninklijke Vereniging Handelsrecht, waarin een bijdrage van onze hand¹² is gewijd aan de volledig digitale algemene vergadering en hoe te komen tot een wettelijke regeling.¹³

Wij vinden het van groot belang dat er op korte termijn meer duidelijkheid komt over de permanente wettelijke regeling voor volledig digitaal vergaderen en het tijdpad daarvan.¹⁴ Beursvennootschappen hebben inmiddels veel ervaring opgedaan met de verschillende mogelijkheden van vergaderen. Het zou de praktijk zeker dienen indien ook de volledig digitale algemene vergadering, met goede waarborgen voor aandeelhouders, op korte termijn tot de permanente beschikking staat van beursvennootschappen, zodat zij afhankelijk van hun wensen en naar gelang de specifieke omstandigheden, kunnen kiezen voor een bepaalde vorm van vergaderen.

Overigens achten wij het onwaarschijnlijk dat vennootschappen al komend vergaderseizoen gebruik kunnen maken van een permanente wettelijke regeling op basis waarvan digitaal vergaderen mogelijk zal zijn, even los van de vraag of voor het gebruik daarvan nog eerst een statutenwijziging nodig is. Nu zeker is dat de Tijdelijke Wet niet verlengd zal worden, zal de algemene vergadering in het komende AVA-seizoen niet meer volledig digitaal kunnen worden gehouden.

3. De Diversiteitswet en rapportage

Op 1 januari 2022 is de – inmiddels welbekende – Diversiteitswet in werking getreden voor beursvennootschappen¹⁵

8 *Kamerstukken II 2021/22, 29752, 15.*

9 Bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22, 29752, 15*. Zie ook het verslag van de tweede bijeenkomst die de Expertgroep heeft gehouden op 15 oktober 2021, eveneens een bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22, 29752, 15*.

10 Overigens is ook denkbaar een permanente wettelijke regeling waarbij weliswaar geen statutaire grondslag wordt voorgeschreven, maar wel een besluit van de algemene vergadering waarin wordt besloten dat volledig digitaal vergaderd kan worden.

11 Zie bijvoorbeeld de VEB nieuwsberichten, 'Virtueel vergaderen was voor aandeelhouders ook dit jaar een beproeving' (21 juli 2021) en 'Dialogo terug naar normaal. Aandeelhoudersvergaderingen 2022' (22 mei 2022), de Eumedion Evaluation of the 2022 AGM season (13 juli 2022), p. 2-4, de verklaring van de VEB, Eumedion en VBDO, 'Bied aandeelhouders tijdens virtuele AVA's de mogelijkheid om live het woord te voeren, vragen te stellen en opmerkingen te maken' (3 februari 2021), R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2021', *Ondernemingsrecht 2021/95* en B.J. de Jong, 'Modernisering van de algemene vergadering: volledig virtueel en in tijd verspreid vergaderen', *Ondernemingsrecht 2021/81*. Zie ook de kritiek op de algemene vergadering als zodanig, o.a.: H.J. de Kluiver, 'De toekomst van de algemene vergadering bij de beursvennootschap', in: A.F. Verdam e.a. (red.), *De aandeelhoudersvergadering van de beursvennootschap* (ZIFO-reeks nr. 27), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 21-24, H.M. Vletter-van Dort, 'De aandeelhoudersvergadering: relikwie of innovatief forum voor dialoog?', *Ondernemingsrecht 2017/55*.

12 Wij schreven dit preadvies samen met Sandra Rietveld.

13 H.J. de Kluiver (red.), *Koninklijke Vereniging 'Handelsrecht'. Preadviezen 2022. De digitale vennootschap en digitaal handelsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2022, p. 109-155.

14 Wij verwijzen op dit punt ook naar de brief van enkele commissies van de Eerste Kamer aan de Minister voor Rechtsbescherming van 8 november 2022, via https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20221108/brief_aan_de_minister_voor/document3/f=/vlxjw1hc228.pdf. De commissies vragen de minister om een tijdpad wat de verschillende stappen zijn in het proces tot het permanent maken van bepaalde tijdelijke voorzieningen. Aan de minister wordt daarbij tevens gevraagd wat zijn verwachting is omtrent de vraag wanneer verlenging van de voorzieningen in verband met COVID-19 niet meer noodzakelijk wordt geacht, nu het einde van verlenging onderhand in zicht komt en daar vermoedelijk na de winterperiode met meer zekerheid over geoordeeld kan worden.

