

483. De beursvennootschap, AVA-seizoen 2022

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

Bij de voorbereiding van de algemene vergadering te houden in 2022 wordt de beursvennootschap wederom geconfronteerd met een aantal onzekere factoren rondom COVID-19. Het lijkt erop dat de Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid (de 'Tijdelijke Wet') voorlopig nog zal gelden. Welke invloed hebben vergaderseizoenen 2020 en 2021 op de inrichting van de algemene vergadering van 2022? En wat is de invloed van de Diversiteitswet die op 1 januari 2022 in werking treedt? Wij benoemen de actiepunten voor 2022 en 2023. Tot slot 'wandelt' ESG, en met name ons klimaat, ook steeds meer het corporate 'landschap' binnen. Aandeelhouders willen meer *say on climate*.

Inrichting van de algemene vergadering 2022

Inleiding

De afgelopen twee AVA-seizoenen stonden in het teken van de COVID-19-pandemie en tijdens het schrijven van deze bijdrage ziet het ernaar uit dat dat ook komend vergaderseizoen het geval zal zijn. Nu nog niet zeker is of, en zo ja welke, COVID-maatregelen in het voorjaar zullen gelden, moeten beursvennootschappen bij de voorbereiding van hun algemene vergadering in 2022 wederom rekening houden met de situatie dat een fysieke vergadering niet zonder nadere maatregelen gehouden kan worden. Zelfs als op het moment van de vergadering in Nederland geen restricties gelden, is de kans aanwezig dat buitenlandse aandeelhouders, vanwege COVID-maatregelen elders, niet kunnen of willen¹ inreizen om aan de algemene vergadering deel te nemen. Bij de keuze voor de inrichting van de algemene vergadering moeten beursvennootschappen dus ook nu weer rekening houden met verschillende scenario's. Uiteraard kunnen zij daarbij lering trekken uit de ervaring die is opgedaan tijdens de afgelopen twee vergaderseizoenen. In verband daarmee blikken we eerst terug op het AVA-seizoen in 2021 om vervolgens in te gaan op de mogelijkheden en aandachtspunten voor het komende vergaderseizoen.

¹ Overigens was de fysieke opkomst van buitenlandse aandeelhouders bij algemene vergaderingen ook pre-COVID-19 vaak zeer beperkt. Wij sluiten niet uit dat die fysieke opkomst van buitenlandse aandeelhouders ook na het COVID-19-tijdperk niet zal verbeteren. Wij denken dat steeds kritischer gekeken zal worden naar de noodzaak van de fysieke aanwezigheid en de in verband daarmee gemoeide tijd, kosten en klimaatimpact.

L'histoire se repète, AVA-seizoen 2021

Vorig jaar stelden we in deze jaarlijkse bijdrage² de vraag: 'Wie van de drie: de klassieke (fysieke), hybride of virtuele vergadering?'³ Inmiddels weten we dat – met gebruikmaking van de Tijdelijke Wet⁴ – de virtuele vergadering vorig jaar verreweg de meest gekozen wijze van vergaderen was.⁵ Waar in het AVA-seizoen 2020 door veel beursvennootschappen werd volstaan met de minimum vereisten van de Tijdelijke Wet, is in het AVA-seizoen 2021 door de meeste beursvennootschappen gehoor gegeven aan de wens van aandeelhouders⁶ om meer in de gelegenheid te worden gesteld om deel te nemen aan de beraadslaging.

Wat daarbij opvalt is de grote verscheidenheid van de mate waarin en de wijze waarop dat werd gedaan. Sommige beursvennootschappen gingen *all the way* door aandeelhouders in de gelegenheid te stellen om zowel real time (digitaal) te stemmen alsook om real time mondeling vragen te stellen, waarbij in sommige gevallen de vragensteller ook in beeld was. Andere beursvennootschappen boden weliswaar de mogelijkheid om *live* vragen te stellen, maar deden

² L.E. Stroeve & M.A.J. Cremers, 'De beursvennootschap, AVA-seizoen 2021', *TOP* 2020/435.

³ Zie over de verschillende vergadervormen bijv. ook L.E. Stroeve & E. Holtman, 'COVID 19 – Zorgdragen voor continuïteit in besluitvorming en vertegenwoordiging', *TOP* 2020/234 en S. Rietveld & L.E. Stroeve, 'De Tijdelijke wet COVID-19 Justitie en Veiligheid', *MvO* 2020/3-4.

⁴ Wet van 22 april 2020, houdende tijdelijke voorzieningen op het terrein van het Ministerie van Justitie en Veiligheid in verband met de uitbraak van COVID-19 (*Stb.* 2020, 124).

⁵ R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2021', *Ondernemingsrecht* 2021/95, zie tabel 1.

⁶ Zie het statement van Eumedion, VEB en VBDO van 3 februari 2021, via Gezamenlijk-statement-AVA-seizoenen-2021-v3.pdf (eumedion.nl). Zie bijv. ook het Europese stemadviesbeleid voor 2021 van Glass Lewis, via Europe-Voting-Guidelines-GL.pdf (glasslewis.com).

dat bijvoorbeeld door een *live* chatfunctie, via e-mail, of doordat de vragensteller de vraag telefonisch stelde aan een moderator die de vraag op zijn beurt doorgaf aan de voorzitter van de vergadering. Waar het stellen van vragen tijdens de vergadering in het eerste ‘COVID-jaar’ (2020) vaak slechts alleen mogelijk was voor aandeelhouders die al voorafgaand aan de algemene vergadering een vraag hadden gesteld, zijn in 2021 in meer gevallen *alle* aandeelhouders⁷ in de gelegenheid gesteld om tijdens de vergadering vragen te stellen.⁸ Aandeelhouders maakten overigens maar mondjesmaat gebruik van deze ‘live’ faciliteiten. In de jaarlijkse AVA-evaluatie 2021 van Eumedion lezen we dat het in de regel ging om één tot vier(!) aandeelhouders, waaronder vaak de VEB, VBDO of afgevaardigden van Eumedion zelf. Niet duidelijk is wat de reden is voor dit beperkte enthousiasme. Genoemd wordt dat aandeelhouders nog moeten wennen aan het digitaal vergaderen, maar ook dat bepaalde banken waar aandeelhouders hun effectenrekening aanhouden ‘live’ deelname niet gemakkelijk of zelfs onmogelijk maken.⁹

Back to the future, AVA-seizoen 2022

Ook dit jaar is het de vraag wat voor soort algemene vergadering de beursvennootschap het beste kan voorbereiden: een fysieke, hybride of virtuele. En of het verstandig is om deze keuze, gezien de onzekerheid rondom de COVID-maatregelen ten tijde van de vergadering, pas vlak voor het moment van oproeping te maken.¹⁰ Nadeel van het laatste is dat dit extra werk oplevert omdat daardoor verschillende soorten vergaderingen moeten worden voorbereid. Dilemma bij deze keuze is dat een vergaderlocatie, maar ook de (technische) ondersteuning voor een virtuele of hybride vergadering ruim tevoren moeten worden vastgelegd om te voorkomen dat op het laatste moment blijkt dat de vergaderlocatie respectievelijk de benodigde ondersteuning niet voorhanden is. Met name wat betreft de ondersteuning bij een virtuele vergadering is dat niet ondenkbaar, aangezien in relatief korte tijd veel beursvennootschappen

hun vergadering houden en het aantal partijen dat deze ondersteuning biedt, beperkt is. Hoewel we de kans groot achten dat het ook komend voorjaar nog mogelijk zal zijn om een virtuele vergadering te houden op basis van de Tijdelijke Wet, staat dit nog niet vast.¹¹ In dit verband merken we op dat op verzoek van de minister voor Rechtsbescherming op 30 maart 2021 een expertgroep advies¹² heeft uitgebracht over de modernisering van het ondernemingsrecht. Deze expertgroep beveelt unaniem aan Boek 2 BW zodanig te wijzigen dat virtuele vergaderingen ook in het post-COVID-tijdperk mogelijk zijn. De Tijdelijke Wet voldoet volgens de expertgroep niet als permanente regeling. Volgens de expertgroep dienen de uitgangspunten van een fysieke vergadering ook de randvoorwaarden te zijn voor een digitale vergadering. Dit betekent volgens de expertgroep dat (digitaal) aanwezig zijn (met beeld en geluid), deelnemen aan de beraadslaging en stemmen minimumvereisten zijn voor een digitale vergadering. We zullen moeten afwachten met welk voorstel de wetgever gaat komen,¹³ maar wij vinden dat het in bepaalde gevallen mogelijk zou moeten blijven om via een chatfunctie of alleen met een geluidsfunctie deel te nemen aan een vergadering.

Dan terug naar de vraag die beursvennootschappen nu bezighoudt. Op wat voor soort vergadering kan het beste worden ingezet? Als bijvoorbeeld dan wordt ingezet op een hybride of virtuele vergadering, welke ‘live’ vergaderfaciliteiten worden aandeelhouders geboden?

Zoals wij ook in onze vorige jaarlijkse bijdrage opmerkten, zijn wij van mening dat een *one size fits all* antwoord niet kan worden gegeven. Beursvennootschappen zullen zich de vraag moeten stellen wat voor vennootschap zij zijn, op welke manier zij met hun aandeelhouders kunnen en willen communiceren, wat de ‘vergader appetite’ van hun aandeel-

7 Dat wil zeggen: alle aandeelhouders die zich tijdig voor de vergadering hadden aangemeld.

8 Zie Abma, *Ondernemingsrecht* 2021/95, de Eumedion Evaluation of the 2021 AGM Season van 9 juli 2021, via Memo over binding aandeelhouder met vennootschap (eumedion.nl), p. 2-3, het bijbehorende nieuwsbericht, via Grote beleggers willen zo snel mogelijk af van puur virtuele aandeelhoudersvergaderingen (eumedion.nl). Eumedion heeft de AVA's van Nederlandse beursvennootschappen genoteerd in Nederland op dit punt gemonitord en dat levert het volgende beeld op: 82% van de AVA's werd puur virtueel gehouden, 4% hybride en 14% fysiek. Van de virtuele AVA's kon 91% via een videowebcast live worden gevolgd (de overige 9% bood alleen een audiowebcast). Tijdens 45% van de virtuele AVA's konden aandeelhouders live stemmen en tijdens 41% van de virtuele AVA's konden aandeelhouders live vragen stellen.

9 Eumedion Evaluation of the 2021 AGM Season, p. 2-3.

10 Onder de Tijdelijke Wet is het mogelijk om ingeval van een oproeping van een fysieke vergadering, nog tot vijf dagen voor de vergadering te switchen naar een digitale vergadering.

11 De werkingsduur van de Tijdelijke Wet wordt steeds door middel van een Koninklijk Besluit met twee maanden verlengd, laatst tot 1 februari 2022, *Stb.* 2021, 577. Wij lezen de toelichting op het verlengingsbesluit zo (zie *Stb.* 2021, 447, p. 3-4) dat mocht er ergens in een tweemaandsperiode, een aankondiging worden gedaan dat de Tijdelijke wet komt te vervallen, de Tijdelijke wet in ieder geval nog tot twee maanden na die aankondiging geldend is. Als er geen aankondiging wordt gepubliceerd binnen een tweemaandsperiode, kunnen we ervan uitgaan dat de Tijdelijke wet weer met twee maanden wordt verlengd na ommekomst van de tweemaandsperiode.