15 Onder beursvennootschap wordt in de Diversiteitswet verstaan: vennootschappen waarvan de aandelen of certificaten van aandelen zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt als bedoeld in art. 1:1 van de Wet op het financieel toezicht in Nederland (art. 2:142b lid 1 BW). Dit betekent concreet: Nederlandse naamloze of besloten vennootschappen die zijn genoteerd aan een Nederlandse gereguleerde markt (lees: Euronext Amsterdam, zie *Kamerstukken II 2020/21, 35628, 3, p. 10*; strikt genomen kan het eveneens gaan om een andere gereguleerde markt, zie <https://www.afm.nl/nl-nl/professionals/registers/vergunningenregisters/handelsplatformen>).

en grote vennootschappen.¹⁶ De Diversiteitswet introduceert een wettelijk diversiteitsquotum voor raden van commissarissen (en niet-uitvoerende bestuurders van een *one tier board*) van beursvennootschappen ('diversiteitsquotum').¹⁷ Op het diversiteitsquotum zelf gaan we hier niet in. Wij verwijzen daarvoor naar een eerder artikel in *TOP* van augustus 2021¹⁸ en naar onze bijdrage in *TOP* van december 2021.¹⁹ In voormelde bijdragen besteedden wij ook aandacht aan de verplichtingen van grote vennootschappen onder de Diversiteitswet.

Resumerend, grote (al dan niet beurs-) vennootschappen moeten voor bestuur, RvC én subtop passende en ambitieuze m/v streefcijfers vaststellen en een plan van aanpak maken om die streefcijfers te bereiken

Op een aantal punten voegen wij daar thans nog enkele opmerkingen aan toe. Verder gaan wij in op het Besluit inhoud bestuursverslag²⁰ dat sindsdien (op 1 juli 2022) is aangepast²¹ om aan te sluiten bij de rapportageverplichtingen van de Diversiteitswet.

3.1 Verplichtingen op grond van de Diversiteitswet

Resumerend, grote (al dan niet beurs-)vennootschappen moeten voor bestuur, raad van commissarissen ('RvC') én subtop passende en ambitieuze m/v-streefcijfers vaststellen en een plan van aanpak maken om die streefcijfers te bereiken.²² Het bepalen wie onder de subtop vallen, het vaststel-

len van streefcijfers²³ en het opstellen van een concreet plan van aanpak dient uiterlijk op 31 december 2022 te hebben plaatsgevonden.²⁴

Als peildatum voor de bepaling of een vennootschap groot is geldt op grond van de Diversiteitswet de balansdatum. De Diversiteitswet is pas van toepassing als de vennootschap gedurende twee opeenvolgende balansdata als 'groot' kwalificeert.²⁵ Bij de beoordeling van deze criteria moet worden uitgegaan van de geconsolideerde gegevens, tenzij art. 2:408 BW van toepassing is.²⁶ Deze regeling sluit aan bij de regeling die eerder in Boek 2 BW is ingevoerd bij de limitering van functies voor bestuurders en commissarissen; ook daar geldt een dergelijke inlooperperiode (en uitlooperperiode).²⁷ Bij een boekjaar dat gelijk is aan het kalenderjaar betekent dit dat alleen vennootschappen die op 31 december 2020 en op 31 december 2021 kwalificeerden als groot, thans dienen te voldoen aan de verplichtingen uit hoofde van de Diversiteitswet.²⁸ Voor vennootschappen die bijvoorbeeld in 2022 zijn/worden opgericht (met een boekjaar gelijk aan het kalenderjaar) betekent dit dat eerst dient te worden gepeild op 31 december 2022 en op 31 december 2023. Indien op die beide balansdata de vennootschap kwalificeert als groot, zullen op 1 januari 2024²⁹ de verplichtingen onder de Diversiteitswet op deze vennootschap van toepassing worden. Omgekeerd geldt dat een vennootschap geen rekening meer hoeft te houden

16 Een NV of BV kwalificeert als een grote vennootschap als de jaarrekening twee jaar achter elkaar voldoet aan minimaal twee van de drie in art. 2:397 BW opgenomen vereisten: een balanstotaal van meer dan € 20 miljoen, een netto-omzet van meer dan € 40 miljoen en een gemiddeld aantal werknemers van 250 of meer (art. 2:166/276 lid 1 BW).

17 Zolang een RvC niet voor ten minste een derde uit mannen en voor ten minste een derde uit vrouwen bestaat, is een benoeming die de verdeling niet evenwichtiger maakt nietig. De vacature blijft dan open. De algemene vergadering, de ondernemingsraad en de RvC zijn verplicht om bij het doen van aanbevelingen en voordrachten rekening te houden met het diversiteitsquotum. Om rechtsonzekerheid te voorkomen, heeft de nietigheid van een benoeming geen gevolgen voor de rechtsgeldigheid van besluiten.