12 Advies van de expertgroep over de modernisering van het NV-recht van 30 maart 2021, via Kamerbrief over uitvoering moties Nijboer en motie Sneller Sloopweg op het terrein van het ondernemingsrecht | Kamerstuk | Rijksverheid.nl.

13 Zo is denkbaar dat het in de toekomst weliswaar mogelijk is om een virtuele algemene vergadering te houden, maar alleen indien de statuten dat uitdrukkelijk toestaan en/of indien de algemene vergadering daar tevoren mee instemt. Het is de vraag of aandeelhouders bereid zijn om vooruitlopend op een wettelijke regeling, nu al in te stemmen met een statutenwijziging die in de mogelijkheid voorziet om algemene vergaderingen virtueel te houden zodra de wet daartoe gewijzigd is. DSM had in haar algemene vergadering van 2021 een dergelijke statutenwijziging geagendeerd, maar dit voorstel is na bezwaren van verschillende aandeelhouders ingetrokken.

houders is,¹⁴ wat vennootschappen in de algemene vergadering beogen te bewerkstelligen en of de vergaderkosten passend zijn. Is het gezien de ervaringen van de vorige jaren reëel om te verwachten dat tijdens de komende algemene vergadering een voldragen dialoog zal ontstaan?¹⁵

De virtuele vergadering was vorig jaar verreweg de meest gekozen wijze van vergaderen

Gezien de onzekerheid rondom de COVID-19-maatregelen ten tijde van het AVA-seizoen 2022 verwachten wij dat veel beursvennootschappen weer een virtuele of hybride vergadering zullen voorbereiden¹⁶. Een dergelijke vergadering kost echter veel voorbereiding door verschillende partijen en brengt daarmee relatief hoge kosten met zich. Zo waanden we ons afgelopen vergaderseizoenen af en toe in een grote tv-productie met wel heel veel camera's, schermen, microfoons *and alike* en natuurlijk professionals die die apparatuur bedienden.¹⁷ Voor een aantal, vaak grotere vennootschappen, of vennootschappen met een tech-signatuur is dat prima. Tegelijkertijd kunnen wij ons voorstellen datsommige beursvennootschappen zich afvragen of de kosten die daarmee gepaard gaan wel verantwoord zijn; staan deze kosten in verhouding tot datgene wat van de desbetreffende beursvennootschap verwacht mag worden? Helemaal nu afgelopen vergaderseizoen maar weinig aandeelhouders tijdens de vergadering (vervolg)vragen stelden. Afhankelijk van het aantal aandeelhouders dat virtueel wil participeren is best denkbaar dat wordt gekozen voor een 'light' variant met minder en/of technisch eenvoudiger hulpmiddelen, bijvoorbeeld door minder of geen camera's te gebruiken en/of door het opzetten van een skype-, zoom- of teamsmeeting. Een dergelijke 'light' variant betekent overigens niet persé dat aandeelhouders daarmee ook minder mogelijkheden krijgen om aan de vergadering deel

te nemen. Daarnaast staat het de beursvennootschap vrij om zich ook op andere manieren in te zetten om zoveel mogelijk de dialoog met aandeelhouders aan te gaan.

Ook ingeval de interactie tussen aandeelhouders en vennootschap in de algemene vergadering zelf beperkt is, wordt deze dialoog met aandeelhouders steeds belangrijker.¹⁸ Al jaren heeft de vennootschap *one on ones* met de grootaandeelhouders. De communicatie met de overige aandeelhouders blijkt echter lastiger te realiseren. Het is van belang dat de beursvennootschap altijd zoekt naar mogelijkheden om de communicatie met ook deze aandeelhouders te verbeteren. Dit kan bijvoorbeeld door middel van het regelmatig plaatsen van actuele informatie op de website; dit is echter eenzijdig. Ook kan worden gedacht aan de mogelijkheid om aandeelhouders in de gelegenheid te stellen om voorafgaand aan de vergadering over de agendapunten vragen te stellen, waarna die vragen¹⁹ ook voorafgaand aan (en dus niet pas tijdens) de algemene vergadering worden beantwoord en op de website geplaatst. Hiermee worden deze vragen en antwoorden voor alle aandeelhouders inzichtelijk. Of dit werkbaar en passend is, ligt uiteraard ook aan het aantal en de soort vragen van aandeelhouders en aan de soort beursvennootschap (klein, groot, etc.).²⁰

De Diversiteitswet

Onlangs is bekend geworden dat de Diversiteitswet²¹ op 1 januari 2022 in werking treedt voor beursvennootschappen²² en grote vennootschappen.²³ De Diversiteitswet volgt op de wettelijke streefcijferregeling die (af en aan) in de periode 1 januari 2013 tot 1 januari 2020 van toepassing was. De Diversiteitswet wordt in 2027 geëvalueerd en komt op 1 januari 2030 te vervallen. Wij verwijzen naar een

14 De technisch beschikbare middelen om te kunnen deelnemen aan de vergadering, moeten uiteraard zijn afgestemd op de hoeveelheid aandeelhouders die aan de vergadering deelneemt en de wijze waarop zij dat doen (bijv.: hoeveel aandeelhouders zullen naar verwachting vragen willen stellen?).

15 Het in het *Wijsmuller*-arrest (HR 15 juli 1968, NJ 1969/101, m.nt. Scholten) geformuleerde uitgangspunt dat de besluitvorming in de algemene vergadering tot stand komt als vrucht van onderling overleg, is bij de meeste beursvennootschappen al lang niet meer de praktijk. Zie hierover o.m. B.J. de Jong, 'Modernisering van de algemene vergadering: volledig virtueel en in de tijd gespreid vergaderen', *Ondernemingsrecht* 2021/81.