18 L.E. Stroeve & S. Rietveld, 'Wetsvoorstel evenwichtiger man-vrouwverhouding', *TOP* 2021/333.

19 L.E. Stroeve & M.A.J. Cremers, 'De beursvennootschap, AVA-seizoen 2022', *TOP* 2021/483.

20 Besluit van 22 april 2022 tot wijziging van het Besluit inhoud bestuursverslag in verband met de tijdelijke verplichting voor grote vennootschappen om in het bestuursverslag te rapporteren over de man-vrouwverhouding in de top en subtop en over de streefcijfers.

21 Besluit van 22 april 2022 tot wijziging van het Besluit inhoud bestuursverslag in verband met de tijdelijke verplichting voor grote vennootschappen om in het bestuursverslag te rapporteren over de man-vrouwverhouding in de top en subtop en over de streefcijfers, *Stb.* 2022, 182.

22 Art. 2:166/276 lid 2 en 3 BW.

23 Beursvennootschappen hoeven, gezien het diversiteitsquotum, geen streefcijfer vast te stellen voor de RvC (en de niet uitvoerende bestuurders van de *one tier board*).

24 De Diversiteitswet kent onmiddellijke werking dus in beginsel hadden grote vennootschappen reeds per 1 januari 2022 moeten voldoen aan de verschillende verplichtingen. Vanwege de rapportageverplichtingen in de Diversiteitswet en in het Besluit inhoud bestuursverslag die aanhaken bij boekjaar 2022, moeten grote vennootschappen in ieder geval uiterlijk op 31 december 2022 aan de verplichtingen voldoen.

25 Zie art. 2:166/276 lid 1 BW.

26 Zie ook S. Rietveld, 'Het toepassingsbereik van de limiteringsregeling in verhouding tot de groottecriteria in het jaarrekeningenrecht', *TvJ* 2017/2.

27 Zie art. 2:132a, 2:142a, 2:242a, 2:252a, 2:297a en 2:297b BW. Zie over de limiteringsregeling S. Rietveld, 'Verschillende toepassingen van de limiteringsregeling nader beschouwd', *TOP* 2014/308.

28 Concreet betekent dit dat voormelde vennootschap (met een boekjaar gelijk aan het kalenderjaar) (i) voor het eerst in 2022 streefcijfers en een plan van aanpak moet vaststellen (art. 2:166/276 lid 2 en 3 BW), (ii) voor het eerst uiterlijk op 31 oktober 2023 moet voldoen aan de jaarlijkse rapportageplicht aan de SER (art. 2:166/276 lid 4 BW) en (iii) voor het eerst in het bestuursverslag over het boekjaar 2022 moet rapporteren over diversiteit (art. 3d Besluit inhoud bestuursverslag).

29 Voormelde vennootschap zal in 2024 voor het eerst streefcijfers en een plan van aanpak moeten vaststellen (art. 2:166/276 lid 2 en 3 BW). Hoewel het wat ons betreft voor de hand ligt dat deze vennootschap daarover voor het eerst uiterlijk op 31 oktober 2025 rapporteert aan de SER en hierover voor het eerst in het bestuursverslag over het boekjaar 2024 rapporteert, blijkt dit niet met zoveel woorden uit de tekst van de Diversiteitswet en het Besluit inhoud bestuursverslag. En hoe dient een vennootschap te handelen die bijvoorbeeld op basis van jaarcijfers over boekjaren 2022 en 2023 niet meer als groot kwalificeert; bestaat er voor die vennootschap dan toch nog een verplichting om in 2024 over het boekjaar 2023 over diversiteit te rapporteren in het bestuursverslag? En geldt er nog een rapportageplicht in 2024 aan de SER? Voor wat betreft deze laatste twee vragen denken wij van niet.

met toepassing van de Diversiteitswet zodra zij op twee opvolgende balansdata op basis van de criteria niet langer als groot kwalificeert.³⁰

3.2 Streefcijfers en horizon

De streefcijfers dienen volgens de Diversiteitswet passend en ambitieus te zijn. De wet bepaalt niet welke ‘horizon’ vennootschappen moeten of mogen kiezen voor het behalen van de door hen gestelde streefcijfers. Wij nemen aan dat vennootschappen streefcijfers zullen vaststellen voor een periode, langer dan één jaar. Afhankelijk van de specifieke omstandigheden kunnen wij ons voorstellen dat voor een kortere of langere horizon wordt gekozen. Het ligt wat ons betreft voor de hand dat nu de Diversiteitswet op 1 januari 2030 vervalt,³¹ de horizon vóór die datum moet worden gesteld. Het streefcijfer zal gedurende de hele periode (horizon) waarvoor het is gesteld, passend en ambitieus moeten zijn. Vennootschappen dienen zich er vervolgens jaarlijks (bij het opstellen van het bestuursverslag en rapportage aan de Sociaal-Economische Raad (‘SER’) van te vergewissen of de streefcijfers op dat moment, maar ook voor de resterende periode (horizon), nog passend en ambitieus zijn. Is dat niet het geval dan dienen de streefcijfers (uiteraard) tussentijds te worden bijgesteld. Denkbaar is ook dat de horizon zelf wordt aangepast. In alle gevallen dient dit goed te worden toegelicht in het bestuursverslag en in de rapportage aan de SER.