16 Beursvennootschappen die de voorkeur geven aan een fysieke vergadering zullen overwegen of zij niet ook een virtuele of hybride vergadering willen voorbereiden voor het geval blijkt dat een fysieke vergadering niet mogelijk of gewenst is.

17 Het blijkt praktisch nog niet haalbaar, maar het zou wel (kosten)efficiënt zijn om een vaste locatie met bijbehorende technische ondersteuning te hebben waar vervolgens verschillende beursvennootschappen gebruik van kunnen maken. Wij stellen ons het zo voor dat je als beursvennootschap dan gemakkelijk en kostenefficiënt kunt kiezen uit een aantal mogelijkheden die op die locatie vast aanwezig zijn.

18 Datzelfde geldt voor de dialoog met de overige stakeholders. Zie hierover meer uitgebreid Stroeve & Cremers, *TOP* 2020/435, p. 26, en eerder L.E. Stroeve & M.A.J. Cremers, 'De beursvennootschap, ava seizoen 2020 in het teken van SRD II', *TOP* 2019/449.

19 Eventueel gebundeld.

20 Zie in dit verband ook nog het voorstel van de gespreide of in tijd verspreide vergadering, in: R. Abma, 'Kroniek van het seizoen van jaarlijkse algemene vergaderingen 2020', *Ondernemingsrecht* 2020/142. Zie ook De Jong, *Ondernemingsrecht* 2021/81.

21 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). Inwerkingtreedingsbesluit: *Stb.* 2021, 537.

22 Onder beursvennootschap wordt onder van 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, nr. 3, p. 10.

23 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).

eerder artikel in de *TOP* van 5 augustus 2021²⁴ waarin het voorstel voor de Diversiteitswet is besproken, welk artikel in samenhang met deze bijdrage kan worden gelezen.

In samenhang met de Diversiteitswet zal ook het Besluit inhoud bestuursverslag worden gewijzigd, zodat grote vennootschappen verplicht worden om in hun bestuursverslag te rapporteren over de voortgang van hun acties en plannen met betrekking tot gender diversiteit.²⁵ Een concept besluit tot wijziging van het Besluit inhoud bestuursverslag (het ‘concept Besluit’) is in de periode van 18 oktober 2021 tot 7 november 2021 geconsulteerd.²⁶

Concrete acties op grond van de Diversiteitswet

Hierna beschrijven we de concrete acties die in 2022 en 2023 door een beursvennootschap en grote vennootschap dienen te worden verricht op grond van de Diversiteitswet. We verwijzen ook naar het schema aan het slot van deze bijdrage.

1. Beursvennootschap: de ‘RvC-diversiteitstoets’, en eventuele aanpassing/bijsturing successieplanning (art. 2:142b BW jo. art. 2:187 BW)

De Diversiteitswet introduceert met ingang van 1 januari 2022 een diversiteitsquotum voor de beursvennootschap: zolang de raad van commissarissen (‘RvC’)²⁷ 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 (art. 2:142b lid 2 BW jo. art. 2:187 BW jo. art. 2:14 lid 1 BW). Indien het aantal leden van de RvC niet door drie deelbaar is, wordt het naastgelegen hogere getal dat wel door drie deelbaar is in aanmerking genomen voor de vaststelling van de een derde. Een belangrijke uitzondering behelst een herbenoeming van een commissaris binnen acht jaar na het jaar van benoeming. In dat geval geldt het diversiteitsquotum niet. Deze bepaling dient te worden beoordeeld in samenhang met de wet en de Corporate Governance Code (de ‘Code’). Boek 2 BW kent geen maximale benoemingstermijn voor commissarissen, behalve voor de structuurvennootschap waarbij (steeds) kan worden benoemd voor maximaal vier jaar.²⁸ Best practice bepaling 2.2.2 van de Code bepaalt

dat een commissaris (eerst) kan worden benoemd voor maximaal vier jaar en vervolgens kan worden herbenoemd voor (maximaal) vier jaar. Daarna kan herbenoeming van (maximaal) twee jaar plaatsvinden, eventueel gevolgd door een verlenging van twee jaar.²⁹ Herbenoeming na acht jaar vereist echter nadere motivatie.³⁰

In de Memorie van Toelichting³¹ bij de Diversiteitswet wordt over herbenoeming na acht jaar het volgende opgemerkt:

‘Het ingroeiquoteum geldt niet bij herbenoemingen voor zover de herbenoeming van een commissaris binnen acht jaar na het jaar van de eerste benoeming heeft plaatsgevonden. Dit betekent dat een commissaris die niet bijdraagt aan een evenwichtige man/vrouw verhouding één keer kan worden herbenoemd voor een benoemingstermijn van vier jaar. Nadien kan een commissaris wederom worden herbenoemd voor een benoemingstermijn van twee jaar die daarna met maximaal twee jaar kan worden verlengd (vgl. best practice bepaling 2.2.2 van de Code). Na drie termijnen van de desbetreffende commissaris (maximaal twaalf jaar) dient een commissaris te worden benoemd die bijdraagt aan de man/vrouw verhouding binnen de raad van commissarissen.’

Dit lijkt niet helemaal sluitend. Stel:

- Eerste benoeming in april 2022 voor 4 jaar
- Eerste herbenoeming in april 2026 voor 4 jaar – vrijstelling want binnen 8 jaar
- Tweede herbenoeming in april 2030 voor 2 jaar – vrijstelling want binnen 8 jaar
- Laatste herbenoeming in 2030 voor 2 jaar – deze herbenoeming valt niet onder de uitzondering, want na 8 jaar.

Volgens dit voorbeeld is het quotum van toepassing na drie termijnen, maar leidt dit na tien jaar, en dus niet zoals de minister zegt na twaalf jaar, al tot toepassing van het diversiteitsquotum. Om te komen tot een gewenste maximum zittingstermijn van twaalf jaar, zal deze (zonder toepassing van het quotum) alleen kunnen worden bereikt door bij de tweede herbenoeming te kiezen voor een termijn van vier jaar (in plaats van twee jaar). Een dergelijke benoeming zal mogelijk lastig uit te leggen zijn aan aandeelhouders. In dat geval is sprake van een afwijking van de Code, waarover verantwoording zal moeten worden afgelegd in de corporate governance verklaring in het bestuursverslag.

24 L.E. Stroeve & S. Rietveld, ‘Wetsvoorstel evenwichtiger man-vrouwverhouding’, *TOP* 2021/333.

25 Op grond van art. 2:391 lid 5 BW zijn in het Besluit inhoud bestuursverslag nadere voorschriften gesteld omtrent de inhoud van het bestuursverslag. Zo bevat art. 3a onder d een verplichting voor grote beursvennootschappen om te rapporteren omtrent het diversiteitsbeleid. Het concept besluit voegt daar nu enkele bepalingen aan toe voor grote vennootschappen.

26 Het concept Besluit rapportage man-vrouwverhouding in het bestuursverslag van grote vennootschappen, via Overheid.nl Consultatie Besluit rapportage man-vrouwverhouding in het bestuursverslag van grote vennootschappen (internetconsultatie.nl).

27 In geval van een monistisch bestuursmodel (one tier board), geldt hetzelfde voor alle niet-uitvoerende bestuurders in die *one tier board* (art. 2:142b lid 3 BW).

28 Art. 2:161/271 lid 1 BW. Met de mogelijkheid van verlenging tot de dag van de eerstvolgende algemene vergadering na afloop van die vier jaar.

29 Hoewel de Code uitgaat van vaste termijnen van twee maal maximaal vier jaar respectievelijk twee termijnen van maximaal twee jaar, gaan wij ervan uit dat – hoewel niet conform de letterlijke tekst – er overeenkomstig de Code wordt gehandeld wanneer een commissaris steeds voor een kortere termijn wordt benoemd, maar wel met inachtneming van de maximum totale zittingstermijn van twaalf jaar.

30 Overigens begrijpen wij dat de Monitoring Commissie Corporate Governance Code een nadere actualisatie van de Code op bepaalde punten overweegt en daarover gesprekken voert met de schragende partijen, onder meer op het punt van de diversiteit.

31 *Kamerstukken II* 2020/21, 35628, nr. 3, p. 24.

Ook valt op dat het uitgangspunt lijkt te zijn dat personen steeds voor perioden van vier jaar worden benoemd. Bij een aantal beursvennootschappen is het gebruikelijk om jaarlijks of tweejaarlijks te (her)benoemen. Het zal niet de bedoeling zijn geweest om de regeling voor deze commissarissen strenger te laten uitpakken.

Vanaf 1 januari 2022 dient een RvC bij iedere voorgenomen benoeming of herbenoeming van een RvC-lid een diversiteitstoets te doen

Tot slot kent art. 2:142b lid 2 BW nog de uitzondering dat geen sprake is van een nietige benoeming indien er uitzonderlijke omstandigheden zijn als bedoeld in art. 2:135a lid 5 BW. In de Memorie van Toelichting wordt nader beschreven wat daaronder zou kunnen worden verstaan. Te denken valt volgens de Memorie van Toelichting bijvoorbeeld aan de situatie dat een groot deel van de commissarissen onvoorzien aftreedt. Wij zouden menen dat op basis van de wet verdedigbaar is dat ook in de situatie dat sprake is van meerdere benoemingen van commissarissen tijdens een algemene vergadering, en één van de genomineerde personen na de oproeping van de algemene vergadering zijn/haar kandidatuur door onverwachte omstandigheden moet terugtrekken, de overige benoemingen niet nietig worden als gevolg van het feit dat de evenwichtigheid van de verdeling door het onvoorziene terugtreden wordt verstoord.

Acties vanaf 1 januari 2022:

– De RvC-diversiteitstoets

Vanaf 1 januari 2022 dient de RvC bij iedere voorgenomen benoeming of herbenoeming van een RvC-lid de RvC-diversiteitstoets te doen: tijdig dient te worden gecheckt of deze benoeming nietig kan zijn op grond van de Diversiteitswet. Beursvennootschappen zijn inmiddels gewend om bij iedere benoeming of herbenoeming na te gaan of de commissaris niet te veel functies heeft onder de limiteringsregels.³² Aan deze toets moet nu dus de RvC-diversiteitstoets worden toegevoegd.

– Successieplanning

Op de RvC rust ook de taak verder te denken dan de eerstkomende benoeming. Het is zaak de door de RvC tot op heden gehanteerde successieplanning³³ onder de loep te

nemen en bij te sturen, om ook in de toekomst te kunnen blijven voldoen aan de Diversiteitswet. Voor alle duidelijkheid, het enkele aftreden van een commissaris heeft geen impact op de overige commissarissen, maar natuurlijk wel op een mogelijke herbenoeming van deze commissarissen.

2. Grote vennootschap, al dan niet beursgenoteerd: vaststelling streefcijfers, vaststelling subtop, opstellen plan van aanpak en verantwoording afleggen (art. 2:166/276 BW)

Ter bevordering van genderdiversiteit legt de wetgever grote vennootschappen diversiteitsverplichtingen op, die zich mede uitstrekken over nader door de vennootschap te bepalen categorieën werknemers in leidinggevende functies (de ‘subtop’), met als doel de doorstroming naar de top te versnellen. Dit betreft kort gezegd de verplichting om streefcijfers vast te stellen voor bestuur, RvC en de subtop, een plan van aanpak op te stellen en daarover te rapporteren aan de SER. Op grond van het concept Besluit dient hierover tevens te worden gerapporteerd in het bestuursverslag.