3.3 Verantwoording en rapportage aan de SER en in het bestuursverslag

Grote vennootschappen moeten jaarlijks verantwoording afleggen over de verplichtingen die voortvloeien uit de Diversiteitswet. Op grond van de Diversiteitswet moet jaarlijks binnen tien maanden na afloop van een boekjaar (dus voor het eerst in oktober 2023 over boekjaar 2022, bij een boekjaar dat gelijk is aan het kalenderjaar) worden gerapporteerd aan de SER. Datgene wat aan de SER moet worden gerapporteerd komt overeen met hetgeen ook in het bestuursverslag dient te worden gerapporteerd. Op 1 juli 2022 is het Besluit inhoud bestuursverslag aangepast om aan te sluiten bij de rapportageverplichting van de Diversiteitswet. Rapportage dient voor het eerst te geschieden in het bestuursverslag over het boekjaar 2022. De regeling opgenomen in het Besluit inhoud bestuursverslag vervalt op 1 januari 2030.³²

In het onderstaande schema is weergegeven welke gegevens aan de SER moeten worden gerapporteerd en tevens in het bestuursverslag dienen te worden opgenomen en op basis van welke wettelijke bepaling.

RAPPORTEREN	Verantwoording aan SER	Verantwoording in bestuursverslag
Aantal m/v dat <i>aan het eind van het boekjaar</i> deel uitmaakt van bestuur/RvC en subtop	Art. 2:166/276 lid 4 BW (Diversiteitswet)	Art. 3d lid 1 letter a Besluit inhoud bestuursverslag
Doelen in de vorm van een streefcijfer m/v bestuur/RvC en subtop	Art. 2:166/276 lid 4 BW (Diversiteitswet)	Art. 3d lid 1 letter b Besluit inhoud bestuursverslag
Plan van aanpak om doelen te bereiken	Art. 2:166/276 lid 4 BW (Diversiteitswet)	Art. 3d lid 1 letter c Besluit inhoud bestuursverslag
Als doelen niet zijn bereikt, de redenen daarvoor	Art. 2:166/276 lid 4 BW (Diversiteitswet)	Art. 3d lid 1 letter d Besluit inhoud bestuursverslag

Voor de berekening van het aantal mannen en vrouwen dat deel uitmaakt van het bestuur, de RvC en de subtop moet worden gekeken naar de stand *op de laatste dag van het boekjaar* waarover wordt gerapporteerd; het is dus niet mogelijk een andere datum te kiezen, of bijvoorbeeld een gemiddelde over het hele boekjaar te nemen.

Wij merken overigens op dat de SER, bij de uitvoering van zijn taak als het orgaan waaraan wordt gerapporteerd, een monitoringsfunctie heeft. De SER maakt de door vennootschappen gerapporteerde informatie inzichtelijk, maar beoordeelt deze niet. De SER heeft laten weten zo veel mogelijk een faciliterende rol te willen vervullen en organiseert bijeenkomsten voor verschillende sectoren om met elkaar van gedachten te wisselen over diversiteit.

3.4 Concerntoepassing in de Diversiteitswet en het Besluit inhoud bestuursverslag

In beginsel dient iedere grote vennootschap zelf te voldoen aan voormelde verplichtingen uit hoofde van de Diversiteitswet, te weten het vaststellen van streefcijfers, het opmaken van een plan van aanpak en rapportage aan de SER en in het bestuursverslag. De Diversiteitswet³³ bepaalt echter dat indien een grote vennootschap onderdeel is van een groep, de vennootschap ‘die aan het hoofd staat’ van de groep ook in plaats van deze grote (groeps)vennootschap uitvoering kan geven aan de verplichtingen. De vennootschap die aan het hoofd staat van de groep kan dit doen ‘al dan niet voor de betreffende groepsmaatschappijen gezamenlijk’. Dezelfde regeling is ook overgenomen in het

30 Zie over het begrip grote rechtspersoon en de in- en uitlooperperiode ook M.A.J. Cremers, *SDU Commentaar ondernemingsrecht*, art. 2:132a BW, aant. 3.1 (bijgewerkt tot 1 maart 2022); wij merken op dat de wijze van vaststellen of een vennootschap als groot kwalificeert afwijkt van het jaarrekeningenrecht, nu art. 2:398 lid 1 BW niet van overeenkomstige toepassing is verklaard in de Diversiteitswet; in het jaarrekeningenrecht wordt een vennootschap direct geacht groot te zijn indien deze in het eerste boekjaar als groot kwalificeert).

31 Art. IIA Diversiteitswet. De Diversiteitswet wordt vijf jaar na inwerkingtreding van de wet (dus in 2027) geëvalueerd (art. II Diversiteitswet).

32 Art. 3d lid 3 Besluit inhoud bestuursverslag. De rapportageplicht voor grote vennootschappen geldt voor het laatst in 2029 over het boekjaar 2028.

33 Art. 2: 166/276 lid 5 BW.

Besluit inhoud bestuursverslag voor de rapportageverplichting in het bestuursverslag.³⁴

Wij hebben daarbij de volgende opmerkingen en observaties.

1. De vennootschap die aan het hoofd staat van de groep geeft dus *in plaats van* de grote (groeps)vennootschap uitvoering aan de verplichtingen. Het ligt voor de hand dat de vennootschap die aan het hoofd staat van de groep zelf ook groot is, maar strikt genomen bepaalt de wet daarover niets en hoeft dat dus niet zo te zijn. De vennootschap die aan het hoofd staat van de groep dient wel een Nederlandse vennootschap te zijn, in de zin van Boek 2 BW.
2. Wij schreven al³⁵ eerder dat naar onze mening met ‘al dan niet voor de betreffende groepsmaatschappijen gezamenlijk’ betekent dat de vennootschap die aan het hoofd van de groep staat dus kan voldoen aan de verplichtingen (i) per iedere individuele groepsmaatschappij (dus uitgesplitst per vennootschap) of (ii) voor de betreffende groepsmaatschappijen gezamenlijk. Wij begrijpen inmiddels dat de SER ook rekening houdt met beide mogelijkheden op zijn platform.

Wij gaan ervan uit dat (onder de hierboven onder (ii) genoemde optie) onder ‘betreffende groepsmaatschappijen’ wordt verstaan de groepsmaatschappijen die groot zijn en onder het toepassingsbereik van de Diversiteitswet vallen. Verder lijkt de formulering ‘al dan niet voor de betreffende’ ook nog zo te kunnen worden gelezen dat voor bepaalde grote groepsvennootschappen wel gezamenlijk wordt gerapporteerd en voor andere niet. In dat geval zou sprake kunnen zijn van ‘cherry picking’. Dit lijkt ons niet de bedoeling.

Binnen een groep zal een duidelijke keuze moeten worden gemaakt of al dan niet gebruik wordt gemaakt van de concernfaciliteit geboden door de Diversiteitswet en zo ja, hoe. Indien van de concernfaciliteit gebruik wordt gemaakt veronderstelt dit naar onze mening strikt genomen de instemming van de desbetreffende grote groepsmaatschappijen waarvoor aan de verplichtingen wordt voldaan.

Indien voor alle grote vennootschappen gezamenlijk wordt voldaan en gerapporteerd, heeft dit als voordeel dat met één streefcijfer kan worden gewerkt voor bestuur, RvC respectievelijk subtop, maar uiteraard heeft dit als nadeel dat niet inzichtelijk wordt of bepaalde vennootschappen in de groep ‘onder’ of ‘over’ presteren (ten opzichte van het gestelde streefcijfer) en of bijvoorbeeld eventueel sprake is van dubbeltelling van posities.

Omdat zowel de Diversiteitswet als het Besluit inhoud bestuursverslag dezelfde concernfaciliteit bieden, de Diversiteitswet inclusief de rapportage aan de SER en het Besluit inhoud bestuursverslag voor wat betreft de rapportage in het bestuursverslag, ligt het voor de hand dat altijd onder

beide regelingen tegelijkertijd van de faciliteit gebruik wordt gemaakt.