Grote vennootschappen die behoren tot een groep³⁴ zijn op grond van art. 2:166 lid 5 BW uitgezonderd van de voornoemde verplichtingen, indien de vennootschap die aan het hoofd staat van die groep (de ‘topholding’) in plaats van de grote (groeps)maatschappij uitvoering geeft aan deze verplichtingen, ‘al dan niet voor de desbetreffende grote groepsmaatschappijen gezamenlijk’. Wij begrijpen de wetgeschiedenis bij deze regeling zo dat in dat geval de topholding voor zichzelf en voor elke grote vennootschap in de groep (en dus niet voor iedere (niet grote) vennootschap in de groep) aparte streefcijfers dient vast te stellen. Het is de vraag of de wettelijke regeling ook betekent dat de topholding voor elk van de grote groepsmaatschappijen een ‘eigen’ subtop dient vast te stellen, of dat kan worden volstaan met een gezamenlijke concern subtop. Wij menen dat dit laatste in bepaalde gevallen verdedigbaar is. Bovendien kan er vanuit de topholding gerapporteerd worden aan de Sociaal Economische Raad (SER) mede namens de grote groepsmaatschappijen.

Opvallend is dat het concept Besluit niet aansluit bij deze groepsvrijstellingsregeling. Dat kan niet de bedoeling zijn. Een grote groepsmaatschappij die is vrijgesteld van rapportage aan de SER zou niet alsnog zelf verantwoording moeten afleggen in haar bestuursverslag. Uit de verschillende reacties op de consultatie blijkt dat er vermoedelijk sprake is van een omissie.³⁵ Wij hopen dat de wetgever dit in het definitieve Besluit zal aanpassen.

32 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.

33 Bpb 2.2.4 Code: ‘De raad van commissarissen draagt zorg voor dat de vennootschap over een gedegen plan beschikt voor de opvolging van bestuurders en commissarissen, dat is gericht op het in balans houden van de benodigde deskundigheid, ervaring en diversiteit. Bij het opstellen van het plan wordt de profielschets van de raad van commissarissen, bedoeld in best practice bepaling 2.1.1, in acht genomen.’

34 Wij gaan ervan uit dat hieronder wordt verstaan ‘groep’ als bedoeld in art. 2:24c BW.

35 Zie de reacties van VNO-NCW, de gecombineerde Commissie Vennootschapsrecht en de VEVO, via Overheid.nl | Consultatie Besluit rapportage man-vrouwverhouding in het bestuursverslag van grote vennootschappen (internetconsultatie.nl).

Acties vanaf 1 januari 2022:*– Streefcijfers vaststellen*

Grote vennootschappen³⁶ dienen doelen vast te stellen in de vorm van streefcijfers om genderdiversiteit te bevorderen in (i) het bestuur, (ii) de RvC³⁷ en (iii) de ‘subtop’. De streefcijfers moeten ‘passend en ambitieus’ zijn. Met ‘passend’ wordt bedoeld dat het streefcijfer afhankelijk is van de omvang van het bestuur, de RvC en de subtop en van de bestaande verhouding tussen het aantal mannen en het aantal vrouwen. Onder ‘ambitieuw’ wordt verstaan dat het streefcijfer erop gericht moet zijn om de samenstelling evenwichtiger te maken dan de bestaande situatie.

– Vaststellen subtop

De vennootschap dient zelf te bepalen voor welke subtop zij streefcijfers vaststelt. Onder subtop kunnen bijvoorbeeld het *executive committee* of de (eerste en tweede laag) senior managementfuncties behoren.³⁸

– Opstellen van plan van aanpak

De vennootschap stelt een plan van aanpak op om de gestelde doelen te bereiken. In het plan van aanpak licht de vennootschap in ieder geval het beleid en de maatregelen toe waarmee naar meer diversiteit wordt gestreefd, zowel voor bestuur en RvC als (afzonderlijk) voor de subtop. Het is de verwachting dat de SER door middel van een diversiteitsportaal *guidance* zal gaan geven op welke wijze een dergelijk plan van aanpak kan worden ingericht.³⁹

– Timing streefcijfer acties in 2022

De Diversiteitswet kent geen overgangsregeling. Vanaf 1 januari 2022 zullen deze nieuwe verplichtingen gaan gelden. Wij verwachten dat vennootschappen (een deel van) het jaar 2022 nodig zullen hebben om aan deze maatregelen invulling te geven en om deze vervolgens in de organisatie en governance te implementeren. Het bestuur en de RvC kunnen tijdens de komende jaarlijkse algemene vergadering worden bevraagd over de invulling die wordt gegeven aan de Diversiteitswet en de timing daarvan.⁴⁰

Indien op enig moment streefcijfers zijn vastgesteld, een subtop is bepaald, en een plan van aanpak is opgesteld, behoeven deze niet ieder jaar of op een bepaald vast

moment te worden aangepast. Maar, streefcijfers dienen passend en ambitieus te blijven.⁴¹ Indien streefcijfers zijn bereikt, dienen deze te worden vernieuwd en zal naar alle waarschijnlijkheid ook het plan van aanpak daarop moeten worden aangepast. Het onderwerp diversiteit zal dus met een zekere regelmaat aan de orde dienen te komen in de bestuurs- en RvC-vergaderingen.