3. Een tot een groep behorende buitenlandse entiteit valt niet onder het toepassingsbereik van de Diversiteitswet. Art. 2:166/276 lid 1 BW en art. 1 lid 5 van het Besluit inhoud bestuursverslag verwijzen naar een vennootschap waarmee wordt bedoeld op een vennootschap als bedoeld in Boek 2 BW. Ook een personenvennootschap als bijvoorbeeld een commanditaire vennootschap valt niet onder het toepassingsbereik van de Diversiteitswet en het Besluit inhoud bestuursverslag.
4. Voor een vennootschap die gebruik heeft gemaakt van de vrijstelling als bedoeld in art. 2:403 BW (de ‘403-vennootschap’³⁶), geldt dat het bepaalde in art. 2:391 t/m 394 BW niet van toepassing is.³⁷ Dit betekent onder meer dat op de 403-vennootschap geen verplichting rust om een bestuursverslag op te stellen. De verplichting om in het bestuursverslag over diversiteit te rapporteren is dan ook niet op de 403-vennootschap van toepassing. Deze 403-vennootschap kan dan nog steeds een grote vennootschap zijn, die wel onder het toepassingsbereik van de Diversiteitswet valt waardoor de 403-vennootschap wel verplicht is om aan de SER te rapporteren. Op grond van de concerntoepassing zou een aan het hoofd van groep staande vennootschap in plaats van deze 403-vennootschap kunnen voldoen aan de rapportageverplichting aan de SER. Aangezien de 403-vennootschap geen bestuursverslag hoeft op te stellen, kan de aan het hoofd van de groep staande vennootschap de verplichting tot rapportage in het bestuursverslag strikt genomen niet overnemen. Het lijkt in dat geval echter logisch als de aan het hoofd van de groep staande vennootschap dit in dat geval alsnog vrijwillig doet en de gegevens in haar bestuursverslag opneemt.
5. De Diversiteitswet lijkt geen rekening te houden met de situatie dat de bestuurder³⁸ van een grote vennootschap een rechtspersoon is. Is het de bedoeling van de wetgever geweest dat een rechtspersoon-bestuurder helemaal niet meetelt? En maakt het daarbij nog verschil of er naast de rechtspersoon-bestuurder één of meer natuurlijke personen bestuurder zijn van de grote vennootschap? Om recht te doen aan de achterliggende gedachte van de Diversiteitswet ligt het naar onze mening meer voor de hand om ‘door de rechtspersoon heen te kijken’. Dat zou betekenen dat alle bestuurders van die rechtspersoon-bestuurder worden meegeteld. Hier zitten echter ook haken en ogen aan, bijvoorbeeld in de situatie dat niet alle bestuurders evenveel stemrecht hebben in zo’n bestuurder-rechtspersoon en de situatie waarin het bestuur van de rechtspersoon-bestuurder op zijn beurt bestaat uit één of meer rechtspersoon-bestuurders. En hoe om te gaan met de ‘dubbeltelling’

34 Art. 3d lid 2 bepaalt daar dat art. 3d lid 1 van het Besluit inhoud bestuursverslag in dat geval niet van toepassing is.

35 Zie L.E. Stroeve & M.A.J. Cremers, ‘De beursvennootschap, AVA-seizoen 2022; TOP 2021/483.

36 Indien voor die vennootschap een verklaring op grond van art. 2:403 BW is afgegeven.

37 Zie art. 2:403 lid 3 BW.

38 Een commissaris is altijd een natuurlijke persoon. Zie art. 2:140/250 lid 1 BW.

in groepsverband, waarbij een natuurlijke persoon van een rechtspersoon-bestuurder door deze benadering meermaals wordt meegeteld? Dat kan tot een vertekend beeld leiden van het aantal en percentage vrouwelijke respectievelijke mannelijke bestuurders binnen een groep en de zeggenschap die zij hebben. Het zou mooi zijn als de wetgever bij een volgende wetswijziging meer duidelijkheid verschaft op dit punt. Wij raden aan in het bestuursverslag duidelijk toe te lichten hoe met (de telling van) bestuurders-rechtspersonen is omgegaan in het kader van de Diversiteitswet. Bij de rapportage aan de SER zal het wellicht lastiger zijn om dit in het portal in te voeren. Wij roepen de SER op om de portal zodanig vorm te geven dat vennootschappen voldoende ruimte hebben om dergelijke informatie te uploaden.

3.5 Overige ontwikkelingen rondom diversiteit

Te veel ontwikkelingen om op te noemen, wij noemen er enkele. Op Europees niveau heeft de Europese Raad op 17 oktober 2022 de definitieve tekst van de richtlijn inzake de verbetering van de man/vrouwverhouding bij bestuurders van beursgenoteerde ondernemingen vastgesteld.³⁹ Voor alle in de Europese Unie gevestigde ‘grote’ beursvennootschappen⁴⁰ geldt, kort gezegd, de verplichting om de samenstelling van de RvC zodanig te laten zijn dat ten minste 40% van de leden van het ondervetegenwoordigde geslacht is. Dit dient uiterlijk op 30 juni 2026 zo te zijn. De lidstaten kunnen als alternatief ook kiezen voor een percentage van 33% als ook de (uitvoerende) bestuurders worden meegerekend. Verder gelden bepaalde aanvullende regels indien dit quotum niet wordt gehaald. Nederland kent echter met de Diversiteitswet al een eigen nationale regeling. Indien een lidstaat een nationale regeling kent die voldoet aan bepaalde minimumvoorwaarden, kan een beroep worden gedaan op opschorting van de verplichtingen uit de richtlijn. Nederland is van oordeel dat de Diversiteitswet voldoet aan deze minimumvoorwaarden.⁴¹