3. Grote vennootschap, al dan niet beursgenoteerd: rapportageverplichtingen in bestuursverslag en aan SER (art. 2:166/276 BW, art. 2:391 lid 5 BW en het nog te wijzigen Besluit inhoud bestuursverslag)**Rapportage acties in 2023 en vervolgens jaarlijks:***– Rapporteren in het bestuursverslag*

In het bestuursverslag dient te worden gerapporteerd over: (i) het aantal mannen en vrouwen dat aan het eind van het boekjaar deel uitmaakt van het bestuur, de RvC en de subtop, (ii) de doelen in de vorm van een streefcijfer, (iii) het plan om deze doelen te bereiken en de mate waarin de in het vorige boekjaar gestelde doelen zijn bereikt en als één of meer doelen niet zijn bereikt, de redenen daarvoor.⁴²

– Rapporteren aan de SER

De informatie die wordt opgenomen in het bestuursverslag is dezelfde informatie die ook aan de SER moet worden verstrekt.

– Timing rapportage acties in 2023

Voor beide rapportageverplichtingen geldt dat deze van toepassing zijn met betrekking tot de boekjaren die zijn aangevangen op of na 1 januari 2022, en deze moeten dus na afloop van boekjaar 2022 voor het eerst geschieden.⁴³ Rapportage aan de SER dient binnen 10 maanden na afloop van het boekjaar plaats te vinden, dus uiterlijk op 30 september 2023. De SER streeft er naar dat ondernemingen de gegevens uit het bestuursverslag volgens een vast format langs elektronische weg bij de SER kunnen aanleveren.

De SER zal de resultaten van iedere vennootschap jaarlijks op een vast tijdstip openbaar maken via het voormelde diversiteitsportaal. Dit vaste tijdstip is nog niet bekend. Als gevolg van die bekendmaking zullen ondernemingen met elkaar kunnen worden vergeleken.

³⁶ De verplichting om streefcijfers vast te stellen rust op de vennootschap om hiermee tot uitdrukking te brengen dat sprake is van een gezamenlijke inspanning van het bestuur, de RvC en de algemene vergadering, elk binnen de eigen bevoegdheden. In de praktijk zal met name de RvC hier een bepalende rol hebben.

³⁷ Beursvennootschappen zijn uitgezonderd van het vaststellen van streefcijfers voor de RvC vanwege het diversiteitsquotum.

³⁸ Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, nr. 3, p. 26.

³⁹ Zie het nieuwsbericht van de SER hierover van 4 oktober 2021, via Ondersteuning bij wet ingroeiquote en streefcijfers | SER.

⁴⁰ Eumedion vraagt beursvennootschappen in de jaarlijkse speerpuntenbrief van 13 oktober 2021 (via Focus-Letter-2022.pdf (eumedion.nl)) om al in 2022 te rapporteren over het diversiteits- en inclusiebeleid binnen het totale personeelsbestand en de uitvoering en voortgang van dat beleid. Eumedion gaat hierbij uit van een breed begrip van diversiteit.

⁴¹ De vraag blijft daarbij of er nog wat te streven valt als er een evenwicht van 50-50 is bereikt. Is dan het doel dit evenwicht te bewaren? Sterker nog, je kunt je zelfs afvragen of je niet al een evenwicht hebt bereikt bij één derde-één derde. De minister lijkt daar in ieder geval van uit te gaan bij de samenstelling van de RvC van beursvennootschappen.

⁴² Voor beursvennootschappen genoteerd aan Euronext Amsterdam geldt dat zij ook rapporteren over het diversiteitsquotum voor de RvC, zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, nr. 3, p. 19.

⁴³ *Kamerstukken II 2020/21*, 35628, nr. 7, p. 2.

Tot slot, say on climate?

Tijdens het schrijven van deze bijdrage staat *Het Financiële Dagblad* bol van artikelen over de activistische aandeelhouder, en over de invloed van aandeelhouders op duurzaamheidsthema's.⁴⁴ Om verschillende redenen is de focus op duurzaamheid flink toegenomen, zowel vanuit de wens om de wereld beter te maken, alsook vanuit de gedachte dat klimaatrisico's een materieel bedrijfsrisico vormen. Beursvennootschappen zien zich geconfronteerd met een golf van Europese en Nederlandse regelgeving op het gebied van ESG, waaronder uiteraard, heel prominent, het onderwerp klimaat.

Klimaat is here to stay

Aandeelhouders zoeken steeds meer naar de dialoog met het bestuur over de klimaatstrategie en klimaatdoelstellingen van de beursvennootschap. Er klinken geluiden om aandeelhouders daadwerkelijk een recht te geven op een (adviserende/niet-bindende) stem over klimaat ('say on climate'). Het is wat ons betreft nog wel de vraag in hoeverre aandeelhouders op dit punt een say zouden moeten hebben, met name indien het betreft een say over het klimaatbeleid. Het bestuur is immers verantwoordelijk voor de strategie, en dus ook voor de klimaatstrategie. Tot op heden is er in ieder geval geen basis in de wet of Code voor een say over het klimaatbeleid.⁴⁵

Eumedion vraagt ook aandacht voor klimaatstrategie en verzoekt beursvennootschappen om in het komende jaar een klimaattransitieplan op te stellen dat resulteert in klimaatneutraliteit uiterlijk in 2050. Eumedion is voorstander van een jaarlijkse adviserende stemming over het klimaattransitieplan en verzoekt met name (maar niet alleen) vennootschappen die een relatief grote impact hebben op klimaatverandering of op een andere manier grote klimaatrisico's lopen, om dit al in 2022 op de agenda te zetten. De stemadviesbureaus als ISS en Glass Lewis houden al langer

rekening met voorstellen omtrent klimaat. Deze voorstellen werden tot op heden vaak op een meer *case-by-case* basis beoordeeld. Zeker is dat er steeds meer specifiek beleid komt op basis waarvan stemvoorstellen omtrent klimaat zullen worden beoordeeld. Ook steeds meer institutionele beleggers formuleren hun eigen beleid met betrekking tot klimaatvoorstellen.

Beursvennootschappen moeten in hun jaarverslaggeving steeds meer aandacht besteden aan duurzaamheid en klimaat. Op basis van die rapportage kunnen zij daarover in gesprek gaan met aandeelhouders tijdens de algemene vergadering. Op dit moment bestaat geen verplichting om tijdens de vergadering op basis van een apart agendapunt verantwoording af te leggen over de uitvoering van het klimaatbeleid. Beursvennootschappen zouden kunnen beslissen om dit wel te doen, en door middel van een bijvoorbeeld adviserend stempunt de dialoog met aandeelhouders op dit punt aan te gaan. Wij kunnen ons echter ook voorstellen dat beursvennootschappen zich eerst nog beraden of en op welke wijze zij de dialoog over klimaat met aandeelhouders willen voeren. Wij verwachten wel dat aandeelhouders het bestuur tijdens de algemene vergadering zullen bevragen over de klimaatdoelstellingen en bereikte resultaten. Het is mogelijk dat bepaalde aandeelhouders zich actief zullen uitspreken en eventueel een tegenstem uitbrengen bij andere agendapunten, zoals decharge of benoeming.

Kortom, klimaat is *here to stay*.

Dit artikel is afgesloten op 30 november 2021.

Over de auteurs

Mr. L.E. (Lieke) Stroeve

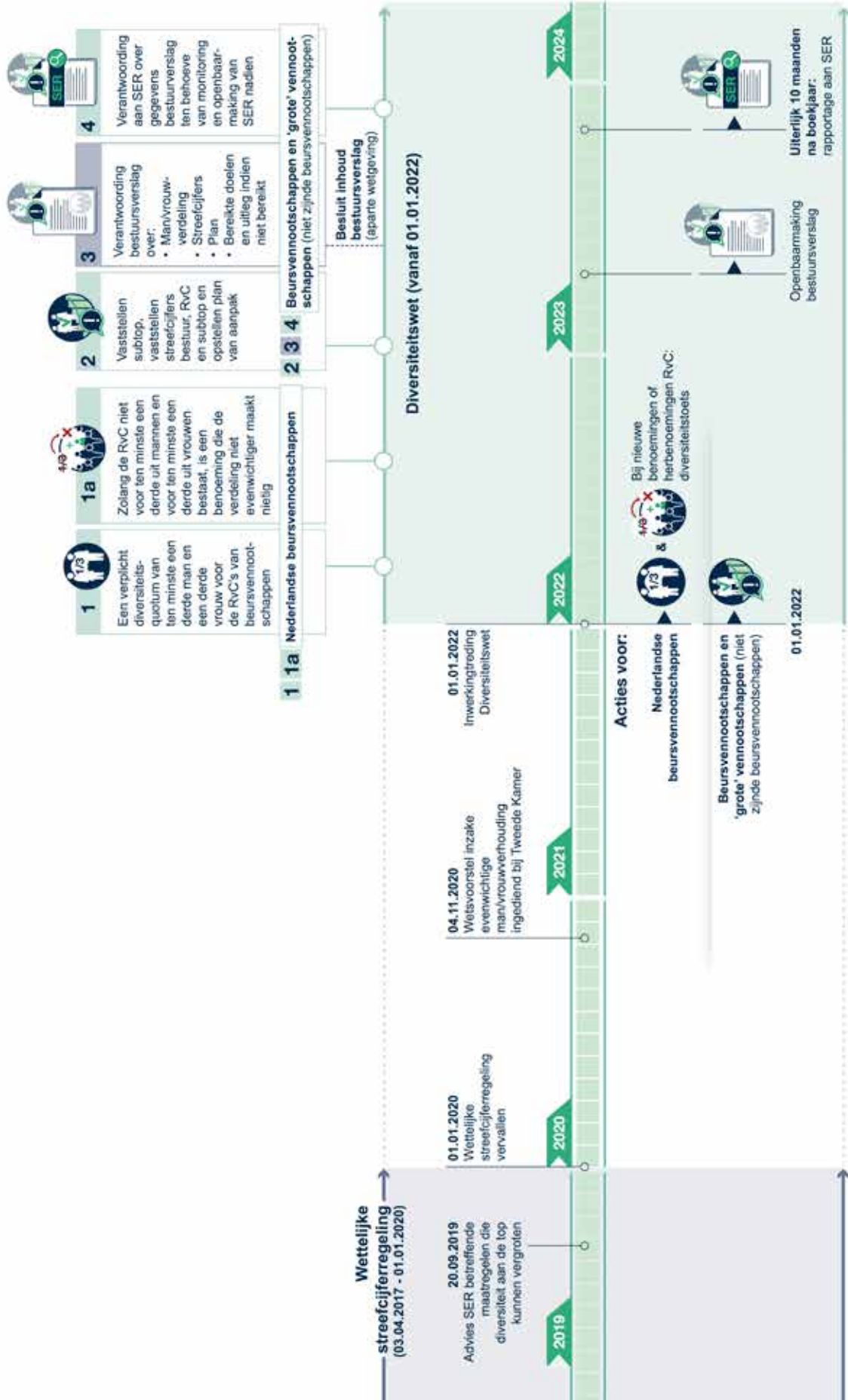
Kandidaat-notaris in Amsterdam.

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

Notaris in Amsterdam.

⁴⁴ Zie bijvoorbeeld D. Ballegeer & L. van der Velden, *FD* 20 november 2021.

⁴⁵ Zie over het onderwerp *say on climate* ook J.M. de Jongh, *'Say on climate'* 2021/110.



Overzicht van verplichtingen onder de Diversiteitswet