Dit jaar is wederom het (jaarlijkse) overzicht van vrouwelijke bestuurders en commissarissen bij Nederlandse beursgenoteerde ondernemingen (De Nederlandse ‘Female Board

Index⁴²) gepubliceerd, waarin een overzicht wordt gegeven van het aantal vrouwen in de raden van bestuur (RvB) en RvC's van alle 89 statutair in Nederland gevestigde NV's die genoteerd zijn op Euronext Amsterdam. Uit dit onderzoek blijkt dat dit jaar voor het eerst meer vrouwen dan mannen zijn benoemd als commissaris.⁴³ Voor de bestuurders gaat dit een stuk minder snel, er werden 32 nieuwe bestuurders benoemd waarvan slechts vijf vrouw. 27 van de 89 beursvennootschappen hebben thans een vrouw in de RvB.

Dit jaar blijkt dat voor het eerst meer vrouwen dan mannen zijn benoemd als commissaris. Voor de bestuurders gaat dit een stuk minder snel, er werden 32 nieuwe bestuurders benoemd waarvan slechts vijf vrouw. 27 van de 89 beursvennootschappen hebben thans een vrouw in de RvB

Bij de voorbereiding van de algemene vergadering van 2023 moet rekening worden gehouden met institutionele beleggers die hun stembeleid zo hebben ingericht dat zij tegen de (her)benoeming van mannelijke bestuurders en commissarissen stemmen als de vennootschap nog geen of slechts in beperkte mate vrouwelijke bestuurders of commissarissen heeft.⁴⁴ Ook stemadviesbureau ISS⁴⁵ adviseert om tegen de (her)benoeming van de voorzitter (of andere leden) van de selectie- en benoemingscommissie te stemmen indien de RvC nog niet voor ten minste 30% (of een hoger nationaal percentage) uit het ondervetegenwoordigde geslacht bestaat.⁴⁶ Glass Lewis beveelt aan om in beginsel tegen de (her)benoeming van de voorzitter van de selectie- en

39 COM(2012)0614. Zie het persbericht van de Europese Raad, via <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/17/council-approves-eu-law-to-improve-gender-balance-on-company-boards/>.

De Europese lidstaten hebben twee jaar de tijd om de richtlijn in hun nationale wet- en regelgeving te implementeren. De richtlijn moet nog door het Europees Parlement worden aangenomen.

40 Dit zijn beursvennootschappen met 250 of meer werknemers en een jaaromzet van meer dan € 50 miljoen of een jaarlijks balanstotaal van meer dan € 43 miljoen.

41 Een lidstaat kan bijvoorbeeld een beroep doen op de opschortingsmogelijkheid als ten minste 30% van de niet-uitvoerende posities wordt bekleed door leden van het ondervetegenwoordigde geslacht. Het kabinet vindt het van belang dat nationale initiatieven, zoals de Diversiteitswet, voldoende ruimte krijgen om tot resultaten te leiden, *Kamerstukken II* 2021/22, 22112, nr. 3287. Zie ook C.F. Perquin-Deelen en R.H. Burm, 'Reeks diversiteit (11): Over een Europees diversiteitsstreefcijfer, het ingroeiquoteum en de Due diligence-richtlijn', *Ondernemingsrecht* 2022/45.

42 The Dutch Female Board Index 2022 van Prof. dr. Mijntje Lückérath-Rovers van de TIAS School for Business and Society/Tilburg University (2 september 2022), via <https://www.tias.edu/docs/default-source/kennisartikelen/femaleboardindex2022.pdf>.

43 Er zijn 85 nieuwe commissarissen benoemd, waarvan 47 vrouw (55%) en 38 man (45%). Het percentage vrouwelijke commissarissen ging van 33% naar 38%. 72 van de 89 Nederlandse beursvennootschappen voldoen nu aan het diversiteitsquotum.

44 In dit verband willen wij niet onvermeld laten dat R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2022', *Ondernemingsrecht* 2022/77 opmerkt dat institutionele beleggers steeds vaker voorafgaand aan de algemene vergadering hun steminstructies openbaar maken. Beursvennootschappen doen er goed aan hierop voorbereid te zijn, in het bijzonder waar het betreft vragen en/of opmerkingen van deze en andere aandeelhouders en eventueel op de wijziging van het stemgedrag van andere aandeelhouders. Dat laatste is uiteraard afhankelijk van de termijn waarop deze steminstructies bekend worden gemaakt en in hoeverre die andere aandeelhouders in staat zijn hun stem(instructie) tijdig te wijzigen.

45 Zie ISS (stemadviesbeleid 2022, p. 12-13).

46 ISS adviseerde tijdens ava-seizoen 2022 bijvoorbeeld tegen de herbenoeming van de COO en de president-commissaris van Just Eat Takeaway te stemmen, vanwege het gebrek aan vrouwelijke commissarissen. Zie ook R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2022', *Ondernemingsrecht* 2022/77, p. 539.

benoemingscommissie te stemmen indien een voorgestelde benoeming strijdig is met het diversiteitsbeleid. Het definitieve stemadviesbeleid van ISS⁴⁷ en Glass Lewis⁴⁸ voor 2023 is nog niet gepubliceerd. Verder vroeg Eumedion in de speerpuntenbrief voor ava-seizoen 2022 om zo veel mogelijk transparantie over de uitvoering en voortgang van het diversiteits- en inclusiebeleid in het totale personeelsbestand.⁴⁹

Daarnaast zullen beursvennootschappen rekening moeten houden met de best practices van de Nederlandse Corporate Governance Code (de 'Code') inzake diversiteit. Naar verwachting publiceert de Monitoring Commissie op 20 december 2022 een gewijzigde Code met daarin geactualiseerde best practices voor diversiteit binnen het bestuur, de RvC en – voor zover van toepassing – het executive committee, maar ook voor diversiteit en inclusie voor de hele onderneming.⁵⁰

Tot slot, gelijke beloning voor mannen en vrouwen staat veel in de belangstelling. In Europa is er inmiddels een richtlijnvoorstel van de Europese Commissie ter versterking van het beginsel van gelijke beloning van mannen en

vrouwen.⁵¹ Daarnaast bestaat er in Nederland het initiatiefwetsvoorstel dat gericht is op invoering van een certificaat als bewijs dat vrouwen en mannen gelijk loon ontvangen voor arbeid van gelijke waarde.⁵²

De verwachting is dat diversiteit en inclusie, maar zeker ook gelijke beloning, onverminderd de aandacht zal hebben en dat bestuurders en commissarissen hierover zullen kunnen worden bevraagd tijdens de algemene vergadering. Be prepared!

Dit artikel is afgesloten op 6 december 2022. Na het moment van sluiten van de kopij voor dit artikel op 6 december 2022, is op 8 december 2022 het ontwerp wetsvoorstel Wet digitale algemene vergadering privaatrechtelijke rechtspersonen in consultatie gegaan.

Over de auteurs

Mr. L.E. (Lieke) Stroeve

Kandidaat-notaris in Amsterdam.

Mr. M.A.J. (Manon) Cremers

Notaris in Amsterdam.

47 ISS heeft in de periode van 4 tot 16 november 2022 een consultatie gehouden voor mogelijke wijzigingen van haar standaard stemadviesbeleid voor 2023. Hierin staan geen wijzigingen die relevant zijn voor het onderwerp diversiteit.

48 Het Europese stembeleid van Glass Lewis is wel gepubliceerd op 18 november 2022, zie <https://www.glasslewis.com/wp-content/uploads/2022/11/Europe-Voting-Guidelines-2023-GL-2023.pdf?hsCtaTracking=10d98285-8722-4c96-85a5-1b4395c0f204%7Cedd58f20-28e2-4b91-8761-8f555faf0583>.

49 Zie de Eumedion speerpuntenbrief voor ava-seizoen 2022, via <https://www.eumedion.nl/clientdata/215/media/clientimages/Focus-Letter-2022.pdf?v=211013081623>. Zie ook R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2022', *Ondernemingsrecht* 2022/77, p. 543-545.

50 Op 21 februari 2022 presenteerde de Monitoring Commissie een consultatiedocument voor actualisering van de Code, zie Consultatiedocument-*Corporate-Governance-Code-voorstel-voor-actualisatie-2022* (5).pdf.

51 Voorstel voor een richtlijn ter versterking van de toepassing van het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen voor gelijke of gelijkwaardige arbeid door middel van beloningstransparantie en handhavingmechanismen, COM(2021) 93 final.

52 Voorstel van wet van de leden Ploumen, Özütok, Jasper van Dijk en Van Brenk tot wijziging van de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen in verband met de invoering van een certificaat als bewijs dat vrouwen en mannen gelijk loon ontvangen voor arbeid van gelijke waarde (Wet gelijke beloning van vrouwen en mannen), *Kamerstukken II* 2018/19, 35157, nr. 2.